

SEPARATE OPINION OF JUDGE KOOLJMANS

Namibia's alternative claim of acquisitive prescription — Admissibility — Reference to "rules and principles of international law" in Special Agreement — Subsequent practice and acquisitive prescription.

Kasane Communiqué — Mutual commitments linked to settlement of dispute — Waters around Island part of unitary whole irrespective of location of boundary — Use of these waters similar to non-navigational uses — Convention on Law of Non-navigational Uses of International Watercourses — Helsinki Rules — Principle of equitable and reasonable utilization.

1. Although I have voted in favour of the operative provisions of the Judgment, I feel compelled to append some observations since I find myself unable to concur with part of the Court's reasoning. I also wish to make a number of additional remarks to supplement the conclusions of the Court concerning the use of the waters around Kasikili/Sedudu Island.

I

2. I agree with the Court's conclusion that the boundary between Botswana and Namibia follows the line of deepest soundings in the northern channel of the Chobe River around Kasikili/Sedudu Island and that this Island forms part of the territory of Botswana.

3. That finding is the result of the Court's interpretation of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 and is in conformity with Article I of the Special Agreement of 15 February 1996, in which the Parties requested the Court to determine, on the basis of the Anglo-German Treaty and the rules and principles of international law, the boundary between them around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the Island.

4. In my opinion the Court's conclusion with regard to the legal status of the Island should, however, not have been based simultaneously upon the consideration that the correctness of Namibia's claim that it has title to Kasikili/Sedudu Island not only on the basis of the 1890 Treaty, but also, in the alternative, on the basis of the doctrine of prescription, has been insufficiently established by Namibia and that this claim, therefore, cannot be accepted (paras. 99 and 101 of the Judgment).

5. I do not disagree with the Court's analysis of this claim nor with its evaluation of the evidence adduced by Namibia to support it; in my opinion, however, this claim should have been declared inadmissible right away.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. KOOIJMANS

[Traduction]

La demande subsidiaire de la Namibie, fondée sur la prescription acquisitive — Recevabilité — Les « règles et principes du droit international » invoqués dans le compromis — Conduite ultérieure et prescription acquisitive.

Le communiqué de Kasane — Engagements réciproques liés au règlement du différend — Les eaux entourant l'île font partie d'un tout indépendamment de la situation de la frontière — L'utilisation de ces eaux est assimilable aux utilisations autres que la navigation — Convention sur le droit des utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation — Les règles d'Helsinki — Principe de l'utilisation équitable et raisonnable.

1. J'ai voté pour le dispositif de l'arrêt, mais je m'estime tenu de formuler quelques observations car je suis dans l'impossibilité de souscrire à certains des motifs exposés par la Cour. Je tiens en outre à compléter sur plusieurs points les conclusions de la Cour au sujet de l'utilisation des eaux entourant l'île de Kasikili/Sedudu.

I

2. Je souscris à la conclusion de la Cour aux termes de laquelle la frontière entre le Botswana et la Namibie suit la ligne des sondages les plus profonds dans le chenal nord du fleuve Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu, et que ladite île fait partie du territoire du Botswana.

3. Cette conclusion découle de l'interprétation donnée par la Cour du traité anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890 et est conforme à l'article I du compromis du 15 février 1996 par lequel les Parties ont prié la Cour de déterminer, sur la base du traité anglo-allemand et des règles et principes du droit international, la frontière entre elles autour de l'île de Kasikili/Sedudu ainsi que le statut juridique de cette île.

4. A mon avis, la Cour n'aurait toutefois pas dû fonder en même temps sa conclusion relative au statut juridique de l'île sur l'idée que la Namibie n'a pas vraiment établi qu'elle tient son titre sur l'île de Kasikili/Sedudu non seulement du traité de 1890 mais aussi, à titre subsidiaire, de la doctrine de la prescription, et que, par conséquent, cette revendication ne saurait être acceptée (paragraphe 99 et 101 de l'arrêt).

5. Je ne refuse pas l'analyse que la Cour fait de cette demande ni la façon dont elle apprécie les moyens par lesquels la Namibie défend sa thèse; à mon avis, toutefois, il aurait fallu déclarer immédiatement cette demande irrecevable.

6. In the written and oral proceedings Namibia has claimed that there is an alternative ground — entirely independent of the terms of the 1890 Treaty — by which it is entitled to sovereignty over Kasikili/Sedudu Island, viz., prescription, acquiescence and/or recognition. It contended that the Special Agreement, by referring in its Article 1 to the rules and principles of international law, explicitly or implicitly allowed the Court to apply the doctrine of acquisitive prescription as a separate ground for Namibia's sovereignty over the Island.

7. For its part, counsel for Botswana maintained that it would be “contrary to common sense to presume that the general reference to ‘the rules and principles of international law’ should prevail over the reference to a specific international agreement *which defines the boundary in question*” (emphasis in original).

8. The Court is of the view that the reference in the Special Agreement to the “rules and principles of international law” not only authorizes the Court to interpret the 1890 Treaty in the light of those rules and principles but also to apply them independently and that, consequently, the Special Agreement does not preclude the Court from examining arguments relating to prescription (para. 93).

