

CR 99/1

International Court
of Justice

THE HAGUE

Cour internationale
de Justice

LA HAYE

YEAR 1999

Public sitting

held on Monday 15 February 1999, at 10 a.m., at the Peace Palace,

President Schwebel presiding

in the case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)

VERBATIM RECORD

ANNEE 1999

Audience publique

tenue le lundi 15 février 1999, à 10 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de M. Schwebel, président

en l'affaire de l'Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)

COMPTE RENDU

Present:

President	Schwebel
Vice-President	Weeramantry
Judges	Oda
	Bedjaoui
	Guillaume
	Ranjeva
	Herczegh
	Shi
	Fleischhauer
	Koroma
	Vereshchetin
	Higgins
	Parra-Aranguren
	Kooijmans
	Rezek
Registrar	Valencia-Ospina

Présents :

- M. Schwebel, président
- M. Weeramantry, vice-président
- MM. Oda
 - Bedjaoui
 - Guillaume
 - Ranjeva
 - Herczegh
 - Shi
 - Fleischhauer
 - Koroma
 - Vereshchetin
- Mme Higgins,
- MM. Parra-Aranguren,
 - Kooijmans
 - Rezek, juges

- M. Valencia-Ospina, greffier

The Government of the Republic of Botswana is represented by:

Mr. Abednego Batshani Tafa, Advocate of the High Court and Court of Appeal of Botswana,
Deputy Attorney-General,

as Agent, Counsel and Advocate;

H.E. Mr. S. C. George, Ambassador of the Republic of Botswana to the European Union, Brussels

as Co-Agent;

Mr. Molosiwa L. Selepeng, Permanent Secretary for Political Affairs, Office of the President,

Professor Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., Chichele Professor of Public International Law,
University of Oxford, Member of the International Law Commission, Member of the English
Bar,

Lady Fox Q.C., former Director of the British Institute of International and Comparative Law,
Member of the English Bar,

Dr. Stefan Talmon, *Rechtsassessor*, D. Phil. (Oxon), LL.M. (Cantab), *Wissenschaftlicher Assistent*
in the Law Faculty of the University of Tübingen,

as Counsel and Advocates;

Mr. Timothy Daniel, Solicitor of the Supreme Court; Partner, D. J. Freeman (Solicitors) of the City
of London,

Mr. Alan Perry, Solicitor of the Supreme Court; Partner, D. J. Freeman (Solicitors) of the City of
London,

Mr. David Lerer, Solicitor of the Supreme Court; Assistant, D. J. Freeman (Solicitors) of the City
of London,

Mr. Christopher Hackford, Solicitor of the Supreme Court; Assistant, D. J. Freeman (Solicitors)
of the City of London,

Mr. Robert Paydon, Solicitor of the Supreme Court; Assistant, D. J. Freeman (Solicitors) of the
City of London,

as Counsel;

Professor F. T. K. Sefe, Professor of Hydrology, Department of Environmental Science, University
of Botswana, Gaborone,

Mr. Isaac Muzila, B. Sc. Civil Engineering, Principal Hydrological Engineer, Department of Water
Affairs, Botswana,

Mr. Alan Simpkins, F.R.I.C.S., Prof. M.I.T.E.S. (S.A.), L.S. (Bots.), Chief Surveyor and Deputy to
Director, Department of Surveys and Mapping, Botswana,

Le Gouvernement du Botswana est représenté par :

M. Abednego Batshani Tafa, *Advocate* de la *High Court* et *Court of Appeal* du Botswana, *Attorney-General* adjoint,

comme agent, conseil et avocat;

S. Exc. M. S. C. George, ambassadeur de la République du Botswana auprès de l'Union européenne à Bruxelles,

comme coagent;

M. Molosiwa L. Selepeng, secrétaire permanent aux affaires politiques, services de la présidence

M. Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., professeur de droit international public à l'Université d'Oxford, titulaire de la chaire Chichele, membre de la Commission du droit international, membre du barreau d'Angleterre,

Lady Fox Q.C., ancienne directrice du British Institute of International and Comparative Law, membre du barreau d'Angleterre,

M. Stefan Talmon, *Rechtsassessor*, D. Phil. (Oxon), LL. M. (Cantab.), *Wissenschaftlicher Assistent* à la faculté de droit de l'Université de Tübingen,

comme conseils et avocats;

M. Timothy Daniel, *Solicitor* de la *Supreme Court*; associé, cabinet D. J. Freeman de la *City* de Londres,

M. Alan Perry, *Solicitor* de la *Supreme Court*; associé, cabinet D. J. Freeman de la *City* de Londres,

M. David Lerer, *Solicitor* de la *Supreme Court*; assistant, cabinet D. J. Freeman de la *City* de Londres,

M. Christopher Hackford, *Solicitor* de la *Supreme Court*; assistant, cabinet D. J. Freeman de la *City* de Londres,

M. Robert Paydon, *Solicitor* de la *Supreme Court*; assistant, cabinet D. J. Freeman de la *City* de Londres,

comme conseils;

M. F.T.K. Sefe, professeur d'hydrologie, département des sciences de l'environnement, de l'Université du Botswana, Gaborone,

M. Isaac Muzila, B.Sc. (génie civil), ingénieur général en hydrologie, département des ressources en eau du Botswana,

M. Alan Simpkins, F.R.I.C.S., (prof.) M.I.T.E.S. (S.A.), L.S. (Bots.) géomètre en chef et adjoint au directeur au département de la topographie et de la cartographie (Botswana),

Mr. Scott B. Edmonds, Director of Cartographic Operations, GeoSystems Global Corporation, 9421 Rumsey Road, Columbia, Maryland,

Mr. Robert C. Rizzutti, Senior Mapping Specialist, GeoSystems Global Corporation, 9421 Rumsey Road, Columbia, Maryland,

Mr. Justin E. Morrill, Senior Multimedia Designer, GeoSystems Global Corporation, 9421 Rumsey Road, Columbia, Maryland,

as Scientific and Technical Advisers;

Mr. Bapasi Mphusu, Chief Press Officer, Department of Information and Broadcasting, Government of Botswana,

as Information Adviser;

Mrs. Coralie Ayad, D. J. Freeman (Solicitors) of the City of London,

Mrs. Marilyn Beeson, D. J. Freeman (Solicitors) of the City of London,

Ms Michelle Burgoine, D. J. Freeman (Solicitors) of the City of London,

as Administrators.

The Government of the Republic of Namibia is represented by:

Dr. Albert Kawana, Permanent Secretary, Ministry of Justice of Namibia,

as Agent, Counsel and Advocate;

H.E. Dr. Zedekia J. Ngavirue, Ambassador of the Republic of Namibia to the Netherlands, Brussels, Belgium,

as Deputy-Agent;

Professor Abram Chayes, Felix Frankfurter Professor of Law, Harvard Law School,

Mr. Jean-Pierre Cot, Professor Emeritus, Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles, Vice-President of the European Parliament,

Professor Dr. Jost Delbrück, Director of Walther-Schücking Institute of International Law, University of Kiel,

Professor Dr. Julio Faundez, Professor of Law, University of Warwick,

as Counsel and Advocates;

M. Scott B. Edmonds, directeur des opérations cartographiques, société GeoSystems Global Corporation, 9421 Rumsey Road, Columbia, Maryland (Etats-Unis),

M. Robert C. Rizzutti, cartographe hors classe, société GeoSystems Global Corporation, 9421 Rumsey Road, Columbia, Maryland (Etats-Unis),

M. Justin E. Morrill, concepteur multimédia hors classe, société GeoSystems Global Corporation, 9421 Rumsey Road, Columbia, Maryland (Etats-Unis),

comme conseillers scientifiques et techniques;

M. Bapasi Mphusu, attaché de presse principal. département de l'information et de la radiotélévision, Gouvernement du Botswana,

comme conseiller à l'information;

Mme Coralie Ayad, cabinet D.J. Freeman de la City de Londres,

Mme Marilyn Beeson, cabinet D.J. Freeman de la City de Londres,

Mme Michelle Burgoine, cabinet D.J. Freeman de la City de Londres,

comme administrateurs.

Le Gouvernement de la République de la Namibie est représenté par :

M. Albert Kawana, secrétaire permanent, ministère de la justice de la Namibie,

comme agent conseil et avocat;

S. Exc. M. Zedekia J. Ngavirue, ambassadeur, ambassade de Namibie à Bruxelles, Belgique,

comme agent adjoint;

M. Abram Chayes, professeur de droit titulaire de la chaire Felix Frankfurter à la faculté de droit de l'Université de Harvard,

M. Jean-Pierre Cot, professeur émérite à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles, vice-président du Parlement européen,

M. Jost Delbrück, directeur de l'Institut de droit international Walther-Schücking à l'Université de Kiel,

M. Julio Faundez, professeur de droit à l'Université de Warwick,

comme conseils et avocats;

Professor W. J. R. Alexander, Emeritus Professor of Hydrology, University of Pretoria,

Professor Keith S. Richards, Department of Geography, University of Cambridge,

Colonel Dennis Rushworth, Former Director of the Mapping and Charting Establishment, Ministry of Defence of the United Kingdom,

Dr. Lazarus Hangula, Director, Multidisciplinary Research Centre, University of Namibia,

as Advocates;

Dr. Arnold M. Mtopa, Chief Legal Officer, Ministry of Justice of Namibia,

Dr. Collins Parker, Chief Legal Officer, Ministry of Justice of Namibia,

as Counsel and Advisers;

Mr. Edward Helgeson, Fellow, Lauterpacht Research Centre for International Law, University of Cambridge,

Ms. Tonya Putnam, Harvard Law School,

Mr. Samson N. Muhapi, Special Assistant to the Permanent Secretary, Ministry of Justice of Namibia,

Ms. Kyllikki M. Shaduka, Private Secretary, Ministry of Justice of Namibia,

Ms. Mercia G. Louw, Private Secretary, Ministry of Justice of Namibia,

as Administrative staff.

