

OPINION DISSIDENTE DE M. REZEK

Identification du chenal principal du Chobe dans la région de Kasikilil/Sedudu — Ambiguïté de la géographie locale — Critique des arguments ayant trait à la navigabilité, à la visibilité et au prolongement naturel — Interprétation du traité anglo-allemand de 1890 à la lumière de l'histoire — Conduite des parties — Partage équitable des ressources du cours d'eau — Cartographie — Occupation effective de l'île — Prééminence des éléments conduisant à la détermination de la frontière dans le chenal sud et de la souveraineté de la Namibie sur Kasikilil/Sedudu.

1. Je regrette de me trouver en complet désaccord avec la majorité. Je regrette particulièrement de me rendre compte de l'étendue de la distance qui sépare les convictions qui ont prévalu dans cet arrêt et mes propres convictions au sujet du principe de *l'uti possidetis*, dans le contexte du phénomène colonial et de l'accès des peuples à l'indépendance. Au fil des années passées au sein de l'instance suprême de mon pays j'ai appris que la majorité a toujours raison, et le temps a extirpé les dernières traces de doute que j'entretenais au début sur le bien-fondé de cet aphorisme. Ce qui suit n'est donc pas un plaidoyer en faveur de la cause perdue, d'autant plus que les deux Parties ont été représentées ici d'une manière irréprochable, leurs thèses ayant bénéficié de la part de leurs conseils d'une défense aussi complète que tenace. Je serais en mesure de souscrire très largement à celles de la Namibie, tout en rendant hommage à l'avis de la plupart des membres de la Cour. Je me bornerai à faire connaître de la façon la plus concise la portée de mon dissentiment.

2. La Cour a bien compris, à la lumière de l'article III du traité anglo-allemand de 1890, que sa tâche n'était point de déterminer tout simplement le thalweg du Chobe, mais plutôt d'identifier d'abord le chenal principal de la rivière là où son cours bifurque, pour déterminer ensuite le thalweg de ce chenal — « *im Thalweg des Hauptlaufes* » — suivant la version allemande qui précise, pour le lecteur de la version anglaise, de quel « centre » il s'agit.

3. Dans l'identification du chenal principal, lorsque les deux bras du Chobe se séparent pour enserrer l'île de Kasikili/Sedudu, l'arrêt paraît entendre privilégier la géographie, pourtant assortie d'ambiguïtés. Le chenal nord l'emporte en profondeur moyenne et serait donc plus aisément navigable que le chenal sud, lorsque les eaux du Chobe suffiraient à permettre une navigation quelconque. On parle néanmoins de navigabilité dans l'abstrait, puisqu'il est certain que le chenal sud a toujours connu, en matière de navigation effective, une plus grande affluence. C'est bien là, par ailleurs, que se situe la plus large part des ressources du Chobe, qui devraient être accessibles dans des conditions égales aux deux

DISSENTING OPINION OF JUDGE REZEK

[Translation]

Identification of the main channel of the Chobe in the Kasikili/Sedudu region — Ambiguous nature of local geography — Criticism of the arguments relating to navigability, visibility and natural prolongation — Interpretation of the 1890 Anglo-German Treaty in the light of history — Conduct of the Parties — Equitable sharing of watercourse resources — Cartography — Effective occupation of the Island — Preponderance of evidence in favour of the finding that the boundary lies in the southern channel and that Namibia has sovereignty over Kasikili/Sedudu.

1. I am sorry to find myself in complete disagreement with the majority. A particular source of regret is the gulf between the position taken by the Judgment and my own views concerning the principle of *uti possidetis* in the context of a colonial situation and the accession of peoples to independence. Over the course of my years of service on the Supreme Court of my own country, I learned that the majority is always right, and time has effaced any vestiges of doubt I entertained early on about the validity of that maxim. What follows, therefore, is not a plea in support of the losing side, particularly since both Parties had the benefit of impeccable representation in these proceedings, and their cases were argued thoroughly and tenaciously by their respective counsel. I could set out at length my support for the case put by Namibia, while paying tribute to the opinion of the majority of the Court's Members. However, I shall confine myself to indicating as succinctly as possible the substance of my dissent.

