

DISSENTING OPINION OF VICE-PRESIDENT  
WEERAMANTRY

*Article 31 of Vienna Convention on the Law of Treaties — Meaning of terms “subsequent practice” and “agreement” in Article 31, paragraph 3 (b) — Silence and non-protest as indicia of assent — “Common understanding” — Ambivalence of scientific criteria — Navigability as a criterion — The thalweg concept — Cartographic evidence — Equitable navigational use of boundary river — Conclusion regarding “main channel” or “Thalweg des Hauptlaufes” in 1890 Treaty.*

*Boundary delimitation involving dismantling or division of ecologically or culturally integral unit — Biodiversity Convention — Scope for equity in boundary delimitation — “Spheres of influence” treaties distinguished from boundary treaties — Joint international régimes — Need for international law to be responsive to environmental concerns.*

---

TABLE OF CONTENTS

|  | <i>Page</i> |
|--|-------------|
| <b>PART A</b>  |             |
| Introduction   | 1156        |
| General approach to questions of interpretation arising in this case                   | 1157        |
| Article 31 of the Vienna Convention  | 1158        |
| Indicia of occupation  | 1163        |
| The significance of Masubian use and occupation  | 1164        |
| Contemporaneous understanding of the Treaty as evidenced by the conduct of the Parties | 1165        |
| Evidence of common understanding   | 1165        |
| Suggested contrary factors   | 1167        |
| (a) The Eason Report, 1912   | 1167        |
| (b) The Trollope-Dickinson arrangement, 1951   | 1167        |
| (c) The 1984-1986 discussions resulting from the shooting incident of 24 October 1984  | 1168        |
| Ambivalence of other criteria  | 1170        |
| Navigability as a criterion for interpreting “main channel”                            | 1170        |

OPINION DISSIDENTE DE M. WEERAMANTRY,  
VICE-PRESIDENT

[Traduction]

*L'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités — Le sens de l'expression «pratique ultérieurement suivie» et du terme «accord» figurant au paragraphe 3 b) de l'article 31 — Le silence et l'absence de protestation pris pour signes de consentement — L'entente en matière d'interprétation (Common understanding) — L'ambivalence des critères scientifiques — La navigabilité en tant que critère — Le concept de thalweg — Les preuves cartographiques — L'utilisation équitable d'un fleuve frontalier aux fins de la navigation — Conclusion au sujet du «chenal principal» ou «Thalweg des Hauptlaufes» dans le traité de 1890.*

*Quand la délimitation de la frontière impose de démanteler ou de diviser un ensemble intégré sur le plan écologique ou culturel — La convention sur la biodiversité — La place de l'équité dans les délimitations frontalières — La distinction à opérer entre les traités définissant des «sphères d'influence» et les traités frontaliers — Les régimes internationaux conjoints — Le droit international doit tenir compte des préoccupations environnementales.*

TABLE DES MATIÈRES

|   | <i>Page</i> |
|---|-------------|
| <b>PARTIE A</b>   |             |
| Introduction  | 1156        |
| Les questions d'interprétation en l'espèce: conception générale   | 1157        |
| L'article 31 de la convention de Vienne   | 1158        |
| Les signes d'occupation   | 1163        |
| L'importance de l'utilisation et de l'occupation de l'île par les Masubia                                     | 1164        |
| Comment les contemporains interprètent le traité ainsi que le montre la conduite des Parties                  | 1165        |
| Preuves de l'entente ( <i>common understanding</i> )  | 1165        |
| Les thèses contraires   | 1167        |
| a) Le rapport Eason, 1912   | 1167        |
| b) L'arrangement Trollope-Dickinson, 1951   | 1167        |
| c) Les discussions de 1984-1986 à la suite de l'incident du 24 octobre 1984 où des coups de feu ont été tirés | 1168        |
| L'ambivalence des autres critères   | 1170        |
| La navigabilité en tant que critère d'interprétation du «chenal principal»                                    | 1170        |
|   | 112         |

|      |  |      |
|------|--|------|
| 1154 | KASIKILI/SEDUDU ISLAND (DISS. OP. WEERAMANTRY)                       |      |
|      | The thalweg concept  | 1172 |
|      | (a) Applicability of the concept                                     | 1172 |
|      | (b) Implications of the concept                                      | 1173 |
|      | The scientific evidence  | 1175 |
|      | Cartographic evidence  | 1175 |
|      | Equitable navigational use of boundary rivers                        | 1177 |
|      | Conclusion regarding the "main channel"                              | 1178 |
|      | <b>PART B</b>  |      |
|      | Introduction   | 1179 |
|      | 1. Judicial responses to a boundary delimitation which involves dis- |      |
|      | mantling or dividing an ecologically or culturally integral unit     | 1181 |
|      | 2. The scope for equity in boundary delimitation                     | 1184 |
|      | 3. Treaties dealing with spheres of influence distinguished from     |      |
|      | treaties dealing with State boundaries                               | 1185 |
|      | 4. Joint international régimes                                       | 1188 |
|      | Conclusion   | 1194 |

|  |      |
|--|------|
| ÎLE DE KASIKILI/SEDUDU (OP. DISS. WEERAMANTRY)   | 1154 |
| La notion de thalweg   | 1172 |
| <i>a)</i> Applicabilité de la notion   | 1172 |
| <i>b)</i> Incidences de la notion  | 1173 |
| Les éléments de preuve scientifiques   | 1175 |
| Les éléments de preuve cartographiques   | 1175 |
| L'utilisation équitable des fleuves frontières aux fins de la navigation   | 1177 |
| Conclusion concernant «le chenal principal»  | 1178 |
| <b>PARTIE B</b>  |      |
| Introduction   | 1179 |
| 1. Les réponses du juge à une délimitation de la frontière qui impose de démanteler ou de diviser un ensemble intégré sur le plan écologique ou culturel | 1181 |
| 2. La place de l'équité dans la délimitation d'une frontière   | 1184 |
| 3. La distinction à opérer entre les traités définissant des sphères d'influence et les traités établissant des frontières étatiques                     | 1185 |
| 4. Les régimes internationaux conjoints  | 1188 |
| Conclusion   | 1194 |

1. The Court has analysed and assessed with great care the vast amount of historical and diplomatic information placed before it. Upon a detailed consideration of all this material, the Court has arrived at the conclusion that the northern channel of the River Chobe constitutes the international boundary between Botswana and Namibia, in terms of Article III (2) of the 1890 Treaty between Germany and Great Britain.

2. A cardinal feature in this complex of information is the long continued Masubian use and occupation of Kasikili/Sedudu Island from a period prior to the 1890 Treaty for upwards of half a century thereafter. Namibia uses this information for two distinct purposes. It argues that the conduct of both administrations in reference to this use and occupation corroborates its interpretation that Article III (2) of the Treaty refers to the southern channel<sup>1</sup>. It also argues that such use and occupation establishes an entirely independent Namibian prescriptive claim to sovereignty over the Island<sup>2</sup>.

The entirety of this opinion concentrates on the first of these Namibian bases of claim.

3. On the central question of the legal significance of this use and occupation, I incline to a somewhat different approach to that adopted by the Court. This leads me to a different conclusion regarding the international boundary.

My reasons for concluding that the southern channel constitutes the international boundary are set out in Part A of this opinion.

4. Part B of this opinion deals with a different set of concerns.

Since my finding places Kasikili/Sedudu Island within the territory of Namibia, while the Chobe Game Park to the south falls within the territory of Botswana, it positions within two territorial jurisdictions what is essentially a single wildlife sanctuary — a sanctuary, moreover, which is one of the most prized wildlife habitats in southern Africa.

5. The Island is frequented, as far as one can gather from the pleadings, by a rich variety of wildlife. Elephant, hippopotamus, buffalo, lechwe, rhinoceros, giraffe, eland, baboon, lion, zebra, leopard, and fish eagle either frequent the Island or visit it from time to time. As the Island, together with the Chobe Game Park to the south, forms the natural habitat of this wildlife, my conclusion that the Island falls within the territorial jurisdiction of Namibia necessitates a consideration of the environmental principles drawn in by such a finding, without which this opinion would be incomplete. One of these is the principle of joint

---

<sup>1</sup> Memorial of Namibia, p. 10, para. 32.

<sup>2</sup> *Ibid.*, para. 33.

1. La Cour a analysé et évalué avec beaucoup de soin la masse de renseignements historiques et diplomatiques qui lui a été présentée. A la suite d'un examen approfondi de tous ces éléments, la Cour est parvenue à la conclusion que le chenal nord du fleuve Chobe constitue la frontière internationale entre le Botswana et la Namibie suivant les dispositions du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 conclu entre l'Allemagne et la Grande-Bretagne.

2. Un élément fondamental de cette masse d'informations est que les Masubia ont longtemps, sans solution de continuité, utilisé et occupé l'île de Kasikili/Sedudu depuis une date antérieure au traité de 1890 et pendant plus d'un demi-siècle ensuite. La Namibie se sert de cette information à deux fins différentes. Elle soutient que le comportement des deux administrations par rapport à cette utilisation et cette occupation de l'île corrobore son interprétation du traité qui est que le paragraphe 2 de l'article III vise le chenal sud<sup>1</sup>. La Namibie soutient également que cette utilisation et cette occupation lui confèrent sur l'île un titre totalement indépendant en vertu de la prescription acquisitive<sup>2</sup>.

La présente opinion porte entièrement sur la première de ces deux thèses namibiennes.

3. Sur cette question centrale du poids juridique à attribuer à cette utilisation et occupation de l'île, je suis tenté d'adopter une approche un peu différente de celle que la Cour a retenue. J'aboutis donc à une autre conclusion en ce qui concerne la frontière internationale.

On trouvera dans la partie A de la présente opinion les motifs pour lesquels je conclus que c'est le chenal sud qui constitue cette frontière internationale.

4. Dans la partie B, j'aborde une autre série de problèmes.

Comme j'aboutis à la conclusion que l'île de Kasikili/Sedudu est située sur le territoire de la Namibie tandis que le parc animalier du Chobe, au sud, appartient au territoire du Botswana, ce sont deux juridictions territoriales dont relève par conséquent ce qui constitue finalement une seule et même réserve animalière, une réserve, faut-il ajouter, qui est l'une des plus précieuses d'Afrique australe précisément en raison de ses richesses animalières.

5. L'île est en effet fréquentée, si l'on en croit les pièces du dossier, par de multiples espèces d'animaux sauvages: on y trouve souvent ou de temps à autre des éléphants, des hippopotames, des buffles, des «lechwe», des rhinocéros, des girafes, des élans, des babouins, des lions, des zèbres, des léopards et des aigles pêcheurs. Comme l'île et le parc animalier du Chobe au sud constituent l'habitat naturel de cette faune, la conclusion à laquelle j'aboutis, qui est que l'île relève de la juridiction territoriale de la Namibie, impose d'examiner les principes environnementaux que cette conclusion met en jeu et sans lesquels la présente opinion ne serait pas

<sup>1</sup> Mémoire de la Namibie, p. 10, par. 32.

<sup>2</sup> *Ibid.*, par. 33.

régimes, a matter peripherally involved in the Court's stipulation of equal access to the navigational use of the river. However, my finding necessitates a more detailed examination of this concept, which the Court has so far-sightedly incorporated in its Judgment.

6. Thus, on the one hand, this case transports us back to the age of empire-building in Africa, and requires us to re-enter the time frame of that era in order to understand what Britain and Germany had really agreed upon when dividing the relevant African territories between them. On the other hand, it raises issues which project us into a vital new area of international law, the rapid development of which will be a feature of the international law of the future.

## PART A

### *Introduction*

7. This case turns upon the interpretation of Article III (2) of the 1890 Treaty between Germany and Great Britain. The sphere in which the exercise of influence is reserved to Germany is described as bounded by a line which runs eastward along the 18th parallel of south latitude "till it reaches the river Chobe, and descends the *centre of the main channel* of that river to the junction of the Zambezi" (emphasis added). The German version of the Treaty uses the term "*Thalweg des Hauptlaufes*" for the English words italicized.

8. Problems arise in this case because of the bifurcation of the River Chobe into two channels which run to the south and the north of the disputed Island and reunite thereafter. The legal ownership of the Island would depend on whether the northern or southern channel is considered to be the main channel. If the northern channel is the main channel, the Island would fall within the territorial jurisdiction of Botswana, while a determination that it is the southern channel would bring it within the jurisdiction of Namibia.

A central question therefore is the interpretation of the italicized English and the corresponding German expressions. Are they synonymous and, if they have different connotations, how does one interpret this clause?

9. I am inclined to the view that the German terms were intended to be synonymous with the English expression "centre of the main channel". Yet, the German word "thalweg" often carries additional technical connotations as well. However, whether one reads the two expressions as synonymous or whether one gives the word "thalweg" a different and special connotation, it seems to me, for reasons which will be amplified later, that they point in the direction of the southern channel being the boundary indicated by the Treaty.

complète. Au nombre de ces principes figure celui du régime conjoint d'exploitation, question que la Cour évoque de façon très lointaine quand elle prescrit l'égalité d'accès au fleuve à des fins de navigation. Ma conclusion exige toutefois d'étudier plus avant cette notion que la Cour a eu la perspicacité d'intégrer à son arrêt.

6. On voit donc que, d'un côté, cette affaire nous ramène à l'époque de la constitution des empires coloniaux en Afrique, et nous impose de revivre l'époque pour comprendre ce que la Grande-Bretagne et l'Allemagne ont véritablement voulu quand elles se sont partagé d'un commun accord les territoires africains dont il s'agit. D'un autre côté, l'affaire soulève des questions qui nous projettent dans un domaine capital du droit international qui est totalement nouveau et dont le développement rapide va profondément marquer le droit international de l'avenir.

## PARTIE A

### *Introduction*

7. L'affaire repose sur l'interprétation du paragraphe 2 de l'article III du traité conclu en 1890 par l'Allemagne et la Grande-Bretagne. La sphère d'influence réservée à l'Allemagne est dite délimitée, à l'est, par une ligne qui suit le 18<sup>e</sup> parallèle de latitude sud «jusqu'au Chobe et suit le *centre du chenal principal* de ce fleuve jusqu'à son confluent avec le Zambèze» (les italiques sont de moi). La version allemande du traité utilise, pour les termes que je mets en italique, l'expression «*Thalweg des Hauptlaufes*».

8. Les problèmes qui se posent en l'espèce tiennent au fait que le fleuve Chobe bifurque en deux chenaux qui passent au sud et au nord de l'île contestée et convergent à nouveau ensuite. Juridiquement, la propriété de l'île est tributaire de la réponse à la question de savoir si c'est le chenal nord ou le chenal sud qui est considéré comme le chenal principal. Si c'est le chenal nord, l'île relèvera de la juridiction territoriale du Botswana, mais se prononcer en faveur du chenal sud reviendra à la soumettre à la juridiction de la Namibie.

Il se pose donc une question centrale au sujet de l'interprétation de la formule citée en italique et de l'expression allemande correspondante. Les deux textes sont-ils synonymes et, si la connotation est différente, comment faut-il interpréter la disposition?

9. J'estimerais volontiers que les termes allemands en question étaient censés être synonymes de l'expression «centre du chenal principal». Pourtant, le terme allemand «thalweg» est souvent assorti de nuances techniques également. Toutefois, que l'on prenne les deux expressions pour synonymes ou bien que l'on donne une connotation autre et particulière au mot «thalweg», il me paraît, pour des motifs que je développerai plus loin, que les deux formules feraient du chenal sud la frontière désignée par le traité.

10. Since the terms used are not so explicit as to point definitively to one or the other channel of the river, it becomes necessary to derive assistance from such aids to interpretation as are permitted by the law relating to treaties. Inasmuch as the cardinal question involved is how the boundary was understood by the parties or their agents in the context of the period of the Treaty, i.e., 1890 and the years immediately succeeding, there is invaluable assistance to be derived from the way in which the authorities on both sides regarded the regular Masubian crossings of the northern channel. These movements occurred regularly for over 50 years after the Treaty, without the faintest suggestion from either side that they involved the crossing of an international boundary.

11. After outlining the relevant rules of treaty interpretation and the legal significance, in that context, of the Masubian use and occupation of the Island, I shall consider the implications of the phrases used in the Treaty, and the ambivalence of the other criteria that have been suggested for determining what is the main channel.

*General Approach to Questions of Interpretation Arising in This Case*

12. The first stage of any exercise in treaty interpretation is to interpret the words according to their ordinary meaning. Even at this initial stage, the task is complicated by the fact that the expressions used may carry a legal meaning and a scientific meaning as well. The normal rule of interpretation of documents that words are to be interpreted according to their ordinary meaning is naturally modified if those words also bear a technical meaning in the context in which they are used.

13. This case presents a classic instance of what the law relating to treaties would class as a situation where the ordinary or indeed the legal and scientific meaning of the words used leaves one in considerable doubt as to the correct interpretation. Either interpretation — that which regards the northern channel as the main channel or that which regards the southern channel as the main channel — can be supported by a wealth of scientific and circumstantial data, based upon different criteria such as breadth, depth and volume, which have no necessary ranking order among them. While not discounting the high scientific and technical expertise of the experts who have been called before the Court by both Parties, it is necessary to note that there is a limit to the assistance they can give in the determination of the question which is the main channel of the Chobe River.

14. Since the matter thus remains unclear, another basic rule of interpretation is called into play, permitting a court to look further into the way in which the parties or their agents in fact acted upon the document. Parties know best in what sense they used any particular words and, espe-

10. Comme le vocabulaire utilisé n'est pas explicite au point de désigner de façon déterminante l'un ou l'autre chenal du fleuve, il devient indispensable de faire appel aux auxiliaires de l'interprétation qu'autorise le droit des traités. Comme la question fondamentale à laquelle il faut répondre est de savoir quelle idée les parties ou leurs agents se faisaient de la frontière pendant la période du traité, c'est-à-dire 1890 et les années qui ont immédiatement suivi, il est extrêmement utile de chercher à savoir comment les autorités, des deux côtés, considéraient le fait que les Masubia traversaient constamment le chenal nord. Et ces traversées se sont répétées pendant plus de cinquante ans après la signature du traité sans qu'aucune des parties ne cherche le moins du monde à dire que cela revenait à franchir une frontière internationale.

11. Après avoir évoqué rapidement les règles pertinentes de l'interprétation des traités et l'importance juridique que revêtent dans ce contexte l'utilisation et l'occupation de l'île par les Masubia, je verrai quelles incidences il faut accorder aux formules du traité et quelle est l'ambivalence des autres critères que l'on a suggéré d'utiliser pour savoir quel est le chenal principal.

*Les questions d'interprétation en l'espèce: conception générale*

12. Dans toute opération d'interprétation de traité, la première étape consiste à interpréter les termes suivant leur sens ordinaire. Mais même lors de cette première phase, la tâche est rendue plus compliquée par le fait que les expressions utilisées revêtent peut-être aussi un sens juridique et un sens scientifique. La règle normale à appliquer à l'interprétation de documents, qui est que les termes doivent être interprétés suivant leur sens ordinaire, est évidemment infléchie si ces termes revêtent aussi un sens technique dans le contexte dans lequel ils sont utilisés.

13. La présente instance est un exemple classique de ce que le droit des traités classerait parmi les situations où le sens ordinaire des termes utilisés, voire leur sens juridique et scientifique, crée une très grande incertitude quant à ce qui constitue la bonne interprétation. Chacune des interprétations possibles — celle suivant laquelle le chenal nord est le chenal principal ou bien celle suivant laquelle le chenal sud est le chenal principal — peut être étayée par une masse d'indications scientifiques ou liées aux circonstances, reposant sur différents critères, la largeur du fleuve, sa profondeur, son débit, qu'il n'y a pas nécessairement lieu de ranger suivant un certain ordre. S'il ne faut pas écarter les vastes compétences scientifiques et techniques des experts que les deux Parties ont fait déposer devant la Cour, il faut bien admettre que l'aide qu'ils peuvent nous apporter au moment où il nous faut répondre à la question de savoir quel chenal est le chenal principal du Chobe est limitée.

14. Comme la question demeure par conséquent obscure, on fait alors appel à une autre règle fondamentale de l'interprétation, qui autorise le juge à examiner comment les parties ou leurs agents ont concrètement donné suite au document. Ce sont les parties qui savent le mieux dans

cially in the case of an old or ancient document, this helps the modern interpreter considerably.

15. In this opinion, I shall place particular emphasis on this approach, as the words used are capable of more than one construction, whether viewed according to the ordinary meaning of the words used, or according to their legal or technical meaning. Since the document we are considering is over a hundred years old, the way in which the document was understood at the time is clearly a powerful aid to its interpretation.

16. In determining this rather obscure question so long after the date of the Treaty, it must be acknowledged that the meaning we are searching for must have been much more apparent to those dealing with it closer to the time. Who better than they would know which of the two channels was considered at the time of the Treaty to be the main channel?

17. I am not, in this context, directing my attention to Namibia's alternative claim of prescriptive occupation of Kasikili/Sedudu Island, in the years immediately following the Treaty. I am here concerned, rather, with determining what would be a reasonable construction of the ambiguous expression "main channel", having regard to the conduct of those who were closest in time to the Treaty. In the crucial period immediately following the Treaty, how was it acted upon by those who were closest not only in time, but also in fact, to its practical operation?

It is apparent that there could not have been an implementation of the terms of the Treaty in the period immediately following the Treaty, in a manner which ran contrary to the sense of the two administrations as to what the Treaty meant.

18. I may add that contemporaneous conduct in relation to the Treaty is especially important in this case in the light of the fact that observations regarding the various qualities of the river — whether they be breadth or depth or volume of flow — can vary considerably over a period of a hundred years, and could depend very much on the time of observation, be it the wet season, the dry season or any other. The sense in which the Treaty was understood contemporaneously is the best index to what was actually intended, and any search for clarification of the terms used must focus intensely on this aspect.

#### *Article 31 of the Vienna Convention*

19. This brings me to a consideration of Article 31, paragraph 3 (b), of the Vienna Convention, which has been the subject of detailed written and oral submissions by both Parties. Namibia has contended that it refers to "any subsequent practice . . . which establishes the *understand-*

quel sens elles ont pris tel ou tel mot et, tout particulièrement s'il s'agit d'un document ancien ou très ancien, cela aide considérablement l'interprète moderne.

15. Je vais dans la présente opinion recourir tout particulièrement à cette approche, car les termes utilisés se prêtent à plus d'une interprétation selon qu'on leur attribue leur sens ordinaire ou bien leur sens juridique ou technique. Comme l'instrument que nous examinons a plus de cent ans, il est manifestement d'une utilité considérable aux fins de son interprétation de savoir comment il a été compris à l'époque.

16. Pour pouvoir répondre à cette question demeurant assez obscure si longtemps après la date de la conclusion du traité, il faut bien admettre que le sens que nous voulons préciser doit avoir été beaucoup plus clair pour ceux qui s'intéressaient à cette question à une époque moins éloignée du traité. Personne n'est mieux placé pour savoir lequel des deux chenaux était considéré à l'époque du traité comme le chenal principal.

17. Dans ce contexte, je ne m'intéresse pas à la prétention subsidiaire de la Namibie à la souveraineté sur l'île de Kasikili/Sedudu sous l'effet d'une occupation prescriptive dans les années qui suivent immédiatement la conclusion du traité. Je cherche plutôt à établir ce qui pourrait être une interprétation raisonnable de l'expression ambiguë «chenal principal», compte tenu de la conduite de ceux qui ont été, dans le temps, les plus proches de la date de la conclusion du traité. La question que je pose est la suivante: dans la période cruciale qui suit immédiatement la conclusion du traité, quelle suite lui ont donnée ceux qui en étaient les plus proches non seulement dans le temps mais aussi concrètement, du point de vue de sa mise en œuvre pratique?

Il est clair qu'il était impossible de mettre en œuvre les dispositions du traité pendant la période immédiatement postérieure à sa conclusion d'une façon qui eût été contraire au sens que les deux administrations en cause attribuaient au traité lui-même.

18. J'ajouterai que la conduite adoptée par les contemporains à l'égard du traité revêt d'autant plus d'importance en l'espèce que les observations concernant les diverses qualités du fleuve — largeur, profondeur, débit — peuvent donner des chiffres très variables sur une période d'une centaine d'années, et varier aussi beaucoup suivant le moment où l'observation est relevée, selon qu'il s'agit de la saison des pluies, de la saison sèche, etc. Le sens attribué au traité par les contemporains fournit la meilleure indication de l'intention réelle des auteurs du traité et, dès que l'on cherche à en préciser les termes, on doit se pencher de très près sur cet aspect des choses.

#### *L'article 31 de la convention de Vienne*

19. Les considérations ci-dessus m'amènent donc à examiner le paragraphe 3 b) de l'article 31 de la convention de Vienne au sujet duquel les Parties ont présenté l'une et l'autre des conclusions, à la fois dans leurs écritures et dans leurs plaidoiries. La Namibie soutient que cette disposi-

ing of the parties regarding its interpretation”<sup>3</sup>, and that it therefore extends to conduct that takes the form of silence or inaction.

20. Botswana has resisted this contention<sup>4</sup>, arguing that the Court should be cautious in the face of this suggestion, and that the meaning of the word “agreement” should not be thus watered down. Botswana has also argued that:

“In the present case the whole point is that the acts alleged to constitute relevant acts of jurisdiction by Namibia are intended to constitute an independent source of title, that is, on the basis of prescription.”<sup>5</sup>

21. This submission does not accord with the submission of Namibia that it was relying upon this evidence for a twofold purpose. The establishment of prescriptive title through this evidence was only one of them.

The other, on which I concentrate in this opinion, was the question whether the silence or inaction of Botswana and its predecessors, in the face of regular use and occupation of the Island by the Masubian people, is evidence of an understanding of the Parties that the boundary referred to in the Treaty was the southern and not the northern channel.