M. W.J.R. Alexander, professeur émérite d'hydrologie à l'Université de Pretoria,

M. Keith S. Richards, professeur au département de géographie de l'Université de Cambridge,

le colonel Dennis Rushworth, ancien directeur du service de cartographie de l'armée au ministère de la défense du Royaume-Uni,

M. Lazarus Hangula, directeur du centre de recherche pluridisciplinaire de l'Université de Namibie,

comme avocats;

M. Arnold M. Mtopa, juriste principal au ministère de la justice de la Namibie,

M. Collins Parker, juriste principal au ministère de la justice de la Namibie,

comme conseils et conseillers;

M. Edward Helgeson, chargé de recherche au Lauterpacht Research Centre for International Law de l'Université de Cambridge,

Mme Tonya Putnam, de la faculté de droit de l'Université Harvard,

M. Samson N. Muhapi, assistant spécial du secrétaire permanent du ministère de la justice de la Namibie,

Mme Kyllikki M. Shaduka, secrétaire particulière au ministère de la justice de la Namibie,

Mme Mercia G. Louw, secrétaire particulière au ministère de la justice de la Namibie,

comme auxiliaires administratifs.

The PRESIDENT: The sitting is open. The Court convenes today pursuant to Articles 43 to 47 of its Statute to hear the oral arguments of the Parties in the case concerning *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*. The Bench does not include a judge possessing the nationality of either of the two Parties. Neither Botswana nor Namibia has availed itself of its consequent right under Article 31 of the Court's Statute to choose a person to sit as judge *ad hoc*.

The case was brought on 29 May 1996 by the joint notification to the Registry of the Court of a Special Agreement between the Parties, which was signed at Gaborone on 15 February 1996 and which came into force on 15 May 1996, the date of exchange of the instruments of ratification.

The preamble to the Special Agreement states that "a dispute exists between the Republic of Botswana and the Republic of Namibia relative to the boundary around Kasikili/Sedudu Island", and affirms the Parties' desire to "sett[le] such dispute by peaceful means in accordance with the principles of both the Charter of the United Nations and the Charter of the Organization of African Unity". The preamble further recites that a Joint Team of Technical Experts appointed on 24 May 1992 "to determine the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island" was unable to reach a conclusion on the question referred to it and recommended "recourse to the peaceful settlement of the dispute on the basis of the applicable rules and principles of international law". The preamble to the Special Agreement also records the agreement of the Heads of State of Botswana and Namibia, at a Summit Meeting held in Harare, Zimbabwe, on 15 February 1995, to submit the dispute to the International Court of Justice for a final and binding determination.

The specific question that the Parties wished to submit to the Court is set forth in Article I of the Special Agreement, which reads as follows:

"The Court is asked to determine, on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 and the rules and principles of international law, the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the island."

Taking into account the provisions of Article II, paragraphs 2 (a) and (b), of the Special Agreement, the Court, by an Order of 24 June 1996, fixed 28 February 1997 as the time-limit for

the filing of a Memorial by each of the Parties and 28 November 1997 as the time-limit for the filing of a Counter-Memorial by each of the Parties. Those pleadings were duly filed within the prescribed time-limits. In a joint letter dated 16 February 1998, the Agents of the Parties notified the Court that their Governments had "jointly decided to request further written pleadings pursuant to Article II (2) (c) of the Special Agreement", those pleadings to be filed by 27 November 1998. In its Order of 27 February 1998, the Court, taking into account the agreement between the Parties, fixed 27 November 1998 as the time-limit for the filing of a Reply by each of the Parties. The Replies were duly filed within the time-limit thus prescribed, and the case became ready for hearing.

In accordance with Article 53, paragraph 2, of the Rules of Court, the Court has decided, after having ascertained the views of the Parties, that copies of the pleadings and documents annexed would be made available to the public as from the opening of the oral proceedings.

I note the presence in court of Mr. Abednego Batshani Tafa, Agent of the Republic of Botswana, and of Dr. Albert Kawana, Agent of the Republic of Namibia. It has been agreed that Namibia should be the first to plead, so the Court will hear it this week. The oral arguments of Botswana will be heard next week.

I now give the floor to Dr. Albert Kawana, Agent of the Republic of Namibia.

Mr. KAWANA:

1. PRESENTATION OF THE AGENT OF NAMIBIA

I. Introduction

1. Mr. President, distinguished judges, I am greatly honoured to address this honourable Court on behalf of Namibia.

2. Before making substantive remarks, I wish to mention that one key member of my delegation is Professor Sir Elihu Lauterpacht (of the United Kingdom). Professor Lauterpacht participated fully in the preparation of Namibia's written pleadings, as well as the oral presentations. I regret to inform the Court that Professor Lauterpacht cannot be with us now because he is

receiving critical medical attention in the United Kingdom. We decided to go ahead with the hearing without applying for a postponement as that might have disrupted the Court's programme.

3. Mr. President, I would like to extend my esteemed greetings to this august Court and also to my distinguished colleagues representing Botswana. Our two countries and peoples share very strong ties of friendship, brotherhood and historical bonds. Indeed, it is in the interest of maintaining and promoting these ties that, I venture to say, has driven both Parties to bring the present proceedings before this distinguished Court. Finally, I would like to acknowledge with appreciation and gratitude the efficiency of the office of the Registrar.

4. The proceedings, Mr. President, concern a boundary dispute relating to the Caprivi Region, one of the 13 regions of Namibia. It is a home to 110,000 people. Katima Mulilo is Caprivi's administrative centre. It not only serves as the seat of the regional government but it is also the only commercial centre in the region¹. Specifically the disputed area is Kasikili Island which is within Kasika district in Eastern Caprivi. The eastern half of the Caprivi Region is inhabited by rural communities, a riverine ethnic group known as the Masubia². Their population is 34,000, the majority of whom live in the Zambezi flood plain.

5. Mr. President, Namibia expressed its wish to appear first in these oral proceedings, the reason being that if this were a contentious case in a domestic court, Namibia would be plaintiff (or applicant) because Botswana unilaterally occupied Kasikili Island in 1991. This occupation took place hardly one year after Namibia's independence on 21 March 1990. Therefore Namibia is seeking, by peaceful means, to oust Botswana from Kasikili Island. You will notice one discernible thread: that Namibia is before this Court to say one thing, and one thing only, namely that by all accounts Kasikili Island has always been a part of Namibia and accordingly Namibia is entitled to it.

¹John Mendelsohn and Carole Roberts, *An Environmental Profile and Atlas of Caprivi*, Directorate of Environmental Affairs, Project funded by the Kingdom of the Netherlands, 1997, pp. 13-14.

²More will be said about the history of the Masubia by one of Namibia's experts later on in these proceedings.

II. Why and how the case reached this Court

6. On Namibia's independence, the Government of Namibia inherited a "photograph"³ of the territory hitherto known as South West Africa. It accepted that "photograph" because of its respect for the 1964 Cairo Declaration of the Heads of State of the Organization of African Unity⁴. The territory appears in a map published by the United Nations pursuant to resolution 35/227H of the General Assembly showing Kasikili Island as part of Namibia⁵. This is the territory that is mentioned in the Namibian Constitution and which the Government has sworn to defend and protect. This territory is referred to in Article 1, paragraph 4, of the Constitution as: "The national territory of Namibia shall consist of the whole of the territory recognized by the international community through the organs of the United Nations . . ."

7. This is not the first time that the interests of Namibia have become the subject of adjudication before this honourable Court. The Court will recall its landmark opinions in 1950 and 1971 which prevented South Africa from incorporating Namibia as one of its provinces. As a State created on the basis of the exercise of the legal responsibility assumed by the United Nations over Namibia and by the efforts and goodwill of the international community, Namibia is keen to promote international peace, security, and development.

8. Namibia's belief in the peaceful resolution of disputes between and among nations is amply demonstrated by the current dispute. It was the Government of Namibia which initiated a peaceful resolution of the dispute over Kasikili Island in early 1992⁶.

9. Unlike the newly-independent Namibia, Botswana was obviously aware that there had been a dispute between Botswana and South Africa over the ownership of Kasikili Island. As long as the South African Defence Force (SADF) was in Namibia, Botswana did nothing to upset the status

³*Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 554.

⁴MN, Vol. I, paras. 191-194.

⁵MN, Vol. I, paras. 320-322.

