

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING
KASIKILI/SEDUDU ISLAND
(BOTSWANA/NAMIBIA)

JUDGMENT OF 13 DECEMBER 1999

1999

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE
DE L'ÎLE DE KASIKILI/SEDUDU
(BOTSWANA/NAMIBIE)

ARRÊT DU 13 DÉCEMBRE 1999

Official citation:

*KasikililSedudu Island (Botswana/Namibia),
Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 1045*

Mode officiel de citation:

*Ile de KasikililSedudu (Botswana/Namibie),
arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045*

ISSN 0074-4441
ISBN 92-1-070840-7

Sales number
N° de vente:

768

13 DECEMBER 1999

JUDGMENT

KASIKILI/SEDUDU ISLAND
(BOTSWANA/NAMIBIA)

ÎLE DE KASIKILI/SEDUDU
(BOTSWANA/NAMIBIE)

13 DÉCEMBRE 1999

ARRÊT

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 1999

13 décembre 1999

1999
13 décembre
Rôle général
n° 98

AFFAIRE
DE L'ÎLE DE KASIKILI/SEDUDU
(BOTSWANA/NAMIBIE)

Compromis.

Tâches de la Cour — Détermination de la frontière autour de l'île de Kasikili Sedudu — Détermination du statut juridique de l'île.

Droit applicable — Traité anglo-allemand de 1890 — Règles et principes du droit international.

* *

Traité de 1890 — Règles d'interprétation exprimées dans la convention de Vienne de 1969 — Prise en compte de l'état présent des connaissances scientifiques.

Texte de l'article III du traité — Version anglaise parlant du « centre du chenal » principal et version allemande utilisant le terme « thalweg » dudit chenal — Définitions diverses du terme « thalweg » — Equipollence des expressions « centre du chenal principal » et « Thalweg des Hauptlaufes » — Méthode à adopter pour l'interprétation de ces expressions — Détermination du « chenal principal » — Sens ordinaire des termes « chenal principal » — Critères permettant d'identifier le « chenal principal » — Pluralité des critères à retenir (profondeur ; largeur ; débit ; navigabilité) — Questions de la visibilité (ou physionomie générale) et de la configuration du profil du lit du chenal.

Objet et but du traité de 1890.

Travaux préparatoires.

Conduite ultérieure des parties au traité et de leurs successeurs — Article 31, paragraphe 3, de la convention de Vienne de 1969 — Rapport Eason (1912) — Correspondance Trollope-Redman (1947-1951) — Levé conjoint de 1985 — Présence des Masubia sur l'île — Pertinence des faits constatés en l'absence de pratique ultérieure.

* *

Dossier cartographique — Valeur probante des cartes — Cartes exprimant officiellement la volonté des parties contractantes — Accord exprès ou tacite sur la validité d'une frontière figurée sur une carte.

Emplacement de la frontière dans le « chenal principal » — Terme « thalweg » déterminant au paragraphe 2 de l'article III du traité — Ligne des sondages les plus profonds.

* *

Prescription acquisitive — Référence aux « Règles et principes du droit international » dans le compromis — Conditions de fond énoncées par la Namibie.

* *

Statut de l'île de Kasikili/Sedudu — Communiqué de Kasane de 1992 — Garanties mutuelles en matière de liberté de navigation.

ARRÊT

Présents: M. SCHWEBEL, président; M. WEERAMANTRY, vice-président; MM. ODA, BEDJAOU, GUILLAUME, RANJEVA, HERCZEGH, SHI, FLEISCHHAUER, KOROMA, VERESHCHETIN, M^{me} HIGGINS, MM. PARRA-ARANGUREN, KOOLJMAN, REZEK, juges; M. VALENCIA-OSPINA, greffier.

En l'affaire de l'île de Kasikili/Sedudu,

entre

la République du Botswana,
représentée par

M. Abednego Batshani Tafa, *Advocate* de la *High Court* et *Court of Appeal* du Botswana, *Attorney-General* adjoint,

comme agent, conseil et avocat;

S. Exc. M. S. C. George, ambassadeur de la République du Botswana auprès de l'Union européenne à Bruxelles,

comme coagent;

M. Molosiwa L. Selepeng, secrétaire permanent aux affaires politiques, services de la présidence,

M. Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., professeur de droit international public à l'Université d'Oxford, titulaire de la chaire Chichele, membre de la Commission du droit international, membre du barreau d'Angleterre, membre de l'Institut de droit international,

Lady Fox, Q.C., ancienne directrice du *British Institute of International and Comparative Law*, membre du barreau d'Angleterre, membre associé de l'Institut de droit international,

M. Stefan Talmon, *Rechtsassessor*, D.Phil. (Oxon), LL.M. (Cantab.), *Wissenschaftlicher Assistent* à la faculté de droit de l'Université de Tübingen, comme conseils et avocats;

- M. Timothy Daniel, *Solicitor* de la *Supreme Court*, associé du cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres
M. Alan Perry, *Solicitor* de la *Supreme Court*, associé du cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,
M. David Lerer, *Solicitor* de la *Supreme Court*, assistant du cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,
M. Christopher Hackford, *Solicitor* de la *Supreme Court*, assistant du cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,
M. Robert Paydon, *Solicitor* de la *Supreme Court*, assistant du cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,

comme conseils;

- M. F. T. K. Sefe, professeur d'hydrologie, département des sciences de l'environnement de l'Université du Botswana, Gaborone,
M. Isaac Muzila, B.Sc. (génie civil), ingénieur général en hydrologie, département des ressources en eau du Botswana,
M. Alan Simpkins, F.R.I.C.S., (prof.) M.I.T.E.S. (S.A.), L.S. (Bots.), géomètre en chef et adjoint au directeur du département de la topographie et de la cartographie du Botswana,
M. Scott B. Edmonds, directeur des opérations cartographiques, société GeoSystems Global Corporation, Columbia, Maryland (Etats-Unis d'Amérique),
M. Robert C. Rizzutti, cartographe hors classe, société GeoSystems Global Corporation, Columbia, Maryland (Etats-Unis d'Amérique),
M. Justin E. Morrill, concepteur multimédia hors classe, société GeoSystems Global Corporation, Columbia, Maryland (Etats-Unis d'Amérique),

comme conseillers scientifiques et techniques;

- M. Bapasi Mphusu, attaché de presse principal, département de l'information et de la radiotélévision, Gouvernement du Botswana,

comme conseiller à l'information;

- M^{me} Coralie Ayad, cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,
M^{me} Marilyn Beeson, cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,
M^{me} Michelle Burgoine, cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,

comme administrateurs,

et

la République de Namibie,
représentée par

- M. Albert Kawana, secrétaire permanent du ministère de la justice de Namibie, comme agent, conseil et avocat;
S. Exc. M. Zedekia J. Ngavirue, ambassadeur de la République de Namibie aux Pays-Bas,
comme agent adjoint;
M. Abram Chayes, professeur émérite de droit à la faculté de droit de l'Université de Harvard, titulaire de la chaire Felix Frankfurter,

Sir Elihu Lauterpacht, C.B.E., Q.C., professeur honoraire de droit international à l'Université de Cambridge, membre de l'Institut de droit international,

M. Jean-Pierre Cot, professeur émérite à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles, vice-président du Parlement européen,

M. Jost Delbrück, directeur de l'Institut de droit international Walther-Schücking à l'Université de Kiel,

M. Julio Faundez, professeur de droit à l'Université de Warwick,

comme conseils et avocats;

M. W. J. R. Alexander, professeur émérite d'hydrologie à l'Université de Pretoria,

M. Keith S. Richards, professeur au département de géographie de l'Université de Cambridge,

Le colonel Dennis Rushworth, ancien directeur du service de cartographie de l'armée au ministère de la défense du Royaume-Uni,

M. Lazarus Hangula, directeur du centre de recherches pluridisciplinaires de l'Université de Namibie,

comme avocats:

M. Arnold M. Mtopa, juriste principal au ministère de la justice de Namibie,

M. Collins Parker, juriste principal au ministère de la justice de Namibie,

M. Edward Helgeson, chargé de recherches au *Lauterpacht Research Centre for International Law* de l'Université de Cambridge,

M^{me} Tonya Putnam, de la faculté de droit de l'Université de Harvard,

comme conseils et conseillers;

M. Peter Clark, ancien chef de la division de la recherche cartographique au ministère de la défense du Royaume-Uni,

comme conseiller technique;

M. Samson N. Muhapi, assistant spécial du secrétaire permanent du ministère de la justice de Namibie,

M^{me} Kyllikki M. Shaduka, secrétaire particulière au ministère de la justice de Namibie,

M^{me} Mercia G. Louw, secrétaire particulière au ministère de la justice de Namibie,

comme auxiliaires administratifs;

M. Peter Denk, journaliste,

M. Muyenga Muyenga, journaliste,

comme conseillers à l'information,

LA COUR,

ainsi composée,

après délibéré en chambre du conseil,

rend l'arrêt suivant:

1. Par une lettre conjointe en date du 17 mai 1996, déposée au Greffe de la Cour le 29 mai 1996, les ministres des affaires étrangères de la République du Botswana (dénommée ci-après le « Botswana ») et de la République de Namibie (dénommée ci-après la « Namibie ») ont transmis au greffier le texte original

d'un compromis entre les deux Etats, signé à Gaborone le 15 février 1996 et entré en vigueur le 15 mai 1996, date de l'échange des instruments de ratification.

2. Dans sa traduction française, le texte du compromis se lit comme suit :

« *Considérant* qu'a été signé le 1^{er} juillet 1890 un traité entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne (l'accord anglo-allemand de 1890) qui porte sur les sphères d'influence des deux pays en Afrique ;

Considérant qu'un différend relatif à la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu oppose la République du Botswana et la République de Namibie ;

Considérant que les deux pays souhaitent régler ce différend par des moyens pacifiques conformément aux principes de la Charte de l'Organisation des Nations Unies et de la charte de l'Organisation de l'unité africaine ;

Considérant que les deux pays ont constitué, le 24 mai 1992, une commission mixte d'experts techniques chargée d'examiner la question de la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu « aux fins de déterminer la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu » sur la base du traité du 1^{er} juillet 1890, qui porte sur les sphères d'influence de la Grande-Bretagne et de l'Allemagne en Afrique, et des principes applicables du droit international ;

Considérant que la commission mixte d'experts techniques n'est pas parvenue à se prononcer sur la question qui lui avait été soumise et a recommandé « le recours à un mode de règlement pacifique du différend sur la base des règles et principes applicables du droit international » ;

Considérant que, lors de la réunion au sommet, qui s'est tenue le 15 février 1995 à Harare (Zimbabwe), et à laquelle ont pris part LL. EE. sir Ketumile Masire, président de la République du Botswana, M. Sam Nujoma, président de la République de Namibie, et M. Robert Mugabe, président de la République du Zimbabwe, les chefs d'Etat de la République du Botswana et de la République de Namibie, agissant au nom de leurs gouvernements respectifs, sont convenus de saisir la Cour internationale de Justice afin que celle-ci rende un arrêt définitif et obligatoire sur le différend qui les oppose ;

En conséquence la République du Botswana et la République de Namibie ont conclu le compromis suivant :

Article I

La Cour est priée de déterminer, sur la base du traité anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890 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.

Article II

1. La procédure consistera en la présentation de pièces de procédure écrite et en plaidoiries.

2. Les pièces de la procédure écrite comprendront :

a) un mémoire présenté à la Cour par chacune des Parties au plus tard neuf mois après la notification du compromis au greffier de la Cour

- conformément au paragraphe 2 de l'article VII du présent compromis;
- b) un contre-mémoire présenté à la Cour par chacune des Parties au plus tard neuf mois après la date du dépôt des mémoires;
 - c) toutes autres pièces de procédure écrite dont le dépôt, à la demande de l'une ou l'autre des Parties, aura été autorisé par la Cour, ou prescrit par celle-ci.
3. Les pièces de la procédure écrite, déposées auprès du greffier, ne seront transmises à l'autre Partie que lorsque le greffier aura reçu de ladite Partie la pièce de procédure correspondante.

Article III

Les règles et principes du droit international qui s'appliquent au différend sont ceux qui sont énumérés au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

Article IV

Les Parties conviendront, avec l'approbation de la Cour, de l'ordre dans lequel elles seront entendues au cours de la procédure orale; à défaut d'accord entre les Parties, cet ordre sera celui que prescrira la Cour.

Article V

L'ordre de présentation des pièces de procédure écrite et des plaidoiries ne préjuge en rien de la charge de la preuve.

Article VI

La procédure se déroulera en anglais.

Article VII

1. Le présent compromis entrera en vigueur à la date de l'échange par les deux gouvernements des instruments de ratification.
2. Conformément aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 40 du Statut de la Cour, le compromis sera notifié à la Cour par une lettre conjointe des Parties adressée au greffier.
3. Si une telle notification n'a pas été effectuée au cours des deux mois suivant l'entrée en vigueur du compromis, celui-ci pourra être notifié au greffier par l'une ou l'autre des Parties.

Article VIII

1. Chacune des Parties peut exercer le droit que lui confère le paragraphe 3 de l'article 31 du Statut de la Cour de procéder à la désignation d'un juge de son choix.
2. La Partie qui décide d'exercer le droit visé au paragraphe 1 ci-dessus en avertit d'abord l'autre Partie par écrit.

Article IX

1. L'arrêt que la Cour rendra sur le différend décrit à l'article 1 sera définitif et obligatoire pour les Parties.
2. Une fois que la Cour aura rendu son arrêt, les Parties prendront, dans les meilleurs délais, les mesures nécessaires à son application.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés à cette fin, ont signé le présent compromis et y ont apposé leurs sceaux.»

3. Conformément au paragraphe 3 de l'article 40 du Statut et à l'article 42 du Règlement de la Cour, des copies de la notification et du compromis ont été transmises par le greffier au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, aux Membres des Nations Unies et aux autres Etats admis à ester devant la Cour.

4. Par ordonnance du 24 juin 1996, la Cour a fixé au 28 février 1997 la date d'expiration du délai pour le dépôt d'un mémoire par chaque Partie, et au 28 novembre 1997 la date d'expiration du délai pour le dépôt par chacune d'elles d'un contre-mémoire, eu égard aux dispositions des alinéas *a)* et *b)* du paragraphe 2 de l'article II du compromis. Ces pièces ont été dûment déposées dans les délais ainsi prescrits.

5. Par ordonnance du 27 février 1998, la Cour a fixé au 27 novembre 1998 la date d'expiration du délai pour le dépôt d'une réplique par chaque Partie, eu égard aux dispositions de l'alinéa *c)* du paragraphe 2 de l'article II du compromis et compte tenu de l'accord intervenu entre les Parties, tel qu'exprimé dans une lettre conjointe de leurs agents datée du 16 février 1998. Les répliques ont été dûment déposées dans le délai ainsi prescrit. Les Parties n'ayant pas demandé la production d'autres pièces, et la Cour n'ayant pas elle-même jugé celle-ci nécessaire, l'affaire s'est alors trouvée en état.

6. Conformément au paragraphe 2 de l'article 53 du Règlement, la Cour a décidé, après s'être renseignée auprès des Parties, que des exemplaires des pièces de procédure et des documents y annexés seraient rendus accessibles au public à l'ouverture de la procédure orale.

7. Des documents nouveaux ont été produits par chacune des Parties, avec l'assentiment de l'autre, conformément au paragraphe 1 de l'article 56 du Règlement. La Namibie, se prévalant de la faculté conférée par le paragraphe 3 de l'article 56 du Règlement, a en outre présenté des observations au sujet de certains documents nouveaux produits par le Botswana.

8. Les Parties ayant été dûment consultées, conformément au paragraphe 2 de l'article 58 du Règlement, et ayant fait connaître à la Cour leur accord sur l'ordre de parole, conformément à l'article IV du compromis, des audiences publiques ont été tenues entre le 15 février et le 5 mars 1999, au cours desquelles ont été entendus en leurs plaidoiries et réponses :

Pour la Namibie: M. Albert Kawana,
M. Abram Chayes,
M. Jost Delbrück,
M. W. J. R. Alexander,
M. Lazarus Hangula,
M. Julio Faundez,
Le colonel Dennis Rushworth,
M. Jean-Pierre Cot.

Pour le Botswana: M. Abednego Batshani Tafa,
M. Molosiwa L. Selepeng,
M. Ian Brownlie,
Lady Fox,
M. Stefan Talmon,
M. F. T. K. Sefe,
M. Isaac Muzila.

A l'audience, chacune des Parties a présenté une vidéocassette, après que lesdites cassettes eurent été échangées entre les Parties par l'entremise du Greffe.

Des questions ont par ailleurs été posées par des Membres de la Cour, auxquelles les deux Parties ont répondu par écrit, dans le délai fixé à cet effet.

*

9. Dans la procédure écrite, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties:

Au nom du Botswana,

dans le mémoire, le contre-mémoire et la réplique:

«Plaise à la Cour de dire et juger:

- 1) 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:*
- 2) partant, la souveraineté sur l'île de Kasikili/Sedudu appartient exclusivement à la République du Botswana.»

Au nom de la Namibie,

dans le mémoire et le contre-mémoire:

«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 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.»

dans la réplique:

«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.»

10. Dans la procédure orale, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties:

Au nom du Botswana,

à l'audience du 5 mars 1999:

«*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.»

Au nom de la Namibie,

à l'audience du 2 mars 1999:

Les conclusions lues à l'audience étaient identiques à celles présentées par la Namibie dans la réplique.

