

## AFFAIRE DE L'ÎLE DE KASIKILI/SEDUDU (BOTSWANA *c.* NAMIBIE)

Arrêt du 13 décembre 1999

Dans son arrêt sur l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu (*Botswana c. Namibie*) la Cour a décidé, par onze voix contre quatre, que « la frontière entre la République du Botswana et la République de Namibie suit la ligne des sondages les plus profonds dans le chenal nord du fleuve Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu » et, par onze voix contre quatre également, que « l'île de Kasikili/Sedudu fait partie du territoire de la République du Botswana ».

La Cour a ajouté à l'unanimité 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 pied d'égalité, du régime du traitement national ».

La Cour était composée comme suit : M. Schwebel, Président; M. Weeramantry, Vice-Président; MM. Oda, Bedjaoui, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, M<sup>me</sup> Higgins, MM. Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, juges; M. Valencia-Ospina, Greffier.

\*  
\* \*

Le texte complet du dispositif de l'arrêt est ainsi libellé :

« 104. Par ces motifs,

LA COUR,

1) Par onze voix contre quatre,

*Dit* que la frontière entre la République du Botswana et la République de Namibie suit la ligne des sondages les plus profonds dans le chenal nord du fleuve Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu;

POUR : M. Schwebel, Président; MM. Oda, Bedjaoui, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, M<sup>me</sup> Higgins, M. Kooijmans, juges;

CONTRE : M. Weeramantry, Vice-Président; MM. Fleischhauer, Parra-Aranguren, Rezek, juges;

2) Par onze voix contre quatre,

*Dit* que l'île de Kasikili/Sedudu fait partie du territoire de la République du Botswana;

M. Schwebel, Président; MM. Oda, Bedjaoui, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, M<sup>me</sup> Higgins, M. Kooijmans, juges;

CONTRE : M. Weeramantry, Vice-Président; MM. Fleischhauer, Parra-Aranguren, Rezek, juges;

3) À l'unanimité,

*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 pied d'égalité, du régime du traitement national. »

\*  
\* \*

---

Lire la suite à la page suivante

MM. Ranjeva et Koroma, et M<sup>me</sup> Higgins, juges, ont joint des déclarations à l'arrêt. MM. Oda et Kooijmans, juges, ont joint les exposés de leur opinion individuelle. M. Weeramantry, Vice-Président, et MM. Fleischhauer, Parra-Aranguren et Rezek, juges, ont joint les exposés de leur opinion dissidente.

\*  
\*      \*

#### *Rappel de la procédure et des conclusions des Parties* (par. 1 à 10)

La Cour commence par rappeler que, par une lettre conjointe en date du 17 mai 1996, le Botswana et la Namibie ont transmis au Greffier le texte original d'un compromis entre les deux États, signé à Gaborone le 15 février 1996 et entré en vigueur le 15 mai 1996, dont l'article I se lit comme suit :

« La Cour est priée de déterminer, sur la base du Traité anglo-allemand du 1<sup>er</sup> juillet 1890 [un accord conclu entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne qui porte sur les sphères d'influence des deux pays en Afrique] et des règles et principes du droit international, la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu ainsi que le statut juridique de cette île. »

La Cour rappelle ensuite les étapes successives de la procédure et énonce les conclusions des Parties :

Les conclusions finales du Botswana présentées à l'audience du 5 mars 1999 étaient les suivantes :

« *Plaise à la Cour* :

1) de dire et juger :

a) que le chenal nord et ouest du Chobe au voisinage de l'île de Kasikili/Sedudu constitue le "chenal principal" du Chobe conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article III de l'Accord anglo-allemand de 1890; et que :

b) partant, la souveraineté sur l'île de Kasikili/Sedudu appartient exclusivement à la République du Botswana; et en outre

2) de déterminer la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu sur la base du thalweg dans le chenal nord et ouest du Chobe. »

Les conclusions finales de la Namibie dont il a été donné lecture à l'audience du 2 mars 1999 étaient les suivantes :

« *Plaise à la Cour, rejetant toutes prétentions et conclusions contraires, de dire et juger* :

1. Que le chenal situé au sud de l'île de Kasikili/Sedudu est le chenal principal du Chobe;

2. Que le chenal situé au nord de l'île de Kasikili/Sedudu n'est pas le chenal principal du Chobe;

3. Que la Namibie et ses prédécesseurs ont occupé et utilisé l'île de Kasikili et ont exercé sur elle leur juridiction souveraine au su et avec l'acquiescement du

Botswana et de ses prédécesseurs, depuis 1890 au moins;

4. Que la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu suit le centre (c'est-à-dire le thalweg) du chenal sud du Chobe;

5. Que, pour ce qui est du statut juridique de l'île de Kasikili/Sedudu, celle-ci fait partie du territoire soumis à la souveraineté de la Namibie. »

#### *Le contexte de l'affaire* (par. 11 à 16)

La Cour donne alors une description de la géographie de la zone en question, illustrée par trois cartes croquis.

La Cour rappelle ensuite l'historique du différend qui oppose les parties, qui trouve son origine dans la course engagée entre les puissances coloniales européennes au XIX<sup>e</sup> siècle pour le partage de l'Afrique. Au printemps de 1890, l'Allemagne et la Grande-Bretagne entamèrent des négociations en vue de parvenir à un accord en ce qui concerne leur commerce et leurs zones d'influence en Afrique. Le Traité du 1<sup>er</sup> juillet 1890 qui en a résulté délimitait notamment les sphères d'influence de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne dans le sud-ouest de l'Afrique; cette délimitation est au cœur de la présente affaire.

Au cours du siècle suivant, le statut des territoires en cause subit diverses mutations. Le 30 septembre 1966, la République indépendante du Botswana vit le jour sur le territoire de l'ancien protectorat britannique du Bechuanaland, tandis que la Namibie (dans laquelle la bande de Caprivi est située) a accédé à l'indépendance le 21 mars 1990.

Peu après l'indépendance de la Namibie, des divergences de vues apparurent entre les deux États au sujet de l'emplacement de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu. En mai 1992, il fut convenu de soumettre la détermination de la frontière autour de l'île à une commission mixte d'experts techniques. En février 1995, le rapport de la commission mixte dans lequel celle-ci annonçait qu'elle n'était pas parvenue à une conclusion acceptée de part et d'autre sur la question qui lui était posée a été examiné et il fut décidé que le différend serait soumis à la Cour internationale de Justice, pour règlement définitif et obligatoire.

#### *Les règles d'interprétation applicables* *au Traité de 1890*

(par. 18 à 20)

La Cour commence par observer que le droit applicable à la présente espèce trouve tout d'abord sa source dans le traité de 1890 par lequel le Botswana et la Namibie reconnaissent s'être liés. Pour ce qui est de l'interprétation de ce traité, la Cour note que ni le Botswana ni la Namibie ne sont parties à la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, mais que 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.

