

SEPARATE OPINION OF JUDGE ODA

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. INTRODUCTORY REMARKS	1-8
II. THE CASE PRESENTED TO THE COURT BY MEANS OF A <i>COMPROMIS</i>	9-21
(1) Lack of clarity in the <i>compromis</i>	9-10
(2) The background to the filing of the case at the Court	11-17
(3) Further comments on the lack of clarity in the <i>compromis</i>	18-21
III. "ON THE BASIS OF THE 1890 ANGLO-GERMAN TREATY"	22-33
(1) Introduction	22
(2) The significance of the 1890 Anglo-German Treaty	23-27
(3) The meaning of "main channel" in the 1890 Treaty	28-32
(4) How has the "main channel" been recognized on various occasions in the past?	33
IV. "ON THE BASIS OF THE RULES AND PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW"	34-36
V. HOW THE "MAIN CHANNEL" OF THE CHOBE RIVER WAS RECOGNIZED IN PAST PRACTICE AND HOW THAT WOULD ASSIST THE COURT TO DETERMINE THE BOUNDARY ALONG THE CHOBE RIVER	37-59
(1) Introduction	37-38
(2) Treatment of maps	39-41
(3) The geographical conditions of the area surrounding Kasikili/Sedudu Island and the political and social situation of the Island up to middle of this century	42-47
(4) The confrontation in the 1940s between the authorities of the Union of South Africa and the British High Commissioner's Office for the Bechuanaland Protectorate	48-56
(5) The occurrence of incidents in 1984 after Botswana's independence in 1966, and the joint survey which followed	57-58
(6) What does the past practice indicate?	59
VI. CONCLUSION	60-63

OPINION INDIVIDUELLE DE M. ODA

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

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

I. INTRODUCTORY REMARKS

1. I voted in favour of the Court's Judgment, as I support its determination that the northern channel of the Chobe River constitutes the boundary between Botswana and Namibia, and that Kasikili/Sedudu Island forms part of the territory of Botswana.

2. Although I voted in favour of subparagraph (3) of the operative part, I felt that this matter, which was not in fact presented to the Court in the *compromis* and was not indicated in the submissions of either Party, need not be dealt with in the operative part of the Judgment, since it had already been sufficiently discussed in the prior sections of the Judgment devoted to the reasoning (paras. 102 and 103).

*

3. I must say, to my great regret, that I fail to understand properly the sequence of logic followed by the Court in this Judgment. The reasoning which led the Court to its decision does not necessarily reflect my own understanding of the case as a whole. I could even say that I am totally lost when reading the Judgment and I quote an illustration below:

“41. For the foregoing reasons [in the part above, the Court mentions the natural physical conditions of the channel], the Court concludes that, in accordance with the ordinary meaning of the terms that appear in the pertinent provision of the 1890 Treaty, the northern channel of the River Chobe around Kasikili/Sedudu Island must be regarded as its main channel.”

“79. The Court concludes from all of the foregoing that the subsequent practice of the parties to the 1890 Treaty did not result in any ‘agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions’, within the meaning of Article 31, paragraph 3 (*a*), of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, nor did it result in any ‘practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation’, within the meaning of subparagraph (*b*) of that same provision.”

“80. . . . The Court finds that these facts, while not constituting subsequent practice by the parties in the interpretation of the 1890 Treaty, nevertheless support the conclusions which it has reached by interpreting Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms (see paragraph 41 above).”

“88. The foregoing interpretation of the relevant provisions of the 1890 Treaty leads the Court to conclude that the boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island provided for in this Treaty lies in the northern channel of the Chobe River.”

I. INTRODUCTION

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

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

*

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

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

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

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

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

4. It is most important to note that this case is *not* brought by unilateral application by one of the Parties to this dispute in order to seek clarification of international law governing the boundary between the two States in question and the legal status of Kasikili/Sedudu Island by applying the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. This is a case brought by means of a *compromis*, by which the Parties seek to have the Court determine the boundary and the legal status of the Island *on the basis of the criteria* which the Parties jointly wish to be applied.

It appears to me that the Judgment places excessive reliance upon the Vienna Convention on the Law of Treaties for the purpose of the Court's interpretation of the 1890 Anglo-German Treaty. The Parties to this case certainly agreed that the Court should be asked to determine the boundary *on the basis* of the 1890 Treaty — and it should again be pointed out quite categorically that Botswana and Namibia are not parties to that Treaty — but the Court has *not* been asked to interpret the 1890 Treaty itself. The Judgment quotes Article 31 (General rule of interpretation) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties almost in its entirety. Reference is made in the Judgment to this provision of the Vienna Convention at least eleven times. Although I am fully aware that the Vienna Convention reflects customary international law, it should, however, be noted, as the Judgment correctly points out in its paragraph 18, that this Convention “applies only to treaties which are concluded by States after the entry into force of the present Convention with regard to such States” (Art. 4). In fact, the Convention came into force in 1980. This case does not appear to me to be one related to the application of the Vienna Convention.

5. I gain the impression that the Parties to this case, Botswana and Namibia, as well as the Court have devoted much time and energy to interpreting the German term “*Thalweg*”, which, as the Judgment itself admits, was simply a translation of the English word “centre” (Judgment, para. 46). The Court was requested to determine where — whether in the northern or the southern channel of the Chobe River — the “main channel”, as referred to in Article III (2) of the 1890 Treaty, and hence the boundary between Botswana and Namibia, should be considered to lie. In this respect, I fail to understand why the operative part of the Judgment states that the boundary follows “the line of deepest soundings” in the northern channel of the Chobe River (Judgment, para. 104 (1)). As proposed by the Parties during the oral hearings, the Court has employed the phrase “the line of deepest soundings” as a substitute for the word “*Thalweg*” (Judgment, para. 89). It would, in my view, have been sufficient for the Court to state simply — and nothing more — which of the two channels, the northern or the southern, constitutes the “main channel”, namely the boundary in the Chobe River separating Botswana and Namibia.

6. It seems to be very important to make a distinction between, on the

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

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

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

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

one hand, the criteria to be employed in order to determine the “main” channel in general terms and, on the other, a decision applying those criteria to a specific geographical situation. The criteria for determining the “main” channel may well be settled by law, with the assistance of scientific knowledge, but the determination of the “main channel” as a boundary by employing the said criteria, in any specific geographical situation, is far from being a legal function. I would recall that, at the time of the meeting in Kasane of the Presidents of Botswana and Namibia in May 1992, the two States tried to settle the matter as a *technical* problem that could be solved by the expertise of *technical* experts (see paragraphs 13 and 14 of this opinion). The Judgment deals with these two matters in its paragraphs 20 to 40 and attempts to rule on them, relying only on the information given in the written and oral pleadings by the respective Parties, but without the benefit of objective scientific knowledge, which it could have obtained itself but chose not to.

7. The Judgment refers to various acts or conduct relating to the Chobe River and to certain survey reports concerning the River produced by various authorities. I accept that these facts and the survey reports are extremely important for the Court’s consideration of the matter. However, I am unable to accept the Court’s position that such facts and reports could be considered only as possible evidence of “any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions” or “any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation” within the meaning of Article 31, paragraph 3, of the Vienna Convention on the Law of Treaties, to be taken into account when interpreting the 1890 Anglo-German Treaty. The Court, after a lengthy analysis (paras. 47 to 70), comes to the conclusion that the facts and documents in question *cannot* be regarded as constituting “any subsequent agreement” or “any subsequent practice” to be used for the interpretation of the 1890 Treaty, although the Court ultimately found that these facts “nevertheless support the conclusions which it has reached by interpreting Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms” (para. 80). I would rather suggest that these facts and documents should be considered at their face value, as historical background to the present case but without having any bearing on the provisions of the Vienna Convention, in order to assist the Court in determining the boundary.