⁶These matters are discussed more fully in MN, Vol. I, paras. 285-286; CMN, Vol. I, paras. 270-279.

quo in relation to Kasikili Island. Towards the end of 1989, the SADF withdrew from Namibia (including Kasikili Island) as part of the United Nations-sponsored independence process in terms of the United Nations Security Council resolution 435⁷. In spite of its knowledge of the actual status of Kasikili Island, Botswana dispatched a contingent of Botswana Defence Force (BDF) soldiers to occupy Kasikili Island and hoisted its national flag over the Island in 1991. Botswana took this action without any discussion or consultation with the government of newly-independent Namibia. The action therefore constituted aggression and a unilateral use of force to change the status quo. It was in contravention of international law, the United Nations Charter, the 1964 OAU resolution on colonial boundaries, established diplomatic procedures, and Botswana's own professed foreign policy objectives.

10. Namibia has maintained friendly relations with all its neighbours since attaining independence. In July 1990, soon after our independence, His Excellency President Sir Ketumile Quett Masire, the then President of the Republic of Botswana, was the first Head of State to be invited to Namibia to pay a State visit. President Masire was also the first dignitary to receive the honour of the Freedom of the City of Windhoek (capital of Namibia) in acknowledgment of the friendly and co-operative relations between the two countries. On 26 July 1990 during the State visit of President Masire, three agreements were signed between Namibia and Botswana: namely, the Protocol of Understanding on Defence and Security; an Agreement to create a Namibia-Botswana Joint Commission of Co-operation; and an Agreement on Cultural and Educational Co-operation. The President of Namibia, His Excellency President Sam Nujoma, at the invitation of his counterpart, paid a reciprocal State visit to Botswana in September 1990.

11. Namibia has emphasized its constitutional commitment to peace and security and the resolution of disputes by peaceful means. The Defence and Security Protocol to which I have referred is a further reflection of this commitment. As such, it is entirely appropriate to discuss the most recent developments in the Kasikili Island dispute with reference to this agreement, to which

⁷United Nations Security Council resolution 435 (1978).

Botswana is a party. The Protocol of Understanding underscores, *inter alia*, the following three main objectives: the need to further strengthen and consolidate the existing excellent relations between the two Republics; the need to maintain lasting peace and security between the two countries; and the need to promote effective liaison at all levels in the fields of peace and security.

12. In terms of the provisions contained in the Protocol of Understanding I have referred to, the two Governments established the Namibia-Botswana Joint Commission on Defence and Security. The Commission held its first meeting in Windhoek on 15 November 1990. They agreed to pay attention to the following problems, *inter alia*, poaching, implementation of joint mechanisms aimed at eradicating criminal activities along the common border, free access to common rivers, and the avoidance of cross-border shooting incidents.

13. Another plenary meeting of the Joint Commission was held from 8 to 10 November 1991 in Maun, Botswana.

14. During these activities and events, no mention of Kasikili Island had been made to Namibia by the Botswana Government either in the reciprocal State visits I have referred to or by invoking the machinery of the Joint Commission on Defence and Security.

15. The Government of Namibia subscribes to the principle that boundaries are established on the basis of agreement between two neighbouring countries, and not on the basis of unilateral pronouncements or acts. Moreover, as a general principle of international law, when two countries establish a boundary between themselves, a primary objective is to achieve certainty, stability and finality. Namibia believes that the status of Kasikili Island was determined on 1 July 1890 as confirmed by the subsequent conduct of the parties to the 1890 Anglo-German Treaty. Kasikili Island has always been regarded as part of Namibia and therefore Botswana should not disturb this state of affairs more than 100 years after the conclusion of the 1890 Anglo-German Treaty. Kasikili Island has always been regarded as part of Namibia and therefore should not disturb this state of affairs more than 100 years after the conclusion of the Anglo-German Treaty.

16. At the bilateral level Namibia demanded the immediate and unconditional withdrawal of BDF units from Kasikili Island. When this effort failed, it took regional initiative by requesting His Excellency President Robert Mugabe of Zimbabwe, then Chairperson of the Frontline States, to facilitate a dialogue between Namibia and Botswana regarding the Kasikili Island boundary dispute. Two early rounds of meetings took place in Gaborone, capital of Botswana, and in Arusha, Tanzania, where Their Excellencies President Sir Ketumile Quett Masire of Botswana and President Sam Nujoma of Namibia held consultations in the presence of President Mugabe.

17. Nevertheless Botswana continued to occupy Kasikili Island and fly its national flag over Namibian territory. Namibia, however, opted not to aggravate the situation in any way by word or by deed. Instead, it once again enlisted the good offices of His Excellency President Mugabe of Zimbabwe to arrange a further face-to-face meeting between President Nujoma and President Masire to make another attempt to settle the dispute peacefully, in accordance with international law. The result was the Kasane meeting of 24 May 1992 in Botswana.

18. The meetings that took place and the understandings that were reached by Their Excellencies, the President of Botswana, the President of Namibia and the President of Zimbabwe, are fully discussed in Namibia's Reply⁸. Suffice to mention that at their last meeting in Kasane, Their Excellencies issued a communiqué in which they agreed to set up a Joint Team of Technical Experts (JTTE), three each from Botswana and Namibia, to determine where the boundary lies in terms of the 1890 Anglo-German Treaty. After deliberations from 28 September 1993 to 21 August 1994, the JTTE reached a deadlock and recommended that the Parties resolve the dispute by peaceful means in accordance with the principles of international law. In Botswana's Counter-Memorial⁹, Botswana alleges that it was due to Namibia's "adversarial attitude" that the JTTE reached a deadlock. That is not so. In fact it was Namibia's desire to resolve the matter amicably and so it took the initiative which led to the establishment of the JTTE. Namibia

⁸RN, Vol. I, paras. 432-435.

⁹RN, Vol. I, para. 129.

participated in the work of the JTTE in good faith with a view to reaching an amicable settlement. The Final Report made jointly by Botswana and Namibia makes no mention of such unsubstantiated and unfounded allegation¹⁰. The failure of the parties' political attempt to resolve the dispute led to the acceptance of the JTTE recommendation and the bringing of the present proceedings before this Court.

19. In terms of the Special Agreement filed with the Court:

"The Court is asked to determine, on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 and the rules and principles of international law, the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the island."

III. Harassment and killing of Namibians by the Botswana Defence Force (BDF) in the disputed area

20. One of the greatest problems experienced along the common border of the Parties is poaching. It is for this reason, particularly with Botswana, that inter-governmental committees have been established to address these common problems. I must state that Namibia does not in any way condone poaching by its citizens within Namibia, as well as in neighbouring countries, including Botswana. While Botswana appears to have adopted a shoot-to-kill policy of Namibians suspected of poaching in Botswana, Namibia's policy is to arrest Botswana nationals suspected of poaching in Namibia's game parks, especially those along the common border, and bring them to justice¹¹.

21. Instead of using bilateral mechanisms established to avoid cross-border shooting incidents, BDF units deployed along the common border do not only shoot at alleged poachers. They have also shot and killed many innocent Namibians who fish or use the resources of the river along the common border. One case in point is a 14-year old child called Tetuka who was killed in 1991 while fishing with three friends aged 5, 8, and 11 along the border at a place called Lizauli, near Linyanti along the Chobe river. At times, BDF soldiers have confiscated fishing nets belonging to

¹⁰MN, Vol. V, Ann. 113.

¹¹RN, Vol. III, Ann. 10.

local Namibian fishermen fishing along the common border, in particular in the vicinity of Kasikili Island. With the BDF occupation of the Island, the people are prevented from carrying out economic activities on and around the Island¹².

22. Indeed, the hostile acts of the BDF have extended to these proceedings. During a visit to the area by a team of Namibian Department of Water Affairs personnel, led by Professor Alexander in April 1998, the team was harassed not once but four times by BDF units. On one such occasion a flare was fired at the team's helicopter when they were flying over the Linyanti Swamps¹³. Most of the team members representing Namibia in this case experienced the behaviour of the BDF. In August 1996, the team visited Kasikili Island to have firsthand view of the disputed area. Armed BDF soldiers followed their boats throughout when navigating both the southern and the northern channels. All these incidents took place notwithstanding the fact that, on both occasions, the Botswana Government was informed of the visits through diplomatic channels which Botswana expressly acknowledged.

23. The unilateral occupation of Kasikili Island by armed BDF units has continued to this day¹⁴. It has brought about all manner of hardships, physical injuries, death and violent harassment to many Namibians, men, women and children, who live in the Kasika district of the Caprivi within which Kasikili Island is located. The evidence of violence is well documented as appears in Namibia's Memorial¹⁵. As the late Chief Masubia Moraliswani stated during the JTTE proceedings, "The economic activities had been stopped because of the shooting and killing of my subjects by the Botswana Defence Forces¹⁶".

¹²MN, Vol. II, Ann. 1 p. 22, last para.

¹³RN, Vol. II, paras. 638-642.

¹⁴CMN, Vol. II, Ann. 10.

¹⁵For example, MN, Vol. II, pp. 22, 32, 33-34, 120-121, 143, and 221.

¹⁶MN, Vol. III, Presentation by Munitenge Moraliswani II.

24. Botswana's assertion that there is peace at the border area trivializes the seriousness of the actions of the BDF against Namibians in the disputed area¹⁷. The suffering of the Caprivians at the hands of the BDF is real and serious. As the African proverb says, "it is the one who lies by a fire who can feel how hot it is". Botswana cannot therefore dismiss these well-documented violent incidents with simplistic abandon.