2. The Court correctly understood, in the light of Article III of the 1890 Anglo-German Treaty, that its task was not simply to determine the thalweg of the Chobe, but rather first of all to identify the point at which the main channel of the river bifurcates, and then to determine the thalweg of this channel — "*im Thalweg des Hauptlaufes*" — on the basis of the German version, which makes it clear, to readers of the English version, what is meant by the term "centre".

3. In identifying the main channel, where the two branches of the Chobe separate in order to encircle Kasikili/Sedudu Island, the Judgment appears to seek to attach more importance to geographical considerations, despite the attendant ambiguities. The northern channel has a greater mean depth and is therefore said to be more easily navigable than the southern channel, when the Chobe carries sufficient water to permit navigation at all. However, navigability is referred to in the abstract, since it is clear that, as far as actual traffic is concerned, the southern channel has always been more heavily used. It is there, moreover, that most of the Chobe's water resources are found, which should be

Parties, suivant un principe de base du droit des gens en matière de frontière fluviale.

4. Le chenal nord aurait encore le bénéfice de la plus grande «visibilité» de son dessein, de ses rivages, apparaissant ainsi, malgré l'incertitude qu'il n'a pas été possible de surmonter quant au volume comparé des eaux, comme le plus important des deux bras du Chobe qui entourent l'île de Kasikili/Sedudu. Je me demande si cela a pu signifier quoi que ce soit pour les puissances coloniales qui ont négocié le traité de 1890, ainsi que pour leurs agents dans la région controversée ou pour les communautés indigènes durant les décennies subséquentes. Il s'agit d'une «visibilité» que seule la photographie aérienne permet d'appréhender, et qui n'avait donc pas d'existence à l'époque où l'engagement bilatéral a été conclu et mis en œuvre.

5. Je ne suis pas en mesure de comprendre pourquoi le chenal nord constituerait le «prolongement naturel» du cours du Chobe lorsque le cours de ce dernier atteint l'île de Kasikili/Sedudu. Nous ne sommes pas en présence d'une voie ferrée ou d'une route, mais d'un cours d'eau naturel, dont le cheminement échappe aux lois de l'orthodromie. Mais si j'admettais qu'une telle considération morphologique doit être prise en compte, il me serait difficile de dire pourquoi le prolongement en amont mériterait de l'emporter sur le prolongement en aval: en effet, quand les deux chenaux se rejoignent, c'est bien l'orientation du chenal sud qui paraît se perpétuer dans le cours d'eau réunifié.

6. L'hétérogénéité du cadre géographique souligne l'importance du facteur historique, dès lors qu'il s'agit de bien interpréter le traité de 1890. Les parties ont vraisemblablement utilisé les formules usuelles de détermination de la ligne limitrophe, lorsque celle-ci suit un cours d'eau sur lequel se trouvent des îles, sans accorder une attention particulière aux caractéristiques propres de la région de Kasikili/Sedudu. Il est néanmoins certain que les deux puissances ont pris conscience, avec le temps, du besoin de parvenir à une interprétation correcte du traité pour ce qui est de la détermination de la frontière dans ce site précis. Plutôt que d'essayer de savoir ce que les parties ont voulu dire avec les mots «chenal principal», puisqu'elles n'ont probablement rien entendu dire de spécial, il revenait à la Cour de déterminer, dans les limites de l'aire controversée, ce qu'elles ont lu dans ces mots durant les décennies qui ont suivi la conclusion du traité de 1890.

7. Il me semble tout de même établi que l'accès fluvial au Zambèze n'a pas représenté l'objectif essentiel pour les parties au traité de 1890, en particulier pour l'Allemagne. J'admets que le traité a été négocié surtout pour délimiter les sphères d'influence entre les deux puissances. Un tel but devait être atteint à la lumière de certains principes sur la frontière fluviale, au premier rang desquels figure celui de l'égalité d'accès aux ressources du cours d'eau. L'analyse de l'objet et du but du traité de 1890 conduit elle aussi à l'identification du chenal sud comme chenal principal:

accessible to both Parties equally, in accordance with a basic principle of international law relating to river boundaries.