Selon l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités :

« 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :

a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion d'un traité;

b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du Traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au Traité. »

La Cour indique ensuite qu'elle va procéder à l'interprétation du Traité de 1890 en appliquant les règles d'interprétation exprimées dans la Convention de Vienne de 1969. Elle rappelle qu'

« un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. L'interprétation doit être fondée avant tout sur le texte du Traité lui-même. Il peut être fait appel à titre complémentaire à des moyens d'interprétation tels les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le Traité a été conclu. » (*Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 21 et 22, par. 41.*)

*Le texte du traité de 1890*  
(par. 21 à 46)

La Cour examine en premier lieu le texte du traité de 1890, dont l'article III se lit comme suit :

« Dans le Sud-Ouest africain, la sphère d'influence réservée à l'Allemagne est délimitée comme suit :

1. Au sud, par une ligne qui part de l'embouchure de l'Orange et suit vers l'amont la rive nord de ce fleuve jusqu'à son intersection avec le 20<sup>e</sup> degré de longitude est.

2. À l'est, par une ligne qui part du point d'intersection susmentionné et suit le 20<sup>e</sup> degré de longitude est jusqu'à son intersection avec le 22<sup>e</sup> parallèle de latitude sud, suit ce parallèle vers l'est jusqu'à son intersection avec le 21<sup>e</sup> degré de longitude est; puis suit ce méridien vers le nord jusqu'à son intersection avec le 18<sup>e</sup> parallèle de latitude sud; suit ce parallèle vers l'est jusqu'au Chobe, et suit le centre du chenal principal de ce fleuve jusqu'à son confluent avec le Zambèze, où elle s'arrête.

Il est entendu qu'en vertu de cet arrangement, l'Allemagne a libre accès au Zambèze depuis son protectorat par une bande de territoire qui en aucun point ne doit avoir une largeur inférieure à 20 milles anglais.

La sphère d'influence réservée à la Grande-Bretagne est bornée à l'ouest et au nord-ouest par la ligne susmentionnée. Elle comprend le lac Ngami.

Le cours de la frontière décrite ci-dessus est tracé d'une façon générale d'après une carte établie officiellement pour le Gouvernement britannique en 1889. »

Pour ce qui est de la région concernée par la présente affaire, cette disposition situe la limite entre les sphères d'influence des parties contractantes dans le « chenal principal » du Chobe; elle ne fournit toutefois, pas davantage que d'autres dispositions du Traité, de critères qui permettraient d'identifier ce « chenal principal ». Il convient également de noter que la version anglaise parle du « centre » du chenal principal (*centre of the main channel*) que la version allemande utilise le terme « thalweg » dudit chenal (*Thalweg des Hauptlaufes*). Observant que le Botswana et la Namibie n'ont eux-mêmes pas exprimé des positions réellement différentes sur le sens de ces termes, la Cour indique qu'elle considérera donc que les mots « centre du chenal principal » inclus dans le paragraphe 2 de l'article III du Traité de 1890 ont le même sens que les mots « *Thalweg des Hauptlaufes* ».

De l'avis de la Cour, le véritable différend entre les Parties concerne l'emplacement du chenal principal où se situe la frontière. Pour le Botswana, celle-ci doit être déterminée « sur la base du thalweg dans le chenal nord et ouest du Chobe », tandis que, pour la Namibie, elle « suit le centre (c'est-à-dire le *thalweg*) du chenal sud du Chobe ». La Cour observe qu'on doit présumer que les parties contractantes, en introduisant l'expression « chenal principal » dans le projet de traité, ont voulu lui attribuer un sens précis. Aussi la Cour indique-t-elle qu'elle entreprendra d'abord de déterminer quel est le chenal principal. Elle recherchera à cet effet le sens ordinaire de l'expression « chenal principal » en se référant aux critères les plus couramment utilisés en droit international et dans la pratique des États, que les Parties ont invoqués.

*Critères pour identifier « le chenal principal »*  
(par. 29 à 42)

La Cour note que les Parties au différend s'accordent sur un grand nombre de critères permettant d'identifier le « chenal principal », mais s'opposent sur la pertinence et sur l'applicabilité de plusieurs de ces critères.

Selon le Botswana, les critères pertinents sont les suivants : la profondeur et la largeur les plus grandes, la configuration du profil du lit, la navigabilité et le plus grand volume d'écoulement des eaux. Le Botswana souligne par ailleurs l'importance, au regard de l'identification du chenal principal, de la « capacité du chenal », de la « vitesse du courant » et du « volume écoulé ». La Namibie admet que

« [l]es critères envisageables pour assurer l'identification du chenal principal d'un fleuve comportant plus d'un chenal sont : le chenal le plus large, le chenal le plus profond ou le chenal qui

transporte la plus grande proportion de l'écoulement annuel de ce fleuve. Dans de nombreux cas, le chenal principal présente ces trois caractéristiques réunies. »

Elle ajoute cependant, évoquant les brusques variations du niveau des eaux du Chobe, que

« [n]i la largeur ni la profondeur ne constituent des critères appropriés pour déterminer quel chenal est le chenal principal ».

Parmi les critères possibles, la Namibie accorde donc un poids décisif au débit : selon elle, le chenal principal est celui « qui déplace la plus grande proportion de l'écoulement annuel du fleuve ». La Namibie a également fait valoir qu'une autre tâche essentielle consistait à déterminer le chenal qui est le plus utilisé pour le trafic fluvial.

La Cour remarque que les Parties se sont exprimées sur l'un ou l'autre aspect des critères, les distinguant ou mettant l'accent sur leur complémentarité et leurs rapports avec d'autres critères. Avant de s'exprimer sur le rôle et l'importance respectifs des différents critères ainsi retenus, la Cour constate en outre que la situation hydrologique actuelle du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu peut être présumée identique pour l'essentiel à celle qui existait lors de la conclusion du traité de 1890.

#### *La profondeur* (par. 32)

Nonobstant toutes les difficultés que présentent la réalisation de sondages de profondeur et l'interprétation de leurs résultats, la Cour parvient à la conclusion que le chenal nord est plus profond que le chenal sud en termes de profondeur moyenne, et l'est même en termes de profondeur minimale.

#### *Largeur* (par. 33)

En ce qui concerne la largeur, la Cour conclut, sur la base d'un rapport qui remonte à 1912, ainsi que de photographies aériennes prises entre 1925 et 1985 et d'images satellites réalisées en juin 1975 que le chenal nord est plus large que le chenal sud.

#### *Débit* (par. 34 à 37)

En ce qui concerne le débit, c'est-à-dire le volume d'eau transportée, la Cour n'est pas en mesure de concilier les chiffres présentés par les Parties, qui ont une conception tout à fait différente de ce que sont les chenaux en question. La Cour est d'avis que, pour déterminer le chenal principal, elle doit tenir compte de la laisse des basses eaux, et non des lignes de crues. Il ressort du dossier que, en temps de crues, l'île est submergée par les inondations et toute la région prend l'apparence d'un lac immense. Les deux chenaux n'étant plus distinguables, il n'est pas possible de déterminer lequel de ces chenaux est le chenal principal. La

Cour n'est en conséquence pas convaincue par l'argumentation de la Namibie concernant l'existence d'un grand chenal « principal », dont le chenal sud visible ne serait que le *thalweg*.