9. With all due respect, I do not find the Court's reasoning persuasive. The fact that Article III of the Special Agreement states that the rules and principles of international law applicable to the dispute shall be those set forth in the provisions of Article 38, paragraph 1, of the Court's Statute can hardly be called enlightening; it only refutes — as the Court correctly states — Botswana's argument that the Special Agreement allows the Court to apply only the rules and principles of international law concerning treaty interpretation.

10. But this reference in Article I, as specified in Article III of the Special Agreement does not add anything to what the Court is not already entitled to do by the Statute. In the case of *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* the Court stated:

“While the Court is, of course, bound to have regard to all the legal sources specified in Article 38, paragraph 1, of the Statute of the Court in determining the relevant principles and rules applicable to the delimitation, it is also bound, in accordance with paragraph 1 (a), of that Article, to apply the provisions of the Special Agreement.” (*I.C.J. Reports 1982*, p. 37, para. 23.)

11. In the Special Agreement the Parties ask the Court to determine, on the basis of the 1890 Treaty and the rules and principles of international law — without dissociating the latter from the former — the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the Island — again, without dissociating the latter from the former.

6. Au cours de la procédure écrite comme au cours de la procédure orale, la Namibie a prétendu qu'elle est habilitée à exercer la souveraineté sur l'île de Kasikili/Sedudu sous l'effet d'un titre subsidiaire, totalement indépendant des dispositions du traité de 1890, c'est-à-dire la prescription, l'acquiescement et/ou la reconnaissance. D'après cette thèse, le compromis, parce qu'il invoque à l'article 1 les règles et principes du droit international, autorise expressément ou implicitement la Cour à appliquer la doctrine de la prescription acquisitive et à justifier ainsi de façon distincte que la souveraineté sur l'île revient à la Namibie.

7. De son côté, le conseil du Botswana a dit qu'il serait «contraire au bon sens de présumer qu'invoquer sous une forme générale les «règles et principes du droit international» a nécessairement plus de poids qu'invoquer un certain accord international *qui définit la frontière en question*».

8. Pour la Cour, le compromis, en faisant état des «règles et principes du droit international», l'autorise non seulement à interpréter le traité de 1890 à la lumière de ces règles et principes mais également à faire une application indépendante desdits règles et principes de sorte que le compromis ne lui interdise pas de connaître des arguments relatifs à la prescription (par. 93).

9. Malgré le respect que je lui dois, le raisonnement de la Cour ne me paraît pas convaincant. Et l'on ne trouve guère d'éclaircissement à l'article III du compromis qui nous dit que les règles et principes du droit international qui s'appliquent au différend sont ceux qui sont énumérés au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour; ce fait permet simplement de réfuter, comme la Cour le dit justement elle-même, la thèse du Botswana quand celui-ci soutient que le compromis autorise la Cour à n'appliquer que les règles et principes du droit international relatifs à l'interprétation des traités.

10. Mais ce renvoi aux règles et principes du droit international qui figure à l'article I, tel qu'il est précisé à l'article III du compromis, n'ajoute rien à la liberté d'action que son Statut accorde déjà à la Cour. Dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, la Cour dit ceci:

«Pour rechercher les principes et règles pertinents applicables à la délimitation, la Cour est tenue, bien entendu, de s'inspirer de toutes les sources de droit visées à l'article 38, paragraphe 1, de son Statut dont l'alinéa a) lui prescrit d'appliquer les dispositions du compromis.» (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 37, par. 23.)

11. Or, dans leur compromis, les Parties prient la Cour de déterminer, sur la base du traité de 1890 et des règles et principes du droit international — sans dissocier le second élément du premier — la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu ainsi que le statut juridique de cette île — là encore, sans dissocier le second élément du premier.

In my opinion, therefore, the Special Agreement precludes the Court from applying the rules and principles of international law independently of the Treaty. It is the Treaty which determines the boundary. Without interpreting and applying the Treaty the Court is not able to determine the boundary and the legal status of the Island as it is requested to do by the Special Agreement.

12. The Special Agreement asks the Court to do two things: first, to determine the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island, and, second, to determine the legal status of the Island. The logical order seems to be to answer the first question first. In order to do so the Court must on the basis of the Anglo-German Treaty determine whether the northern or the southern channel is or contains the main channel. Once that determination has taken place, the second question is implicitly answered as well: if the northern channel is the main channel, the Island belongs to the territory of Botswana; if the southern channel is the main channel, it is part of Namibia; in other words, the Island goes with the boundary.

13. The second question, that of the legal status of the Island, can in my opinion only be answered independently of the first question if the Court would have concluded that the terms of the Treaty cannot possibly be interpreted in a meaningful way, or that the parties to the Treaty by their conduct have indicated that the terms of the Treaty have lost their relevance. In that case a reverse situation presents itself: the answer to the first question is implicitly given by the preceding answer to the second question: the title over the Island determines the location of the boundary and it does so irrespective of the terms of the Treaty, but certainly not independently of the Treaty. In theory such a procedure would not be unthinkable.