4. The northern channel is also said to have greater “visibility” in terms of its contours and banks, and is thus regarded, despite the lingering uncertainty about comparative volumes of water, as the more substantial of the two branches of the Chobe surrounding Kasikili/Sedudu. I ask myself whether this could have had any significance whatsoever to the colonial powers who negotiated the 1890 Treaty, or to their agents in the disputed region or to the indigenous communities over subsequent decades. This “visibility” is evidenced only by aerial photography, and was therefore non-existent at the time when the bilateral agreement was concluded and implemented.

5. I am unable to understand why the northern channel is considered to constitute the “natural prolongation” of the course of the Chobe when it reaches Kasikili/Sedudu Island. We are dealing here not with a railway or a road, but with a natural watercourse, which does not necessarily follow the most direct route. However, were I to accept that such morphological considerations should be taken into account, it would be difficult for me to say why the upstream prolongation should be given more importance than the downstream prolongation: indeed, when the two channels come together again, it is in fact the southern channel which appears to determine the orientation of the reunited watercourse.

6. The variability of the geographical aspect highlights the importance of the historical factor, when it comes to interpreting the 1890 Treaty correctly. It is likely that the parties used the conventional formulas for determination of the boundary line when it follows a watercourse on which islands are located, without according any particular attention to the features specific to the Kasikili/Sedudu area. There is no doubt, however, that the two powers became aware, with the passage of time, of the need to arrive at a proper interpretation of the Treaty in regard to the determination of the boundary at that precise location. Rather than seek to ascertain what the parties concerned meant by the words “main channel”, since they probably had nothing special in mind, it fell to the Court to determine, with specific reference to the disputed area, what they read into those words during the decades following the conclusion of the 1890 Treaty.

7. All the same, it seems to me proven that access by river to the Zambezi was not the key objective for the parties to the 1890 Treaty, particularly for Germany. I accept that the main aim in the treaty negotiation was to delimit spheres of influence between the two powers. That aim was to be attained in the light of certain principles governing river boundaries, foremost among which is that of equality of access to the resources of a watercourse. An examination of the object and purpose of the 1890 Treaty also results in the identification of the southern channel as the main channel:

«Car, s'il faut retracer la frontière suivant le chenal nord, la Namibie se trouverait totalement coupée du chenal sud — ce qu'elle est en fait aujourd'hui en raison de l'occupation militaire illégale de l'île. Elle serait alors privée de l'utilisation du Chobe là où il répond effectivement aux besoins et aux intérêts des deux Etats riverains. Prolonger cette situation en traçant de nouvelles frontières comme le revendique le Botswana serait incompatible avec l'objet et le but du traité de 1890. Ce serait également porter atteinte au principe général de la répartition équitable et raisonnable des ressources d'un cours d'eau frontière énoncé par la Cour dans l'affaire relative au *Projet Gabčikovo-Nagyymaros*.» (Delbrück, pour la Namibie, CR 99/1, p. 66.)

8. Dans son ensemble, la pratique qui a suivi la conclusion du traité de 1890 indique que, depuis les premières décennies, les parties ont identifié le chenal sud comme étant le chenal principal du Chobe, lorsque ce dernier atteint l'île de Kasikili/Sedudu. L'arrêt l'admet d'ailleurs, en disant que jusqu'en 1947 la frontière «était jusque-là supposée se situer dans le chenal sud du Chobe» (par. 62).

9. Les accords entre les parties concernant l'interprétation du traité de 1890 ou l'application de ses règles donnent des indications variées dans leur sens. En ce qui concerne tant l'opinion de M. Eason que le rapport Trollope-Redman de 1948, je pense que la Namibie a raison lorsqu'elle affirme que :

«La question de savoir si le chenal le plus profond est le «chenal principal» au sens du traité appelle une déduction sur un point de droit, au sujet duquel les fonctionnaires n'avaient aucune compétence particulière. Si, comme l'affirme la Namibie, la profondeur n'est pas le critère approprié aux fins d'identifier le chenal principal, alors les rapports de ces fonctionnaires ne nous sont d'aucun secours pour déterminer quel est le chenal principal.» (Chayes, pour la Namibie, CR 99/11, p. 56.)