* * *

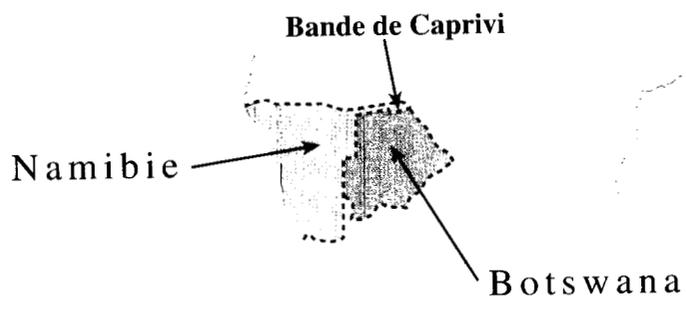
11. Les Parties, aux termes du compromis, prient la Cour «de déterminer, sur la base du traité anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890 et des règles et principes du droit international, la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu ainsi que le statut juridique de cette île». L'île dont il est question, qui en Namibie est appelée «Kasikili» et au Botswana «Sedudu», a une superficie d'environ 3,5 kilomètres carrés (1,5 mile carré). Elle est située sur le cours du Chobe, qui la contourne au nord et au sud, dans la région circonscrite approximativement par les méridiens 25° 07' et 25° 08' de longitude est, et les parallèles 17° 47' et 17° 50' de latitude sud; elle se trouve à une vingtaine de kilomètres (12,5 miles) en amont de Kazungula, où le Chobe se jette dans le Zambèze. Le Chobe prend sa source sur le plateau central de l'Angola, où il est appelé le Rio Cuando. Il change ensuite de nom à diverses étapes de son parcours. Lorsqu'il franchit la frontière pour entrer en Namibie, il devient le Kwando puis le Mashi, qui s'écoule de façon générale vers le sud pour atteindre la zone de marais du Linyanti (ou marais du Linyandi). A partir de cet endroit, le fleuve se dénomme Linyanti (ou Linyandi) jusqu'à ce qu'il atteigne le lac Liambezi. Au sortir du lac, il prend le nom de Chobe. La localité botswanaise de Kasane se trouve sur la rive sud, à environ un kilomètre et demi en aval de l'île de Kasikili/Sedudu, tandis que le village namibien de Kasika est situé sur la rive nord-ouest.

12. Presque exactement au sud de l'île, du côté botswanais, se trouve le

siège du parc national du Chobe, réserve où est protégée une grande variété d'animaux sauvages. La rive sud est caractérisée par un escarpement sablonneux qui s'élève de 900 à 1000 mètres au-dessus du niveau moyen de la mer. La région qui se trouve du côté namibien, au nord de l'île, ne présente pas de caractéristique géographique de ce genre. Elle appartient à la bande de territoire appelée « bande de Caprivi », du nom du chancelier allemand en fonction à l'époque de la conclusion de l'accord anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890 (ci-après dénommé le « traité de 1890 »). Cette partie de la bande de Caprivi est située à l'intérieur de la plaine d'inondation saisonnière du Zambèze. L'île, qui s'élève à 927 mètres au-dessus du niveau moyen de la mer, fait partie de cette plaine et est sujette à des inondations qui commencent vers le mois de mars et durent plusieurs mois. Aux fins de faciliter la lecture de son arrêt, la Cour joint ci-après trois croquis: le premier situant le Botswana et la Namibie sur le continent africain (croquis n° 1, page 1055); le deuxième figurant la bande de Caprivi et le Chobe (croquis n° 2, page 1056); et le troisième figurant l'île de Kasikili/Sedudu (croquis n° 3, page 1057).

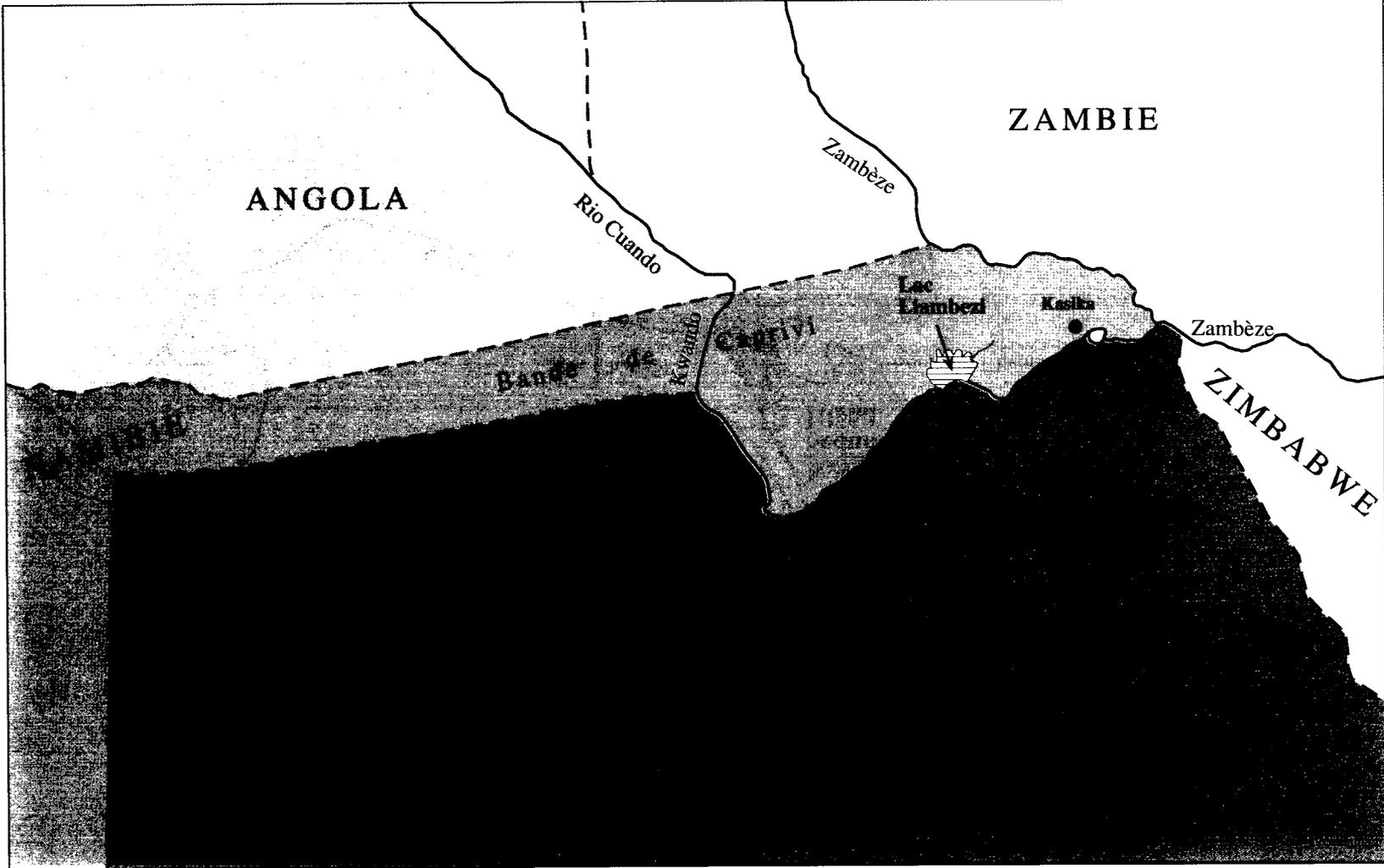
13. Le différend qui oppose les Parties trouve son origine dans la course engagée entre les puissances coloniales européennes au XIX^e siècle pour le partage de l'Afrique. Au printemps de 1890, l'Allemagne et la Grande-Bretagne entamèrent des négociations en vue de parvenir à un accord en ce qui concerne leur commerce et leurs zones d'influence en Afrique. Dans le sud-ouest du continent, la Grande-Bretagne tentait de protéger les voies commerciales allant du sud au nord, à travers le lac Ngami, jusqu'aux chutes Victoria, tandis que l'Allemagne, qui avait déjà revendiqué une partie importante de ce que l'on appelait « Sud-Ouest africain », tentait de se faire reconnaître par les Britanniques un accès au Zambèze. Ces négociations aboutirent à la conclusion du traité de 1890, qui concerne plusieurs régions du continent africain, à savoir l'Afrique orientale, le sud-ouest de l'Afrique, le Togo et Zanzibar, et porte cession à l'Allemagne de l'île d'Heligoland en échange de Zanzibar. Le traité délimite 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.

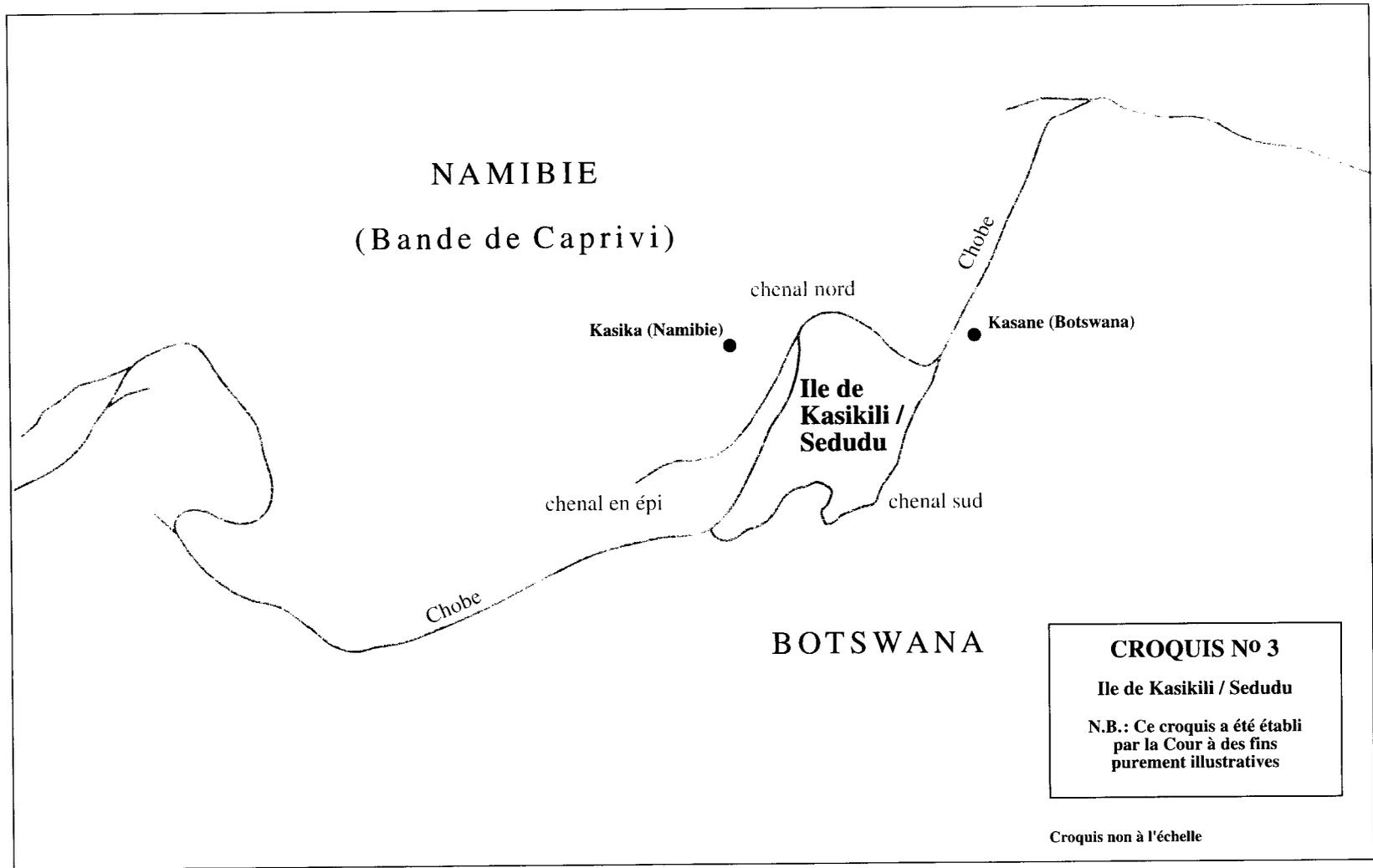
14. Au cours du siècle suivant, le statut des territoires en cause subit diverses mutations. Le 30 septembre 1966, la République indépendante du Botswana vit le jour sur le territoire de l'ancien protectorat britannique du Bechuanaland. Quant à l'administration par l'Allemagne du Sud-Ouest africain, elle fut de courte durée. Lorsque la première guerre mondiale éclata en 1914, la bande de Caprivi fut occupée et administrée par des forces britanniques venues de la Rhodésie du Sud. De 1919 à 1966, l'Afrique du Sud fut chargée de l'administration du territoire du Sud-Ouest africain en vertu d'un mandat de la Société des Nations. Pendant une partie de cette période, de 1921 jusqu'à 1929, l'Afrique du Sud délégua l'administration de la bande de Caprivi aux autorités du protectorat britannique du Bechuanaland. Il fut mis fin au mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain par l'Assemblée générale des Nations Unies



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





NAMIBIE
(Bande de Caprivi)

Kasika (Namibie)

chenal nord

Chobe

Kasane (Botswana)

Ile de
Kasikili /
Sedudu

chenal en épi

chenal sud

Chobe

BOTSWANA

CROQUIS N° 3

Ile de Kasikili / Sedudu

**N.B.: Ce croquis a été établi
par la Cour à des fins
purement illustratives**

Croquis non à l'échelle

en 1966, puis l'Assemblée créa un conseil des Nations Unies pour le Sud-Ouest africain (devenu par la suite conseil des Nations Unies pour la Namibie) qu'elle désigna comme l'autorité responsable de l'administration de la Namibie; toutefois l'Afrique du Sud, en dépit de la politique contraire de l'Organisation des Nations Unies, continua de contrôler *de facto* ce territoire jusqu'à l'accession de la Namibie à l'indépendance le 21 mars 1990.

15. Peu après l'indépendance de la Namibie, des divergences de vues apparurent entre les deux Etats au sujet de l'emplacement de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu. Les parties n'ayant pu résoudre entre elles leur différend, il fut fait appel aux bons offices du président du Zimbabwe. Ses efforts aboutirent à la tenue, en mai 1992, d'une réunion entre les présidents des trois pays, à Kasane (Botswana); à l'issue de cette réunion, un communiqué fut adopté, proclamant que la question devait être résolue par des moyens pacifiques et prenant acte de l'accord des présidents de soumettre la détermination de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu à une commission mixte d'experts techniques. Le mandat de la commission mixte fit l'objet d'un accord entre les parties en décembre 1992, et la commission procéda de septembre 1993 à août 1994 aux levés dont elle était chargée. Dans son rapport final, publié le 20 août 1994, la commission annonça qu'elle n'était pas parvenue à une conclusion acceptée de part et d'autre sur la question qui lui était posée, et elle recommanda le recours au règlement pacifique du différend sur la base des règles et principes applicables du droit international.

16. En février 1995, les trois présidents se réunirent à Harare (Zimbabwe) pour examiner le rapport de la commission mixte d'experts techniques. Au cours de cette réunion, il fut décidé que le différend serait soumis à la Cour internationale de Justice, pour règlement définitif et obligatoire. Conformément à cette décision, le Botswana et la Namibie ont, par compromis signé à Gaborone le 15 février 1996, porté le différend devant la Cour.

* * *

17. La Cour rappellera qu'aux termes de l'article I du compromis, elle

«est priée de déterminer, sur la base du traité anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890 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 tâche de la Cour est donc double: déterminer à la fois la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu et le statut juridique de cette île. A cet effet, la Cour doit se fonder sur le traité de 1890 et sur les règles et principes du droit international.

*

18. 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 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. La Cour 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 (voir *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 21, par. 41; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 812, par. 23). L'article 4 de la convention, selon lequel «celle-ci s'applique uniquement aux traités conclus par des Etats après son entrée en vigueur à l'égard de ces Etats», 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.

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.»

19. Le compromis se réfère en outre, dans son article I, aux «règles et principes du droit international». L'article III ajoute que ces règles et principes «sont ceux qui sont énumérés au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.» La Cour reviendra plus tard sur la question — contestée entre les Parties — de savoir si cette référence aux «règles et principes du droit international» dans le compromis lui permet de connaître de l'argumentation présentée à titre subsidiaire par la Namibie et fondée sur la doctrine de la prescription (voir paragraphes 90-94 ci-après).

Les Parties se réfèrent par ailleurs aux principes de la Charte des Nations Unies et de la charte de l'Organisation de l'unité africaine, ainsi qu'à la résolution AHG/Rés. 16 (I), adoptée au Caire le 21 juillet 1964 par la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine. Aux termes de cette résolution, les Etats membres de l'Organisation de l'unité africaine s'engagent notamment à respecter les

frontières existant au moment où ils ont accédé à l'indépendance (application du principe de *uti possidetis juris*).

* * *

20. La Cour procédera maintenant à l'interprétation du traité de 1890 en appliquant les règles d'interprétation exprimées dans la convention de Vienne de 1969. Elle rappellera que :

«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. 21-22, par. 41.)

Aux fins d'éclairer le sens des mots retenus en 1890, rien ne s'oppose à ce que la Cour tienne compte de l'état présent des connaissances scientifiques, tel que reflété dans le matériau documentaire que les Parties ont produit devant elle (comp. *Controversia sobre el recorrido de la traza del límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy (Argentine/Chile)* [*Différend sur le tracé de la ligne frontière entre la borne 62 et le mont Fitz Roy (Argentine/Chile)*], affaire dite de la «*Laguna del desierto*», sentence arbitrale du 21 octobre 1994, *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, t. 2, 1996, p. 592, par. 157; *International Law Reports (ILR)*, vol. 113, p. 76, par. 157).