22. Since the question before us is what the main channel was considered to be over a century ago, and since modern scientific evidence was not available then, one must turn to contemporaneous indicia. People living in the vicinity of the river, as well as those who had administrative authority over the area, would have had a far better understanding as to which was considered to be the main channel for practical purposes. The conduct of colonial officials, in particular, in relation to matters involving the boundary, would give us a valuable insight into the contemporaneous view as to which channel constituted the boundary. Here is a practical indicator of the Parties’ understanding of the Treaty, which cannot be discounted or ignored. Indeed, it would seem strange, if not unrealistic, to give to the Treaty a meaning which does not accord with the contemporaneous understanding of the Treaty by the very officials who were called upon to administer it.

23. I accept Namibia’s submission that the word “agreement” in Article 31, paragraph 3 (*b*), of the Vienna Convention can be read in the sense of “understanding”, and can therefore cover silence and inaction as

---

<sup>3</sup> Memorial of Namibia, Vol. I, p. 65, para. 177 (emphasis supplied).

<sup>4</sup> Counter-Memorial of Botswana, Vol. I, p. 84, para. 238.

<sup>5</sup> CR 99/13, p. 57.

tion vise « toute pratique ultérieurement suivie ... par laquelle est établi l'accord (*understanding*) des parties à l'égard de l'interprétation du traité »<sup>3</sup> et que cette pratique ultérieure s'étend par conséquent au silence ou à l'inaction.

20. Le Botswana s'est opposé à cette thèse<sup>4</sup>, soutenant que la Cour devrait user de prudence à l'égard de cette suggestion et qu'il ne faudrait pas de cette manière diluer le sens du terme « accord » (*«agreement»*). Le Botswana dit en outre :

« En l'espèce, l'important est que les actes censés constituer des actes pertinents de juridiction par la Namibie devraient constituer une source indépendante de souveraineté, fondée par conséquent sur la prescription. »<sup>5</sup>

21. Cette conclusion ne correspond pas avec celle de la Namibie qui dit s'appuyer sur ces moyens de preuve à une double fin. Etablir un titre de souveraineté par prescription grâce à ces éléments de preuve ne constituait que l'une de ces fins.

La seconde de ces fins, à laquelle je consacre l'essentiel de la présente opinion, est la question de savoir si le silence ou l'inaction du Botswana et de ses prédécesseurs face à une utilisation et une occupation régulière de l'île par les Masubia donne la preuve que les Parties étaient d'accord pour situer la frontière visée dans le traité dans le chenal sud et non pas dans le chenal nord.

22. Comme la question à laquelle nous devons répondre consiste à savoir où l'on situait le chenal principal il y a plus d'un siècle et que l'on ne disposait pas alors de moyens de preuve scientifiques modernes, nous devons nous en remettre à des indications de l'époque contemporaine. Les habitants des localités situées au voisinage du fleuve ainsi que les personnes chargées d'administrer la zone comprenaient normalement beaucoup mieux, à toutes fins pratiques, quel chenal était censé représenter le chenal principal. La conduite des fonctionnaires coloniaux, en particulier, à l'égard des questions ayant trait à la frontière, devrait nous donner des indications précieuses quant à ce que les contemporains estimaient être le chenal constituant la frontière. Il s'agit là d'une indication concrète de la façon dont les Parties comprenaient le traité, indication qu'il est impossible d'écarter ou d'ignorer. Il paraîtrait d'ailleurs étrange, sinon irréaliste, de donner au traité un sens qui ne soit pas compatible avec la façon dont le traité était interprété à l'époque par les fonctionnaires mêmes qui étaient chargés de l'appliquer.

23. J'accepte la conclusion de la Namibie quand celle-ci dit que le terme « accord » (*«agreement»*) figurant au paragraphe 3 b) de l'article 31 de la convention de Vienne peut être lu au sens d'« entente » (*«under-*

<sup>3</sup> Mémoire de la Namibie, vol. I, p. 65, par. 177; les italiques sont de moi.

<sup>4</sup> Contre-mémoire du Botswana, vol. I, p. 84, par. 238.

<sup>5</sup> CR 99/13, p. 57.

well. This view derives support not only from the general law relating to the interpretation of documents, but also from the *travaux préparatoires* of the Convention<sup>6</sup>. In paragraph 49 of its Judgment, the Court likewise gives its support to the view that the Parties' understanding of the Treaty is the basis for the importance of subsequent practice.

24. The substitution of the word "agreement" for the word "understanding", which was contained even in the International Law Commission's penultimate draft, occurred in the context of bringing the English text into line with the French, Russian and Spanish texts<sup>7</sup>. The word "agreement" in the Convention bears a meaning analogous to the French and Spanish "*accord*" or "*acuerdo*", respectively, and does not therefore rule out an understanding which may not be couched in the form of a verbal agreement<sup>8</sup>. In the words of Sir Humphrey Waldock:

"The word 'understanding' was chosen by the Commission instead of 'agreement' expressly in order to indicate that the assent of a party to the interpretation may be inferred from its reaction or absence of reaction to the practice."<sup>9</sup>

The French and Spanish versions used the words "accord" and "acuerdo", which themselves do not necessarily bear the meaning of an agreement expressly made in so many words<sup>10</sup>. The word "agreement" in Article 31, paragraph 3 (*b*), of the Convention must not therefore be interpreted to be restricted to a verbal agreement. It could include an understanding manifested by conduct.

25. What has to be taken into account together with the context is "any subsequent practice in the application of the treaty establishing the

<sup>6</sup> See the remarks of the Special Rapporteur, in discussing the comments by governments on the ILC Draft, 1964, that the ILC intended that evidence of subsequent practice indicating a "common understanding" should be taken as an "authentic interpretation comparable to an interpretative agreement" (*The Vienna Convention on the Law of Treaties, Travaux Préparatoires*, Dietrich Rauschning, ed., 1978, p. 247, para. 18).

<sup>7</sup> See *United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, 26 March-24 May, 1968, 1969*, p. 442, para. 29.

<sup>8</sup> Indeed, English speaking delegations appeared content with the word "understanding". Thus Australia and the United States had introduced an amendment which, while retaining the words "understanding", sought to introduce the word "common" before it (*United Nations Conference on the Law of Treaties, supra*, p. 442, para. 32).

<sup>9</sup> H. Waldock, doc. A/CN.4/186 and Add.1-7, "Sixth Report on the Law of Treaties", 2 *International Law Com.* (1966), p. 99.

<sup>10</sup> See *Le Grand Robert de la Langue Française*, 1992, defining "accord" as "État qui résulte d'une conformité ou d'une communauté de sentiments, de pensées, de volontés"; María Moliner, *Diccionario de uso del español*, 1988, defining "acuerdo" as "conformidad de pareceres entre dos o más personas".

*standing*) et peut par conséquent couvrir également le silence et l'inaction. L'idée est confortée non seulement par le droit général de l'interprétation de documents mais également par les travaux préparatoires de la convention<sup>6</sup>. Au paragraphe 49 de son arrêt, la Cour, de même, souscrit à l'idée que l'accord des Parties sur le sens du traité explique pourquoi la pratique ultérieure a tant d'importance.

24. Le terme «*agreement*» a été substitué au terme «*understanding*» qui figurait même encore dans l'avant-dernier projet de la Commission du droit international, avec le souci d'aligner le texte anglais sur les textes français, russe et espagnol<sup>7</sup>. Dans la convention, le terme anglais «*agreement*» a un sens analogue à celui du terme français «*accord*» ou du terme espagnol «*acuerdo*», et n'exclut par conséquent pas une entente (*understanding*) qui ne prendrait pas nécessairement la forme d'un accord verbal<sup>8</sup>. Comme l'a dit sir Humphrey Waldock :

«La Commission a intentionnellement employé le mot «*understanding*» (entente) au lieu du mot «*agreement*» (accord) pour indiquer que l'assentiment d'une partie à l'interprétation d'un traité peut être déduit de la réaction ou de l'absence de réaction de cette partie à l'égard de la pratique.»<sup>9</sup>

Dans les versions française et espagnole figuraient les mots «*accord*» et «*acuerdo*», qui, en soi, n'ont pas nécessairement le sens d'un accord (*agreement*) formellement exprimé comme tel<sup>10</sup>. Il ne faut donc pas interpréter le terme «*agreement*» figurant au paragraphe 3 *b*) de l'article 31 de la convention comme étant limité à un accord verbal. Le terme peut s'étendre à une entente (*understanding*) se manifestant par un comportement.

25. Ce dont il faut tenir compte dans le contexte, c'est de «*toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi*

<sup>6</sup> Voir ce que dit le rapporteur spécial quand il étudie les observations des gouvernements sur le projet de la Commission du droit international, en 1964 : la CDI voulait que la pratique ultérieurement suivie manifestant une «*entente commune*» («*common understanding*») représente «*une interprétation authentique comparable à un accord interprétatif*» (*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, travaux préparatoires, Dietrich Rauschnig, dir. de publ., 1978, p. 247, par. 18).

<sup>7</sup> Voir *Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session*, 26 mars-24 mai 1968, 1969, p. 480, par. 29.

<sup>8</sup> D'ailleurs, les délégations anglophones se satisfaisaient du terme «*understanding*». C'est ainsi que l'Australie et les États-Unis avaient présenté un amendement qui, tout en conservant le terme «*understanding*» visait à le faire précéder du terme «*common*» (*Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur le droit des traités, supra*, p. 481, par. 32).

<sup>9</sup> H. Waldock, doc. A/CN.4/186 et Add. 1-7, «*Sixième rapport sur le droit des traités*», *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 107.

<sup>10</sup> Voir *Le Grand Robert de la langue française*, 1992, qui définit l'«*accord*» comme l'«*état qui résulte d'une conformité ou d'une communauté de sentiments, de pensées, de volontés*»; María Moliner, *Diccionario de uso del español*, 1988, définit l'«*acuerdo*» comme une «*conformidad de pareceres entre dos o más personas*».

*understanding* of the parties regarding its interpretation”<sup>11</sup>. I refer also to the *Beagle Channel* Arbitration where the Court of Arbitration observed:

“The Court cannot accept the contention that no subsequent conduct, including acts of jurisdiction, can have probative value as a subsidiary method of interpretation unless representing a formally stated or acknowledged ‘agreement’ between the parties. The terms of the Vienna Convention do not specify the ways in which ‘agreement’ may be manifested.”<sup>12</sup>

The ample jurisprudence of this Court relating to subsequent practice<sup>13</sup> also shows that “the way in which the parties have actually conducted themselves in relation to the treaty affords legitimate evidence as to its correct interpretation”<sup>14</sup>.

26. For the purposes of the case before us, the words “any subsequent agreement” seem to me to refer to any consensus or common understanding in regard to how the words in question are to be viewed. The word “agreement” here is not restricted to a subsequent agreement in the sense of a fresh verbal *agreement* superimposed upon the original. It also embraces a *consensus* or *common understanding*, as shown by conduct, regarding its interpretation or application. Such conduct can take the form of action or inaction, affirmation or silence. I uphold the Namibian contention in this regard, and do not think it waters down the meaning of the term “agreement”, as Botswana contends.

27. In other words, what we are looking at is not a variation of the Treaty by another *agreement*, but a consensus or common understanding between the Parties (as manifested by conduct, which may include action or inaction) as to how the words of the Treaty were interpreted and acted upon. In the words of Sir Gerald Fitzmaurice:

“conduct usually forms a more reliable guide to intention and purpose than anything to be found for instance in the preparatory work

<sup>11</sup> Ian M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1973, p. 71 (emphasis added).

<sup>12</sup> Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel (1977), United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XXI, p. 187, para. 169.

<sup>13</sup> See, for example, *Corfu Channel*, *I.C.J. Reports 1949*, p. 25; *Temple of Preah Vihear*, *I.C.J. Reports 1962*, pp. 33-35; *South West Africa*, *I.C.J. Reports 1971*, p. 22; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *I.C.J. Reports 1984*, pp. 408-413.

<sup>14</sup> Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. I, 1986, p. 357.

l'accord (*understanding*) des parties à l'égard de l'interprétation du traité»<sup>11</sup>. J'évoquerai aussi l'arbitrage relatif au canal de Beagle à l'occasion duquel le tribunal d'arbitrage a fait observer ceci :

«Le tribunal ne peut pas accepter la thèse suivant laquelle la conduite ultérieure, y compris des actes de juridiction, ne peut avoir de valeur probante en tant que moyen subsidiaire d'interprétation à moins de représenter un «accord» («*agreement*») formellement prononcé ou reconnu par les parties. Les dispositions de la convention de Vienne ne précisent pas les modalités suivant lesquelles l'accord (*agreement*) peut se manifester.»<sup>12</sup> [*Traduction du Greffe.*]

L'abondante jurisprudence de la Cour actuelle au sujet de la pratique ultérieure<sup>13</sup> montre également que «la façon dont les parties se sont comportées dans la pratique par rapport au traité donne des preuves légitimes de la bonne interprétation qu'il faut lui donner»<sup>14</sup> [*traduction du Greffe.*]

26. Aux fins de la présente instance, les termes «tout accord ultérieur» visent, me semble-t-il, tout consensus ou entente («*common understanding*») sur la façon dont il faut considérer les termes en question. Le terme «accord» («*agreement*») n'est pas limité ici à un accord ultérieur au sens d'un nouvel *agreement* verbal qui se surimposerait à l'accord initial. Il peut s'agir aussi d'un consensus (*consensus*) ou d'une entente (*common understanding*), se manifestant par la conduite, portant sur l'interprétation ou l'application du traité. Cette conduite peut prendre la forme de l'action ou de l'inaction, d'une affirmation ou du silence. Je souscris à la thèse de la Namibie à ce sujet et je ne pense pas qu'elle dilue le sens du terme «accord» («*agreement*») comme le soutient le Botswana.

27. Autrement dit, nous sommes en présence non pas d'une variante du traité établie par un autre accord (*agreement*), mais d'un consensus ou d'une entente (*common understanding*) entre les Parties (se manifestant par la conduite, laquelle s'étend à l'action ou à l'inaction) sur la façon dont les termes utilisés dans le traité ont été interprétés et ont reçu une suite concrète. Comme le dit sir Gerald Fitzmaurice :

«la conduite constitue généralement une indication plus fiable quant aux intentions et au but que tout ce que l'on pourra trouver, par

<sup>11</sup> Ian M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1973, p. 71; les italiques sont de moi.

<sup>12</sup> Affaire concernant un différend entre l'Argentine et le Chili au sujet du canal de Beagle (1977), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, p. 187, par. 169.

<sup>13</sup> Voir, par exemple, *Détroit de Corfou*, C.I.J. Recueil 1949, p. 25; *Temple de Préah Vihear*, C.I.J. Recueil 1962, p. 33-35; *Sud-Ouest africain*, C.I.J. Recueil 1971, p. 22; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, C.I.J. Recueil 1984, p. 408-413.

<sup>14</sup> Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. I, 1986, p. 357.

of the treaty, simply because it has taken concrete and active, and not merely verbal or paper, form”<sup>15</sup>.

Further, “there is no doubt about the standing of [this] principle, as an independent principle, which, in a proper case, *it may be not only legitimate but necessary to make use of*”<sup>16</sup>.

This approach does not involve an attempt to move *away* from the text of the Treaty, as suggested by Botswana<sup>17</sup>, but rather an attempt to call in aid the conduct of the parties as a means of understanding the actual terms of the Treaty.

28. I stress, of course, that resort to subsequent practice, as showing contemporaneous understanding of the treaty, can only be had when the ordinary meaning of the words used in the Treaty is not sufficiently clear — as is pre-eminently the situation in the present case. Words so charged with ambiguity as those under consideration here demand the use of supplementary means of interpretation, and contemporaneous understanding ranks high among them.

29. We are not here interpreting or applying a legal concept, in which case intertemporal principles might, in certain cases, attract the meaning that concept bears at the time of interpretation. Rather, we are here examining a question of fact as to which of the two channels was considered by the parties *at that time* to be the main channel. This principle of contemporaneity is one of the important principles of treaty interpretation<sup>18</sup>, and is not, I think, given its proper effect by taking into account, as the Court has done, the attitude of the Parties more than 50 years later, when political and other circumstances may well have necessitated a change of administrative policy from that which had been evidenced for the half century immediately following the Treaty.

30. Colonial administrations were specially sensitive, in the period of colonial rivalry, to incursions upon their territory from the territory of another colonial power. This would be expected to be particularly so at the time a treaty is concluded which defines their respective areas. At that time, the administrative authorities in the border regions, even though thinly spread, would be specially on the alert to incidents of use and occupation of the territory which are contrary to their contemporaneous understanding of what the treaty defines. If, indeed, there are such incidents and, as in this case, they are openly conducted, the administrative authorities would naturally register their concern. If, on the contrary,

---

<sup>15</sup> Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 357.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 359 (emphasis added).

<sup>17</sup> Counter-Memorial of Botswana. Vol. I, p. 85, para. 240.

<sup>18</sup> Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 359.

exemple, dans les travaux préparatoires du traité, tout simplement parce qu'elle revêt une forme concrète et active et non pas simplement une forme verbale ou écrite»<sup>15</sup> [*traduction du Greffe*].

En outre, «l'autorité de [ce] principe est incontestable, en tant que principe indépendant qu'il peut être non seulement légitime mais indispensable d'appliquer dans les circonstances voulues»<sup>16</sup>.

Contrairement à ce que le Botswana donne à entendre<sup>17</sup>, cette approche ne revient pas à tenter de s'écarter du texte du traité, elle consiste plutôt à tenter de faire appel à la conduite des parties pour comprendre les dispositions concrètes du traité.

28. Je souligne bien entendu qu'il n'est possible de faire appel à la pratique ultérieure pour savoir comment les contemporains comprenaient le traité que si le sens ordinaire des termes utilisés dans ledit traité n'est pas suffisamment clair — comme tel est si manifestement le cas en la présente espèce. Des termes aussi lourdement chargés d'ambiguïté que ceux qui sont examinés ici exigent de recourir à des moyens d'interprétation supplémentaires et, parmi ces moyens, l'interprétation commune (*understanding*) des contemporains figure au premier rang.

29. Nous ne sommes pas en train ici d'interpréter ou d'appliquer une notion juridique, auquel cas les principes intertemporels pourraient parfois revêtir le sens que la notion a au moment de l'interprétation. Nous étudions plutôt ici une question de fait, qui est de savoir celui des deux chenaux dont les Parties estimaient à l'époque qu'il était le chenal principal. Ce principe de la contemporanéité est un des principes importants de l'interprétation des traités<sup>18</sup>, et, à mon sens, ce n'est pas bien l'appliquer que de prendre en considération, comme la Cour l'a fait, l'attitude qu'adoptent les Parties plus de cinquante ans après, quand les circonstances, politiques notamment, peuvent très bien avoir modifié la politique suivie en matière administrative par rapport à celle qui a manifestement été suivie pendant le demi-siècle suivant immédiatement la conclusion du traité.

30. Les administrations coloniales étaient tout particulièrement sensibles, pendant la période des rivalités coloniales, aux incursions opérées sur leur territoire à partir du territoire d'une autre puissance coloniale. Et ce devait être tout particulièrement le cas à l'époque où deux de ces puissances concluaient un traité définissant leurs zones respectives. A l'époque, l'autorité chargée de l'administration dans les régions frontalières, même si elle était peu nombreuse sur le terrain, devait être particulièrement vigilante et s'intéresser à toute utilisation et occupation du territoire contraire à la façon dont les contemporains interprétaient les définitions du traité. S'il y avait effectivement des cas d'utilisation et

<sup>15</sup> Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 357.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 359; les italiques sont de moi.

<sup>17</sup> Contre-mémoire du Botswana, vol. I, p. 85, par. 240.

<sup>18</sup> Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 359.

they are aware of significant acts pointing to a particular understanding of the Treaty, and take no steps indicative of a different understanding, the natural conclusion to be drawn from such conduct is that such acts of use and occupation accorded with their contemporaneous understanding of the Treaty.

### *Indicia of Occupation*

31. The use and occupation of this territory by Caprivi residents must be considered in the context of the particular geographical characteristics of the region and contemporary modes of human use and occupation of such territory.

We must not look for indicia of occupation in terms of settled housing or ordered agriculture, burial sites, or schools, for the very nature of this terrain prevented settled habitation in the manner known to Western jurisprudence and tradition. At best there would have been temporary occupation in makeshift huts from time to time as the rains and the climate determined. Such mud huts as there were would tend to be washed away during floodtime, for they were not constructed for permanent occupation. Even agricultural holdings could have been at best of a rather haphazard variety as compared with the holdings one is accustomed to in settled societies. Aerial photographs likewise would not reveal the ordered patterns of cultivation one is accustomed to see in cultivated agricultural land.

Factors such as these must be taken into account in assessing the inferences we could draw regarding Masubian occupation of the Island when the floods of each year had subsided.

32. Quite apart from the flood factor, there may well have been a lack of regularity in Masubian occupation of this territory, as is characteristic of a society which does not follow a regular routine year in and year out. Concepts of settled occupation, in default of which a territory is deemed unoccupied and even *res nullius*, which traditional principles of international law have led us to expect, must consequently be discarded in approaching a case such as the present. One recalls, in this context, judicial observations such as those in the *Legal Status of Eastern Greenland*<sup>19</sup>, holding that even slender proof may satisfy a court of the exercise of sovereign rights in cases of thinly populated or unsettled territory, where the other party cannot make out a superior claim.

---

<sup>19</sup> *P.C.I.J., Series A/B, No. 53*, p. 46.

d'occupation et que ces cas soient, comme en l'espèce, patents, les administrateurs manifesteraient, bien entendu, leur inquiétude. Si, au contraire, les administrateurs ont connaissance d'actes significatifs témoignant d'une certaine interprétation du traité et ne prennent aucune mesure procédant d'une interprétation différente, il faut normalement déduire de pareille conduite que ces actes d'utilisation et d'occupation étaient compatibles avec l'interprétation du traité qui avait cours à l'époque contemporaine chez les administrateurs coloniaux.

### *Les signes d'occupation*

31. L'utilisation et l'occupation du territoire par les habitants de la bande de Caprivi doivent être étudiées sous l'angle des caractéristiques géographiques particulières de la région et des modes d'utilisation et d'occupation par l'homme de ce type de territoire à l'époque contemporaine du traité.

Nous ne devons pas rechercher des signes d'occupation sous forme de maisons d'habitation permanente, d'agriculture organisée, de lieux de sépulture ou d'écoles, car la nature même du terrain empêchait l'habitation permanente sous la forme propre à la jurisprudence et à la tradition occidentales. Il y avait tout au plus occupation temporaire dans des cases improvisées de temps à autre, comme les pluies et le climat le permettaient. Les sortes de cases de pisé qui pouvaient exister disparaissaient lors des inondations, car elles n'étaient pas construites pour l'occupation permanente. Même les parcelles agricoles devaient être au mieux consacrées à des cultures de fortune par rapport aux cultures permanentes auxquelles nos sociétés sont habituées. De même, les photographies aériennes ne font pas apparaître les modes organisés de culture dont nous avons l'habitude sur des terres consacrées à l'agriculture.

C'est ce type de facteurs qu'il faut prendre en considération pour évaluer les indications que nous pouvons tirer de l'occupation de l'île par les Masubia quand, tous les ans, les inondations s'interrompent.

32. Les inondations mises à part, l'occupation du territoire par les Masubia peut très bien avoir manqué de régularité, comme il en est d'une société qui ne suit pas le même rythme habituel tous les ans. Il faut par conséquent renoncer à aborder, en l'espèce, la situation avec des notions d'occupation permanente, en l'absence de laquelle un territoire est censé être inoccupé, voire *res nullius*, comme nous l'apprennent les principes traditionnels du droit international. On se rappelle à ce propos les observations des juges dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*<sup>19</sup>, suivant lesquelles le tribunal se contente de fort peu de manifestations d'un exercice de droits souverains quand le territoire est faiblement peuplé ou non occupé par des habitants à demeure, pourvu que l'autre Etat en cause ne puisse faire valoir une prétention supérieure.

<sup>19</sup> C.P.J.I. série A/B n° 53, p. 46.

*The Significance of Masubian Use and Occupation*

33. Was the Masubian use and occupation of this territory, in the years immediately succeeding the Treaty, an occupation that was merely permissive, under some external authority, or was it resorted to on the basis that the occupiers felt entitled to such occupation without seeking the permission of any external authority?

If the latter was the case, their occupation must be presumed to be occupation under the State of which they were the subjects, rather than under any other State which claimed to have authority over the territory.

34. This approach may have its limitations, as the acts of occupation of the Masubia of the Caprivi Strip were not sovereign acts, but yet such legal benefit as might accrue from them must enure to the benefit of their sovereign authority rather than any other. This would be especially so if the occupation was an organized occupation under their chiefs rather than sporadic acts of occupation by individuals. In fact, the evidence indicates that the tribesmen attached great sentimental value to the Island which was regarded as a seat of chiefly authority, and that such occupation was part of the living tradition of their tribe.

35. Namibia argues that

“the Masubia of Caprivi had occupied and cultivated Kasikili Island from before the conclusion of the 1890 treaty until well into the second half of the present century and that Namibia’s predecessors in title had continuously exercised jurisdiction over the area with the full knowledge of Botswana and its predecessors and without any official objection or protest from them until 1984”<sup>20</sup>.

I believe there is no dispute regarding Masubian cultivation of the Island until 1947, allowing for such occasional intervals as were necessitated by climatic conditions. I believe the evidence supports the view that, from 1890 to 1947, such cultivation during the period when the Island was not flooded was a regular feature.

36. Colonial governments depended heavily on chiefly authority at a local level, and the claims and movements of chieftains were not matters of indifference to them.

What do we infer from this?

This may not have been occupation by a sovereign government such as is necessary for the acquisition of title by adverse prescription, though it could come close to such an interpretation. However, it was an occupation of the land of which the administrations on both sides were not

---

<sup>20</sup> Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, p. 40, para. 83.