L'accord Trollope-Dickinson de 1951 préserve le *statu quo ante*, notamment pour ce qui est de l'occupation de l'île par les Masubia, ainsi que pour l'ouverture «à tous» du chenal nord. Les parties «réservent leurs droits». Ce *gentlemen's agreement* m'a paru surtout indicatif de l'inutilité de déclarer ouvert le chenal sud, entendu comme frontière internationale.

10. Les éléments de preuve cartographiques sont nombreux et il est vrai qu'ils manquent d'une parfaite uniformité. Mais il n'y a pas qu'une majorité numérique de cartes selon lesquelles le chenal sud représente la frontière à Kasikili/Sedudu. J'ai été sensible à la variété d'origine et à la continuité dans le temps que traduisent ces pièces : la carte allemande de 1909 ; la carte britannique GSGS 3915 de 1933 ; la carte sud-africaine TSO 400/558 de 1949 ; la carte n° 3158 de l'ONU, publiée en 1985). Les

“For, if the boundary were to be redrawn along the northern channel, Namibia would be entirely shut off from the southern channel — as it is, indeed, today because of the illegal military occupation of the Island. It would thereby be denied the use of the Chobe River where it actually serves the needs and interests of both riparian States. To continue this state of affairs by redrawing the boundary according to Botswana’s claims would be incompatible with the object and purpose of the 1890 Treaty. It would also subvert the general principle of equitable and reasonable sharing of the resources of a boundary river enunciated by this Court in the case concerning the *Gabčíkovo-Nagymaros Project*.” (CR 99/1, p. 66 (Delbrück, for Namibia)).

8. Practice subsequent to the conclusion of the 1890 Treaty indicates as a whole that, as from the first decades after that date, the parties identified the southern channel as the main channel of the Chobe, where the latter reaches Kasikili/Sedudu Island. This is, moreover, acknowledged in the Judgment, which states that prior to 1947 the boundary “had until then been supposed to be located in the southern channel of the Chobe” (para. 62).

9. The agreements between the parties concerning the interpretation of the 1890 Treaty or the application of its rules contain information of varying import. As far as both Captain Eason’s opinion and the 1948 Trollope-Redman report are concerned, I consider that Namibia is correct in its assertion that:

“The question whether the deeper channel is ‘the main channel’ within the meaning of the Treaty is an inference of law, as to which the officials have no particular expertise. If, as Namibia contends, the criterion of depth is not the correct one for identifying the main channel, then the reports of the officials are of no assistance in determining the main channel.” (CR 99/11, p. 56 (Chayes).)

The Trollope-Dickinson agreement of 1951 confirmed the *status quo ante*, particularly as regards occupation of the Island by the Masubia, as well as the designation of the northern channel as “free for all”. The parties “reserved their rights”. I regarded this “gentlemen’s agreement” as primarily indicative of the redundancy of declaring open the southern channel, which was understood to be the international boundary.

10. The map evidence is copious, but admittedly is not totally consistent. However, it is not just a matter of there being a numerical majority of maps on which the boundary at Kasikili/Sedudu is depicted as the southern channel; I was struck by the variety of sources and the temporal continuity displayed by these documents: the 1909 German map; the 1933 British map GSGS 3915; the 1949 South African map TSO 400/558; the United Nations map No. 3158, published in 1985. The most

pièces les plus remarquables de la cartographie dressée durant cette longue période correspondent à l'occupation effective de l'île et confortent à mon avis le droit de la Namibie.

11. Il y a place, en principe, pour l'application, en l'espèce, des doctrines de la prescription et de l'acquiescement. Une telle application entre pleinement dans les prévisions du compromis, on l'admettra volontiers.

