DECLARATION OF JUDGE HIGGINS

The task of the Court — Temporal issues — Relevance of mistake as regards navigability — Realism in application of treaty terms — Importance of visible physical features.

1. At paragraph 28 of its Judgment the Court states that it is interpreting words in a treaty to give them their ordinary meaning; and that this is what it is doing in determining the meaning of "main channel" by "reference to the most commonly used criteria in international law". I find this somewhat fanciful. In my view, although there are commonly used international law criteria for understanding, for example, the term "thalweg", the same is not true for the term "main channel". And it seems that no "ordinary meaning" of this term exists, either in international law or in hydrology, which allows the Court to suppose that it is engaging in such an exercise. The analysis on which the Court has embarked is in reality far from an interpretation of words by reference to their "ordinary meaning". The Court is really doing something rather different. It is applying a somewhat general term, decided upon by the parties in 1890, to a geographic and hydrographic situation much better understood today.

2. The term "the main channel" is not a "generic term" (cf. *Aegean Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1978,* p. 32, para. 77) — that is to say, a known legal term, whose content the parties expected would change through time. Rather, we find ourselves closer to the situation of the Arbitral Tribunal in the *Laguna del Desierto* case of 1994 (see paragraph 20 of the Court's Judgment). The Tribunal there stated that it could not accept Chile's argument:

> "that to apply the 1902 Award in light of geographical knowledge acquired subsequently would be equivalent to its revision through the retrospective consideration of new facts. The 1902 Award defined, in the sector with which this Arbitration is concerned, a frontier which follows a natural feature that, as such, does not depend on accurate knowledge of the area but on its true configuration. The ground remains as it has always been . . . [t]his Judgment is . . . faithfully applying the provisions of the Award of 1902." (*International Law Reports*, Vol. 113, p. 76, para. 157.)

DÉCLARATION DE MME HIGGINS

[Traduction]

La tâche de la Cour — Questions temporelles — L'erreur commise au sujet de la navigabilité est-elle pertinente? — Le réalisme s'impose dans l'application de dispositions conventionnelles — L'importance de caractéristiques physiques visibles.

1. Au paragraphe 27 de son arrêt, la Cour dit qu'elle interprète les termes d'un traité pour leur donner leur sens ordinaire et que c'est là ce qu'elle fait pour déterminer le sens de l'expression «chenal principal» en «se référant aux critères les plus couramment utilisés en droit international». L'exercice me paraît un peu imaginaire. A mon sens, s'il existe des critères couramment utilisés en droit international pour comprendre, par exemple, le terme «thalweg», il n'en va pas de même pour l'expression «chenal principal». Et l'expression ne me paraît pas revêtir de «sens ordinaire», ni en droit international ni en hydrologie, qui permette à la Cour de penser qu'elle se livre bien à l'exercice qu'elle indique. L'analyse à laquelle elle se livre ne consiste absolument pas à interpréter des termes par rapport à leur «sens ordinaire». La Cour se livre en réalité à un exercice tout à fait différent. Elle applique un terme ou une expression assez générale, retenu par les parties en 1890, à une situation géographique et hydrographique que l'on comprend beaucoup mieux aujourd'hui.

2. L'expression «le chenal principal» n'est pas une «formule générique» (voir l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée, C.I.J. Recueil 1978*, p. 32, par. 77) — c'est-à-dire un terme juridique connu dont les parties s'attendaient à voir évoluer la teneur avec le temps. Nous nous trouvons plutôt dans une situation voisine de celle du tribunal arbitral appelé à statuer dans l'affaire de la *«Laguna del Desierto»* en 1994 (voir par. 20 de l'arrêt de la Cour). Dans cette affaire, le tribunal a dit qu'il ne pouvait pas accueillir l'argument du Chili

> «selon lequel l'application de la Sentence de 1902 équivaudrait, à la lumière des connaissances géographiques acquises ultérieurement, à sa révision à travers l'appréciation rétroactive de faits nouveaux... La Sentence de 1902 définit, dans le secteur concerné par cet arbitrage, une ligne frontière qui suit un accident de la nature et qui, en tant que tel, est indépendante d'une connaissance certaine des lieux mais repose sur leur seule configuration réelle. Le terrain demeure ... [c]ette sentence ... applique fidèlement ce qui a été décidé dans la Sentence de 1902.» (*Revue générale de droit international public (RGDIP)*, t. 2, 1996, p. 592, par. 157.)

This dictum retains a certain relevance, notwithstanding that the fact situation in the *Laguna* case is somewhat different from ours.