14. In his award in the *Island of Palmas* case the sole Arbitrator, Judge Max Huber, stated that

“neighbouring states may by convention fix limits to their own sovereignty, even in regions such as the interior of scarcely explored continents where such sovereignty is scarcely manifested, and in this way each may prevent the other from penetration of its territory . . . If, however, no conventional line of sufficient topographical precision exists or if there are gaps in the frontiers otherwise established, or if a conventional line leaves room for doubt . . . the actual continuous and peaceful display of State functions is in case of dispute the sound and natural criterium of territorial sovereignty.” (*Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. II, p. 840.)

15. In my opinion, the conditions mentioned in the Award are not met in the dispute before the Court. For the determination of the boundary the Special Agreement explicitly refers to the 1890 Anglo-German Treaty. There is no lack of sufficient topographical precision in the conventional

A mon avis par conséquent, le compromis interdit à la Cour d'appliquer les règles et principes du droit international indépendamment du traité. C'est le traité qui détermine la frontière. Si elle s'abstient d'interpréter et d'appliquer le traité, la Cour ne peut pas déterminer la frontière et le statut juridique de l'île ainsi que le compromis la prie de le faire.

12. Le compromis impose deux tâches à la Cour: la première consiste à déterminer la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu et la seconde consiste à déterminer le statut juridique de l'île. L'ordre logique impose, semble-t-il, de répondre d'abord à la première question. A cette fin, la Cour doit déterminer sur la base du traité anglo-allemand si c'est le chenal nord ou le chenal sud qui correspond au chenal principal ou qui contient ce chenal principal. Une fois cette détermination opérée, la seconde question a implicitement trouvé elle aussi sa réponse: si le chenal nord est le chenal principal, l'île fait partie du territoire du Botswana; si c'est le chenal sud qui est le chenal principal, l'île fait partie de la Namibie; autrement dit, l'île accompagne la frontière.

13. La seconde question, celle du statut juridique de l'île, ne peut à mon avis recevoir de réponse indépendante de la première question que si la Cour avait conclu à l'impossibilité d'interpréter utilement les dispositions du traité ou bien avait conclu que les parties au traité ont indiqué par leur comportement que les dispositions du traité ont perdu toute pertinence. En pareil cas, on se trouve face à la situation opposée: c'est-à-dire que la réponse à la première question est implicitement donnée par la réponse à la seconde question telle que nous venons de l'indiquer: le titre sur l'île détermine l'emplacement de la frontière et ce résultat est indépendant des dispositions du traité mais certainement pas indépendant du traité. D'un point de vue théorique, pareille procédure n'est pas du tout impensable.

14. Dans la sentence rendue dans l'affaire de *L'île de Palmas*, l'arbitre unique, Max Huber, dit ceci:

«les Etats limitrophes peuvent fixer par traité les limites de leur propre souveraineté, même dans des régions où, comme l'intérieur de continents à peine explorés, cette souveraineté se manifeste à peine, et c'est ainsi que chacun d'eux peut empêcher l'autre de pénétrer sur son territoire... S'il n'existe cependant aucune ligne conventionnelle d'une précision topographique suffisante ou s'il y a des lacunes dans les frontières autrement établies, ou si une ligne conventionnelle donne lieu à des doutes, ... l'exercice réel, continu et pacifique des fonctions étatiques est, en cas de litige, le critérium correct et naturel de la souveraineté territoriale.» (*Revue générale de droit international public (RGDIP)*, p. 165-166.)

15. J'estime qu'en l'espèce les conditions indiquées dans cette sentence arbitrale ne sont pas réunies. Pour la détermination de la frontière, le compromis invoque expressément le traité anglo-allemand de 1890. La précision topographique suffisante ne fait pas défaut dans les dispositions

provisions, like e.g., in the *Palena* case (Argentine-Chile Frontier case, 38 *International Law Reports*, pp. 89 ff.). The Court does not have to find where the main channel of the River Chobe is located, it merely has to determine which of the two channels around Kasikili Island is or contains the main channel and what forms its thalweg. And the conventional line may leave room for doubt, but that doubt cannot be solved in a reasonable and arguable way by choosing a completely different approach which ignores the terms of the Treaty.

16. The inconsistency of Namibia's arguments in respect of its alternative claim is borne out by the fact that this non-Treaty-based claim rests on virtually the same grounds which it has submitted for its Treaty-based claim that the parties by their subsequent conduct have confirmed their agreement regarding the interpretation of the 1890 Treaty (see para. 71 of the Judgment).

17. These grounds are: continued control and use of the Island by the Masubia of Eastern Caprivi, the exercise of jurisdiction over it by the governing authorities in the Caprivi Strip, and the continued silence of the other Party and its predecessors. After examining Namibia's arguments the Court with good reason concludes that these facts do not constitute subsequent practice within the meaning of Article 31, paragraph 3 (b), of the 1969 Convention on the Law of Treaties (para. 75 of the Judgment).

