

OPINION DISSIDENTE DE M. WEERAMANTRY,
VICE-PRESIDENT

[Traduction]

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

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

TABLE DES MATIÈRES

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

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

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

2. Un élément fondamental de cette masse d'informations est que les Masubia ont longtemps, sans solution de continuité, utilisé et occupé l'île de Kasikili/Sedudu depuis une date antérieure au traité de 1890 et pendant plus d'un demi-siècle ensuite. La Namibie se sert de cette information à deux fins différentes. Elle soutient que le comportement des deux administrations par rapport à cette utilisation et cette occupation de l'île corrobore son interprétation du traité qui est que le paragraphe 2 de l'article III vise le chenal sud¹. La Namibie soutient également que cette utilisation et cette occupation lui confèrent sur l'île un titre totalement indépendant en vertu de la prescription acquisitive².

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

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

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

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

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

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

¹ Mémoire de la Namibie, p. 10, par. 32.

² *Ibid.*, par. 33.

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

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

PARTIE A

Introduction

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

L'article 31 de la convention de Vienne

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

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

20. Le Botswana s'est opposé à cette thèse⁴, soutenant que la Cour devrait user de prudence à l'égard de cette suggestion et qu'il ne faudrait pas de cette manière diluer le sens du terme «accord» (*«agreement»*). Le Botswana dit en outre:

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

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

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

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

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

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

⁴ Contre-mémoire du Botswana, vol. I, p. 84, par. 238.

⁵ CR 99/13, p. 57.

standing») et peut par conséquent couvrir également le silence et l'inaction. L'idée est confortée non seulement par le droit général de l'interprétation de documents mais également par les travaux préparatoires de la convention⁶. Au paragraphe 49 de son arrêt, la Cour, de même, souscrit à l'idée que l'accord des Parties sur le sens du traité explique pourquoi la pratique ultérieure a tant d'importance.

24. Le terme «*agreement*» a été substitué au terme «*understanding*» qui figurait même encore dans l'avant-dernier projet de la Commission du droit international, avec le souci d'aligner le texte anglais sur les textes français, russe et espagnol⁷. Dans la convention, le terme anglais «*agreement*» a un sens analogue à celui du terme français «*accord*» ou du terme espagnol «*acuerdo*», et n'exclut par conséquent pas une entente (*understanding*) qui ne prendrait pas nécessairement la forme d'un accord verbal⁸. Comme l'a dit sir Humphrey Waldock :

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

Dans les versions française et espagnole figuraient les mots «*accord*» et «*acuerdo*», qui, en soi, n'ont pas nécessairement le sens d'un accord (*agreement*) formellement exprimé comme tel¹⁰. Il ne faut donc pas interpréter le terme «*agreement*» figurant au paragraphe 3 *b*) de l'article 31 de la convention comme étant limité à un accord verbal. Le terme peut s'étendre à une entente (*understanding*) se manifestant par un comportement.

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

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

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

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

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

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

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

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

L'abondante jurisprudence de la Cour actuelle au sujet de la pratique ultérieure¹³ montre également que «la façon dont les parties se sont comportées dans la pratique par rapport au traité donne des preuves légitimes de la bonne interprétation qu'il faut lui donner»¹⁴ [traduction du Greffe].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contrairement à ce que le Botswana donne à entendre¹⁷, cette approche ne revient pas à tenter de s'écarter du texte du traité, elle consiste plutôt à tenter de faire appel à la conduite des parties pour comprendre les dispositions concrètes du traité.

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

29. Nous ne sommes pas en train ici d'interpréter ou d'appliquer une notion juridique, auquel cas les principes intertemporels pourraient parfois revêtir le sens que la notion a au moment de l'interprétation. Nous étudions plutôt ici une question de fait, qui est de savoir celui des deux chenaux dont les Parties estimaient à l'époque qu'il était le chenal principal. Ce principe de la contemporanéité est un des principes importants de l'interprétation des traités¹⁸, et, à mon sens, ce n'est pas bien l'appliquer que de prendre en considération, comme la Cour l'a fait, l'attitude qu'adoptent les Parties plus de cinquante ans après, quand les circonstances, politiques notamment, peuvent très bien avoir modifié la politique suivie en matière administrative par rapport à celle qui a manifestement été suivie pendant le demi-siècle suivant immédiatement la conclusion du traité.