3. The Court is indeed, for this particular task, entitled to look at all the criteria the Parties have suggested as relevant. This is not to discover a mythical "ordinary meaning" within the Treaty, but rather because the general terminology chosen long ago falls to be decided today. To use contemporary knowledge and scientific data to assist in fulfilling that task is not at all inconsistent with the intertemporal rule in the *Island of Palmas* Award, which was concerned with the legal rules applicable to title to territory and not with identification, through the legal technique of evaluating evidence, of a chosen term.

4. At the same time, we must never lose sight of the fact that we are seeking to give flesh to the intention of the parties, expressed in generalized terms in 1890. We must trace a thread back to this point of departure. We should not, as the Court appears at times to be doing, decide what *in abstracto* the term "the main channel" might today mean, by a mechanistic appreciation of relevant indicia. Rather, our task is to decide what general idea the parties had in mind, and then make reality of that general idea through the use of contemporary knowledge.

5. Although the *travaux préparatoires* have little to say, our general knowledge of the time suggests that two things were important to Britain and Germany as they concluded the Treaty of 1890. The first was that they sought a clear delimitation of their spheres of interest in *(inter alia)* the north eastern sector of South West Africa. The second was that they supposed that this could be done in a way as to allow to each party the possibility of riverine access to the Zambezi.

6. We know now that the assumptions as to navigability were mistaken. For its greater part the River Chobe is not navigable; no further engineering works have been able to bring into being access to the Zambezi and indeed, even in the area around Sedudu-Kasikili, there can only be navigation by vessels of very shallow draught. But the law of mistake, and particularly Article 48 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, has no place in all of this, because it cannot plausibly be suggested that the 1890 Treaty would not have been concluded if this error had been known — nor even that the words that exercise us here would have been in a different formulation whose content we can now discern. A fully contextual application today of treaty terms selected in 1890 should not place emphasis on elements that, to be sure, have a theoretical relevance but none in the particular realities of the case. Thus in my view little account should thus today be taken of factors that go

Ce dictum conserve une certaine pertinence, même si la situation de fait dans l'affaire *Laguna* est assez différente de celle où nous nous trouvons en l'espèce.

3. La Cour a du reste, pour s'acquitter de la tâche qui lui est impartie, le droit de considérer tous les critères dont les Parties ont déclaré qu'ils étaient pertinents. Il ne s'agit pas de découvrir un «sens ordinaire» mythique dans les dispositions du traité, mais il en est ainsi parce que le vocabulaire courant retenu il y a fort longtemps demande à être expliqué aujourd'hui. Faire appel aux connaissances et aux données scientifiques de l'époque contemporaine dans l'exécution de ladite tâche n'est pas du tout incompatible avec la règle intertemporelle propre à la sentence prononcée dans l'affaire de l'*Ile de Palmas*, laquelle portait sur les règles juridiques applicables au titre de propriété sur un territoire et non à la détermination, par la technique juridique de l'appréciation d'éléments de preuve, d'un terme ou d'une expression particulière.

4. En même temps, nous ne devons pas perdre de vue le fait que nous cherchons à donner corps à l'intention des parties telle qu'elle s'est exprimée sous une forme générale en 1890. Nous devons remonter jusqu'à ce point de départ. Et nous ne devons pas, contrairement à ce que la Cour paraît faire parfois, décider ce que l'expression «chenal principal» pourrait vouloir dire aujourd'hui *in abstracto* en appréciant de façon mécanique les indices pertinents. Nous devons plutôt décider quelle idée générale les parties avaient à l'esprit et donner un caractère d'actualité à cette idée générale en faisant appel à nos connaissances contemporaines.

5. Bien que les travaux préparatoires ne nous apprennent pas grand-chose, la connaissance générale que nous avons de l'époque permet de dire que la Grande-Bretagne et l'Allemagne, au moment où elles concluaient le traité de 1890, accordaient de l'importance à deux éléments: le premier était que l'une et l'autre voulaient délimiter clairement chacune sa sphère d'intérêt notamment dans le secteur nord-est de l'Afrique du Sud-Ouest. Le second élément était que l'une et l'autre croyaient possible d'opérer cette délimitation de façon à permettre à l'une comme à l'autre d'accéder au Zambèze par la voie fluviale.

6. Nous savons aujourd'hui que les hypothèses retenues quant à la navigabilité étaient erronées. Sur la plus grande partie de son cours, le Chobe n'est pas navigable; les travaux d'ingénierie ultérieurs n'ont pas pu donner accès au Zambèze et d'ailleurs, même dans la zone entourant l'île de Sedudu-Kasikili, la navigation n'est possible que pour des bateaux de très faible tirant d'eau. Mais le droit relatif à l'erreur, et tout particulièrement l'article 48 de la convention de Vienne sur le droit des traités, n'intervient pas du tout ici, parce qu'il est impossible de dire de façon plausible que le traité de 1890 n'aurait pas été conclu si cette erreur avait été connue – et qu'il est même impossible de dire que l'énoncé sur lequel nous nous interrogeons ici aurait été différent et tel que nous pouvons l'entendre aujourd'hui. Pour appliquer aujourd'hui intégralement au contexte un énoncé conventionnel datant de 1890 il ne faut pas donner un poids particulier à des éléments qui, certes, ont de la pertinence sur le

mostly to concepts of navigability when we seek to determine which is the main channel. Nor does the fact of important contemporary tourist boating in the southern channel guide us as to which today should be designated as "the main channel", as navigation around the Island was not at all what the parties were concerned with.