25. Botswana's present behaviour and conduct should be put in its proper historical perspective. In this connection, Namibia wishes to bring to the attention of this Court Botswana's long-standing territorial ambitions over the entire Caprivi Strip. As long ago as 9 September 1965, according to the *Rand Daily Mail*¹⁸, Dr. Ketumile Quett Masire, then Deputy Prime Minister of Bechuanaland Protectorate, made a speech in which he said, "Bechuanaland wanted the whole of the Caprivi Strip under its jurisdiction." This is not surprising. On 22 November 1963 the Legislative Council of the Bechuanaland Protectorate debated a motion moved by one Mr. Tsheko for the incorporation of the Caprivi Strip into Botswana¹⁹. Dr. Masire, who was then a member of the Legislative Council, unreservedly supported the motion. Referring to the claim over the Caprivi Strip, which includes Kasikili Island, he said —

"Here at any rate we have a territory which is wrongly occupied and which is so vital to our economy and which is so vital to our defence. I think it is only meet and proper that we press on Government to do something about this Caprivi Strip . . . I therefore unreservedly support the hon. Mr. Tsheko."

It is noteworthy to point out that in 1991 when the BDF occupied the Kasikili Island, Dr. Masire was President of Botswana.

26. The mover of the motion, Mr. Tsheko, said:

"If we do not do this while the British are here we will be in the position existing in other African states . . . I do not wish to withdraw this motion. I would

¹⁷RB, Vol. I, para. 5.

¹⁸See *Rand Daily Mail*, South Africa, 9 September 1965, Reply, Ann. 37.

¹⁹Bechuanaland Protectorate, Legislative Council, Official Report (Hansard 9) Third Session, First Meeting: Sitting from 18 to 25 November 1963, pp. 123-128.

like to leave it as it is even though it is defeated, so that in future when the British are no more here we might continue the claim."

27. The position of the British colonial authorities during the debate was that the Caprivi Strip was part of Namibia in terms of the 1890 Anglo-German Treaty.

28. The British left in 1966. The South Africans left in 1989. Namibia became independent in 1990. Botswana occupied Kasikili Island in 1991.

IV. Prevention of development of economic activities of local communities due to boundary disputes and BDF presence

29. One of Namibia's most important programmes aimed at alleviating poverty in rural areas is the introduction of Communal Area Conservancy Programme. The programme has been described by the World Wildlife Fund (WWF) as one of the most innovative wildlife and natural resource management programmes in Africa, if not the world. For this initiative, the President of Namibia and the Namibian people were presented with the world's most prestigious environmental award — the Gift to the Earth Award of the WWF. The programme aims at giving subsistence farmers in communal areas the right to own and manage wildlife and natural resources in the conservancy areas. In order to succeed, the Government is working in partnership with various local and international non-governmental organizations (NGOs), the private sector and local communities.

30. The programme also covers the Caprivi Region which is a popular destination for tourists. The Caprivi provides links to tourist attractions elsewhere in Namibia, Botswana, Zambia and Zimbabwe. Tourism to Caprivi has a potential to generate substantial earnings for Namibia once it is fully developed. Unfortunately, its development is dependent on resolving boundary disputes between Namibia and Botswana along the Chobe River.

31. The wild animals and fish resources in Caprivi are of substantial value to the Masubia people. Firstly, they provide them with food. Secondly, tourism depends largely on wildlife. Thirdly, many species of wildlife present in Caprivi have great conservation value because they are

found nowhere else in Namibia. Some of these species need both national and international conservation efforts. Finally, animals are an integral part of the natural environment of Caprivi's heritage. The people of Caprivi have depended on them for generations. Fish, from the Zambezi and Chobe rivers, for example, has provided food and income to the Masubia people for generations. At the moment fishing, too, has been severely hampered by the boundary disputes between Namibia and Botswana along the Chobe River.

32. The Namibian Government hopes that once this dispute is resolved, the incomes and welfare of the rural communities in Caprivi will improve as they gain employment in expanded tourism and supporting sectors. The people would have access to a bigger market for the sale of crafts and other items and provision of services. An expanded tourism sector would enhance the value of conservation areas and those surrounding them.

33. In the Eastern Caprivi, including Kasikili Island, the economic activity that will greatly benefit the local community is tourism. Contrary to Botswana's denial²⁰, Namibia has amply demonstrated in its written Pleadings that substantially all of the tourist traffic on the Chobe River in the vicinity of Kasikili Island uses the southern channel²¹. Unfortunately, development of the tourist industry in the Kasika district is greatly hampered because armed BDF personnel do not permit tourist boats from Namibia to travel through the southern channel. This is the only channel from which game can easily be viewed²².

34. Another element of this programme involves the development of conservancies, which are managed by, and are for the benefit of, local communities. Within the Masubia area, two conservancies were to be established. The first is at Salambala in the Masubia communal area. This conservancy has already produced positive economic results for the community. A second

²⁰RB, Vol. 1, November 1998, paras. 3-7.

²¹CMN, Vol. I, para. 79; and RN, Vol. I, paras. 110-112, and Vol. II, Professor Alexander's 2nd Supplementary Report, para. 8.

²²RN, Volume II, Professor Alexander's 2nd Supplementary Report, para. 8.3.

conservancy to cover communities of Ngoma, Kasika (including the Kasikili Island) and Impalila has been held over because of the Kasikili Island boundary dispute. Botswana's unilateral military occupation of Kasikili Island has, therefore, thrown out of gear a comprehensive rural development programme initiated by the Namibian Government for the benefit of rural communities after independence.

35. If the boundary were to be redrawn along the northern channel, Namibia would entirely be denied access to the southern channel of the Chobe River which properly serves the regional economic needs of both Parties. If the boundary remains to the southern channel, it will provide a just and equitable access to the resources of the regional economy which is, undoubtedly, ecotourism.

V. Conclusion

36. On our part, we believe that no Namibian — man, woman or child, black or white — should be deprived of peace. No Namibian child — boy or girl — should be subjected to war conditions. Peace and stability in Africa and the world over should be maintained so that we can focus our energies on economic and social development for the benefit of all the peoples of Africa and human-kind. Namibia's energies in our two-year membership of the United Nations Security Council and our Foreign Minister's presidency of the United Nations General Assembly will focus on these noble objectives. It is because of Namibia's commitment to international peace and security that it has exercised maximum restraint in the boundary disputes with Botswana along the Chobe River in general and Kasikili Island in particular.

37. From what I have said, it can be seen that Namibia has followed the letter and spirit of its foreign policy which is based on the following principles: (a) promoting international peace, co-operation and security; (b) creating and maintaining just and mutually beneficial relations among nations; (c) fostering respect for international law and treaty obligations; and (d) encouraging settlement of international disputes by peaceful means.

38. Mr. President, allow me to convey to this honourable Court a message from the present Masubia Chief of the Caprivi, Chief Liswani III, and the Traditional Authority of the Masubia community. It reads as follows:

"On behalf of the Masubia people of the Caprivi, we greet you in the name of peace, justice and fairness. We are one of the indigenous peoples in a young country called Namibia. For centuries Kasikili Island has been our ancestral land. It has provided the Masubia who live at Kasika district of Namibia a livelihood. Even the German, British, and South African colonial authorities were aware of this fact. The Masubia of Kasika district depend on subsistence economy. To the Masubia of Kasika, Kasikili Island was their bank account. It was their capital. It was their stock exchange, however small. The occupation of Kasikili Island by the Botswana Defence Force in 1991 has denied the Masubia of Kasika district their ancestral land. They cannot eke out a living. They are put in a cul-de-sac. The Island belongs to our ancestors. It is the burial ground of some of our ancestors. We want them to remain with us. We inherited the Island from them. We want future generations to inherit it from us. Our request is for your Court to be an apostle of justice, peace and fairness, as your Court's name means. May God bless you, Mr. President and all the judges of your Court."

39. Mr. President, I will conclude by stating that it is not Namibia's position that Kasikili Island should just be handed over to Namibia. Namibia's position is that Kasikili Island lies within and has always been a part of the territory of Namibia in terms of the 1890 Anglo-German Treaty, as can be gathered from my statement, the written pleadings and submissions to be made by Namibia's counsel and experts.

40. Mr. President, it is now my pleasure to introduce counsel and advocates who will be putting the case of Namibia to the Court. Professor Chayes will follow me next and set forth the main lines of Namibia's affirmative case. Professor Delbrück will deal with the textual interpretation of the Anglo-German Treaty. Tomorrow morning we will present a short video to introduce you to the region. Then Professor Alexander will analyse the hydrology of the Chobe River at Kasikili Island. Professor Alexander will be followed by Professor Richards who will examine the geomorphology of the Eastern Caprivi. Professor Chayes will thereafter deal with the legal analysis of the scientific evidence. On Wednesday, Dr. Hangula will then make a brief introduction of the Masubia community of the Caprivi. He will be followed by Professor Faundez who will deal with subsequent practice under the Treaty. Colonel Rushworth will discuss map

evidence. Thereafter, I will deal with the legal aspects of the map evidence. On Thursday, Professor Cot will then discuss prescription and acquiescence. Finally, Professor Cot and Professor Chayes will present Namibia's closing arguments.