#### *Visibilité* (par. 38)

La Cour ne peut pas non plus conclure que, du point de vue de la visibilité – ou physionomie générale –, le chenal sud l'emporte sur le chenal nord comme la Namibie l'a soutenu.

#### *Configuration du profil du lit du chenal* (par. 39)

Ayant examiné les arguments développés par les Parties, ainsi que les cartes et photographies qu'elles ont produites, la Cour ne peut non plus en conclure que, par la configuration du profil de son lit, le chenal sud constituerait le prolongement principal et naturel du cours du Chobe avant la bifurcation.

#### *Navigabilité* (par. 40 à 42)

Cour relève que la navigabilité des cours d'eau présente une grande diversité selon les conditions naturelles qui prévalent. Ces conditions peuvent empêcher l'utilisation du cours d'eau en question par des navires à fort tonnage chargés de marchandises, mais permettre la circulation de bateaux légers à fond plat. En l'espèce, les données fournies par les Parties tendent à prouver que la navigabilité des deux chenaux autour de l'île de Kasikili/Sedudu est limitée par leur manque de profondeur. Cette situation incite la Cour à considérer que, de ce point de vue, le « chenal principal » dans cette région du Chobe est celui des deux qui offre les conditions les plus favorables à la navigation. De l'avis de la Cour, c'est le chenal nord qui répond à ce critère.

Pour les motifs qui précèdent, la Cour conclut que le chenal nord du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu doit être considéré comme son chenal principal suivant le sens ordinaire des termes figurant dans la disposition pertinente du traité de 1890. Elle observe que cette conclusion est étayée par les trois examens effectués sur le site en 1912, en 1948 et 1985, qui ont conduit à la conclusion que le chenal principal du Chobe était le chenal nord.

#### *L'objet et le but du Traité de 1890* (par. 43 à 46)

La Cour recherche alors comment et dans quelle mesure l'objet et le but du Traité peuvent clarifier le sens à attribuer à ses termes. Il s'agit en l'espèce non d'un traité délimitant des frontières à proprement parler mais d'un traité délimitant des sphères d'influence, que les Parties acceptent néanmoins comme le Traité déterminant la frontière entre leurs territoires. La Cour relève que les puissances

contractantes en choisissant les termes « centre du chenal principal », avaient l'intention d'établir une frontière séparant leurs sphères d'influence même dans le cas d'un cours d'eau ayant plusieurs chenaux.

La Cour observe que la navigation semble avoir été un élément qui a orienté le choix des puissances contractantes lorsqu'elles ont procédé à la délimitation de leurs sphères d'influence, mais elle ne considère pas qu'elle ait été le seul but des dispositions du paragraphe 2 de l'article III du Traité. En se référant au chenal principal du Chobe, les parties entendaient à la fois s'assurer la libre navigation sur ce fleuve et procéder à une délimitation aussi précise que possible de leurs sphères d'influence respectives.

#### *La pratique ultérieurement suivie* (par. 47 à 80)

Dans l'instance, le Botswana et la Namibie se sont abondamment référés à la conduite ultérieure des parties au Traité de 1890 – ainsi qu'à celle de leurs successeurs – en tant qu'élément d'interprétation de celui-ci. Si les Parties à la présente affaire conviennent que les accords interprétatifs et la pratique ultérieure constituent des éléments d'interprétation d'un traité en vertu du droit international, en revanche elles s'opposent sur les conséquences qu'il y a lieu de tirer des faits de l'espèce quant à l'interprétation du Traité de 1890.

Le paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, qui, comme il a déjà été indiqué, reflète le droit coutumier, est ainsi libellé :

« 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;

b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du Traité; »

Aux fins d'étayer l'interprétation qu'il donne du paragraphe 2 de l'article III du Traité de 1890, le Botswana invoque principalement trois séries de documents : un rapport de reconnaissance du Chobe établi en août 1912 par un officier de police du protectorat du Bechuanaland, le capitaine Eason; un arrangement intervenu en août 1951 entre un magistrat de la partie orientale de la bande de Caprivi, le major Trollope, et un commissaire de district du protectorat du Bechuanaland, M. Dickinson, ainsi que les échanges de correspondance ayant précédé et suivi cet arrangement; et un accord conclu en décembre 1984 entre les autorités du Botswana et celles de l'Afrique du Sud à l'effet de charger une commission mixte d'effectuer un levé commun sur le Chobe, ainsi que le rapport de cette commission.

#### *Le rapport Eason (1912)* (par. 53 à 55)

La Cour partage l'avis, énoncé par la Namibie et accepté par le Botswana dans la version finale de son argumentation, que le rapport Eason et les circonstances qui l'entourent ne sauraient être considérés comme constitutifs d'une « pratique ultérieurement suivie dans l'application du Traité » de 1890, au sens de l'alinéa b du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne.

#### *La correspondance Trollope-Redman (1947-1951)* (par. 56 à 63)

En 1947, un entrepreneur de transport du Bechuanaland, M. Ker, se proposa de faire descendre du bois d'œuvre par le Chobe en empruntant le chenal nord. Il obtint l'autorisation nécessaire de l'administrateur compétent dans la bande de Caprivi, le major Trollope, mais saisit également les autorités du Bechuanaland. À la suite d'un rapport conjoint intitulé « Frontière entre le protectorat du Bechuanaland et la partie orientale de la bande de Caprivi : île de Kasikili » établi par le major Trollope et M. Redman (commissaire de district à Kasane, Bechuanaland) en 1948, et transmis à leurs autorités respectives, donna lieu à divers échanges de correspondance entre celles-ci.

En 1951, un échange de correspondance entre M. Dickinson, qui avait entre-temps succédé à M. Redman comme commissaire de district à Kasane (Bechuanaland) et le major Trollope aboutit au *gentlemen's agreement* suivant :

« a) nous admettons ne pas être du même avis sur le problème juridique relatif à l'île de Kasikili et la question connexe de la voie d'eau septentrionale;

b) les arrangements administratifs que nous prenons ci-après sont absolument sans préjudice du droit des responsables du protectorat et de ceux de la bande de Caprivi de poursuivre l'examen de la question juridique visée à l'alinéa a s'il est jugé souhaitable de le faire à un moment quelconque et ces arrangements ne pourront pas être invoqués pour soutenir que l'un ou l'autre des territoires a admis quoi que ce soit ou bien a renoncé à quelque prétention que ce soit; et

c) compte tenu de ce qui précède, la situation redevient celle qui existait de facto avant que toute la question prenne un aspect litigieux en 1947 – c'est-à-dire que l'île de Kasikili continuera d'être utilisée par les membres des tribus du Caprivi et que la voie d'eau septentrionale continuera de servir de "voie de circulation ouverte à tous". »

Chaque partie avait toutefois formulé une mise en garde en ce qui concernait sa position dans toute polémique concernant cette île à l'avenir.

