

DISSENTING OPINION OF JUDGE FLEISCHHAUER

Interpretation of the term “main channel”/“Hauptlauf” in Article III of the 1890 Treaty — The applicable law — The ordinary meaning of the term — Object and purpose of the 1890 Treaty — The context in which the term is used — The error of the Parties to the 1890 Treaty in the appreciation of the possible uses of the Chobe River — The third paragraph of the dispositif of the Judgment — Final remark on the role of prescription in the case.

I have voted against paragraphs 1 and 2 of the *dispositif* of the Court’s Judgment. For the reasons which I will explain below, I dissent from the Court’s interpretation of the term the “main channel of that river”/“Hauptlauf dieses Flusses”¹ in Article III (2) of the 1890 Treaty as meaning the northern rather than the southern channel of the Chobe around Kasikili/Sedudu Island. As for the rest of the Judgment, I agree with almost all its other parts, including the conclusion that the rules reflected in Article 31 of the Vienna Convention are applicable to the interpretation of the 1890 Treaty and the finding that the boundary established by Article III (2) of that Treaty follows the *thalweg* rather than the median line of the main channel. As the Court does not accept Namibia’s argument on acquisitive prescription, the territorial status of the Island depends entirely on the course of the boundary. My dissent on the interpretation of the term “main channel of that river”/“Hauptlauf dieses Flusses” therefore affects not only my view on the location of the boundary, but also my view on the status of the Island. This explains why I voted not only against the first but also against the second paragraph of the *dispositif*. For considerations which I will also explain below, I voted, however, in favour of the third paragraph.

Among the many parts of the Judgment with which I agree, is the Court’s conclusion that Namibia has no title to the Island based on prescription, as

“Namibia has not established with the necessary degree of precision and certainty that acts of State authority capable of providing alternative justification for prescriptive title, in accordance with the conditions set out by Namibia, were carried out by its predecessors or by itself with regard to Kasikili/Sedudu Island” (Judgment, para. 99).

¹ In Article III (2) of the 1890 Treaty the term is used in the genitive. That makes it read in German *des Hauptlaufes dieses Flusses*. For reasons of convenience, I quote the term in German in the nominative *Hauptlauf dieses Flusses*.

OPINION DISSIDENTE DE M. FLEISCHHAUER

[Traduction]

Interprétation de l'expression «chenal principal» («Hauptlauf») à l'article III du traité de 1890 — Le droit applicable — Le sens ordinaire du terme — Objet et but du traité de 1890 — Le contexte dans lequel l'expression est utilisée — L'erreur commise par les Parties au traité de 1890 quand elles ont apprécié les utilisations possibles du Chobe — Le troisième paragraphe du dispositif de l'arrêt — Une dernière observation sur le rôle de la prescription en l'espèce.

J'ai voté contre les paragraphes 1 et 2 du dispositif de l'arrêt de la Cour. Pour les raisons que je vais exposer, je ne souscris pas à l'interprétation que donne la Cour de l'expression «chenal principal du fleuve» («*Hauptlauf dieses Flusses*») ¹ figurant au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, laquelle viserait le chenal nord plutôt que le chenal sud du Chobe contournant l'île de Kasikili/Sedudu. Pour le reste de l'arrêt, j'y souscris presque intégralement, y compris quand la Cour conclut que les règles exposées à l'article 31 de la convention de Vienne s'appliquent à l'interprétation du traité de 1890 et aussi quand elle constate que la frontière définie au paragraphe 2 de l'article III dudit traité suit le thalweg plutôt que la ligne médiane du chenal principal. Comme la Cour n'accepte pas la thèse présentée par la Namibie sur la prescription acquisitive, le statut territorial de l'île est totalement tributaire du tracé de la frontière. Refuser comme je le fais l'interprétation de l'expression «chenal principal du fleuve» («*Hauptlauf dieses Flusses*») engage par conséquent non seulement ce que je pense de l'emplacement de la frontière mais aussi ce que je pense du statut de l'île. Ce qui explique pourquoi j'ai voté non seulement contre le premier paragraphe du dispositif mais aussi contre le deuxième. En raison de considérations que je vais également exposer ci-après, toutefois, j'ai voté pour le troisième paragraphe.

Au nombre des multiples sections de l'arrêt auxquelles je souscris figure la conclusion par laquelle la Cour dit que la Namibie n'a pas de titre sur l'île qu'elle puisse fonder sur la prescription, car

«La Namibie n'a pas prouvé avec le degré de précision et de certitude nécessaire que des actes d'autorité étatique susceptibles de fonder autrement l'acquisition d'un titre par prescription selon les conditions qu'elle a énoncées auraient été accomplis par ses prédécesseurs ou par elle-même sur l'île de Kasikili/Sedudu.» (Arrêt, par. 99.)

¹ Au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, l'expression est utilisée au génitif. C'est-à-dire qu'en allemand on lit *des Hauptlaufes dieses Flusses*. Par commodité, je cite l'expression en allemand au nominatif *Hauptlauf dieses Flusses*.

But, in my view, the Court should also have found that Namibia's immediate predecessor in the Caprivi Strip, South Africa, could not have acquired prescriptive title over the Island.

My reasoning is as follows:

I. THE INTERPRETATION OF THE TERM "MAIN CHANNEL"/"HAUPTLAUF"
IN ARTICLE III (2) OF THE
1890 TREATY

The Applicable Law

1. The Judgment correctly starts from the fact that although

"neither Botswana nor Namibia are parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, . . . both of them consider that Article 31 of the Vienna Convention is applicable inasmuch as it reflects customary international law" (Judgment, para. 18).

The Judgment goes on to say that "[t]he Court itself has already had occasion in the past to hold that customary international law found expression in Article 31 of the Vienna Convention" (*ibid.*); it further says

"Article 4 of the Convention, which provides that it 'applies only to treaties which are concluded by States after the entry into force of the . . . Convention . . .' does not, therefore, prevent the Court from interpreting the 1890 Treaty in accordance with the rules reflected in Article 31 of the Convention." (*Ibid.*)

2. The Vienna Convention on the Law of Treaties establishes in its Articles 31-33 a system of treaty interpretation. Article 31, paragraph 1, provides that, based on the principle of good faith, the ordinary meaning of the term to be interpreted has to be explored in the light of the object and purpose of the treaty in which the term finds itself and the context in which it is used. While upholding that the parties are to be presumed to have that intention, which appears from the terms used by them, the Vienna Convention thus does not force the Court to find the abstract meaning of contested terms and to proceed on that basis; what the Court is asked is rather to explore the intention of the Parties, the reason why they used the particular term, and to proceed on that more nuanced basis.

The Ordinary Meaning of the Term "the Main Channel of That River"/"Hauptlauf dieses Flusses"

3. Looking at the term as used in Article III (2) of the 1890 Treaty, I note that in its ordinary meaning it does not give an even approximately precise indication of the channel of the Chobe River in which the delimi-

Mais à mon avis, la Cour aurait dû dire aussi que le prédécesseur immédiat de la Namibie dans la bande de Caprivi, c'est-à-dire l'Afrique du Sud, ne pouvait pas non plus avoir acquis par prescription de titre sur l'île.