Mr. President, this concludes my statement. I thank you. May I now ask you to call upon Professor Abraham Chayes.

The PRESIDENT: Thank you, Dr. Kawana. The Court greatly regrets the absence of Sir Elihu Lauterpacht and joins in trusting that his recovery will continue to progress. Professor Chayes.

Mr. CHAYES:

2. OPENING OVERVIEW OF NAMIBIA'S AFFIRMATIVE CASE

May it please the Court.

1. Mr. President, Members of the Court, it is, as always, an honour, a privilege and a distinct pleasure to appear before you. This time, I am conscious of an especially heavy responsibility in opening the substantive presentation of the case for the Government of Namibia. As the Agent of Namibia has already said, Sir Elihu Lauterpacht, one of the brightest ornaments of the Bar of this Court, has been a senior member of the Namibian team from the beginning. Before his illness, it was contemplated that he would take a substantial portion of the opening argument. Unfortunately, he is unable to do so, and it has fallen to me to take his place. His are very large shoes to fill. Sir Elihu was able, just before entering the hospital, to prepare notes and a sketch of his intended remarks. I am glad to have been able to draw on them in preparing this pleading. He, of course, is absolved from any responsibility for errors, omissions or other defects.

2. Mr. President, American lawyers are admonished to avoid referring to the United States Supreme Court or its jurisprudence when appearing before this Court — perhaps because it may be thought to indicate some question about which court is really supreme. I have no doubt that this

is good advice. But I have regularly failed to follow it — and, with the Court's indulgence, I propose to do so again.

3. One of the earliest of the great cases in the United States Supreme Court was the *Dartmouth College* case²³. In that case, the issue was whether the legislature of New Hampshire could abrogate the charter it had granted to Dartmouth, an institution in Hanover, New Hampshire, devoted in good part to the education of native Americans. Dartmouth was defended by Daniel Webster, then a Senator from Massachusetts, later to be Secretary of State, and altogether one of the major American political figures of the first half of the 19th century. He was also an outstanding lawyer at the Bar of the Supreme Court. And he was an alumnus of Dartmouth. He opened his speech to the Court with the words: "It is a small college, but there are those who love it."

4. From which we may conclude that small places do not necessarily make small cases. And, perhaps more important, the size of the place does not measure its meaning to those who may be affected by the judgment.

5. So — Kasikili Island is a small island, about three-and-a-half square kilometres in extent. It is located in a remote area at the extreme eastern tip of the Caprivi Strip. Save for the Botswana troops Dr. Kawana has mentioned, it is uninhabited, and has been for some years. It is in substantial part under water for almost half of each year. But there are those who love it — and who depend on it.

* * *

6. As you have heard already, the question submitted to the Court asks the Court "to determine, on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 and the rules and principles of

²³4 Wheat. 519 (819).

international law, the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the island"²⁴.

7. The Court is thus directed in the first instance to the 1890 Treaty. Article III defines "the sphere of influence in which influence is reserved to" the respective parties in South-West Africa. (For the convenience of the Court, the text of the relevant article in English and German is reproduced at No. 1.5 of the judges' file.)

8. The operative words for purposes of this case are to be found in Article III (2):

"the . . . line . . . runs eastward along that parallel [that's the 18th parallel of south latitude] till it reaches the Chobe River; and descends the centre of the main channel of that river to the junction with the Zambezi, where it terminates".

9. The Court is thus asked, *first*, to identify the main channel of the Chobe River at Kasikili Island and, *second*, to determine where the centre of that channel is. The structure of the German text is identical. It defines the boundary as *im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*. The Court must first identify the *Hauptlauf*, and then decide where in that *Hauptlauf* the Thalweg lies.

I. Identification of the centre of the main channel of the Chobe River

10. At the very outset, I want to state clearly to the Court what Namibia's position on these issues is (No. 1.4). Kasikili Island as you see is in the centre, a little bit to the right of that slot. The main channel of the Chobe River at Kasikili Island is marked on the photograph on the screen, which also appears at No. 1.4 in the judges' file . This photograph is one of the very few taken of the vicinity of the Island when substantial water is flowing in the Chobe River. Beginning somewhat to the west of the Island, where there is no dispute about the main channel, you will see that the river occupies a broad expanse between two well-defined banks, with a number of sand bars in between, running roughly parallel to the direction of the flow.

²⁴Special Agreement between the Government of the Republic of Botswana and Republic of Namibia, 15 February 1996.

11. Following on downstream, we see the main channel at Kasikili Island. This broad channel, from its right bank here to the left bank is the main channel. In the language of Namibia's submissions, it "lies to the south of Kasikili/Sedudu Island²⁵." It is an extension of the channel to the west that we have just been examining. It runs in the same direction as that channel and is about the same width, until it reaches the trough to the south of the Island. And it contains similar sand bars parallel to the direction of the flow.

12. The right bank of the main channel continues from the west, along the entire length of the Island and beyond. It is marked by a line of trees along the bank, as is characteristic of rivers in the semi-arid parts of Africa. Indeed, we shall see tomorrow in the video Namibia has prepared, that this well-defined, tree-lined bank is a noticeable feature of the Chobe River from the point at which it meets the Linyandi Ridge some 150 kilometres upstream.

13. The left bank of the main channel is defined by a stretch of high ground running generally in an east-west direction. The Botswana Defence Force have chosen this location for their watch tower and barracks. Presumably they did so because, as the highest ground in the area, it provides some protection from inundation during periods of high water.

14. I come now to a point of fundamental importance: in determining the main channel within the meaning of the Treaty, the Court is not required to make an either/or choice between the channel to the north of the Island and the channel to the south as they appear on the many photographs and maps based on them in evidence in this case. Those photographs were taken during the dry season, when there is substantially no flow in the Chobe River at Kasikili Island. When there *is* flow, it is visually obvious on this slide that neither of these narrow channels is large enough to handle the volume of water coming down the broad channel to the west of the Island.

15. The channel to the north of the Island, as Professor Richards will show tomorrow, is a cut-off meander, no longer a fully active channel. Just to the north and west is the spur channel, an inactive channel silted up at its upstream end. The channel, to the south, marks the deepest part

²⁵MN, Submissions, p. 141; CMN Submissions, p. 88; RN Submissions, p. 197.

of the main channel as it flows to the south of the Island. That is, it is the thalweg channel of the main channel. The "thalweg" or "centre" of the main channel — to use the words of the Treaty — is the line of deepest soundings within this channel. That line is the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili Island. It corresponds, as we shall see on Wednesday morning, with the placement of the boundary on the vast majority of the maps that are before the Court.

16. In the next four days, Namibia will show that all the considerations relevant in answering the question before the Court converge to confirm the definition of the centre of the main channel just given.

17. Today, I will present an overview of these critical factors:

- (i) linguistic analysis of the text of the Treaty and the preparatory work;
- (ii) the subsequent practice of the parties evidencing their agreement that under the Treaty Kasikili Island belongs to Namibia;
- (iii) the maps issued by states and organizations having political authority in the area before the independence of Namibia and Botswana showing the uniform attribution of the Island to Namibia;
- (iv) an analysis of the hydrology and geomorphology of the area, which demonstrates that, when there is substantial flow in the Chobe River in the vicinity of the Island, the largest proportion goes in the channel to the south of the Island;
- (v) the economic use of the river which is largely confined to tourist traffic to the south of the Island, so that equitable access to the resources of the river dictate that the boundary be drawn in the southern channel;
- (vi) finally, the continuous use and occupation of the Island by the Masubia of the Eastern Caprivi and their colonial rulers, without any objection or protest from Botswana or its predecessors in title establishes a claim of sovereignty over the Island by prescription in favour of Namibia.

II. The geography of the area

18. Before addressing these questions, however, it will perhaps be helpful to give the Court a short tour of the geography of the area involved in this case. Along the way, I will point out some of the other features and place names that will figure in the discussion.

19. No. 1.6 in the judges' file is an outline map of Namibia. It shows its location in southern Africa. The Caprivi Strip, which is the general area of concern in this case, is the long finger extending to the east in the northeast corner of the country.

20. On the screen now, is a larger scale map of the Caprivi Strip (No. 1.7 in your file). The boundary as defined in the Treaty follows the 18th parallel of south latitude until it reaches the River Chobe. It descends the centre of the main channel of that river until it reaches the Linyanti Ridge. The river then flows north-eastward through the Linyanti Swamp to Lake Liambezi. Namibia is to the north of the river; Botswana to the south. Fifty kilometres further downstream is Ngoma Bridge.

21. We descend the line of the river till we reach Serondela. Above this point, during the dry season, the riverbed is ordinarily almost completely dry. Another 15 kilometres downstream is Kasikili Island. Kasika is a village in Namibia just north of the Island. To the south of the Island in Botswana is the Chobe National Park — world famous. Its headquarters are here. A kilometre or so below the Island, on the Botswana side is Kasane. A British administrative headquarters staffed by a District Commissioner was located here and was taken over by Botswana when it became independent. Here are the Mambova Rapids, just before the junction with the Zambezi River, where, according to the Treaty, the boundary terminates.

III. Summary of the Argument

22. I turn now to a summary presentation of Namibia's legal argument.

1. The Treaty Text

23. The fundamental principle of treaty interpretation, embodied in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, is that the treaty is to be interpreted in accordance with the ordinary meaning of its terms. As the Court said in the *Libya/Chad* case, its most recent case involving a boundary treaty, "Interpretation must be based above all upon the text of the treaty."²⁶ All this is elementary treaty law.