*L'importance de l'utilisation et de l'occupation de l'île par les Masubia*

33. L'utilisation et l'occupation du territoire par les Masubia, pendant les années qui ont immédiatement suivi la conclusion du traité, étaient-elles une occupation simplement tolérée par une autorité extérieure quelconque, ou bien étaient-elles pratiquées parce que les occupants estimaient avoir le droit de pratiquer cette occupation sans demander d'autorisation à une autorité extérieure quelconque?

Si la seconde hypothèse est la bonne, il faut présumer qu'il s'agit d'une occupation licite au regard de l'Etat dont les Masubia étaient les sujets plutôt qu'au regard de n'importe quel autre Etat prétendant exercer sa souveraineté sur le territoire.

34. Cette approche est peut-être limitée, car les actes d'occupation des Masubia de la bande de Caprivi n'étaient pas des actes souverains, et pourtant l'avantage juridique qu'il est possible de tirer de ces actes conforte nécessairement leur autorité souveraine plutôt que n'importe quelle autre autorité. Et cette conclusion s'impose d'autant plus si l'occupation était organisée, sous l'aval des chefs, et ne représentait pas simplement quelques actes sporadiques d'occupation par des particuliers. En fait, les éléments de preuve indiquent que les membres de la tribu éprouvaient beaucoup d'attachement affectif pour l'île qui était considérée comme relevant de l'autorité des chefs et que ladite occupation faisait partie intégrante des traditions de la tribu.

35. La Namibie soutient que

«les Masubia du Caprivi avaient occupé et cultivé l'île de Kasikili avant même la conclusion du traité de 1890 jusque bien après le milieu du siècle actuel et que les prédécesseurs en titre de la Namibie avaient continuellement exercé leur juridiction sur la région au vu et au su du Botswana et de ses prédécesseurs et sans aucune opposition ni protestation officielle de leur part jusqu'en 1984»<sup>20</sup>.

Je pense qu'il n'y a pas de litige autour du fait que les Masubia ont cultivé l'île jusqu'en 1947, avec les quelques solutions de continuité imposées par le climat. Je pense que les éléments de preuve présentés établissent que, de 1890 à 1947, la culture de l'île, pendant les périodes où celle-ci n'était pas inondée, était systématique.

36. Les puissances coloniales étaient étroitement tributaires de l'autorité des chefs sur le plan local de sorte que les revendications et les décisions des chefs ne leur étaient pas indifférentes.

Que devons-nous en déduire?

Il ne s'est peut-être pas agi de l'occupation pratiquée par un gouvernement souverain, comme cela doit être le cas pour pouvoir acquérir un titre par prescription contraire, encore que l'on puisse presque adhérer à pareille interprétation. Mais il s'agissait d'une occupation du terrain dont

<sup>20</sup> Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 40, par. 83.

unaware. If this occupation was in disregard of the 1890 Treaty, one would have expected the Government of Botswana or its predecessors to lodge a protest, or at least to make it clear that the Masubia were there on sufferance. There is no evidence of any such action on Botswana's part.

*Contemporaneous Understanding of the Treaty as Evidenced by the Conduct of the Parties*

37. For the purpose of assessing the Parties' understanding of the Treaty, I now move on to a consideration of the factual material placed before the Court regarding official conduct on both sides. In doing so, I stress that what is most important to the legal question I am addressing is the common understanding of the two administrations in the years immediately succeeding the Treaty, and not during periods half a century or more after the Treaty.

38. Changes of official attitude that occurred at a later period, e.g., in 1947 or thereafter, throw little light on how the Parties understood the Treaty at the time it was entered into, or shortly thereafter. New policy orientations, and indeed new configurations of political power, may well have intervened half a century or more after the Treaty, having regard to the profound changes that took place in the region. For these reasons, I differ from the Court's conclusion of absence of agreement, based upon events between 1947 and 1951 and, indeed, thereafter<sup>21</sup>.

*Evidence of Common Understanding*

39. In the light of the nature of Masubian occupation, as discussed earlier, I proceed to set out a summary of what can be gathered from the material before us, in regard to the common understanding of the Treaty in the years immediately following it. In doing so, I start with some of the findings of the Court as set out in paragraph 62 of the Court's Judgment.

- Prior to 1947, no differences had arisen between Bechuanaland and the power administering the Caprivi Strip with regard to the boundary in the area of Kasikili Island.
- It appears that, on the basis of the maps available at the time, the boundary had until then been supposed to be located in the southern channel of the Chobe.

---

<sup>21</sup> Judgment, para. 63.

l'administration des deux côtés n'était pas inconsciente. Si cette occupation transgressait le traité de 1890, on aurait pu s'attendre à ce que le Gouvernement botswanais ou bien ses prédécesseurs protestent officiellement, ou tout au moins fassent savoir que les Masubia étaient simplement tolérés. Or, rien n'indique que le Botswana ait agi en ce sens.

*Comment les contemporains interprètent le traité ainsi que le montre la conduite des Parties*

37. Aux fins d'apprécier comment les Parties interprètent le traité, je vais à présent examiner les éléments de fait présentés à la Cour au sujet de la conduite officielle des deux administrations. Ce faisant, je souligne que ce qui est le plus important du point de vue de la question juridique que j'étudie, c'est l'accord à ce sujet des deux administrations (*common understanding*) pendant les années qui ont suivi immédiatement la conclusion du traité et non pas pendant les périodes qui se situent un demi-siècle ou davantage après ladite conclusion.

38. Les changements intervenus plus tard dans les positions officielles, par exemple en 1947 ou plus tard encore, ne renseignent pas beaucoup sur la façon dont les Parties interprétaient le traité à l'époque où il a été conclu ou bien peu de temps ensuite. De nouvelles orientations politiques, et aussi des modifications de la configuration du pouvoir politique sont sans doute intervenues un demi-siècle plus tard ou davantage après la conclusion du traité, étant donné la façon dont la région s'est radicalement transformée. C'est pourquoi je ne conclus pas comme le fait la Cour que les événements qui se sont déroulés entre 1947 et 1951 et d'ailleurs par la suite aussi sont révélateurs de l'absence d'accord<sup>21</sup>.

*Preuves de l'entente (common understanding)*

39. Compte tenu de la nature de l'occupation de l'île par les Masubia, comme nous l'avons vu plus haut, j'expose succinctement ci-après ce que l'on peut déduire des éléments qui nous ont été présentés en ce qui concerne l'entente (*common understanding*) relative à l'interprétation du traité dans les années qui ont immédiatement suivi sa conclusion. Je commence par certaines des constatations que la Cour énonce au paragraphe 62 de l'arrêt.

- Jusqu'en 1947, aucune divergence de vues n'avait surgi entre, d'une part, la puissance administrant la bande de Caprivi et, d'autre part, le Bechuanaland au sujet de la frontière dans la région de l'île de Kasikili/Sedudu.
- Il semble que, compte tenu des cartes alors disponibles, la frontière était jusque là supposée se situer dans le chenal sud du Chobe.

<sup>21</sup> Arrêt, par. 63.

- While in 1948 a local official from Caprivi and a local official from Bechuanaland came to the conclusion that the main channel was the northern one, at the same time they noted that since at least 1907 use had been made of the Island by Caprivi tribesmen without objection by the Bechuanaland authorities, and that that situation still continued.
- It was subsequently, after consulting London, that the higher authorities in Bechuanaland took the view that the boundary was located in the northern channel.

Such subsequent action, taken nearly 60 years after the date of the Treaty, can scarcely be used to help in showing how the Parties understood the Treaty, especially where their earlier conduct points to a different understanding.

40. One should also take into account that

- Masubia use and occupation of the Island was of as significant a nature as the terrain and climatic conditions allowed.
- Masubia use and occupation included even the residence of a chief and a well organized village community and a school, factors of much significance when we consider that such occupation was never challenged by an administration whose successors claim that this was their territory, and did not raise objections thereto until nearly 60 years after the Treaty.
- One of the initial acts of the first German Imperial Resident, Streitwolf, was to install the Masubia chief, Chikamatondo, who was to be responsible to him for the area<sup>22</sup>.
- In later years, the Masubia chief himself lived on the Island, and held his court there.

As already observed, Botswana's contention that the "subsequent conduct" argument is one grounded in acquisitive prescription<sup>23</sup> does not take account of the fact that these are in fact two separate arguments. Factors throwing light on the contemporaneous understanding of the Treaty can be considered quite apart from their weight as supporting acquisitive prescription.

41. For these reasons, there is sufficient material from which to conclude an understanding on the part of the Parties to the Treaty, as evidenced by their practice for upwards of half a century, that they regarded the southern boundary of the River Chobe as the main channel.

<sup>22</sup> Memorial of Namibia, Vol. I, p. 9, para. 28.

<sup>23</sup> Reply of Botswana, Vol. I, p. 55, para. 157.

- En 1948, un administrateur local du Caprivi et un administrateur local du Bechuanaland seront parvenus à la conclusion conjointe que le chenal principal était le chenal nord mais, en même temps, ils ont tous les deux constaté que l'île était cultivée depuis 1907 au moins par des membres de tribu de la bande de Caprivi sans objection des autorités du Bechuanaland et que cette situation perdurait.
- C'est ensuite que les autorités supérieures du Bechuanaland ont considéré, après avoir consulté Londres, que la frontière se situait dans le chenal nord.

Il est difficile de se servir de cette action ultérieure qui a lieu près de soixante ans après la date de la conclusion du traité pour nous aider à établir comment les Parties interprétaient le traité, d'autant que leur comportement antérieur est révélateur d'une autre interprétation.

40. Il faut également tenir compte des éléments ci-après

- l'utilisation et l'occupation de l'île par les Masubia étaient aussi intensives que le permettaient le sol et le climat ;
- cette exploitation et cette occupation par les Masubia se traduisaient même par la présence d'un chef, d'une communauté de village bien organisée et d'une école, éléments fort importants quand nous songeons que cette occupation n'a jamais été contestée par une administration dont les successeurs prétendent qu'il s'agissait de leur territoire, mais n'ont pas soulevé d'objection contre cette occupation jusque près de soixante ans après la conclusion du traité ;
- l'un des premiers actes à l'actif du premier résident impérial allemand, Streitwolf, a été de mettre en place le chef masubia Chikamatondo, et de lui confier la responsabilité de la région, à charge pour le chef d'en répondre devant lui<sup>22</sup> ;
- plus tard, le chef masubia lui-même a vécu sur l'île et y a rendu la justice.

Comme je l'ai déjà dit, quand le Botswana soutient que la thèse de la « conduite ultérieure » est fondée sur la prescription acquisitive<sup>23</sup>, il ne tient pas compte du fait qu'il s'agit en fait de deux thèses distinctes. Les éléments qui éclairent comment le traité était interprété à l'époque de sa conclusion peuvent être examinés tout à fait à part du rôle qui peut leur être imputé en faveur de la prescription acquisitive.

41. C'est pourquoi il existe suffisamment d'éléments permettant de conclure à une entente des Parties au traité au sujet de l'interprétation de celui-ci, entente dont témoigne leur pratique pendant près d'un demi-siècle, laquelle établit que lesdites Parties considéraient la limite sud du fleuve Chobe comme son chenal principal.

<sup>22</sup> Mémoire de la Namibie, vol. I, p. 9, par. 28.

<sup>23</sup> Réplique du Botswana, vol. I, p. 55, par. 157.

*Suggested Contrary Factors*

42. Some items of fact asserted by Botswana to evidence non-recognition of Namibian sovereignty need now to be examined.

*(a) The Eason Report, 1912*

43. Botswana relies heavily on Captain Eason's report in which he stated that "undoubtedly the North should be claimed as the main channel". Here was an occasion where the precise question now in issue was specifically brought to the notice of the governmental authorities in question, with a categorical recommendation that a claim should be made. It must be presumed that this assertion received official consideration. Yet no such claim was made. A reasonable inference is that higher officials considered this recommendation and took a considered decision not to act upon it.

This is confirmatory of the Namibian position rather than a rejection of it. Moreover, the instructions to Eason of Lieutenant Colonel Panzera, the Resident Commissioner in Bechuanaland, reveal that the matter was in fact under consideration by the Bechuanaland authorities and that they were seeking a solution to the question which was the main channel. This reinforces the conclusion that the authorities took a definite decision not to act on the conclusions of Eason, thus administratively rejecting the recommendation that a claim be made that the northern channel was the main channel.

Colonel Panzera instructed Eason that the question under consideration could only be solved by following up the deepest channel in which there is the strongest current, and that the width of the channel was not the matter in issue. Eason's observations made during the dry season could hardly have been observations in accordance with these guidelines, for during the dry season there is scarcely any current in either channel. Indeed, Eason's observations were made at the end of an exceptional drought during the previous 12 months<sup>24</sup>.

*(b) The Trollope-Dickinson arrangement, 1951*

44. This relates to a period more than 60 years after the Treaty, and does not have the same relevance to contemporaneous understanding as events closer to the Treaty. I shall still examine it in view of the importance attached to it by Botswana.

---

<sup>24</sup> Memorial of Botswana, Vol. III, Annex 15, p. 226, para. 2.

*Les thèses contraires*

42. Le Botswana présente certains faits qui, d'après lui, témoignent de la non-reconnaissance de la souveraineté de la Namibie: il convient à présent d'examiner ces faits.

a) *Le rapport Eason, 1912*

43. Le Botswana s'appuie beaucoup sur le rapport dans lequel le capitaine Eason déclare qu'«incontestablement, ... le chenal nord devrait être considéré comme le chenal principal». A cette date-là, par conséquent, la question précise qui est actuellement la question litigieuse a justement été portée à l'attention des autorités officielles, assortie d'une recommandation catégorique aux fins d'une revendication formelle. Nous sommes en droit de penser que cette affirmation aura été officiellement prise en considération. Mais aucune revendication n'a été formulée. Nous pouvons raisonnablement en déduire que les autorités supérieures ont examiné cette recommandation et ont décidé après réflexion de ne pas lui donner suite.

Voilà qui revient à confirmer la position de la Namibie plutôt qu'à la récuser. En outre, les instructions données à Eason par le lieutenant-colonel Panzera, le commissaire résident au Bechuanaland, révèlent que les autorités du Bechuanaland étudiaient en fait la question et cherchaient à déterminer où se situait le chenal principal. Cela renforce la conclusion ci-dessus, à savoir que les autorités ont formellement décidé de ne pas donner suite aux constatations de Eason, c'est-à-dire qu'elles ont administrativement rejeté la recommandation formulée, visant à prétendre que le chenal nord était le chenal principal.

Le colonel Panzera a dit, dans ses instructions à Eason, qu'on ne pouvait résoudre la question à l'étude qu'en suivant le chenal le plus profond dans lequel le courant est le plus fort et que la largeur du chenal n'était pas en cause. Les observations que Eason a faites pendant la saison sèche ne peuvent guère être conformes à ces directives, car, pendant la saison sèche, le courant est pratiquement inexistant dans les deux chenaux. D'ailleurs, les observations de Eason ont été faites à la fin d'une période de sécheresse exceptionnelle couvrant les douze mois précédents<sup>24</sup>.

b) *L'arrangement Trollope-Dickinson, 1951*

44. Nous nous trouvons ici à plus de soixante ans après la conclusion du traité, et ledit arrangement est donc moins révélateur de l'interprétation du traité qui avait cours à l'époque contemporaine que des éléments puisés dans l'histoire plus proche de la conclusion du traité. J'étudie néanmoins cet arrangement parce que le Botswana lui accorde beaucoup d'importance.

<sup>24</sup> Mémoire du Botswana, vol. III, annexe 15, p. 226, par. 2.

The Botswana Memorial places much reliance on what is stated to be a “joint report” by Major Trollope, the South African magistrate for the Eastern Caprivi, and Noel Redman, the District Commissioner for the Bechuanaland Protectorate. The report, which does not state the reasons for its conclusions, states that the main channel lies in the waterway which would include the Island in question in the Bechuanaland Protectorate.

Yet, as with the Eason Report, there are circumstances which adversely affect the weight of this opinion.

- (i) After the receipt of the joint report, matters between the two governments were not settled on this basis, but the officials “agreed to differ on the legal aspect regarding Kasikili Island”<sup>25</sup>. No advance was therefore made on the pre-existing position.
- (ii) Trollope himself stressed the aspect of use and occupation as indicating that the Island was part of the Caprivi Strip<sup>26</sup>.
- (iii) The Legal Advisers of the Bechuanaland Protectorate seem to have proceeded on the basis that the Island had never been treated as part of the Bechuanaland Protectorate and therefore “shall be deemed not to be included, and never to have been included, in the [Bechuanaland] Protectorate”<sup>27</sup>. There could hardly be a more categorical rejection of the position contended for by Botswana.
- (iv) The Report expressly leaves open the question of the impact of the use of the Island by Caprivi tribesmen since 1907 on the question of the ownership of the Island.

(c) *The 1984-1986 discussions resulting from the shooting incident of 24 October 1984*

45. I do not need to deal with these discussions as they were nearly a century after the Treaty, and can throw little light on how the Treaty was contemporaneously understood.

46. In the result, there appears to have been a long-standing use by Caprivi tribesmen of Kasikili/Sedudu Island, without any official protest or assertion of rights by the authorities of the British possessions to the south. The right of the Caprivi tribesmen to use the Island was undisputed not only by the Bechuanaland authorities, but even by the Bechuanaland tribesmen — as was noted by the Secretary for External

<sup>25</sup> Counter-Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 71, para. 7 (a). This conclusion emerged from correspondence between Trollope and Dickinson, Redman’s successor, who came to a “gentleman’s agreement” in which they agreed to let the issue rest in obscurity (*ibid.*, para. 8, and Ann. 73, para. 4).

<sup>26</sup> Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, p. 47, para. 104.

<sup>27</sup> Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 28, para. 3 (b); Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, p. 48, para. 104.

Dans son mémoire, le Botswana, en effet, se fie beaucoup à ce qu'on appelle un «rapport conjoint» du major Trollope, le magistrat sud-africain chargé de l'administration du Caprivi oriental, et Noel Redman, le commissaire de district du protectorat du Bechuanaland. Il est dit dans ce rapport, lequel ne motive pas les conclusions énoncées, que le chenal principal se situe dans la voie d'eau qui engloberait l'île en question dans le protectorat du Bechuanaland.

Pourtant, comme c'était déjà le cas avec le rapport Eason, certaines circonstances ôtent à l'opinion des auteurs du rapport une bonne partie de son poids.

- i) Après réception de ce rapport conjoint, les deux gouvernements ne règlent pas pour autant la question en suspens, mais les deux intéressés «admett[ent] ne pas être du même avis sur le problème juridique relatif à l'île de Kasikili»<sup>25</sup>. Il n'est donc réalisé aucun progrès par rapport à la situation antérieure.
  - ii) Trollope lui-même soulignait que l'utilisation et l'occupation de l'île indiquaient que l'île faisait partie de la bande de Caprivi<sup>26</sup>.
  - iii) Les conseillers juridiques du protectorat du Bechuanaland ont, semble-t-il, tenu pour acquis que l'île n'avait jamais été considérée comme une partie du protectorat du Bechuanaland et par conséquent serait «réputée ne pas être incluse et n'[ayant] jamais été incluse dans le protectorat [du Bechuanaland]»<sup>27</sup>. On ne peut guère rejeter de façon plus catégorique la position défendue par le Botswana.
  - iv) Le rapport laisse délibérément sans réponse la question de savoir quelle incidence le fait que l'île est utilisée par les membres des tribus du Caprivi depuis 1907 peut avoir sur la propriété de l'île.
- c) *Les discussions de 1984-1986 à la suite de l'incident du 24 octobre 1984 où des coups de feu ont été tirés*

45. Je n'ai guère besoin d'examiner ces entretiens car ils se déroulent quasiment un siècle après la conclusion du traité et ne peuvent guère éclairer comment le traité était interprété à l'époque de sa conclusion.

46. Finalement, il semble que les tribus du Caprivi aient depuis fort longtemps cultivé l'île de Kasikili/Sedudu sans que les autorités des possessions britanniques situées au sud aient jamais officiellement protesté ni affirmé leurs droits. Le droit de ces tribus du Caprivi d'utiliser l'île n'a jamais été contesté, non seulement par les autorités du Bechuanaland, mais encore par les tribus du Bechuanaland elles-mêmes — ainsi que le

<sup>25</sup> Contre-mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 71, par. 7a). Cette conclusion découle de la correspondance entre Trollope et Dickinson, le successeur de Redman, lesquels ont conclu un *gentlemen's agreement* dans lequel ils ont ensemble décidé de laisser toute la question retomber dans l'oubli (*ibid.*, par. 8 et annexe 73, par. 4).

<sup>26</sup> Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 47, par. 104.

<sup>27</sup> Mémoire du Botswana, vol. III, annexe 28, par. 3 b); contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 48, par. 104.

Affairs of South Africa in his reply of 14 February 1949, addressed to the Chief Secretary to the High Commissioner for Bechuanaland<sup>28</sup>.

47. The understanding that the Island was not Botswana territory appears to have been so deep-rooted that it carried over into the years immediately succeeding the achievement of Botswana's independence. Important evidence in this regard is the action of a Botswana magistrate in 1972 (six years after Botswana achieved independence) in acquitting three Caprivi tribesmen who had been arrested on Kasikili Island by game wardens of the Chobe National Park and detained in Kasane for five days. According to affidavits submitted by Namibia, the magistrate criticized the game wardens for arresting them on Caprivi territory<sup>29</sup>.

48. Botswana denies this incident, stating that it depends only on the affidavits of the accused persons. However this may be, the occurrence of an incident of this nature is confirmed by the fact that in 1973 South Africa sent a protest note to the President of Botswana relating to the entry of armed Botswana officials into what it described as "Eastern Caprivi territory"<sup>30</sup>, and that Botswana did not reply to this communication, even though South Africa sent a follow-up inquiry<sup>31</sup>. The matter was thus taken up administratively at governmental level, with South Africa issuing a note on the matter to the President of Botswana. There was no assertion of rights by the Government of Botswana in reply.

All this is far different from the judicial and/or governmental response that would have ensued had it been the official view in Botswana that this was Botswana territory.

49. These circumstances are sufficient to show the official perception of the position of the main channel from a period comparatively close in time to the Treaty to the period even after independence.

What is most important to note against this background of official attitudes is the openness of the manner in which the Masubia tribesmen had over the years for nearly half a century visited, lived in and cultivated this Island whenever the weather and river conditions permitted. They did this without acknowledgment of title under any external authority, but as part of their traditional lifestyle. This was a fact that was well known in the area and must be taken to have been particularly well known to the officials exercising jurisdiction over it.

---

<sup>28</sup> Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 65, also noted in the Court's Judgment, para. 59.

<sup>29</sup> Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 24; Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, pp. 42-44, paras. 87-90.

<sup>30</sup> Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 26.

<sup>31</sup> *Ibid.*, Ann. 27.

relevait le secrétaire chargé des affaires extérieures d'Afrique du Sud dans la réponse qu'il adressait le 14 février 1949 au secrétaire administratif auprès du haut commissaire pour le Bechuanaland<sup>28</sup>.

47. L'accord (*understanding*) sur le fait que l'île ne faisait pas partie du territoire botswanais semble avoir été si profondément ancré qu'il a continué de s'imposer pendant les années qui ont suivi immédiatement l'accession à l'indépendance du Botswana. Nous disposons d'un témoignage important à cet égard avec la décision d'un magistrat botswanais qui, en 1972 (soit six ans après l'indépendance du Botswana) a acquitté trois hommes des tribus du Caprivi qui avaient été arrêtés sur l'île de Kasikili par des gardes-chasse du parc national du Chobe et détenus à Kasane pendant cinq jours. D'après les dépositions sous serment présentées par la Namibie, le magistrat a critiqué les gardes-chasse pour avoir arrêté ces hommes sur territoire caprivien<sup>29</sup>.

48. Le Botswana nie l'incident, déclarant qu'il repose exclusivement sur les déclarations sous serment des personnes accusées. Quoi qu'il en soit, on a confirmation qu'un incident de cette nature s'est produit avec le fait qu'en 1973, l'Afrique du Sud a envoyé une note de protestation au président du Botswana parce que des fonctionnaires botswanais armés avaient pénétré sur ce que l'Afrique du Sud appelait «le territoire du Caprivi oriental»<sup>30</sup>, et avec le fait en outre que le Botswana n'a pas répondu à cette communication alors que l'Afrique du Sud procédait pourtant à une enquête sur place<sup>31</sup>. La question avait donc reçu une suite administrative officielle puisque l'Afrique du Sud adressait une note au président du Botswana, et le Gouvernement botswanais n'a pas affirmé ses droits à cette occasion.

Nous sommes très loin ici de la réaction judiciaire et/ou gouvernementale que nous aurions constatée si la position officielle au Botswana avait été que le territoire en cause était botswanais.

49. Ces faits suffisent à montrer où l'on situait officiellement le chenal principal pendant toute la période allant d'une date relativement proche de la conclusion du traité à une date se situant même après l'indépendance.

Ce qu'il faut tout particulièrement relever dans cet ensemble de prises de position officielles, c'est que les Masubia, pendant près d'un demi-siècle, se sont très ouvertement rendus sur l'île pour l'habiter et la cultiver dès que les conditions climatiques le permettaient et qu'il était possible de traverser le fleuve. Les Masubia agissaient ainsi sans qu'aucune autorité extérieure ait reconnu leur titre, parce que cela faisait partie de leur mode de vie traditionnel. Le fait était parfaitement connu dans la région, et certainement connu en particulier des administrateurs qui en avaient officiellement la charge.

<sup>28</sup> Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 65; relevé également dans l'arrêt de la Cour, au paragraphe 59.

<sup>29</sup> Contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 24; contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 42-44, par. 87-90.