Ma motivation est la suivante :

I. L'INTERPRÉTATION DE L'EXPRESSION «CHENAL PRINCIPAL»
(«HAUPTLAUF») FIGURANT AU PARAGRAPHE 2 DE L'ARTICLE III
DU TRAITÉ DE 1890

Le droit applicable

1. La Cour dit très justement au début de l'arrêt que si

«ni le Botswana ni la Namibie ne sont parties à la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités ... l'un et l'autre estiment que l'article 31 de la convention de Vienne est applicable en tant qu'expression du droit international coutumier» (arrêt, par. 18).

La Cour ajoute qu'«elle-même a déjà eu l'occasion de rappeler par le passé que le droit international coutumier avait trouvé son expression dans l'article 31 de la convention de Vienne» (*ibid.*) ; elle dit en outre :

«L'article 4 de la convention, selon lequel «celle-ci s'applique uniquement aux traités conclus par des Etats après son entrée en vigueur...» ne constitue donc pas un obstacle à ce que la Cour interprète le traité de 1890 suivant les règles exprimées à l'article 31 de la convention.» (*Ibid.*)

2. La convention de Vienne sur le droit des traités établit aux articles 31 à 33 un système d'interprétation des traités. L'article 31 dispose au paragraphe 1 que l'on doit, en se fondant sur le principe de la bonne foi, rechercher le sens ordinaire à attribuer aux termes à interpréter à la lumière de l'objet et du but du traité dans lequel ces termes sont utilisés et du contexte dans lequel ils sont utilisés. Tout en disant que les parties sont censées avoir eu l'intention qui ressort des termes qu'elles ont utilisés, la convention de Vienne n'oblige donc pas la Cour à rechercher le sens abstrait de certains termes contestés et de s'y tenir dans la suite de ses recherches ; il est plutôt demandé à la Cour de rechercher l'intention des parties, la raison pour laquelle elles ont retenu le terme particulier dont il s'agit et d'instruire l'affaire sur ces bases plus nuancées.

*Le sens ordinaire de l'expression «chenal principal du fleuve»
(«Hauptlauf dieses Flusses»)*

3. En constatant comment l'expression est utilisée au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, je note que, suivant son sens ordinaire, elle ne donne aucune indication précise, fût-elle approximative, du chenal du

tation between the British and the German spheres of interest is to be placed. It seems that the negotiating parties had, through reports of travellers and explorers and early maps prepared by them, a superficial knowledge of the topography they were dealing with (see Benjamin Bradshaw, "Notes on the Chobe River, South Central Africa", *Proceedings of the Royal Geographic Society* (1881), pp. 208 ff., Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 115, pp. 117 ff.; Map 1/2, *ibid.*, Vol. VII, p. 4). The reference to the "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" indicates that they knew that the Chobe has, at different locations at least, several channels, and that they wanted to place the line of delimitation into the principal one of these channels. But there the matter ends. There is neither in English nor in German a common understanding of the term which would apply in a general fashion to the determination, in case of doubt, which among several channels of a river is the main one. There is — as the discussion about the role of navigability in the determination of the main channel of the Chobe shows — not even agreement on all of the criteria which play a role for that evaluation and disagreement on the meaning or weight to be given to some of them. And the same is true for the German word "*Hauptlauf*".

Nor is there an ordinary meaning of the term "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" in a hydrological sense. The intense hydrological debate which has taken place for years between the Parties and during these proceedings before the Court, was about, *inter alia*, the annual flow of water that goes through either of the two channels and in this context about what precisely constitutes the southern channel, the comparative visibility of the two channels during the flow seasons and during the dry parts of the year and the bed profile configuration of the channels. The Parties did not only disagree in substance on these matters, but also on their relevance and applicability in the determination of the main channel of the Chobe at Kasikili/Sedudu Island.

4. The Judgment lays much weight on the ordinary meaning of the term "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*". In order to define that meaning, the Court bases itself on "the most commonly used criteria in international law and practice, to which the Parties have referred" (Judgment, para. 27).

Accordingly, the Court addresses the criteria relied on by the Parties and analyses their views on each of them before formulating brief conclusions of its own (Judgment, paras. 29-41). As a result, the Court is no more successful in establishing the ordinary meaning of "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" than the Parties are in their parallel efforts. A number of the conclusions arrived at by the Court are not arbitrary as they are based on presentations by the Parties, but nevertheless subjective in nature and without a clear justification. In the end the Court's conclusion that

Chobe dans lequel il faut situer la délimitation entre les sphères d'intérêt britannique et allemande. Il semble que les parties appelées à négocier n'aient eu, grâce à des récits de voyageurs et d'explorateurs et des premières cartes établies par ces derniers, qu'une connaissance tout à fait superficielle de la topographie à laquelle elles avaient affaire (voir Benjamin Bradshaw, « *Notes on the Chobe River, South Central Africa* », *Actes de la Royal Geographic Society* (1881), p. 208 et suiv., mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 115, p. 117 et suiv.; carte 1/2, *ibid.*, vol. VII, p. 4). Comme les parties font mention du « chenal principal du fleuve » (« *Hauptlauf dieses Flusses* »), elles savaient que le Chobe présente, en différents endroits du moins, plusieurs chenaux, et elles voulaient situer la délimitation dans le chenal principal parmi ces différents chenaux. Mais les indications fournies s'arrêtent là. Il n'y a ni en anglais ni en allemand d'interprétation commune de l'expression qui s'appliquerait systématiquement, en cas de doute, à la détermination du chenal principal parmi les différents chenaux d'un même fleuve. Il n'existe pas même d'entente, comme le montre le débat sur le rôle de la navigabilité dans la détermination du chenal principal du Chobe, sur la totalité des critères qui jouent un rôle aux fins de cette évaluation et l'on ne s'entend pas non plus sur le sens ou le poids à attribuer à certains de ces critères. Et il en va de même pour le terme allemand « *Hauptlauf* ».

Il n'existe pas non plus de sens ordinaire à attribuer à l'expression « chenal principal du fleuve » (« *Hauptlauf dieses Flusses* ») du point de vue hydrologique. Sur ce plan, le débat animé qui oppose les Parties depuis des années et aussi pendant l'instance devant la Cour a notamment porté sur le débit annuel de l'eau qui s'écoule dans les deux chenaux et, dans ce contexte, sur ce qui constitue avec précision le chenal sud, la visibilité comparée des deux chenaux pendant la saison des crues et la saison sèche de l'année et sur la configuration du profil du lit des mêmes chenaux. Sur ces questions, non seulement les Parties s'opposent quant au fond, elles s'opposent aussi quant à leur pertinence et leur applicabilité à la détermination du chenal principal du Chobe à la hauteur de l'île de Kasikili/Sedudu.

4. L'arrêt accorde beaucoup d'importance au sens ordinaire de l'expression « chenal principal du fleuve » (« *Hauptlauf dieses Flusses* »). Pour définir ce sens ordinaire, la Cour se fonde sur « les critères les plus couramment utilisés en droit international et dans la pratique des Etats, que les Parties ont invoqués » (arrêt, par. 27).