La Cour observe que chacune des Parties à la présente instance invoque à l'appui de ses thèses le rapport conjoint de MM. Trollope et Redman et la correspondance qui s'y rattache. À la suite de son examen de l'ensemble de la correspondance, la Cour conclut que les événements ci-dessus rapportés, qui se sont déroulés entre 1947 et 1951, révèlent l'absence d'accord entre l'Afrique du Sud et le Bechuanaland quant à l'emplacement de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu et au statut de l'île. Ces événements ne sauraient dès lors être constitutifs d'une « pratique ultérieurement suivie dans l'application du Traité [de 1890] par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du Traité » (Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, art. 31, par. 3, al. b). A fortiori ne peuvent-ils avoir donné lieu à un « accord ... entre les parties au sujet de l'interprétation du Traité ou de l'application de ses dispositions » (ibid., art. 31, par. 3, al. a).

#### *L'étude conjointe de 1985* (par. 64 à 68)

En octobre 1984, un incident, au cours duquel des coups de feu furent tirés, mit aux prises des membres des forces armées botswanaises et des soldats sud-africains qui se déplaçaient à bord d'une petite embarcation sur le chenal sud du Chobe. Lors d'une réunion tenue à Pretoria, le 19 décembre 1984, entre des représentants de divers ministères de l'Afrique du Sud et du Botswana, il apparut que l'incident s'était produit à la suite de divergences d'interprétation sur l'emplacement exact de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu. Au cours de cette réunion, référence fut faite aux termes du Traité de 1890 et il fut convenu « qu'il y avait urgence à réaliser une étude conjointe afin de déterminer si le chenal principal du Chobe était situé au nord ou au sud de l'île ». L'étude conjointe fut réalisée au début du mois de juillet 1985. Les conclusions jointes au rapport d'étude étaient les suivantes :

« Le chenal principal du Chobe contourne maintenant l'île Sidudu/Kasikili par l'ouest et par le nord (voir carte en annexe).

Les preuves dont on dispose semblent indiquer que tel a été le cas au moins depuis 1912.

Il n'a pas été possible de vérifier si une inondation particulièrement violente a changé le cours du fleuve entre 1890 et 1912. Le capitaine Eason, de la police du protectorat du Bechuanaland, déclare à la page 4 du chapitre I du rapport mentionné précédemment que des inondations ont eu lieu en 1899 et en juin et juillet 1909.

À supposer que le chenal principal du fleuve se soit jamais trouvé au sud de l'île, il est probable que l'érosion de la vallée Sidudu, que l'on peut voir figurée sur la carte C en annexe, a provoqué l'ensablement partiel du chenal sud.

Des photographies aériennes montrant les chenaux du fleuve au voisinage de l'île se trouvent dans les archives des services cartographiques des deux pays. Elles ont été prises en 1925, 1943, 1972, 1977, 1981 et

1982. Les photographies ne font apparaître aucun changement important de l'emplacement des chenaux. »

Ayant examiné la correspondance échangée par la suite entre les autorités de l'Afrique du Sud et du Botswana, la Cour estime qu'elle ne peut conclure que, en 1984 et 1985, l'Afrique du Sud et le Botswana se seraient accordés sur davantage que l'envoi de la commission mixte d'experts. La Cour ne peut en particulier conclure que les deux États se seraient accordés d'une manière ou d'une autre pour se reconnaître juridiquement liés par les résultats du levé conjoint effectué en juillet 1985. Ni les procès-verbaux de la réunion tenue à Pretoria le 19 décembre 1984 ni les termes du mandat confié aux experts ne permettent d'établir un tel accord. Bien plus, la correspondance que les autorités sud-africaines et botswanaises ont échangée par la suite apparaît démentir l'existence de tout accord en ce sens : dans une note verbale du 4 novembre 1985, le Botswana a invité l'Afrique du Sud à accepter les conclusions des experts; non seulement l'Afrique du Sud n'a pas donné cette acceptation, mais elle a, à plusieurs reprises, insisté sur la nécessité pour le Botswana de négocier et de s'entendre sur la question de la frontière avec les autorités compétentes du Sud-Ouest africain/Namibie, voire de la future Namibie indépendante.

#### *Présence des Masubia sur l'île* (par. 71 à 75)

Dans l'instance, la Namibie a elle aussi invoqué, à l'appui de ses thèses, la conduite ultérieure des parties au traité de 1890. Dans son mémoire, elle a soutenu que cette conduite

« est pertinente dans la présente controverse pour trois raisons distinctes. En premier lieu, elle corrobore l'interprétation du traité ... En deuxième lieu, elle constitue un deuxième fondement totalement distinct de la revendication de la Namibie en vertu des doctrines concernant l'acquisition de territoires par prescription, acquiescement et reconnaissance. Et, en dernier lieu, la conduite des parties montre que la Namibie était en possession de l'île à l'époque où il a été mis fin au régime colonial, fait qui est pertinent pour l'application du principe de *l'uti possidetis*. »

Selon la Namibie, la conduite ultérieure sur laquelle elle se fonde consiste dans

« [I]e contrôle et l'utilisation de l'île de Kasikili par les Masubia de la bande du Caprivi, l'exercice de la juridiction sur l'île par les autorités responsables namibiennes et le silence gardé par le Botswana et ses prédécesseurs pendant près d'un siècle en pleine connaissance de cause... »

La Cour indique qu'à ce stade de sa décision, elle n'a pas à se pencher sur l'argument namibien relatif à la prescription. Elle se contentera de rechercher si la présence très ancienne, et qui n'a pas soulevé d'objections, de membres de la tribu des Masubia sur l'île de Kasikili/Sedudu est constitutive d'une « pratique ultérieurement suivie dans l'application du Traité [de 1890] par laquelle est établi l'Accord des parties à l'égard de

l'interprétation du traité » (Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, art. 31, par. 3 b). Pour qu'une telle pratique puisse être démontrée, il faudrait au moins que deux éléments soient établis : d'une part, que l'occupation de l'île par les Masubia ait participé de la conviction des autorités du Caprivi que la frontière fixée par le Traité de 1890 suivait le chenal sud du Chobe; et d'autre part, que ce fait ait été pleinement connu et accepté par les autorités du Bechuanaland comme confirmant la frontière fixée par le traité.