<sup>30</sup> Contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 26.

<sup>31</sup> *Ibid.*, annexe 27.

50. Against this background, the absence of contrary action by a State authority claiming title to the territory is difficult to reconcile with an understanding of the Treaty in any sense other than that it treated the Island as lying within the territory that fell to Namibia — a result presupposing a commonly accepted view on both sides that the “main channel”, for the purposes of the Treaty, was the southern one.

In short, if one is attempting to understand the terms of an expression in the Treaty which is equally capable of two interpretations, there is an almost conclusive indication in all this conduct of the way in which the authorities on both sides of the border understood and interpreted the agreement. That understanding and interpretation are clearly indicative of the Island being considered without any objection or assertion to the contrary to be part of the Caprivi Strip.

51. I stress again that I am using this material in regard to use and occupation and non-protest by the rival State authority only as an aid to the understanding of the terms of the Treaty, in view of the ambiguity therein which needs to be resolved. I am *not* using it as evidence of prescriptive title. I stress particularly that this is not material on the basis of which the terms of the Treaty can be *altered*. It is only a basis on which the terms to the Treaty can be *interpreted* and better understood.

Although Namibia argues further that this record constitutes an independent title to sovereignty over the Island by operation of the doctrines of acquiescence, recognition and prescription, I need not go into this argument for the reasons indicated above.

#### *Ambivalence of Other Criteria*

52. Various criteria were suggested in the course of the argument for determining the main channel. Among these were navigability, the thalweg concept, greatest mean depth, depth at the most shallow point, greatest capacity, and velocity of flow.

I proceed however to make some observations on these aspects.

#### *Navigability as a Criterion for Interpreting “Main Channel”*

53. There seem to be strong arguments indicating that in the context of the river we are considering, namely the Chobe River, navigability is an inappropriate criterion for the determination of its main channel.

It is to be remembered that there was no uniform way in which at the period in question river boundaries were designated or understood. For example, as the Namibian Counter-Memorial points out, there were, in

50. Sur cette toile de fond, il est bien difficile de concilier l'absence d'opposition de la part d'une autorité étatique revendiquant le territoire et une interprétation du traité ne situant pas l'île dans le territoire relevant de la Namibie — c'est-à-dire qu'il faut présupposer que, des deux côtés, on acceptait l'idée que le «chenal principal» était, aux fins du traité, le chenal sud.

Bref, quand on cherche à comprendre une expression utilisée dans le traité qui est susceptible de recevoir deux interprétations, tous ces comportements indiquent de façon quasi déterminante la façon dont les autorités des deux côtés de la frontière comprenaient et interprétaient l'accord. Cette façon de comprendre et d'interpréter l'accord indique clairement que l'île était censée, sans la moindre objection ni prétention contraire, faire partie de la bande de Caprivi.

51. Je souligne à nouveau que je me sers des éléments présentés au sujet de l'utilisation, de l'occupation de l'île et de l'absence de protestation de la part de l'autorité étatique rivale exclusivement pour m'aider à comprendre les dispositions du traité, parce que celui-ci est empreint d'une ambiguïté qu'il faut lever. Je ne me sers *pas* de ces éléments pour établir un titre de souveraineté par prescription. Je tiens à souligner tout particulièrement qu'il ne s'agit pas d'éléments autorisant à *modifier* les dispositions du traité. Il s'agit exclusivement d'éléments à partir desquels il est possible d'*interpréter* et de mieux comprendre les dispositions du traité.

La Namibie soutient par ailleurs, quant à elle, que ces éléments constituent un titre indépendant de souveraineté sur l'île sous l'effet de l'acquiescement, de la reconnaissance et de la prescription mais, pour ma part, ainsi que je l'ai expliqué plus haut, je n'ai pas lieu d'examiner cette thèse.

#### *L'ambivalence des autres critères*

52. Plusieurs critères ont été présentés au cours du débat qui permettraient de déterminer le chenal principal. Il s'agit en particulier de la navigabilité, de la notion de thalweg, de la profondeur moyenne la plus forte, de la profondeur à l'endroit le moins profond, du plus grand volume d'eau, et du débit.

Je formulerai à ce sujet quelques observations.

#### *La navigabilité en tant que critère d'interprétation du «chenal principal»*

53. Certains arguments solides permettent, semble-t-il, de dire qu'en ce qui concerne le fleuve à l'étude, c'est-à-dire le fleuve Chobe, la navigabilité n'est pas un critère valable quand il faut établir où se situe son chenal principal.

Il faut se rappeler qu'à l'époque en question, il n'existait pas de méthode uniforme de désigner ou de comprendre les frontières fluviales. Par exemple, comme la Namibie le signale dans son contre-mémoire, on

the context of treaties fixing African river boundaries, a variety of expressions that were used:

- 1884 — “up the course of the Limpopo River . . .”
- 1891 — “the centre of the channel of the [River] Ruo”  
           “the mid-channel of that [Aroangwa] River”  
           “the centre of the main channel of the Sabi”
- 1898 — “the median line of the [Niger] river”
- 1899 — “the centre of the River Ruo up-stream”  
           “shall follow the Malosa River up-stream”
- 1911 — “the line of the thalweg of those [Ruo and Shiré] rivers”
- 1912 — “the centre of the channel of the River Gaeresi”
- 1926 — “the middle line of the Kunene River, that is to say, the line drawn equidistant from both banks”<sup>32</sup>

Some of these rivers were navigable. Some were not. The Chobe was largely non-navigable. There was no set rule of interpretation reading navigability into these phrases. To apply navigability as a criterion indiscriminately to all river boundaries, whether the river be navigable or not, does not seem to be appropriate.

54. One bears in mind in this context the known desire of the German empire to have access to the Zambezi. This was a general principle all colonial powers pursued as they desired the maximum freedom of movement to, from and within their territories. Yet this was at the time a rather theoretical concept, for the Zambezi was not a navigable river, at any rate near its junction with the Chobe, and the navigability of the Chobe along its entire length and for the greater part of the year was not even in contemplation.

55. Moreover, using navigability as a criterion does not accord with the principle that words should be given their ordinary meaning. I would not therefore give to the words “the main channel” a meaning which is dependent on the concept of navigability, which was not a dominant meaning in the minds of the drafters of the document.

56. In relation to navigation, it is to be noted that, even up to 1914, such navigation as there was on the Chobe River was done by dug-out canoes or *mekoro* and that even the colonial officials used no better craft<sup>33</sup>. Moreover, there was clearly no evidence of regular, scheduled commercial navigation<sup>34</sup>. Even as late as the 1940s when the much discussed timber venture of W. C. Ker was inaugurated, this was the first attempt at the use of the Chobe as a means of transport. However, there

---

<sup>32</sup> Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, pp. 26-27, para. 57, citing examples from Ian Brownlie, *African Boundaries: A Legal and Diplomatic Encyclopaedia*, 1979.

<sup>33</sup> Botswana's reply to Judge Fleischhauer's Question 1.

<sup>34</sup> *Ibid.*

trouvait dans les traités situant en Afrique des frontières dans des fleuves, toute une série d'expressions :

- 1884 — «en remontant le cours du Limpopo...»,  
 1891 — «le centre du chenal de la [rivière] Ruo»,  
     «suit le milieu du chenal de cette rivière [Aroangwa]»,  
     «le centre du chenal principal du Sabi»,  
 1898 — «la ligne médiane du fleuve [Niger]»,  
 1899 — «le centre de la rivière Ruo vers l'amont»,  
     «suit la rivière Malosa vers l'amont»,  
 1911 — «la ligne du thalweg de ces rivières [des rivières Ruo et Shiré]»,  
 1912 — «le centre du chenal du fleuve Gaeresi»,  
 1926 — «la ligne médiane de la Kunene, c'est-à-dire la ligne équidistante des deux rives»<sup>32</sup>.

Certains de ces fleuves étaient navigables, d'autres non. Le Chobe était pour l'essentiel non navigable. Il n'existait pas de règle fixe d'interprétation permettant d'apprécier la navigabilité au moyen de ces diverses expressions. Se servir de la navigabilité en tant que critère applicable sans discrimination à tous les fleuves frontières, que le fleuve soit navigable ou non, ne paraît donc pas valable.

54. Il faut se souvenir ici que l'empire colonial allemand voulait avoir accès au Zambèze. C'était un principe chez toutes les puissances coloniales de vouloir exercer la plus grande liberté de mouvement possible, à destination de leurs territoires, en provenance de ces territoires et à l'intérieur des territoires également. Mais il s'agissait à l'époque d'une notion plutôt abstraite, puisque le Zambèze n'était pas navigable, tout au moins à proximité de son confluent avec le Chobe, et que la navigabilité du Chobe sur toute sa longueur et pour la plus grande partie de l'année n'était pas même envisageable.

55. En outre, utiliser la navigabilité comme critère ne répond pas au principe suivant lequel il faut donner aux termes utilisés leur sens ordinaire. Je ne donnerai par conséquent pas aux termes «le chenal principal» un sens qui relève de la notion de navigabilité, car ce n'était certainement pas le sens auquel les auteurs du traité songeaient en premier.

56. En ce qui concerne la navigation, il faut relever que, jusqu'en 1914 même, toute la circulation qui avait lieu sur le Chobe était assurée par des pirogues ou *mekoro*, et que même les administrateurs coloniaux ne se servaient pas de meilleures embarcations<sup>33</sup>. En outre, il n'existe aucune preuve d'une navigation commerciale régulière à horaires fixes à l'époque de la conclusion du traité<sup>34</sup>. Et il faut attendre les années quarante pour que soit inaugurée l'entreprise de transport de bois d'œuvre de

<sup>32</sup> Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 26-27, par. 57, où sont cités des exemples tirés de l'ouvrage de Ian Brownlie, *African Boundaries: A Legal and Diplomatic Encyclopedia*, 1979.

<sup>33</sup> Réponse du Botswana à la question n° 1 de M. Fleischhauer.

<sup>34</sup> *Ibid.*

is doubt as to whether Ker in fact set up such a service, and Namibia has stated in answer to a question by President Schwebel that it has not been able to find any evidence that W. C. Ker ever actually transported timber through the northern channel.

57. For these reasons, definitive importance cannot be accorded to navigation as a criterion. I note also in this connection Namibia's answer to Judge Fleischhauer in which it stated that it has been unable to find a single reference to a boat of any kind at any period in history ever traversing the whole length of the Chobe River where it forms a common boundary between Namibia and Botswana.

There are limits therefore to the extent to which navigability can be used as a criterion for determining which was the main channel.

### *The Thalweg Concept*

58. There has been much discussion in the course of the presentations before the Court regarding the applicability of the thalweg concept to this case. Botswana identifies the thalweg as one of the criteria by which to identify the main channel, defining the thalweg as "the channel most favourable to the movement of vessels proceeding downstream when the water is at its lowest"<sup>35</sup>.

This argument highlights the question whether the term was used in the Treaty as a synonym for "centre of the main channel", or whether it was used as a term with an independent meaning. I believe that the use of the term "thalweg" in the Treaty was not a use of it in any technical sense but, even if it were so used, it would enure to the benefit of Namibia.

#### *(a) Applicability of the concept*

59. If the thalweg concept is to be used in interpreting a treaty of 1890, it must first be established that the technicalities associated with the concept were generally recognized at the time. We cannot use the more developed concepts of a later time to interpret a treaty entered into more than a century ago.

The Namibian pleadings assemble 47 authorities who discussed the thalweg concept between 1820 and 1930<sup>36</sup>. These authorities represent a variety of views — that the thalweg should be the boundary in navigable rivers only; that it should be the boundary in all rivers; that it does not

---

<sup>35</sup> Memorial of Botswana, Vol. I, p. 89, para. 205, citing Julius Hatschek, *Outline of International Law*, trans. by C. A. W. Manning, 1930, p. 130.

<sup>36</sup> See Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 9.

W. C. Ker, dont on a tant parlé, pour avoir une première tentative d'utilisation du Chobe comme moyen de transport. Mais on n'est pas certain que Ker ait en fait vraiment organisé ce service et la Namibie, en répondant à une question du président Schwebel, a déclaré ne pas avoir pu trouver de preuve que W. C. Ker ait jamais en fait transporté du bois d'œuvre par le chenal nord.

57. Voilà pourquoi on ne peut donc pas accorder à la navigation l'importance d'un critère d'appréciation. Je prends note aussi à cet égard de la réponse faite par la Namibie à M. Fleischhauer: la Namibie dit n'avoir pas trouvé une seule mention d'un bateau de quelque type que ce soit qui, à un moment ou à un autre de l'histoire à ce jour, ait jamais emprunté le Chobe sur toute la longueur qui délimite la frontière entre la Namibie et le Botswana.

La possibilité de recourir à la navigabilité pour déterminer où se situe le chenal principal du fleuve est donc limitée.

#### *La notion de thalweg*

58. On a beaucoup discuté devant la Cour de l'applicabilité de la notion de thalweg à la présente instance. Pour le Botswana, le thalweg est l'un des critères permettant d'identifier le chenal principal, le thalweg étant défini comme étant «le chenal qui se prête le mieux à la navigation des bateaux qui descendent un cours d'eau en période d'étiage»<sup>35</sup>.

Cette thèse met en évidence la question de savoir si le terme était utilisé dans le traité de 1890 comme synonyme de «centre du chenal principal», ou bien s'il revêtait un sens indépendant. Pour moi, le terme «thalweg» utilisé dans le traité ne revêtait en l'occurrence aucun sens technique, mais, quand bien même il en aurait eu un, ce sens aurait joué en faveur de la Namibie.

#### *a) Applicabilité de la notion*

59. S'il faut recourir à la notion de thalweg pour interpréter un traité conclu en 1890, il faut avant tout s'assurer que les aspects techniques du concept étaient généralement reconnus à l'époque. On ne peut pas se servir de notions complexes mises au point ultérieurement pour interpréter un traité conclu il y a plus d'un siècle.

Dans ses écritures, la Namibie cite 47 auteurs de renom qui ont parlé de la notion de thalweg entre 1820 et 1930<sup>36</sup>. Ces auteurs donnent toute une gamme d'avis: le thalweg ne doit être la frontière que dans les fleuves navigables; ce doit être la frontière dans tous les fleuves; la notion n'est

<sup>35</sup> Mémoire du Botswana, vol. I, p. 89, par. 205, citant Julius Hatschek, *Outline of International Law*, traduit par C. A. W. Manning, 1930, p. 130.

<sup>36</sup> Voir contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 9.

apply at all; that it means the same as the median line; that it was not a principle that was generally recognized; and that it was a principle which as yet was in the realm *de lege ferenda*. Even the proceedings of the Institute of International Law in 1887 reflect this uncertainty, for De Martens, the Rapporteur for the session concerning international rivers, did not include this provision in his project for the Institute as he said “ce principe n’est pas généralement reconnu”<sup>37</sup>.

60. An inference that can be drawn from all of this is that it was not a principle so widely accepted at the time as to vary the natural meaning of the words used in the Treaty.

However, even should the thalweg concept be deemed to be applicable, its implications do not necessarily enure to Botswana’s benefit, as shown in the next subsection.

(b) *Implications of the concept*

61. Even if the principle were applicable, there is considerable authority in support of the proposition that the thalweg concept relates not merely to depth but also to the flow or current of the river. Indeed, some authorities would appear to indicate that considerations relating to depth are secondary to those relating to flow or current.

According to Westlake, for example, the thalweg is “the course taken by boats going down stream, which again is that of the strongest current”<sup>38</sup>.

L. F. von Neumann, likewise, describes it as “the line that is taken by ships going downstream, more precisely the centre of the downward current”<sup>39</sup>.

Other authoritative writing from around the same period may be cited for the same proposition. Fiore, for example, speaks of the line “ou les eaux sont les plus profondes et les plus rapides”<sup>40</sup> — a combination of the concepts of depth and current.

62. It is not difficult to perceive the reason for the blending of depth and current in the concept of the thalweg, for the “downway” as it literally meant, was for boats the path of the strongest current and not necessarily the path of the deepest channel. Of course depth was also

<sup>37</sup> IX *Annuaire de l’Institut de droit international* (1887-1888), p. 173.

<sup>38</sup> J. Westlake, *International Law*, Part. I, Peace, 1904, p. 141. Westlake points out that the older authorities had taken the middle line of the river as the true boundary in obedience to the Roman law relating to delimitation of properties, and that the thalweg was thought to have been first proposed at the Congress of Rastatt (1798-1799).

<sup>39</sup> L. F. von Neumann, *Grundriss Des Heutigen Europäischen Völkerrechtes*, 3rd ed., 1885, p. 45 (trans.).

<sup>40</sup> Pasquale Fiore, *Le droit international*, trans. from the Italian by A. Chrétien, 1890, p. 205. A later edition accentuates the consideration of flow by defining the thalweg as determined by “the median line of the current and following precisely the course of water with the most rapid flow” (1911 ed., p. 503, trans. by C. Antoine).

pas du tout applicable; elle a le même sens que la ligne médiane; ce n'est pas un principe généralement reconnu; ou bien c'est un principe qui relève encore de *lege ferenda*. Et l'on trouve un écho de cette incertitude dans les actes de l'Institut de droit international, en 1887, quand De Martens, le rapporteur de la section consacrée aux voies d'eau internationales, n'a pas pris la notion en compte dans son projet car, disait-il, «ce principe n'est pas généralement reconnu»<sup>37</sup>.

60. On peut déduire de tout ce qui précède que la notion de thalweg ne représentait pas un principe assez largement accepté à l'époque pour modifier le sens normal des termes utilisés dans le traité.

Quoi qu'il en soit, même si cette notion de thalweg était censée être applicable, ses incidences ne joueraient pas nécessairement en faveur du Botswana, comme je vais le montrer ci-après.

#### b) *Incidences de la notion*

61. Même si le principe était applicable, les experts sont très nombreux à dire que la notion de thalweg porte non seulement sur la profondeur mais aussi sur le débit ou le courant du fleuve. Pour certains d'entre eux d'ailleurs, les considérations de profondeur passent même après les considérations de débit ou de courant.

D'après Westlake, par exemple, le thalweg est «la voie empruntée par les bateaux qui descendent la rivière, c'est-à-dire, là encore, celle où le courant est le plus fort»<sup>38</sup>.

L. F. von Neumann, de même, définit le thalweg comme «la ligne suivie par les navires descendant le fleuve, plus précisément le centre du courant descendant»<sup>39</sup>.

D'autres experts qui sont publiés à peu près à la même époque sont également à citer: Fiore, par exemple, parle de la ligne «où les eaux sont les plus profondes et les plus rapides»<sup>40</sup> associant ainsi les notions de profondeur et de courant.

62. Il n'est pas difficile de percevoir la raison pour laquelle il faut associer profondeur et courant dans la notion de thalweg, car la voie de la «descente», son sens littéral, était pour les bateaux la voie du courant le plus fort et non pas nécessairement la voie du chenal le plus profond.

<sup>37</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international* (1887-1888), vol. IX, p. 173.

<sup>38</sup> J. Westlake, *International Law*, première partie, Peace, 1904, p. 141. Westlake fait observer qu'autrefois, les spécialistes considéraient que la ligne du milieu du fleuve était véritablement la frontière, conformément au droit romain concernant la délimitation des biens fonciers, et que le thalweg aurait été proposé pour la première fois au congrès de Rastatt (1798-1799).

<sup>39</sup> L. F. von Neumann, *Grundriss Des Heutigen Europäischen Völkerrechtes*, 3<sup>e</sup> ed., 1885, p. 45 [traduction du Greffe].

<sup>40</sup> Pasquale Fiore, *Le Droit International*, traduit de l'italien par A. Chrétien, 1890, p. 205. Une édition ultérieure souligne l'idée de débit car le thalweg est la ligne déterminée par «la partie médiane du courant et précisément suivant le cours de l'eau qui se meut avec le plus de rapidité» (édition de 1911, p. 503, traduction de C. Antoine).

an important ingredient in the complex of factors that produced the strongest current.

63. There is significance also in the fact that the line it represented was the line of the “downway”, i.e., for ships that went down the river, and therefore those in maximum need of using the maximum current. By contrast, ships going up the river needed the slowest current to fight against — a point very clearly made by Westlake<sup>41</sup>.

64. In the case of the two channels of the Chobe, it is clear that the southern channel is not by any means to be disregarded from the point of view of its use for shipping. Those who operate boats on rivers know best the channels which suit them for downward navigation. The number of boats using the southern channel appears to exceed by far the number of those using the northern channel. Boatmen would know best which is the swiftest channel for this, and it is no accident that so many of them choose the southern channel.

Judged by this test as well, the southern channel has a very good claim to being regarded as the main channel of the Chobe.

It is not without significance also that, while the tourist boats use the southern channel almost exclusively, some of the boats returning from Kasane use the northern channel<sup>42</sup> — an indication that the current in that channel is the slow channel that is suitable for up-river navigation.

65. Another factor to be borne in mind is that mean depth cannot be the only criterion for navigability. A river which has very great depth along a very narrow channel would be quite unsuitable for navigation if the sides of that deep channel rise very steeply to present very shallow levels outside the narrow crevice of greatest depth. Boats, especially broad-bottomed boats, would not be able to use such a channel, however deep it might be. As Namibia has observed in its Counter-Memorial, “Passage through a channel is controlled by the point of minimum depth, because all craft must clear that point to traverse the channel.”<sup>43</sup>

66. There are obstacles of this nature in the way of free use of the northern channel — in particular the sand bar at its entrance. By way of contrast, the entire length of the southern channel is of sufficient depth to accommodate the flat-bottomed boats that use it at all times of the year. Nor does the southern channel dry out during the dry season, if one has regard to the calculations of Professor Alexander<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Westlake, *supra*, p. 141; see also p. 33, fn. 103, of Counter-Memorial of Namibia.

<sup>42</sup> Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, p. 19, para. 45.

<sup>43</sup> *Ibid.*, para. 46.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 20, para. 47. See Supp. Rep. sec. 12.

Bien entendu, la profondeur jouait également un rôle important dans l'ensemble de facteurs d'où le courant le plus fort est issu.

63. Il faut aussi accorder de l'importance au fait que la ligne représentée est la ligne de la « descente », c'est-à-dire celle des navires qui descendent vers l'aval du fleuve, ceux qui ont besoin au plus haut point d'exploiter le courant maximum. Par opposition, les navires qui se dirigent vers l'amont du fleuve doivent remonter le courant le plus faible — conclusion que Westlake formule très clairement<sup>41</sup>.

64. S'agissant des deux chenaux du Chobe, il est clair qu'il ne faut nullement faire abstraction du chenal sud quand il est question d'exploiter le fleuve à des fins de navigation. Les exploitants des fleuves savent parfaitement quel chenal il convient d'utiliser pour descendre le cours d'eau. Or, le nombre de bateaux empruntant le chenal sud paraît être très supérieur au nombre de bateaux empruntant le chenal nord. Les exploitants sont les mieux placés pour savoir quel est le chenal le plus rapide, et ce n'est pas un hasard si les bateliers sont si nombreux à choisir le chenal sud.

A en juger également par ce critère, le chenal sud devient alors un excellent concurrent au rang de chenal principal du Chobe.

Il n'est pas indifférent non plus de constater que, si les bateaux transportant des touristes empruntent à peu près exclusivement le chenal sud, certains des bateaux empruntent le chenal nord quand ils reviennent de Kasane<sup>42</sup> — ce qui indique que, dans ce chenal, le courant est lent et se prête à la remontée du fleuve.

65. Il ne faut pas oublier non plus que la profondeur moyenne ne peut pas être le seul critère de navigabilité. Un fleuve très profond le long d'un chenal très étroit se prêterait fort mal à la navigation si les rives de ce chenal profond sont très abruptes et que leur rebord est très peu profond de part et d'autre du fossé étroit qui est particulièrement profond. Les bateaux, notamment les bateaux à fond plat, ne pourraient pas emprunter ce chenal, aussi profond qu'il soit. Comme le fait observer la Namibie dans son contre-mémoire, « le passage par un chenal est fonction de son point le moins profond, car toute embarcation doit pouvoir franchir ce point pour traverser le chenal »<sup>43</sup>.

66. Des obstacles de cette nature empêchent d'utiliser librement le chenal nord — en particulier la barre sablonneuse à l'entrée du chenal. Par opposition, le chenal sud est sur toute sa longueur assez profond pour accueillir les bateaux à fond plat qui l'empruntent toute l'année, en toute saison. En outre, le chenal sud ne s'assèche pas complètement pendant la saison sèche, si l'on tient compte des calculs du professeur Alexander<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Westlake, *supra*, p. 141; voir également contre-mémoire de la Namibie, p. 33, note 103.

<sup>42</sup> Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 19, par. 45.

<sup>43</sup> *Ibid.*, par. 46.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 20, par. 47. Voir rapport supplémentaire, section 12.

*The Scientific Evidence*

67. If the term “main channel” had been used in a contemporary treaty, and we were seeking the true meaning of that term, scientific evidence on such matters as depth, volume, breadth, and flow would help us considerably. But the Treaty under examination is over a century old and, even if depth, volume, breadth and flow had been constant over the years, modern scientific criteria are not the indicia appropriate for determining what was commonly understood to be the main channel a hundred years ago.

I hence have considerable difficulty in reaching a definitive conclusion based upon the scientific evidence in this case.

68. In the first place, it is extremely complex and, considered in its totality, contains opposing views by equally credible and competent experts in the various fields covered. A plausible case can be made out for either viewpoint using the data furnished to the Court, and this leaves one none the wiser in the midst of all this expert information.

69. Secondly, I have grave doubts that the problem before the Court can in any event be resolved by scientific evidence. The question we are faced with is the meaning of an expression used by the Parties, which meaning has to be gathered not from quantitative statistics of volume and flow and depth, but rather from the Parties’ own understanding at the time of the apparently simple language used in the Treaty. This was a non-technical understanding, not dependent upon expert scientific opinion or precise quantitative data.