La Cour s'interroge donc sur les critères utilisés par les Parties et analyse l'avis qu'elles formulent sur chacun d'eux avant d'énoncer de brèves conclusions qui lui sont propres (arrêt, par. 29-41). Au bout du compte, la Cour ne parvient pas mieux à établir le sens ordinaire de l'expression « chenal principal du fleuve » (« *Hauptlauf dieses Flusses* ») que les Parties elles-mêmes à la suite de leurs propres recherches. Un certain nombre des conclusions qu'énonce la Cour ne sont pas arbitraires puisqu'elles sont fondées sur les thèses des Parties mais elles sont néanmoins subjectives et ne sont pas clairement justifiées. Finalement, la Cour conclut que

“in accordance with the ordinary meaning of the terms that appear in the pertinent provision of the 1890 Treaty, the northern channel of the River Chobe around Kasikili/Sedudu Island must be regarded as its main channel” (Judgment, para. 41)

remains unconvincing.

Apparently recognizing the shortcomings of its efforts, the Court repeatedly refers to the findings of Captain Eason in 1912, Messrs. Trollope and Redman in 1948, and the Joint Survey of 1985, all of which are to the effect that, at Kasikili/Sedudu Island, the northern channel of the Chobe has to be regarded as the “main channel of that river”/“*Hauptlauf dieses Flusses*” (Judgment para. 33, para. 42, and para. 80). The Judgment correctly states that those findings do not constitute subsequent agreements or subsequent practice in the sense of Article 31, paragraph 3, but refers to them as giving support to its own conclusion on the northern channel as the main channel of the Chobe around Kasikili/Sedudu Island:

“The Court finds that these facts, while not constituting subsequent practice by the parties in the interpretation of the 1890 Treaty, nevertheless support the conclusions which it has reached by interpreting Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms . . .” (Judgment, para. 80.)

In making this statement however, the Court does not take account of the fact that neither Eason nor Trollope and Redman were hydrological experts and that the Court has not been informed of the basis on which they reached their conclusions; moreover, the report on the Joint Survey, according to South Africa, did not prove conclusively that the Island belongs to Botswana.

In its effort to establish an ordinary meaning of the term to be interpreted, on which the Court could proceed, the Judgment is not fully consonant with the system of interpretation provided for by the Vienna Convention. It discusses only certain aspects of the object and purpose of the 1890 Treaty and does not deal at all with the context in which the term “main channel of that river”/“*Hauptlauf dieses Flusses*” is used in that Treaty (Judgment, paras. 43-45). Object and purpose of the Treaty in which the term to be interpreted finds itself and the context in which the term has been used, are important elements of treaty interpretation as they throw light on the intentions of the Parties which are a key factor for treaty interpretation as foreseen by the Vienna Convention. An interpretation of the term “main channel of that river”/“*Hauptlauf dieses Flusses*”, which properly takes into account the object and purpose of the Treaty and the context in which this term is used in Article III (2), leads to a result that is different from the one reached by the Court in its Judgment.

«le chenal nord du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu doit être considéré comme son chenal principal suivant le sens ordinaire des termes figurant dans la disposition pertinente du traité de 1890» (arrêt, par. 41)

mais cette conclusion demeure peu convaincante.

Reconnaissant apparemment que ses recherches n'aboutissent pas vraiment, la Cour fait sans cesse appel aux constatations du capitaine Eason qui datent de 1912, de MM. Trollope et Redman, lesquelles datent de 1948, et de l'étude conjointe de 1985, qui visent toutes à dire qu'à la hauteur de l'île de Kasikili/Sedudu, c'est le chenal nord du Chobe qui doit être considéré comme le «chenal principal du fleuve» («*Hauptlauf dieses Flusses*») (arrêt, par. 33, 42 et 80). Il est dit fort justement dans l'arrêt que ces constatations ne constituent pas des accords ultérieurs ni une conduite ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 de la convention de Vienne, mais ces éléments appuieraient la conclusion propre de la Cour pour qui le chenal nord est le chenal principal du Chobe aux alentours de l'île de Kasikili/Sedudu :

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

En énonçant cette conclusion toutefois, la Cour ne tient pas compte du fait que ni Eason ni Trollope et Redman n'étaient des experts en hydrologie et qu'il ne lui a pas été dit d'après quels éléments ils ont formulé leurs conclusions; en outre, le rapport de la commission mixte, d'après l'Afrique du Sud, n'a pas prouvé de façon déterminante que l'île appartient au Botswana.

En voulant attribuer un sens ordinaire à l'expression qu'il faut interpréter de façon que la Cour puisse poursuivre sa recherche, l'arrêt n'est pas parfaitement compatible avec le système d'interprétation mis en place par la convention de Vienne. L'arrêt n'évoque que certains aspects de l'objet et du but du traité de 1890 et ne traite pas du tout du contexte dans lequel l'expression «chenal principal du fleuve» («*Hauptlauf dieses Flusses*») est utilisée dans le traité (arrêt, par. 43-45). Or, l'objet et le but du traité dans lequel figurent les termes à interpréter et le contexte dans lequel les termes sont utilisés sont des éléments importants de l'interprétation du traité parce qu'ils éclairent les intentions des parties, intentions qui sont une clé indispensable de l'interprétation du traité en vertu des dispositions de la convention de Vienne. Or, une interprétation de l'expression «chenal principal du fleuve» («*Hauptlauf dieses Flusses*») qui tient comme il faut compte de l'objet et du but du traité et du contexte dans lequel l'expression est utilisée au paragraphe 2 de l'article III du traité aboutit à un autre résultat que celui qu'enregistre la Cour dans son arrêt.

Object and Purpose of the 1890 Treaty

5. As to object and purpose of the 1890 Treaty, I would like to first observe that the 1890 Treaty is a bilateral treaty and that, as is often the case with bilateral treaties, object and purpose pursued with the Treaty by its parties follow fairly clearly from its text. The object of the 1890 Treaty were the spheres of influence of the two contracting parties in Africa and the purpose was their agreed delimitation (Arts. I-IV of the Treaty) in order to secure the respect by each of the parties of the sphere of the other (Art. VII). Although the delimitations provided for in the Treaty have evolved to become existing boundaries between African States, including the boundary between Namibia and Botswana, the Treaty has not to be regarded as a boundary treaty in the technical sense; the Treaty was meant to keep the political relations between the two contracting States undisturbed by rivalry in Africa. This cannot be overlooked in its interpretation; the Treaty must not be understood as meaning a comprehensive settlement of all questions regarding the actual course of the delimitations it establishes. It seems quite compatible with the Treaty's object and purpose that, in certain places, it sets forth only in broad lines where the delimitation of the spheres of interests runs but leaves the fixation of its course in detail to the future application of the Treaty.

What has just been said on the object and purpose of the 1890 Treaty means what follows for the determination of the meaning of the term "main channel of that river" in Article III (2) of that Treaty.

