

OPINION DISSIDENTE DE M. REZEK

Identification du chenal principal du Chobe dans la région de Kasikili/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 Kasikili/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

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:

«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

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-

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.