21. La Cour examinera 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^e degré de longitude est.

2. A l'est, par une ligne qui part du point d'intersection susmentionné et suit le 20^e degré de longitude est jusqu'à son intersection avec le 22^e parallèle de latitude sud, suit ce parallèle vers l'est jusqu'à son intersection avec le 21^e degré de longitude est ; puis suit ce méridien vers le nord jusqu'à son intersection avec le 18^e 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 Zam-bèze, 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 miles 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*) et que la version allemande utilise le terme «thalweg» dudit chenal (*Thalweg des Hauptlaufes*).

22. Les Parties, tout au long de la procédure, ont exprimé des opinions différentes quant à la méthode à appliquer à l'interprétation de ces expressions. Le Botswana fait valoir que

«[d]ans une partie d'un cours d'eau qui comporte une bifurcation, ce qui est le cas du Chobe au voisinage de l'île de Kasikili/Sedudu, les deux chenaux ont chacun leur *thalweg* respectif. Cependant, le *thalweg* du chenal principal se trouvera à une altitude plus basse que le *thalweg* de l'autre chenal. Seul le *thalweg* du chenal principal peut être logiquement relié au *thalweg* du chenal en amont du point de bifurcation et en aval du point de confluence.»

Le Botswana en tire la conclusion que, pour établir le tracé de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu, il suffit de déterminer quel est le *thalweg* du Chobe; c'est ce dernier qui identifie le chenal principal du fleuve. Selon lui, les mots «*des Hauptlaufes*» n'ajouteraient donc rien au texte.

23. Selon la Namibie, en revanche, la tâche de la Cour consiste tout d'abord à déterminer quel est le chenal principal du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu et ensuite à déterminer où se trouve le centre de ce chenal:

«Il faut d'abord localiser le «chenal principal» et ce n'est forcément qu'après qu'on peut rechercher le «centre». Cette observation vaut également pour la traduction allemande du passage en question, «im Thalweg des Hauptlaufes...» Comme dans le texte anglais, il faut d'abord localiser le «Hauptlauf» et ne rechercher où se situe le «Thalweg» qu'après avoir trouvé le premier. On ne saurait localiser le «Hauptlauf» en cherchant d'abord à trouver le «Thalweg.»»

24. La Cour constate que le terme «thalweg» a reçu, dans les traités de délimitation de frontières, des définitions diverses et que les notions de *thalweg* d'un cours d'eau et de centre d'un cours d'eau ne sont pas identiques. Selon le cas, le mot «thalweg» désigne «le chemin le plus propre à la navigation» sur le fleuve, la ligne «déterminée par la suite des son-

dages les plus profonds» ou «la ligne médiane du chenal principal qu'empruntent les bateliers descendant le fleuve». Les traités ou conventions qui définissent des frontières dans des cours d'eau désignent généralement aujourd'hui le thalweg comme frontière lorsque le cours d'eau est navigable et la ligne médiane entre les deux rives lorsqu'il ne l'est pas, sans que l'on puisse toutefois constater l'existence d'une pratique totalement cohérente en la matière.

25. La Cour relèvera en outre qu'à l'époque où le traité de 1890 a été conclu, il se peut que les termes «centre du chenal» principal et «*Thalweg*» des *Hauptlaufes* étaient utilisés comme s'ils étaient interchangeables. A cet égard, il est intéressant de noter que, quelque trois ans avant la conclusion du traité de 1890, l'Institut de droit international a indiqué ce qui suit à l'alinéa 2 de l'article 3 du «Projet de règlement international de navigation fluviale» adopté à Heidelberg le 9 septembre 1887: «La frontière des Etats séparés par un fleuve est marquée par le thalweg, c'est-à-dire par la ligne médiane du chenal» (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1887-1888, p. 182), le terme «chenal» étant compris comme désignant le passage ouvert à la navigation dans le lit d'un fleuve, ainsi qu'il ressort clairement du titre du projet. Aussi bien les parties au traité de 1890 ont-elles utilisé les termes «centre du chenal» et «thalweg» comme des synonymes, l'un étant entendu comme la traduction de l'autre (voir paragraphe 46 ci-après).

La Cour observera encore qu'au cours de la procédure le Botswana et la Namibie n'ont eux-mêmes pas exprimé des positions réellement différentes à cet égard. En l'occurrence, la Cour 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*» (cf. convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, article 33, paragraphe 3, selon lequel «les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques»).

26. Il y a lieu d'ajouter qu'en l'espèce les Parties au différend ont utilisé le terme «chenal» pour désigner chacun des deux bras du Chobe qui entourent l'île de Kasikili/Sedudu, et ne s'en sont pas tenues au sens plus strict de ce terme désignant la voie navigable d'un fleuve ou de l'un de ses bras. De ce fait, la Cour elle-même, dans le présent arrêt, utilisera également le terme «chenal» dans un sens large.

27. 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».

Le Botswana estime qu'il suffit pour la Cour de déterminer l'emplacement de la ligne des sondages les plus profonds dans cette section du Chobe, qui selon lui conduit à adopter comme frontière le centre du chenal nord, mais la Cour relève que ce n'est pas le seul critère invoqué par le Botswana. La Cour observe de surcroît 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 entreprendra-t-elle 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 Etats, que les Parties ont invoqués.

* *

28. Avant d'entamer l'examen de ces critères, la Cour notera que les experts des Parties lui ont fourni des informations abondantes et souvent contradictoires sur les particularités du Chobe.

Selon le Botswana, celui-ci «est un cours d'eau pérenne indépendant du Zambèze, pourvu d'un profil stable, d'un écoulement continu vers l'aval et de rives visibles et stables».

La Namibie, pour sa part, prétend que le Chobe ne peut être considéré comme un cours d'eau pérenne, et qu'il est en réalité un cours d'eau éphémère. La Namibie relève que le Chobe est très souvent à sec sur une large fraction de son cours, de sorte qu'il n'est pas navigable sur la plus grande partie de sa longueur.

La Cour n'estime pas devoir se prononcer sur les particularités du fleuve Chobe. Elle n'en tiendra compte que dans la mesure où celles-ci ont une incidence dans le secteur de l'île de Kasikili/Sedudu. La tâche de la Cour se limite en effet à résoudre le différend entre le Botswana et la Namibie en déterminant la frontière entre les deux Etats précités autour de l'île, ainsi que le statut juridique de cette dernière.

29. 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 a souligné par ailleurs dans les termes suivants l'importance, au regard de l'identification du chenal principal, de la «capacité du chenal», de la «vitesse du courant» et du «volume écoulé»:

«Capacité du chenal — Celle-ci est déterminée par la largeur et la profondeur du chenal et, dans l'équation du débit, elle est représentée par la surface de la section transversale. Il ressort clairement du levé des sections transversales et de l'analyse des images satellites que le chenal nord est plus profond que le chenal sud...

Vitesse du courant — La vitesse du courant est fonction de la pente du fond, du rayon hydraulique et du coefficient de rugosité ... le chenal nord possède une pente du fond plus forte; ses deux rives étant régulières (en comparaison de celles du chenal sud), la vitesse sera plus grande dans le chenal nord.

Volume écoulé — Le volume écoulé dans un chenal est le produit

de la capacité du chenal (surface de la section transversale) et de la vitesse moyenne dans la section transversale.»

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». La Namibie indique toutefois ce qui suit :

«On peut utiliser divers critères, notamment la largeur, la profondeur, la vitesse, le débit et la capacité de transport de sédiments. Le débit étant le produit de la largeur, de la profondeur moyenne et de la vitesse moyenne ainsi qu'un facteur déterminant de la capacité de transport, il constitue le critère le plus simple et le plus universel.»

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».

30. La Cour est d'avis que, pour identifier le chenal principal du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu, elle ne peut pas se fonder sur un seul et unique critère, car les caractéristiques naturelles d'un fleuve peuvent différer fortement le long de son cours et d'un cas à l'autre. Les ouvrages scientifiques qui définissent la notion de «chenal principal» font souvent référence à divers critères: ainsi, selon le *Dictionnaire français d'hydrologie de surface avec équivalents en anglais, espagnol, allemand* (Masson, 1986), le «chenal principal» est «le chenal le plus large, le plus profond, celui surtout qui transite les débits les plus importants» (p. 66); suivant le *Water and Wastewater Control Engineering Glossary* (Joint Editorial Board Representing the American Public Health Association, American Society of Civil Engineers, American Water Works Association and Water Pollution Control Federation, 1969), le «chenal principal» est le «chenal central, le plus profond ou le plus navigable» (p. 197). De même, dans l'arbitrage relatif au *Rio Palena*, le tribunal arbitral désigné par la reine d'Angleterre a appliqué plusieurs critères pour déterminer le chenal principal d'un fleuve frontalier (*Argentina-Chile Frontier Case* (1966), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XVI, p. 177-180; *International Law Reports (ILR)*, vol. 38, p. 94-98). La Cour remarque que les Parties se sont exprimées sur l'un ou l'autre aspect des critères mentionnés au paragraphe 29 ci-dessus, les dis-

tinguant ou mettant l'accent sur leur complémentarité et leurs rapports avec d'autres critères. Elle prendra en considération l'ensemble des critères ainsi mentionnés.

31. Avant de s'exprimer sur le rôle et l'importance respectifs des différents critères ainsi retenus, la Cour constatera, sur la base des indications fournies par les deux Parties quant à la situation hydrologique de l'île de Kasikili/Sedudu, qu'il y a de fortes raisons de supposer que cette situation n'a enregistré aucun changement radical durant les cent dernières années. Les photographies aériennes prises en 1925, 1943, 1947, 1962, 1972, 1977, 1981 et 1985 ne montrent aucune mutation importante des chenaux du Chobe et indiquent que ceux qui entourent l'île sont restés relativement stables tout au long de cette période. Du reste, les Parties sont d'accord sur ce point. La Namibie s'est à cet égard exprimée comme suit :

«la position de la Namibie ne dépend pas des modifications qu'aurait subies la configuration générale de l'île et de la zone environnante depuis la signature du traité. La Namibie reconnaît ainsi que l'emplacement des chenaux nord et sud ne s'est pas sensiblement modifié depuis 1890.»

Le Botswana affirme de même qu'il

«n'existe absolument aucun élément prouvant un changement radical du cours du Chobe. Les cartes à grande échelle établies avant et après l'accord anglo-allemand de 1890 par ceux qui ont effectué des levés de cette portion du Chobe indiquent que le cours n'a pas changé.»

En somme, 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.

32. La Cour examinera en premier lieu le critère de la profondeur. Selon les experts du Botswana, la profondeur moyenne du chenal nord est de 5,70 mètres et dépasse ainsi nettement de 2,13 mètres la profondeur moyenne du chenal sud. En ce qui concerne les points les moins profonds, ils se situeraient à une profondeur de 1,5 mètre à 2 mètres à l'entrée du chenal sud, c'est-à-dire à une profondeur bien plus faible que dans le chenal nord.

La Namibie, même si elle souscrit à la conclusion que le chenal nord a la plus grande profondeur moyenne, conteste que cette conclusion revête une importance quelconque au regard de la détermination du chenal principal. Elle soutient que ce qui compte, à cet égard, ce n'est pas la profondeur moyenne mais le tirant d'eau au point le moins profond du chenal et elle fait valoir que les différences qui pourraient exister entre les points les moins profonds dans le chenal nord et le chenal sud sont infimes. Pour la Namibie, les résultats du levé conjoint de 1985 (voir paragraphe 64 ci-après) concernant la profondeur minimale des deux chenaux (voir réplique de la Namibie, vol. II, *Second rapport complémentaire au*

rapport d'expertise concernant l'identification du chenal principal du Chobe à la hauteur de l'île de Kasikili, graphique 14) ne sont pas concluants, dans la mesure où «la profondeur minimale des thalwegs des deux chenaux dans la zone de bifurcation n'avait pas été déterminée». La Namibie a également présenté des photographies montrant un groupe d'éléphants traversant les deux chenaux du Chobe; elle ne produit cependant pas de chiffres pour démontrer que la profondeur minimale du chenal sud serait plus grande que celle du chenal nord.

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.

33. La Cour passe maintenant au critère de la largeur. La largeur d'un fleuve peut augmenter ou diminuer en fonction du niveau variable de ses eaux. En raison de ce phénomène, on a souvent déterminé la largeur en fonction des basses eaux (voir par exemple l'article IX du traité de délimitation entre la France et le Grand-Duché de Bade du 30 janvier 1827 (De Clerq, *Recueil des traités de la France*, vol. III, p. 429 et suiv.); voir aussi l'arrêt, en date du 19 mai 1933, de la Cour suprême des Etats-Unis en l'affaire *Vermont c. New Hampshire*, *United States Reports*, vol. 289, p. 619 (1933)) ou d'après le niveau moyen des eaux (voir par exemple la sentence arbitrale rendue le 23 janvier 1933 par le tribunal spécial de délimitation constitué en exécution du traité d'arbitrage entre le Guatemala et le Honduras (*Recueil des traités de la Société des Nations*, vol. 137, p. 259; Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. II, p. 1365)), ce qui offre une base acceptable pour définir les caractéristiques d'un cours d'eau (chenaux, centre, débit, etc.).

Dès 1912, le capitaine Eason, de la police du Bechuanaland, a décrit le chenal nord comme deux fois plus large que le chenal sud, après s'être rendu sur le site (voir paragraphe 53 ci-après). Les photographies aériennes prises entre 1925 et 1985 au-dessus de la région en question montrent un chenal nord plus large que le chenal sud. Les images satellites réalisées en juin 1975, puis en mars 1995 et en juin 1996 — c'est-à-dire aussi bien pendant la saison sèche que pendant la saison des pluies — font apparaître le chenal nord comme étant plus large que le chenal sud. La Cour en conclut qu'hors la période des inondations telle est bien la situation.

34. Les Parties sont d'accord pour donner une grande importance, voire une importance décisive selon la Namibie, au débit — c'est-à-dire au volume d'eau transportée — pour la détermination du chenal principal, mais sans pour autant arriver à la même conclusion.

Selon les données présentées par le Botswana,

«le débit du chenal nord est à peu près le double de celui du chenal sud. Le débit moyen à la station II dans le chenal nord est de 78,865 mètres cubes par seconde, contre 41,823 mètres cubes par seconde à la station I dans le chenal sud... Le rapport approximatif de un à

deux entre les débits moyens des chenaux nord et sud s'applique également aux débits médians et aux débits maximaux.»

La Namibie critique le choix des points ainsi retenus aux fins des jaugeages ainsi que les méthodes appliquées, et conteste l'exactitude des chiffres fournis par le Botswana. Elle soutient pour sa part que

«le chenal sud déplace non pas simplement la plus grande partie, mais la quasi-totalité des eaux du fleuve au voisinage de l'île de Kasikili, alors que l'écoulement longitudinal des eaux dans le chenal nord est quasi inexistant et que celui-ci n'est guère plus qu'un chenal résiduel de la plaine d'inondation du Zambèze».

Quant au volume du débit, la Namibie avance les chiffres suivants pour la période du 30 avril au 2 mai 1998 :

«Dans le chenal principal, au sud de l'île, le débit était de 247 m³/s, c'est-à-dire presque 60% de l'écoulement. Dans le chenal nord, il était de 188 m³/s.»