18. These same arguments lie at the basis of Namibia's alternative claim that it has obtained sovereignty over Kasikili/Sedudu Island by acquisitive prescription (see para. 90 of the Judgment). The Court is of the view that Namibia has failed to prove that acts of State authority carried out with regard to the Island justify its claim to prescriptive title (paras. 98 and 99).

19. That conclusion, however, leaves unanswered one question. If Namibia had been able to prove that the requirements for acquisitive prescription, as referred to in paragraph 94 of the Judgment, had been fulfilled, would that not have constituted subsequent practice as well? Would it have been conceivable indeed to evaluate Namibia's claim to prescriptive title positively and at the same time to evaluate its claim concerning subsequent practice negatively? In my view that would mean that the Court, after having found that according to the terms of the 1890 Treaty the boundary is in the northern channel, would have been expected to use its answer to the second question concerning the legal status of the Island in order to trump its answer to the first question. In my opinion it would be highly artificial to read the Special Agreement as enabling the Court to do so.

conventionnelles, comme c'était le cas, par exemple, dans le différend frontalier entre l'Argentine et le Chili (*Palena, International Law Reports*, vol. 38, p. 89 et suiv.). La Cour n'a pas pour tâche de déterminer où se situe le chenal principal du fleuve Chobe, elle doit simplement déterminer lequel des deux chenaux entourant l'île de Kasikili correspond au chenal principal ou contient le chenal principal et ce qui forme son thalweg. Et il est possible que la ligne conventionnelle donne lieu à des doutes, mais on ne peut pas lever ces doutes de façon raisonnable et argumentée en choisissant une approche totalement différente qui laisse de côté les dispositions du traité.

16. L'illogisme de l'argumentation de la Namibie quand celle-ci plaide sa thèse subsidiaire est confirmé par le fait que cette demande non fondée sur le traité repose pratiquement sur les mêmes motifs que ceux par lesquels elle étaye la demande qu'elle fonde sur le traité, qui consistent à dire que, par leur conduite ultérieure, les parties ont confirmé qu'elles donnaient du traité de 1890 la même interprétation (voir le paragraphe 71 de l'arrêt).

17. Ces motifs sont les suivants: le maintien du contrôle et de l'utilisation de l'île par les Masubia du Caprivi oriental, l'exercice de la juridiction sur l'île par les autorités appelées à administrer la bande de Caprivi et le silence persistant de la partie adverse et de ses prédécesseurs. Après avoir examiné les arguments de la Namibie, la Cour conclut de façon parfaitement justifiée que ces faits ne sont pas constitutifs d'une pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3 b) de la convention de 1969 sur le droit des traités (paragraphe 75 de l'arrêt).

18. C'est par les mêmes arguments que la Namibie soutient à titre subsidiaire avoir établi sa souveraineté sur l'île de Kasikili/Sedudu par voie de prescription acquisitive (voir le paragraphe 90 de l'arrêt). La Cour est, quant à elle, d'avis que la Namibie n'est pas parvenue à prouver que des actes d'autorité étatique qu'elle aurait accomplis en ce qui concerne l'île l'autorisent à prétendre avoir acquis un titre par prescription (paragraphe 98 et 99 de l'arrêt).

19. Cette conclusion laisse toutefois sans réponse une question: si la Namibie avait pu prouver que les conditions à remplir pour justifier l'acquisition d'un titre par prescription, telles qu'elles sont définies au paragraphe 94 de l'arrêt, avaient bel et bien été remplies, est-ce que cela n'aurait pas été constitutif d'une conduite ultérieurement suivie également? Aurait-on vraiment pu imaginer qu'il fût possible de répondre favorablement à la Namibie quand celle-ci prétend avoir acquis un titre par prescription et de lui répondre en même temps par la négative quand elle plaide la conduite ultérieure? A mon sens, cela voudrait dire que la Cour, après avoir dit qu'en vertu des dispositions du traité de 1890 la frontière se situe dans le chenal nord, aurait dû se servir de sa réponse à la seconde question concernant le statut juridique de l'île pour consolider sa réponse à la première question. A mon avis, il serait extrêmement artificiel d'interpréter le compromis comme autorisant la Cour à adopter cette façon de faire.

20. In my view, therefore, the Court should have refused to entertain Namibia's alternative claim and should have declared it inadmissible.

II

21. I have voted in favour of paragraph 3 of the *dispositif* of the Judgment which deals with the use of the two branches of the Chobe around Kasikili/Sedudu Island and is based on the Court's finding that the Parties have undertaken commitments to one another in this respect.

22. It seems relevant to point out that these undertakings are part of the Kasane Communiqué of 24 May 1992, a document which has as its main element the agreement between the Parties to settle the boundary dispute peacefully. These undertakings therefore are indissolubly linked to the Parties' decision to have the boundary determined, first by a jointly appointed Team of Technical Experts and subsequently, after the failure of the Joint Team to reach a conclusion, by the International Court of Justice on the basis of the Special Agreement of 15 February 1996. In carrying out its task of determining the boundary and the legal status of Kasikili/Sedudu Island, the Court can and must consider the Special Agreement in its context together with the surrounding statements and circumstances.