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

¹⁵ Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 357.

¹⁶ *Ibid.*, p. 359; les italiques sont de moi.

¹⁷ Contre-mémoire du Botswana, vol. I, p. 85, par. 240.

¹⁸ Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 359.

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

Les signes d'occupation

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

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

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

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

¹⁹ C.P.J.I. série A/B n° 53, p. 46.

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

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

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

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

35. La Namibie soutient que

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

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

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

Que devons-nous en déduire?

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

²⁰ Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 40, par. 83.

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

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

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

38. Les changements intervenus plus tard dans les positions officielles, par exemple en 1947 ou plus tard encore, ne renseignent pas beaucoup sur la façon dont les Parties interprétaient le traité à l'époque où il a été conclu ou bien peu de temps ensuite. De nouvelles orientations politiques, et aussi des modifications de la configuration du pouvoir politique sont sans doute intervenues un demi-siècle plus tard ou davantage après la conclusion du traité, étant donné la façon dont la région s'est radicalement transformée. C'est pourquoi je ne conclus pas comme le fait la Cour que les événements qui se sont déroulés entre 1947 et 1951 et d'ailleurs par la suite aussi sont révélateurs de l'absence d'accord²¹.

Preuves de l'entente (common understanding)

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

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

²¹ Arrêt, par. 63.

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

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

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

- l'utilisation et l'occupation de l'île par les Masubia étaient aussi intensives que le permettaient le sol et le climat;
- cette exploitation et cette occupation par les Masubia se traduisaient même par la présence d'un chef, d'une communauté de village bien organisée et d'une école, éléments fort importants quand nous songeons que cette occupation n'a jamais été contestée par une administration dont les successeurs prétendent qu'il s'agissait de leur territoire, mais n'ont pas soulevé d'objection contre cette occupation jusque près de soixante ans après la conclusion du traité;
- l'un des premiers actes à l'actif du premier résident impérial allemand, Streitwolf, a été de mettre en place le chef masubia Chikamatondo, et de lui confier la responsabilité de la région, à charge pour le chef d'en répondre devant lui²²;
- plus tard, le chef masubia lui-même a vécu sur l'île et y a rendu la justice.

Comme je l'ai déjà dit, quand le Botswana soutient que la thèse de la «conduite ultérieure» est fondée sur la prescription acquisitive²³, il ne tient pas compte du fait qu'il s'agit en fait de deux thèses distinctes. Les éléments qui éclairent comment le traité était interprété à l'époque de sa conclusion peuvent être examinés tout à fait à part du rôle qui peut leur être imputé en faveur de la prescription acquisitive.

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

²² Mémoire de la Namibie, vol. I, p. 9, par. 28.

²³ Réplique du Botswana, vol. I, p. 55, par. 157.

Les thèses contraires

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

a) *Le rapport Eason, 1912*

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

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

Le colonel Panzera a dit, dans ses instructions à Eason, qu'on ne pouvait résoudre la question à l'étude qu'en suivant le chenal le plus profond dans lequel le courant est le plus fort et que la largeur du chenal n'était pas en cause. Les observations que Eason a faites pendant la saison sèche ne peuvent guère être conformes à ces directives, car, pendant la saison sèche, le courant est pratiquement inexistant dans les deux chenaux. D'ailleurs, les observations de Eason ont été faites à la fin d'une période de sécheresse exceptionnelle couvrant les douze mois précédents²⁴.

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

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

²⁴ Mémoire du Botswana, vol. III, annexe 15, p. 226, par. 2.