8. As my position in regard to this case differs somewhat from the views that have led the Court to its Judgment, I feel that I should sketch out the view that I take of it.

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

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

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

II. THE CASE PRESENTED TO THE COURT BY MEANS OF A *COMPROMIS*

(1) *Lack of Clarity in the Compromis*

9. I first ask myself what is the subject-matter of the “case” presented by the *compromis* between Botswana and Namibia pursuant to Article 36, paragraph 1, of the Statute.

In the second paragraph of the Preamble to the *compromis*, Botswana and Namibia both state that “a *dispute* exists between [Botswana] and [Namibia] relative to the *boundary* around Kasikili/Sedudu Island” (emphasis added), but in Article I they request the Court to determine not only “the *boundary* between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island” (emphasis added) but also “the *legal status* of the island” (emphasis added). It might be contended that the determination of the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island would in fact have the same effect as the determination of the *boundary* between Botswana and Namibia in the area around Kasikili/Sedudu Island. It would seem that both States had originally thought that the determination of the *boundary* in the Chobe River would automatically determine the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island.

The determination of the *boundary* in the Chobe River would indeed result in the determination of the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island. Conversely, a determination of the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island would also result in the determination of the *boundary*. However, the solutions to these two issues may not necessarily be the same. It appears that the two States, whether intentionally or unintentionally, have radically changed their approach, in that an issue relating to the river *boundary* in the Chobe River has now become an issue also over the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island.

At all events, the Court should not have overlooked the contradiction between these two different theses: on the one hand, the definition of the *dispute*, including only matters relating to a *boundary* as defined in the Preamble to the *compromis*, and on the other hand, the request contained in Article 1 of the *compromis* concerning the *boundary* in the Chobe River and the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island.

10. The Court is requested “to determine . . . on the basis of the [1890] Anglo-German Treaty . . . and the rules and principles of international law” (*compromis*, Art. I). The words “rules and principles of international law” are understood by the Parties to mean “those [as] set forth in the provisions of Article 38, paragraph 1, of the Statute of the International Court of Justice” (*compromis*, Art. III), namely, “the general principles of law recognized by civilized nations” (Statute, Art. 38, para. 1).

In my view these two bases on which to proceed may be mutually contradictory, or even mutually exclusive. If the Court takes the 1890 Anglo-German Treaty as its basis, it cannot at the same time take into account “the rules and principles of international law”, which the Parties

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

1) *Le compromis manque de clarté*

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

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

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

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

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

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

interpret as being “the general principles of law recognized by civilized nations”.

If we confine ourselves to the first question, relating to the *boundary* in the Chobe River between Botswana and Namibia in the area of Kasikili/Sedudu Island, the 1890 Anglo-German Treaty can be used as a basis for the Court’s determination. If, however, we deal with the second question, namely the determination of the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island, the “rules and principles of international law” in general may be thought to apply. In sum, the two bases to be applied by the Court cannot be considered as supplementary or harmonious, for they are mutually contradictory.

I assume that both countries thought a *boundary* could be drawn on the basis of the 1890 Anglo-German Treaty, and that for this purpose the determination of the “main channel” of the Chobe River provided for in the 1890 Treaty would be the cornerstone of the case. However, given that the two States changed their positions on the matter, making the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island one of the two main issues of the “case”, a conclusion cannot be reached simply from an interpretation of what constitutes the “main channel” of the Chobe River but must also involve application of “the rules and principles of international law” (interpreted by the Parties as being the general principles of law recognized by civilized nations).

This change in the Parties’ approach to the issues can be seen from the account of the background to events that I give in the next section.

(2) *The Background to the Filing of the Case at the Court*

11. The Court is faced with a “case” between Botswana (which gained independence from the former British Protectorate Bechuanaland in 1966) and Namibia (which had been under the administration of the United Nations Council for Namibia until 1990) concerning the geography of Kasikili/Sedudu Island in the Chobe River and the surrounding area. Let me examine how this “case”, submitted under Article 36, paragraph 1, of the Statute, has arisen between these two States.

On gaining its independence in 1966, Botswana took over the area, which since 1886 had been under the authority of the British Protectorate of Bechuanaland (Judgment, para. 14). On independence in 1990, the territory of Namibia remained identical to that of South West Africa — the 1881 German sphere of influence (*ibid.*). Upon the outbreak of the First World War, the area under German influence, known today as the territory of Namibia, was occupied and governed by British forces from Southern Rhodesia. This area was then transferred to the mandatory territory under the Union of South Africa in the League of Nations system in 1919 and was, from 1967, placed under the administration of the United Nations Council for Namibia, though *de facto* control by the Republic of South Africa continued until 1990. There has

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

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

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

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

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

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

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

been no difference of views between Botswana and Namibia on these facts.

12. If there was any territorial issue between the two States, Botswana and Namibia, concerning this area in the region of the Chobe River, it originated from the fact that Namibia, after its independence in 1990, sent armed forces to Kasikili/Sedudu Island in 1991 and that, also in 1991, Botswana raised its national flag over the Island.

It would appear from these two incidents that in 1991 each of the two States, Botswana and Namibia, thought that Kasikili/Sedudu Island formed part of its sovereign territory. However, neither State expressed the view that there had been any violation of sovereignty by the other State. If any immediate negotiation did take place between the two countries on this issue, it was not reported.

13. It was as a result of the above incidents that the two States' difference of views regarding the territoriality of Kasikili/Sedudu Island came to light.

The Presidents of Botswana and Namibia met on 24 May 1992 at Kasane, thanks to the good offices of the President of Zimbabwe, in order to "discuss the *boundary* between Botswana and Namibia around Sedudu/Kasikili Island" (emphasis added). After touring the Chobe River and viewing Kasikili/Sedudu Island, the three Presidents examined various documents, in particular the 1890 Anglo-German Treaty, which defined the German sphere of influence as being bounded by "the centre of the main channel of [the Chobe] river" (1890 Treaty, Art. III (2)). The three Presidents "decided that the *issue* should be resolved peacefully" (emphasis added) and

"[t]o this end they agreed that the boundary . . . should be a subject of investigation by a joint team of six . . . *technical* experts . . . to determine where the boundary lies in the terms of the [1890] Treaty . . . The Presidents agreed that the findings of [the] team . . . shall be final and binding on Botswana and Namibia" (emphasis added) (Memorial of Namibia, IV, Ann. 10, p. 71; Memorial of Botswana, III, Ann. 55, p. 412).

There was no disagreement between Botswana and Namibia that they should rely on the 1890 Treaty, which determined the line of separation of the sphere of influence between Germany and Great Britain as the centre of the "main channel" of the Chobe River. It would thus seem that their intention was *not* to settle an existing *dispute*, if one existed at all, but rather to determine the *hitherto uncertain boundary* with the assistance of the *technical* experts who would be able to identify the "main channel" of the Chobe River.

14. The Presidents of Botswana and Namibia were in agreement that

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

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

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

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

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

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

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

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

the *boundary* should be determined as the “main channel” of the Chobe River as provided for in the 1890 Anglo-German Treaty. It would appear that, in their view, the issue of the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island would not be taken up as such. The territoriality of the Island did *not*, of itself, constitute an issue.