70. Thirdly, even if the scientific evidence were applicable, it would be legal criteria that would determine which aspect if any of the vast amount of scientific data placed before the Court would be determinative. There are no clear cut legal principles for determining this which are sufficient to outweigh the principles of interpretation discussed already.

71. Fourthly, there is no definite principle for a ranking order among the various scientific criteria offered. Among these criteria are capacity (i.e. amount of flow), velocity of flow, mean depth, and depth at the shallowest point. It is not scientific principle but non-scientific factors that would determine the choice of the governing criterion. Moreover, one gets a different result depending on which criterion one employs.

*Cartographic Evidence*

72. There is support to be gained from the maps of the two administrations for the view that the understanding of the Treaty in the period succeeding the time of its execution was to the effect that the operative

*Les éléments de preuve scientifiques*

67. Si l'expression «chenal principal» avait été utilisée dans un traité contemporain et que nous devions en établir le sens authentique, des moyens de preuve scientifiques sur la profondeur, par exemple, le volume, la largeur, le débit nous aideraient considérablement. Mais le traité à l'étude a plus de cent ans et même si la profondeur, le volume, la largeur et le débit sont demeurés les mêmes dans le temps, les critères scientifiques modernes ne sont pas les instruments appropriés pour établir ce qui représentait aux yeux de tous le chenal principal il y a cent ans.

J'ai par conséquent beaucoup de mal à formuler une conclusion définitive qui se fonde en l'espèce sur des moyens de preuve scientifiques.

68. En premier lieu, le cas de figure est extrêmement complexe et, vu dans son ensemble, fait appel à des avis opposés de la part d'experts également fiables et compétents dans les divers domaines à explorer. D'après les données communiquées à la Cour, il est possible de défendre de façon plausible les deux thèses, ce qui ne manque pas de créer la perplexité en dépit de tous les renseignements apportés par les experts.

69. En deuxième lieu, je doute beaucoup que le problème porté devant la Cour puisse de toute façon être résolu par des moyens scientifiques. Nous sommes confrontés à la question de savoir quel est le sens d'une expression utilisée par les Parties, et il faut établir ce sens non pas à l'aide de statistiques quantitatives concernant le volume, le débit, la profondeur, mais plutôt grâce à la façon dont les Parties comprenaient elles-mêmes à l'époque le langage apparemment simple qui est utilisé dans le traité. Il s'agissait d'une interprétation non technique, qui n'était pas tributaire d'un avis scientifique d'expert ni de données quantitatives précises.

70. En troisième lieu, même s'il était possible d'utiliser des moyens de preuve scientifiques, ce serait par des critères juridiques qu'il faudrait déterminer quel aspect, le cas échéant, de la masse de données scientifiques présentées à la Cour devrait être déterminant. Or, il n'existe pas de principes juridiques parfaitement définis à utiliser en l'occurrence qui prendraient le pas sur les principes d'interprétation déjà examinés.

71. En quatrième lieu, il n'existe pas de principe précis permettant d'établir un ordre de priorité parmi les divers critères scientifiques proposés: le volume (c'est-à-dire l'importance du débit), la rapidité du débit, la profondeur moyenne, et la profondeur au point le plus proche de la surface. Ce n'est pas un principe scientifique mais des éléments non scientifiques qui vont déterminer le choix du critère décisif. En outre, on aboutit à des résultats différents en fonction du critère retenu.

*Les éléments de preuve cartographiques*

72. Les cartes des deux administrations étayaient l'idée qu'à l'époque qui suit la mise en vigueur du traité, on comprenait celui-ci comme ayant pour effet que le bras du fleuve constituant la frontière était celui qui

branch of the river was that which placed the Island within Namibian territory. Indeed, the Court has found<sup>45</sup> that maps published subsequently to the 1890 Treaty, in so far as they showed the boundary at all, for a number of years placed the boundary in the southern channel. The 1933 Bechuanaland map and the 1949 South African map are among these.

73. Maps can of course carry varying degrees of weight depending on their authorship and the circumstances in which they were made. Moreover, the scale of the maps is often so small as not to show clearly the particular area which is the subject of the dispute, while other maps which are sufficiently large can indicate the area of dispute in sufficient detail.

Of the 16 maps in Namibia's atlas, some are too small in scale to show Kasikili/Sedudu Island, but 12 are large enough to show the Island and they all show the Island as Namibia's, in the sense that they show the southern channel as the international boundary.

It is significant that among the maps showing the southern channel as the border are several sketch maps of the Bechuanaland Protectorate published by the British Colonial Office from 1912 to 1914 — a fact admitted by Botswana in its Memorial<sup>46</sup> — and referred to in Namibia's Counter-Memorial<sup>47</sup>.

Of the 19 Colonial Office reports containing maps, 15 show the boundary on the south side of the Chobe and four on the north side.

74. The arithmetical preponderance is not so important as the fact that not in any of these maps — leave alone the majority — are the boundaries indicated in such a manner as to leave the disputed territory within the boundaries of the other State. This is scarcely consistent with the position that the Treaty was intended to treat the northern channel as the main channel. Rather, this statistic supports the view that the understanding of the Treaty was certainly not such as to place the Island in question within the territory of Bechuanaland — in other words that the understanding of Parties was that the main channel was the southern channel. Prominent among the British maps is the official British map of 1933 used up to 1965, one year before independence, which shows the Island within the Caprivi Strip<sup>48</sup>.

75. Namibia likewise has the advantage of a number of official maps on the German side also indicating the southern channel as the boundary. Among these are Seiner's map, the principal large-scale map used by German officials in Berlin and in the field, from its publication until the

---

<sup>45</sup> Judgment, para. 85.

<sup>46</sup> Memorial of Botswana, Vol. I, paras. 270-272.

<sup>47</sup> Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, p. 63, para. 141.

<sup>48</sup> Map GSGS 3915 of 1933, Namibia Atlas Map IX; see also, Memorial of Namibia, Vol. I, p. 125, para. 305.

situait l'île en territoire namibien. D'ailleurs, la Cour a constaté<sup>45</sup> que les cartes publiées après la conclusion du traité de 1890, lorsqu'elles figuraient la frontière, l'ont placée pendant un certain nombre d'années dans le chenal sud. La carte du Bechuanaland de 1933 et la carte d'Afrique du Sud de 1949 sont au nombre de ces cartes.

73. Bien entendu, les cartes revêtent plus ou moins d'autorité suivant leur origine et les conditions dans lesquelles elles ont été établies. En outre, leur échelle est souvent si petite qu'elles ne montrent pas toujours clairement la région qui fait l'objet du différend alors que d'autres cartes sont assez grandes pour indiquer la zone litigieuse assez en détail.

Sur les seize cartes de l'atlas de la Namibie, certaines sont justement d'une échelle trop faible pour montrer l'île de Kasikili/Sedudu, mais douze d'entre elles sont assez grandes pour que l'île y figure et elles montrent toutes que l'île fait partie de la Namibie, en ce sens qu'elles indiquent que c'est le chenal sud qui est la frontière internationale.

Il importe de constater que, parmi les cartes qui situent la frontière dans le chenal sud, figurent plusieurs cartes en forme de croquis du protectorat du Bechuanaland qui ont été publiées par le ministère britannique des colonies entre 1912 et 1914 — un fait que le Botswana admet dans son mémoire<sup>46</sup> et cité dans le contre-mémoire de la Namibie<sup>47</sup>.

Sur les dix-neuf rapports du ministère des colonies qui contiennent des cartes, quinze d'entre elles situent la frontière du côté de la rive sud du Chobe et quatre, du côté de la rive nord.

74. Le poids de l'arithmétique n'a pas autant d'importance que le fait que, dans aucune de ces cartes — pas seulement dans celles qui constituent la majorité — les frontières ne sont indiquées de façon à situer le territoire litigieux à l'intérieur de l'autre Etat. Voilà qui est fort peu compatible avec l'idée que le traité visait à faire du chenal nord le chenal principal. Cette statistique étaye plutôt l'idée que le traité n'était certainement pas interprété comme situant l'île en question dans le territoire du Bechuanaland — c'est-à-dire que les Parties l'interprétaient comme situant le chenal principal dans le chenal sud. Il faut surtout retenir parmi les cartes britanniques la carte officielle de 1933 utilisée jusqu'en 1965, un an avant l'indépendance, qui figure l'île dans la bande de Caprivi<sup>48</sup>.

75. De même, la Namibie bénéficie d'un certain nombre de cartes officielles du côté allemand qui, elles aussi, situent la frontière dans le chenal sud. Il convient de citer notamment la carte de Seiner, la carte principale à grande échelle que les fonctionnaires allemands ont utilisée à Berlin et

<sup>45</sup> Arrêt, par. 85.

<sup>46</sup> Mémoire du Botswana, vol. I, par. 270-272.

<sup>47</sup> Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 63, par. 141.

<sup>48</sup> Carte GSGS 3915 de 1933, carte IX de l'atlas de la Namibie; voir également mémoire de la Namibie, vol. I, p. 125, par. 305.

end of German rule in Namibia<sup>49</sup>. It was sent by Germany to the British Foreign Office during the 1909-1914 negotiations relating to the southern boundary of the Caprivi Strip. The boundary is there shown placing Kasikili Island very clearly on the Namibian side. So, also, is the case with von Frankenberg's map<sup>50</sup>. Adding to the weight of these maps is the South African Official Map of 1949<sup>51</sup>, the principal map used by South Africa until Namibian independence.

76. The cartographic evidence thus seems to me to be in favour of the Namibian position, and of the contemporaneous understanding of the Parties, as outlined earlier in this opinion.

#### *Equitable Navigational Use of Boundary Rivers*

77. It is an important principle of riparian law that equitable factors also play a significant role in determining riparian boundaries, where there is room for a difference of opinion<sup>52</sup>.

One of the principal uses of rivers is navigation and transport and the need especially to use rivers for transportation downstream. That was probably the rationale underlying the thalweg principle, already referred to in this opinion.

There is another factor as well that is relevant to this aspect. Since the vast bulk of the tourist traffic, which is the most vital traffic carried on either channel, uses the southern channel, this is a substantial source of revenue to both countries.

A riparian boundary is meant to afford to both riparian States equal use and benefit from the boundary river. If the boundary is decided to be the channel which is not suited to carry the bulk of the vessels using the river, both States would not be able to use the river equitably. To hold in the present case that the northern channel is the boundary would, by denying Namibia the use of the southern channel, cause far greater loss to Namibia than the loss that would ensue to Botswana if the southern channel were held to be the boundary, in which case Botswana would be denied only the use of the northern channel which is comparatively of far less value.

---

<sup>49</sup> Memorial of Namibia, Vol. I, p. 121, para. 294; see also Counter-Memorial of Namibia, p. 69, para. 155.

<sup>50</sup> Memorial of Namibia, Vol. I, p. 123, paras. 298-299; Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, p. 70, para. 156.

<sup>51</sup> Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, p. 75, para. 162.

<sup>52</sup> On the "overwhelming support of the international community" for the doctrine of equitable utilization and the limitations of territorial sovereignty in relation to riparian boundaries, see M. Fitzmaurice, in *Legal Visions of the 21st Century*, Anthony Anghie and Garry Sturgess (eds.), 1998, pp. 428-436.

sur le terrain depuis la date de sa publication jusqu'à la fin de la présence allemande en Namibie<sup>49</sup>. L'Allemagne a adressé cette carte au ministère des affaires étrangères britannique (Foreign Office) au cours des négociations de 1909-1914 concernant la frontière sud de la bande de Caprivi. Sur cette carte, la frontière situe très clairement l'île de Kasikili en territoire namibien. Il en va de même avec la carte de von Frankenberg<sup>50</sup>. Et il en va de même encore avec la carte officielle d'Afrique du Sud de 1949<sup>51</sup>, c'est-à-dire la carte principale que l'Afrique du Sud a utilisée jusqu'à l'indépendance de la Namibie.

76. Les moyens de preuve cartographiques me paraissent donc être favorables à la position de la Namibie, et conforter la façon dont les Parties ont compris le traité à l'époque de sa conclusion, comme je l'ai dit plus haut dans la présente opinion.

*L'utilisation équitable des fleuves frontières aux fins de la navigation*

77. C'est un principe important du droit des voies d'eau que des facteurs d'équité jouent eux aussi un rôle de premier plan dans la détermination des frontières fluviales dès lors qu'il peut y avoir divergence d'opinion à cet égard<sup>52</sup>.

Les cours d'eau sont principalement utilisés pour la navigation, pour le transport, et parce qu'on a tout particulièrement besoin de les emprunter pour descendre jusqu'à leur embouchure. C'est probablement de là que procède le principe du thalweg, dont j'ai déjà parlé.

Mais il existe un autre facteur qui est pertinent à cet égard. Comme la grande majorité de la circulation des touristes, c'est-à-dire de la circulation la plus importante sur les deux chenaux, emprunte le chenal sud, il y a là une source de recettes qui intéresse fortement les deux pays.

Une frontière fluviale est censée donner aux deux Etats riverains la possibilité d'exploiter le fleuve frontière sur un pied d'égalité et d'en tirer les mêmes profits. S'il est décidé que la frontière se situe dans le chenal ne convenant pas à la circulation de la grande majorité des bateaux utilisant le fleuve, les deux Etats ne seront pas en mesure d'exploiter équitablement le fleuve. Décider en l'espèce que c'est le chenal nord qui constitue la frontière va, en privant la Namibie de l'utilisation du chenal sud, causer à la Namibie une perte beaucoup plus grande que celle que subirait le Botswana s'il était décidé que c'est le chenal sud qui est la frontière, auquel cas le Botswana serait privé uniquement de l'utilisation du chenal nord, lequel est relativement beaucoup moins intéressant.

<sup>49</sup> Mémoire de la Namibie, vol. I, p. 121, par. 294; voir également contre-mémoire de la Namibie, p. 69, par. 155.

<sup>50</sup> Mémoire de la Namibie, vol. I, p. 123, par. 298-299; contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 70, par. 156.

<sup>51</sup> Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 75, par. 162.

<sup>52</sup> Sur le «soutien écrasant de la communauté internationale» pour la doctrine de l'utilisation équitable et des limitations de la souveraineté territoriale en ce qui concerne les frontières fluviales, voir M. Fitzmaurice, dans *Legal Visions of the 21st Century*, Anthony Anghie et Garry Sturgess, dir. de publ., 1998, p. 428-436.

This important use of the river must be equitably shared by both riparian States. This use is particularly essential to the economy of both countries. As Namibia informed the Court at the oral hearings<sup>53</sup>, tens of thousands of tourists from all over the world come to Namibia to visit its game parks, and the same is no doubt true of Botswana. The use of the southern channel to observe the wildlife on Kasikili/Sedudu Island would be a natural and important part of the agenda of the tourists in both countries.

78. The evidence we have before us indicates that the vast majority of tourist vessels — including the redoubtable *Zambezi Queen* — do not use the northern channel. Most of them use the southern one. Apart from this being a strong indication of the thalweg being in the southern channel, it also raises the equitable consideration that both riparian States should have an equal right to use this main navigational route. To consider the northern channel to be the main channel is to deprive Namibia of the valuable use of this southern channel which is capable of taking all the traffic which the northern channel cannot take. On the other hand, if the southern channel is considered the boundary, both States would have equal use of this main means of navigation. The loss or inconvenience to Botswana in not having the free use of the northern channel would be comparatively minor as compared to the loss to Namibia if it could not use the southern channel.

The principal loss and inconvenience to Botswana would be not in regard to navigation, but in regard to the tourism and preservation of wildlife which would ensue from the fact that the teeming wildlife on the Botswana side has habitually crossed over to the Island and that the Island is in a sense an integral part of this wildlife preserve. This aspect is considered in Part B of this opinion.

#### *Conclusion Regarding the "Main Channel"*

79. My conclusion is therefore that the southern channel must be regarded as the main channel for the purposes of the 1890 Treaty. This would leave Kasikili/Sedudu Island *de jure* within the territory of Namibia.

Having reached this conclusion, I am obliged to examine certain consequential legal questions which would arise from such a decision. They do not arise in this form in the context of the Court's Judgment, but need to be examined in this opinion as a necessary consequence of my conclu-

---

<sup>53</sup> CR 99/10, p. 15, para. 18.

Cette utilisation importante du fleuve doit être équitablement partagée par les deux Etats riverains. Et cette utilisation est fondamentale pour l'économie des deux pays. Comme la Namibie l'a dit à la Cour lors de la procédure orale<sup>53</sup>, des dizaines de milliers de touristes viennent du monde entier en Namibie pour se rendre dans ses parcs animaliers, et il en va certainement de même du Botswana. Utiliser le chenal sud pour voir la faune sur l'île de Kasikili/Sedudu figurera naturellement en très bonne place sur le programme des touristes dans les deux pays.

78. Les éléments de preuve dont nous sommes saisis indiquent que la grande majorité des bateaux de touristes — y compris le redoutable *Zambezi Queen* — n'empruntent pas le chenal nord. La plupart d'entre eux empruntent le chenal sud. Mis à part le fait que nous avons là un signe manifeste que le thalweg se situe dans le chenal sud, l'indication prète également à une considération d'équité, qui est que les deux Etats riverains doivent pouvoir exercer sur un pied d'égalité le droit d'utiliser cette voie qui est la principale voie de navigation. Décider que c'est le chenal nord qui est le chenal principal revient à priver la Namibie de la précieuse possibilité d'utiliser le chenal sud qui peut supporter toute la circulation que le chenal nord ne peut pas supporter. En revanche, s'il est décidé que la frontière se situe dans le chenal sud, les deux Etats pourront utiliser sur un pied d'égalité cette voie de navigation qui est la voie principale. La perte ou l'inconvénient que le Botswana subit parce qu'il ne peut plus utiliser librement le chenal nord sera relativement mineur par rapport à la perte que subit la Namibie si celle-ci ne peut plus utiliser le chenal sud.

La perte et l'inconvénient subis par le Botswana ne concerneront pas pour l'essentiel la navigation, mais concerneront le tourisme et la préservation de la faune: la perte et l'inconvénient s'expliqueront par le fait que certains éléments de l'abondante faune habitant la rive botswanaise ont l'habitude de traverser le fleuve pour gagner l'île et que celle-ci fait en un certain sens partie intégrante de la réserve animalière. C'est cet aspect du problème qui est étudié dans la partie B de la présente opinion.

#### *Conclusion concernant « le chenal principal »*

79. Ma conclusion est par conséquent qu'il faut considérer le chenal sud comme étant le chenal principal aux fins du traité de 1890. Dans ces conditions, l'île de Kasikili/Sedudu fait *de jure* partie du territoire de la Namibie.

Ayant abouti à cette conclusion, je suis tenu d'examiner certaines questions juridiques qui se posent nécessairement à la suite de pareille décision. Ces questions ne se posent pas sous cette forme dans le cadre de l'arrêt de la Cour, mais il faut les examiner dans la présente opinion parce

<sup>53</sup> CR 99/10, p. 15, par. 18.

sion that the southern channel is the main channel. These legal questions are examined in Part B of this opinion.

## PART B

### *Introduction*

80. Having arrived at my conclusion that the main channel is the southern one, and hence that Kasikili/Sedudu Island must be considered part of Namibian territory, I now address a resultant question which will confront international law with increasing intensity in the future — the tension between principles of territorial sovereignty and principles of ecological protection which involve a fiduciary responsibility towards the ecosystems of the States concerned.

The teeming wildlife of this area makes it one of the prized game parks of Africa. Its protection is a matter of international concern which cannot be permitted to recede from view in the midst of conflicting claims of the contending Parties. This raises in pointed form the scope of judicial responsibility when environmental issues straddle the boundaries demarcated by the Court.

Indeed, this aspect was addressed in the pleadings, and it was argued on behalf of Botswana that

“if the Court were to rule in favour of Namibia, the decision would immediately remove the Island from the range of the wildlife, as they would be hunted down on the Island, as was done in the rest of the Caprivi. Thus, in the interest of conservation, and for all the other reasons to be advanced by Botswana in this case . . . the Court should rule in favour of Botswana. By so doing, the Court would make a clear statement on conservation to all mankind, including Namibians.”<sup>54</sup>

The circumstance referred to does not *per se* amount to a ground for ruling in favour of Botswana, but it does raise a serious consideration which cannot be ignored.

81. My finding that the Island falls within Namibian territory thus requires me to address this argument, having regard to the compelling weight which modern international law attaches to environmental considerations, reinforced as it is by such conventions as the 1992 Convention on Biological Diversity (the Biodiversity Convention) signed and ratified by both Parties to this case, and other conventions such as the Convention on International Trade in Endangered Species (CITES), and the 1971 Convention on Wetlands of International Importance Especially

---

<sup>54</sup> CR 99/6, p. 22.

qu'elles sont la conséquence nécessaire de ma conclusion, qui est que le chenal sud est le chenal principal. J'étudie ces questions juridiques dans la partie B ci-après.

## PARTIE B

### *Introduction*

80. Ayant donc abouti à la conclusion que le chenal principal est le chenal sud, et par conséquent que l'île de Kasikili/Sedudu doit être considérée comme faisant partie du territoire namibien, j'aborde à présent une question qui découle de cette conclusion et qui va se poser en droit international avec une force croissante à l'avenir — s'agissant de la tension qui va s'exercer entre les principes de la souveraineté territoriale et les principes de la protection écologique qui font appel à une responsabilité fiduciaire à l'égard des écosystèmes des Etats intéressés.

L'abondance de la faune dans la région en cause en fait un des parcs animaliers les plus prisés d'Afrique. Protéger cette région relève d'une préoccupation internationale qu'il faut s'interdire de perdre de vue face aux revendications opposées des Parties. D'où la portée de la responsabilité judiciaire quand des questions d'environnement se posent de part et d'autre des frontières tracées par la Cour.

D'ailleurs, la question a été évoquée au cours de la procédure orale, le Botswana soutenant que :

«si la Cour devait se prononcer en faveur de la Namibie, cette décision aurait pour effet immédiat de faire disparaître les espèces sauvages de l'île, car elles y seraient chassées comme elles l'ont été dans le reste du Caprivi. Ainsi, dans l'intérêt de la conservation et pour toutes les autres raisons avancées par le Botswana en l'espèce ... la Cour devrait se prononcer en faveur du Botswana. Ce faisant, la Cour adresserait à toute l'humanité, y compris aux Namibiens, un message clair relatif à la conservation.»<sup>54</sup>

Le cas de figure évoqué ne constitue pas en soi un motif valable incitant à statuer en faveur du Botswana, mais il soulève une idée grave qui ne peut être ignorée.

81. Du moment que je situe l'île en territoire namibien, je me vois tenu d'examiner l'argument, d'autant que le droit international moderne attache un poids déterminant aux considérations environnementales, car il se trouve désormais renforcé par des conventions comme la convention de 1992 sur la diversité biologique (dite convention sur la biodiversité) qui a été signée et ratifiée par les deux Parties en la présente affaire et certaines autres conventions comme la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (conven-

<sup>54</sup> CR 99/6, p. 22.

as Waterfowl Habitat (Ramsar Convention). The problem adverted to by Botswana is one which can be suitably addressed in the light of the great progress that has been made by modern international law in the structuring of joint régimes for the conservation of environmentally important sites.

The fact that the entity to be preserved is a “common heritage” or at least a “common concern”<sup>55</sup> of humankind, reinforces the judicial duty in this regard — a duty which naturally reaches further than that of surveyors and cartographers who depict stipulated geographical features on the ground.

International law is now in too mature a state of development to carry out its tasks of boundary delimitation in mechanical fashion. It cannot interpret and apply a boundary treaty *in abstracto*, an approach which may have been possible in an earlier age. In the environmental field, the growing recognition of world heritage values prevents such a rigid attitude from being followed.

82. The present case offers us an instance of a situation which is likely to come before the courts more often in the future. The evolution of legal guidelines for such situations is not a venture into new legal territory, for many precedents already exist. I see it as inevitable that the future will bring before international tribunals other situations as well in which there are interests of a universal nature which need to be preserved, and where two or more States may need to co-operate to ensure that some important aspect of the universal heritage of humanity is not diminished.

83. As we enter an era in which active co-operation, rather than passive co-existence, becomes a keynote concern of international law, it is inevitable that such concerns will receive increasing judicial consideration. It helps in this case that the Court is required to decide “on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 *and the rules and principles of international law*” (emphasis added) the question of the true boundary between Botswana and Namibia in the disputed area of the Caprivi Strip. The “rules and principles of international law” comprise well-recognized principles of environmental law which cannot be ignored.

It is significant, moreover, that the Court is asked to determine not merely the *boundary* between Namibia and Botswana, but also *the legal status of the Island*. This enables the Court to create a special legal régime for the Island, should it choose to do so — an aspect that becomes especially important in the event of a finding that the Island belongs to Namibia.

---

<sup>55</sup> See Biodiversity Convention, 1992, Preamble, para. 3.

tion CITES) et la convention de 1971 relative aux zones humides d'importance internationale, particulièrement comme habitat de la sauvagine (convention Ramsar). Il est aujourd'hui possible de bien s'atteler à la solution du problème évoqué par le Botswana grâce aux progrès qu'a réalisés le droit international moderne avec la mise en place de régimes conjoints consacrés à la conservation de sites importants du point de vue écologique.

Le fait que l'entité à préserver est un «patrimoine commun» ou tout au moins «une préoccupation commune»<sup>55</sup> de l'humanité, renforce l'obligation judiciaire à cet égard — obligation qui, bien entendu, va plus loin que celle des géomètres et des cartographes qui reproduisent les particularités géographiques relevées sur le terrain.

Le droit international a aujourd'hui atteint un stade de développement tel qu'il ne peut pas s'acquitter de façon mécanique de ses tâches de délimitation de frontière. Il ne peut pas interpréter et appliquer un traité frontalier *in abstracto*, approche qui eut peut-être été praticable plus tôt. Dans le domaine de l'environnement, la reconnaissance constamment plus étendue des valeurs du patrimoine mondial empêche d'adopter une attitude aussi rigide.