Rien ne montre, de l'avis de la Cour, que la présence intermittente sur l'île d'habitants de la bande de Caprivi ait eu un lien avec des prétentions territoriales des autorités capriviennes. Il semble par conséquent à la Cour que, du côté du Bechuanaland, puis du Botswana, la présence intermittente des Masubia sur l'île n'ait inquiété personne et ait été tolérée, à tout le moins, parce qu'elle n'apparaissait pas liée à une interprétation des termes du Traité de 1890. La Cour conclut ainsi que l'utilisation paisible et ouverte, pendant des années, de l'île de Kasikili/Sedudu par les membres de la tribu des Masubia du Caprivi oriental n'est pas constitutive d'une « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité » [de 1890], au sens de l'alinéa b du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

\*

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

#### *Les cartes en tant que preuve* (par. 81 à 87)

Chacune des deux Parties a produit comme éléments de preuve à l'appui de ses thèses un grand nombre de cartes, qui remontent jusqu'à 1880. La Namibie souligne que la majeure partie des cartes produites dans l'instance, même celles qui proviennent de sources coloniales britanniques et qui n'ont pas pour objet de figurer les frontières du Bechuanaland, tendent à indiquer que la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu se trouve dans le chenal sud du Chobe. La Namibie y voit « une forme spéciale de "pratique ultérieurement suivie" et ... aussi un aspect de l'exercice de la compétence et de l'acquiescement à celle-ci qui aboutit à l'acquisition d'un titre par prescription ». Pour sa part, le Botswana attache une importance moindre aux cartes, et relève notamment que la plupart des cartes anciennes sont trop peu détaillées, ou d'une échelle trop petite, pour être utiles en l'espèce. Le Botswana fait cependant valoir que les

cartes et les croquis disponibles montrent que dès l'époque où des explorateurs européens ont procédé à un levé un tant soit peu détaillé du Chobe, à partir des années 1860 et par la suite, un chenal nord autour de l'île était connu et régulièrement représenté. Toutefois, le Botswana ne tente pas pour autant de démontrer que la frontière se trouverait de ce fait dans le chenal nord. Sa position générale est plutôt que le matériau cartographique place la frontière dans le chenal sud de façon bien moins systématique que la Namibie le prétend.

La Cour commence par rappeler les termes dans lesquels la Chambre chargée de connaître de l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* s'est exprimée sur la valeur probante des cartes :

« les cartes ne sont que de simples indications, plus ou moins exactes selon les cas; elles ne constituent jamais – à elles seules et du seul fait de leur existence – un titre territorial, c'est-à-dire un document auquel le droit international confère une valeur juridique intrinsèque aux fins de l'établissement des droits territoriaux. Certes, dans quelques cas, les cartes peuvent acquérir une telle valeur juridique mais cette valeur ne découle pas alors de leurs seules qualités intrinsèques : elle résulte de ce que ces cartes ont été intégrées parmi les éléments qui constituent l'expression de la volonté de l'État ou des États concernés. Ainsi en va-t-il, par exemple, lorsque des cartes sont annexées à un texte officiel dont elles font partie intégrante. En dehors de cette hypothèse clairement définie, les cartes ne sont que des éléments de preuve extrinsèques, plus ou moins fiables, plus ou moins suspects, auxquels il peut être fait appel, parmi d'autres éléments de preuve de nature circonstancielle, pour établir ou reconstituer la matérialité des faits. » (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 582, par. 54.)

Après avoir examiné le dossier cartographique qui lui a été soumis, la Cour ne s'estime pas à même de tirer des conclusions de celui-ci, eu égard à l'absence de toute carte traduisant officiellement la volonté des parties au Traité de 1890, ainsi que de tout accord exprès ou tacite entre celles-ci ou leurs successeurs sur la validité de la frontière représentée sur une carte, et compte tenu du caractère incertain et contradictoire du matériau cartographique qui lui a été soumis. Celui-ci ne peut dès lors « conforter[r] une conclusion à laquelle le juge est parvenu par d'autres moyens, indépendants des cartes » (*Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 583, par. 56). Il n'est pas davantage susceptible de modifier les résultats de l'interprétation textuelle du Traité de 1890 à laquelle la Cour a procédé ci-dessus.

#### *« Le centre du chenal principal » ou Thalweg* (par. 88 et 89)

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

Selon le texte anglais du Traité, le tracé de cette frontière suit le « centre » du chenal principal, tandis que le texte allemand mentionne le « thalweg ». La Cour a déjà indiqué que, dans l'esprit des parties au Traité de 1890, ces deux termes étaient synonymes, et que le Botswana et la Namibie n'avaient eux-mêmes pas exprimé des positions réellement différentes à cet égard.

Il ressort par ailleurs des travaux préparatoires du Traité que les parties contractantes s'attendaient l'une et l'autre à ce que la navigation sur le Chobe soit possible, et qu'elles avaient toutes deux l'intention d'exploiter cette possibilité. Bien que les parties aient, en 1890, utilisé de façon interchangeable les termes « thalweg » et « centre du chenal », le terme « thalweg » exprime, de façon plus précise que ne le fait l'expression « centre du chenal », l'intention commune de tirer parti des possibilités de navigation. En conséquence, c'est ce premier terme que la Cour estime déterminant au paragraphe 2 de l'article III.

Le Botswana et la Namibie ayant convenu, dans les réponses qu'ils ont apportées à une question posée par un membre de la Cour, que le *thalweg* était constitué par la ligne des sondages les plus profonds, la Cour conclut que la frontière suit cette ligne dans le chenal nord autour de l'île de Kasikili/Sedudu.

#### *La prescription acquisitive* (par. 90 à 99)

La Namibie fonde cependant sa revendication sur l'île de Kasikili/Sedudu, non seulement sur le Traité de 1890, mais encore, à titre subsidiaire, sur la doctrine de la prescription. La Namibie soutient en effet qu'

« en vertu de l'occupation et de l'utilisation continues et exclusives de l'île de Kasikili ainsi que de l'exercice d'une juridiction souveraine sur cette île depuis le début du siècle, au vu et au su des autorités responsables au Bechuanaland et au Botswana et avec leur acceptation et acquiescement, la Namibie a acquis un titre par prescription sur l'île ».

Le Botswana estime que la Cour ne peut prendre en considération les arguments de la Namibie relatifs à la prescription et à l'acquiescement car ceux-ci ne s'inscrivent pas dans le cadre de la question qui lui a été soumise aux termes du compromis.

La Cour note que, aux termes de l'article I du compromis, elle est priée de déterminer la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu et le statut juridique de cette île « sur la base du Traité anglo-allemand du 1<sup>er</sup> juillet 1890 et des règles et principes du droit international ». De l'avis de la Cour, en se référant aux « règles et principes du droit international », le compromis autorise non seulement la Cour à interpréter le Traité de 1890 à la lumière de ceux-ci, mais également à faire une application indépendante desdits règles et principes. La Cour estime en conséquence que le compromis ne lui interdit pas de connaître des arguments relatifs à la prescription avancés par la Namibie.

Après avoir résumé les arguments que chacune des Parties a fait valoir, la Cour observe que les Parties conviennent entre elles que la prescription acquisitive est reconnue en droit international, et qu'elles conviennent de surcroît des conditions auxquelles un titre territorial peut être acquis par prescription, mais qu'elles s'opposent sur le point de savoir si ces conditions sont réunies dans le cas d'espèce. Leur désaccord a essentiellement trait aux conséquences juridiques qui peuvent être tirées de la présence sur l'île de Kasikili/Sedudu des Masubia du Caprivi oriental : alors que la Namibie se fonde essentiellement sur cette présence, considérée à la lumière de la notion d'« administration indirecte », pour prétendre que ses prédécesseurs ont exercé sur l'île une autorité étatique constitutive d'un titre, le Botswana y voit une simple activité « privée » dénuée de toute pertinence au regard du droit international.