It should also be noted that the expression “dispute” was not used in the joint Communiqué issued by the three Presidents. It can be said that, up to and including the time of the meeting of the three Presidents, neither Namibia nor Botswana considered that there had been a *dispute*. The two States wanted to have the Court determine the actual course of the boundary in terms of the “main channel” as stated in the 1890 Treaty, with the assistance of the joint team of *technical experts*, who, by their investigations, would determine which — either the northern or the southern channel — was the “main channel”. The territoriality of Kasikili/Sedudu Island would have been automatically settled by drawing such a delimitation line.

*

15. It would seem that, a few months after the meeting at Kasane, the understanding reached by the Presidents of Botswana and Namibia was completely rejected at governmental level. The issue was termed a *dispute* at the meeting at Windhoek starting on 8 December 1992 (Memorial of Botswana, III, Ann. 56, p. 416), which had been convened in order to decide the terms of reference of the Joint Team of Technical Experts on Boundary (hereinafter “JTTE”) that was to be established. The “Memorandum of Understanding” between Botswana and Namibia was drafted on 23 December 1992 (Memorial of Namibia, IV, Ann. 11, p. 73; Memorial of Botswana, III, Ann. 57, p. 428) following this preliminary meeting.

The “Memorandum of Understanding” states in its Preamble that a *dispute* exists relative to the *boundary* between Botswana and Namibia, and also refers to the desire of both countries to “sett[e] such *dispute* by peaceful means in accordance with the principles of both the Charter of the United Nations and the Charter of the Organisation of African Unity” (emphasis added). The “Memorandum of Understanding” sets up a JTTE, consisting of three *technical experts* from each country “to determine the *boundary* between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island in accordance with the [1890] Anglo-German Treaty” (emphasis added); in other words to find whether the northern or the southern channel should be regarded as the “main channel”.

The form of words “a *dispute* exists relative to the *boundary* between . . . Botswana and . . . Namibia” (emphasis added) first appeared in this “Memorandum of Understanding” of 23 December 1992 and was later employed in the *compromis* of 29 May 1996 by which the present case

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

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

*

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

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

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

was brought to the Court. The function of the JTTE should have been limited to the *technical* recognition of what constitutes the “main channel” of the Chobe River under the terms of the 1890 Anglo-German Treaty. However, this was not the case. The “rules governing the proceedings” in the “Memorandum of Understanding” of 23 December 1992 state that “the Team shall be guided by the *general principles of international law regarding the peaceful settlement of international disputes* and any relevant international law principles for the delimitation of river boundaries” (Memorandum of Understanding, Art. 8, emphasis added).

I would emphasize that this concept does not accord with what the Presidents of the two States would appear to have had in mind a few months beforehand; indeed it differs greatly.

*

16. On 20 August 1994, after six rounds of meetings, the JTTE completed its work, producing its Final Report, which states that “it emerged that the Joint Team was unable to agree on issues of substance” (Memorial of Botswana, III, Ann. 58, p. 440; Memorial of Namibia, V, Ann. 113, p. 88). The Final Report goes on to state that “[the JTTE] was unable to make a finding determining the boundary between Botswana and Namibia in the area of Kasikili/Sedudu Island in accordance with the provisions of the Memorandum of Understanding.” Thus, the JTTE was unable to determine the boundary in accordance with the terms used in the 1890 Anglo-German Treaty.

It would appear that the failure of the JTTE was due to the fact that they did not conduct their work using the mandate, originally agreed at Kasane in May 1992 by the Presidents of Botswana and Namibia, to define where the “main channel” of the Chobe River lay in the eyes of the technical experts.

17. Although the JTTE failed to determine the *boundary*, it did, however, make a recommendation:

“[T]he Joint Team would recommend recourse to the peaceful settlement of the *dispute* on the basis of the *applicable rules and principles of international law*.” (Emphasis added.)

This represents a crucial change, in that the JTTE recommends that the “dispute” should be settled on the basis of the “applicable rules and principles of international law” and *not* by a technical interpretation of the “main channel of the river” as stated in the 1890 Treaty.

I very much doubt that the power to make this recommendation fell strictly within the JTTE’s original mandate. It must be recognized that the JTTE did not remain simply a group of *technical experts*, dealing

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

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

*

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

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

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

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

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

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

with technical matters concerning the determination of the “main channel”, but turned into a body for *diplomatic negotiation* between the two States. In fact, the six members of the JTTE were not necessarily even technical experts, and the team from Botswana was led by an eminent professor of international law. This clearly demonstrates that the JTTE’s purpose changed from the technical or scientific matter of determining the “main channel” of the Chobe River to discussing the more general legal dispute on territorial issues.

Upon receipt of the JTTE’s final report and recommendation, the Presidents of Botswana and Namibia, together with the President of Zimbabwe, decided at the Summit Meeting held at Harare on 15 February 1995, after deliberating on the JTTE’s report, that “the *matter* should be referred to the International Court of Justice” for determination (Memorial of Botswana, III, Ann. 59, p. 463, emphasis added).

The *compromis*, as fully quoted in paragraph 2 of the Judgment, was then, one year later, concluded by Botswana and Namibia on 15 February 1996.

(3) *Further Comments on the Lack of Clarity
in the Compromis*

18. Having examined the process which led up to the conclusion of the *compromis*, it seems to me quite clear that the position of both countries towards the whole issue was in essence changed somewhat. The original issue, in which neither State gave much weight to the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island, but rather considered that the *legal status* of the Island would be dependent upon the determination of the *boundary*, became an issue of the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island.

19. While it was agreed that the *boundary* should be determined as the centre of the “main channel” of the Chobe River, which separated the spheres of influence under the terms of the 1890 Anglo-German Treaty, no agreement could be reached as to which channel — north or south — constituted the “main channel”, a factor which could prove decisive in determining which territory Kasikili/Sedudu Island would fall into.

The issue between the two States could be solved by a scientific investigation or survey concerning the “main channel” of the Chobe River. However, the issue, originally considered to be simply a question of drawing a *boundary* between the two States, in either the northern channel or the southern channel of the Chobe River (whichever was deemed to be the main channel), has now explicitly been turned into a territorial issue involving sovereignty over Kasikili/Sedudu Island — a change

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

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

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

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

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

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

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

which occurred in 1995 at the stage of preparation of the JTTE's Report.

As already mentioned in paragraph 9 above, the second paragraph of the Preamble to the *compromis* refers only to a "*dispute . . . relative to the boundary*" (emphasis added), but Article I asks the Court to determine not only the *boundary* in the Chobe River but also "*the legal status of [Kasikili/Sedudu] island*" (emphasis added). The 1890 Anglo-German Treaty and the "rules and principles of international law" (and once more I point out that this, according to the *compromis*, is equivalent to "the general principles of law [as] recognized by civilized nations") being used as the basis for the settlement of the dispute are from the outset mutually contradictory. How can the Court deal with such a contradiction in this case?

It is my belief that the *compromis* prepared by both States was not drafted in a proper manner.

20. I return to the original question, namely, (i) whether the Court is requested to determine a boundary, on the basis of the 1890 Anglo-German Treaty, which provides for the "main channel" of the Chobe River as a *boundary* or (ii) whether the Court is to give a final verdict on the territorial issue of Kasikili/Sedudu Island in accordance with the "rules and principles of international law", interpreted as "general principles of law recognized by civilized nations". The real intention of the Parties and the manner in which they have brought this "case" to the Court is unclear. These points have not been clarified by either State in their written documents or during the oral pleadings and the Court's present Judgment also does not address these points.