6. The object and purpose of the 1890 Treaty were that the parties wanted to establish an easily definable delimitation of their zones of influence in the north-eastern corner of South West Africa as well as elsewhere in Africa. Once they had given up the reference to parallels of latitude and longitude in the drawing of the line of delimitation, the next best method from the point of view of clarity would have been to fix, in the area of Kasikili/Sedudu Island, the line of delimitation on the crest of the Chobe Ridge. The Chobe Ridge runs on the south bank of the Chobe River, which is the right bank, and was known at the time of the negotiation of the Treaty (see B. F. Bradshaw, "Notes on the Chobe River, South Central Africa", *Proceedings of the Royal Geographic Society* (1881), pp. 208 ff.). The Ridge is clearly visible and does not disappear under water in the flood season. However, for reasons which have to do with the supposition of the parties that the Chobe is navigable and gives access to the Zambezi by river, the parties to the 1890 Treaty specified that the line of delimitation had to be in the "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*", meaning the Chobe.

This now makes the southern channel the "main channel"/"*Hauptlauf*" in the sense of Article III (2). This is so because in the entire area of Kasikili/Sedudu Island the southern channel runs along the Chobe Ridge. The Chobe Ridge acts like a dam along which the waters of the Chobe run upstream in the beginning of the flood season when they are backed

Objet et but du traité de 1890

5. En ce qui concerne l'objet et le but du traité de 1890, je tiens à faire tout d'abord observer que ce traité de 1890 est un traité bilatéral et que, comme c'est souvent le cas avec les traités bilatéraux, l'objet et le but que ses parties assignent au traité ressortent assez clairement du texte. L'objet du traité de 1890 portait sur les sphères d'influence des deux parties contractantes en Afrique et le but était de délimiter d'un commun accord lesdites sphères (art. I à IV du traité) pour que chacune des parties respecte la sphère de l'autre (art. VII). Les délimitations envisagées dans le traité ont évolué pour devenir aujourd'hui des frontières entre des Etats d'Afrique, notamment la frontière entre la Namibie et le Botswana, mais le traité ne doit pas être considéré comme un traité frontalier au sens technique; ce traité était censé épargner aux deux Etats contractants des perturbations de leurs relations politiques dues à leurs rivalités en Afrique. C'est là un élément à ne pas omettre quand on interprète le traité; celui-ci ne doit pas être entendu comme réglant dans tous les détails toutes les questions que peut soulever le tracé concret des délimitations définies dans l'accord. Il paraît tout à fait compatible avec l'objet et le but du traité que celui-ci ne donne à certains endroits qu'une idée générale du tracé de la délimitation des sphères d'intérêt, remettant à plus tard, lors de l'application ultérieure du traité, le soin de fixer ce tracé dans le détail.

Ce qui vient d'être dit sur l'objet et le but du traité de 1890 signifie ce qui suit ci-dessous pour la détermination du sens de l'expression «chenal principal du fleuve» figurant au paragraphe 2 de l'article III dudit traité.

6. L'objet et le but du traité de 1890 était que les parties voulaient établir une délimitation facile à définir de leurs zones d'influence dans la région nord-est du Sud-Ouest africain et ailleurs également en Afrique. Après avoir donné pour point de référence, aux fins du tracé de la délimitation, les parallèles de latitude et de longitude, le meilleur moyen d'être clair aurait consisté ensuite à situer, dans la zone de l'île de Kasikili/Sedudu, la ligne de délimitation au sommet de l'arête du Chobe. Cette arête suit la rive sud du Chobe, c'est-à-dire la rive droite, et était connue à l'époque de la négociation du traité (voir B. F. Bradshaw, «*Notes on the Chobe River, South Central Africa*», *Actes de la Royal Geographic Society* (1881), p. 208 et suiv.). Cette arête est clairement visible et n'est pas submergée à la saison des crues. Toutefois, sans doute parce que les parties supposaient que le Chobe est navigable et permet d'accéder au Zambèze par une voie d'eau, les parties au traité de 1890 ont précisé qu'il fallait situer la ligne de délimitation dans le «chenal principal du fleuve» («*Hauptlauf dieses Flusses*»), c'est-à-dire le Chobe.

Il faut en déduire que c'est le chenal sud qui est le «chenal principal du fleuve» («*Hauptlauf*») au sens du paragraphe 2 de l'article III. Pourquoi? Parce que, dans toute la zone de l'île de Kasikili/Sedudu, le chenal sud suit l'arête du Chobe. Cette arête du Chobe fait en quelque sorte fonction de barrage le long duquel les eaux du Chobe remontent vers

up by the Mambova Rapids and downstream at the end of that season. The Ridge also backs up the overflow waters that come down from the Zambezi and directs them to flow off through the southern channel. Consequently the yearly flow of water in the southern channel is such that the Parties disagree whether the northern or the southern channel has the greater flow. The Chobe Ridge also identifies the location of the southern channel and thereby a boundary located in that channel; even in times of high water, when the left bank of the southern channel is under water, the exact location of the *thalweg* can be established from the Ridge, once the necessary measurements have been taken during the dry season. This could not be easily done in the northern channel, both banks of which are under water in the flood season.

Object and purpose of the 1890 Treaty therefore show that the “main channel”/“*Hauptlauf*” of the Chobe in which the boundary is meant to run is the southern channel.

This finding is supported by the fact that after the conclusion of the 1890 Treaty it was at first generally assumed as quite natural that the delimitation line established by the Treaty lies in the southern channel, an assumption that found its way into early maps.

The Context in Which the Term “Main Channel of That River”/“Hauptlauf dieses Flusses” Is Used in Article III (2) of the 1890 Treaty

7. The context in which the terms of a treaty are used is necessarily connected with the object and purpose of the treaty itself. That does not mean, however, that the context is always identical with, or indistinguishable from, object and purpose of the treaty. The context in which a term is used in a treaty may relate to the overall realization of the object and purpose of the treaty; but the context may as well concern the realization of a particular feature or aspect of the treaty. This is the case with the term “main channel of that river”/“*Hauptlauf dieses Flusses*” in Article III (2) of the 1890 Treaty.

Article III deals with the spheres of influence of the two contracting parties in South West Africa, and paragraph 2 of this Article in particular with the eastern delimitation of the sphere of influence reserved for Germany. In establishing that delimitation, the two parties intended to meet a particular German request, accepted by Great Britain, namely that “Germany shall have free access from her Protectorate to the Zambesi” (second subparagraph of Article III (2)).

Rivers were regarded at the time as potentially important means for the further exploration and the development of Africa. As the Judgment states: “The great rivers of Africa traditionally offered the colonial

l'amont au début de la saison des crues quand ces eaux sont étoffées par les rapides de Mambova et elles s'écoulent vers l'aval à la fin de ladite saison. L'arête fait également obstacle à la crue qui descend du Zambèze et en dirige l'évacuation par le chenal sud. C'est pourquoi le courant annuel dans le chenal sud est tel que les Parties s'opposent sur le point de savoir quel chenal, le chenal nord ou le chenal sud, a le plus fort débit. L'arête du Chobe permet aussi d'identifier l'emplacement du chenal sud et par conséquent de toute frontière située dans ledit chenal; même en période de crue, quand la rive gauche du chenal sud est submergée, l'emplacement exact du thalweg peut être établi à partir de l'arête, une fois que les mesures voulues ont été prises pendant la saison sèche. On ne peut pas en faire autant facilement dans le chenal nord, dont les deux rives sont submergées pendant la saison des crues.