7. I add, to make my position clear, that I agree with all the Judgment has to say at paragraphs 47 to 63, regarding the legal significance of the diplomatic history of the matter. However — and unlike the Court — I equally place no reliance at all in the facts said to be found by Eason, Trollope and Redman, whose methodology is not fully known to us and who were preoccupied with the question of depth; nor do I think it useful to accept as "facts" findings of the Joint Team of Experts, such "facts" not having been accepted by South Africa as determinative of the underlying legal issue.

8. By contrast, emphasis should be given to the main, and still realistic, desire of the parties to choose the channel that would most clearly mark the limits of their interests. Thus, in my view a considerable importance has thus to be given to the visible physical distinctions between the two channels. Whether the waters in them do or do not originate in the Chobe itself, whether they are stagnant or fresh, whether one channel is fractionally deeper than another, seems to me to matter very little.

9. From this perspective two competing elements immediately come into play. The first is that the Chobe Ridge could be said to play an important role in marking a clearly visible frontier, throughout the year. But the second, perhaps yet more significant, is that, year round, taking one season with another (which seems to me more relevant to the task in hand than low water mark reliance), it is the north that appears in the aerial photography and satellite imagery to be the broader and more important channel.

10. Not without some difficulty, I have therefore come to the view that the main channel — in the generalized sense intended by the parties — lies in the north.

(Signed) Rosalyn HIGGINS.

---

plan théorique mais n'en ont aucune pour la réalité concrète de l'affaire. C'est pourquoi à mon avis il ne faut pas vraiment tenir compte aujourd'hui d'éléments relevant principalement des principes de la navigabilité quand nous cherchons à déterminer quel est le chenal principal. Et le fait que, de nos jours, la navigation touristique est importante dans le chenal sud ne nous donne pas non plus beaucoup d'indications sur le chenal qu'il faut considérer aujourd'hui comme le «chenal principal», car la navigation autour de l'île n'était pas du tout ce à quoi s'intéressaient les parties.

7. J'ajoute, pour bien préciser ma position, que je souscris à tout ce que dit l'arrêt aux paragraphes 47 à 63 au sujet de l'importance juridique qu'il faut attacher à l'histoire diplomatique en l'espèce. Toutefois, à la différence de la Cour, je n'accorde aucune pertinence non plus aux faits qu'auraient constatés Eason, Trollope et Redman, dont la méthodologie ne nous est pas parfaitement connue et qui s'intéressaient à la question de la profondeur; je ne crois pas non plus utile d'accepter comme étant des «faits» les constatations de l'équipe conjointe d'experts, l'Afrique du Sud n'ayant pas accepté que ces «faits» donnent la solution du problème juridique sous-jacent.

8. Par opposition, il faut accorder du poids à la principale ambition, toujours très concrète, des parties qui veulent retenir le chenal propre à délimiter le plus clairement leur sphère d'intérêt. C'est pourquoi il faut à mon avis accorder une importance considérable aux distinctions physiques visibles existant entre les deux chenaux. Que ce soit le Chobe lui-même qui alimente ou non ces chenaux, que l'eau y stagne ou bien qu'il y ait du courant, que l'un des deux chenaux soit très légèrement plus profond que l'autre, autant d'indications qui ne jouent à mon avis pratiquement aucun rôle.

9. Dans cette optique, deux éléments concurrents entrent immédiatement en jeu. Le premier est que l'on peut dire que l'arête du Chobe joue quant à elle un rôle important parce qu'elle constitue d'un bout de l'année à l'autre une frontière très visible. Mais le second élément qui a peut-être encore plus d'importance est que, d'un bout de l'année à l'autre, d'une saison à l'autre (indication qui me paraît plus pertinente du point de vue de la conclusion demandée à la Cour que la laisse de basses eaux), c'est le chenal nord qui, dans les photographies aériennes et les images par satellite, semble être le chenal le plus large et le plus important.

10. Non sans difficulté, j'en suis donc venue à penser que le chenal principal — selon l'acception générale retenue par les parties — est le chenal nord.

(Signé) Rosalyn HIGGINS.