If option (i) is chosen, the Court will be confined to determining the "main channel" of the Chobe River in either the northern channel or the southern channel as the boundary between the two States. If option (ii) is chosen, the Court must interpret the "rules and principles of international law" relating to territorial sovereignty as applied to Kasikili/Sedudu Island. This confusion of the issues brought jointly by Botswana and Namibia to the Court puts the latter in an extremely difficult situation in the handling of this "case"; in particular, because the "case" is not based on a unilateral application but submitted by the agreement of both Parties.

21. In this jointly submitted case, the substance of the *dispute* and the basis on which the Court is asked to rule seem to me to be extremely unclear. In my view, the Court should have asked the Parties to clarify their positions. I wonder if it would not have been possible for the Court to have handed this jointly submitted case back to the Parties with the request that they clarify their common intention and original understanding in coming to the Court, and that they state whether they wish to have the *boundary* determined *or* whether they would prefer to treat the determination of the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island as a separate issue and not simply as a result of the determination of the boundary.

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

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

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

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

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

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

III. "ON THE BASIS OF THE 1890 ANGLO-GERMAN TREATY"

(1) Introduction

22. As I have already stated in paragraph 3 above, this is a case brought by means of a *compromis*, by which the Parties seek to have the Court determine the boundary and the legal status of the Island on the basis of the criteria which the Parties jointly wish to rely on. The original intention of the Parties was to rely on the 1890 Anglo-German Treaty to assist in the *drawing* of a boundary along the Chobe River in the area of Kasikili/Sedudu Island. I shall now proceed to an analysis of the 1890 Anglo-German Treaty.

(2) The Significance of the 1890 Anglo-German Treaty

23. There is no difference of views between Botswana and Namibia with respect to the fact that the 1890 Treaty should be regarded as constituting a basic document to determine the *boundary* between these two States. Let me begin with an examination of that Treaty.

24. Germany, which had had little interest in Africa before the latter part of the nineteenth century, emerged as a colonial State under the leadership of Bismarck and joined other European nations in the partition of Africa. In order to settle the issues relating to Africa, including the determination of the legal doctrine of occupation, the Berlin Conference was convened at the initiative of Bismarck. The General Act of the Conference of Berlin was adopted in 1885 (Memorial of Botswana, II, Ann. 1, p. 1).

In 1884 Germany put South-West Africa under its protectorate and in 1885 Great Britain, by Proclamation of the High Commissioner for South Africa, declared Bechuanaland a British Protectorate (Memorial of Botswana, II, Ann. 3, p. 24). In 1889 negotiations took place between Great Britain and Germany, in which Germany wished to be secured free access from Lake Ngami to the upper waters of the Zambezi River as a part of its sphere of influence (Memorial of Botswana, II, Ann. 4, p. 27; Ann. 5, p. 29).

25. The Anglo-German Treaty of 1 July 1890 determined the separation of the spheres of influence of the two States. The Treaty reads in part:

"The undersigned

Have, after discussion of various questions affecting the Colonial interests of Germany and Great Britain, come to the following Agreement on behalf of their respective Governments:

In South-West Africa the sphere in which the exercise of influence is reserved to Germany is bounded:

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

1) Introduction

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

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

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

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

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

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

«Les soussignés

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

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

.....

2. To the east by a line . . . [which] runs eastward along [the 22nd parallel of south latitude] to the point of its intersection by the 21st degree of east longitude; thence it follows that degree northward to the point of its intersection by the 18th parallel of south latitude; it runs eastward along that parallel till it reaches the River Chobe; and descends the centre of the main channel of that river to its junction with the Zambesi, where it terminates.

.
The course of the above boundary is traced in general accordance with a Map officially prepared for the British Government in 1889." (Anglo-German Treaty, Art. III, para. 2.) (Memorial of Botswana, II, Ann. 11, p. 185; Memorial of Namibia, IV, Ann. 4, p. 6.)

*

26. The 1890 Treaty is an instrument which determined the respective spheres of influence of the Parties in this region of Africa but which certainly did *not* fix national boundaries there between the territories of Germany and Great Britain. The limit of the German sphere of influence was fixed as the "centre of the main channel of the Chobe River", but in that Treaty no concrete *boundary line* was indicated in this geographically complex area. The determination of the *boundary*, which would certainly have had the effect of determining the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island, was at that time a matter far removed from the actual purpose of the Treaty.

27. The 1889 map that purports to illustrate Article III of the 1890 Anglo-German Treaty (Memorial of Botswana, Appendix II, Map 3) is, in my view, too reduced in scale to be of great assistance. The course of the Chobe River on this map is taken directly from the map prepared in 1881 by Dr. B. F. Bradshaw for the Royal Geographical Society. The Bradshaw map indicates certain geographical features of the area and shows the northern and southern channels of the Chobe River but, naturally, did not define any boundary (Memorial of Namibia, V, Ann. 102, p. 35; Memorial of Namibia, VI, Atlas I/2) (Memorial of Botswana, Appendix II, Map 1) and has no significance for the determination of the boundary in this area.

(3) *The Meaning of "Main Channel" in the 1890 Treaty*

28. A great many explanations have been given by both Parties concerning the phrase "the centre of the main channel of [the Chobe River]" in Article III of the 1890 Anglo-German Treaty. In particular, both Parties have devoted a great deal of attention, especially during the oral hearings, to the purported difference between this concept and that used

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

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

*

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

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

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

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

in the other authentic text, the German one, which reads: “*Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*”.

The concept expressed by the German language text and that expressed by the English language text may not be identical. The English word “centre” is simply an expression used in geometry while the German word “*Thalweg*” has some legal connotation. The fixing of the “centre” of the main channel of the river is a matter to be determined by a geographer or a surveyor. In my view, however, the German delegation at the negotiation of the 1890 Treaty does not seem to have used the German expression “*Thalweg*” in order to give a meaning different from the English expression “centre” or in order to give the word a legal sense.

As stated in the Judgment (para. 46), the original provision of this part of the 1890 Treaty, initialled by Lord Salisbury and by Count Hatzfeldt, and transmitted to the British Foreign Office as “Draft Articles of Agreement” read:

“[The boundary] runs eastward . . . till it reaches the River Chobe, and descends the *centre of that river* to its junction with the Zambesi, where it terminates.” (Memorial of Namibia, IV, Ann. 26, p. 121, emphasis added.)

Afterwards the British side proposed the insertion of the words “the main channel of” so that the sentence read “the centre of the main channel of that river”. That proposal was accepted by the German side and translated first as “*in der Thal-Linie des Hauptlaufes dieses Flusses*” and, in the end, the word “*Thal-Linie*” was replaced with the word “*Thalweg*”. I would like to point out that the Judgment clearly, and in my view quite properly, states that “[t]he German text is therefore a word-for-word translation of the British proposal and follows the English text” (Judgment, para. 46).