23. In addition to what the Court has said in paragraphs 102 and 103, I wish to make some observations which could provide guidance to the Parties for further conduct and place their mutual relations in a wider perspective. These observations are based on recent developments of the rules and principles of international law concerning the uses of international watercourses and in particular those concerning the equitable and reasonable utilization of their resources.

24. Such considerations have no place in determining the boundary between the Parties. The Court cannot relocate or shift the boundary on such grounds if according to the terms of the Treaty it must be taken to be the thalweg of the northern channel. While reflecting the rules and principles of international law, referred to in the Special Agreement, these considerations can merely focus on the undertakings of the Parties entered into in the context of their efforts to settle the dispute peacefully and on their present and future relations. As the Court has observed: "It is not a matter of finding simply an equitable solution, but an equitable solution derived from the applicable law" (*Fisheries Jurisdiction, I.C.J. Reports 1974*, p. 33, para. 78; p. 202, para. 69).

25. The Chobe River around Kasikili/Sedudu Island can be said to be part of a "watercourse" in the sense of the 1997 Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses.

20. A mon avis, par conséquent, la Cour aurait dû refuser d'accueillir la demande subsidiaire de la Namibie et aurait dû la déclarer irrecevable.

II

21. J'ai voté pour le paragraphe 3 du dispositif de l'arrêt qui porte sur l'utilisation des deux chenaux autour du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu et repose sur la conclusion retenue par la Cour qui est que les Parties ont souscrit vis-à-vis l'une de l'autre des engagements à cet égard.

22. Il me paraît utile de faire observer que ces engagements figurent dans le communiqué de Kasane adopté le 24 mai 1992, document dont le principal élément est que les Parties conviennent d'un commun accord de régler pacifiquement leur différend frontalier. Ces engagements sont par conséquent indissolublement liés à la décision que les Parties ont adoptée et qui consiste à faire établir la frontière d'abord par une équipe d'experts techniques désignés conjointement et ensuite, cette équipe conjointe n'ayant pu aboutir, de la faire déterminer par la Cour internationale de Justice sur la base du compromis du 15 février 1996. En s'acquittant de sa tâche qui consiste donc à déterminer la frontière ainsi que le statut juridique de l'île de Kasikili/Sedudu, la Cour peut et doit examiner le compromis dans son contexte ainsi que les déclarations et les circonstances entourant le compromis.

23. En sus de ce que la Cour dit aux paragraphes 102 et 103 de l'arrêt, je tiens à formuler certaines observations qui pourraient orienter la conduite ultérieure des Parties et les aider à situer leurs relations réciproques dans une perspective plus large. Ces observations s'inspirent de décisions récentes concernant les règles et principes du droit international qui ont trait aux utilisations des cours d'eau internationaux, en particulier l'utilisation équitable et raisonnable de leurs ressources.

24. Ces considérations n'ont rien à voir avec la détermination de la frontière entre les Parties. La Cour ne peut pas s'en inspirer pour situer ailleurs ou déplacer la frontière si, d'après les dispositions du traité, la frontière correspond nécessairement au thalweg du chenal nord. Même si elles traduisent les règles et principes du droit international invoqués dans le compromis, ces considérations ne peuvent que renvoyer aux engagements contractés par les Parties dans le cadre de l'action qu'elles ont menée pour régler pacifiquement leur différend et aux relations qu'elles entretiennent actuellement et entretiendront à l'avenir. Comme la Cour l'a fait observer: «Il ne s'agit pas simplement d'arriver à une solution équitable, mais d'arriver à une solution équitable qui repose sur le droit applicable» (*Compétence en matière de pêcheries, C.I.J. Recueil 1974*, p. 33, par. 78; p. 202, par. 69).

25. A la hauteur de l'île de Kasikili/Sedudu, on peut dire du fleuve Chobe qu'il fait partie d'un «cours d'eau» au sens de la convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à

Article 2 (a) of that Convention gives the following definition of a watercourse:

“‘Watercourse’ means a system of surface waters and groundwaters constituting by virtue of their physical relationship a unitary whole and normally flowing into a common terminus.”

26. This idea of a watercourse-system as a unitary whole was already recognized by the Institut de droit international in its 1961 Salzburg Resolution on the utilization of non-maritime international waters (except for navigation) (*Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 49, Part II (1961), pp. 381 ff.). In this Resolution, which was adopted unanimously, the Institute referred to “waters which form part of a watercourse or hydrographic basin which extends over the territory of two or more States”. In Article 2 the Institut observes that the right of a State to utilize waters which traverse or border its territory “is limited by the right of utilization of other States interested in the same watercourse or hydrographic basin”, whereas Article 3 states that “if States are in disagreement over the scope of the right of utilization, settlement will take place on the basis of equity, taking particular account of their respective needs, as well as of other pertinent circumstances”.