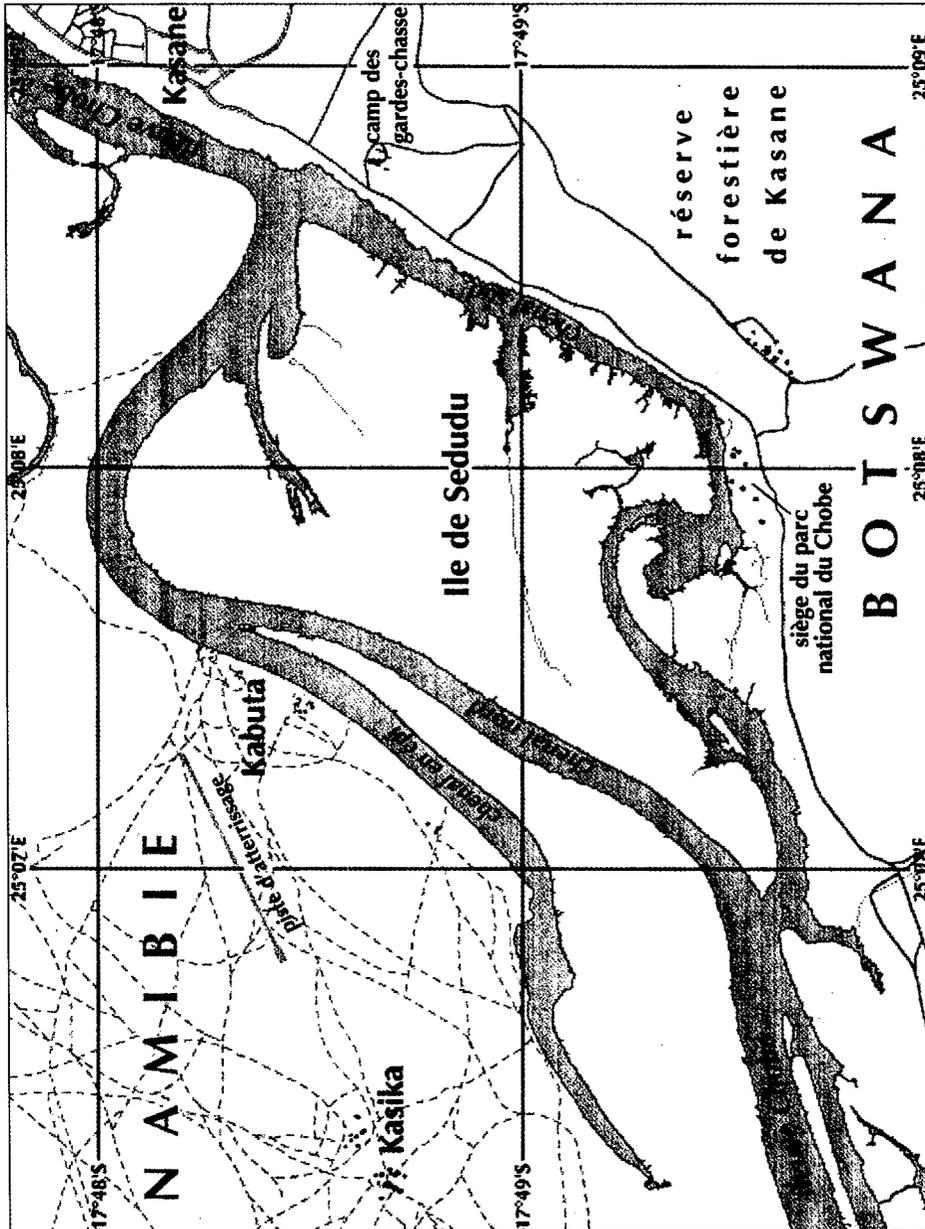
35. La Cour n'est pas en mesure de concilier les chiffres présentés par les Parties, qui ont une conception tout à fait différente de ce que sont les chenaux en question. Dans les exposés du Botswana, les deux chenaux autour de l'île de Kasikili/Sedudu sont ceux qui sont visibles sur la carte reproduite à la page 1068 du présent arrêt. Pour sa part, la Namibie plaide, en insistant sur certaines cartes et reproductions, l'existence d'un grand chenal du Chobe, dont le chenal sud — visible pendant toute l'année, excepté au cours de la période des crues — ne constituerait que le thalweg (voir la photographie aérienne reproduite à la page 1069 du présent arrêt). Suivant la Namibie, «[l]a rive gauche [de ce grand chenal] est marquée par la ligne de terres hautes qui traverse l'île dans le sens ouest-est». C'est ce grand chenal qui, selon la Namibie, transporterait «la plus grande fraction du débit annuel du fleuve» et qui constituerait en conséquence le chenal principal du Chobe dans le secteur de l'île de Kasikili/Sedudu. Sur plusieurs photographies et cartes présentées par la Namibie (dont la photographie reproduite à la page 1069 du présent arrêt), les rives de ce chenal, qualifié de principal, ont été marquées par des flèches ou par une ligne continue.

36. Le Botswana conteste vigoureusement l'existence de ce chenal. Il expose ce qui suit :

«[Premièrement], la voie d'eau qui, selon l'hypothèse avancée par la Namibie, traverserait l'île, occupe de un sixième à un cinquième du chenal nord. Deuxièmement, elle traverse les hauteurs de l'île. Troisièmement, le tracé que suivrait sa rive gauche ne constitue pas une rive, mais bien un chenal secondaire étroit d'après l'étude des photographies aériennes et des images satellites. Quatrièmement, elle n'est pas bordée d'arbres. Cinquièmement, les zones inférieures de l'île situées à l'est constituent, d'après les éléments de preuve, la voie la plus probable qu'emprunteraient les eaux de débordement du Zambèze.»

CARTE REPRÉSENTANT LES DEUX CHENAUx AUTOUR DE L'ÎLE
DE KASIKILI/SEDUDU SELON LE BOTSWANA

(Source : Quatrième partie du dossier d'audience du Botswana. Original en anglais.)



Des barres de sédiments émergent après
le passage de la crue saisonnière dans le fleuve

L'écoulement dans le chenal nord qui arrive
directement du Zambèze a déjà pris fin



NOTE : La crue du Chobe au niveau de l'île de Kasikili est saisonnière, il n'y a pas d'arrivée d'eau pendant la saison sèche. A cette période, l'eau est stagnante dans les chenaux nord et sud. Pendant la saison des pluies, au moment où l'eau commence à monter, les barres de sédiments situées dans le chenal principal sont recouvertes et l'écoulement a lieu sur toute la largeur du chenal principal. Après le passage de la crue annuelle, le niveau de l'eau baisse, les barres de sédiments émergent, l'écoulement s'arrête, et l'eau des chenaux nord et sud redevient stagnante.

N° 1.4

Figure 18
Emplacement du chenal principal du Chobe
au niveau de l'île de Kasikili

Photographie prise le 5 Juin 1997

PHOTOGRAPHIE REPRÉSENTANT LES DEUX CHENAUX AUTOUR DE L'ÎLE
DE KASIKILI/SEDUDU SELON LA NAMIBIE
(Source : Document n° 1.4 du dossier d'audience de la Namibie. Original en anglais.)

En somme, le Botswana affirme qu'il n'existe

«aucun élément de preuve indépendant étayant l'existence d'un «chenal» et encore moins d'un chenal «principal», selon les termes de l'article III de l'accord anglo-allemand de 1890, qui traverserait l'île»

37. 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 (voir à cet égard la pratique déjà mentionnée au paragraphe 33 ci-dessus). Il ressort d'ailleurs 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. En ce qui concerne le chenal qualifié de principal par la Namibie, la Cour a constaté que la plus grande partie de son lit reste à sec pendant la majeure partie de l'année. On y trouve des hautes barres de sable qui sont parmi les points les plus élevés de l'île (927 mètres au-dessus du niveau de la mer), mais il est également à relever que des cultures y ont été pratiquées, d'après ce que montre une photographie aérienne de 1943 produite par les deux Parties. Il est difficile d'admettre que ce lit, généralement à sec, et qui occuperait la partie sud-ouest de l'île, puisse être le lit du chenal principal. La Cour n'est en conséquence pas convaincue par l'argumentation de la Namibie concernant l'existence de ce grand chenal «principal», dont le chenal sud visible ne serait que le thalweg.

38. La Namibie souligne l'importance, dans la zone en litige, de l'arête du Chobe comme «escarpement d'une cinquantaine de mètres de haut, stable, bien visible»; elle en tire argument pour déterminer le chenal principal en prétendant que la rive droite du chenal sud, qui suit l'arête du Chobe, présente certaines caractéristiques (pente raide, contours bien définis, bande de végétation riveraine) qui la rendent facilement reconnaissable. La Cour observera que, si une partie de la rive droite de ce chenal est bien reconnaissable à distance, d'autres secteurs de cette rive, de même que la rive gauche, ne le sont pas. La Cour ne peut donc en conclure que, du point de vue de la visibilité — ou physionomie générale —, le chenal sud l'emporte sur le chenal nord.

39. La Cour en arrive ensuite aux critères présentés par le Botswana et ayant trait à «la configuration du profil du lit du chenal». Elle constate que le chenal nord du Chobe, autour de l'île de Kasikili/Sedudu, ne contient pas de ces sinuosités si caractéristiques des bras secondaires des cours d'eau. Le chenal sud montre au contraire de telles sinuosités. Aussi bien le caractère sinueux du chenal sud est-il admis par la Namibie, mais pour en tirer des conclusions opposées quant à l'importance de ce chenal, compte tenu du dépôt des sédiments. Ayant examiné les arguments développés par les Parties, ainsi que les cartes et photographies qu'elles ont produites, la Cour ne peut 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.

40. La navigabilité d'un cours d'eau est la résultante tout à la fois de la profondeur de ce cours d'eau, de sa largeur et du volume de l'eau qui y est transportée, compte tenu des obstacles naturels tels que chutes d'eau, rapides, hauts-fonds, etc., qui marquent son cours. Les Parties au différend n'accordent pas la même importance à la navigabilité dans la détermination du chenal principal du Chobe. Le Botswana soutient «qu'au moment de la conclusion du traité [de 1890] la navigabilité et l'accès aux voies navigables représentaient, dans l'esprit des négociateurs, des considérations essentielles». En revanche, selon la Namibie, «il serait anormal d'appliquer le critère de la navigabilité à un cours d'eau frontalier qui n'est pas navigable sur la plus grande partie de son cours»; la Namibie n'en attache pas moins de l'importance à l'utilisation effective du chenal sud du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu aux fins de la navigation touristique.

La 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.

En 1947, M. W. Ker, propriétaire de la firme Zambezi Transport & Trading, demanda la permission de transporter du bois d'œuvre par barges de Serondella (en amont) à Katambora (en aval) par le chenal nord du Chobe, le chenal sud n'étant pas utilisable pour ce transport (voir paragraphe 56 ci-après). La Cour ne dispose pas de renseignements concernant le volume du bois transporté, la durée de l'entreprise ou sa réussite; elle n'a pas été davantage informée d'autres tentatives qui auraient été faites pour utiliser le Chobe à des fins de navigation. Cette absence d'informations permet à la Cour de conclure que l'importance économique de la navigation, même dans le chenal nord, est restée limitée. Toutefois, il ressort de la correspondance Trollope-Redman de 1948 — que la Cour examinera plus tard (voir paragraphe 58 ci-après) — que le chenal nord du Chobe a été considéré comme «un tronçon du cours d'eau ... navigable donn[ant] accès à des portions plus en amont du Chobe — [contrairement au] chenal sud». Il ressort aussi de cette correspondance que les barges de transport de bois d'œuvre ne pouvaient «transiter par le chenal sud lorsque le fleuve n'[était] pas en crue».

Par ailleurs, l'utilisation du chenal sud par des embarcations touristiques à fond plat ne prouve pas pour autant que celui-ci offrirait des conditions plus favorables à la navigation que le chenal nord. La Cour estime en effet que ce sont le spectacle des grands animaux sauvages et la richesse de la faune des rives du chenal sud qui expliquent la présence

dans ce chenal de ces bateaux de tourisme. L'importance économique du tourisme dans le chenal sud ne change pas les conditions de sa navigabilité. La Cour ne saurait donc voir dans le nombre des bateaux de tourisme circulant dans le chenal sud une raison de modifier la conclusion à laquelle elle est parvenue ci-dessus.

41. 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.

42. Cette conclusion est étayée par les résultats des divers examens faits sur place, tels que consignés dans les rapports rédigés à ces occasions. La Cour reviendra plus en détail sur ces rapports lorsqu'elle s'interrogera sur leur portée juridique dans le cadre de son analyse de la conduite ultérieure des parties au traité de 1890 (voir paragraphes 52-70 ci-après). Elle notera toutefois dès maintenant les éléments qui suivent :

1) en 1912, le capitaine H. E. Eason, de la police du Bechuanaland, a traversé la région en question et a conclu dans son rapport de reconnaissance :

«Là [c'est-à-dire autour de l'île de Kissikiri (Kasikili)] j'estime que c'est sans aucun doute le chenal nord qui doit être considéré comme le chenal principal. A l'extrémité occidentale de l'île, en cette période de l'année, le chenal nord est large de plus de 100 pieds [30,50 mètres] et sa profondeur est de 8 pieds [2,40 mètres], et le chenal sud a une largeur d'environ 40 pieds [12,20 mètres] et une profondeur de 4 pieds [1,20 mètre]. Ce chenal sud est principalement un bras mort et, s'il y a du courant, celui-ci s'écoule vers le nord»;

2) un rapport conjoint rédigé le 19 janvier 1948 par MM. L. F. W. Trollope et N. V. Redman, respectivement magistrat de la partie orientale de la bande de Caprivi et commissaire de district de Kasane (Bechuanaland), contient sur ce point les conclusions suivantes :

«Nous sommes également d'avis que le «chenal principal» se trouve au niveau de la voie d'eau qui inclurait l'île [de Kasikili] en question dans le protectorat du Bechuanaland»;

3) quant au rapport conjoint établi le 15 juillet 1985 par une commission mixte d'experts de l'Afrique du Sud et du Botswana, il a donné lieu à la conclusion ci-après : «Le chenal principal du fleuve Chobe contourne maintenant l'île de Sidudu/Kasikili en ses points ouest et nord.»

Ainsi, les trois examens effectués sur le site à différentes époques ont conduit à la conclusion que le chenal principal du Chobe était le chenal nord.

*

43. La Cour recherchera maintenant 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. Le principal souci de chaque partie contractante était de protéger la sphère soumise à son influence contre toute intervention de l'autre et d'exclure tout risque de différends futurs. L'article VII du traité de 1890 est ainsi libellé :

« Les deux puissances s'engagent à ne pas intervenir dans une sphère d'influence attribuée à l'autre puissance en vertu des articles I à IV. Chaque puissance s'interdit, à l'intérieur de la sphère d'influence de l'autre puissance, de procéder à des acquisitions, de conclure des traités, d'accepter des droits souverains ou des protectorats ou de contrarier l'expansion de l'influence de l'autre puissance.

Il est entendu qu'aucune personne physique ou morale de l'une ou de l'autre puissance ne peut exercer de droits souverains dans une sphère attribuée à l'autre puissance, sans le consentement de cette dernière. »

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. Sur les chenaux du Chobe, elles ne possédaient que des informations rudimentaires. Si elles savaient que de tels chenaux existaient, en revanche leur nombre, leurs particularités, leur navigabilité, etc., et leur importance relative demeuraient pour elles inconnus. Cette situation explique la méthode choisie pour définir la frontière méridionale de la bande de Caprivi.

La Cour a déclaré dans l'affaire du *Temple de Préalh Vihéar (fond)* :

« Il existe des traités définissant des frontières qui se bornent à se référer à la ligne de partage des eaux ou à la ligne de crête, sans prévoir en outre une délimitation. » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 34.)

Elle a ajouté dans son arrêt que c'est « une façon évidente et commode de décrire la frontière objectivement quoique en termes généraux » (*ibid.*, p. 35). En l'occurrence, les parties contractantes ont adopté une approche similaire.

44. 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. En effet, les grands fleuves de l'Afrique ont traditionnellement offert aux puissances colonisatrices des voies de pénétration à l'intérieur du continent africain. C'est pour avoir un accès au Zambèze que l'Allemagne a exigé « une bande de territoire dont la largeur ne pourra[it] être inférieure à 20 miles anglais » — termes qui furent finalement repris dans les dispositions du paragraphe 2 de l'article III du traité. Cette bande de territoire permet certes d'accéder au Zambèze, mais elle a comme frontière méridionale le Chobe, qui était

apparemment supposé être navigable comme le suggère l'utilisation du terme «thalweg» dans le texte allemand du traité. Les difficultés que posait la voie terrestre à cause des inondations régulières, ainsi que les obstacles à la navigation sur le Chobe, étaient, selon toute probabilité, mal connus à l'époque.

45. Le fait que les termes «centre du chenal principal» ont été inclus dans le projet de traité à l'initiative du Gouvernement britannique laisse supposer que la Grande-Bretagne entendait tout autant que l'Allemagne avoir un accès au Zambèze. Les parties contractantes, pour séparer leurs sphères d'influence, ont choisi «le centre du chenal principal» du Chobe, assurant ainsi une frontière sûre et reconnaissable à distance dans une voie d'eau supposée navigable. Il est permis de penser que la navigation a été l'un des motifs à la base de leur décision, mais la Cour 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.

* *

46. Les travaux préparatoires du traité concernant le sud-ouest de l'Afrique et notamment la bande de Caprivé appuient ce raisonnement.

Les premiers essais ayant pour objet de rendre compte de l'accord des parties décrivaient simplement la frontière comme suivant le cours du Chobe, sans référence à aucun chenal. L'accord provisoire paraphé le 17 juin 1890 par lord Salisbury et le comte Hatzfeldt stipulait à son article II:

«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.»

Le texte établi ensuite par les négociateurs britanniques et allemands et transmis au Foreign Office le 21 juin 1890 sous forme de projet d'accord se lisait ainsi:

«[La frontière] longe ce parallèle vers l'est jusqu'au Chobe et suit le centre de ce fleuve jusqu'à son confluent avec le Zambèze, où elle s'arrête. Il est entendu qu'en vertu du présent arrangement l'Allemagne aura libre accès de son protectorat au Zambèze par le Chobe.»

Le 25 juin 1890, la partie britannique proposa ce qui suit: «A l'article

III, paragraphe 2, après les mots «Chobe et suit le centre», il faut ajouter les mots «du chenal principal».

La proposition fut acceptée par la partie allemande et traduite par : « *in der Thal-Linie des Hauptlaufes dieses Flusses* ». Finalement, le mot *Thal-Linie* fut remplacé par le mot *Thalweg*. Le texte allemand est donc une traduction littérale de la proposition britannique et suit le texte anglais. On peut donc à juste titre supposer que ces termes sont synonymes et que le texte anglais, comme le texte allemand, expriment correctement et précisément la volonté des parties contractantes.

* *

47. 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.

48. 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 (voir paragraphe 18 ci-dessus), est ainsi libellé :

« Article 31

Règle générale d'interprétation

.

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;

.»

49. S'agissant de l'«accord ultérieur» visé à l'alinéa a) de cette disposition, la Commission du droit international, dans son commentaire sur ce qui était alors l'article 27 du projet de convention, a indiqué ce qui suit :

«un accord sur l'interprétation d'une disposition réalisé après la conclusion du traité constitue une interprétation authentique des parties, qui doit être réputée incorporée au traité aux fins de son interprétation» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 241, par. 14).