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

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

- i) Après réception de ce rapport conjoint, les deux gouvernements ne règlent pas pour autant la question en suspens, mais les deux intéressés «admett[ent] ne pas être du même avis sur le problème juridique relatif à l'île de Kasikili»²⁵. Il n'est donc réalisé aucun progrès par rapport à la situation antérieure.
- ii) Trollope lui-même soulignait que l'utilisation et l'occupation de l'île indiquaient que l'île faisait partie de la bande de Caprivi²⁶.
- iii) Les conseillers juridiques du protectorat du Bechuanaland ont, semble-t-il, tenu pour acquis que l'île n'avait jamais été considérée comme une partie du protectorat du Bechuanaland et par conséquent serait «réputée ne pas être incluse et n'[ayant] jamais été incluse dans le protectorat [du Bechuanaland]»²⁷. On ne peut guère rejeter de façon plus catégorique la position défendue par le Botswana.
- iv) Le rapport laisse délibérément sans réponse la question de savoir quelle incidence le fait que l'île est utilisée par les membres des tribus du Caprivi depuis 1907 peut avoir sur la propriété de l'île.

c) *Les discussions de 1984-1986 à la suite de l'incident du 24 octobre 1984 où des coups de feu ont été tirés*

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

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

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

²⁶ Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 47, par. 104.

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

relevait le secrétaire chargé des affaires extérieures d'Afrique du Sud dans la réponse qu'il adressait le 14 février 1949 au secrétaire administratif auprès du haut commissaire pour le Bechuanaland²⁸.

47. L'accord (*understanding*) sur le fait que l'île ne faisait pas partie du territoire botswanais semble avoir été si profondément ancré qu'il a continué de s'imposer pendant les années qui ont suivi immédiatement l'accession à l'indépendance du Botswana. Nous disposons d'un témoignage important à cet égard avec la décision d'un magistrat botswanais qui, en 1972 (soit six ans après l'indépendance du Botswana) a acquitté trois hommes des tribus du Caprivi qui avaient été arrêtés sur l'île de Kasikili par des gardes-chasse du parc national du Chobe et détenus à Kasane pendant cinq jours. D'après les dépositions sous serment présentées par la Namibie, le magistrat a critiqué les gardes-chasse pour avoir arrêté ces hommes sur territoire caprivien²⁹.

48. Le Botswana nie l'incident, déclarant qu'il repose exclusivement sur les déclarations sous serment des personnes accusées. Quoi qu'il en soit, on a confirmation qu'un incident de cette nature s'est produit avec le fait qu'en 1973, l'Afrique du Sud a envoyé une note de protestation au président du Botswana parce que des fonctionnaires botswanais armés avaient pénétré sur ce que l'Afrique du Sud appelait «le territoire du Caprivi oriental»³⁰, et avec le fait en outre que le Botswana n'a pas répondu à cette communication alors que l'Afrique du Sud procédait pourtant à une enquête sur place³¹. La question avait donc reçu une suite administrative officielle puisque l'Afrique du Sud adressait une note au président du Botswana, et le Gouvernement botswanais n'a pas affirmé ses droits à cette occasion.

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

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

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

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

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

³⁰ Contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 26.

³¹ *Ibid.*, annexe 27.

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

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

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

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

L'ambivalence des autres critères

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

Je formulerai à ce sujet quelques observations.

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

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

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

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

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

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

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

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

56. En ce qui concerne la navigation, il faut relever que, jusqu'en 1914 même, toute la circulation qui avait lieu sur le Chobe était assurée par des pirogues ou *mekoro*, et que même les administrateurs coloniaux ne se servaient pas de meilleures embarcations³³. En outre, il n'existe aucune preuve d'une navigation commerciale régulière à horaires fixes à l'époque de la conclusion du traité³⁴. Et il faut attendre les années quarante pour que soit inaugurée l'entreprise de transport de bois d'œuvre de

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

³³ Réponse du Botswana à la question n° 1 de M. Fleischhauer.

³⁴ *Ibid.*

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

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

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

La notion de thalweg

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

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

a) Applicabilité de la notion

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

Dans ses écritures, la Namibie cite 47 auteurs de renom qui ont parlé de la notion de thalweg entre 1820 et 1930³⁶. Ces auteurs donnent toute une gamme d'avis: le thalweg ne doit être la frontière que dans les fleuves navigables; ce doit être la frontière dans tous les fleuves; la notion n'est

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

³⁶ Voir contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 9.

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

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

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

b) *Incidences de la notion*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

63. Il faut aussi accorder de l'importance au fait que la ligne représentée est la ligne de la « descente », c'est-à-dire celle des navires qui descendent vers l'aval du fleuve, ceux qui ont besoin au plus haut point d'exploiter le courant maximum. Par opposition, les navires qui se dirigent vers l'amont du fleuve doivent remonter le courant le plus faible — conclusion que Westlake formule très clairement⁴¹.