27. In 1966 at its Fifty-Second Conference the International Law Association adopted, with only eight abstentions, the so-called Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers (ILA, *Report of the Fifty Second Conference*, Helsinki, 1966, London, 1967, pp. 484 ff.). These refer to the waters of an international drainage basin which in Article II is defined as “a geographical area extending over two or more States determined by the watershed limits of the system of waters, including surface and underground waters, flowing into a common terminus”.

The Helsinki Rules are far more detailed than the Institut’s 1961 Salzburg Resolution and in certain respects can be called a precursor of the 1997 United Nations Convention. With regard to the principle of equitable utilization Article IV states: “Each basin State is entitled, within its territory, to a reasonable and equitable share in the beneficial uses of the waters of an international drainage basin”.

28. It can, therefore, be said that in doctrine there was already overwhelming support for the principle of the equitable utilization of shared water resources when in 1971 the International Law Commission included the topic “The Non-navigational Uses of International Watercourses” in its general programme of work.

29. From the pleadings in the present case it is clear that the waters around Kasikili/Sedudu Island are nearly exclusively used for tourist pur-

des fins autres que la navigation. A l'alinéa *a*) de l'article 2 de cette convention, le cours d'eau est défini de la façon suivante:

«L'expression «cours d'eau» s'entend d'un système d'eaux de surface et d'eaux souterraines constituant, du fait de leurs relations physiques, un ensemble unitaire et aboutissant normalement à un point d'arrivée commun.»

26. L'idée qu'un système de cours d'eau représente ainsi un ensemble unitaire avait déjà été reconnue par l'Institut de droit international dans la résolution de Salzbourg de 1961 sur l'utilisation des eaux internationales non maritimes (la navigation exceptée) (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 49, deuxième partie (1961), p. 372 et suiv.). Dans cette résolution, qui fut adoptée à l'unanimité, l'Institut vise les «eaux faisant partie d'un cours d'eau ou d'un bassin hydrographique qui s'étend sur le territoire de deux ou plusieurs Etats». A l'article 2, l'Institut fait observer que le droit qu'a tout Etat d'utiliser les eaux qui traversent ou bordent son territoire «a pour limite le droit d'utilisation des autres Etats intéressés au même cours d'eau ou bassin hydrographique», tandis qu'aux termes de l'article 3, «si les Etats sont en désaccord sur la portée de leurs droits d'utilisation, le règlement se fera sur la base de l'équité, en tenant compte notamment de leurs besoins respectifs, ainsi que des autres circonstances propres au cas d'espèce».

27. En 1966, à sa cinquante-deuxième conférence, l'International Law Association a adopté, à huit abstentions près seulement, ce qu'on appelle les règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux (ILA, *Report of the Fifty Second Conference, Helsinki 1966, Londres 1967*, p. 484 et suiv.). Il s'agit des eaux des bassins de drainage internationaux, ce type de bassin étant défini à l'article II comme «une zone géographique s'étendant sur deux ou plusieurs Etats et déterminée par les limites de l'aire d'alimentation du réseau hydrographique, y compris les eaux de surface et les eaux souterraines, aboutissant en un point commun».

Les règles d'Helsinki sont beaucoup plus détaillées que la résolution de Salzbourg adoptée par l'Institut en 1961 et à certains égards, elles sont en quelque sorte le précurseur de la convention des Nations Unies de 1997. En ce qui concerne le principe de l'utilisation équitable de ces eaux, l'article IV dispose: «Chaque Etat du bassin a, sur son territoire, un droit de participation raisonnable et équitable aux avantages que présente l'utilisation des eaux d'un bassin de drainage international.»

28. On peut donc dire que, sur le plan de la doctrine, le principe de l'utilisation équitable des ressources hydrauliques partagées par plusieurs Etats bénéficiait déjà d'un soutien considérable quand la Commission du droit international a inscrit en 1971 à son programme général la question de «l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation».

29. Dans la présente espèce, d'après les écritures, il est clair qu'autour de l'île de Kasikili/Sedudu, les eaux sont presque exclusivement utilisées à

poses. Tourists are carried by flat-bottomed boats (mainly, but not exclusively in the southern channel) to view the wild animals in the Chobe Game Park south of the river, and on Kasikili/Sedudu Island to which these animals regularly cross. Such navigation as there is has virtually nothing to do with fluvial transport in the normal sense of the word "navigation", as this is understood to mean transport by boat in a river from one place to another. The use which is made of the waters around Kasikili/Sedudu Island is more similar to the non-navigational uses of watercourses in the sense of the 1997 Convention.

30. Already in 1929 the Permanent Court of International Justice stressed the community of interest for navigation purposes of all riparian States and the exclusion of any preferential privilege of any of them in relation to the others (*Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, Judgment No. 16, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 23, p. 27*). In the *Gabčíkovo-Nagymaros* case the present Court observed that "modern development of international law has strengthened this principle for non-navigational uses of international watercourses as well, as evidenced by the adoption of the Convention of 21 May 1997 on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses by the United Nations General Assembly" (*I.C.J. Reports 1997, p. 56, para. 85*).

31. The 1997 Convention has not yet entered into force and it will take in all probability a number of years before the 35 instruments of ratification necessary for its entry into force have been deposited. Nor is there any indication that the Parties before the Court have the intention to become bound by its provisions.