24. In Namibia's submission, the text of the 1890 Treaty is plain. It places the boundary in "the centre of the main channel" of the Chobe River, or in German, "*im Thalweg des Hauptlaufes*". As I said earlier, the words expressly require a two-step process: first identify the main channel (or *Hauptlauf*). Then determine "the centre" or thalweg of that channel.

25. This would seem too clear for argument. Botswana, however, maintains that the boundary established by the treaty is the thalweg of the river. This, it argues, is the navigational channel. As such, Botswana avers further, it is necessarily the deepest channel in the river. The northern channel is, on average, deeper than the southern. Ergo the boundary lies therein. Botswana bases its position on a so-called "thalweg principle". This is said to be a rule of customary international law prescribing that where a river forms the boundary between two states, the boundary line is located in the thalweg of the river, or the deepest channel at least in the absence of a clear expression to the contrary. In confirmation, Botswana points to the use of the word "thalweg" in the German text of the Treaty.

26. Every step in this argument is faulty as a matter of law or logic or both.

27. First, as Namibia has demonstrated in its written pleadings, there was no such "thalweg principle" in international law when the Treaty was concluded²⁷.

28. Second, if the navigable channel is to form the boundary, there is no warrant for the criterion of average depth. It is the point of minimum depth in a channel that determines

²⁶*I.C.J. Reports 1994*, p. 22, para. 41.

²⁷CMN, paras. 54-58; RN, paras. 15, 18, 115-117.

navigability, since a vessel in the river must clear that point if it is to navigate. As to the point of minimum depth, there is little to choose between the channels at Kasikili Island.

29. Third, as the Permanent Court said in the *Mosul* case, "the very nature of a frontier and of any convention designed to establish frontiers between two countries imports that the frontier must constitute a definite boundary throughout its length"²⁸. But, as will presently appear, the Chobe River is not navigable "throughout its length". Indeed it is dry for much of its length for most of the time. Thus any principle of boundary delimitation depending upon a navigable channel is incapable of providing "a definite boundary throughout the length [of the Chobe River]".

30. But the most important objection to Botswana's approach is that it disregards the words of the 1890 Treaty. In fact, Botswana says expressly in its Counter-Memorial that the words "the main channel" in the English text have no independent meaning, and that therefore *des Hauptlaufes* in the German text must be disregarded²⁹.

31. There is no need to tell the Court that to disregard the words of the text in this way runs directly contrary to the most elementary principles of the law of treaty interpretation. A tribunal may not ignore the words that were actually used and substitute others that one of the parties would prefer. Again it may be appropriate to refer to the Court's opinion in the *Libya/Chad* case: "[the Court] is bound to apply this clause as it stands, without considering whether other provisions might with advantage have been added to or substituted for it"³⁰. There is no difficulty in giving meaning to the critical words. In a river with more than one channel, each channel has its own thalweg. Therefore, the treaty provision requiring a prior determination of the main channel can be applied straightforwardly in accordance with the ordinary meaning of the term.

²⁸Advisory Opinion of the Permanent Court of International Justice in the *Mosul* case, *P.C.I.J., Series B, No. 12*, p. 20.

²⁹CMB, paras. 196, 197.

³⁰*I.C.J. Reports 1994*, para. 51, quoting the Advisory Opinion of the Permanent Court of International Justice on *The Acquisition of Polish Nationality*, *P.C.I.J., Series B, No. 7*, p. 20.

32. In the present case, in the light of the evolution of the treaty text during the course of the negotiations in 1890, it would be especially wrong to disregard the expressions "of the main channel" and "*Hauptlauf*". In the earlier drafts, the boundary line was simply described as "the centre of the river Tschobi". The German translation of this phrase was "*längs dem Tschobifluss*". Only at a very late stage in the negotiations, a week before the treaty was signed, were the words "of the main channel" inserted. This was done at the request of the British Government and in the English language. Thereafter, the German text was altered from its original form to read "*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*"³¹. Thus the words that Botswana says should not be given independent meaning — "the main channel" in English text and "*des Hauptlaufes*" in German — are the very words that the parties deliberately and expressly added to the text at the last stage of negotiations. To ignore them would be wholly unwarranted.

33. Very well then. If the Court must give full significance to the phrase "the main channel" or "*Hauptlauf*", how should it go about this? To what sources or materials or criteria can it look to ascertain the meaning of this phrase? The text itself gives no clue. Recourse must be had to the traditional canons of treaty interpretation. They all lead to the conclusion that the main channel is the one I described at the outset of my pleading, and its centre lies in the southern channel:

34. First and foremost there is the practice of the parties under the treaty, evidencing their agreement that Kasikili Island is a part of Namibian territory.

35. Second, an element of this subsequent practice — of particular significance in this case — is the substantially uniform cartographic record placing the boundary in the southern channel.

36. Third, the ordinary meaning conveyed by the words "the main channel" is the one through which most of the water flows. Scientific and legal authorities confirm this criterion. In the present case, at times when there is a substantial downstream flow of water in the Chobe River past Kasikili

³¹See MN, paras. 104-107 and CMN, paras. 51-53, including especially fn. 55, for a fuller treatment of this point.

Island, the majority of it flows to the south of the Island through the main channel as shown in the first slide and in the photograph at No. 1.4 in the judges' file.

37. Fourth, again, in ordinary usage, "the main channel" is "the channel that is most used". The commercial traffic in the Chobe River at Kasikili Island is essentially tourist traffic. Substantially all of it takes place in the channel to the south of the Island. Only a boundary in that channel gives both States equal access to the navigational resources of the river. Again, the legal authorities emphasize the importance of equal access to the resources of the river in establishing riverine boundaries.

38. I shall comment briefly on each of these elements bearing on the interpretation of the phrase "the centre of the main channel" of the Chobe River.

2. The subsequent practice of the Parties

39. As the Court is well aware, Article 31 (3) (b) of the Vienna Convention provides that in interpreting a treaty, there shall be taken into account "any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation".

40. Botswana argues that the specific agreement of both parties is required to establish a practice under Article 31 (3) (b). This is contradicted by the terms of the Convention itself. Article 31 (3) (a) deals with "subsequent agreements between the parties regarding the interpretation of the treaty". So Article 31 (3) (b) must cover practice falling short of joint agreement or joint action. Indeed the Opinion of the Court of Arbitration in the *Beagle Channel* case expressly rejects the contention that subsequent conduct cannot have probative value in the interpretation of a treaty unless it is embodied in an agreement between the parties³².

41. What is the history of the Parties' actions in relation to Kasikili Island since the 1890 Treaty? How have they conducted themselves with respect to it? Who lived there? Who

³²52 *ILR*, p. 235.

exercised political authority and by what modalities? What claims have been made and how were they responded to?

42. As I said earlier, Kasikili Island is now uninhabited except for the BDF troops unlawfully deployed there. But for most of this century, the Masubia of the Eastern Caprivi lived on the Island and farmed its land. They remained on the Island during the dry season. During the periods when the Island was inundated, the inhabitants removed to the high ground at Kasika to wait for the waters to recede. To this day, as you will see in the video to be presented tomorrow, Masubia farmers leave their villages and fields during the annual inundation of the Zambezi flood plain and seek safety on higher ground.

43. More than 60 Masubia witnesses testified before the Joint Team of Technical Experts referred to by Dr. Kawana in his opening speech. A transcript of this testimony is included as Volumes II and III of the Namibian Memorial. It will be analysed on Wednesday morning by my colleague, Dr. Lazarus Hangula, a distinguished historian of Namibia and its boundaries. As you will see, these witnesses are unanimous in affirming that the Masubia of the Caprivi occupied the Island, to the exclusion of all others³³.

44. The eyewitness testimony is corroborated in official statements of both South African and British administrators in the area.

45. In 1912, Captain Eason, a British official stationed at Kazangula, made an exploratory expedition up the Chobe River. On Wednesday morning, Professor Faundez will discuss this expedition and the report filed by Captain Eason at greater length. In the present context, what is important is the following passage from his report: "Two miles above the rapids lies Kissikiri [*sic*] Island . . . The natives living at Kasika in German territory are at present growing crops on it"³⁴.

46. In 1948, 36 years later, a controversy arose between South Africa and the British authorities in Bechuanaland concerning the situation at Kasikili Island. The matter was resolved

³³The testimony is discussed at MN, paras. 196-208.

³⁴MN, Ann. 47.

in 1951 by an administrative arrangement between officials on the ground to revert to the *status quo ante*. In his presentation Wednesday morning, Professor Faundez will also discuss the general import of this episode in full detail. For present purposes, it is sufficient to note that the correspondence it generated reveals a remarkably clear-cut common understanding between administrative as well as political officials on both sides regarding the interpretation of the Treaty and the situation on the ground. All the officials involved — whether they were from South Africa or Bechuanaland, whether they were bureaucrats or officials bearing political responsibility — all of them proceeded on two factual premises:

- first, that from at least the early part of the century — as we will see it stretches much longer, much earlier — the Island had been occupied and used exclusively by the Masubia of the Caprivi, and
- second, — now I am quoting from a joint report during the incident — that "there was no evidence of the Island being made use of or claimed by Bechuanaland Tribesmen or Authorities or of any objection to the use thereof by Caprivi tribesmen having been made³⁵".