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

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

Il n'est pas indifférent non plus de constater que, si les bateaux transportant des touristes empruntent à peu près exclusivement le chenal sud, certains des bateaux empruntent le chenal nord quand ils reviennent de Kasane⁴² — ce qui indique que, dans ce chenal, le courant est lent et se prête à la remontée du fleuve.

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

66. Des obstacles de cette nature empêchent d'utiliser librement le chenal nord — en particulier la barre sablonneuse à l'entrée du chenal. Par opposition, le chenal sud est sur toute sa longueur assez profond pour accueillir les bateaux à fond plat qui l'empruntent toute l'année, en toute saison. En outre, le chenal sud ne s'assèche pas complètement pendant la saison sèche, si l'on tient compte des calculs du professeur Alexander⁴⁴.

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

⁴² Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 19, par. 45.

⁴³ *Ibid.*, par. 46.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 20, par. 47. Voir rapport supplémentaire, section 12.

Les éléments de preuve scientifiques

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

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

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

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

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

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

Les éléments de preuve cartographiques

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

situait l'île en territoire namibien. D'ailleurs, la Cour a constaté⁴⁵ que les cartes publiées après la conclusion du traité de 1890, lorsqu'elles figuraient la frontière, l'ont placée pendant un certain nombre d'années dans le chenal sud. La carte du Bechuanaland de 1933 et la carte d'Afrique du Sud de 1949 sont au nombre de ces cartes.

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

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

Il importe de constater que, parmi les cartes qui situent la frontière dans le chenal sud, figurent plusieurs cartes en forme de croquis du protectorat du Bechuanaland qui ont été publiées par le ministère britannique des colonies entre 1912 et 1914 — un fait que le Botswana admet dans son mémoire⁴⁶ et cité dans le contre-mémoire de la Namibie⁴⁷.

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

74. Le poids de l'arithmétique n'a pas autant d'importance que le fait que, dans aucune de ces cartes — pas seulement dans celles qui constituent la majorité — les frontières ne sont indiquées de façon à situer le territoire litigieux à l'intérieur de l'autre Etat. Voilà qui est fort peu compatible avec l'idée que le traité visait à faire du chenal nord le chenal principal. Cette statistique étaye plutôt l'idée que le traité n'était certainement pas interprété comme situant l'île en question dans le territoire du Bechuanaland — c'est-à-dire que les Parties l'interprétaient comme situant le chenal principal dans le chenal sud. Il faut surtout retenir parmi les cartes britanniques la carte officielle de 1933 utilisée jusqu'en 1965, un an avant l'indépendance, qui figure l'île dans la bande de Caprivi⁴⁸.

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

⁴⁵ Arrêt, par. 85.

⁴⁶ Mémoire du Botswana, vol. I, par. 270-272.

⁴⁷ Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 63, par. 141.

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

sur le terrain depuis la date de sa publication jusqu'à la fin de la présence allemande en Namibie⁴⁹. L'Allemagne a adressé cette carte au ministère des affaires étrangères britannique (Foreign Office) au cours des négociations de 1909-1914 concernant la frontière sud de la bande de Caprivi. Sur cette carte, la frontière situe très clairement l'île de Kasikili en territoire namibien. Il en va de même avec la carte de von Frankenberg⁵⁰. Et il en va de même encore avec la carte officielle d'Afrique du Sud de 1949⁵¹, c'est-à-dire la carte principale que l'Afrique du Sud a utilisée jusqu'à l'indépendance de la Namibie.

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

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

77. C'est un principe important du droit des voies d'eau que des facteurs d'équité jouent eux aussi un rôle de premier plan dans la détermination des frontières fluviales dès lors qu'il peut y avoir divergence d'opinion à cet égard⁵².

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

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

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

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

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

⁵¹ Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 75, par. 162.