L'objet et le but du traité de 1890 montrent par conséquent que le «chenal principal du fleuve» («*Hauptlauf*») du Chobe dans lequel la frontière doit être située est le chenal sud.

Cette conclusion est étayée par le fait qu'à la suite de la conclusion du traité de 1890 on a tout d'abord estimé en règle générale qu'il était tout à fait naturel que la ligne de délimitation établie par le traité se situe dans le chenal sud, et cette présomption s'est exprimée dans les premières cartes de la région.

Le contexte dans lequel l'expression «chenal principal du fleuve» («Hauptlauf dieses Flusses») est utilisée au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890

7. Le contexte dans lequel les termes d'un traité sont utilisés est nécessairement lié avec l'objet et le but du traité lui-même. Cela ne veut toutefois pas dire que ce contexte s'identifie à l'objet et au but du traité ou qu'il en est indissociable. Le contexte dans lequel un certain terme est utilisé dans un traité peut être en rapport avec la réalisation globale de l'objet et du but du traité; mais ce contexte peut également concerner la réalisation d'un caractère particulier ou d'un aspect particulier du traité. Tel est le cas avec l'expression «chenal principal du fleuve» («*Hauptlauf dieses Flusses*») figurant au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890.

L'article III en question porte sur les sphères d'influence des deux parties contractantes dans le sud-ouest africain et le paragraphe 2 de cet article porte en particulier sur la délimitation orientale de la sphère d'influence réservée à l'Allemagne. En établissant cette délimitation, les deux parties voulaient répondre favorablement à une demande de l'Allemagne, acceptée par la Grande-Bretagne, qui était que «l'Allemagne [ait] libre accès au Zambèze depuis son protectorat» (deuxième alinéa du paragraphe 2 de l'article III).

Les fleuves étaient considérés à l'époque comme des moyens potentiellement importants d'explorer plus avant l'Afrique et de développer le continent. Comme il est dit dans l'arrêt: «Les grands fleuves de l'Afrique ont

powers a highway penetrating deep into the African continent.” (Judgment, para. 44.) The German interest in access to the Zambezi was motivated by such conceptions. The access of Germany to the Zambezi was to be twofold: by land and by river.

As to the access by land, the second subparagraph of Article III (2) of the 1890 Treaty states that the access of Germany to the Zambezi shall be “by a strip of territory which shall at no point be less than 20 English miles in width”. The access by river was to be through the River Chobe and the delimitation between the British and the German sphere of interest was to run in the “centre of the main channel of that river”/“*Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*” to “its junction with the Zambesi, where it terminates” (Art. III (2) of the 1890 Treaty), so that both parties had equal access to the Chobe and its uses. Originally there was only the reference to access to the Zambezi by the Chobe. The passage regarding access by land did not yet figure in the text initialled by the British and German negotiators on 17 June 1890, 13 days before the signature of the Treaty. Until then, there was only the following reference to the Chobe:

“The frontier between the German territory and the English territory in the south-west of Africa shall follow, from the point which has been agreed upon in previous arrangements, the 22nd degree of south latitude (leaving Lake Ngami to England), to the east up to the 21st degree of longitude; from thence to the north to where that degree touches the 18th degree of south latitude. *Thence the line of demarcation shall be carried to the east along the centre of the River Tschobi, up to the point where it flows into the Zambesi.*” (Initialled Agreement between the representatives of Germany and Great Britain, 17 June 1890 (PRO, FO 881/6146, No. 48), Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 21, p. 114; emphasis added.)

The negotiating history of the term “main channel of that river”/“*Hauptlauf dieses Flusses*” in Article III (2) of the 1890 Treaty thus confirms that this term has been used in the context of an effort to give equal access to the Zambezi by the River Chobe. Navigability therefore is an important factor for the interpretation of the meaning of the term.

8. The context in which the term “the main channel”/“*Hauptlauf dieses Flusses*” is used in Article III (2) of the Treaty speaks rather in favour of the northern channel as the main channel. In that channel, conditions for navigation seemingly are better than in the southern channel to the degree that the northern channel is, in the dry periods, deeper and wider than the southern channel. That would speak in favour of interpreting the term main channel of “that river”/“*Hauptlauf dieses Flusses*” as referring to the northern channel.

As a means of interpretation, the context in which the term “main channel of that river”/“*Hauptlauf dieses Flusses*” is used in Article III (2) of the 1890 Treaty, is therefore at cross purposes with interpretation of

traditionnellement offert aux puissances colonisatrices des voies de pénétration à l'intérieur du continent africain.» (Arrêt, par. 44.) Ce sont ces ambitions qui incitaient l'Allemagne à vouloir accéder au Zambèze. Et la voie d'accès de l'Allemagne au Zambèze devait être double : terrestre et fluviale.

En ce qui concerne la voie d'accès terrestre, le deuxième alinéa du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 précise qu'elle emprunte « une bande de territoire qui en aucun point ne doit avoir une largeur inférieure à 20 miles anglais ». La voie d'accès fluviale emprunterait le fleuve Chobe et la délimitation entre les sphères d'influence britannique et allemande suivrait « le centre du chenal principal de ce fleuve » (« *Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses* ») « jusqu'à son confluent avec le Zambèze où elle s'arrête » (par. 2 de l'art. III du traité de 1890), de sorte que les deux parties accédaient dans des conditions d'égalité au Chobe et à ses utilisations. Initialement, il n'était fait mention que de la voie d'accès fluviale au Zambèze, par le Chobe. Le passage concernant l'accès terrestre ne figurait pas encore dans le texte paraphé par les négociateurs britannique et allemand le 17 juin 1890, soit treize jours avant la signature du traité. Jusque là, seul le Chobe était mentionné, dans les termes ci-après :

« La frontière entre le territoire allemand et le territoire anglais du sud-ouest de l'Afrique suivra, à partir du point qui a été convenu dans des arrangements antérieurs, le 22^e degré de latitude sud (en laissant le lac Ngami à l'Angleterre), à l'est jusqu'au 21^e degré de longitude, allant de là au nord où ce degré touche le 18^e degré de latitude sud. *De là, la ligne de démarcation se portera à l'est, longeant le centre du fleuve Tschobi jusqu'à son confluent avec le Zambèze.* » (Accord paraphé entre les représentants de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne le 17 juin 1890 (PRO, FO 881/6146, n° 48), mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 21, p. 114; les italiques sont de moi.)

L'historique de la négociation de l'expression « chenal principal de ce fleuve » (« *Hauptlauf dieses Flusses* ») utilisée au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 confirme par conséquent que l'expression a été utilisée dans le cadre d'une action menée pour donner dans des conditions d'égalité accès au Zambèze par le fleuve Chobe. La navigabilité constitue donc un élément important aux fins de l'interprétation de l'expression.