82. La présente instance nous apporte un cas de figure dont les tribunaux auront de plus en plus souvent à connaître. Le juriste n'a pas en l'occurrence à s'aventurer en terre inconnue pour établir de nouvelles règles, car il existe déjà de nombreux précédents. Mais il est, je crois, inévitable que les tribunaux internationaux se trouvent à l'avenir saisis d'autres cas de figure mettant également en cause des intérêts de caractère universel qu'il faut préserver, et dans lesquels deux Etats au moins auront à coopérer pour qu'il ne soit pas porté atteinte à un aspect important du patrimoine universel de l'humanité.

83. Nous entrons dans une ère où la coopération active plutôt que la coexistence passive devient une préoccupation centrale du droit international, et il est donc inévitable que ces préoccupations retiennent de plus en plus l'attention du juge. Il est utile en l'espèce que la Cour soit priée de déterminer «sur la base du traité anglo-allemand du 1<sup>er</sup> juillet 1890 et des *règles et principes du droit international*» (les italiques sont de moi) quelle est véritablement la frontière entre le Botswana et la Namibie dans la région contestée de la bande de Caprivi. Les «règles et principes du droit international» comprennent des principes largement reconnus du droit environnemental qu'il n'est pas possible d'ignorer.

Il importe en outre que la Cour soit priée de déterminer non pas simplement la *frontière* entre la Namibie et le Botswana, mais aussi *le statut juridique de l'île*. Cela permet à la Cour de créer un régime juridique spécial pour l'île si telle est sa décision — point qui devient particulièrement important au cas où la Cour dirait que l'île appartient à la Namibie.

<sup>55</sup> Voir convention sur la biodiversité, 1992, préambule, 3<sup>e</sup> alinéa.

84. We are here dealing with the protection and enjoyment of a unique part of the world's wildlife heritage which, from all that we have heard in the course of the case, represents a remarkable place of congregation of a rich variety of wildlife — a place where they meet and feed and breed. In the words of Professor Alexander:

“There are very few wildlife areas in southern Africa where such a variety of game and bird life can be seen from such close quarters as along the southern channel of the Chobe river at Kasikili Island.”<sup>56</sup>

He also confirms the statement in the Botswana Memorial that “[t]he grazing on the island is excellent and there is a daily elephant migration to the island”<sup>57</sup>. Such places are critical to the maintenance of biodiversity which, as the Biodiversity Convention has proclaimed is, if not a common heritage of humankind, at least a common concern of humankind.

85. The aspect I am now addressing brings to the forefront some vital legal issues relevant to the delimitation of boundaries. I shall deal with four of them in the following order:

1. The function of the Court when delimitation of a boundary line involves the dismantling or division of an ecologically integral unit of biodiversity.
2. The role of equity in the practical problems attendant on delimitation.
3. The relevance of the distinction, if any, between colonial treaties that specifically designate boundaries and colonial treaties indicating spheres of influence.
4. The notion of joint régimes over ecologically vital portions of territory which, despite the ecological unity of the territory, straddle national borders.

I shall proceed to consider these in the order in which I have designated them.

*1. Judicial Responses to a Boundary Delimitation Which Involves  
Dismantling or Dividing an Ecologically or Culturally  
Integral Unit*

86. The fact that a unique natural preserve, or a treasured cultural site, or a sacred area which needs to be preserved in its full integrity, straddles

<sup>56</sup> Counter-Memorial of Namibia, Vol. III, p. 34, para. 11.9.

<sup>57</sup> *Ibid.*, para. 11.2; Memorial of Botswana, Vol. I, p. 14, para. 32.

84. Nous avons ici affaire à la protection d'un élément exceptionnel du patrimoine animalier du monde et au plaisir que l'on peut y prendre: d'après tout ce que nous avons entendu dire pendant le déroulement de l'instance, il s'agit d'un endroit extraordinaire où se rassemblent de multiples espèces — un endroit où elles se réunissent, s'alimentent, se reproduisent. Comme le dit le professeur Alexander:

«Il y a très peu de régions habitées par la faune en Afrique australe où l'on puisse observer de si près autant d'animaux et d'oiseaux que lorsqu'on se trouve dans le chenal sud du Chobe, à la hauteur de l'île de Kasikili.»<sup>56</sup>

Le même auteur confirme ce que dit le Botswana dans son mémoire: «les pâturages y sont excellents [sur l'île] et des éléphants s'y rendent chaque jour»<sup>57</sup>. De tels endroits revêtent une importance capitale pour la préservation de la diversité biologique qui, comme le dit la convention, constituent, sinon un patrimoine commun de l'humanité, tout au moins une préoccupation commune de l'humanité.

85. Le problème que j'examine à présent impose de placer au premier rang certaines questions juridiques vitales qui interviennent dans la délimitation de frontières. Je traiterai quatre de ces questions dans l'ordre ci-après:

1. La fonction que la Cour doit exercer quand la délimitation d'une frontière entraîne le démantèlement ou la division d'un ensemble intégré sur le plan écologique qui est représentatif de la diversité biologique.
2. Le rôle de l'équité dans les problèmes concrets accompagnant la délimitation.
3. L'importance de la distinction à opérer, le cas échéant, entre des traités conclus par des puissances coloniales qui définissent avec précision des frontières et des traités qui déterminent simplement des sphères d'influence.
4. La notion de régime conjoint appliquée à des sections de territoire capitales du point de vue écologique qui, malgré leur unité écologique, se situent de part et d'autre de frontières nationales.

Je vais étudier ces questions dans l'ordre dans lesquelles je les ai énoncées.

*1. Les réponses du juge à une délimitation de la frontière qui impose de démanteler ou de diviser un ensemble intégré sur le plan écologique ou culturel*

86. Le fait qu'une réserve naturelle, un site culturel considéré comme précieux, un territoire sacré qu'il faut préserver dans son intégralité soit

<sup>56</sup> Contre-mémoire de la Namibie, vol. III, p. 34, par. 11.9.

<sup>57</sup> *Ibid.*, par. 11.2; mémoire du Botswana, vol. I, p. 14, par. 32.

national boundaries does not necessarily mean that it is to be dissected between the two or more States whose boundary runs through it. International law would have resources enough to handle this difficult and delicate situation so as to preserve as a unity the valuable asset which would otherwise suffer from being divided in a manner that takes into account only the rights of individual States, but neglects other values which international law is bound to preserve.

For the large numbers of elephants, hippopotami, and rhinoceroses, not to speak of smaller forms of wildlife, which frequent this area and have been doing so as long as human memory extends, a disturbance of their patterns of occupation would be a disturbance of their natural habitat. The adverse consequences to their well-being and to their survival cannot be underestimated. In a world which increasingly places a strain on their natural lifestyles and habitats, and in which several important categories of wildlife are becoming endangered species, this is a result which is to be prevented as far as such action is permissible within the limits of the law.

87. I refer in particular to the Biodiversity Convention (1992), a Convention which both Botswana and Namibia have ratified without qualification (Botswana, 12 October 1995, and Namibia, 16 May 1997).

The States parties to that Convention have accepted responsibility for conserving their biological diversity and for using their biological resources in a sustainable manner. The Convention notes further that one of the fundamental requirements for the conservation of biological diversity is *in situ* conservation, defined as "the conservation of ecosystems and natural habitats and the maintenance . . . of viable populations of species in their natural surroundings"<sup>58</sup>. It further stresses the importance of and the need to promote international co-operation among States for the conservation of biological diversity<sup>59</sup>.

88. Article 6 requires each contracting party to develop national strategies, plans or programmes for the conservation and sustainable use of biological diversity. Article 8 (*d*), dealing with *in situ* conservation, requires, *inter alia*, that each contracting party promote the protection of ecosystems, natural habitats, and the maintenance of viable populations of species in natural surroundings. All of these are indicative of the cardinal importance attached by modern international law to the protection of natural species in their natural environments.

So strong are the obligations imposed by the Convention that Article 22 provides that the provisions of the Convention shall not affect the rights and obligations of contracting parties, deriving from any existing international agreement "*except where the exercise of those rights*

---

<sup>58</sup> Biodiversity Convention. Preamble, para. 10; *ibid.*, Art. 2.

<sup>59</sup> *Ibid.*, Preamble, para. 14.

situé de part et d'autre de frontières nationales ne veut pas nécessairement dire qu'il faut le sectionner entre les deux ou plusieurs Etats dont la frontière traverse le territoire en question. Le droit international dispose d'assez de moyens pour résoudre ce problème difficile et délicat de façon à préserver sous la forme d'un ensemble l'élément précieux qui souffrirait d'être partagé d'une façon qui tienne compte exclusivement des droits de chacun des Etats mais néglige d'autres valeurs que le droit international est pourtant tenu de préserver.

Pour les très nombreux éléphants, hippopotames, rhinocéros, sans parler des animaux plus petits, qui fréquentent la région depuis des temps immémoriaux, perturber leur mode d'occupation reviendrait à perturber leur habitat naturel. On ne peut pas sous-estimer l'effet néfaste que cela aurait sur leur bien-être et leur survie. Dans un monde qui pèse de plus en plus lourdement sur le mode de vie et l'habitat naturels de cette faune, et dans lequel plusieurs espèces importantes sont désormais menacées d'extinction, il convient d'empêcher pareil résultat dès lors que la législation autorise une action en ce sens.

87. Je fais ici appel en particulier à la convention de 1992 sur la diversité biologique, convention que le Botswana et la Namibie ont tous deux ratifiée sans réserve (le 12 octobre 1995 pour le Botswana et le 16 mai 1997 pour la Namibie).

Les Etats parties à cette convention ont accepté la responsabilité de la conservation de leur diversité biologique et d'une utilisation de leurs ressources biologiques qui revête un caractère durable. La convention note en outre que la conservation de la diversité biologique exige essentiellement la conservation *in situ* «des écosystèmes et des habitats naturels ainsi que le maintien ... de populations viables d'espèces dans leur milieu naturel»<sup>58</sup>. La convention souligne en outre qu'il importe et qu'il est nécessaire de favoriser la coopération internationale entre les Etats aux fins de la conservation de la diversité biologique<sup>59</sup>.

88. L'article 6 de la convention impose à chaque partie contractante d'élaborer des stratégies, plans ou programmes nationaux tendant à assurer la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique. L'article 8 *d*), qui porte sur la conservation *in situ*, impose notamment à chaque partie contractante de favoriser la protection des écosystèmes et des habitats naturels ainsi que le maintien de populations viables d'espèces dans leur milieu naturel. Toutes ces dispositions montrent quelle importance capitale le droit international moderne attache à la protection des espèces naturelles au sein même de leur milieu naturel.

Les obligations imposées par la convention ont un tel poids que l'article 22 prévoit que les dispositions de la convention ne modifient en rien les droits et obligations découlant pour les parties contractantes d'un autre accord international en vigueur, quel qu'il soit, «*sauf si l'exercice*

<sup>58</sup> Convention sur la biodiversité, préambule, 10<sup>e</sup> alinéa; *ibid.*, art. 2.

<sup>59</sup> *Ibid.*, préambule, 14<sup>e</sup> alinéa.

*and obligations would cause a serious damage or threat to biological diversity*". This indicates that a serious threat to biological diversity can even constitute an exception to treaty obligations.

I cite these provisions in order to show that specific State obligations exist to protect the natural habitats of wildlife, and that those obligations can even, in certain situations, override existing treaty obligations. The obligations imposed by the Convention are thus of such a compelling nature that they cannot be ignored in any determination defining inter-State rights and obligations if such determination should entail a risk of damage to ecosystems which it was the object of the Convention to prevent.

89. We are here not importing principles of modern law to interpret a treaty of 1890. We are interpreting the Treaty of 1890 as it stood, and as it was understood contemporaneously. We are determining the boundaries between the two States in terms of the Treaty of 1890 but, in applying them on the ground in the year 1999, we cannot disregard important principles of modern law.

Environmental standards transcend temporal barriers, as this Court noted when in *Gabčíkovo* it observed:

"Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past."<sup>60</sup>

Consequently, in environmental matters, today's standards attach themselves to yesterday's transactions, and must be given due effect in judicial determinations stemming from them.

This aspect can be formulated even more strongly in the present case, because the question referred to the Court requires a determination in accordance with "the rules and principles of international law", and also because the Court is obliged to take into account the environmental obligations assumed by the Parties through multilateral treaties.

90. Moreover, this is a court not only of strict law, but of equity as well, and boundary delimitations, like all other determinations of the Court, involve not merely strictly legal but equitable considerations as well. This is not new jurisprudence, but has been recognized as far back as the *North Sea Continental Shelf* cases<sup>61</sup> which noted the relevance of equitable principles in the process of delimitation.

---

<sup>60</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, I.C.J. Reports 1997, p. 78, para. 140.

<sup>61</sup> I.C.J. Reports 1969, pp. 48-53.

*de ces droits ou le respect de ces obligations causait de sérieux dommages à la diversité biologique ou constituait pour elle une menace*». C'est-à-dire qu'une menace grave pesant sur la diversité biologique peut même motiver une dérogation à des obligations conventionnelles.

Je cite cette disposition pour montrer qu'il existe des obligations précises pour les Etats qui sont donc tenus de protéger les habitats naturels de la faune et que ces obligations peuvent même dans certains cas prendre le pas sur des obligations conventionnelles déjà contractées. Les obligations imposées par la convention sont par conséquent assez contraignantes pour qu'il soit impossible de les laisser de côté quand il est défini des droits et des obligations quand cette décision crée un risque de dommage à des écosystèmes que la convention avait pour objet d'empêcher.

89. Nous ne sommes pas en train ici d'importer des principes du droit moderne pour interpréter un traité de 1890. Nous interprétons ce traité de 1890 tel qu'il était rédigé et tel qu'il était compris par les contemporains. Nous déterminons le tracé des frontières entre les deux Etats conformément aux dispositions du traité de 1890 mais, pour appliquer ces dispositions sur le terrain en 1999, nous ne pouvons pas méconnaître certains principes importants du droit moderne.

Les normes environnementales transcendent les obstacles temporels, comme la Cour actuelle l'a relevé quand elle a dit, dans l'affaire relative au *Projet de Gabčíkovo*:

«Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque des Etats envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé.»<sup>60</sup>

Par suite, dans le domaine de l'environnement, les normes actuelles s'appliquent aux opérations du passé et il faut leur donner la place qui leur revient dans les décisions judiciaires appelées à leur répondre.

Il est possible d'être d'autant plus ferme à cet égard dans la présente espèce que la Cour est priée de se prononcer conformément aux «règles et principes du droit international» et que la Cour, en outre, est tenue de prendre en considération les obligations écologiques que les Parties ont contractées par des traités multilatéraux.

90. De plus, notre juridiction n'applique pas seulement le droit strict mais se prononce aussi en équité, et les délimitations de frontière, comme toutes les autres décisions de la Cour du reste, font appel non pas simplement à des considérations strictement juridiques mais aussi à des considérations d'équité. La doctrine, en l'occurrence, n'est pas nouvelle, la Cour l'admet depuis fort longtemps puisque, dès les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*<sup>61</sup> la Cour a dit que les principes équitables sont pertinents aux fins d'une opération de délimitation.

<sup>60</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros, C.I.J. Recueil 1997*, p. 78, par. 140.

<sup>61</sup> *C.I.J. Recueil 1969*, p. 48-53.

## 2. *The Scope for Equity in Boundary Delimitation*

91. A court reaching such a conclusion as that Kasikili/Sedudu Island belongs to Namibia cannot end its responsibilities with the mechanical exercise of a geometric delineation of boundaries on the ground.

I have already advanced the illustration of a sacred site which is one and entire, but which may need to be divided in two if merely geometrical considerations are to be followed. Likewise, a village may be separated from a grazing ground which for centuries had been integral to it, or the village itself may be divided into two parts whose residents thus became citizens of two different States, however closely they may be connected. It would be a diminution of a court's inherent jurisdiction if it were expected in such hypothetical circumstances to turn its glance away from these very real and vital problems and proceed with the task of delineation as if it were a purely geometrical exercise. Charged as it is with the application of equity to the problem before it, a court would not proceed in this fashion.

If there is a natural reserve which, in the interests of the ecosystem and of biological diversity cannot be divided without lasting damage, this is a factor which the Court can no less ignore than a sacred site or archaeological preserve which must be maintained in its integrity if it is to be preserved.

92. There is more than one way in which equitable considerations can be given effect in such situations.

One is that the Court should consider itself empowered to make a slight deviation from the strict geometric path indicated by the boundary treaty, but always preserving a balance between the entitlements of the two parties to the enjoyment of this precious asset.

Another is to constitute, in the larger interests of both parties and indeed of the world community, a joint régime over the area so that neither party is deprived of its use. In this category, a multitude of possibilities and precedents are available which I shall briefly consider later.

93. I may observe here that the division of a sacred site or ecological preserve into two discrete portions is a procedure likely to produce tension between the Parties in the future, as that which was considered to be a common resource on both sides of the border is then available to neither Party, and the entire asset is under risk of destruction through the process of division. Indeed, in an extreme case, as where a geometrical line of partition passes through the most holy place of a sacred site, the imperative need for such discretion on the part of the Court is obvious.

That the Court has such a power, and indeed a duty in an extreme

## 2. *La place de l'équité dans la délimitation d'une frontière*

91. Quand un tribunal aboutit à la conclusion, par exemple, que l'île de Kasikili/Sedudu appartient à la Namibie, il ne met pas fin à ses responsabilités en pratiquant mécaniquement un tracé géométrique de frontières sur le terrain.

J'ai déjà évoqué l'exemple d'un site sacré qui constitue un tout, un ensemble, mais qu'il faudrait partager en deux s'il fallait s'en tenir à des considérations purement géométriques. De même, il peut arriver qu'un village soit coupé d'un terrain servant à faire paître le bétail qui en faisait partie intégrante depuis des siècles ou que le village lui-même soit partagé en deux parties dont les habitants deviennent de ce fait les ressortissants de deux Etats différents, malgré les liens étroits qui les unissent. La compétence propre du tribunal serait amoindrie s'il devait, dans ces cas de figure théoriques, ne tenir aucun compte de ces problèmes très concrets et vitaux pour procéder au tracé de la frontière comme s'il s'agissait d'un exercice de pure géométrie. Mais, tenu de se prononcer en équité sur le problème, le tribunal n'adopterait pas cette façon de faire.

S'il existe une réserve naturelle qui, dans l'intérêt de l'écosystème et de la diversité biologique ne peut pas être partagée sans subir de dommages permanents, c'est un facteur que la Cour ne peut pas méconnaître ici tout comme elle prendrait en considération l'obligation de préserver l'intégrité d'un site sacré ou d'un lieu archéologique qu'il faut protéger à cette condition.

92. Dans des situations telles que celle-là, il existe plusieurs façons de donner effet aux considérations d'équité.

L'une d'elles consiste pour la Cour à s'estimer habilitée à s'écarter légèrement du tracé strictement géométrique indiqué par le traité frontalier à condition de préserver constamment l'équilibre entre les deux Parties qui ont l'une et l'autre le même droit à bénéficier du bien précieux à partager.

Une autre façon de faire consiste à mettre en place, pour mieux servir l'intérêt des deux parties et d'ailleurs de toute la communauté mondiale, un régime conjoint sur la région de sorte qu'aucune des deux parties n'est empêchée de l'utiliser. Ce type de solution ouvre une multitude de possibilités et permet de puiser dans de multiples précédents que j'évoquerai rapidement plus loin.

93. Je ferai observer ici que le partage d'un site sacré ou d'une réserve écologique en deux ensembles autonomes va probablement susciter des tensions entre les Parties à l'avenir, car ce qui était considéré comme une ressource commune des deux côtés de la frontière n'est plus disponible pour aucune des deux Parties, et le bien tout entier risque d'être détruit sous l'effet même du partage. En fait, quand on se trouve devant un cas de figure extrême, quand, par exemple, la ligne de la partition géométrique traverse l'endroit le plus vénéré d'un site sacré, il est manifeste que la Cour doit impérativement exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est imparti.

Il est donc incontestable que la Cour est dotée d'un tel pouvoir, et qu'il

case, is thus beyond dispute. Whether a given situation is an appropriate one for the use of its equitable power is a matter for the Court's discretion.

In the present state of recognition of the importance of ecological considerations, and having regard to the importance of this natural reserve as stressed to us by both Parties at the oral hearings, a decision in favour of Namibia would trigger the exercise of such discretion.

### 3. *Treaties Dealing with Spheres of Influence Distinguished from Treaties Dealing with State Boundaries*

94. Of special relevance to the exercise of the Court's equitable powers is the distinction which I believe should be drawn between treaties that specifically and precisely deal with boundaries and treaties which deal with spheres of influence.

The distinction I draw is in relation to the degrees of specificity of the two kinds of treaties. In the colonial past, the colonizing powers would sometimes in broad terms define their respective spheres of influence. It was of course necessary to establish the lines of division between them, but the primary purpose of the exercise was to make clear the broad extents of territory over which one or the other could pursue their activities without interference by the other. As Oppenheim has observed, they arose from "the uncertainty of the extent of an occupation, and the tendency of colonizing states to extend an occupation constantly and gradually into the interior or 'hinterland' of an occupied territory"<sup>62</sup>. They had

"the object of regulating, in a spirit of mutual good-will, the relations which might result between the contracting Powers from the extension of their rights of sovereignty or protectorate in neighbouring regions"<sup>63</sup>.

95. These agreements were arrangements with "a certain provisionality", and when in due course the parties took control of the areas respectively reserved, the delimitation would attain the status of a boundary description<sup>64</sup>. Thus a sphere of influence did not necessarily mean that the power claiming it already had control and possession of it, but this was clearly the objective towards which it intended to move.

<sup>62</sup> *Oppenheim's International Law*, Vol. I, Peace, Parts 2 to 4, Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts (eds.), 9th ed., 1992, p. 691.

<sup>63</sup> M. F. Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, 1926, p. 210; see also Sir Thomas Holdich, *Political Frontiers and Boundary Making*, 1916, pp. 96-97.

<sup>64</sup> Ian Brownlie, *African Boundaries: A Legal and Diplomatic Encyclopaedia*, *op. cit.*, pp. 8-9.

s'agit même d'une obligation dans les cas extrêmes. C'est à la Cour de décider quand une situation donnée fait appel de sa part à l'application des principes d'équité.

L'importance des considérations écologiques étant aujourd'hui largement reconnue et compte tenu par ailleurs de l'importance qui s'attache à la réserve naturelle dont il s'agit et sur laquelle les deux Parties ont insisté lors de la procédure orale, une décision favorable à la Namibie imposerait à la Cour d'exercer ce pouvoir discrétionnaire.

3. *La distinction à opérer entre les traités définissant des sphères d'influence et les traités établissant des frontières étatiques*

94. Quand la Cour est appelée à appliquer les principes d'équité, il est tout particulièrement pertinent, me semble-t-il, d'opérer une distinction entre les traités qui définissent très précisément des frontières et ceux qui portent sur des sphères d'influence.

La distinction que j'opère ainsi a trait au degré de précision des deux types de traités. A l'époque coloniale qui est derrière nous, les puissances coloniales cherchaient parfois à définir sous une forme assez large leurs sphères d'influence respectives. Il fallait évidemment tracer des lignes de partage entre elles, mais l'exercice avait pour objet essentiel d'indiquer sur quelle vaste étendue de territoire l'une ou l'autre puissance pourrait poursuivre ses activités sans être gênée par l'autre. Comme l'a fait observer Oppenheim, ces traités procédaient de «l'incertitude qui régnait sur l'étendue d'une occupation et la tendance des Etats colonisateurs à faire constamment progresser l'occupation vers l'intérieur (*hinterland*) du territoire occupé»<sup>62</sup>. Ces Etats avaient

«pour objet de régler dans un esprit de bonne volonté réciproque les relations qui pouvaient résulter entre les puissances contractantes de l'extension de leurs droits de souveraineté ou de protectorat dans les régions voisines»<sup>63</sup> [*traduction du Greffe*].

95. Ces accords étaient des arrangements revêtant «un caractère provisoire jusqu'à un certain point», et quand, le moment venu, les parties exerceraient effectivement leur contrôle sur les régions qu'elles s'étaient respectivement réservées, la délimitation accèderait au rang de tracé de frontière<sup>64</sup>. En somme, une sphère d'influence ne voulait pas nécessairement dire que la puissance qui s'en réclamait s'était déjà assuré le contrôle et la possession de la région, mais c'était manifestement l'objectif qu'elle se proposait d'atteindre.

<sup>62</sup> *Oppenheim's International Law*, vol. I, Peace, 2<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> parties, sir Robert Jennings et sir Arthur Watts, dir. de publ., 9<sup>e</sup> ed., 1992, p. 691.

<sup>63</sup> M. F. Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, 1926, p. 210; voir aussi sir Thomas Holdich, *Political Frontiers and Boundary Making*, 1916, p. 96-97.

<sup>64</sup> Ian Brownlie, *African Boundaries: A Legal and Diplomatic Encyclopaedia*, op. cit., p. 8-9.

It has also been observed that “[t]he term ‘Sphere of Influence’ is one to which no very definite meaning is as yet attached”<sup>65</sup>, and “rather implies a moral claim than a true right”<sup>66</sup>.

There are thus certain elements of provisionality and lack of precise definition associated with the concept, which can assume some relevance where, in a later interpretation of the Treaty, a question of uncertainty regarding the exact definition of a boundary needs to be resolved.