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

Cette utilisation importante du fleuve doit être équitablement partagée par les deux Etats riverains. Et cette utilisation est fondamentale pour l'économie des deux pays. Comme la Namibie l'a dit à la Cour lors de la procédure orale⁵³, des dizaines de milliers de touristes viennent du monde entier en Namibie pour se rendre dans ses parcs animaliers, et il en va certainement de même du Botswana. Utiliser le chenal sud pour voir la faune sur l'île de Kasikili/Sedudu figurera naturellement en très bonne place sur le programme des touristes dans les deux pays.

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

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

Conclusion concernant « le chenal principal »

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

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

⁵³ CR 99/10, p. 15, par. 18.

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

PARTIE B

Introduction

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

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

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

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

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

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

⁵⁴ CR 99/6, p. 22.

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

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

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

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

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

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

⁵⁵ Voir convention sur la biodiversité, 1992, préambule, 3^e alinéa.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁶ Contre-mémoire de la Namibie, vol. III, p. 34, par. 11.9.

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

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

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

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

Les Etats parties à cette convention ont accepté la responsabilité de la conservation de leur diversité biologique et d'une utilisation de leurs ressources biologiques qui revête un caractère durable. La convention note en outre que la conservation de la diversité biologique exige essentiellement la conservation *in situ* «des écosystèmes et des habitats naturels ainsi que le maintien ... de populations viables d'espèces dans leur milieu naturel»⁵⁸. La convention souligne en outre qu'il importe et qu'il est nécessaire de favoriser la coopération internationale entre les Etats aux fins de la conservation de la diversité biologique⁵⁹.

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

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

⁵⁸ Convention sur la biodiversité, préambule, 10^e alinéa; *ibid.*, art. 2.

⁵⁹ *Ibid.*, préambule, 14^e alinéa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶¹ C.I.J. Recueil 1969, p. 48-53.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

95. Ces accords étaient des arrangements revêtant «un caractère provisoire jusqu'à un certain point», et quand, le moment venu, les parties exerceraient effectivement leur contrôle sur les régions qu'elles s'étaient respectivement réservées, la délimitation accèderait au rang de tracé de frontière⁶⁴. En somme, une sphère d'influence ne voulait pas nécessairement dire que la puissance qui s'en réclamait s'était déjà assuré le contrôle et la possession de la région, mais c'était manifestement l'objectif qu'elle se proposait d'atteindre.

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

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

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

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

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

96. A l'arrière-plan du traité qui nous occupe et de la notion d'expansion coloniale, il n'est pas indifférent de relever que des changements importants ont été apportés, du temps du chancelier von Caprivi (qui a donné son nom à la bande de Caprivi) à la politique étrangère et à la politique coloniale de Bismarck auquel Caprivi succède en 1890, l'année même où le traité est signé⁶⁷. La politique de Bismarck témoignait de peu d'intérêt pour l'expansion coloniale⁶⁸, mais, pour Caprivi, on avait commencé d'acquérir des colonies et l'on ne pouvait guère faire machine arrière⁶⁹. D'ailleurs, le comte Hatzfeldt, qui négociait le traité à Londres avec lord Salisbury, aurait, d'après les comptes rendus des entretiens, fait observer qu'il était «convaincu de l'importance, pour les deux pays, d'un règlement global visant à calmer et éloigner les jalousies et les rivalités qui malheureusement existent aujourd'hui»⁷⁰. Voilà donc le contexte dans lequel a été conclu le traité de 1890⁷¹, dont l'objectif était assez différent de celui d'un tracé précis de frontières coloniales qu'aurait eu un traité portant strictement sur des frontières territoriales.

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

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

⁶⁶ *Ibid.*, p. 154, par. 38b.

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

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

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

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

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

tions intéressant des territoires définis avec précision, s'agissant par exemple du transfert de souveraineté sur Heligoland opéré par la Grande-Bretagne au profit de l'Allemagne. Il s'agissait donc d'un traité d'un caractère beaucoup plus général qu'un traité portant avec précision sur le tracé de frontières⁷², lequel établit avec précision les frontières entre deux Etats.

98. Il s'agit par conséquent surtout de zones d'intérêt plutôt que de lignes frontalières. La grande différence qui existe entre des traités frontaliers, *stricto sensu*, et les traités définissant des zones d'influence tient à ce que ces derniers portent sur des espaces, tandis que les traités frontaliers portent sur des points ou des lignes sans épaisseur⁷³. Par conséquent, un traité frontalier revêt un caractère précis et exact différent du caractère généralisateur d'un traité portant sur des sphères d'influence. Dans son style imagé, Brownlie dit qu'un traité frontalier «emporte à sa suite précision et clarté»⁷⁴. On ne peut guère en dire autant des traités définissant des sphères d'influence.