47. I stress the words: no evidence of the Island being used or claimed by Bechuanaland tribesmen or authorities and no objection made to their use by Caprivi tribesmen.

48. Political authority was traditionally exercised over the Masubia people by their chief and the *kuta*, the council of *indumas*, or local headmen. They acted as judges of disputes among the Masubia, and their decisions governed the allocation of land among the members of the group. During the period of colonial rule, the Europeans and later South Africa implemented their authority through these local institutions by what was known as "indirect rule". The method was originally developed by the British. It was copied by the first German Imperial Resident, Captain Kurt Streitwolf. His first official act when he came to the Eastern Caprivi in 1909 was to

³⁵MN, Ann. 60, para. 6.

oversee the appointment of a local notable, Chikamatondo, as chief of the Masubia, under Streitwolf's supervision³⁶.

49. As we know, the Masubia of Eastern Caprivi regarded Kasikili Island as part of their territory, and Chikamatondo was their chief. His jurisdiction thus extended to the Island. The names of chiefs or headmen were commonly given to the villages in which they resided. Chikamatondo's *induna* for this region was named Sulumbu, and Kasikili Island appears in early maps of the area as Sulumbu's Island. There is testimony that Chief Lisiwanyana — another chief of the Masubia — presided over his court on the Island. All these facts testify to the exercise of political authority on Kasikili Island by Masubia leaders who were themselves under the governance of German colonial rulers.

50. During World War I, Great Britain governed Kasikili Island as an occupying power, and thereafter, until 1929, as delegate of South Africa under the League of Nations mandate. During this period, the modalities of indirect rule continued, as was characteristic of all British colonial territories. But the British authorities maintained a strict formal separation between their activities as colonial ruler of Bechuanaland and as delegate of the mandatory power in the Caprivi Strip next door, and South Africa reimbursed their expenditures.

51. Trollope, the South African Resident Magistrate and Native Commissioner of the Eastern Caprivi from 1939 to 1953, clearly regarded the Island as within his area of responsibility. His stance in the episode that led to the Trollope-Dickinson arrangement in 1951 can be explained on no other basis. A successor Magistrate, C. E. Kruger, also exercised authority of the Island. For example, he authorized professional Masubia hunters to kill elephants that were destroying crops on the Island³⁷.

³⁶The episode is developed fully at MN, para. 228.

³⁷MN, Ann. 1, p. 24 (Testimony of S.M. Ntonda).

52. Throughout the South African period, legislation passed for the area defined the administrative authority of the Masubia chiefs. It also granted them jurisdiction over civil claims between Masubia and over minor criminal offences, subject to appeal to the Resident Magistrate³⁸.

53. Also throughout this whole period, the District Commissioners stationed at Kazungula, and later at Kasane, only a kilometre or two away from the Island, were fully cognizant of all the facts, and reported on them frequently to their superiors. Yet, with the one exception of the exchanges between Trollope and Dickinson that I have mentioned, there was complete silence from the Bechuanaland side of the border.

54. Even Botswana admits that at least until 1948, 60 years after the 1890 Treaty, neither Bechuanaland tribesmen nor Bechuanaland authorities had made any claim to the Island. In 1949, the High Commissioner for Bechuanaland acknowledged in a letter to the British Secretary of State for Commonwealth Relations that Kasikili Island "has hitherto been regarded as part of the Caprivi Zipfel, since maps show that the main channel passes to the south of the island"³⁹.

55. The international law to be applied to these facts is well-established. The judicial and arbitral precedents are at one in recognizing that very little by way of positive acts of exercise of jurisdiction is possible or required in "wild or remote areas". I would draw the Court's attention to the *Eastern Greenland* case⁴⁰, the *Isle of Palmas*⁴¹, and the *Rann of Kutch* arbitration⁴².

56. In his separate opinion in the case concerning the *Temple of Preah Vihear*, Judge Fitzmaurice said:

"It is an established principle of international law that, especially in wild or remote regions, comparatively few acts are necessary for [the upkeep of sovereignty] where the title does not primarily depend on the character or number of those acts

³⁸For example, MN, Ann. 101.

³⁹MN, Ann. 66.

⁴⁰*Legal Status of Eastern Greenland, P.C.I.J. Reports, Series A/B, No. 53 (1933), p. 46.*

⁴¹2 Hague Ct. Rep. 2d (Scott), pp. 126-127.

⁴²*RIAA.*, Vol. XVII.

themselves, but derives from a known and independent source, such as a treaty settlement"⁴³.

57. The Court should note again that, as against the continuous record of such acts by Germany and South Africa, there is a complete absence of any action from the Bechuanaland side of the river.

58. In the present context, *Isle of Palmas* is especially significant. You will recall that Dr. Max Huber, the sole arbitrator, said:

"It is the sum total of functions thus allotted either to the native authorities or to those of the colonial Power which decides the question whether at any certain period the conditions for the existence of sovereignty are fulfilled"⁴⁴.

A more explicit endorsement of the relevance of indirect rule in the establishment of sovereignty could scarcely be imagined.

59. In Namibia's submission, the factual record in this case is more than sufficient to show the exercise of jurisdiction and to evidence Namibia's understanding of the Treaty settlement. The situation, as I said, was fully known to the Bechuanaland authorities. By Botswana's own admission, they failed to make any claim or objection whatever until 1948. In Namibia's view, Botswana's passive silence extended into the 1980s. On either view, the practice revealed in the record evidences the agreement of the parties that the Anglo-German Treaty of 1890, properly interpreted, assigns Kasikili Island to Namibia.

Would the Court like to take a coffee break at this point?

The PRESIDENT: The Court will now suspend for 15 minutes.

The Court adjourned from 11.30 to 11.50 a.m.

⁴³*I.C.J. Reports 1962*, p. 64.

⁴⁴2 Hague Ct. Rep. 2d (Scott), p. 116.

The PRESIDENT: Please be seated. Professor Chayes.

Mr. CHAYES: Thank you Mr. President, Members of the Court. I now turn to the map evidence.

3. The map evidence

60. The Opinion in the *Beagle Channel* case suggests that map evidence is a special category of subsequent practice under Article 31 (3) (b) of the Vienna Convention. But under whatever rubric, the Court and other international tribunals have routinely consulted maps and relied on map evidence in determining boundaries and interpreting boundary treaties. The most prominent cases include *Minquiers and Ecrehos*, the *Temple* case, the *Frontier Dispute* case, the *Land, Island and Maritime Frontier Dispute*, the *Taba* case, and many others not to speak of the *Beagle Channel* itself⁴⁵.

"Maps published after the conclusion of the Treaty can throw light on what the intentions of the Parties in respect of it were, and, in general, on how it should be interpreted. But the particular value of such maps lies rather in the evidence they may afford as to the view which the one or the other party took at the time, or subsequently, concerning the settlement resulting from the Treaty . . ."⁴⁶

61. On Wednesday morning, Colonel Dennis Rushworth, formerly director of the Mapping and Charting Establishment of the British Ministry of Defence, will take you on a conducted tour of the cartographic history of the Caprivi Strip. As the Court will see, excluding maps published by the Parties to this case, 26 maps have been introduced in the pleadings that depict Kasikili Island. Of these, nine do not show the boundary at all, and are therefore of no assistance on that issue. Of the remaining 17, all but one clearly show Kasikili Island in Namibia. The sole exception

⁴⁵*Minquiers and Ecrehos*, I.C.J. Reports 1953; *Temple of Preah Vihear*, I.C.J. Reports 1962; *Sovereignty over Certain Frontier Lands*, I.C.J. Reports 1959; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)*, I.C.J. Reports 1992; *Taba case (Egypt/Israel)*, RIAA, Vol. 20; *Beagle Channel Arbitration*, 52 ILR.

⁴⁶52 ILR, p. 224.

has an over-printed dividing line in the northern channel, but as Colonel Rushworth will show this appears to be a guide for military operations, not a boundary symbol.

62. I will therefore spare you the complete account of the map evidence today. I do, however, wish to draw the Court's attention to four maps that Namibia believes should by themselves determine the issue in this case in its favour. They are the maps published and used by the parties to the 1890 Treaty and their successors in interest (excepting Botswana and Namibia, the Parties to this case). The official maps published and used by all of these entities attribute Kasikili Island to Namibia. I will mention them briefly, and they will be discussed more fully on Wednesday by Colonel Rushworth and Dr. Kawana.

63. Germany, the colonial ruler until 1915, produced the Seiner map, No. 1.8 in the judges' file (all these maps are in your file consecutively from 1.8 to 1.11). The map was published in 1909 and was used by Germany as the official map of the area during its tenure.

64. The United Kingdom was colonial ruler of Bechuanaland, Namibia's neighbour to the south of the river. In 1933, the British War Office produced GSGS 3915, a map of Bechuanaland that was in use until 1965. It is 1.9 in your file. The boundary symbol follows the bank of the southern channel, thus indicating that the boundary was to be found therein.