96. As a background to this Treaty and the concept of colonial expansion, it is not irrelevant to note the significant changes effected under Chancellor von Caprivi (after whom the Caprivi Strip is named) in the foreign and colonial policies of Bismarck, whom he succeeded in 1890, the very year of the Treaty<sup>67</sup>. Bismarck had followed a policy of placing little value on colonial expansion<sup>68</sup>, but Caprivi took the line that now that the acquisition of colonies had been started, one could not very well turn back<sup>69</sup>. Indeed, Count Hatzfeldt, who was engaged in negotiating the Treaty in London with Lord Salisbury, is recorded as having observed that he was “impressed with the importance to the two countries of a *general settlement on a broad basis* which would appease and avert the jealousies and rivalries now unfortunately existing”<sup>70</sup>. Such was the background to the 1890 Treaty<sup>71</sup>, which was thus rather different in its objective from the precise delineation of colonial boundaries aimed at by a treaty dealing strictly with territorial boundaries.

97. Another aspect of the generality of this Treaty is that it covered not merely the territories of the two Parties to the present dispute, but dealt with the spheres of influence of Germany and Great Britain in East Africa (Art. I), South West Africa (Art. III), and West Africa (Art. IV), in addition to other matters dealing with specific designated territories,

<sup>65</sup> W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, 8th ed., A. P. Higgins (ed.), 1924, p. 153, para. 38b.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 154, para. 38b.

<sup>67</sup> “For better or for worse, from now [1890] on the Caprivi era would be known as the ‘new course’” (J. A. Nichols, *Germany after Bismarck: The Caprivi Era 1890-1894*, 1958, p. 68).

<sup>68</sup> See Donald Kagan, *On the Origins of War and the Preservation of Peace*, 1995, p. 110. For a discussion of the changes in foreign policy and their impact on colonial policy, see *ibid.*, pp. 121 *et seq.*

<sup>69</sup> Nichols, *op. cit.*, p. 102, quoting Caprivi’s speech during his first appearance in the Reichstag on 12 May 1890, a speech in which he disclaimed being himself a “colonial enthusiast”.

<sup>70</sup> Emphasis added. Memorial of Botswana, Vol. II, Annex 9, p. 51 (Correspondence respecting the Negotiations between Great Britain and Germany relating to Africa, April to December 1890, No. 1).

<sup>71</sup> The 1890 Treaty with Great Britain was signed simultaneously with the lapsing of the Reinsurance Treaty with Russia, a cornerstone of Bismarck’s foreign policy. The 1890 Treaty evidenced the increased interest in the building up of colonial possessions. The policy of clarifying spheres of influence with Great Britain was a natural preliminary stage of this process, so far as Southern Africa was concerned.

On a également fait observer que «[l']expression «sphère d'influence» ne revêt pas encore de sens très précis»<sup>65</sup> et qu'«elle exprime une revendication morale plutôt qu'un droit authentique»<sup>66</sup>.

La notion s'accompagne donc d'un certain caractère provisoire et d'un manque de définition précise, ce qui peut être pertinent quand on interprète le traité par la suite et qu'il faut remédier à l'incertitude qui entoure la définition précise d'une frontière.

96. A l'arrière-plan du traité qui nous occupe et de la notion d'expansion coloniale, il n'est pas indifférent de relever que des changements importants ont été apportés, du temps du chancelier von Caprivi (qui a donné son nom à la bande de Caprivi) à la politique étrangère et à la politique coloniale de Bismarck auquel Caprivi succède en 1890, l'année même où le traité est signé<sup>67</sup>. La politique de Bismarck témoignait de peu d'intérêt pour l'expansion coloniale<sup>68</sup>, mais, pour Caprivi, on avait commencé d'acquérir des colonies et l'on ne pouvait guère faire machine arrière<sup>69</sup>. D'ailleurs, le comte Hatzfeldt, qui négociait le traité à Londres avec lord Salisbury, aurait, d'après les comptes rendus des entretiens, fait observer qu'il était «convaincu de l'importance, pour les deux pays, d'un règlement global visant à calmer et éloigner les jalousies et les rivalités qui malheureusement existent aujourd'hui»<sup>70</sup>. Voilà donc le contexte dans lequel a été conclu le traité de 1890<sup>71</sup>, dont l'objectif était assez différent de celui d'un tracé précis de frontières coloniales qu'aurait eu un traité portant strictement sur des frontières territoriales.

97. Ce qui témoigne aussi du caractère général de ce traité, c'est qu'il portait non pas simplement sur les territoires des deux Parties au présent différend, mais aussi sur les sphères d'influence de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne en Afrique orientale (article premier), au Sud-Ouest africain (art. III) et en Afrique occidentale (art. IV), outre certaines ques-

<sup>65</sup> W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, 8<sup>e</sup> ed., A. P. Higgins, 1924, dir. de publ., p. 153, par. 38b.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 154, par. 38b.

<sup>67</sup> «Pour le meilleur ou pour le pire, désormais [on est en 1890], on prend avec Caprivi «un autre cap» (J. A. Nichols, *Germany after Bismarck: The Caprivi Era 1890-1894*, 1958, p. 68).

<sup>68</sup> Voir Donald Kagan, *On the Origins of War and the Preservation of Peace*, 1995, p. 110. Sur les changements apportés à la politique étrangère et leur incidence sur la politique coloniale, voir *ibid.*, p. 121 et suiv.

<sup>69</sup> Nichols, *op. cit.*, p. 102, citant le discours prononcé par Caprivi quand il se présente pour la première fois au Reichstag le 12 mai 1890, discours dans lequel il se défend d'être lui-même un «passionné de l'idée coloniale».

<sup>70</sup> Mémoire du Botswana, vol. II, annexe 9, p. 51 (correspondance relative aux négociations entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne au sujet de l'Afrique, avril à décembre 1890, n<sup>o</sup> 1); les italiques sont de nous.

<sup>71</sup> Ce traité de 1890 avec la Grande-Bretagne a été signé en même temps que prenait fin le traité de réassurance avec la Russie, pierre angulaire de la politique étrangère de Bismarck. Le traité de 1890 témoignait d'un intérêt accru pour l'acquisition de possessions coloniales. L'adoption d'une politique tendant à définir les sphères d'influence respectives de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne préluait tout naturellement à ce processus d'acquisition, pour ce qui concernait l'Afrique australe.

such as the transfer by Britain to Germany of sovereignty over Heligoland. It was thus far more general in its nature than a specifically boundary-oriented treaty<sup>72</sup>, which laid down the exact borders between two States.

98. The emphasis, therefore, was on areas of interest rather than linear boundaries. A major difference between boundary treaties, *stricto sensu*, and zones of influence treaties is that zones of influence treaties deal with spatial zones while boundary treaties involve points or lines that have no breadth<sup>73</sup>. Consequently, there is a precision and definiteness attending a boundary treaty which distinguishes it from the generalized nature of a treaty dealing with spheres of influence. In the expressive language of Brownlie, a boundary treaty “draws precision and clarity in its train”<sup>74</sup>. The same cannot be said for spheres of influence treaties.

This is not a conclusive factor in the present case, but is not without its implications in the particular circumstances here, for

- (a) it gives the Court greater flexibility in the definition of the boundary in question, while of course not departing from the terms of the Treaty;
- (b) it gives the Court greater scope for the application of equitable principles;
- (c) it widens the latitude available to the Court for making provision for the integrity and preservation of important features such as environmental preserves; and
- (d) it enables the Court to take into account such factors as that one interpretation will draw a line between a given people and the land which they have traditionally used over a long period of time, while the other will not, thereby inclining the Court towards the former interpretation, if it be possible within the terms of the Treaty.

99. In the present case, this factor makes easier the resolution in favour of Namibia of the doubt regarding interpretation. It would also incline the Court against a formalistic interpretation which deprives a people of land which they have used over the generations without any acknowledgment of any other sovereignty over it and without any assertion of right by the State claiming such sovereignty. A zones of influence treaty would permit more flexibility in this regard than a treaty dealing strictly with boundaries.

---

<sup>72</sup> See further A. J. P. Taylor, *Germany's First Bid for Colonies: 1884-1885*, 1938, p. 98.

<sup>73</sup> Brownlie, *op. cit.*, p. 3.

<sup>74</sup> *Ibid.*

tions intéressant des territoires définis avec précision, s'agissant par exemple du transfert de souveraineté sur Heligoland opéré par la Grande-Bretagne au profit de l'Allemagne. Il s'agissait donc d'un traité d'un caractère beaucoup plus général qu'un traité portant avec précision sur le tracé de frontières<sup>72</sup>, lequel établit avec précision les frontières entre deux Etats.

98. Il s'agit par conséquent surtout de zones d'intérêt plutôt que de lignes frontalières. La grande différence qui existe entre des traités frontalières, *stricto sensu*, et les traités définissant des zones d'influence tient à ce que ces derniers portent sur des espaces, tandis que les traités frontalières portent sur des points ou des lignes sans épaisseur<sup>73</sup>. Par conséquent, un traité frontalier revêt un caractère précis et exact différent du caractère généralisateur d'un traité portant sur des sphères d'influence. Dans son style imagé, Brownlie dit qu'un traité frontalier «emporte à sa suite précision et clarté»<sup>74</sup>. On ne peut guère en dire autant des traités définissant des sphères d'influence.

Il ne s'agit pas en l'espèce d'un facteur déterminant, mais il n'est pas sans incidence sur le cas de figure dont nous sommes saisis car

- a) il donne à la Cour plus de souplesse aux fins de la définition de la frontière en question, bien évidemment sans que la Cour s'écarte pour autant des dispositions du traité;
- b) il donne plus de latitude à la Cour aux fins de l'application de principes équitables;
- c) il donne aussi plus de latitude à la Cour aux fins d'assurer l'intégrité et la conservation de certains éléments importants comme des réserves naturelles;
- d) il permet à la Cour de prendre en considération certains éléments, par exemple le fait qu'une interprétation aboutira à séparer un certain peuple de la terre qu'il utilise de fort longue date par tradition, tandis que l'autre interprétation n'aboutit pas à cette séparation, ce qui incite la Cour à retenir la première interprétation dès lors qu'elle serait compatible avec les dispositions du traité.

99. En la présente instance, ce facteur permet plus facilement de lever en faveur de la Namibie les doutes qui entourent l'interprétation du traité. Ce facteur est aussi de nature à empêcher la Cour d'adopter une interprétation trop formaliste qui prive un peuple d'une terre qu'il a utilisée pendant des générations sans qu'elle fasse l'objet d'une reconnaissance de souveraineté étrangère et sans que l'Etat qui se réclame de cette souveraineté ait fait valoir ses droits. Un traité définissant des zones d'influence autorise plus de souplesse à cet égard qu'un traité opérant strictement un tracé de frontières.

<sup>72</sup> Voir en outre A. J. P. Taylor, *Germany's First Bid for Colonies: 1884-1885*, 1938, p. 98.

<sup>73</sup> Brownlie, *op. cit.*, p. 3.

<sup>74</sup> *Ibid.*

To attach the Island which the Masubia had long regarded and used as theirs to another sovereign State upon a literal interpretation of a zones of influence treaty would perhaps represent an overly formalistic approach to an essentially human problem.

100. At the same time, the additional leeway resulting from this fact would make it easier for the Court, in holding with Namibia, to make appropriate provision in its Order for preserving in its integrity as one comprehensive whole the wildlife habitat which comprises both the Island and the Chobe Game Park to the south. The Court would be able to exercise its equitable powers to require Namibia to enter into a joint régime with Botswana in order to ensure the integrity of this habitat.

101. The fact that the Treaty under interpretation was one demarcating zones of influence, and not a boundary treaty, is thus not without significance in the present case.

Needless to say, nothing in this opinion affects the principle of *uti possidetis juris*, for the task we are engaged on is that of defining the boundary in terms of the Treaty of 1890, as interpreted according to the legal principles applicable.

#### 4. Joint International Régimes

102. The notion of joint régimes in areas straddling national boundaries has grown remarkably in recent years. There is thus a plenitude of models and ideas from which to draw the appropriate principles for the fashioning of a co-operative international régime that suits a particular case.

I cite initially an observation in the Foreword to a recent work on *International Boundaries and Environmental Security: Frameworks for Regional Cooperation*, to the effect that:

“Modern boundary-making theory emphasises the virtue of flexibility at least as much as the traditional virtues of certainty and finality . . . but increasingly, in the case of ocean and river boundary contexts, . . . boundary-makers might be wiser to regard themselves less as the drawers of lines than as the designers of workable régimes.”<sup>75</sup>

103. The Court is not, of course, a boundary-maker, but the entity charged with translating the terms of a treaty into conditions on the ground, adhering as faithfully to the Treaty as it can in accordance with international law. Since modern international law dictates a regard for

---

<sup>75</sup> Gerald Blake *et al.* (eds.), 1997, pp. xi-xii.

Rattacher l'île que les Masubia considèrent depuis longtemps comme leur appartenant et qu'ils utilisent comme telle à un autre Etat souverain à la suite d'une interprétation littérale d'un traité définissant des zones d'influence procède peut-être d'une approche trop formaliste à l'égard d'un problème qui est essentiellement humain.

100. En même temps, la Cour, en se prononçant pour la Namibie, pourrait plus facilement, grâce à la latitude supplémentaire dont elle bénéficierait, prendre dans son ordonnance les dispositions voulues pour conserver dans son intégrité, sous la forme d'un même ensemble, l'habitat animalier qui s'étend à la fois sur l'île et sur le parc naturel du Chobe situé au sud. La Cour serait en mesure de recourir aux principes équitables pour demander à la Namibie d'assurer avec le Botswana un régime commun de façon à garantir l'intégrité de cet habitat.

101. Le fait que le traité qu'il s'agit d'interpréter définit des zones d'influence et non pas des frontières n'est donc pas sans intérêt dans la présente espèce.

Il va sans dire que rien dans la présente opinion ne porte atteinte au principe *uti possidetis juris*, car la tâche qui nous incombe est de définir la frontière en application du traité de 1890 tel qu'il faut l'interpréter conformément aux principes juridiques applicables.

#### 4. Les régimes internationaux conjoints

102. L'idée de soumettre à un régime conjoint des régions situées de part et d'autre de frontières nationales a considérablement progressé au cours des dernières années. Il y a donc pléthore de modèles et de thèses où puiser les principes voulus pour concevoir un régime international de coopération adapté à un cas de figure particulier.

Je citerai pour commencer une observation tirée de l'avant-propos d'un ouvrage récent intitulé *International Boundaries and Environmental Security: Frameworks for Regional Cooperation*:

«En ce qui concerne le tracé des frontières, la doctrine moderne prône l'intérêt de la souplesse au moins tout autant que les vertus traditionnelles que sont la certitude, le caractère définitif ... mais, de plus en plus, s'agissant de frontières océaniques et fluviales, ... les décideurs appelés à tracer des frontières feraient peut-être bien de considérer qu'ils doivent non pas tant tracer des lignes que concevoir des régimes susceptibles de bien fonctionner.»<sup>75</sup>

103. La Cour n'est évidemment pas appelée à tracer une frontière, elle est l'entité chargée de traduire les dispositions d'un traité en conditions à appliquer concrètement sur le terrain, et, ce faisant, de suivre le traité aussi fidèlement qu'elle le peut conformément au droit international.

<sup>75</sup> Ouvrage publié par Gerald Blake *et al.*, dir. de publ., 1997, p. xi-xii.

certain environmental considerations, this aspect must be taken into account in interpreting and applying the Treaty, with due regard to current legal concepts and standards. Of these current concepts, the concept of a joint régime over a resource which is valuable to both parties must receive judicial attention as a rapidly developing concept of international law.

104. Instances are not wanting of judicial recognition of the need to prevent a merely mechanistic division which takes no account of human factors and practical realities. In *Frontier Dispute*<sup>76</sup>, the Chamber gave its careful consideration to a situation in which certain villages had appurtenant to them certain farming hamlets which were situated some distance away from them. The village was the native administrative unit and comprised all the land dependent on it. Mali argued specifically that the land dependent on a village included the farming hamlets. A line drawn between the village and the agricultural/grazing site could destroy the unity that had always existed between them. The Chamber showed its sensitivity to this issue, but was not called upon in that case to make a decision on this matter, as “[f]rom a practical point of view, the existence of such rights has posed no major problems”<sup>77</sup>, but it nevertheless observed that:

“In this matter, it all depends on the circumstances. The Chamber considers . . . that it will be able to ascertain whether a particular piece of land is to be treated as part of that village despite its lack of a connection with it, or as a satellite hamlet which does not fall within the boundaries of the village in the strict sense.”<sup>78</sup>

105. In the same case, the notions of flexibility and the role of equity in demarcating the boundaries arose also in relation to a frontier pool. The Chamber there explained that it could resort to equity *infra legem* on the basis of the guiding concept that “Equity as a legal concept is a direct emanation of the idea of justice”<sup>79</sup>, but that equity could not be used to modify an established frontier in the sense of a settled border. Acting on that basis, the Chamber resorted to equitable considerations in determining how the frontier pool should be divided.

106. In the present case, there is no established frontier in the sense of a settled boundary. Rather, the Court is in the process of settling that

---

<sup>76</sup> *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, I.C.J. Reports 1986, p. 554.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 617, para. 116.

<sup>78</sup> *Ibid.*, para. 117.

<sup>79</sup> *Ibid.*, para. 149, quoting *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, I.C.J. Reports 1982, p. 60, para. 71.

Comme le droit international moderne impose de prendre en compte certaines considérations environnementales, il faut les prendre en compte aux fins de l'interprétation et de l'application du traité et cette prise en compte s'étend aux notions et aux normes juridiques actuelles. Parmi ces notions actuelles, celle du régime conjoint exercé sur une ressource précieuse pour les deux parties doit retenir l'attention des instances judiciaires car c'est une notion de droit international qui se développe rapidement.

104. Les exemples ne manquent pas qui prouvent que les juges ont su reconnaître la nécessité d'empêcher un partage purement mécanique qui ne tienne pas compte de l'élément humain ni de la réalité concrète. Dans l'affaire du *Différend frontalier*<sup>76</sup>, la Chambre saisie a étudié très attentivement le cas de figure: certains villages étaient dotés de hameaux de culture situés à une certaine distance. Le village représentait l'unité administrative indigène et comprenait tous les terrains qui en dépendaient. Le Mali a soutenu précisément que les terrains dépendant d'un village comprenaient ces hameaux de culture. Une ligne frontalière tracée entre le village et le lieu consacré à l'agriculture ou aux pâturages pouvait détruire l'unité qui avait toujours existé et relié le village aux hameaux. La Chambre s'est montrée sensible au problème, mais n'était pas appelée en l'espèce à se prononcer sur cette question, car, «[d]un point de vue pratique, l'existence de tels droits n'a pas soulevé de questions graves»<sup>77</sup>, mais elle a toutefois fait observer ceci:

«Tout est, dans ce domaine, question de circonstances. La Chambre estime ... qu'elle sera à même de juger si un terrain déterminé doit être traité comme partie du village concerné, en dépit de leur discontinuité, ou, au contraire, comme hameau satellite non inclus dans les limites du village à proprement parler.»<sup>78</sup>

105. Dans la même affaire, les notions de souplesse et le rôle de l'équité dans le tracé des frontières sont également entrés en ligne de compte quand il a fallu diviser une mare frontalière. La Chambre a expliqué alors qu'elle pouvait faire appel à l'équité *infra legem* en s'inspirant d'un principe directeur qui était que «l'équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice»<sup>79</sup>, mais elle a ajouté que rien n'autorisait un recours à la notion d'équité pour modifier une frontière établie. A la suite de ces conclusions, la Chambre a fait appel à des considérations d'équité pour décider comment la mare frontalière devait être partagée.

106. Dans la présente instance, il n'existe pas de frontière établie en ce sens. La Cour est plutôt en train d'établir cette frontière conformément

<sup>76</sup> *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 554.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 617, par. 116.

<sup>78</sup> *Ibid.*, par. 117.

<sup>79</sup> *Ibid.*, par. 149, la Chambre citant l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamaïriya arabe libyenne)*, C.I.J. Recueil 1982, p. 60, par. 71.

boundary in accordance with the 1890 Treaty. In settling that boundary in accordance with the law, it is entitled to take equitable considerations into account so long as it does not depart from the terms of the Treaty. The equitable consideration of preserving this valuable natural resource in accordance with governing principles of environmental law does not in any way militate against the basic adherence to the terms of that Treaty which lies at the root of my conclusions.

107. We here have a situation of one of the world's richest wildlife reserves falling within the territory of Namibia, if my interpretation of the 1890 Treaty be correct. However, there can be no doubt that the rich wildlife moves over to the Island from the south and that the Island and the land to the south of it, which latter is in Botswanan territory, together form one integral natural preserve. Since merely drawing national boundaries between them so as to divide this resource in two would destroy its unique nature and affect its unique value for all time, something more is called for in such a situation. The establishment of a joint régime, in cases where it is appropriate, would be one of the equitable bases on which the Court could proceed in cases where such a régime would be appropriate to govern the situation resulting from the Court's determination.

108. The notion of joint régimes received recognition from this Court in the *North Sea Continental Shelf* cases<sup>80</sup>. The Court there indicated a number of factors to be taken into account in the negotiations between the parties. The separate opinion of Judge Jessup, recalling other instances of international co-operation, observes that "the principle of international co-operation in the exploitation of a natural resource is well established in other international practice"<sup>81</sup>.

In such a joint régime, the authorities of both countries acting together would, in the best interests of the preservation of this valuable resource, follow certain mutually agreed guidelines which accord with the principles of international environmental law applicable to such a resource.

109. International experience, covering numerous aspects of joint régimes, is accumulating in many parts of the world. For example, the La Paz Agreement of 1983, the Great Lakes Water Quality Accord of 1978, and the North American Free Trade Agreement of 1992 have stimulated developments in this area in North America. The Environmental Side Agreements of NAFTA have resulted in a series of new international institutions and a more comprehensive approach to regional and environmental issues<sup>82</sup>. In the Asian region, Cambodia, Thailand, Laos and Vietnam have made elaborate arrangements for the development of the

---

<sup>80</sup> *I.C.J. Reports* 1969, pp. 53-54.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>82</sup> Blake, *op. cit.*, p. 249.

au traité de 1890. En établissant ladite frontière conformément au droit, la Cour peut prendre en compte des considérations d'équité du moment qu'elles ne dérogent pas aux dispositions du traité. La considération d'équité qui consiste à vouloir préserver cette ressource naturelle précieuse conformément aux principes régissant le droit de l'environnement ne milite nullement contre le respect fondamental des dispositions de ce traité, respect qui préside à mes conclusions.

107. Si mon interprétation du traité de 1890 est correcte, l'une des réserves de faune les plus riches du monde fait donc partie du territoire namibien. Toutefois, il ne fait pas de doute que cette faune extrêmement variée gagne l'île depuis le sud et que l'île et les terrains situés au sud de l'île, lesquels sont situés en territoire botswanais, forment ensemble une réserve naturelle intégrée. Se contenter de tracer une frontière entre les deux territoires nationaux qui partagerait cette ressource en deux détruirait à jamais son caractère exceptionnel et porterait durablement atteinte à son intérêt exceptionnel, de sorte qu'il convient de faire davantage. La mise en place d'un régime conjoint, dans les cas où elle est adaptée à la situation, serait l'une des solutions équitables que la Cour pourrait adopter dans les affaires où ce régime conviendrait à la situation résultant de la décision de la Cour.

108. La Cour a reconnu ce principe du régime conjoint dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*<sup>80</sup>. Elle a en effet indiqué un certain nombre de facteurs à prendre en considération par les parties au cours de leurs négociations. Dans son opinion individuelle, le juge Jessup, rappelant d'autres exemples de coopération internationale, fait observer que «la coopération internationale en matière d'exploitation de ressources naturelles est un principe que consacre par ailleurs la pratique internationale»<sup>81</sup>.

Dans le cadre d'un régime conjoint de ce type, les autorités des deux pays agissant ensemble devraient, pour servir au mieux l'intérêt de la conservation de cette ressource précieuse, suivre certains principes directeurs convenus d'un commun accord et compatibles avec les principes du droit international de l'environnement applicables à pareille ressource.

109. Dans de nombreuses régions du monde, l'expérience que la communauté internationale acquiert sur de nombreux aspects des régimes conjoints s'étoffe aujourd'hui considérablement. Par exemple, l'accord de La Paz de 1983, l'accord de 1978 sur la qualité de l'eau des Grands Lacs et l'accord de libre échange nord-américain de 1992 ont stimulé les initiatives dans ce domaine dans la région d'Amérique du Nord. Les accords sur l'environnement annexés à l'ALENA ont conduit à mettre en place une série d'institutions internationales nouvelles et à adopter une approche globale vis-à-vis des questions de caractère régional et environnemental<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> *C.I.J. Recueil 1969*, p. 53-54.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>82</sup> Blake, *op. cit.*, p. 249.

Mekong River<sup>83</sup>. In Eastern Europe the *Gabčíkovo-Nagymaros* case highlighted the importance of bilateral arrangements within the framework of mutually acceptable guidelines<sup>84</sup>. In the Mediterranean area, there has been a growing volume of State co-operation since the Barcelona Convention was signed in 1976<sup>85</sup>.

On the basis of the Mediterranean experience, the United Nations Environmental Programme has sponsored several other "Regional Seas" conventions in various parts of the world.

A legal framework for co-operation is contained in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, Article 123 of which obliges States bordering enclosed or semi-enclosed seas to co-operate with each other, *inter alia*, over environmental protection.

Joint management régimes have been established for the integrated development of resources in river basins with States splitting costs and responsibilities and sacrificing sovereignty as needed to facilitate the management process. Many agreements have been worked out for the joint management of continental shelf areas, and some with many specific provisions relating to protection of the marine environment and its flora and fauna.

There is thus much movement in the direction of international co-operation to protect the environment<sup>86</sup>, and the time is opportune for models to be evolved for such co-operative administration of environmentally important areas of special significance.