This does not mean, however, that a number of the principles, which are formulated in the Convention, have not yet become part of the *corpus* of international law.

32. In paragraph 1 of its commentary on Article 5 of the 1997 Convention, which deals with the principle of equitable and reasonable utilization and participation, the International Law Commission observes:

"Article 5 sets out the fundamental rights and duties of States with regard to the utilization of international watercourses for purposes other than navigation. One of the most basic of these is the well-established rule of equitable utilization, which is laid down and elaborated upon in paragraph 1."

And the Commission continues by saying that

"a survey of all available evidence of the general practice of States, accepted as law, in respect of the non-navigational uses of international watercourses . . . reveals that there is overwhelming support for the doctrine of equitable utilisation as a general rule of law for

des fins touristiques. Les touristes sont transportés par bateaux à fond plat (principalement mais non pas exclusivement dans le chenal sud) pour observer les animaux sauvages dans le parc animalier du Chobe situé au sud du fleuve et sur l'île de Kasikili/Sedudu que les animaux gagnent fréquemment à la nage. La navigation qui existe à cet endroit n'a pratiquement rien à voir avec le transport fluvial au sens normal du terme «navigation», lequel vise le transport par bateau sur un fleuve d'un endroit à un autre. L'utilisation qui est faite des eaux entourant l'île de Kasikili/Sedudu correspond plutôt aux utilisations des cours d'eau à des fins autres que la navigation au sens de la convention de 1997.

30. En 1929 déjà, la Cour permanente de Justice internationale avait souligné qu'il existait une communauté d'intérêts chez tous les Etats riverains aux fins de la navigation, à l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres (*Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, arrêt n° 16, 1929, C.P.J.I. série A n° 23, p. 27*). Dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour actuelle a fait observer à ce propos que «le développement moderne du droit international a renforcé ce principe également pour les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, comme en témoigne l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 21 mai 1997, de la convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation» (*C.I.J. Recueil 1997, p. 56, par. 85*).

31. Cette convention de 1997 n'est pas encore entrée en vigueur et il faudra très vraisemblablement attendre plusieurs années pour que soient déposés les trente-cinq instruments de ratification indispensables. Et rien ne semble indiquer que les Parties en l'espèce aient l'intention de se lier par ladite convention.

Cela ne veut toutefois pas dire qu'un certain nombre des principes formulés dans cette convention ne soient pas déjà devenus partie intégrante du corps même du droit international.

32. Au paragraphe 1 de son commentaire sur l'article 5 de la convention de 1997, lequel porte sur le principe de l'utilisation et participation équitable et raisonnable, la Commission du droit international fait observer ceci :

«L'article 5 énonce les droits et les devoirs fondamentaux des Etats en ce qui concerne l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. L'un des principaux en est la règle bien établie de l'utilisation équitable, qui est formulée et développée au paragraphe 1.»

Et la Commission poursuit :

«l'étude de tous les éléments dont on dispose comme preuve de l'existence d'une pratique générale des Etats, acceptée comme étant le droit, en ce qui concerne les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation ... montre que la doctrine

the determination of the rights and obligations of states in this field” (para. 10).

33. Both Article 5 of the 1997 Convention and Article IV of the 1966 Helsinki Rules seemingly contain a territorial limitation by providing that watercourse States (Helsinki Rules: basin States) in their territories are entitled to a reasonable and equitable share of the uses and benefits of an international watercourse¹.

Both instruments, however, clearly reject the so-called “Harmon Doctrine” which embodies the claim that a State has the unqualified right to utilize and dispose of the waters of an international river flowing through its territory.

The comment on Article IV of the Helsinki Rules states that the Harmon Doctrine has never had a wide following among States and has been rejected by virtually all States which have had occasion to speak out on the point and it continues by saying that each basin State has rights equal in kind and correlative with those of each co-basin State.

34. By the commitments contained in the Kasane Communiqué of 24 May 1992 (see para. 102 of the Judgment) the Parties have implicitly recognized that the Chobe River around Kasikili/Sedudu Island is part of a unitary whole, irrespective of the exact location of the boundary as a result of the determination by the Court.

35. The southern channel does not all of a sudden turn into an internal water once it is decided that the northern channel is or contains the “main channel” in the terms of the 1890 Treaty, even if the former is wholly within Botswana territory. It continues to be part of a system of surface waters and groundwaters which by virtue of their physical relationship constitute a unitary whole.

36. In their future dealings concerning the uses of the waters around Kasikili/Sedudu Island the Parties should let themselves be guided by the rules and principles as embodied in the 1997 Convention and in the Helsinki Rules. They should keep in mind that, as the International Law Commission said, “the rule of equitable and reasonable utilization rests on sound foundations and provides a basis for the duty of States to participate in the use and development and protection of an international watercourse in an equitable and reasonable manner”.