La Cour poursuit en faisant observer qu'aux fins de la présente espèce, elle 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. La Cour considère, pour les motifs exposés ci-après, 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. Il résulte de cet examen que, même si des liens d'allégeance ont pu exister entre les Masubia et les autorités du Caprivi, il n'est pas établi que les membres de cette tribu occupaient l'île « à titre de souverain », c'est-à-dire y exerçaient des attributs de la puissance publique au nom de ces autorités. Au contraire, il ressort du dossier de l'affaire que les Masubia utilisaient l'île de façon intermittente, au gré des saisons et selon leurs besoins, à des fins exclusivement agricoles; cette utilisation, antérieure à l'établissement de toute administration coloniale dans la bande de Caprivi, semble s'être ensuite poursuivie sans être liée à des prétentions territoriales de la Puissance administrant le Caprivi. Certes lorsque, en 1947-1948, la question de la frontière dans la région s'est posée pour la première fois entre les autorités locales du protectorat du Bechuanaland et celles de l'Afrique du Sud, et qu'on a estimé que le « chenal principal » du Chobe autour de l'île était le chenal nord, les autorités sud-africaines se sont prévaluées de la présence des Masubia sur l'île pour prétendre qu'elles possédaient un titre fondé sur la prescription. Toutefois, dès ce moment, les autorités du Bechuanaland ont considéré que la frontière se situait dans le chenal nord et que l'île faisait partie du protectorat; après quelques hésitations, elles ont refusé de satisfaire les prétentions sud-africaines sur l'île, tout en reconnaissant la nécessité de protéger les intérêts des tribus du Caprivi. La Cour en infère d'une part que, pour le Bechuanaland, les activités des Masubia sur l'île étaient une question indépendante de celle du titre sur celle-ci, et d'autre part que, lorsque l'Afrique du Sud a officiellement revendiqué ce titre, le Bechuanaland n'a pas accepté cette revendication, ce qui excluait un acquiescement de sa part.

De l'avis de la Cour, 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.

*Le statut juridique de l'île et les deux chenaux qui l'entourent*  
(par. 100 à 103)

Au terme de son interprétation du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, la Cour est parvenue à la conclusion que la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu suit la ligne des sondages les plus profonds dans le chenal nord du Chobe. La Cour n'ayant pas retenu l'argumentation namibienne relative à la prescription, il s'ensuit pour ce motif aussi que l'île de Kasikili/Sedudu fait partie du territoire du Botswana.

La Cour note toutefois que le communiqué de Kasane du 24 mai 1992 prend acte du fait que les Présidents de la Namibie et du Botswana sont convenus et ont décidé que :

« c) l'interaction sociale existante entre la population namibienne et celle du Botswana devait se poursuivre;

d) les activités économiques comme la pêche devaient continuer, étant entendu qu'aucun filet de pêche ne devait être tendu en travers du fleuve;

e) la navigation devait rester sans entrave et, entre autres, les touristes devaient pouvoir se déplacer librement ».

À la lumière des dispositions précitées du communiqué de Kasane, et en particulier de son alinéa e, ainsi que de l'interprétation qui a été donnée de cet alinéa devant elle en l'espèce, la Cour, qui en vertu du compromis est habilitée à déterminer le statut juridique de l'île de Kasikili/Sedudu, conclut que les Parties se sont mutuellement garanti la liberté de navigation, sur les chenaux autour de l'île de Kasikili/Sedudu, pour les bateaux de leurs ressortissants battant pavillon national. Il en résulte que, dans le chenal sud autour de l'île de Kasikili/Sedudu, les ressortissants de la Namibie et les bateaux battant son pavillon sont en droit de bénéficier et bénéficieront du traitement accordé par le Botswana à ses propres ressortissants et aux bateaux battant son propre pavillon. Les ressortissants des deux États et les bateaux battant pavillon du Botswana ou de la Namibie seront soumis aux mêmes conditions en ce qui concerne la navigation et la protection de l'environnement. Dans le chenal nord, chaque Partie accordera également aux ressortissants et aux bateaux battant pavillon de l'autre Partie, sur un pied d'égalité, le régime de traitement national.

*Déclaration du juge Ranjeva*

M. Ranjeva précise l'interprétation qu'il donne de la réponse à l'article I du compromis concernant les articles II

et III du dispositif relatifs au statut de l'île de Kasikili/Sedudu :

1. Par l'effet dévolutif attaché au choix du chenal nord comme chenal principal, l'arrêt a retenu la solution la moins invraisemblable en l'absence d'une comparaison systématique des deux chenaux de navigation; ainsi s'explique le rattachement de l'île de Kasikili/Sedudu au territoire botswanais.

2. Le communiqué de Kasane a créé des obligations juridiques à la charge des deux États parties au litige à propos de la jouissance et l'exercice des droits de leurs ressortissants dans la zone pertinente; en plus du droit de navigation et de pêche dans le chenal, s'ajoute celui du libre accès dans les eaux environnantes et sur le territoire de l'île de Kasikili/Sedudu.

Par ailleurs, en ce qui concerne la présence des Masubia sur l'île de Kasikili/Sedudu, la proposition énoncée au paragraphe 98 de l'arrêt selon laquelle :

« même si des liens d'allégeance ont pu exister entre les Masubia et les autorités du Caprivi, il n'est pas établi que les membres de cette tribu occupaient l'île "à titre de souverain", c'est-à-dire y exerçaient des attributs de la puissance publique au nom de ces autorités »

n'a pas une portée de caractère général, et ne vise que les circonstances particulières de la présente affaire.

*Déclaration du juge Koroma*

Dans sa déclaration, M. Koroma félicite les Gouvernements de la Namibie et du Botswana pour leur décision de porter le différend qui les opposait devant la Cour afin qu'il soit réglé de manière pacifique. Il rappelle que des différends semblables ont par le passé entraîné de graves conflits armés, mettant en danger la paix et la sécurité des États impliqués.

Il déclare en outre que, compte tenu de sa mission, il était inévitable que la Cour choisisse, parmi les différentes interprétations possibles du Traité anglo-allemand de 1890, l'une d'elles comme représentant l'intention commune des parties à l'égard de l'emplacement de la frontière et du statut de l'île. Il précise qu'en faisant ce choix, la Cour a notamment tenu compte du principe de *l'uti possidetis*, principe reconnu dans l'ordre juridique africain en ce qui concerne les frontières des États du continent.

M. Koroma ajoute que la Cour, tout en appliquant ce principe, a décidé que, conformément aux principes contemporains du droit applicable aux cours d'eau internationaux ainsi qu'au communiqué de Kasane, les ressortissants et les bateaux battant pavillon de la République du Botswana et de la République de Namibie doivent bénéficier d'un traitement égal dans les eaux de l'autre État.

M. Koroma est d'avis que l'arrêt devrait donner à la frontière entre les deux pays la validité juridique nécessaire et garantir le traitement équitable d'une ressource naturelle commune.