29. At all events, the German words “*Thalweg des Hauptlaufes*” have the same meaning as the English words “centre of the main channel”. The different interpretation of the German words that was given at the oral pleadings does not convince me and I fail to understand why the Parties have given so much weight in their respective pleadings to a discussion of the word “*Thalweg*” and why the Court, in a similar way, shows so much concern with the use of and definition of this particular word so extensively in so many parts of its Judgment (Judgment, paras. 21-27, 46, and 89). The word “*Thalweg*” appears more than 20 times in the Judgment. I reiterate, the German expression is simply a translation of the English original text. The “centre of the main channel” is the original expression and reflects the idea of the negotiators of the 1890 Anglo-German Treaty. In the latter part of the Judgment, the expression “*Thalweg*” is replaced by “line of deepest soundings” — which follows the suggestions of the Parties during the oral hearing — and this concept appears in subparagraph (1) of the Judgment’s operative part. I think that the Court should have said in its operative part simply that the

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

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

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

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

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

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

boundary between Botswana and Namibia “follows the centre of the northern channel” rather than “follows the line of deepest soundings in the northern channel”.

*

30. It is clear to me that there was nothing in the minds of the officials who negotiated the 1890 Treaty that could indicate that they had decided that the separation line between their respective spheres of influence should be anything other than the centre of the “main channel” of the Chobe River. The concept of “channel” is a strictly scientific issue. However, what constitutes “the main” channel is subject to a degree to interpretation. The concept of the “main channel” may well be defined by various criteria such as the breadth of the river, the depth of the water, the volume of waterflow, bed profile configuration, and so forth, as suggested in certain scientific works of reference (Judgment, paras. 29 and 30). The Judgment properly states that there is “[not] one single criterion in order to identify the main channel of the Chobe” (para. 30).

31. I submit that the fact that the original English text, namely the term “centre of the river”, was replaced by the term “centre of the main channel of the river” and, in the German text, the word “*Thalweg*” was used to mean the “centre” of the main channel, might be interpreted as reflecting an interest on the part of the parties to the 1890 Treaty, in their choice of the Chobe River as the boundary, in the navigation potential of that River, thus gaining access to the Zambezi River. It should, however, be noted that it was not known at that time whether navigation through the Chobe River was feasible. It was merely of potential interest to each side. This is properly noted in the Judgment (paras. 40 and 44). Since there existed no immediate interest in navigating the Chobe River, and given that the hydrological condition of the river was unknown, the parties to the 1890 Treaty — without thereby seeking to delimit the boundary — employed the phrase “centre of the main channel” with a view to the *navigability* of the river, but in purely theoretical terms.

Subject to some minor exceptions, the Chobe River has to date not been navigated for transportation purposes. If the “main channel” should be considered in terms of navigability, then the Court would have difficulty in choosing between the northern and the southern channel as a boundary, since neither of those two channels has in the past or at the present time satisfied the conditions of navigability in a substantive or commercial sense.

32. If, however, the Court is to decide the boundary in terms of the “main channel” of the river, in whatever manner the words in the 1890 Treaty might have been interpreted at that time, then it can proceed to find the whereabouts of the main channel in the general sense. For this purpose the Court needs the assistance of a hydrological expert and

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

*

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

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

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

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

should have sought the help of a specialist in this subject, either as a witness or as an expert to be called by the Court, who could, first, inform the Court what criteria were most suitable for the definition of the main channel in this particular geographical situation and, second, which of the two channels would in reality meet those criteria.

Instead the Court has, in one way or another, dealt with the views expressed by scientists or specialist members of the opposing teams of the Parties. The views of these scientists or specialists are at times contradictory. The Court has, in fact, determined the northern channel as the "main channel" without the benefit of an expert opinion obtained from an independent person. It has relied upon its own interpretation of the geographical and scientific criteria, and has come to its own conclusion that "in accordance with the ordinary meaning of the terms that appear in the pertinent provision of the 1890 Treaty, the northern channel of the River Chobe around Kasikili/Sedudu Island must be regarded as its main channel" (Judgment, para. 41). Although, in my view, the Court has not dealt correctly with this matter, which involves scientific, hydrographic, potamological or topographical issues, I am, however, not in a position to state that the Court's decision is incorrect.

(4) How Has the "Main Channel" been Recognized on Various Occasions in the Past?

33. In order to determine at present the boundary between Botswana and Namibia it is extremely important to ascertain how this main channel of the Chobe River, as referred to in Article III (2) of the 1890 Treaty, has been recognized in the past. I will devote a separate part of this opinion to a discussion of this matter. These past practices are extensively referred to in the Judgment but from a totally different aspect.

IV. "ON THE BASIS OF THE RULES AND PRINCIPLES OF
INTERNATIONAL LAW"

34. The Court is requested to make a determination "on the basis of" not only the 1890 Treaty but also "the rules and principles of international law" (*compromis*, Art. I). As I stated above, these words are interpreted in the *compromis* as meaning the "general principles of law recognized by civilized nations", as provided in Article III of the *compromis*. It may be noted that this interpretation, stated in Article III of the *compromis*, was quite new and was not mentioned in the work of the JTTE which constituted the basis of the *compromis*. I have to ask myself whether the Parties to the *compromis* really intended to limit the interpretation of the wording in Article I to the meaning stated in Article III.

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

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

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

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

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

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

35. If, as the *compromis* suggests, one takes the words “the rules and principles of international law” to mean the “general principles of law recognized by civilized nations”, then the argument as to whether “prescriptive title” was acquired, on whatever basis, in connection with the legal status of Kasikili/Sedudu Island, would be relevant. The Court is quite justified in taking up the issue of the doctrine of prescription in this regard (Judgment, paras. 94-99). The Court concludes, however, that cultivation by the Masubia people or the occasional exercise of authority in one way or another over the Island would not have constituted a basis for acquisitive prescription and reaches a negative conclusion on this point (Judgment, para. 99). I fully agree with the Court’s conclusion on this point.

36. What other “general principles of law recognized by civilized nations” could then have been suggested as a basis for the Court’s determination of the matter? I see no reference in the arguments of the Parties to this element. I find no reason to take “the rules and principles of international law” as a basis for the Court’s determination, as distinct from the 1890 Anglo-German Treaty.

V. HOW THE “MAIN CHANNEL” OF THE CHOBE RIVER WAS RECOGNIZED IN PAST PRACTICE AND HOW THAT WOULD ASSIST THE COURT TO DETERMINE THE BOUNDARY ALONG THE CHOBE RIVER

(1) *Introduction*

37. As I have stated in paragraph 33 above, it is necessary to examine how the boundary of the Chobe River and the status of Kasikili/Sedudu Island have been viewed at varying times in the past by the respective authorities in the area in the maps, in certain relevant documents or even in certain practices.

These documents and practices are referred to extensively in the Judgment, but rather from the standpoint of whether they constitute “any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty” and/or “any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty” as provided for in the Vienna Convention on the Law of Treaties (Art. 31, para. 2 (a),(b)), for purposes of interpretation of the 1890 Anglo-German Treaty (Judgment, paras. 47-70, 75 and 78). The Judgment makes many references to the Vienna Convention and concludes generally that the practices to which it refers extensively, and which I quote later in this section, constitute *neither* “subsequent agreement” *nor* “subsequent practice” in terms of that Convention (Judgment, para. 79).

38. On this point, I am afraid that I cannot share the view taken in the Judgment that these practices, maps and documents are relevant purely for the purpose of interpretation of the 1890 Treaty. In my view, the rele-

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

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

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

1) Introduction

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

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

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

vant facts and activities may usefully be considered by the Court as an aid to determining the boundary of the Chobe River and the legal status of the Island, but not for the purpose of the Court's interpretation (with regard to the Vienna Convention on the Law of Treaties) of the 1890 Treaty. In my view, these past practices themselves constitute a decisive factor enabling the Court to determine the boundary between Botswana and Namibia along the northern channel of the Chobe River.