Quant à la «pratique ultérieurement suivie», dont il est question à l'alinéa b) de ladite disposition, la Commission, dans le même commentaire, en a souligné toute l'importance en ces termes :

«L'importance, en tant qu'élément d'interprétation, de cette pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité est manifeste car elle constitue une preuve objective de l'accord des parties sur le

sens du traité. Le recours à cette pratique en tant que moyen d'interprétation est solidement établi dans la jurisprudence des tribunaux internationaux.» (*Op. cit.*, p. 241, par. 15.)

50. De fait, la Cour elle-même, par le passé, lorsqu'elle a été amenée à interpréter les dispositions d'un traité, a fréquemment examiné la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application de ce traité (voir par exemple *Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 25; *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906, arrêt, C.I.J. Recueil 1960*, p. 206-207; *Temple de Préah Vihear, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 33-35; *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 157, 160-161 et 172-175; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 408-413, par. 36-47; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 34-37, par. 66-71; *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 75, par. 19).

51. 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.

*

52. 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.

La Cour examinera successivement ces trois séries de documents, aux fins de déterminer quelles conclusions peuvent en être tirées au regard des règles exprimées au paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne.

53. Vers 1910, des négociations furent engagées entre l'Allemagne et la Grande-Bretagne au sujet de la frontière entre leurs possessions respectives dans la région de la bande de Caprivi à l'ouest de l'intersection entre le 18^e parallèle et le Chobe, et il fut considéré de soumettre cette question à l'arbitrage.

Envisageant l'éventualité que les discussions fussent étendues à la frontière à l'est de ce point, le secrétaire d'Etat britannique aux colonies, dans une lettre en date du 14 janvier 1911, adressée au haut commissaire responsable du Bechuanaland, s'exprimait ainsi :

«Je saisis cette occasion pour faire observer que, dans la deuxième clause de l'article III de l'accord de 1890 entre l'Angleterre et l'Allemagne, il est précisé que la frontière «suit le centre du chenal *principal* de ce fleuve (le Chobe) jusqu'à son confluent avec le Zambèze». Comme, dans cette partie de son cours, le Chobe se divise en plusieurs chenaux qui se réunissent ensuite, il convient d'examiner aussi quel est le chenal principal ... je demanderai que me soient communiquées toutes les informations disponibles de sources locales qui pourraient appuyer les vues selon lesquelles le chenal nord est le chenal principal. Ces informations devraient être accompagnées d'une carte et, si possible, de mesures des cours d'eau, et devraient se présenter sous une forme qui, au besoin, puisse être soumise à l'arbitre parmi les pièces présentées par le gouvernement de Sa Majesté.»

C'est dans ce contexte que le capitaine Eason fut chargé d'établir un «rapport concernant le chenal principal du Linyanti (ou Chobe)». Dans ce rapport, qui porte la date du 5 août 1912, on lit notamment ce qui suit :

«A 2 miles [3,20 kilomètres] en amont des rapides, on trouve l'île de Kissikiri. Là, j'estime que c'est sans aucun doute le chenal nord qui doit être considéré comme le chenal principal. A l'extrémité occidentale de l'île, en cette période de l'année, le chenal nord est large de plus de 100 pieds [30,50 mètres] et sa profondeur est de 8 pieds [2,40 mètres], et le chenal sud a une largeur d'environ 40 pieds [12,20 mètres] et une profondeur de 4 pieds [1,20 mètre]. Ce chenal sud est principalement un bras mort et, s'il y a du courant, celui-ci s'écoule vers le nord. Les autochtones qui vivent à Kasika, en territoire allemand, y pratiquent actuellement la culture.»

Il n'est pas contesté que l'île de Kissikiri est l'île dénommée plus tard Kasikili/Sedudu.

54. Dans son mémoire, le Botswana a allégué que le rapport Eason était constitutif d'une pratique relative à l'application du traité de 1890. La Namibie l'a contesté en faisant notamment valoir que la Grande-Bretagne n'avait formulé aucune revendication sur cette base, alors que ses échanges de correspondance avec l'Allemagne au sujet du reste de la frontière méridionale s'étaient poursuivis jusqu'à ce qu'éclate la première guerre mondiale. Toutefois, dans le dernier état de son argumentation, le Botswana, qui n'a pas pour autant renoncé à se prévaloir du rapport Eason à d'autres fins, a reconnu que ce rapport ne pourrait être pris en considération au titre d'une pratique ultérieure concernant l'application du traité de 1890.

55. La Cour est, elle aussi, d'avis que le rapport Eason et les circons-

tances 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. Elle relève en effet que ledit rapport semble n'avoir jamais été communiqué à l'Allemagne et avoir toujours conservé un caractère interne. Par ailleurs, la Cour observe que le Gouvernement britannique lui-même n'a jamais donné de suite à ce rapport, ni après son établissement (l'arbitrage envisagé n'ayant pas eu lieu), ni ultérieurement (par exemple lors de l'occupation de la bande de Caprivi par des troupes britanniques pendant la première guerre mondiale ou alors que ce territoire était administré par les autorités britanniques au nom de l'Afrique du Sud entre 1921 et 1929).

56. 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. Une correspondance s'ensuivit entre le major Trollope et le commissaire adjoint de district à Maun (Bechuanaland), M. Redman. Par lettre du 18 décembre 1947, M. Redman s'adressa au major Trollope en ces termes :

« 1. J'ai l'honneur de vous informer que j'ai reçu de la Zambezi Transport & Trading Company, une lettre dans laquelle elle exprime son souhait de reprendre le transport de bois d'œuvre par voie fluviale à partir de Serondella, mais indique que vous lui avez précisé que le chenal entre Kasane et Serondella — chenal que la compagnie a l'intention d'utiliser — était situé dans la bande de Caprivi.

2. Je crois savoir qu'en période de basses eaux, ce chenal est le seul lien fluvial entre Kasane et Serondella. Je suggère donc que, s'il est prouvé que ce chenal débouche dans la bande de Caprivi à partir du Chobe — le long duquel se trouve notre frontière —, il serait bon — à la fois dans notre intérêt à tous et pour des considérations d'ordre pratique — de convenir arbitrairement que la moitié de ce chenal sera incluse dans ce territoire pour les besoins de la Zambezi Transport & Trading Company du Zambèze en matière de transport de bois d'œuvre.

3. Toutefois, si le chenal dont il est question fait partie intégrante du Chobe et n'en est pas un simple bras, alors il semble probable que la véritable frontière soit formée par le chenal d'eau profonde — ce qui signifierait que la compagnie ne pénétrerait pas dans votre territoire.

4. J'aimerais avoir votre avis sur la question. »

Par lettre du 3 janvier 1948, le major Trollope répondit à M. Redman qu'il était prêt à proroger indéfiniment l'autorisation originellement donnée à M. Ker pour six mois; et il ajouta :

« 4. Au sujet de la question plus générale que vous avez soulevée (celle de savoir si le tronçon du cours d'eau considéré est effective-

ment situé dans la partie orientale de la bande de Caprivi — ou si, en fait, il constitue la frontière), je reconnais volontiers qu'elle ne laisse pas de poser des difficultés. Je reconnais en outre qu'il s'agit là d'une question qui intéresse nos deux administrations et que ce n'est pas simplement une affaire entre mes services et M. Ker.

5. A ce sujet, je propose que moi-même et votre assistant à Kasane examinions officiellement la question et soumettions ensuite des rapports (en commun si nous pouvons nous mettre pleinement d'accord) à nos administrations respectives pour que la question soit réglée de manière définitive et officielle.»

57. Le 19 janvier 1948, le major Trollope et M. Redman (alors commissaire de district à Kasane, Bechuanaland) établirent un rapport conjoint intitulé «Frontière entre le protectorat du Bechuanaland et la partie orientale de la bande de Caprivi: île de Kasikili». S'étant référés aux termes du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, les deux administrateurs, dans ce rapport, s'exprimèrent comme suit :

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

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

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

6. Rien n'indique, à notre connaissance, que l'île ait été utilisée, ou revendiquée, par des membres des tribus ou les autorités du Bechuanaland, ou qu'il ait été fait objection à l'utilisation de cette île par les membres des tribus du Caprivi.

7. Cependant, nous constatons que la région située du côté de la frontière qui appartient au Bechuanaland n'est, à aucune fin pratique, occupée par des tribus africaines.

8. Nous consignons les faits ci-dessus en soulignant tout particulièrement que nous n'avons ni formé, ni exprimé la moindre opinion commune quant aux incidences de ces faits sur la propriété de l'île.»

58. Par lettre du 21 janvier 1948, le major Trollope transmet copie du rapport au secrétaire d'Etat aux affaires autochtones à Pretoria. Dans cette lettre, le magistrat de la bande de Caprivi indiquait notamment ceci :

«le traité est libellé très clairement et, comme je l'ai déjà fait observer, d'une manière qui favorise les prétentions du Bechuanaland. Il n'est cependant pas inutile de dire que, par notre occupation, nous sommes en situation de possesseurs et que c'est, semble-t-il, au protectorat qu'il appartiendrait de prouver le bien-fondé de sa demande s'il voulait nous empêcher de poursuivre notre occupation»;

et il proposait diverses solutions, après avoir observé que «[l]es autorités du Bechuanaland souhaiteraient vivement que le chenal nord soit reconnu comme constituant la frontière parce que ce tronçon du cours d'eau est navigable et donne accès à des portions plus en amont du Chobe — ce qui n'est pas le cas du chenal sud».

De son côté, M. Redman fit tenir une copie du rapport conjoint au secrétaire du gouvernement à Mafeking par lettre du 26 janvier 1948. Dans cette lettre, le commissaire de district précisait notamment que les barges de M. Ker ne pouvaient «transiter par le chenal sud lorsque le fleuve n'était pas en crue» et qu'il était «même difficile à une petite embarcation de s'y frayer un passage»; que «la carte figurant la frontière du territoire dans le chenal sud était inexacte et qu'elle avait probablement été dressée par quelqu'un qui n'avait pas examiné le fleuve pour en déterminer le chenal principal»; que, selon «de plus amples informations [reçues] d'un habitant de l'île ... un chef Caprivi ... aurait demandé en 1924 au ... magistrat résident de Kasane la permission pour ses gens de cultiver sur l'île»; et que «la cession de l'île empêcherait le territoire concerné d'utiliser librement le Chobe lequel, un jour, pourrait s'avérer être une voie d'eau extrêmement importante».

59. La transmission, par le major Trollope et M. Redman, du rapport conjoint du 19 janvier 1948 à leurs autorités respectives donna lieu à divers échanges de correspondance entre celles-ci.

Le 14 octobre 1948, le secrétaire auprès du premier ministre d'Afrique du Sud, chargé des affaires extérieures, adressa une lettre au secrétaire administratif auprès du haut commissaire pour le Bechuanaland à Pretoria, dans laquelle, tout en prenant note des conclusions du rapport Trollope-Redman quant à l'identification du «chenal principal» autour de l'île de Kasikili, il proposait un arrangement dans les termes suivants:

«Le gouvernement de l'Union est désireux de protéger les droits des membres des tribus de la bande de Caprivi sur l'île et il apparaît que les autorités du Bechuanaland souhaitent utiliser le chenal nord pour la navigation. Comme il semble qu'il n'y ait pas conflit d'intérêts, il devrait être possible de trouver un arrangement mutuellement satisfaisant. Nous vous serions reconnaissants de bien vouloir nous faire connaître votre point de vue à ce sujet.»

En réponse, le secrétaire administratif lui fit savoir le 4 novembre 1948

«que le commissaire résident du protectorat du Bechuanaland a[vait] donné ordre au commissaire de district à Kasane d'autoriser les membres des tribus de la bande de Caprivi à cultiver le sol de l'île de Kasikili, s'ils le souhaitent, en vertu d'un permis annuel renouvelable».

Cette réponse ne parut pas satisfaisante au secrétaire chargé des affaires extérieures de l'Afrique du Sud qui, par une nouvelle lettre, en date du 14 février 1949, s'adressa au secrétaire administratif en ces termes:

«Je note que votre administration est prête à autoriser les

membres des tribus de la bande de Caprivi à cultiver l'île de Kasikili en vertu d'un permis annuel renouvelable, mais je suis chargé de vous faire savoir que ce n'est pas là ce que le gouvernement de l'Union avait à l'esprit.

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

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

Je vous ai donc écrit afin de déterminer s'il ne serait pas possible de conclure un accord dont l'élément principal serait que votre administration reconnaîtrait les prétentions de l'Union sur l'île de Kasikili, sous réserve que l'Union délivre une autorisation générale d'utiliser le chenal nord pour la navigation.»

Par lettre du 6 juin 1949, le haut commissaire pour le Bechuanaland rendit compte de cette proposition sud-africaine au secrétaire d'Etat chargé des relations avec le Commonwealth à Londres. Dans sa lettre, le haut commissaire indiquait que le gouvernement de l'Union avait «proposé d'apporter une légère modification à la frontière septentrionale du protectorat du Bechuanaland»; il précisait que «jusqu'à présent, on considérait que cette île faisait partie de la bande de Caprivi car les cartes indiquaient] que le chenal principal passait] au sud de l'île»; il soulignait, en se référant au rapport conjoint du 19 janvier 1948 joint à sa lettre, que

«[l]a question de l'emplacement exact de la frontière a[vait] été soulevée par une entreprise qui a[vait] l'intention de transporter du bois d'œuvre sur le Chobe, et [que] le gouvernement de l'Union, après avoir examiné la question, a[vait] conclu que le chenal principal se trouvait au nord de l'île et que son cours n'avait pas varié de mémoire d'homme»;

et concluait:

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

5. Dans ces conditions, je considère la proposition du gouvernement de l'Union comme acceptable et serais heureux que vous l'approuviez.»

Finalement, à l'issue de consultations avec les autorités chargées des relations avec le Commonwealth, le Bechuanaland déclina la proposition sud-africaine. Cette réaction apparaît avoir été motivée, en particulier,

par des difficultés liées à l'existence du mandat sur le Sud-Ouest africain. Ainsi, dans une communication datée du 24 août 1949, le secrétaire principal auprès du haut commissaire pour le Bechuanaland exposait au secrétaire auprès du premier ministre d'Afrique du Sud que «la légère modification proposée [par le Gouvernement sud-africain] sembl[ait] de peu d'importance en soi» mais qu'«un examen des incidences juridiques et politiques a[vait] montré qu'elle entraînerait certaines difficultés tant du point de vue du droit international qu'en ce qui concerne une éventuelle incertitude quant à la compétence territoriale». Ces points étaient notamment explicités comme suit dans une longue lettre que le bureau des relations avec le Commonwealth à Londres adressa le 20 octobre 1949 au haut commissaire pour le Bechuanaland :

«nous convenons que cette très légère modification du tracé de la frontière n'a pas en soi d'importance intrinsèque et que nous n'avons aucune objection à formuler quant au fond. Toutefois, il semble qu'il faille vous informer de certaines difficultés de nature à la fois juridique et politique... En premier lieu, il convient de considérer l'aspect international... En vertu de l'article 7 du mandat, aucune modification n'est réalisable sans le consentement du Conseil de la Société des Nations. Dans la mesure où le mandat est toujours en vigueur, on pourrait en conclure qu'il convient donc d'en référer à un organe des Nations Unies ou bien qu'il est impossible de procéder à la moindre rectification de frontière. Certes, il est possible que personne n'émette d'objection au sein des Nations Unies, puisque la proposition consiste en un accroissement territorial et non pas en une réduction, mais l'éventualité d'une objection ne peut être ignorée. En second lieu, il faut considérer l'effet de la rectification du point de vue du droit interne. Les choses sont plus complexes à ce niveau. L'île est apparemment habitée, il y est donc certainement commis parfois des infractions et des litiges de caractère civil ne sont pas à exclure... Comme la solution dépend d'un accord conclu entre le Royaume-Uni et l'Allemagne, il ne semble à priori y avoir aucune raison de ne pas procéder à une rectification pleinement valable aux fins du droit interne au moyen d'un nouvel accord conclu entre le Royaume-Uni et l'Union sud-africaine. Malheureusement, sur ce point, le droit international influe sur le droit interne, car le mandat crée une difficulté technique... L'idée qu'une ordonnance adoptée en conseil opère une cession de territoire, aussi petit, aussi minime qu'il soit, en faveur du Sud-Ouest africain prête à objection car la publicité faite autour de cette décision risque de susciter la curiosité puis des critiques de la part de ceux qui reprochent au gouvernement de l'Union de refuser de placer le Sud-Ouest africain sous régime de tutelle.»

De même, dans une lettre du 10 mai 1951, adressée au secrétaire auprès du premier ministre d'Afrique du Sud par le haut commissaire, celui-ci indiquait :

«Les conseillers juridiques du secrétaire d'Etat aux relations avec le Commonwealth ont examiné la possibilité qu'une déclaration soit faite au nom du gouvernement du protectorat du Bechuanaland, qui dirait que les prétentions formulées ne situent pas l'île à l'intérieur des frontières du protectorat. Je crains que cette proposition ne leur ait semblé de nature à créer de multiples complications juridiques de caractère international dont la solution soulèverait des difficultés hors proportion avec l'importance de l'affaire»;

et d'ajouter :

«Le gouvernement du protectorat du Bechuanaland voudra peut-être prendre des dispositions pour que certaines terres de l'île puissent être cultivées un jour par les quelques fonctionnaires africains qui vivent à Kasane. Indépendamment de cette question mineure, je me permettrai de dire qu'il me paraît peu probable que l'évolution de la situation, dans un avenir prévisible, soit préjudiciable aux intérêts des membres des tribus de la bande de Caprivi qui ont utilisé l'île dans le passé. Je pense qu'il devrait être possible, par des mesures administratives, de parer à toutes difficultés qui surgiraient au sujet de l'île et de la voie d'eau adjacente, sans modifier la situation juridique existante ... on prendra pour hypothèse que la libre utilisation du chenal principal du Chobe, au nord de l'île, continuera d'être assurée conformément aux règles internationales régissant les voies d'eau qui constituent la frontière entre deux Etats.»

