

OPINION DISSIDENTE DE M. FLEISCHHAUER

[Traduction]

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

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

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

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

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

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

Ma motivation est la suivante :

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

Le droit applicable

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

mais cette conclusion demeure peu convaincante.

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

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

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

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

Objet et but du traité de 1890

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. LE TROISIÈME PARAGRAPHE DU DISPOSITIF DE L'ARRÊT

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

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

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

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

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

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

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

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

Comme la Cour le déclare, le Botswana et la Namibie

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

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

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

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

Et la Cour ajoutait:

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

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

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

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

(Signé) Carl-August FLEISCHHAUER.