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

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

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

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

⁷³ Brownlie, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁴ *Ibid.*

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

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

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

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

4. Les régimes internationaux conjoints

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁷ *Ibid.*, p. 617, par. 116.

⁷⁸ *Ibid.*, par. 117.

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

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

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

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

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

109. Dans de nombreuses régions du monde, l'expérience que la communauté internationale acquiert sur de nombreux aspects des régimes conjoints s'étoffe aujourd'hui considérablement. Par exemple, l'accord de La Paz de 1983, l'accord de 1978 sur la qualité de l'eau des Grands Lacs et l'accord de libre échange nord-américain de 1992 ont stimulé les initiatives dans ce domaine dans la région d'Amérique du Nord. Les accords sur l'environnement annexés à l'ALENA ont conduit à mettre en place une série d'institutions internationales nouvelles et à adopter une approche globale vis-à-vis des questions de caractère régional et environnemental⁸².

⁸⁰ C.I.J. Recueil 1969, p. 53-54.

⁸¹ Ibid., p. 82.

⁸² Blake, *op. cit.*, p. 249.

En Asie, le Cambodge, la Thaïlande, le Laos et le Viet Nam ont négocié des arrangements complexes pour la mise en valeur du fleuve Mekong⁸³. En Europe orientale, l'affaire *Gabčikovo/Nagymaros* a mis en évidence l'importance qui s'attache aux arrangements bilatéraux dans le cadre de principes directeurs acceptables de part et d'autre⁸⁴. Dans la région méditerranéenne, la coopération s'intensifie depuis la signature en 1976 de la convention de Barcelone⁸⁵.

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

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

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

On fait donc de plus en plus appel à la coopération internationale pour protéger l'environnement⁸⁶, et le moment est donc venu aujourd'hui de mettre au point des modèles de coopération appliqués à l'administration de régions revêtant un intérêt particulier du point de vue de l'environnement.

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

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

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

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

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

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

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

Il peut aussi être très utile, quand il s'agit de protéger l'environnement, de s'intéresser aux précédents relatifs à l'interdiction de certains types d'activité dans la zone en question⁸⁷.

D'autres accords créent une zone géographique de part et d'autre de la frontière et autorisent l'exploration et l'exploitation communes des ressources⁸⁸. Il convient de citer l'exploitation pétrolière⁸⁹, la gestion d'un fleuve⁹⁰, les droits de pêche⁹¹, le passage en transit⁹², l'eau et l'énergie

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

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

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

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

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

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

hydroélectrique⁹³, les pèlerinages⁹⁴, l'irrigation⁹⁵ et l'utilisation de terres arables et de terres à pâturage⁹⁶ parmi les domaines dans lesquels la coopération a été instaurée officiellement, parfois très longtemps avant que les considérations écologiques aient pris l'importance qu'on leur attribue aujourd'hui.

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

111. Parmi ces accords, nombreux sont ceux qui portent création d'une commission technique mixte ou autre organe mixte de surveillance et auxquels est annexée une déclaration de coopération signée par les deux gouvernements intéressés et définissant les principes que lesdits gouvernements vont suivre aux fins de la conservation ou de l'exploitation de la ressource commune dont il s'agit⁹⁷. Parmi les exemples de ces organes conjoints de réglementation figurent notamment la Commission des eaux frontières et la Commission supérieure des eaux frontières créées par l'Allemagne et le Danemark aux termes du dispositif extrêmement détaillé mis en place pour la gestion de six cours d'eau situés à la frontière entre l'Allemagne et le Danemark en vertu de la convention de 1922 entre le Danemark et l'Allemagne relative au règlement de la question des eaux et des digues à la frontière germano-danoise⁹⁸.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusion

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

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

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

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

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

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

* * *

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

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

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

(Signé) Christopher G. WEERAMANTRY.

⁹⁹ CR 99/10, p. 16, par. 24.