60. C'est un langage très semblable que M. Dickinson, qui avait entre-temps succédé à M. Redman comme commissaire de district à Kasane (Bechuanaland), utilisa dans une lettre qu'il adressa le 5 juillet 1951 au major Trollope «concernant l'île de Kasikili». Après avoir exposé que «les incidences juridiques, d'ordre international, d'une séparation de l'île de Kasikili du protectorat du Bechuanaland soulèveraient des difficultés disproportionnées» au regard de l'importance de la question, il concluait :

«Je crois donc devoir dire que la situation actuelle, qui autorise une utilisation pleine et entière de l'île par les membres de vos tribus pour le pacage et les cultures ainsi que l'utilisation non contestée du cours d'eau septentrional par nous, en vertu du droit international régissant les voies navigables qui constituent la frontière commune de deux Etats, devrait paraître entièrement satisfaisante au gouvernement du protectorat du Bechuanaland et, je n'en doute pas, aussi au vôtre.»

Dans sa réponse en date du 4 août 1951, le major Trollope convint que «ce «tohu-bohu» [était] tout à fait hors de proportion avec l'importance de la question», ajoutant qu'il y aurait lieu de «laisser toute la question retomber dans l'oubli qui lui convient et d'où on n'aurait jamais dû la laisser sortir». Toutefois, il contesta certaines formules utilisées par M. Dickinson dans sa lettre et souligna ce qui suit :

«Je trouve ... quelque peu gênant de convenir officiellement que nous devrions être «autorisés» à utiliser l'île et que nous devrions reconnaître l'«utilisation non contestée du cours d'eau septentrional en vertu du droit international régissant les voies navigables qui constituent la frontière commune de deux Etats.» Il serait tout à fait possible d'invoquer un tel accord pour soutenir à tort ou à raison que notre occupation se fonde sur des autorisations et sur des permis — ce que nous ne reconnaissons évidemment pas.»

En conséquence, le major Trollope proposa à son correspondant le *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 la 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;
- 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».

Et le major Trollope de préciser :

«ce *gentlemen's agreement* ne peut être censé avoir d'effet que sur les arrangements passés entre nos deux administrations. Je doute fortement qu'il soit sage d'en étendre la portée, car cela susciterait toutes sortes de questions de droit international et autres impondérables sans rapport avec la situation qu'à mon avis nous ne devrions examiner que lorsqu'elles se poseront.»

Par lettre du 11 août 1951, M. Dickinson indiqua que l'accord en trois points proposé par le major Trollope lui paraissait être «la solution la plus raisonnable» et qu'il l'«approuv[ait] entièrement». Il suggéra cependant d'y ajouter un alinéa d) «pour dire que rien dans les trois alinéas qui précèdent ne doit être interprété comme interdisant aux tribus du protectorat du Bechuanaland d'utiliser l'île pour la cultiver».

Le 23 août 1951, le major Trollope lui répondit ce qui suit :

- «1. ... Je crains que le point que vous soulevez ne mette des bâtons dans les roues.
- 2. Il m'a semblé qu'en l'occurrence nous voulions tous deux réta-

blir la situation *de fait* telle qu'elle était avant que Ker ne sème le trouble et laisser la situation *juridique* «en l'air» pour que l'une ou l'autre des parties puisse soulever librement ce problème-là par la suite si cela se révèle nécessaire ou souhaitable.

3. Quelle que soit la situation *en droit* (c'est-à-dire indépendamment de savoir si les membres de vos tribus ont des droits ou non), la situation *en fait* est que jamais, pendant toutes les années écoulées, ni à l'époque de la présence allemande, ni à l'époque où la bande était administrée par les autorités du protectorat du Bechuanaland, ni à l'époque du Sud-Ouest africain, ni pendant mon administration (celle de l'Union) — les membres des tribus du protectorat du Bechuanaland n'ont cultivé l'île ni fait valoir qu'ils en avaient le droit, alors que les membres des tribus du Caprivi l'ont toujours cultivée (voir les *paragraphes cinq et six* du rapport conjoint du 19 janvier 1948 rédigé par Redman et par moi-même). Par conséquent, pour moi, reconnaître que rien ne s'oppose à ce que les membres des tribus du protectorat du Bechuanaland cultivent l'île ne me paraît pas rétablir le *statu quo*...»

A son tour, M. Dickinson précisa le 3 septembre 1951 :

«Je dois reconnaître que vous avez raison, car il faut éviter que «les bâtons» ne «cassent» les roues.

Vos alinéas *a), b)*, et *c)* résoudre donc les points dont il s'agit. En d'autres termes nous revenons à la situation telle qu'elle existait avant cet incident de parcours.

Je crois devoir vous préciser le point suivant : bien qu'il accepte la situation et qu'il soit disposé à honorer cet accord, notre gouvernement, dans n'importe quel débat, dans n'importe quelle polémique concernant cette île à l'avenir, s'en tiendra fermement à sa position qui est que l'île fait partie du protectorat du Bechuanaland et toute prise de position concernant nos «accords administratifs» reposera évidemment sur ce fait.»

Enfin, le 13 septembre 1951, le major Trollope s'adressa en ces termes au nouveau commissaire de district à Kasane, M. McLaren :

«2. Très sincèrement, je crois que le risque d'avoir à l'avenir «un débat ou une polémique» au sujet de l'île de Kasikili est extrêmement faible. Après tout, la situation concrète actuelle, à laquelle nous sommes heureux de revenir, existe depuis des générations sans qu'il y ait eu le moindre conflit — d'ailleurs, à mon avis, même le contretemps récent n'avait pas lieu d'être.

3. Néanmoins, si les circonstances devaient faire resurgir la polémique, la mise en garde de Dickinson est maintenant versée au dossier. Peut-être ne serait-il pas inopportun que, moi aussi, je déclare officiellement que, dans toute polémique qui pourrait surgir au sujet de cette île, les responsables de la bande de Caprivi mettront la même insistance à affirmer que la possession concrète de l'île et son utilisation par eux pendant si longtemps sont légales.

.....

5. Maintenant je me propose, si vous le voulez bien, de dire à mes supérieurs qu'il n'est pas nécessaire de poursuivre l'examen de cette question à un niveau élevé puisqu'un arrangement administratif approprié a été conclu entre mes services et les vôtres, sans préjudice aucun ni pour l'une ni pour l'autre partie...

P.S.: Il me semble que, si la polémique devait repartir, accidentellement et non à dessein, ce serait le plus vraisemblablement parce qu'un membre des tribus du protectorat du Bechuanaland «pénétrerait illégalement» dans l'île de Kasikili (ce serait illégal pour nous mais vous verriez le problème juridique autrement). Je m'engage par la présente à ne pas intervenir en pareil cas sans consulter d'abord vos services pour savoir si vous souhaitez soulever l'ensemble de la question. Pourrais-je pour le moment vous suggérer de conseiller aux membres de vos tribus d'éviter de telles opérations, à moins évidemment que le geste ne soit délibéré et ne vise à revendiquer l'exercice d'un droit pour voir ce qu'il en est.»

Cette dernière communication donna lieu à l'envoi d'une dépêche, le 20 novembre 1951, par le secrétaire du gouvernement à Mafeking au commissaire de district à Kasane, dans laquelle on lit notamment ceci:

«Il est donc possible de faire savoir au commissaire aux affaires autochtones de la partie orientale de la bande de Caprivi que sa recommandation est acceptée.

2. Il est entendu que les seuls Africains du protectorat que la mise en culture de l'île intéresse sont des fonctionnaires qui vivent à Kasane et je suis chargé de leur faire donner pour instruction qu'ils ne seront pas autorisés à labourer sur l'île.»

61. 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. Les conséquences qu'en tirent les Parties sont cependant très éloignées. Le Botswana soutient qu'il ressort de ces documents que la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu suit le chenal nord du Chobe; la Namibie le conteste, prétendant qu'il découle des mêmes documents que l'île faisait partie de la bande de Caprivi.

62. De l'ensemble de la documentation administrative et diplomatique mentionnée ci-dessus, la Cour, pour sa part, retiendra les éléments suivants: 1) jusqu'en 1947, aucune divergence de vues n'avait surgi entre, d'une part, la Puissance administrant la bande de Caprivi et, d'autre part, le Bechuanaland au sujet de la frontière dans la région de l'île de Kasikili/Sedudu; 2) il semble que, compte tenu des cartes alors disponibles, la frontière était jusque-là supposée se situer dans le chenal sud du Chobe; 3) en 1948, un administrateur local du Caprivi et un administrateur local du Bechuanaland, «[a]près reconnaissance séparée du terrain et examen d'une photographie aérienne», sont parvenus à la conclusion conjointe que le «chenal principal» autour de l'île de Kasikili/Sedudu était le chenal nord (sans spécifier sur la base de quels critères); en même temps, les

deux administrateurs ont constaté que l'île était cultivée par des membres de tribus de la bande de Caprivi, sans objection des autorités du Bechuanaland, et que cette situation perdurait depuis au moins 1907; et ils ont souligné n'avoir «ni formé, ni exprimé la moindre opinion commune quant aux incidences de ces faits sur la propriété de l'île»; 4) les autorités supérieures du Bechuanaland ont par la suite considéré que la frontière autour de l'île se situait dans le chenal nord du Chobe et que les prétentions sud-africaines sur l'île elle-même n'étaient pas fondées au regard du traité de 1890; elles ont néanmoins, dans un premier temps, envisagé de satisfaire ces prétentions, pour autant que l'accès au chenal nord leur demeure ouvert, puis, après avoir consulté Londres, y ont renoncé, estimant qu'il en résulterait une modification de la frontière sujette à des difficultés diverses compte tenu du mandat sur le Sud-Ouest africain; 5) les autorités supérieures de l'Afrique du Sud, sans contester que le «chenal principal» autour de l'île de Kasikili/Sedudu puisse être le chenal nord, et tout en se montrant flexibles quant à l'accès à celui-ci, ont nettement affirmé leurs prétentions sur l'île; 6) les administrateurs locaux de la bande de Caprivi et du Bechuanaland, conscients de la position de leurs autorités supérieures respectives, mais désireux de sauvegarder leurs bonnes relations de voisinage, se sont accordés pour consigner leur désaccord en droit et pour maintenir, jusqu'à nouvel ordre, le *statu quo ante* (utilisation de l'île de Kasikili/Sedudu par les membres de tribus de la bande de Caprivi et accès ouvert au chenal nord du Chobe); 7) l'administrateur local de la bande de Caprivi a affirmé que la question «de la voie d'eau septentrionale» était «connexe» par rapport à celle des «aspects juridiques concernant l'île de Kasikili», et l'administrateur local du Bechuanaland n'a pas contesté cette affirmation; et 8) la question de l'accès à l'île d'autochtones du Bechuanaland n'a pas eu de suite.

63. De l'ensemble de ces éléments, 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*)).

64. 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 a[vait] 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. Le «rapport d'étude», établi le 15 juillet 1985, était précédé d'une analyse des cartes disponibles, indiquant d'une part que les cartes antérieures à 1975 figuraient la frontière dans le chenal sud et d'autre part que le Botswana, en 1975, avait publié une carte situant la frontière au nord et à l'ouest de l'île: il en était conclu que «[l]a divergence de description de la frontière entre les cartes de l'Afrique du Sud et celles du Botswana a[vait] probablement contribué au dernier incident de frontière près de Kasane». Par ailleurs, ledit rapport était également précédé d'un paragraphe intitulé «Mandat pour l'étude», ainsi libellé:

«La réunion intergouvernementale tenue à Pretoria le 19 décembre 1984 a décidé qu'une étude conjointe serait réalisée afin de déterminer si le chenal principal du Chobe se situe au nord ou au sud de l'île Sidudu/Kasikili.

Des représentants des services cartographiques des deux pays, accompagnés par des collaborateurs des départements des affaires fluviales, se sont maintenant rendus sur les lieux pour procéder à un levé du «thalweg» aux abords de l'île. Il est spécifiquement fait mention du thalweg dans l'accord de 1890 entre l'Angleterre et l'Allemagne.»

Le rapport lui-même spécifiait les coupes et sondages effectués, ainsi que le matériel utilisé; il contenait notamment le passage suivant:

«Le bétail du Caprivi traverse le fleuve à la nage lorsque le pâturage fait défaut du côté du Caprivi. L'équipe a eu l'impression que les séjours sur l'île étaient devenus plus rares au cours des dernières années. Benson Mafwila [un vieux villageois de Kabuta] a raconté qu'on avait payé l'impôt à Kasane dans les années vingt. Il faisait, sans aucun doute, référence à la période allant de 1922 à 1929 pendant laquelle la bande de Caprivi était administrée par le gouvernement du protectorat pour le compte de l'Afrique du Sud. Le nom sous lequel l'île est connue des Capriviens est Kasikili. C'est également le nom caprivien pour le bras de fleuve qui coule autour de l'île à l'ouest et au nord. Le nom d'île Sedudu a été donné ultérieurement par le Botswana. Il existe une vallée Sidudu aux abords immédiats du sud de l'île.»

Enfin, 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 C 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.

A 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.»

65. Le ministère des affaires étrangères du Botswana transmet officiellement copie de cette étude conjointe au ministère des affaires étrangères de l'Afrique du Sud, par une note verbale, en date du 4 novembre 1985, qui portait ce qui suit :

«Le ministère des affaires étrangères rappelle que l'une des décisions prises à la réunion du 19 décembre a été d'envoyer une commission mixte d'experts techniques au Chobe afin de définir la frontière entre le Botswana et la Namibie dans la région de l'île de Sidudu/Kasikili. Le ministère des affaires étrangères a le plaisir de joindre à cette note une copie du rapport (avec ses annexes) établi par la commission mixte d'experts et serait reconnaissant à la partie sud-africaine de lui faire savoir si elle souhaite convoquer une réunion pour adopter formellement le rapport. Autrement, celle-ci pourrait simplement notifier par une note diplomatique qu'elle accepte les conclusions du rapport.»

66. L'Afrique du Sud ne semble jamais avoir donné suite à cette note. Le 13 octobre 1986, des responsables des ministères des affaires étrangères du Botswana et de l'Afrique du Sud tinrent une réunion au cours de laquelle il fut brièvement question de l'île de Kasikili/Sedudu. Selon le procès-verbal de cette réunion dressé par la partie botswanaise, le chef de la délégation sud-africaine «propos[a] le maintien du *statu quo* jusqu'à ce que les circonstances politiques puissent permettre des négociations directes entre le Botswana et la Namibie indépendante»; le chef de la délégation botswanaise lui répondit «qu'il n'y avait nul besoin de négociations puisqu'une commission mixte d'experts Botswana/Afrique du Sud avait confirmé que l'île appartenait au Botswana»; et le représentant sud-africain ajouta «qu'il y aurait lieu de revenir une fois de plus sur la question».

Le 22 octobre 1986, les autorités botswanaises adressèrent à Pretoria un télégramme dans lequel, s'étant référées aux discussions du 13 octobre, elles poursuivaient :

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

Les autorités sud-africaines répondirent en ces termes :

- « — La question de la frontière à Sidudu/Kasikili a des incidences sur la frontière internationale entre le Botswana et le Sud-Ouest africain/Namibie.
- Selon le droit international, ces questions doivent être examinées par les deux pays concernés. Il est donc proposé que le Gouvernement du Botswana se mette en rapport avec le cabinet du Sud-Ouest africain/Namibie afin de régler comme il convient la question à l'examen.
- A titre subsidiaire, le Gouvernement de l'Afrique du Sud serait disposé à convoquer une réunion dans laquelle le Botswana, le Sud-Ouest africain/Namibie et l'Afrique du Sud pourraient chacun être représentés et au cours de laquelle le problème en question pourrait être réglé de façon définitive. »

Cet échange s'acheva par un télégramme des autorités botswanaises daté du 25 novembre 1986 et libellé comme suit :

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

Il est donc évident que les éclaircissements voulus ont été donnés sur la question, qu'ils satisfont aux exigences habituelles et qu'il n'est pas nécessaire d'en discuter davantage. »

67. Dans la présente instance, le Botswana soutient que la décision prise, en décembre 1984, de réaliser une étude conjointe, et l'ensemble des instruments en relation avec cette décision — y compris l'étude de juillet 1985 elle-même —, constituent un « accord intergouvernemental », « intervenu entre les parties au sujet ... de l'application » du traité de 1890, qui constate que la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu se situe dans le chenal nord du Chobe. Le Botswana précise notamment que « le droit international général n'assujettit la conclusion d'un accord international à aucune formalité particulière » et que « [l]e seul critère est l'intention des parties de conclure un accord qui les lie, intention qui peut être déduite des circonstances ».