---

<sup>83</sup> Statute for Co-ordination of Investigation of the Lower Mekong Basin, 1957, supplemented in 1995 in much detail by the Agreement on Co-operation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin, setting out a régime for even closer co-operation in regard to irrigation, hydropower, flood control, fisheries, timber floating, recreation and tourism, governed by the Mekong River Commission; see also, Gerald Blake, *op. cit.*, p. 294.

<sup>84</sup> *I.C.J. Reports 1997*, pp. 78-79, paras. 140-144.

<sup>85</sup> See the Protocol on Specially Protected Areas to the Barcelona Convention for the Protection of the Mediterranean Sea against Pollution (1982) by which signatories pledged to improve the state of natural resources and natural sites in the Mediterranean Sea by establishing and managing protected areas in the region.

<sup>86</sup> For the vast variety of approaches to this problem, classified under scientific responses, economic responses, institutional responses, moral responses, and legal implementation, see Lakshman D. Guruswamy and Jeffrey A. McNeely (eds.), *Protection of Global Biodiversity: Converging Strategies*, 1998.

En Asie, le Cambodge, la Thaïlande, le Laos et le Viet Nam ont négocié des arrangements complexes pour la mise en valeur du fleuve Mekong<sup>83</sup>. En Europe orientale, l'affaire *Gabčíkovo/Nagymaros* a mis en évidence l'importance qui s'attache aux arrangements bilatéraux dans le cadre de principes directeurs acceptables de part et d'autre<sup>84</sup>. Dans la région méditerranéenne, la coopération s'intensifie depuis la signature en 1976 de la convention de Barcelone<sup>85</sup>.

En s'appuyant sur cette expérience méditerranéenne, le Programme des Nations Unies pour l'environnement a parrainé dans plusieurs régions du monde l'adoption de plusieurs autres conventions relatives à des «mers régionales».

Par ailleurs, la convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer met en place à l'article 123 un cadre juridique de coopération en vertu duquel les Etats riverains de mers fermées ou semi-fermées sont tenus de coopérer entre eux notamment aux fins de la protection de l'environnement.

Il a été instauré des régimes de gestion conjointe en vue de la mise en valeur intégrée des ressources de bassins fluviaux, les Etats riverains se partageant les coûts et les tâches au détriment de leur souveraineté, conformément aux besoins, afin de faciliter la gestion. C'est ainsi que de nombreux accords ont été élaborés pour la gestion conjointe de certaines zones de plateau continental, qui sont assortis dans certains cas de nombreuses dispositions particulières concernant la protection du milieu marin, ainsi que de sa flore et de sa faune.

On fait donc de plus en plus appel à la coopération internationale pour protéger l'environnement<sup>86</sup>, et le moment est donc venu aujourd'hui de mettre au point des modèles de coopération appliqués à l'administration de régions revêtant un intérêt particulier du point de vue de l'environnement.

---

<sup>83</sup> Voir le statut relatif à la coordination de l'étude du bassin inférieur du Mekong, de 1957, qui a été complété en 1995 par un accord beaucoup plus détaillé sur la coopération en vue de la mise en valeur durable du bassin du Mekong, lequel met en place un régime de coopération encore plus étroite, sous l'égide de la Commission du Mekong, pour l'irrigation, l'énergie hydroélectrique, la lutte contre les inondations, la pêche, la flottaison du bois d'œuvre, les activités récréatives et le tourisme; voir également Gerald Blake, *op. cit.*, p. 294.

<sup>84</sup> *C.I.J. Recueil* 1997, p. 78-79, par. 140-144.

<sup>85</sup> Voir en particulier le protocole relatif aux zones spécialement protégées annexé à la convention de Barcelone pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution (1982), aux termes duquel les signataires se sont engagés à améliorer l'état des ressources naturelles et des sites naturels de la mer Méditerranée au moyen de la création et de la gestion de zones protégées dans la région.

<sup>86</sup> Pour avoir une idée de la diversité des approches adoptées vis-à-vis de ce problème, classées suivant différentes rubriques, approches scientifiques, économiques, institutionnelles, morales, et d'après la mise en œuvre juridique, voir l'ouvrage publié en 1998 sous la direction de Lakshman D. Guruswamy et Jeffrey A. McNeely et intitulé *Protection of Global Biodiversity: Converging Strategies*.

110. Outside the environmental area, many joint management régimes straddling national boundaries have been worked out, and have functioned successfully.

Their experience of joint management régimes and joint use regions can also be harnessed in the environmental field.

Bilateral and multilateral arrangements have laid down many principles regarding the sharing of resources, joint administration, and rights of mineral exploration over another State's sovereign territory. Such agreements contain many examples of the prohibition, despite national sovereignty over the region, of certain types of operations. Among these are such varied examples as oil drilling and the construction of fortifications within designated areas.

Precedents prohibiting certain types of activity in the zone in question<sup>87</sup> could also be particularly useful where environmental protection is concerned.

Other agreements create a geographic zone straddling the boundary, allowing for joint exploration and exploitation of resources<sup>88</sup>. Petroleum development<sup>89</sup>, river management<sup>90</sup>, fishing rights<sup>91</sup>, transit passage<sup>92</sup>,

---

<sup>87</sup> For example, Agreement concerning the Sovereignty over the Islands of Al-'Arabiyah and Farsi, and the Delimitation of the Boundary Line Separating the Submarine Areas between the Kingdom of Saudi Arabia and Iran (1968), prohibiting oil drilling operations within 500 m of the boundary on either side. See, also, Treaty between the Hungarian People's Republic and the Republic of Austria concerning the Regulation of Water Economy Questions in the Frontier Region (1956). This agreement prohibits a State from planning or constructing hydraulic works in the frontier waters of its own territory without consulting the other State, and prohibits any effect that would decrease the supply of water to the other State. It established the Permanent Hungarian-Austrian Water Commission to oversee any planning and settle disputes.

<sup>88</sup> For example, Convention between the Government of the French Republic and the Government of the Spanish State on the Delimitation of the Continental Shelves of the Two States in the Bay of Biscay (1974).

<sup>89</sup> For example, Agreement on Settlement of Maritime Boundary Lines and Sovereign Rights over Islands between Qatar and Abu Dhabi (1969), providing for equal rights of ownership and revenue sharing with respect to an oil field through which the boundary runs.

<sup>90</sup> For example, Itaipu Treaty (1972) between Brazil and Paraguay by which the section of the river that borders the two countries is owned and closely managed and monitored by the respective Governments.

<sup>91</sup> For example, Agreement between the Kingdom of Sweden and the Union of Soviet Socialist Republics on the Delimitation of the Continental Shelf of the Swedish Fishing Zone and the Soviet Economic Zone in the Baltic Sea (1988), providing that, in the formerly disputed area, each party will have fishing rights in that part of the zone allocated to the other party.

<sup>92</sup> For example, Treaty between the Republic of Trinidad and Tobago, and the Republic of Venezuela on the Delimitation of Marine and Submarine Areas (1990) by which Venezuelan ships and aircraft were granted the rights of transit passage through the strait located between Trinidad and Tobago.

110. En outre, en dehors du domaine de l'environnement proprement dit, beaucoup de régimes de gestion conjointe ont déjà été établis de part et d'autre de frontières nationales et le bilan de leur fonctionnement est satisfaisant.

Ce type d'expérience peut également être mis à profit dans le secteur de l'environnement.

La conclusion d'arrangements bilatéraux et multilatéraux a conduit à définir de nombreux principes sur le partage des ressources, les modalités d'une administration conjointe, et les droits de prospection minière sur le territoire relevant de la souveraineté d'un Etat tiers. Ces accords proposent de nombreux exemples concernant l'interdiction de certains types d'activité en dépit de la souveraineté nationale exercée sur la région. Nous disposons ainsi de beaucoup d'exemples concernant les forages pétroliers et la construction de fortifications dans les limites de certaines zones.

Il peut aussi être très utile, quand il s'agit de protéger l'environnement, de s'intéresser aux précédents relatifs à l'interdiction de certains types d'activité dans la zone en question<sup>87</sup>.

D'autres accords créent une zone géographique de part et d'autre de la frontière et autorisent l'exploration et l'exploitation communes des ressources<sup>88</sup>. Il convient de citer l'exploitation pétrolière<sup>89</sup>, la gestion d'un fleuve<sup>90</sup>, les droits de pêche<sup>91</sup>, le passage en transit<sup>92</sup>, l'eau et l'énergie

<sup>87</sup> Par exemple, l'accord relatif à la souveraineté sur les îles Al-'Arabiyah et Farsi et à la délimitation de la zone sous-marine entre le Royaume d'Arabie saoudite et l'Iran (1968) interdit les forages pétroliers sur une distance de 500 mètres de chaque côté de la frontière. Voir également la convention entre la République populaire de Hongrie et la République d'Autriche réglementant les questions d'hydro-économie dans la zone frontière (1956) : cet accord interdit à chacun des deux Etats de prévoir ou de construire des ouvrages hydrauliques dans les eaux frontières de son propre territoire sans consulter l'autre Etat, et interdit toute opération ayant pour effet d'amputer l'approvisionnement en eau de l'autre Etat. Le même accord crée une commission permanente austro-hongroise de l'eau qui exerce un contrôle sur toutes les activités envisagées et est chargée de régler les litiges.

<sup>88</sup> C'est le cas, par exemple, pour la convention conclue entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat espagnol sur la délimitation des plateaux continentaux des deux Etats dans le golfe de Gascogne (golfe de Biscaye) (1974).

<sup>89</sup> Voir par exemple l'accord sur le règlement de la frontière maritime et les droits souverains exercés sur les îles entre Qatar et Abou-Dhabi (1969), qui définit des droits de copropriété et le partage des recettes en ce qui concerne un gisement de pétrole que la frontière traverse.

<sup>90</sup> Voir par exemple le traité d'Itaipu (de 1972) conclu entre le Brésil et le Paraguay, en vertu duquel la partie du fleuve frontalier entre les deux pays fait l'objet d'un régime de copropriété ainsi que d'une gestion et d'un contrôle étroits des deux gouvernements.

<sup>91</sup> Voir par exemple l'accord conclu entre le Royaume de Suède et l'Union des Républiques socialistes soviétiques sur la délimitation du plateau continental de la zone de pêche suédoise et de la zone économique soviétique en mer Baltique (1988), aux termes duquel, dans la zone précédemment contestée, chaque partie bénéficie de droits de pêche dans la région de la zone attribuée à l'autre partie.

<sup>92</sup> Voir par exemple le traité conclu entre la République de Trinité et Tobago, d'une part, et de l'autre, la République du Venezuela sur la délimitation des zones marines et sous-marines (1990), aux termes duquel les navires et les aéronefs de nationalité vénézuélienne se sont vu accorder le droit de transit par le détroit situé entre la Trinité et Tobago.

water and hydropower<sup>93</sup>, pilgrimage<sup>94</sup>, irrigation<sup>95</sup>, and the use of arable and pasture lands<sup>96</sup> are some areas in which co-operative arrangements have been made, some of them dating back to periods long before environmental considerations had become a major issue.

The precedents are growing and the areas of co-operation expanding. The environmental area is one which is being particularly developed.

111. Many of these agreements include the establishment of a Joint Technical Commission or other co-operative supervisory body as well as a co-ordinate Declaration signed by the two Governments concerned, setting out a statement of principles which they will follow in the conservation or utilization of this common resource<sup>97</sup>. A notable instance of such joint regulation is the Frontier Water Commission and the Supreme Frontier Water Commission created by Germany and Denmark in the very detailed arrangement for the management of six watercourses between Germany and Denmark, under the 1922 Agreement between Denmark and Germany Relating to Watercourses on the German-Danish Frontier<sup>98</sup>.

112. The international community has expressed concern for many years regarding the protection of environmental resources shared by two

---

<sup>93</sup> For example, Convention between the French Republic and the Federal Republic of Germany concerning the Development of the Rhine between Strasbourg/Kehl and Lauterbourg/Newburgweier (1969); Treaty between the United States and Canada Relating to Co-operative Development of Water Resources Relating to the Columbia River Basin (1961); Agreement between Argentina and Uruguay Relating to the Utilization of the Rapids of the Uruguay River in the Area of Salto Grande (1946).

<sup>94</sup> For example, Agreement between India and Sri Lanka on the Boundary in Historic Waters between the Two Countries and Related Matters (1974).

<sup>95</sup> For example, Treaty between Chile and Peru for the Settlement of the Dispute Regarding Tacna and Arica (1929), by which Chile gave Peru an easement over sections of certain irrigation channels which pass through Chilean territory.

<sup>96</sup> For example, Exchanges of Notes between the United Kingdom and France Constituting an Agreement Relating to the Boundary between the Gold Coast and French Sudan (1904) by which villages situated in proximity to the frontier shall enjoy rights to the use of arable and pasture lands, springs, and watering places on the other side of the border. Similar clauses were contained in agreements relating to the boundary between the Gold Coast and Ivory Coast (1905), and Southern Nigeria and Dahomey (1906).

<sup>97</sup> For both of these, see the Uruguay River Agreement referred to above. This Agreement was supplemented by the Declaration on Water Resources (1971) signed by the two Governments calling for the equitable and reasonable utilization of the river's water resources, and the prevention of pollution.

<sup>98</sup> For another example of detailed joint management provisions, see the Treaty between the Kingdom of the Netherlands and the Federal Republic of Germany concerning the Course of the Common Frontier, the Boundary Waters, Real Property Situated Near the Frontier, Traffic Crossing the Frontier on Land and via Waters, and Other Frontier Questions (1960), which creates a Permanent Boundary Water Commission, sub-commissions, and an arbitral tribunal to co-ordinate management and settle disputes.

hydroélectrique<sup>93</sup>, les pèlerinages<sup>94</sup>, l'irrigation<sup>95</sup> et l'utilisation de terres arables et de terres à pâturage<sup>96</sup> parmi les domaines dans lesquels la coopération a été instaurée officiellement, parfois très longtemps avant que les considérations écologiques aient pris l'importance qu'on leur attribue aujourd'hui.

Les précédents sont de plus en plus nombreux et les domaines de coopération s'étendent. Le domaine de l'environnement est de ceux qui se développent tout particulièrement.

111. Parmi ces accords, nombreux sont ceux qui portent création d'une commission technique mixte ou autre organe mixte de surveillance et auxquels est annexée une déclaration de coopération signée par les deux gouvernements intéressés et définissant les principes que lesdits gouvernements vont suivre aux fins de la conservation ou de l'exploitation de la ressource commune dont il s'agit<sup>97</sup>. Parmi les exemples de ces organes conjoints de réglementation figurent notamment la Commission des eaux frontières et la Commission supérieure des eaux frontières créées par l'Allemagne et le Danemark aux termes du dispositif extrêmement détaillé mis en place pour la gestion de six cours d'eau situés à la frontière entre l'Allemagne et le Danemark en vertu de la convention de 1922 entre le Danemark et l'Allemagne relative au règlement de la question des eaux et des digues à la frontière germano-danoise<sup>98</sup>.

112. Cela fait des années que la communauté internationale se préoccupe de la protection des ressources naturelles partagées par deux ou plu-

---

<sup>93</sup> Voir par exemple la convention conclue entre la France et la République fédérale d'Allemagne au sujet de l'aménagement du Rhin entre Strasbourg/Kehl et Lauterbourg/Newburgweier (1969); le traité conclu entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique relatif à la mise en valeur des ressources hydrauliques du bassin du fleuve Columbia (1961); l'accord entre l'Argentine et l'Uruguay relatif à l'utilisation des rapides du fleuve Uruguay dans la région du Salto Grande (1946).

<sup>94</sup> Voir à ce sujet l'accord entre Sri Lanka et l'Inde relatif à la détermination des limites dans les eaux historiques entre les deux pays et aux questions connexes (1974).

<sup>95</sup> Voir par exemple le traité entre le Chili et le Pérou réglant le différend relatif à Tacna et Arica (1929), aux termes duquel le Chili a accordé au Pérou des facilités d'accès sur certaines parties de canaux d'irrigation traversant le territoire chilien.

<sup>96</sup> Voir par exemple les échanges de notes entre le Royaume-Uni et la France constituant un accord relatif à la frontière entre la Côte d'Or et le Soudan français (1904), en vertu duquel les villages situés à proximité de la frontière bénéficient de droits relatifs à l'utilisation de terres arables et de terres à pâturage, de sources, et de points d'eau de l'autre côté de la frontière. Des dispositions analogues figurent dans des accords relatifs à leur frontière conclus entre la Côte d'Or et la Côte d'Ivoire (1905), et entre le Nigeria méridional et le Dahomey (1906).

<sup>97</sup> Pour les deux éléments en question, voir l'accord cité plus haut relatif au fleuve Uruguay. Cet accord a été complété par la déclaration de 1971 sur les ressources hydrauliques signée par les deux gouvernements, laquelle impose une utilisation équitable et raisonnable des ressources du fleuve ainsi que la prévention de la pollution.

<sup>98</sup> On a un autre exemple de dispositif détaillé de gestion conjointe avec le traité conclu entre les Pays-Bas et la République fédérale d'Allemagne en 1960 concernant le tracé de la frontière terrestre commune, les eaux frontières, les biens fonciers situés à proximité de la frontière, le passage de la frontière sur terre et par les eaux intérieures ainsi que d'autres questions frontalières, traité qui porte création d'une commission permanente des eaux frontières, de sous-commissions et d'un tribunal arbitral chargé de coordonner la gestion et de régler les litiges.

or more States, and I refer in this connection to General Assembly resolution 3129 of 13 December 1973 on Co-operation in the Field of the Environment concerning Natural Resources Shared by Two or More States, which stresses the necessity to ensure effective co-operation between countries for the conservation of natural resources common to two or more States. A similar concern for co-operation, in relation to transboundary environmental problems, was shown in Article 5 of the Ramsar Convention.

It would be in the spirit of resolutions such as this that such a joint régime be co-operatively evolved and brought into operation. The principles of environmental protection which they seek to foster have passed beyond the realm of mere aspiration, and are now part of customary international law.

113. I should refer also to the growing concern on the African continent for the preservation of valuable flora and fauna resources, as evidenced through such instruments as the African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources (the Algiers Convention) of 1968, by which 29 African States agreed to ensure, *inter alia*, the conservation, utilization, and development, in accordance with scientific principles, of flora and fauna resources, listing for this purpose a wide variety of protected species. It also requires the creation by participating States of conservation areas.

#### *Conclusion*

114. With these precedents and principles before them, there is ample scope for the Parties to be required to work out a joint régime for such matters as:

- (a) protection of flora and fauna;
- (b) right of access to the Island for citizens of both States;
- (c) regulation of tourist traffic;
- (d) river management and conservation;
- (e) licensing of river craft;
- (f) freedom of movement of wildlife to and from the Island;
- (g) supervision by game wardens;
- (h) permitted and prohibited activities on the Island;
- (i) the adoption of a common set of principles for the protection of the natural resources of the area, including in particular the care and custody of wildlife.

In the event of a dispute regarding such administrative framework, the Court's assistance would always be available to the Parties, if so desired.

115. It is useful to note also in this regard the statement made to the Court by Namibia regarding its willingness to undertake joint anti-poaching measures with Botswana. In Namibia's submission:

sieurs Etats, et j'évoquerai à ce sujet la résolution 3129 de l'Assemblée générale en date du 13 décembre 1973 sur la coopération dans le domaine de l'environnement en matière de ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats, dans laquelle l'Assemblée estime qu'il est nécessaire d'assurer une coopération efficace entre les pays pour la conservation des ressources naturelles communes à deux ou plusieurs Etats. La convention Ramsar fait état à l'article 5 du même souci de coopération en ce qui concerne les problèmes environnementaux transfrontières.

La mise au point puis l'adoption d'un régime conjoint de coopération de ce type répondrait à l'esprit dont ces résolutions témoignent. Les principes de protection de l'environnement que ces textes cherchent à favoriser ne relèvent plus du simple vœu, ils sont aujourd'hui partie intégrante du droit international coutumier.

113. Je me dois d'évoquer aussi le souci grandissant qui se manifeste sur le continent africain pour la préservation de ressources précieuses de la flore et de la faune, comme en témoignent certains instruments tels que la convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles de 1968 (dite convention d'Alger), par laquelle vingt-neuf Etats d'Afrique ont convenu d'assurer notamment la conservation, l'utilisation et la mise en valeur conformément à des principes scientifiques des ressources de la flore et de la faune, énumérant à cette fin un long catalogue d'espèces protégées. Cette convention impose également la création par les Etats participants de zones de conservation.

#### *Conclusion*

114. Face à ces précédents et à ces principes, les Parties ont donc très largement la possibilité de se prêter à l'obligation d'élaborer un régime conjoint en vue d'assurer:

- a) la protection de la flore et de la faune;
- b) le droit d'accès à l'île à accorder aux ressortissants des deux Etats;
- c) la réglementation de la circulation des touristes;
- d) la gestion et la conservation du fleuve;
- e) la délivrance de permis aux bateaux empruntant le fleuve;
- f) la liberté de mouvement des animaux qui viennent sur l'île ou la quittent;
- g) le contrôle à exercer par des gardes-chasse;
- h) l'autorisation et l'interdiction de certaines activités sur l'île;
- i) l'adoption d'une série commune de principes visant à garantir la protection des ressources naturelles de la région, y compris notamment la préservation et la garde de la faune.

En cas de litige sur un tel cadre administratif, les Parties pourraient toujours faire appel à l'aide de la Cour si elles le souhaitent.

115. Il y a lieu de relever aussi à ce sujet que la Namibie s'est déclarée devant la Cour désireuse de lutter en coopération avec le Botswana contre le braconnage. Je cite la Namibie:

“Apart from our commitment to conservation, we believe that such joint anti-poaching measures would greatly enhance mutual trust and co-operation between the people of Namibia and Botswana.”<sup>99</sup>

116. I would therefore hold that, while Kasikili/Sedudu Island falls within the sovereignty of Namibia, Namibia is obliged to negotiate with Botswana towards a mutually acceptable joint regulatory régime regarding, *inter alia*, the matters set out above. Such action must be within the framework of principles set out in the Biodiversity and other Conventions to which both States are parties. Until such time as the Joint Regulatory Régime is set up, the game wardens and tourists of Botswana shall have access to the Island.

\* \* \*

117. The future will demand an international law that is sensitive and responsive to the problems of environmental law. The careful integration of the necessary principles of environmental law into the traditional body of international law is an important task awaiting attention. The principles and the duties arising from environmental obligations now superimpose themselves upon such rights arising from State sovereignty as may have been recognized by prior international law in an absolutist form.

118. The dispute here under consideration offers an opportunity for significant movement in this direction, with the possibility it presents for the incorporation of environmental concerns into boundary delimitation, and with the development of the concept of joint régimes for conserving the common environmental heritage. As international law reaches out to face the problems of the future, considerations of co-operative action may well seem appropriate where undiluted considerations of individual sovereignty once held sway.

119. I would like to observe in conclusion that the pressures bearing down on the environment are so universal that the international disputes of the future will increasingly involve considerations of an environmental nature. These considerations, if not directly or indirectly related to the matters in issue, will often be at least peripheral to them. Judicial decisions will necessarily be obliged to take them into account. International law will not be without its resources of evolving concepts and mechanisms wherewith to address these unprecedented concerns.

(Signed) Christopher G. WEERAMANTRY.

---

<sup>99</sup> CR 99/10, p. 16, para. 24.

«Outre que nous sommes attachés à la conservation, nous pensons qu'une action conjointe contre le braconnage renforcerait la confiance et la coopération entre les peuples de Namibie et du Botswana.»<sup>99</sup>

116. Je suis par conséquent d'avis que la Namibie, même si l'île de Kasikili/Sedudu relève de sa souveraineté, est dans l'obligation de négocier avec le Botswana un régime conjoint de réglementation qui soit acceptable de part et d'autre, en ce qui concerne notamment les questions que j'ai évoquées ci-dessus. Cette action doit s'inscrire dans le cadre des principes définis dans la convention sur la diversité biologique et les autres conventions de ce type auxquelles les deux Etats sont parties. Jusqu'au moment où un tel régime conjoint de réglementation sera mis en place, les gardes-chasse et les touristes du Botswana pourront avoir accès à l'île.

\* \* \*

117. L'avenir exigera du droit international qu'il soit sensible aux problèmes propres au droit de l'environnement et en tienne compte. Intégrer avec soin les principes indispensables du droit de l'environnement dans le *corpus* traditionnel du droit international représente une tâche importante à laquelle il faut prêter attention. Les principes et les devoirs découlant d'obligations relatives à l'environnement viennent aujourd'hui se surimposer à des droits découlant de la souveraineté étatique auxquels le droit international accordait naguère peut-être un caractère absolu.

118. Le différend à l'examen nous donne la possibilité de progresser nettement dans cette voie, puisqu'il permet d'intégrer des préoccupations écologiques à une délimitation de frontière et d'exploiter la notion de régime conjoint aux fins de la conservation du patrimoine environnemental commun. Le droit international devant faire face aux problèmes de l'avenir, des considérations liées à un effort de coopération peuvent fort bien paraître opportunes là où, naguère, des considérations de souveraineté individuelle gardaient toute leur force et prenaient le pas.

119. Je tiens à faire observer en guise de conclusion que les pressions qui s'exercent sur l'environnement ont un caractère à ce point universel que les différends internationaux de l'avenir vont de plus en plus souvent faire appel à des considérations environnementales. Si elles ne sont pas directement ou indirectement liées aux questions en litige, ces considérations s'inscriront souvent en tous cas à la périphérie. Les décisions judiciaires devront nécessairement en tenir compte. Le droit international ne manquera pas de faire appel à ses ressources pour élaborer des notions et des mécanismes permettant d'aborder ces préoccupations nouvelles.

(Signé) Christopher G. WEERAMANTRY.

---

<sup>99</sup> CR 99/10, p. 16, par. 24.