8. Le cadre dans lequel l'expression « le chenal principal » (« *Hauptlauf dieses Flusses* ») est utilisée au paragraphe 2 de l'article III du traité plaiderait plutôt en faveur du chenal nord à titre de chenal principal. Dans ce chenal nord en effet, les conditions de navigation paraissent meilleures qu'elles ne sont dans le chenal sud en ce sens que le chenal nord est, pendant les saisons sèches, plus profond et plus large que le chenal sud. Cela engagerait à interpréter l'expression chenal principal de « ce fleuve » (« *Hauptlauf dieses Flusses* ») comme visant le chenal nord.

En tant que mode d'interprétation, le cadre dans lequel l'expression « chenal principal de ce fleuve » (« *Hauptlauf dieses Flusses* ») est utilisée au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 contredit par conséquent

the term in accordance with object and purpose of the Treaty which indicates the southern channel as the main channel. This contradiction does not however have to be addressed because the expectations of the parties regarding the navigability of the Chobe were mistaken.

The Error of the Parties to the 1890 Treaty in the Appreciation of the Possible Uses of the Chobe River

9. In placing hopes in the expected navigational use of the Chobe River, the parties were in error; the context in which they perceived the “main channel of that river”/“*Hauptlauf dieses Flusses*” was unreal. We know now, more than hundred years after the conclusion of the Treaty, that the river has not been used, and is not usable, for larger-scale navigation. This is mainly due to the fact that if there was a fully navigable part of the Chobe, it would run from nowhere to nowhere, i.e., from some point upstream from Kasikili/Sedudu Island to the point where — downstream from the Island — the Mambova Rapids block navigation. But also the particular hydrological conditions prevailing in the Chobe in the area around Kasikili/Sedudu Island would not permit full navigational use of the river there. This is supported by the fact that while an attempt at lumber floating was undertaken by Mr. Ker in 1947-1948, the Court has not been informed that this attempt was repeated after Mr. Ker’s first experience. The *Zambezi Queen* is not operated on a regular schedule but is moored in the northern channel as a floating hotel. The only navigational activity which has ever, in a sustained way, been carried out on the River Chobe, is the operation of the tourist flatboats that has taken place, for some time now, mainly in the southern channel, as the Island is becoming known as a major wildlife feeding ground readily accessible to safe viewing by tourists who mainly come from Botswana. The parties to the Treaty were thus in error when they drafted the Treaty in the expectation of larger-scale navigational usability of the Chobe, in particular in giving access to the Zambezi.

The error with which the Court is confronted here is not an error “in a treaty” as dealt with by Article 48 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which one State party to the treaty wishes to invoke “as invalidating its consent to be bound by the treaty”. It is rather an error in motivation which led to the use of the term “main channel of that river”/“*Hauptlauf dieses Flusses*” in Article III (2) of the 1890 Treaty, an error made by both parties to the Treaty. The question that arises does not concern the validity of the consent to be bound by the Treaty; the error rather raises the question whether a mistaken expectation of the parties when they drew up the Treaty can still serve, more than 100 years after the conclusion of the Treaty and a long time after the error has become clear, in the interpretation of the Treaty.

l'interprétation de l'expression conformément à l'objet et au but du traité, laquelle indique que c'est le chenal sud qui est le chenal principal. Toutefois, cette contradiction n'a pas à être analysée plus avant parce que les parties se trompaient au sujet de la navigabilité du Chobe.

*L'erreur commise par les parties au traité de 1890
quand elles ont apprécié les utilisations possibles du fleuve Chobe*

9. En mettant leurs espoirs dans l'exploitation du Chobe à des fins de navigation, les parties se trompaient; le cadre dans lequel elles ont apprécié le «chenal principal de ce fleuve» (*«Hauptlauf dieses Flusses»*) ne correspondait pas à la réalité. Nous savons maintenant, plus de cent ans après la conclusion du traité, que le fleuve n'a pas été utilisé et n'est pas utilisable pour la navigation à grande échelle. Cela s'explique principalement par le fait que si le Chobe était parfaitement navigable en partie, ce serait entre un point non repérable et un autre point non repérable, c'est-à-dire entre un point situé en amont de l'île de Kasikili/Sedudu jusqu'au point où, en aval de l'île, les rapides de Mambova bloquent la navigation. Mais il faut compter aussi avec le fait que la situation hydrologique particulière qui règne dans le Chobe à la hauteur de l'île de Kasikili/Sedudu ne permettrait pas à cet endroit du fleuve de l'utiliser pleinement pour la navigation. Cela est confirmé par le fait que si M. Ker a tenté en 1947-1948 une opération de flottaison de bois d'œuvre, la Cour n'a pas été informée que la tentative ait été renouvelée après cette première expérience. Quant au *Zambezi Queen*, il ne voyage pas régulièrement, il est à l'ancre dans le chenal nord et est exploité comme un hôtel flottant. Le seul type de navigation qui ait jamais eu un caractère régulier sur le Chobe correspond à l'activité des bateaux à fond plat utilisés par les touristes et exploités depuis un certain temps, à présent surtout dans le chenal sud, car l'île est de plus en plus connue comme une grande réserve animalière facilement accessible à des touristes désireux de voir les animaux qui viennent principalement du Botswana. Les parties au traité de 1890 se trompaient par conséquent quand elles ont rédigé ce traité en espérant pouvoir utiliser le Chobe pour la navigation à grande échelle, qui donnerait en particulier accès au Zambèze.

L'erreur face à laquelle la Cour se trouve ici n'est pas l'erreur «dans un traité» dont traite l'article 48 de la convention de Vienne sur le droit des traités, que l'un des Etats parties au traité veut invoquer «comme viciant son consentement à être lié par le traité». Il s'agit plutôt d'une erreur commise dans les motifs incitant à utiliser l'expression «chenal principal de ce fleuve» (*«Hauptlauf dieses Flusses»*) au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, erreur commise par les deux parties au traité. La question qui se pose alors ne concerne pas la validité du consentement à être lié par le traité; l'erreur pose plutôt la question de savoir si un espoir erroné de la part des parties au moment où elles ont rédigé le traité peut encore être utile pour l'interprétation dudit traité plus d'un siècle après sa conclusion et longtemps après que l'erreur soit apparue clairement.

In the circumstances of the present case, the interpretation of the term “main channel”/“*Hauptlauf dieses Flusses*” based on the mistaken expectation of large-scale navigational usability of the Chobe cannot be held against Namibia because that would mean that Namibia alone would be burdened with the consequences of the error. The flatboat navigation connected to the tourist activities that have evolved on and around Kasikili/Sedudu Island is concentrated in the southern channel. Interpretation of the term “the main channel of that river”/“*Hauptlauf dieses Flusses*” in favour of the northern channel would deprive Namibia from having an equitable share in the only navigational use of the Chobe there is to share. That would run directly counter to the intention of the parties to split the river evenly. Therefore the interpretation of the term “main channel of that river”/“*Hauptlauf dieses Flusses*” in favour of the northern channel would not be compatible with the principle of good faith which, according to Article 31, paragraph 1, of the Vienna Convention, governs all treaty interpretation. Interpretation of the term “main channel of that river”/“*Hauptlauf dieses Flusses*” in favour of the southern channel, however, would correspond to what the parties wanted to achieve regarding the River Chobe. It would be a good faith interpretation of the term because it would split evenly between the Parties the only channel that is of some navigational interest.