La Namibie nie catégoriquement que les discussions menées entre les autorités botswanaises et sud-africaines en 1984 et 1985 aient conduit à un accord sur la frontière; elle fait notamment valoir à cet égard que l'étude conjointe de juillet 1985 n'était pas «auto-exécutoire» et qu'elle demeurait dépourvue de tout caractère juridiquement contraignant tant que les parties ne prenaient pas les mesures appropriées pour lui conférer un tel caractère. La Namibie souligne qu'en tout état de cause ni l'Afrique du Sud ni le Botswana ne pouvaient, après que l'Assemblée générale des Nations Unies eut mis fin, en 1966, au mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain, conclure un quelconque accord sur les frontières de ce territoire.

68. De l'examen des documents précités, la Cour 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 Etats 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 sa note verbale du 4 novembre 1985 (voir paragraphe 65 ci-dessus), 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.

69. La Cour est parvenue à la conclusion qu'il n'y a pas eu, entre l'Afrique du Sud et le Botswana, d'accord «au sujet de ... l'application [du traité]» de 1890. Cette conclusion se suffit à elle-même. La Cour n'a pas besoin d'y ajouter le fait que ces deux Etats n'avaient pas compétence en 1984 et 1985 pour conclure un tel accord, car l'Assemblée générale des Nations Unies avait déjà, à l'époque considérée, mis fin au mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain par sa résolution 2145 (XXI) du 27 octobre 1966 et le Conseil de sécurité avait approuvé cette mesure par sa résolution 276 (1970) du 30 janvier 1970. La Cour elle-même, dans son avis consultatif du 21 juin 1971 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*, s'était à cet égard exprimée comme suit:

«1) ... la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie étant illégale, l'Afrique du Sud a l'obligation de retirer immédiatement son administration de la Namibie et de cesser ainsi d'occuper le territoire;

2) ... les Etats Membres des Nations Unies ont l'obligation de

reconnaître l'illégalité de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie et le défaut de validité des mesures prises par elle au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne, et de s'abstenir de tous actes et en particulier de toutes relations avec le Gouvernement sud-africain qui impliqueraient la reconnaissance de la légalité de cette présence et de cette administration» (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 58, par. 133).

Il ressort au demeurant du dossier que les contacts préliminaires que le Gouvernement botswanais a eus avec le président du conseil des Nations Unies pour la Namibie et le commissaire des Nations Unies pour la Namibie en vue d'obtenir leur accord avant la rencontre de Pretoria du 19 décembre 1984 n'ont eu aucune suite et n'ont pas eu le résultat recherché par le Botswana.

70. La Cour n'a pas davantage à se pencher sur l'argument développé à titre subsidiaire par le Botswana, selon lequel, même si l'«accord» de 1984-1985 avait été invalide, il aurait été «avalisé» par la Namibie, d'abord devant la commission mixte d'experts en 1994, puis devant la Cour elle-même. Il suffira à la Cour de faire observer à cet égard qu'un tel «aval» de la Namibie n'a pas été établi.

*

71. 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*.»

A l'audience, la Namibie a souligné que «sa thèse principale est que son titre est d'origine conventionnelle», l'argument «de la prescription [n'étant] avancé qu'à titre subsidiaire»: et elle a précisé que

«l'objet même de la faculté de plaider une thèse puis une autre à titre subsidiaire est que chacune des thèses doit être considérée pour ce qu'elle vaut et que l'on ne peut tirer aucune conclusion à l'encontre d'une thèse au seul motif qu'une thèse divergente a également été plaidée».

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

«[l]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 Namibie expose que les membres de la tribu des Masubia — tribu de la partie orientale de la bande de Caprivi — ont assuré une «présence continue» sur l'île au moins entre 1890 et la fin des années quarante. Elle précise, en excipant d'un certain nombre de documents officiels, de récits d'explorateurs et de dépositions de témoins, que «depuis le début de la période coloniale au moins et probablement bien avant celle-ci, l'île de Kasikili était ... un territoire agricole cultivé par les peuples occupant ce qui constitue aujourd'hui le Caprivi oriental»; que «[l]eur occupation était continue, exclusive et ininterrompue dans la mesure où les conditions matérielles sur l'île le permettaient»; et que «[l']île de Kasikili et Kasika [village du Caprivi] formaient une communauté villageoise bien organisée, dotée d'un chef et disposant à certaines époques d'une école, dont le centre de gravité se déplaçait d'un endroit à l'autre en fonction de ce que dictait la crue annuelle». D'après la Namibie, l'Allemagne, dès 1909, puis ses successeurs, après 1915, incorporèrent les institutions locales des Masubia au régime d'administration coloniale en se servant de ces institutions comme rouages pour exercer leur autorité. Les Masubia constituaient ainsi un élément-clef du système d'«administration indirecte» qui prévalait dans la région. La Namibie souligne que tous ces faits étaient connus des autorités du Bechuanaland installées juste de l'autre côté du Chobe, à Kasane, et que celles-ci n'ont élevé ni objections, ni protestations, au moins jusqu'à la fin des années quarante. Et la Namibie de conclure:

«[l]e maintien du contrôle et de l'utilisation de l'île de Kasikili par les habitants du Caprivi oriental, l'exercice de la juridiction sur l'île par les autorités gouvernant la bande de Caprivi et le silence constant de ceux qui demeuraient de l'autre côté du Chobe ... confirment l'interprétation du traité [selon laquelle son] article III attribue ... l'île de Kasikili à la Namibie».

72. Le Botswana, pour sa part, fait observer que

«[l]a thèse développée par la Namibie sur la base de la conduite ultérieure des parties repose sur des fondements extrêmement peu solides du point de vue aussi bien conceptuel que factuel. L'assise conceptuelle est faible parce que «la conduite ultérieure» invoquée par la Namibie est en vérité un argument reposant sur la prescription acquisitive. La conduite ultérieure, qui est liée à un instrument juridique existant, s'oppose à la prescription, qui a pour objet de défaire et de remplacer un titre préexistant.»

Il ne conteste pas qu'à certains moments des habitants du Caprivi se soient servis de l'île à des fins agricoles, mais il souligne le caractère spo-

radique de cet usage et prétend qu'il en allait de même des populations qui vivaient de l'autre côté du Chobe, au Bechuanaland. Le Botswana nie en tous cas catégoriquement qu'il y ait jamais eu un établissement permanent ou un village sur l'île de Kasikili/Sedudu. Et il conclut que le rapport Eason de 1912, les négociations diplomatiques de 1948 à 1951 et d'autres éléments encore «démontrent tous de façon concluante que l'île a toujours fait partie, du point de vue administratif, du Botswana et de son prédécesseur, le protectorat du Bechuanaland».

73. A ce stade de sa décision, la Cour n'a pas à se pencher sur l'argument namibien relatif à la prescription (voir à cet égard les paragraphes 90 à 99 ci-après). 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)).

74. 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.

Certes, les premières cartes de la région figuraient la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu dans le chenal sud du Chobe; mais aucune de ces cartes n'interprétait officiellement le traité de 1890 (voir paragraphe 84 ci-après), et il semble plutôt ressortir du dossier de l'affaire que, si la ligne frontière avait été figurée dans le chenal sud, c'était compte tenu de la présence intermittente sur l'île de populations venues de la bande de Caprivi. En revanche, rien ne montre, de l'avis de la Cour, que cette présence ait eu un lien avec des prétentions territoriales des autorités capriviennes. Il n'est d'ailleurs pas inhabituel que les habitants de régions frontalières en Afrique traversent les frontières en question, pour des raisons liées à l'agriculture ou au pacage, sans que les autorités d'un côté ou de l'autre de ces frontières s'en alarment.

Par ailleurs, la Cour ne perd pas de vue que, dès 1912, alors que la Grande-Bretagne se préoccupait de déterminer la frontière de son protectorat du Bechuanaland dans la région, le capitaine Eason, de la police du Bechuanaland, a affirmé que «le chenal nord [devait] être considéré comme le chenal principal» du Chobe autour de l'île de Kasikili (ce qui, vu les termes du traité de 1890, plaçait l'île en territoire du Bechuanaland), tout en indiquant — sans apparemment y voir le moindre problème — que «[l]es autochtones qui viv[aient] à Kasika, en territoire allemand, y pratiqu[aient] ... la culture» (voir paragraphe 53 ci-dessus). Des constatations similaires ont été consignées dans le rapport Trollope-Redman du 19 janvier 1948: les deux administrateurs y estimaient que «le «chenal principal» se situ[ait] dans la voie d'eau qui englob[ait] l'île en question dans le

protectorat du Bechuanaland»; en même temps, ils prenaient acte de ce que «l'île [était] utilisée par les membres des tribus de la partie orientale de la bande de Caprivi» sans objection du Bechuanaland (voir paragraphe 57 ci-dessus). Enfin, le rapport d'étude conjointe sur le Chobe, établi par des experts de l'Afrique du Sud et du Botswana le 15 juillet 1985 dans le cadre de discussions sur le cours de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu, faisait état de ce que «[l]e bétail du Caprivi travers[ait] le fleuve à la nage lorsque le pâturage fai[sait] défaut du côté du Caprivi»; en même temps, il laissait entendre que «les séjours sur l'île étaient devenus plus rares au cours des dernières années» (voir paragraphe 64 ci-dessus). Il semble par conséquent 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.

75. La Cour conclut de ce qui précède 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.

*

76. Le Botswana et la Namibie font encore état de divers autres faits et incidents dont ils entendent tirer des preuves d'une pratique ultérieure des parties au traité de 1890.

Ainsi, le Botswana affirme que l'île de Kasikili/Sedudu fait partie du parc national du Chobe créé en 1967 et faisait partie auparavant de la réserve animalière instituée en 1960. Selon le Botswana, l'utilisation de la frontière internationale comme limite septentrionale de la réserve animalière, puis du parc national, par les textes qui les ont institués avait obligatoirement pour effet d'y inclure l'île de Kasikili/Sedudu.

Le Botswana invoque en outre une déclaration sous serment et un rapport d'un même témoin faisant état de la visite à Kasane, en 1972, du chef de l'Etat botswanais de l'époque; le Botswana tente d'en conclure que ce dernier pourrait s'être rendu également dans l'île, tout en reconnaissant qu'il n'y a pas de preuve directe que tel ait été effectivement le cas.

77. La Namibie, pour sa part, attache une certaine importance à un incident survenu à la même époque. Elle expose que des gardes botswanais avaient appréhendé trois ou quatre Capriviens dans l'île, sous le chef de braconnage, et que ceux-ci furent relâchés par un magistrat du Botswana, après une détention de cinq jours, au motif qu'ils avaient été arrêtés sur un territoire qui ne relevait pas de la juridiction du Botswana. La Namibie y voit une reconnaissance, par un fonctionnaire du Botswana, de la souveraineté namibienne sur l'île.

78. De l'avis de la Cour, ces faits et incidents additionnels invoqués par les Parties ne sauraient être regardés comme 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 *b*)).

En effet, les textes instituant la réserve animalière et le parc national du Chobe, auxquels le Botswana se réfère, constituent des documents internes qui, de surcroît, ne font pas expressément référence à l'île de Kasikili/Sedudu. Par ailleurs, le Botswana reconnaît lui-même qu'il n'est pas établi que le chef de l'Etat botswanais se serait rendu sur l'île en 1972. Quant à l'incident mentionné par la Namibie, il apparaît insuffisamment prouvé.

*

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

80. Toutefois, la Cour ne peut manquer de noter que, à pas moins de trois reprises et à des époques différentes — en 1912, en 1948 et en 1985 —, les levés effectués sur le terrain ont désigné le chenal nord et ouest du Chobe comme constituant le « chenal principal » du fleuve autour de l'île de Kasikili/Sedudu. Les constatations auxquelles les parties concernées ont procédé séparément en 1948 sont exprimées en termes concordants dans un rapport conjoint. Par ailleurs, l'étude réalisée en 1985 l'a été conjointement par les parties alors intéressées. Les faits consignés à ces occasions n'ont, comme tels, pas été contestés à l'époque. 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 (voir paragraphe 41 ci-dessus).

* * *

81. 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. Les cartes les plus anciennes, pour la plupart, sont d'origine allemande (il s'agit en particulier des cartes de Seiner (1909), Streitwolf (1910) et Frankenberg (1912)); il en est toutefois aussi d'origine britannique (telle que la carte Bradshaw (1880), la carte jointe au rapport

Eason (1912) ou celles qui figurent dans les *Colonial Office Reports* publiés entre 1912 et 1915). Parmi les cartes plus récentes, on trouve diverses cartes britanniques (dont une carte du Bechuanaland dressée par le War Office en 1933, qui a servi de base à l'établissement de plusieurs cartes ultérieures) et sud-africaines (parmi lesquelles une carte dressée en 1949, qui a servi de carte officielle du territoire du Sud-Ouest africain jusqu'à l'accession de la Namibie à l'indépendance), ainsi que des cartes publiées par le Botswana après son accession à l'indépendance et une carte de l'Organisation des Nations Unies.

82. La Namibie souligne que la majeure partie des cartes produites dans l'instance, même celles qui proviennent de sources coloniales britanniques et qui ont 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». A cet égard la Namibie attribue un poids particulier à la carte de 1933 du War Office, intitulée «Bechuanaland Protectorate Sheet 2 1:500,000 GSGS 3915»: elle soutient que cette carte était d'un usage général au Bechuanaland jusqu'en 1965 et que, de même que d'autres cartes officielles remontant aux trois dernières décennies de l'administration britannique au Bechuanaland, elle excluait l'île du territoire du protectorat. La Namibie invoque également, dans ce contexte, la jurisprudence de la Cour dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, selon laquelle l'acceptation, par les parties à une convention, d'une carte figurant une frontière peut constituer une interprétation de cette convention dérogeant à ses termes exprès (arrêt du 15 juin 1962 (fond), *C.I.J. Recueil 1962*, p. 6 et suiv.). Et la Namibie de conclure:

«La thèse avancée par la Namibie quant à l'interprétation qu'il convient de donner au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 trouve un solide appui dans cette pratique quasi ininterrompue suivie par les trois parties intéressées au premier chef par la frontière entre le Botswana et la Namibie, à savoir l'Allemagne, la Grande-Bretagne et l'Afrique du Sud. Et cette pratique vient aussi conforter largement la revendication de souveraineté de la Namibie sur l'île en vertu de la doctrine de la prescription et du principe de *l'uti possidetis*.»

83. 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. Il cite la carte Bradshaw de 1880, la carte Frankenberg de 1912 et la carte du capitaine Eason de 1912 comme indiquant clairement la présence du chenal nord et ouest d'une façon très similaire à sa configuration

actuelle. 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. A l'audience, le Botswana a soutenu que si l'on tient compte tout à la fois de l'exactitude des cartes, de l'emplacement précis de la frontière et du fait que certaines cartes ne sont que de simples copies, on ne trouve que trois cartes situant la frontière dans le chenal nord et deux seulement qui la situent dans le chenal sud (la carte britannique GSGS 3915 de 1933 et la carte sud-africaine de 1949). Le Botswana soutient en outre que ces deux dernières cartes soulèvent des problèmes techniques. Il conteste donc l'affirmation de la Namibie selon laquelle les cartes situent majoritairement la frontière dans le chenal sud. D'après le Botswana, la Cour devrait rechercher une carte qui traduise l'accord des Parties: un tel accord serait exprimé dans la carte annexée au rapport d'étude de 1985 (voir paragraphe 64 ci-dessus), qui situe la frontière entre l'Afrique du Sud et le Botswana dans le chenal nord du Chobe.

84. La Cour commencera 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'Etat ou des Etats 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.)

Pour ce qui est du cas d'espèce, la Cour relève qu'aux termes du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 «[l]e cours de la frontière décrite ci-dessus est tracé d'une façon générale d'après une carte officiellement établie pour le Gouvernement britannique en 1889». Aucun tracé de frontière n'est porté sur cette carte, qui n'a pas été annexée au traité de 1890, bien qu'une version légèrement postérieure de celle-ci ait été jointe par la suite à ce traité, dans les archives du Foreign Office, comme étant la carte visée au paragraphe 2 de l'article III. Il existe également une carte dénommée «Map to Illustrate Article III of the Anglo-German Agreement of 1st July 1890» («Carte illustrative de l'article III de l'accord

anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890»), qui a été publiée en 1909 dans la troisième édition de l'ouvrage de M. Hertslet intitulé *Map of Africa by Treaty*. Bien que les Parties ne s'entendent pas sur l'origine exacte de cette carte, elles paraissent s'accorder pour reconnaître que celle-ci ne fournit aucune information pertinente quant aux chenaux qui entourent l'île de Kasikili/Sedudu ou quant à l'emplacement de la frontière. La Cour constate donc qu'aucune carte n'a été jointe au traité de 1890, qui eût exprimé officiellement la volonté de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne quant au tracé de la frontière entre leurs possessions dans la région.

85. Certes, comme la Cour l'a déjà indiqué, les cartes publiées après la conclusion du traité de 1890, lorsqu'elles figuraient la frontière, l'ont placée pendant un certain nombre d'années dans le chenal sud du Chobe autour de l'île (ainsi en va-t-il surtout de la carte du Bechuanaland de 1933 et de la carte de l'Afrique du Sud de 1949 précitées). Toutefois, il n'y avait pas d'indication que cette représentation de la frontière fût dictée par les dispositions du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890; il se peut au contraire qu'à l'origine cette représentation ait été liée à l'utilisation de l'île par les Masubia, dans laquelle la Cour a refusé de voir un élément de pratique traduisant l'interprétation que les parties au traité de 1890 auraient ultérieurement donnée au paragraphe 2 de son article III (voir paragraphes 74 et 75 ci-dessus).