### *Déclaration du juge Higgins*

M<sup>me</sup> Higgins expose, dans sa déclaration, que contrairement à ce qui est dit dans l'arrêt, la Cour ne procède pas à un exercice d'interprétation d'un traité d'après le sens ordinaire des mots qu'il contient. Ce que fait la Cour, c'est appliquer en 1999 à une portion d'un fleuve que l'on connaît bien aujourd'hui un terme général choisi par les parties en 1890. Pour ce faire, la Cour doit en même temps prendre en considération ce qu'étaient, dans leur ensemble, les intentions des parties en 1890 et l'état des connaissances à l'époque au sujet de la zone en question.

À son avis, il n'y a pas lieu d'accorder un grand poids à des critères liés à la navigation, étant donné que l'on sait aujourd'hui que les espoirs des parties concernant la navigation jusqu'au Zambèze étaient erronées. Le réalisme doit plutôt conduire la Cour à relever les critères présentant un caractère pertinent pour ce qui est de l'autre intention des parties – à savoir parvenir à déterminer une frontière claire, ceci étant un objectif qui peut encore être atteint par la décision de la Cour.

La question de la configuration générale des lieux est donc importante. Bien que l'arête du Chobe constitue la rive dominante dans les deux chenaux, c'est, tout au long de l'année, le chenal nord qui paraît être le plus large et le plus visible. Pour M<sup>me</sup> Higgins, un grand nombre de facteurs, aussi instructifs et intéressants soient-ils, ne sont guère pertinents pour la tâche confiée à la Cour.

### *Opinion individuelle du juge Oda*

M. Oda a voté en faveur du dispositif de l'arrêt car il souscrit à la conclusion de la Cour selon laquelle le chenal nord du Chobe constitue la frontière entre le Botswana et la Namibie.

M. Oda éprouve toutefois de la difficulté à bien saisir l'enchaînement logique du raisonnement de la Cour dans l'arrêt. Celui-ci, selon lui, accorde une importance excessive à la Convention de Vienne sur le droit des traités alors que le recours à cette convention ne se justifie pas d'après lui pour interpréter le Traité anglo-allemand de 1890. Il ne souscrit pas non plus à la démarche de la Cour qui consiste à examiner surtout la pratique antérieure pour rechercher si celle-ci contiendrait des indices d'un « accord ultérieur » ou d'une « pratique ultérieure » au sens de la Convention de Vienne.

M. Oda esquisse ensuite sa conception de l'affaire.

Après avoir examiné le contexte de la saisine de la Cour, M. Oda estime que, le compromis n'ayant pas été rédigé avec la clarté qui sied, les Parties auraient dû être invitées à préciser leur position commune sur la question de savoir si elles considéraient la détermination de la frontière, qui aboutirait ensuite à la détermination du statut juridique de l'île de Kasikili/Sedudu, comme une question unique ou bien si elles considéraient ces deux questions comme distinctes.

Pour M. Oda, identifier le chenal principal et, plus particulièrement, déterminer son emplacement sont des

opérations qui dépendent largement de connaissances scientifiques que la Cour aurait dû acquérir en s'assurant le concours d'experts désignés par ses soins.

Ce n'est cependant pas la solution que la Cour a retenue.

M. Oda ne conteste toutefois pas la décision que la Cour a prise de sa propre initiative sans l'aide d'experts indépendants de retenir le chenal nord comme étant le chenal principal du Chobe et, partant, comme étant la frontière sur le parcours de ce fleuve entre les deux États.

Tout comme la Cour, M. Oda est d'avis que la notion de « prescription acquisitive » n'a aucun rôle à jouer dans la présente affaire.

M. Oda conclut que cela fait de nombreuses décennies que le chenal nord, comme il ressort de certaines pratiques et de certains rapports d'étude consacrés à la région, est considéré comme le chenal principal séparant les zones situées sur les rives nord et sud dans la région de l'île de Kasikili/Sedudu dans le Chobe. Ces facteurs seraient, de l'avis de M. Oda (qui s'oppose sur ce point à la position adoptée par la Cour) ceux qui seraient les plus pertinents pour aider la Cour à déterminer aujourd'hui la frontière entre les deux États. Pour M. Oda, l'intention originale des parties, en saisissant la Cour internationale de Justice par la voie d'un compromis, était de faire déterminer l'emplacement de la frontière.

### *Opinion individuelle du juge Kooijmans*

M. Kooijmans a voté en faveur de l'ensemble des parties du dispositif de l'arrêt. Il est toutefois en désaccord avec la Cour lorsqu'elle estime que le compromis l'autorise, par la référence qu'il fait aux « règles et principes du droit international », à appliquer ceux-ci indépendamment du traité et à examiner la demande subsidiaire de la Namibie, qui est une demande de reconnaissance de son titre sur Kasikili/Sedudu sur la base de la théorie de la prescription acquisitive. Selon M. Kooijmans, cette partie de la requête de la Namibie devrait être déclarée irrecevable puisque le compromis interdit à la Cour de déterminer le statut de l'île indépendamment du Traité; or, c'est exactement ce que la Cour aurait fait si elle avait conclu à la validité de la demande de la Namibie.

Dans la seconde partie de son opinion, M. Kooijmans émet l'idée que les engagements mutuels pris par les Parties dans le communiqué de Kasane de 1992 concernant l'utilisation des eaux autour de l'île de Kasikili/Sedudu rendent compte à l'évidence des éléments nouveaux apparus récemment en droit international comme le principe de l'utilisation équitable et raisonnable des ressources hydriques partagées. Le Chobe autour de l'île constitue indubitablement une portion d'un cours d'eau au sens de la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, laquelle définit le cours d'eau comme « un système d'eaux de surface et d'eaux souterraines constituant, du fait de leurs relations physiques, un ensemble unitaire et aboutissant normalement à un point d'arrivée commun ». Bien que cette convention ne soit pas

entrée en vigueur, elle consacre certains principes et règles, tels que la règle de l'utilisation équitable qui est désormais bien établie en droit international. L'utilisation actuelle des eaux autour de l'île à des fins touristiques peut difficilement être considérée comme participant du transport fluvial et s'apparente davantage aux usages à des fins autres que la navigation qui fait l'objet de la Convention de 1997. Dans les négociations qu'elles auront à l'avenir au sujet de l'utilisation des eaux autour de Kasikili/Sedudu, les Parties devront donc se laisser guider par les règles et principes énoncés dans la convention de 1997.

*Opinion dissidente de M. Weeramantry,  
Vice-Président*

Dans son opinion dissidente, M. Weeramantry, Vice-Président, est d'avis que, puisque les expressions « chenal principal » et « Thalweg des Hauptlaufes » employées dans le Traité de 1890, peuvent s'interpréter de différentes façons, rechercher le sens dans lequel ces expressions étaient entendues à l'époque par les Parties ne pouvait que faciliter de manière importante leur interprétation.

L'utilisation constante de l'île de Kasikili/Sedudu par les Masubia pendant plus de cinquante ans après la signature du traité, l'absence de reconnaissance de leur part d'un titre au profit d'un autre État, l'absence de toute objection face à un tel usage ou de toute revendication de la part des prédécesseurs en titre du Botswana, tout cela conduit à penser qu'entre les parties au Traité et leurs représentants il était entendu à l'époque que les Masubia ne franchissaient pas les frontières nationales. En conséquence, ces éléments montrent que le chenal sud du Chobe doit être la frontière indiquée dans le Traité de 1890. La conduite des gouvernements, plus d'un demi-siècle après ces faits, alors que la situation générale et les relations entre les États ont profondément changé, ne saurait refléter ce qui a été entendu à l'époque.