37. This rule has now been widely accepted both for the navigational and the non-navigational uses of international watercourses. For a further implementation of the rule, Article 6 of the 1997 Convention enumerates

¹ In paragraph 2 of its commentary on Article 5, the ILC observes that this Article, although cast in terms of an obligation, also expresses the correlative entitlement.

de l'utilisation équitable est admise, dans la grande majorité des cas, en tant que principe général et directeur du droit pour déterminer les droits et les obligations des Etats dans ce domaine» (par. 10).

33. Tant l'article 5 de la convention de 1997 que l'article IV des règles d'Helsinki prévoient apparemment une limitation territoriale en ce sens que les Etats du cours d'eau (dans les règles d'Helsinki, ce sont les «Etats du bassin») ont droit sur leur territoire à une part raisonnable et équitable des avantages que présente l'utilisation des eaux d'un cours d'eau international¹.

Les deux instruments rejettent clairement toutefois ce qu'on appelle la «doctrine Harmon» suivant laquelle l'Etat peut sans réserve revendiquer le droit d'utiliser les eaux d'un fleuve international traversant son territoire et en disposer à son gré.

D'après le commentaire relatif à l'article IV des règles d'Helsinki, cette doctrine Harmon n'a jamais été très largement adoptée par les Etats, a été rejetée par pratiquement tous ceux qui ont eu l'occasion de s'exprimer à ce sujet et le commentaire indique ensuite que tout Etat du bassin jouit de droits égaux en nature et correspondant à ceux de chaque Etat du même bassin.

34. D'après les engagements qu'elles ont contractés dans le communiqué de Kasane en date du 24 mai 1992 (voir le paragraphe 102 de l'arrêt), les Parties ont implicitement reconnu qu'à la hauteur de l'île de Kasikili/Sedudu, le fleuve Chobe fait partie d'un ensemble unitaire, indépendamment de l'emplacement exact de la frontière tel que la Cour le déterminera.

35. Le chenal sud ne devient pas brutalement une voie d'eau intérieure dès lors qu'il a été décidé que c'est le chenal nord qui est ou qui contient le «chenal principal» au sens du traité de 1890, même si ce chenal sud est intégralement en territoire botswanais. Le chenal sud continue de faire partie d'un système d'eaux de surface et d'eaux souterraines qui, du fait de leurs relations physiques, constituent un ensemble unitaire.

36. Quand elles s'occuperont à l'avenir des utilisations des eaux entourant l'île de Kasikili/Sedudu, les Parties devront s'inspirer des règles et des principes consacrés par la convention de 1997 ainsi que par les règles d'Helsinki. Elles ne devront pas oublier que, comme l'a dit la Commission du droit international, «la règle de l'utilisation équitable et raisonnable repose sur des fondements solides, et sert de base au devoir des Etats de participer de façon équitable et raisonnable à l'utilisation, à la mise en valeur et à la protection des cours d'eau internationaux».

37. Cette règle est désormais très largement acceptée pour les utilisations des cours d'eau internationaux, tant à des fins de navigation qu'à des fins autres que la navigation. En vue d'une plus large application de

¹ Au paragraphe 2 de son commentaire sur l'article 5 de la convention de 1997, la Commission du droit international fait observer que cet article est sans doute énoncé comme une obligation mais qu'il énonce aussi le droit correspondant.

in a non-exhaustive way the factors which are relevant to equitable and reasonable utilization.

38. It is clear that the use of the waters around Kasikili/Sedudu Island for tourist purposes has in the course of time become far more important from an economic point of view than the use of the Island itself, e.g., for cultivation purposes; this is also exemplified by the Kasane Communiqué. But even the present economic interest resulting from eco-tourism may be of a transient character. It would, therefore, be commendable if the Parties would place any further co-operation in a wider and more general framework. In this respect it may be recalled that in the Preamble to its 1961 Resolution the Institut de droit international observes that "in the utilization of waters of interest to several States, each of them can obtain, by consultation, by plans established in common and by reciprocal concessions, the advantages of a more rational exploitation of a natural resource".

(Signed) P. H. KOOIJMANS.

la règle, l'article 6 de la convention de 1997 énumère sous forme d'une liste non exhaustive les facteurs à tenir pour pertinents aux fins d'une utilisation équitable et raisonnable.

38. Il est clair que l'utilisation des eaux entourant l'île de Kasikili/Sedudu à des fins touristiques est devenue avec le temps beaucoup plus importante du point de vue économique que l'utilisation de l'île elle-même, par exemple à des fins agricoles; c'est aussi ce dont témoigne le communiqué de Kasane. Mais cet intérêt économique actuel qui procède de l'écotourisme peut lui-même être éphémère. Il serait par conséquent utile que les Parties situent toute coopération ultérieure dans un cadre plus large et plus général. Il y a lieu de rappeler à cet égard que, dans le préambule de sa résolution de 1961, l'Institut de droit international fait observer que, «dans l'utilisation des eaux intéressant plusieurs États, chacun d'eux peut obtenir, par des consultations, des plans établis en commun et des concessions réciproques, les avantages d'un aménagement plus rationnel d'une richesse naturelle».

(Signé) P. H. KOOLJMANS.