Bien plus, dès que la question de la frontière dans la région a été soulevée en 1947-1948, les administrateurs locaux du Caprivi et du Bechuanaland sont convenus que «le «chenal principal» ne sui[vait] pas la voie d'eau qui généralement [était] indiquée sur les cartes comme constituant la frontière entre les deux territoires» (rapport Trollope-Redman, voir paragraphe 57 ci-dessus). Ces administrateurs ont dûment transmis leurs vues à leurs autorités supérieures respectives et il n'est pas sans intérêt de noter à cet égard que, dans sa lettre du 26 janvier 1948 au secrétaire du gouvernement à Mafeking, M. Redman soulignait qu'aux termes du traité de 1890 la frontière ne pouvait que se situer dans le chenal nord, la carte figurant la frontière dans le chenal sud étant «inexacte et a[yant] probablement été dressée par quelqu'un qui n'avait pas examiné le fleuve pour en déterminer le chenal principal» (voir paragraphe 58 ci-dessus). Il ressort clairement des échanges de correspondance intervenus par la suite entre les autorités sud-africaines et celles du Bechuanaland (voir paragraphes 59 et 60 ci-dessus) que leurs divergences de vues sur le statut de l'île de Kasikili et l'emplacement de la frontière s'étaient figées, en 1951, au point de rendre nécessaire un arrangement local *de facto*. La Cour estime qu'au vu d'un tel désaccord, il n'est pas possible de prétendre qu'il pourrait y avoir eu, de la part des autorités en cause, une acceptation des cartes alors disponibles, qui aurait donné lieu à une «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité» de 1890, voire à une reconnaissance de la frontière représentée sur ces cartes. Au contraire, il apparaît à la Cour que les parties se sont largement désintéressées des cartes, qu'elles regardaient comme exactes ou inexactes selon la position qu'elles avaient adoptée sur le cours de la frontière.

86. Après l'accession du Botswana à l'indépendance, le matériau cartographique pertinent est devenu plus hétérogène, puisque certaines cartes (telles la carte du Botswana au 1/50 000 de 1974, les cartes officielles du ministère sud-africain de la défense (JARIC) au 1/100 000 de 1978 et 1982, la carte de l'Afrique du Sud au 1/50 000 de 1984 (version des services de renseignements militaires, utilisée par l'armée sud-africaine, avec surimpression en rouge) et la carte du Botswana au 1/50 000 de 1984) représentaient désormais la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu dans le chenal nord du Chobe.

La Cour rappellera que cet état de choses a été noté dans l'introduction au rapport d'étude conjointe de 1985, les experts botswanais et sud-africains en concluant que «[l]a divergence dans la description de la frontière entre les cartes de l'Afrique du Sud et celles du Botswana a[vait] probablement contribué au dernier incident de frontière près de Kasane» (voir paragraphe 64 ci-dessus). Les incertitudes persistantes sur le tracé de la frontière dans la région, qui sont à l'origine de la décision de procéder au levé conjoint de 1985, et les contradictions entre cartes, excluent, de l'avis de la Cour, qu'il ait pu y avoir à l'époque un quelconque accord, à titre d'interprétation du traité de 1890 ou à un autre titre, sur la validité de toute frontière représentée sur les cartes. La même conclusion s'impose pour ce qui est de la période qui a suivi, au cours de laquelle le différend entre le Botswana et la Namibie devenue indépendante s'est cristallisé.

87. 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 (cf. *Temple de Préh Vihéar, arrêt, fond, C.I.J. Recueil 1962*, p. 33-35), et compte tenu du caractère incertain et contradictoire du matériau cartographique qui lui a été soumis, la Cour ne s'estime pas à même de tirer des conclusions du dossier cartographique produit en l'espèce. Si celui-ci ne peut dès lors «conforte[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.

* * *

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

89. 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 (voir paragraphe 25 ci-dessus).

Il ressort par ailleurs des travaux préparatoires du traité (voir paragraphe 46 ci-dessus) 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, comme cela est expliqué ci-dessus, 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.

* * *

90. 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 que

«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».

91. 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. Selon le Botswana, ce dernier avait pour but d'obtenir de la Cour une détermination de la frontière sur la seule base du traité de 1890; l'invocation de la prescription reviendrait dès lors à retenir un fondement totalement différent pour déterminer la frontière. A l'appui de sa thèse, le Botswana fait en particulier valoir que la mention, dans le compromis, des «règles et principes du droit international» constitue un «pléonasme» car un accord international est normalement interprété en tenant compte de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. Et il ajoute que

«la preuve alléguée de l'acquisition d'un titre par prescription ne peut pas être admise comme une «pratique ultérieure», car dans un tel cas l'hypothèse de travail est précisément l'existence d'un titre du Botswana (ou de son prédécesseur), qui serait remplacé par l'effet de la prescription».

92. La Namibie conteste cette thèse. Elle prétend pour sa part que le libellé de la question formulée dans le compromis est clair et que ce libellé

«exige que la Cour examine tout élément de preuve ou observations et conclusions des Parties fondés sur les règles et principes généraux du droit international au même titre que les observations et conclusions fondées sur le traité de 1890».

Selon la Namibie,

«[l]a tentative du Botswana d'agir comme si la référence aux «règles et principes du droit international» ne faisait pas partie du compromis est contraire aux règles fondamentales de l'interprétation des traités».

Elle souligne le caractère contradictoire de la position du Botswana qui laisse entendre que l'expression «règles et principes du droit international» ne couvre que les règles et principes relatifs à l'interprétation des traités tout en admettant lui-même que les règles de droit international relatives à l'interprétation des traités sont visées dans la première partie de la question ayant trait au traité de 1890. La Namibie reproche également au Botswana de ne pas tenir compte de la dualité de l'argumentation qu'elle a présentée et selon laquelle

«la pratique ultérieure constitue soit une «pratique ... qui établit l'accord des parties à l'égard de l'interprétation» du traité, soit une base indépendante du titre, fondée sur la doctrine de la prescription ou de l'acquiescement, ou les deux».

93. 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^{er} juillet 1890 et des règles et principes du droit international». Même en l'absence de référence aux «règles et principes du droit international», la Cour aurait été autorisée à faire application des règles générales d'interprétation des traités internationaux aux fins d'interpréter le traité de 1890. Il est donc à supposer que la mention expressément faite, dans cette disposition, des «règles et principes du droit international», si elle doit avoir un sens, revêt une autre portée. De fait, la Cour observe que l'expression en cause présente un fort degré de généralité et, que, interprétée dans son sens ordinaire, elle ne saurait viser uniquement les règles et principes relatifs à l'interprétation des traités. L'interprétation restrictive de cette formule défendue par le Botswana apparaît d'autant moins fondée que l'article III du compromis précise que «[l]es règles et principes du droit international qui s'appliquent au différend sont ceux qui sont énumérés au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice». Il ressort d'un tel libellé que les Parties n'ont pas entendu circonscrire les règles et principes de droit applicables en l'espèce aux seuls règles et principes du droit international relatifs à l'interprétation des traités.

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.

94. Selon la Namibie, quatre conditions doivent être remplies pour que la possession d'un Etat puisse engendrer un titre par prescription :

- «1. La possession de l'Etat ... doit être exercée à titre de souverain.
2. La possession doit être paisible et ininterrompue.
3. La possession doit être publique.
4. La possession doit se prolonger pendant un certain temps.»

La Namibie allègue qu'en l'espèce l'Allemagne jouissait d'une possession paisible de l'île dès avant le début du siècle et a exercé des pouvoirs souverains sur celle-ci à partir de l'établissement du premier poste colonial au Caprivi en 1909, le tout de façon notoire et au vu et au su des autorités du Bechuanaland à Kasane, installées à un kilomètre ou deux seulement de l'île. Elle expose que cette possession paisible et publique de l'île, à titre de souverain, a été poursuivie de façon ininterrompue par les successeurs de l'Allemagne jusqu'à l'accession du territoire à l'indépendance. Elle relève enfin qu'après être lui-même devenu indépendant en 1966, le Botswana, qui était au courant des faits, a gardé le silence pendant près de vingt ans.

A l'appui de ses allégations, la Namibie souligne l'importance de la présence sur l'île des populations masubia du Caprivi oriental «depuis le début de la période coloniale au moins et probablement bien avant celle-ci». Elle affirme que

«[l]es documents coloniaux des autorités allemandes, britanniques et sud-africaines, ainsi que les dépositions de membres de la collectivité des Masubia dans le district de Kasika devant la commission mixte d'experts techniques ... [en 1994] établissent de façon concluante que le peuple masubia du Caprivi oriental occupe et utilise l'île de Kasikili depuis des temps immémoriaux»

et précise que «[l]es Masubia de la bande de Caprivi ont utilisé et occupé l'île de Kasikili comme une partie intégrante de leurs terres et de leur vie». La Namibie admet certes que, pour établir l'acquisition d'un titre à la souveraineté par la voie de la prescription, de l'acquiescement et de la reconnaissance, elle doit démontrer davantage que l'usage du territoire contesté par des particuliers à des fins privées; mais elle soutient que:

«les prédécesseurs de la Namibie ont exercé une autorité et juridiction continues sur l'île de Kasikili. De 1909 jusqu'à ce qu'il soit mis fin au mandat en 1966, les fonctionnaires allemands, bechuanalandais et sud-africains ont constamment gouverné le Caprivi oriental par l'intermédiaire des chefs des Masubia, dont la juridiction

s'étendait à l'île de Kasikili. Après qu'il eut été mis fin au mandat, l'Afrique du Sud, sous les pressions découlant de la lutte de libération, a exercé de plus en plus un pouvoir direct dans la région jusqu'à l'accession de la Namibie à l'indépendance le 21 mars 1990.»

La Namibie précise que l'autorité exercée sur l'île de Kasikili par ses prédécesseurs l'a été,

«pendant la plus grande partie de cette période ..., suivant le régime de l'«administration indirecte», c'est-à-dire par le recours aux chefs et aux institutions politiques des Masubia pour exécuter les directives de la puissance administrante, sous le contrôle et la surveillance des représentants de celle-ci»

et que

«[b]ien que l'administration indirecte se manifestât de diverses manières, la prémisse essentielle était que les actes d'administration des autorités coloniales et ceux des autorités traditionnelles émanaient ... d'une entité unique, le gouvernement colonial».

Selon la Namibie, cette situation

«s'est maintenue sans aucune opposition, réserve ou protestation de la part du Botswana ou de ses prédécesseurs en titre pendant près d'un siècle jusqu'en 1984, date à laquelle le Botswana a pour la première fois revendiqué officiellement l'île au cours d'entretiens privés avec le Gouvernement sud-africain».

A l'appui de son argumentation relative à la prescription, la Namibie invoque également l'incident ayant opposé une vedette des forces de défense sud-africaines et une unité des forces de défense botswanaises en octobre 1984, qui indiquerait d'après elle que l'Afrique du Sud exerçait sa juridiction sur l'île en effectuant des patrouilles militaires dans le chenal sud. Elle fait en outre état d'un certain nombre de cartes officielles du Caprivi situant l'île sur son territoire depuis le début du siècle, ainsi que de l'assentiment des autorités britanniques.

95. Bien qu'il considère la doctrine de la prescription comme inapplicable en l'espèce pour les raisons mentionnées ci-dessus, le Botswana juge acceptables les conditions nécessaires à l'acquisition d'un titre par prescription telles qu'elles ont été énoncées par la Namibie; il soutient cependant que la Namibie et ses prédécesseurs ne les ont pas remplies. Le Botswana affirme en substance qu'il «n'existe aucun élément de preuve digne de foi établissant que la Namibie ou ses prédécesseurs ont exercé une autorité étatique sur l'île» et que, même si la preuve d'une possession paisible, publique et continue de l'île par des populations du Caprivi avait été rapportée, cette possession n'aurait pu s'exercer à titre de souverain.

Le Botswana ne conteste pas, en effet, que des habitants du Caprivi se soient servis de l'île de Kasikili/Sedudu à certains moments à des fins agricoles; mais il précise qu'il en allait de même des populations qui

vivaient de l'autre côté du Chobe, au Bechuanaland et réfute qu'il y ait jamais eu un village ou un établissement permanent sur l'île. Le Botswana fait valoir qu'en tout état de cause «[l]es actes de personnes privées ne peuvent donner naissance à un titre que s'ils sont ultérieurement ratifiés par l'Etat»; que la preuve n'a pas été rapportée que les chefs masubia avaient le pouvoir de se livrer à des activités susceptibles de donner naissance à un titre au profit de l'Allemagne ou de ses successeurs; et qu'il n'existe pas non plus de preuve d'une «conviction sincère» de l'Allemagne et de ses successeurs quant à l'existence d'un titre.

Quant aux activités de patrouille menées par l'Afrique du Sud, le Botswana affirme qu'il s'agissait tout au plus d'opérations antiguérilla qui ne peuvent être considérées comme un exercice de juridiction; selon lui, l'incident d'octobre 1984 ne saurait constituer un indice d'une possession paisible aux fins de la prescription. Enfin, le Botswana dénie toute valeur aux éléments de preuve cartographiques en l'espèce; il soutient que ceux-ci sont contradictoires et prêtent à confusion, et que les autorités du Bechuanaland et du Botswana n'ont jamais reconnu les cartes plaçant la frontière dans le chenal sud ou acquiescé à celles-ci.

96. Les Parties conviennent entre elles que la prescription acquisitive est reconnue en droit international, et elles conviennent de surcroît des conditions auxquelles un titre territorial peut être acquis par prescription, mais 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. En effet, 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.

97. 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, 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.

98. La Cour a déjà eu l'occasion de s'intéresser à la présence des Masubia sur l'île de Kasikili/Sedudu lorsqu'elle a examiné la conduite ultérieure des parties au traité de 1890 (voir ci-dessus paragraphes 71 et suivants).

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.

99. 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 pré-décesseurs ou par elle-même sur l'île de Kasikili/Sedudu. La Cour a déjà constaté ci-dessus qu'elle ne pouvait tirer des conclusions des éléments de preuve cartographiques produits en l'espèce (voir paragraphe 87). Elle estime qu'elle ne peut davantage tirer des conclusions de l'incident ayant mis aux prises, en octobre 1984, des forces de défense botswanaises et sud-africaines dans le chenal situé au sud de l'île.

* * *

100. 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.

101. 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.

102. 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».

Elle note en outre que pour expliquer l'accord qui précède, et en application de ce dernier, le Botswana a déclaré à l'audience ce qui suit :

«Le Botswana a pour politique d'autoriser la liberté de navigation, y compris le libre passage des embarcations touristiques, même dans le chenal sud. Cette politique s'applique également aux embarcations appartenant à des agences de tourisme namibiennes. La seule condition à remplir est que tous les bateaux touristiques doivent être immatriculés. Cette condition a pour seul but de prévenir le danger de pollution du Chobe. L'expérience a montré que certaines agences de tourisme ont tendance à faire passer leurs bateaux par les eaux de l'Okavango, infestées d'algues, avant de poursuivre jusqu'au Chobe, sans demander un permis pour traverser les zones en question. C'est le département des ressources en eau, et non pas les forces de défense botswanaises, qui est chargé d'appliquer la politique de lutte contre la pollution des eaux fluviales.

La politique botswanaise de liberté de navigation, y compris le libre passage des bateaux touristiques, a été énoncée à l'alinéa e) du communiqué de Kasane... Depuis que le communiqué de Kasane a fait l'objet d'un accord en mai 1992, le Gouvernement de la Namibie ne s'est jamais plaint de ce que le Botswana avait violé le paragraphe e) de ce communiqué, qui garantit la liberté de navigation.»

Par la suite, le Botswana a ajouté que :

«[l]e Botswana souhaite aussi redire que les bateaux de touristes en provenance de la Namibie sont libres de naviguer sur le chenal sud. La seule exigence est que tous ces bateaux soient immatriculés afin de lutter contre les herbes aquatiques nocives ... cette exigence s'appuie sur une loi, à savoir le *Laws of Botswana Aquatic Weeds (Control) Act* (loi botswanaise sur la lutte contre les herbes aquatiques), qui est entrée en vigueur en décembre 1971. Les dispositions de cette loi ont été discutées par la suite avec le département des ressources en eau et acceptées par lui. Depuis lors, les exploitants namibiens de bateaux de touristes ont fait immatriculer jusqu'à cinquante-trois bateaux pour naviguer dans les eaux botswanaises du Chobe. Ces cinquante-trois bateaux namibiens ont l'autorisation de naviguer dans le chenal sud, comme tout autre bateau pour lequel un permis a été obtenu.»

103. A 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 Etats 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.

* * *

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^{me} 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;

POUR: M. Schwebel, *président*; MM. Oda, Bedjaoui, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, M^{me} Higgins, M. Kooijmans, *juges*;
CONTRE: M. Weeramantry, *vice-président*; MM. Fleischhauer, Parra-Aranguren, Rezek, *juges*;

3) A 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.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le treize décembre mil neuf cent quatre-vingt-dix-neuf, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et

les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République du Botswana et au Gouvernement de la République de Namibie.

Le président,

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.

Le greffier,

(Signé) Eduardo VALENCIA-OSPINA.

MM. RANJEVA et KOROMA, et M^{me} HIGGINS, juges, joignent des déclarations à l'arrêt.

MM. ODA et KOIJMANS, juges, joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion individuelle.

M. WEERAMANTRY, vice-président, et MM. FLEISCHHAUER, PARRA-ARANGUREN et REZEK, juges, joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion dissidente.

(Paraphé) S.M.S.

(Paraphé) E.V.O.