Since the Court has found — correctly — that Namibia does not have a prescriptive title to Kasikili/Sedudu Island, the finding that the main channel is the northern channel automatically clarifies that Kasikili/Sedudu Island is not part of Namibia, but part of Botswana. To arrive at such an important conclusion from the interpretation of a term of the 1890 Treaty based on a mistaken expectation of the navigational usefulness of the Chobe River is equally not compatible with the requirement of good faith in the interpretation of treaties.

In sum, the context in which the term “main channel of that river”/“*Hauptlauf dieses Flusses*” is used in Article III (2) of the 1890 Treaty does not justify the interpretation of the term in favour of the northern channel.

II. THE THIRD PARAGRAPH OF THE *DISPOSITIF* OF THE JUDGMENT

10. The fact that the Court finds in the third paragraph of the *dispositif* of its Judgment that

“in the two channels around Kasikili/Sedudu Island, the nationals of, and vessels flying the flags of, the Republic of Botswana and the Republic of Namibia shall enjoy equal national treatment”

does not fully overcome the shortcomings of interpreting the term “main channel of that river”/“*Hauptlauf dieses Flusses*” in favour of the northern channel. As far as the territorial status of the Island itself is

Dans les circonstances de la présente espèce, on ne peut pas interpréter à l'encontre de la Namibie l'expression «chenal principal» («*Hauptlauf dieses Flusses*») en se fondant sur l'espoir erroné que le Chobe était utilisable pour la navigation à grande échelle parce que cela signifierait que la Namibie supporterait seule les conséquences de l'erreur. La navigation de bateaux à fond plat liée aux activités touristiques qui se sont organisées sur l'île de Kasikili/Sedudu et autour de l'île a lieu pour l'essentiel dans le chenal sud. Interpréter l'expression «le chenal principal de ce fleuve» («*Hauptlauf dieses Flusses*») en faveur du chenal nord priverait la Namibie d'une participation équitable au seul type d'utilisation du Chobe à des fins de navigation qu'il soit possible de partager. Cela serait tout à fait contraire à l'intention des parties qui était de se partager également le fleuve. Interpréter en faveur du chenal nord l'expression «chenal principal de ce fleuve» («*Hauptlauf dieses Flusses*») ne serait donc pas compatible avec le principe de la bonne foi, lequel, conformément au paragraphe 1 de l'article 31 de la convention de Vienne, régit toute interprétation des traités. En revanche, interpréter l'expression en faveur du chenal sud correspondrait à ce que voulaient les parties au sujet du fleuve Chobe. Ce serait une interprétation de bonne foi de l'expression parce que cette interprétation partagerait également entre les parties le seul chenal qui présente un intérêt quelconque du point de vue de la navigation.

Comme la Cour a constaté, et elle a raison, que la Namibie n'a pas acquis de titre par prescription sur l'île de Kasikili/Sedudu, décider que le chenal principal est le chenal nord revient automatiquement à dire que l'île de Kasikili/Sedudu ne fait pas partie de la Namibie mais fait partie du Botswana. Parvenir à pareille conclusion importante à partir d'une interprétation d'une expression figurant dans le traité de 1890 fondée sur une attente erronée concernant les possibilités d'utiliser le fleuve Chobe à des fins de navigation n'est pas non plus compatible avec l'obligation d'interpréter les traités de bonne foi.

En bref, le cadre dans lequel l'expression «chenal principal de ce fleuve» («*Hauptlauf dieses Flusses*») est utilisée au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 ne justifie pas d'interpréter l'expression en faveur du chenal nord.

II. LE TROISIÈME PARAGRAPHE DU DISPOSITIF DE L'ARRÊT

10. Le fait qu'au troisième paragraphe du dispositif de son arrêt, la Cour dit que

«dans les deux chenaux autour de l'île de Kasikili/Sedudu, les ressortissants et les bateaux battant pavillon de la République du Botswana et de la République de Namibie doivent bénéficier, sur un pied d'égalité, du régime du traitement national»

ne compense pas pleinement les insuffisances liées à une interprétation de l'expression «chenal principal de ce fleuve» («*Hauptlauf dieses Flusses*») qui est favorable au chenal nord. Du point de vue du statut terri-

concerned, the third paragraph of the *dispositif* of the Judgment does not affect the finding in the second paragraph of the *dispositif* that the Island forms part of Botswana. As to the waters around the Island, conceding equal national treatment to the nationals of the other Party and to boats flying the flag of that Party, is not the same as the splitting of the “main channel”/“*Hauptlauf*” of the Chobe around the Island, as originally envisaged by the Parties.

However, the fact that I do not regard the third finding in the *dispositif* of the Judgment as compensating for the erroneous decision in favour of the northern channel, has not prevented me from voting in favour of that finding. I agree with the reasons for the finding which are given in paragraphs 100 and 103 of the Judgment and the attribution, in the channels around Kasikili/Sedudu Island, of equal, national treatment to the nationals of both Parties and the boats flying their flags may be of some help to the Parties and contribute to avoiding or lessening tensions.

I have also come to the conclusion that the Court had jurisdiction to make the finding, as the Court is mandated by Article I of the Special Agreement by virtue of which it was seised with this dispute, “to determine . . . the legal status of the island”; that mandate comprises the determination of the legal status of the waters around Kasikili/Sedudu Island.

III. FINAL REMARK: THE ROLE OF PRESCRIPTION IN THIS CASE

11. As a final remark, I would like to add with regard to the role of prescription in this case, that I agree with the conclusion of the Judgment that acquisitive prescription does not play a role. I also agree with the reasons given for that conclusion. However, there is an additional and quite decisive reason why acquisitive prescription could not come into play in this case.

As the Court states, Botswana and Namibia

“agree between themselves that acquisitive prescription is recognized in international law and they further agree on the conditions under which title to territory may be acquired by prescription, but their views differ on whether those conditions are satisfied in this case” (Judgment, para. 96).

“For present purposes, the Court need not concern itself with the status of acquisitive prescription in international law or with the conditions for acquiring title to territory by prescription. It considers . . . that the conditions cited by Namibia itself are not satisfied in this case and that Namibia’s argument on acquisitive prescription therefore cannot be accepted.” (Judgment, para. 97.)

torial de l'île elle-même, le troisième paragraphe du dispositif de l'arrêt ne modifie pas la conclusion énoncée au deuxième paragraphe du dispositif selon laquelle l'île fait partie du territoire du Botswana. En ce qui concerne les eaux entourant l'île, concéder le bénéfice du régime du traitement national, sur un pied d'égalité, aux ressortissants de l'autre Partie et aux bateaux battant pavillon de l'autre Partie ne revient pas exactement à partager le «chenal principal» («*Hauptlauf*») du Chobe autour de l'île, comme les Parties l'ont envisagé initialement.