In the part of my opinion that follows, I refer to several incidents and quote from the early documents. Those references are, to a great extent, the same as those cited in the Judgment but I include them nevertheless as, from my standpoint, they are of great importance.

(2) Treatment of Maps

39. I should like to add a few words on the significance in this particular case of a number of maps of the region produced since 1890 and presented to the Court by the Parties. I count as many as 52. I have grave doubts as to whether the existence of so many maps in this case will be of help in finding a solution to this matter. Some of the maps indicate the width of the northern channel and of the southern channel around Kasikili/Sedudu Island, and are thus useful in providing some geographical details of the region. However, some of the cartographers have gone so far as to indicate on their maps a "boundary", which could be interpreted as being a political boundary between the northern and southern banks of the Chobe River.

40. The Judgment develops the view of the Court regarding the various maps of this area submitted to it and the Court properly considers that it is "itself unable to draw conclusions from the map evidence produced in this case" (Judgment, para. 87). I share the Court's view in this regard. I should, however, like to make some general comments on these maps, as follows.

First, some maps were simply reproduced from a previous edition without any additional survey having taken place.

Secondly, the Chobe River region had, before 1890, been explored by certain individuals, amongst them Selous and Livingstone, but obviously the maps they produced did not show any political boundary. A map produced by a relevant government body may sometimes indicate the government's position concerning the territoriality or sovereignty of a particular area or island. However, that fact alone is not determinative of the legal status of the area or island in question. The boundary line on such maps may be interpreted as representing the maximum claim of the country concerned, but does not necessarily justify that claim.

Thirdly, a claim to territory can only be made with the clear indication

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

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

2) *Examen des cartes*

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

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

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

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

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

of a government's intention, which may be reflected in maps. A map on its own, with no other supporting evidence, cannot justify a political claim. In this particular case, despite the existence of so many maps and despite the considerable discussion by both Parties on the subject of their interpretation, in the final analysis, all of this is in my view utterly irrelevant.

41. To my mind, the drawing of a political boundary is not a task for a cartographer unless he has been given a clear indication of its placement. No great weight should be given to any *boundary* depicted by such maps.

The Parties included in their oral presentation a list indicating which, of the large number of maps, placed the boundary either to the north or to the south. This, in my view, was at best an exercise in futility and at worst absurd.

*(3) The Geographical Conditions of the Area Surrounding
Kasikili/Sedudu Island and the Political and Social Situation of
the Island up to the Middle of This Century*

42. This area was essentially unknown before the conclusion in 1890 of the Anglo-German Treaty, except for the report of Livingstone's expedition, "Missionary Travels and Researches in South Africa" (Memorial of Namibia, V, Ann. 129, p. 197; Memorial of Namibia, I, p. 23), the report of the explorer Selous in 1874 (referred to, but not fully quoted, in Memorial of Namibia, V, Ann. 138, p. 229), and the Schulz-Hammar report of 1884, "The New Africa — A Journey up the Chobe and down the Okovanga Rivers" (referred to, but not fully quoted, in Memorial of Namibia, V, Ann. 137, p. 227). As far as I can tell, none of these reports refers to the existence of an island now known as Kasikili/Sedudu Island.

43. Whether at that time Kasikili/Sedudu Island was submerged during the rainy season or whether there was any continuous flow of water throughout the year is not known. Some explanation has been given by the scientists engaged by the Parties to this case but their explanations differed, nor was it altogether clear whether they were talking about the situation a hundred years ago or at the present time. At any rate, the facts they presented were not explained to the Court by a witness or by an expert who had made the required solemn declaration. The fact appears to be that there existed no reliable topographical description of this area at that time. It is extremely difficult to ascertain from any existing available information the geographical situation of this region, namely, Kasikili/Sedudu Island and the surrounding area of the Chobe River.

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

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

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

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

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

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

44. It appears to me that, in the oral and written pleadings in this case, the Parties have, in the main, concentrated on the interpretation of the terms contained in the 1890 Treaty (such as the “centre of the main channel of the river”) but have not greatly discussed the political and social status or situation of the north and south banks of the Chobe River.

45. Germany, which in 1884 placed South West Africa under its Protectorate, was greatly concerned about access from the direction of the Ngami Lake to the east towards the Zambezi River and had not even the slightest interest in exercising control over a small island in the Chobe River. Great Britain, on the other hand, had in 1885 placed Bechuanaland under its Protectorate and put the region under the control of the Governor of British Bechuanaland.

Germany made no territorial claim, not even over the Eastern Caprivi Strip to the north of the Chobe River, and the first presence of a German administration in this region was in 1909 after the establishment of the office of the German Governor in South West Africa in 1908 at Windhoek. The *de facto* authority of Great Britain existed in Caprivi until 1914. It is assumed that, at that time, Great Britain’s control of the region extended northwards beyond the Chobe River.

46. During the First World War, Eastern Caprivi, which had been under German administration, was occupied by the British Army mobilized from South Rhodesia and was placed under the authority of the District Commissioner of the Bechuanaland Protectorate in Kasane (Memorial of Namibia, I, p. 93). In 1919, after the First World War, the Union of South Africa became the administering power for the whole of present-day Namibia under the mandate of the League of Nations — which means, if I may say so, that the Union of South Africa was under British influence, albeit indirectly. In the period 1915-1929 Caprivi was administered by the Bechuanaland administration on behalf of the Government of the Union of South Africa. No objection was raised to the cultivation of Kasikili/Sedudu Island by Caprivi tribesmen.

The difference in status between the area to the north and the area to the south of the Chobe River did not actually cause any practical difficulties in this post-war period; these arose only after the Second World War. It is reported that the British Police patrolled both the northern and southern banks as peace officers.

47. A report (the Eason Report) produced by Captain Eason of the police of the Bechuanaland Protectorate (Great Britain) on 5 August 1912, entitled “Report on the main channel of the Linyanti (or Chobe) river” (frequently cited in the Judgment, in paras. 33, 42, and 52-55), gives some geographical description of the area (Memorial of Namibia, IV, Ann. 47, p. 173; Memorial of Botswana, III, Ann. 15, p. 225). This Report states that “[h]ere [Captain Eason] consider[s] that undoubtedly the *North* should be claimed as the main channel” (emphasis added) and, in the sketch-map attached to this report, the *northern channel*

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

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

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

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

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

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

was, from a geographical point of view, taken as being the main channel.

Since that 1912 report, there seems to have been no reliable report of this region until the Trollope-Redman report prepared in the mid-1940s, to which I will refer later.

(4) The Confrontation in the 1940s between the Authorities of the Union of South Africa and the British High Commissioner's Office for the Bechuanaland Protectorate

48. After the Second World War, despite the termination of the mandatory system of the League of Nations, the Union of South Africa did not acquiesce in transforming this mandatory area to the new system of Trusteeship under the United Nations. Thus, the separation or friction between the régimes controlling the territories of the Union of South Africa (which became a Republic and left the Commonwealth in 1961) and the British Protectorate of Bechuanaland became apparent. It is only since that time that the question of the boundary between the two entities mentioned above, including the status of Kasikili/Sedudu Island, emerged.

49. In 1940 Major L. Trollope, the Magistrate for the Eastern Caprivi Zipfel (hereinafter "Strip") (to the north of the Chobe River), surveyed this area with the co-operation of the Bechuanaland Protectorate police in Kasane (to the south of the Chobe River) and submitted his report on the administration of the Eastern Caprivi Strip to the Secretary for Native Affairs in Pretoria (Memorial of Namibia, IV, Ann. 58, p. 229). No mention was made of Kasikili/Sedudu Island in that report.