Ces doctrines expriment des règles coutumières du droit des gens, par ailleurs de très anciennes règles coutumières, fondées sur des principes généraux comme celui de l'effectivité et celui de la bonne foi, ainsi que sur des impératifs de la raison tels que la considération du temps qui passe et de l'inertie. La Cour est compétente, suivant le compromis, pour statuer «sur la base du traité anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890 et des règles et principes du droit international».

12. J'estime que l'occupation de l'île par les Masubia venus du côté caprivien du Chobe, réalité incontestable, remontant dans le temps à un moment proche de l'entrée en vigueur du traité de 1890, et ayant duré au moins jusqu'à une date proche de l'indépendance du Botswana et peut-être même postérieure à celle-ci, serait de nature à justifier la prescription acquisitive. Mais l'interprétation du traité de 1890 à la lumière de l'histoire, et d'une façon au moins parfaitement compatible avec l'hydromorphologie de l'aire contestée, me suffit à reconnaître le droit du bénéficiaire potentiel de la prescription, c'est-à-dire la Namibie. S'il en était autrement — en particulier, si l'interprétation du traité conduisait effectivement à la localisation du chenal principal du Chobe au nord de Kasikili/Sedudu — je serais en mesure d'affirmer que la prescription acquisitive de la Namibie était parachevée avant même l'indépendance des deux anciennes colonies : une prescription assortie de tous ses éléments, y compris l'acquiescement de l'autre puissance coloniale.

13. L'arrêt ne nie pas que «des liens d'allégeance ont pu exister entre les Masubia et les autorités du Caprivi» (par. 98). Il considère pourtant qu'il n'a pas été «établi que les membres de cette tribu occupaient l'île «à titre de souverain». Pour moi, l'*animus* de l'occupation, sa nature et ses effets doivent être appréciés suivant le milieu et l'époque. Je me demande, ainsi, de quels gestes, de quels signes les Masubia auraient dû assortir leur présence sur l'île de Kasikili/Sedudu, pour que l'on reconnaisse qu'ils étaient là «à titre de souverain». Vider de toute valeur juridique l'occupation indigène de l'île, considérer que ce peuple était dépourvu des droits nécessaires pour s'y trouver «à titre de souverain», c'est quelque chose qui à mon avis n'aurait de sens que si l'on était encore à la première moitié du siècle et si la controverse sur la frontière n'opposait pas les successeurs de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne, mais les deux puissances elles mêmes.

14. Les Masubia étaient des «personnes privées», soutient l'arrêt. Leur allégeance ne suffisait donc pas. Il aurait fallu peut-être une présence continue d'agents de l'Etat allemand pour justifier soit la prescrip-

impressive cartographic materials produced over that lengthy period date from the period of effective occupation of the Island and, in my view, confirm Namibia's rights.

11. There is scope, in principle, for the application in this case of the doctrines of prescription and acquiescence. Such application is fully in keeping with the provisions of the Special Agreement, as readily acknowledged.

These doctrines give expression to customary rules of international law, which are moreover of long standing, based on general principles such as "effectivité" and good faith, as well as on the dictates of reason, such as consideration of the passage of time and of failure to act. The Court has jurisdiction, under the terms of the Special Agreement, to give a ruling "on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 and the rules and principles of international law".

12. I consider that the occupation of the Island by the Masubia from the Caprivi side of the Chobe, an indisputable fact, dating back to a point in time close to the entry into force of the 1890 Treaty, and continuing at least until — and perhaps even beyond — a date close to that of Botswana's independence, can be considered to provide justification for acquisitive prescription. However, in my view interpretation of the 1890 Treaty in the light of history, and in a manner at least fully compatible with the hydromorphology of the disputed area, in itself provides sufficient grounds for recognition of the rights of the potential beneficiary of prescription, i.e., Namibia. Even if that were not so — in particular, if the interpretation of the Treaty effectively resulted in placing the main channel of the Chobe to the north of Kasikili/Sedudu — I would find myself able to take the view that the process of acquisitive prescription in favour of Namibia was completed even before the two former colonies became independent: a process involving all the attendant elements of prescription, including acquiescence by the other colonial power.

