

## 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<sup>er</sup> 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. 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.

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

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. 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

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

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

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 international<sup>1</sup>.

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

---

<sup>1</sup> 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.



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.