50. Nearly ten years later, in 1948, an exchange of letters took place between the Office of the Magistrate in Windhoek, Caprivi Strip (to the north of the Chobe River), and the British Authorities in Kasane (to the south of the Chobe River), concerning the international status of this region, including Kasikili/Sedudu Island. Major Trollope (Magistrate for the Eastern Caprivi Strip) addressed a letter on 3 January 1948 to Mr. V. Dickinson (District Commissioner in Maun, Bechuanaland), entitled "Channel between Kasikili Island and Kabuta and Kasika Villages", referring to the application by a Mr. Ker for permission to transport timber through the northern channel (Memorial of Namibia, IV, Ann. 59, p. 262) (see Judgment, paras. 40 and 56).

51. A few weeks later, a report dated 19 January 1948 was jointly prepared by Major Trollope and Mr. N. V. Redman ([Assistant] District Commissioner at Kasane, Bechuanaland Protectorate), entitled "Joint Report on the boundary between the Bechuanaland Protectorate and the

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

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

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

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

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

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

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

Eastern Caprivi Zipfel: Kasikili Island” (see Judgment, paras. 42 and 57-60) in which it was stated that:

“3. We find after separate examination of the terrain and the examination of an aerial photograph that the ‘main Channel’ does not allow the waterway which is usually shown on maps [the southern channel] as the boundary between the two Territories.

4. We express the opinion that the ‘main Channel’ lies in the waterway [*the northern channel*] which would include the island in question in the Bechuanaland Protectorate.

5. On the other hand we are satisfied, after enquiry that since at least 1907, use has been made of the Island by Eastern Caprivi Zipfel tribesmen and that that position still continues.

6. We know of no evidence of the Island having been made use of, or claimed, by Bechuanaland Tribesmen or Authorities or of any objection to the use thereof by Caprivi Tribesmen being made.” (Memorial of Namibia, IV, Ann. 60, p. 264.)

*

52. Major Trollope, in his letter of 21 January 1948 addressed to the Secretary of Native Affairs in Pretoria entitled “Bechuanaland-Eastern Caprivi Zipfel Boundary” (see Judgment, para. 58), seems to have conceded, in paragraph 3, that the boundary should be in the *northern channel* but that the people of Eastern Caprivi should continue to be allowed to cultivate the Island. The letter stated:

“There is no doubt if the wording of the 1890 Treaty is applied to the geographical facts as they exist today that the true inter-territorial boundary would be the *northern waterway* and would include Kasikili Island in the Protectorate.” (Memorial of Namibia, IV, Ann. 61, p. 271, emphasis added.)

53. It is known that, in spite of the suggestion by Major Trollope regarding the northern channel, the Union of South Africa was reluctant to admit that the northern channel was the main channel of the Chobe River; see the letter of 12 June 1948 from the Secretary of Justice of the Union of South Africa to the Secretary for External Affairs in Pretoria entitled “Bechuanaland — Eastern Caprivi Zipfel Boundary”:

“The main channel is *north* of Kasikili Island whereas it is apparently usually shown on maps as being south of the island. The map referred to in the [1890] Treaty is not available to us, but assuming that on that map also the main channel is shown as being south of the island, the question arises whether there was not, before the con-

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

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

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

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

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

*

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

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

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

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

clusion of the Treaty, a shifting of the main channel from the southern waterway to the northern." (Memorial of Namibia, IV, Ann. 62, p. 277, emphasis added.)

*

54. In a letter dated 14 October 1948 from the Secretary to the Prime Minister and for External Affairs of the Union of South Africa (responsible for the area north of the Chobe River), to the Administrative Secretary to the British High Commissioner for Basutoland, the Bechuanaland Protectorate and Swaziland (responsible for the area south of the Chobe River), it is stated that, as far as the former remembered, the *boundary* had never been changed from the southern channel to the northern channel. It seems that the issues between the two authorities at that time were concerned with the transport of timber through the northern channel of the Chobe River and the cultivation of Kasikili/Sedudu Island by Caprivi tribesmen. While the Union of South Africa was aware of the application for permission to transport timber by a firm in Bechuanaland, its main concern was the continuation of the cultivation of the Island by the tribesmen of the Eastern Caprivi Strip. This is shown by the following quotation from the letter:

"It is understood that the necessity for consideration of the matter arises from the fact that a certain river transport venture, which proposes to transport timber down the river from a sawmill in Bechuanaland has raised the question of the correct boundary both in representations to the Magistrate, Eastern Caprivi Zipfel and to the Bechuanaland authorities.

The Report discloses that while the main channel of the Chobe River is shown on maps as passing to the South of Kasikili Island it in fact passes to the North of that Island.

It has been confirmed, as a result of exhaustive enquiries, that there has been no shifting of the main channel of the river from South to North within living memory. The facts, therefore, point to the maps being incorrect.

As against the foregoing there is evidence that the Island has been cultivated by Caprivi Tribesmen since at least 1907 and that their right to the occupation of the Island has at no time been disputed.

The Union Government is anxious to preserve the rights of the Caprivi Zipfel tribesmen on the Island and it is understood that the Bechuanaland authorities desire the use of the Northern channel for navigation purposes. As there would appear to be no conflict of interests it should be possible to come to an arrangement which is mutually satisfactory." (Memorial of Namibia, IV, Ann. 63, p. 280.)

The letter of 4 November 1948 of the Administrative Secretary to the

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

*

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

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

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

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

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

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

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

British High Commissioner addressed to the Secretary of State for External Affairs in the Union of South Africa states that:

"I am directed by the High Commissioner for Basutoland, the Bechuanaland Protectorate and Swaziland to inform you that the Resident Commissioner of the Bechuanaland Protectorate has directed the Assistant District Commissioner, Kasane, that tribesmen of the Caprivi Zipfel should be allowed to cultivate land on Kasikili Island, if they wish to do so, under an annual renewable permit." (Memorial of Namibia, IV, Ann. 64, p. 281.)

The letter of 14 February 1949 from the Secretary to the Prime Minister and for External Affairs to the Chief Secretary to the British High Commissioner on Basutoland, the Bechuanaland Protectorate and Swaziland, sounded out the possibility of agreeing that the Island should belong to the northern bank (South West Africa) but that the navigation route should remain as the northern channel:

"From the available information it is clear that Caprivi Tribesmen have made use of the Island for a considerable number of years and that their right to do so has at no time been disputed either by Bechuanaland Tribesmen or the Bechuanaland authorities.

It was further understood that the interests of the Bechuanaland authorities centred in the use of the Northern Channel of the Chobe for navigation purposes.

My object in writing to you was therefore to ascertain whether agreement could not be reached on the basis of your Administration recognising the Union's claim to Kasikile Island subject to it issuing a general permit for the use of the Northern waterway for navigation purposes." (Memorial of Namibia, IV, Ann. 65, p. 283.)

55. In a letter of 6 June 1949 addressed to Lord Noel-Baker (Secretary of State for Commonwealth Relations), the British High Commissioner seems to have been ready to accept the proposal of the Union of South Africa that the southern channel would constitute the boundary, as shown by the following quotation:

"2. Part of that boundary is formed by the main channel of the Chobe or Linyati River which runs eastwards into the Zambesi, and divides the northern border of the Bechuanaland Protectorate from a narrow strip of territory known as the Caprivi Zipfel. About 10 miles west of its junction with the Zambesi, the Chobe river encloses Kasikile Island, a small strip of land about 1½ square miles in area; this has hitherto been regarded as part of the Caprivi Zipfel, since maps show that the main channel passes to the south of the island.