13. The Judgment does not deny that "links of allegiance may have existed between the Masubia and the Caprivi authorities" (para. 98). It does not, however, consider it "proven that the members of this tribe occupied the Island *à titre de souverain*". To my mind, the *animus* of the occupation, its nature and its effects must be evaluated in the light of the surrounding circumstances and the period. What actions or indicia would have had to mark the presence of the Masubia on Kasikili/Sedudu Island in order for it to be recognized that they were there *à titre de souverain*? In my opinion, to deny that the indigenous occupation of the Island has any legal legitimacy and to take the view that this people lacked the necessary rights to live there *à titre de souverain* is an approach which would only make sense if we were still living in the first half of the century and the boundary dispute was not between the successors of Germany and Great Britain, but between the two powers themselves.

14. The Masubia were "private persons" according to the Judgment. Their allegiance did not, therefore, constitute sufficient title. It would perhaps have required the continued presence of agents of the German State

tion acquisitive, soit l'idée d'une conduite apportant la démonstration d'une certaine interprétation du traité de 1890. Je suis tout de même porté à croire que les personnes privées sont la plus parfaite évidence d'une occupation pacifique, qui mérite la protection du droit. Des personnes privées — non pas des agents d'Etat — ont écrit l'histoire de l'*uti possidetis* dans une partie considérable du continent américain, où elles ont modifié le tracé des frontières, souvent à rebours des titres des puissances coloniales.

15. J'admettrais volontiers que l'occupation par des personnes privées serait dépourvue d'une valeur pareille si la communauté en question s'y trouvait sous l'autorité de l'autre puissance, ou si à tout le moins elle y coexistait avec des agents de l'autre puissance. Dans l'espèce, même la présence de personnes privées d'allégeance britannique n'a pas été confirmée sur l'île de Kasikili/Sedudu avec un minimum de constance. De là la pertinence de l'enseignement de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*:

«Il est impossible d'examiner les décisions rendues dans les affaires visant la souveraineté territoriale sans observer que, dans beaucoup de cas, le tribunal n'a pas exigé de nombreuses manifestations d'un exercice de droits souverains pourvu que l'autre Etat en cause ne pût faire valoir une prétention supérieure. Ceci est particulièrement vrai des revendications de souveraineté sur des territoires situés dans des pays faiblement peuplés ou non occupés par des habitants à demeure.» (C.P.J.I. série A/B n° 53, p. 46, arrêt du 5 avril 1933.)

16. Avec respect et non sans regret, je me dissocie de la majorité de la Cour. J'aurais donné à l'affaire la solution contraire.

(Signé) FRANCISCO REZEK.

to justify either acquisitive prescription or the idea of conduct serving to confirm a particular interpretation of the 1890 Treaty. I nevertheless incline to the view that private persons provide perfect evidence of a peaceful occupation which deserves the protection of the law. Private persons — not agents of the State — wrote the history of *uti possidetis* in much of the American continent, where they altered the course of frontiers, frequently in defiance of the claims of the colonial powers.

15. I would readily admit that occupation by private persons would have no such legitimacy if the community in question was there under the authority of the other power or, at the very least, if it lived side by side with agents of the other power. In this case, even the presence on Kasikili/Sedudu Island of private persons bearing allegiance to Great Britain has not been confirmed with a minimum degree of permanency. Hence the relevance of the lesson drawn by the Permanent Court of International Justice in the case concerning the *Legal Status of Eastern Greenland*:

“It is impossible to read the records of the decisions in cases as to territorial sovereignty without observing that in many cases the tribunal has been satisfied with very little in the way of the actual exercise of sovereign rights, provided that the other State could not make out a superior claim. This is particularly true in the case of claims to sovereignty over areas in thinly populated or unsettled countries.” (Judgment of 5 April 1933, *P.C.I.J., Series A/B, No. 53*, p. 46.)

16. With all due respect and not without regret, I dissociate myself from the majority of the Court. I would have reached the opposite conclusion in this case.

(Signed) FRANCISCO REZEK.