Mais le fait que je ne considère pas que cette troisième conclusion du dispositif de l'arrêt compense la décision erronée prise en faveur du chenal nord ne m'a pas empêché de voter pour ce troisième paragraphe. Je souscris aux motifs de cette conclusion qui sont exposés aux paragraphes 100 et 103 de l'arrêt et le fait d'accorder, dans les chenaux entourant l'île de Kasikili/Sedudu, sur un pied d'égalité, le régime du traitement national aux ressortissants des deux Parties et aux bateaux battant leur pavillon sera peut-être assez utile aux Parties et aidera peut-être à éviter les tensions ou à les atténuer.

J'ai également abouti à la conclusion que la Cour a compétence pour se prononcer à ce sujet, puisqu'elle est mandatée par l'article I du compromis en vertu duquel elle a été saisie du différend pour «déterminer ... le statut juridique de cette île»; et ce mandat consiste aussi à déterminer le statut juridique des eaux entourant l'île de Kasikili/Sedudu.

III. UNE DERNIÈRE OBSERVATION SUR LE RÔLE DE LA PRESCRIPTION EN L'ESPÈCE

11. Je voudrais ajouter une dernière observation qui a trait au rôle de la prescription en la présente espèce. Je souscris à la conclusion formulée dans l'arrêt qui est que la prescription acquisitive ne joue ici aucun rôle. Je souscris également aux raisons motivant cette conclusion. Toutefois, il existe à cet égard une raison supplémentaire et parfaitement déterminante qui exclut de pouvoir faire appel en la présente espèce à la prescription acquisitive.

Comme la Cour le déclare, le Botswana et la Namibie

«conviennent entre [eux] que la prescription acquisitive est reconnue en droit international, et ... conviennent de surcroît des conditions auxquelles un titre territorial peut être acquis par prescription mais [ils] s'opposent sur le point de savoir si ces conditions sont réunies dans le cas d'espèce» (arrêt, par. 96).

«Aux fins de la présente espèce, la Cour n'a pas à s'attarder sur le statut de la prescription acquisitive en droit international ou sur les conditions d'acquisition d'un titre territorial par prescription. En effet, elle considère ... que les conditions énoncées par la Namibie elle-même ne sont pas remplies et que l'argumentation namibienne relative à la prescription acquisitive ne peut en conséquence être retenue.» (Arrêt, par. 97.)

These conclusions are not objectionable in themselves. The Court should however have gone into the conditions under which title to territory may be acquired by prescription, far enough to state that South Africa could not have acquired title to the Island by prescription. South Africa, whose presence in the Caprivi Strip including the Island lasted longer than the presence there of Germany or Britain, prior to the termination of the Mandate by the General Assembly in 1966 exercised authority there not *à titre de souverain* but *à titre de mandataire*. As mandatory, South Africa certainly was vested by virtue of the Mandate instrument of 17 December 1920 (League of Nations, *Journal Officiel*, 2nd Year, No. 1, p. 89) with the “full power of administration and legislation over the territory subject to the present Mandate as an integral portion of the Union of South Africa”; however, as the Court observes in its Advisory Opinion on the *International Status of South West Africa* (*I.C.J. Reports 1950*, p. 128, at p. 132):

“On the other hand, the Mandatory was to observe a number of obligations, and the Council of the League was to supervise the administration and see to it that these obligations were fulfilled.”

And the Court added:

“The terms of this Mandate, as well as the provisions of Article 22 of the Covenant and the principles embodied therein, show that the creation of this new international institution did not involve any cession of territory or transfer of sovereignty to the Union of South Africa. The Union Government was to exercise an international function of administration on behalf of the League, with the object of promoting the well-being and development of the inhabitants.”
(*Ibid.*)

This perception of the nature of the Mandate is incompatible with acquisitive prescription working in favour of the Mandatory. After the termination of the Mandate, the continued presence of South Africa in South West Africa (Namibia) was no longer “peaceful”, i.e., uncontested, as is confirmed by Security Council resolution 276 (1970) and by the Court’s Advisory Opinion on the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (*I.C.J. Reports 1971*, p. 16).

I agree that the present case is not a suitable occasion for the Court to concern itself with the status of acquisitive prescription in international law or with the general conditions under which title to territory may be acquired by prescription. Nevertheless, in order to further clarify the law

Ces conclusions ne prêtent par elles-mêmes à aucune objection. Mais la Cour aurait dû envisager les conditions auxquelles il est possible d'acquérir un titre territorial par prescription et pousser assez loin son analyse pour dire que l'Afrique du Sud n'aurait pas pu acquérir de titre sur l'île par prescription. L'Afrique du Sud, dont la présence dans la bande de Caprivi y compris l'île a duré plus longtemps que la présence de l'Allemagne ou de la Grande-Bretagne avant que l'Assemblée générale ne mette fin au mandat en 1966, a exercé son autorité sur ces territoires non pas à titre de souverain mais à titre de mandataire. Or, en qualité de mandataire, l'Afrique du Sud était incontestablement investie, en vertu de l'instrument de mandat adopté le 17 décembre 1920 (*Journal officiel* de la Société des Nations, 2^e année, n^o 1, p. 89) de «pleins pouvoirs d'administration et de législation sur le territoire faisant l'objet du mandat, [lequel] sera administré selon la législation du mandataire comme partie intégrante de son territoire»; toutefois, comme la Cour le fait observer dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur le *Statut international du Sud-Ouest africain* (C.I.J. Recueil 1950, p. 128 à la p. 132):

«D'autre part, le mandataire était tenu de respecter un certain nombre d'obligations, et le Conseil de la Société des Nations devait surveiller l'administration et veiller à ce que ces obligations fussent respectées.»

Et la Cour ajoutait:

«Il ressort des termes de ce mandat, ainsi que des dispositions de l'article 22 du Pacte et des principes qui y sont énoncés, que la création de cette nouvelle institution internationale n'impliquait ni cession de territoire ni transfert de souveraineté à l'Union sud-africaine. Le gouvernement de l'Union devait exercer une fonction d'administration internationale au nom de la Société des Nations, aux fins de favoriser le bien-être et le développement des habitants.» (*Ibid.*)

Pareille conception de la nature du mandat est incompatible avec l'idée d'accorder au mandataire le bénéfice de la prescription acquisitive. Une fois que le mandat avait pris fin, la présence continue de l'Afrique du Sud au Sud-Ouest africain (Namibie) n'était plus «pacifique», c'est-à-dire non contestée, comme le confirment la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité ainsi que l'avis consultatif que la Cour a rendu sur les *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (C.I.J. Recueil 1971, p. 16).

J'admets que la présente instance ne représente pas vraiment pour la Cour l'occasion de se pencher sur le rôle de la prescription acquisitive en droit international ou sur les règles générales d'acquisition d'un titre territorial par prescription. Néanmoins, il eut été utile, afin de préciser

governing mandates or trusteeships, a statement of the Court that acquisitive prescription does not work in favour of a Mandatory would have been desirable.

(Signed) Carl-August FLEISCHHAUER.

davantage le droit régissant le régime des mandats ou le régime de tutelle, que la Cour dise que la prescription acquisitive ne joue pas en faveur d'un mandataire.

(Signé) Carl-August FLEISCHHAUER.