3. The question of the correct boundary was raised by a firm which intends to transport timber down the river, and the Union Government, having examined the question, find that the main

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

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

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

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

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

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

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

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

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

channel is to the north of the island, and that there has been no change in the course of the channel within living memory. I enclose a copy of a note provided by the Union Government which was jointly recorded on the 19th January, 1948, by the Magistrate of the Eastern Caprivi Zipfel and the District Commissioner of Kasane, Bechuanaland Protectorate, together with a copy of the sketch map mentioned therein.

4. The Resident Commissioner of the Bechuanaland Protectorate considers that the Union proposal to set the boundary in the southern channel need not be resisted, if the use of the northern channel for navigation is guaranteed for the inhabitants and Government of the Bechuanaland Protectorate. This guarantee the Union Government are prepared to give.

5. I consider in the circumstances that the proposal of the Union Government is acceptable, and would be glad to have your approval of it." (Memorial of Namibia, IV, Ann. 66, p. 284.)

*

56. This correspondence as referred to in paragraphs 54 and 55 above, seems to indicate the readiness towards the end of the 1940s of the Bechuanaland Protectorate to concede that the southern channel would constitute the boundary if the transportation of timber could be continued by Mr. Ker through the northern channel. However, that suggestion, addressed to Lord Noel-Baker, did not receive the approval of the British Government.

After the exchange of letters between the Union of South Africa and the Bechuanaland Protectorate, there was no progress at that time on the issue concerning the boundary.

(5) The Occurrence of Incidents in 1984 after Botswana's Independence in 1966, and the Joint Survey Which Followed

57. On 25 October 1984 an incident took place in which a South African patrol boat on the Chobe River was shot at by Botswana Armed Forces (Memorial of Namibia, IV, Ann. 84, p. 329). This can be regarded as the beginning of the territorial dispute between the two entities. At an intergovernmental meeting held in Pretoria on 19 December 1984 (Memorial of Botswana, III, Ann. 50, p. 396) it was decided that a joint survey should be undertaken to determine whether the main channel of the Chobe River was located in the northern or the southern channel (Memorial of Botswana, III, Ann. 48, p. 384).

In fact, the July 1985 report on the "Chobe River Boundary Survey: Sidudu/Kasikili Island" suggested in conclusion: "The main channel of the Chobe River now passes Sidudu/Kasikili Island to the west and to the

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

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

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

*

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

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

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

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

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

north of it” (emphasis added). However no effort was made to find a solution to the political issue, namely, the national boundary between the powers to the north and south of the river.

*

58. The telex dated 22 October 1986 from “Pula Gaborne” Botswana (responsible for the area south of the Chobe River) to “Secextern” Pretoria (responsible for the area north of the Chobe River), referring to the discussion held on 13 October 1986, states:

“It will be recalled that the Botswana side submitted that Sidudu/Kasikili Island is part of the territory of Botswana, as confirmed by the Botswana/South Africa joint team of experts which reported to the two Governments in July, 1985. Pula wishes to inform Secextern that the Government of Botswana has since occupied Sidudu/Kasikili Island and expects the Government of South Africa to respect the sovereignty and territorial integrity of the Republic of Botswana in respect of the island.” (Memorial of Botswana, III, Ann. 52, p. 406.)

The South African authorities suggested that a meeting be convened for the solution of the problem. The exchange of communication ended with a telex from the Botswana authorities dated 25 November 1986, which read as follows:

“The joint Botswana/South Africa team of experts were never asked to demarcate an international boundary but ‘to determine whether the main channel of the Chobe River is located to the north or south of Sidudu Island’. The joint team confirmed what had always been the fact, namely that the main channel is located to the *north* of the island, and that is where the boundary is.

It is therefore clear that adequate clarification of the matter has been made to satisfy normal requirements and no further discussion of the matter is necessary.” (Memorial of Botswana, Ann. 54, p. 410; emphasis added.)

(6) What Does the Past Practice Indicate?

59. After an examination of certain incidents that occurred in the area, as well as the correspondence between the authorities of the northern bank and southern bank and certain surveys conducted in the course of the past hundred years, I conclude that the northern channel of the Chobe River had been regarded, implicitly or explicitly, as the boundary separating the authorities on the northern and southern banks, and that Kasikili/Sedudu Island had been regarded as being under the authority of

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

*

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

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

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

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

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

6) *Que dit la pratique antérieure?*

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

the south, despite the occasional use of the Island by tribespeople from the northern side.

The Judgment, however, refers to these same past practices as if they might serve to assist it in interpreting the 1890 Anglo-German Treaty as provided for in the Vienna Convention on the Law of Treaties, and the Court came to the conclusion that those practices were not in fact capable of constituting “subsequent practice” or “subsequent agreement” within the meaning of the Vienna Convention. I would emphasize once more that in my view this case is not one directly related to the application of the provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties to the 1890 Anglo-German Treaty, to which latter Treaty neither Botswana nor Namibia is a party.

I refer above to these past practices, as decisive factors in assisting the Court to determine the course of the boundary in the Chobe River and, hence, to determine the status of Kasikili/Sedudu Island as a part of the territory of Botswana.

VI. CONCLUSION

60. I suggested at the outset that the *compromis* agreed by Botswana and Namibia on 15 February 1996 and filed in the Registry of the Court on 29 May 1996 was not clearly drafted, with the result that the Court would not be able properly to ascertain the Parties’ real intention in submitting the “case” to it. The first thing the Court must do is to ascertain whether the Parties wish it to determine the *boundary* between the two States along the Chobe River *or* the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island. These two issues, rather than being complementary, may well be contradictory. I suggested that the Parties might have been asked to clarify their common position on the subject of the dispute.

61. The parties to the 1890 Treaty did not attempt to delineate the boundary in the area of the Chobe River but wanted, by the use of the words the “main channel” of the river, to separate their respective spheres of influence taking into consideration the potential possibility of navigation along the Chobe River in order to have access to the Zambezi River. In fact, the Chobe River has not been in the past and is not at the present time used in any substantial way for the purpose of navigation. Thus the words the “main channel of the Chobe River” may well today be understood in the ordinary sense in hydrological terms. I regret that the Court made no attempt to obtain the opinion of an expert regarding the main channel of the Chobe River and relied instead on the opinions of experts who were members of the Parties’ respective teams. I accept, however, that the Court has determined the northern channel as the boundary in accordance with the ordinary meaning to be given to the relevant terms as it understands them and I have no objection to its findings on the matter.

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

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

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

VI. CONCLUSION

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

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

62. I agree with the finding of the Judgment that “the rules and principles of international law”, as a basis for determination of the boundary and the legal status of the Island, have no significant role to play in this case.

63. I would rather suggest that the past practices — the geographical surveys and the correspondence between the authorities of the northern and southern bank — which were indicated sufficiently in the Judgment and of which I have also made an extensive analysis, are of themselves the most important and decisive element in assisting the Court to determine that the boundary between Botswana and Namibia is located in the northern channel and that Kasikili/Sedudu Island thus falls within the territory of Botswana.

(Signed) Shigeru ODA.

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

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

(*Signé*) Shigeru ODA.