Le mot « accord » figurant à l'article 31, paragraphe 3 *b*, de la Convention de Vienne sur le droit des traités ne s'entend pas simplement d'un accord verbal; il s'applique à un accord qui peut se traduire par une action ou une abstention, une affirmation ou le silence.

M. Weeramantry, dans son opinion, analyse le principe du *thalweg* et souligne l'ambivalence des critères scientifiques et du critère de navigabilité, dès lors qu'il s'agit de déterminer le chenal principal.

Il souligne la richesse de l'île de Kasikili/Sedudu en tant qu'habitat naturel de la faune ainsi que les principes juridiques qui découlent de ce fait.

M. Weeramantry traite ensuite de l'utilisation équitable, à des fins de navigation, des fleuves frontières et de la manière dont un juge peut trancher la question de la démarcation d'une frontière qui implique le démantèlement ou la division d'un écosystème.

Il évoque également la part qui peut être faite à l'équité dans le tracé d'une frontière.

Il examine les différences existant entre les traités traitant de sphères d'influence et les traités frontaliers *stricto sensu* ainsi que l'importance qui s'attache à une telle distinction dans le domaine des délimitations frontalières.

Il consacre d'assez longs développements à la question de l'instauration de régimes internationaux conjoints destinés à préserver l'environnement.

En définitive, le point de vue qu'exprime M. Weeramantry dans son opinion est que, si l'île appartient à la Namibie, il faudrait instaurer entre les deux pays un régime international conjoint pour préserver son environnement.

*Opinion dissidente du juge Fleischhauer*

M. Fleischhauer a voté contre les paragraphes 1 et 2 du dispositif de l'arrêt de la Cour. Il se dissocie du sens que la Cour attribue à l'expression « chenal principal de ce fleuve »/« Hauptlauf dieses Flusses » que celle-ci interprète comme visant le chenal nord plutôt que le chenal sud du Chobe à hauteur de l'île de Kasikili/Sedudu. Le rejet par la Cour de la thèse de la Namibie sur l'acquisition d'un titre par prescription sur l'île fait que son désaccord sur l'interprétation de l'expression « chenal principal de ce fleuve »/« Hauptlauf dieses Flusses » a une incidence sur son appréciation non seulement de l'emplacement de la frontière mais aussi du statut territorial de l'île. C'est la raison pour laquelle il a voté non seulement contre le premier mais aussi contre le deuxième paragraphe du dispositif. M. Fleischhauer a cependant voté en faveur du troisième paragraphe.

M. Fleischhauer rejoint la Cour dans son analyse du rôle de la prescription dans la présente affaire, mais formule une observation supplémentaire.

*Opinion dissidente du juge Parra-Aranguren*

1. M. Parra-Aranguren relève, tout comme l'arrêt, que le Botswana et la Namibie ne s'accordent pas sur le sens de l'expression « *centre du chenal principal (Thalweg des Hauptlaufes) [du Chobe]* » figurant au paragraphe 2 de l'article III de l'Accord anglo-allemand de 1890; que le traité lui-même ne la définit pas; qu'aucune autre des dispositions du traité ne donne par implication d'indications utiles pour l'interpréter et que ce membre de phrase doit dans ces conditions s'interpréter conformément au droit international coutumier tel qu'il est exprimé à l'article 31 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Aussi faut-il, conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de cet article, examiner « toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du Traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du Traité » tout en gardant toujours à l'esprit que cet accord peut être établi non seulement par la conduite commune ou parallèle des parties, mais aussi par les actes d'une seule de celles-ci si l'autre y acquiesce ou ne s'y oppose pas.

2. Pour M. Parra-Aranguren, le rapport du capitaine Eason (de 1912), le rapport conjoint établi par MM. Trollope et Redman (de 1948), l'échange de lettres auquel celui-ci a donné lieu entre 1948 et 1951 et le rapport de M. Renew (de 1965) conduisent à conclure que les Masubia du Caprivi oriental étaient les seuls membres de tribus à avoir utilisé l'île de Kasikili/Sedudu du moins jusqu'en 1914, que leur occupation de cette île était paisible et publique et que leurs chefs, comme le reconnaît le Botswana, « étaient devenus *en un certain sens* des agents de l'administration coloniale » (voir le paragraphe 85 de son opinion dissidente). Il estime par conséquent que la pratique ultérieure de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne traduisait leur accord sur le fait que l'île de Kasikili/Sedudu faisait partie du Sud-Ouest africain allemand et que le chenal sud du Chobe était le « chenal principal » visé au paragraphe 2 de l'article III de l'Accord anglo-allemand de 1890.

3. M. Parra-Aranguren rappelle en outre que la pratique ultérieure des parties à l'Accord anglo-allemand de 1890 n'est pertinente que jusqu'au début de la Première Guerre mondiale, lorsque le Caprivi oriental a été occupé par des forces rhodésiennes en septembre 1914, qu'aucune pratique ultérieure des parties au Traité n'était possible pendant que les troupes britanniques exerçaient un contrôle de facto sur le Sud-Ouest africain, que la Société des Nations a confirmé en 1920 l'institution du mandat pour le Sud-Ouest africain et que, pendant toute la durée du mandat pour le Sud-Ouest

africain (la Namibie), aucune des parties au Traité anglo-allemand de 1890 n'avait compétence pour reconnaître, que ce soit par accord exprès ou par la pratique ultérieure, que le « chenal principal » susmentionné du Chobe était le chenal nord et non le chenal sud étant donné que cette nouvelle interprétation aurait modifié le territoire assujéti au mandat. L'accord qui s'était établi à l'origine a en conséquence été maintenu, ce qui conduit M. Parra-Aranguren à conclure que l'île de Kasikili/Sedudu fait partie de la Namibie et que le chenal sud du Chobe est le « chenal principal » visé au paragraphe 2 de l'article III de l'Accord anglo-allemand de 1890.

#### *Opinion dissidente du juge Rezek*

M. Rezek, dans son opinion dissidente, souligne les ambiguïtés de la géographie dans la région de Kasikili/Sedudu. Il critique les arguments ayant trait à la navigabilité, à la visibilité et au prolongement naturel de la rivière lors de la bifurcation. Il interprète le Traité anglo-allemand de 1890 à la lumière de l'histoire, prenant en considération la conduite des parties, le principe du partage équitable des ressources du cours d'eau, la cartographie, l'occupation effective de l'île par les Masubia du Caprivi. Il affirme la prééminence des éléments conduisant à la détermination de la frontière dans le chenal sud et de la souveraineté de la Namibie sur Kasikili/Sedudu.



**CROQUIS N° 1**  
**Botswana et Namibie**  
N.B. : Ce croquis a été établi  
par la Cour à des fins  
purement illustratives

Croquis non à l'échelle