65. South Africa was mandatory power until 1966. Its principal map was South African Map TSO 400/558, No. 1.10 in your file. The map was published in 1949, but the work was done in the mid-1940s. The map shows the boundary in the river itself, and in the southern channel at Kasikili Island, unequivocally placing the Island in Namibia.

66. The United Nations exercised legal authority for Namibia, from 1966, when the mandate was terminated, until independence. United Nations Map No. 3158 (at 1.11 in your file) was part of the international effort to enhance the status and territorial integrity of Namibia while it was still under illegal South African control. The territory of Namibia is coloured brown, and so is Kasikili Island. The adjoining territory of Botswana is the sharply contrasting white of the paper on which the map is printed.

67. These four official maps cover substantially the entire century after the conclusion of the 1890 Treaty. They afford incontrovertible evidence "as to the view which the one or the other party took at the time, or subsequently, concerning the settlement resulting from the Treaty". I have just quoted the language from the *Beagle Channel* Opinion. This view is uniform and unbroken. It is that, under the Treaty, Kasikili Island is part of Namibia.

4. The main channel in terms of volume of flow

68. The ordinary meaning of the words "the main channel" is the channel that carries the largest proportion of the flow in the river. Both Botswana and Namibia have accepted this criterion in their written pleadings. The Botswana Counter-Memorial says: "The main channel is the channel which carries the greater amount of water"⁴⁷. Namibia's Counter-Memorial uses almost identical language: "The main channel of a river is the channel that carries the largest proportion of the annual flow of the river"⁴⁸.

69. The legal materials confirm this criterion. In the international case law, the *Palena* decision is the closest on its facts to the case before the Court. The issue before the Court of Arbitration in that case was to identify the "major channel" of a boundary river between Argentina and Chile. The Court stated "the three principal criteria to be applied in a problem of this kind are length, size of drainage area and discharge"⁴⁹. Here, the first two criteria are substantially identical for both channels, so only the third, "discharge", would be relevant.

70. The discussions of the criteria for river boundaries among 19th century international law publicists likewise stress this element of current or flow. To take only one example, Calvo says,

⁴⁷CMB, para. 385.

⁴⁸CMN, para. 157

⁴⁹38 *ILR*, p. 95.

"the middle of the current with the largest volume of water"⁵⁰. I will discuss these authors at greater length tomorrow in my summary of the scientific case⁵¹.

71. Let us turn, then, to the question of where the largest proportion of the flow of the Chobe River goes at Kasikili Island. To answer this question, we must first consider the more general pattern of flow in the river. Botswana says: "The Chobe River is an independent perennial river with continuous flow at all seasons of the year through the northern channel around Kasikili/Sedudu Island"⁵². In fact, Botswana repeats this statement that the Chobe is a perennial river, in one form or another, at least 13 times in its Counter-Memorial and twice again in its Reply. This is another of Botswana's unsupported and unsupportable assertions.

72. Botswana says that a perennial river is one "that never dries up". But for the last 15 years, the Chobe River has been completely dry from Linyanti village to below Lake Liambezi. And for half the year, it is dry all the way to Serondela. In the video tomorrow, you will see Professor Alexander's helicopter landed in the middle of the Chobe River bed above Lake Liambezi in March of last year. By no definition can the Chobe be regarded as a perennial river.

73. It follows from this that during the dry season, no water enters the Chobe River upstream of the Island. As a result, the water in both the southern and northern channels around Kasikili Island is essentially stagnant during the dry season. As Professor Richards will explain tomorrow, the northern channel is a cut-off meander in the process of slowly being silted up. To repeat, in the dry season there is no significant flow in either channel.

74. When does the Chobe flow in the area of the Island, and where does the water come from? In this satellite image (No. 1.12) — which may be the first time a satellite image has been presented to the Court — the area covered by the water appears in black; it is a false colour image.

⁵⁰*"Le milieu du courant du plus gros volume d'eau."*

⁵¹The references in this paragraph, as well as others, are discussed in detail at CMN, paras. 61-66.

⁵²CMB, para. 263.

The Zambezi runs along the top of the picture, and the Chobe is at the bottom. Every year in late March or April, the Zambezi River overflows its banks. As you will see in the video, the overbank flow proceeds across the floodplain until it reaches the bed of the Chobe River at the foot of the Chobe Ridge, along the reach between the Island and Ngoma Bridge. There it is diverted to the north and east toward Kasikili Island.

75. Where does this flow go? (No. 1.13) As we saw at the opening of my remarks, it approaches the Island through this broad channel to the west. As I said then, this flow is manifestly too large to be confined either within the banks of the northern channel or the thalweg channel to the south of the Island. It flows through the main channel. This path of the main channel is visible on all of the aerial photographs taken of the Island. (No. 1.14) On the screen is a selection beginning in 1943. The picture at lower right is a schematic depiction of the main channel. On all the other photographs the main channel is identified by red arrows. It has the same shape as the schematic depiction. The tree-lined right bank is apparent on all. The left bank appears particularly clearly on the 1998, 1997, 1981 and 1972 photographs. Of course, there is no water in the main channel in many of these photographs because they are taken in the dry season when there is no flow in the Chobe River.

76. Professor Alexander took flow measurements in the channels around Kasikili Island from 30 April to 2 May 1998. (No. 1.15) The measurements confirm the common-sense analysis I have just gone through. The flow in the main channel to the south of the Island was measured at site N2 on the slide. It was 247 cubic metres per second. In the northern channel at site N1 it was 188 cubic metres per second — about 60 per cent of the flow going through the southern channel.

77. Botswana has produced its own flow measurements, which, not surprisingly, purport to tell a different story. The measurements are recorded in the Tables in Appendix 2 at the back of Botswana's Reply. They are reproduced at No. 1.16 of your judges' file.

78. The first thing we should note is the velocities recorded in the dry season months — March to early April and August to December 1997; February to early March 1998.

The relevant entries are circled in red. You will see that the velocity of flow in metres per second varies from .014 to .051. That means between 1 and 5 centimetres per second. According to the manufacturer, these flow velocities are close to or beyond the extreme minimum limits of the metre's range, of .025 metres per second. There is thus considerable doubt about the reliability of these low velocity measurements. In any case, Namibia submits that the recorded velocities of 1 to 5 centimetres per second confirm that both channels are substantially stagnant during the dry season of the year. Tomorrow, the video and Professor Alexander will provide still further evidence to substantiate this proposition.

79. Comparative measurements during the high flow season are shown for only one period — May and early June, 1998. (The relevant measurements are circled in green on the second page of No. 1.16 in the judges' file.) These measurements show flows in the southern channel ranging from 104 to 132 cubic metres per second. In the northern channel, the range is 207 to 270 cubic metres per second, apparently almost double.

80. How are we to explain the discrepancy between Botswana's figures and Professor Alexander's? (No. 1.15) Botswana's measurements in the southern channel were taken at site B-2⁵³. They record the flow in the thalweg channel, not the main channel. At that point, the main channel has a much larger cross-section than the thalweg channel and a correspondingly much larger flow. Namibia took its measurement further downstream in the main channel, at site N-2. At that point, all the flow coming from upstream and flowing to the south of Kasikili Island is aggregated. Thus, Professor Alexander's measurement at this point — 247 cubic metres per second — is an accurate representation of the entire discharge through the main channel, not the smaller figure produced by Botswana.

81. Botswana's measurements in the northern channel are also suspect. Professor Alexander observed the site on his visit to the area in March 1998. It is shown on this slide as site B1 (No. 1.15). He concluded that this was an unsuitable site, because it is well within the entrance to

⁵³See also RB, p. 117.

the main channel. Thus, the flow measurement includes not only water flowing through the northern channel, but also an unknown volume that comes across the northern channel into the main channel to the south. It therefore substantially overstates the flow through the northern channel. Because of these inadequacies, Botswana's flow measurements should be disregarded.

82. I shall take but a moment to refer to the aerial photographs. Botswana places heavy reliance on these photographs. Botswana's pleadings contain 11 separate aerial photographs, and each of them is reproduced three or four times.

83. In the first place, it is obvious that it is impossible to see the flowing water or the depth of the river on these high altitude photographs. Botswana talks about the comparative width of the northern and southern channels, but no one, least of all Botswana, has suggested that the width of the channel by itself can tell anything about the volume of flow.

84. More importantly, all of these photographs, with the exception of those taken in June 1997 and April 1998 show the Island at times when there is no significant flow in either channel of the Chobe River. Thus, comparisons of the two channels as they appear on these photographs for indications of the relative flow are misplaced.

85. The June 1997 and 1998 photographs, however, give quite a different picture of the Island, because they were taken when there was significant flow in the river; they are the ones I have used to illustrate the course of the main channel. The southern channel, let me repeat, as it appears in the dry-season photographs is the thalweg channel of the main channel, as Professors Alexander and Richards will demonstrate tomorrow. As I have said, that is where the boundary between Namibia and Botswana lies.

86. For all these reasons, the Court need not trouble itself with Botswana's extended discussion of the aerial photographs.

87. The evidence shows that when water is flowing in the Chobe River, most of it goes through the channel indicated on this slide (No. 1.17). According to the ordinary meaning of the words and the technical criterion accepted by both Parties, the main channel is the channel that

carries the largest proportion of the flow. Thus the indicated channel is the main channel of the Chobe River at Kasikili Island.

5. The main channel now in terms of the uses of the river

88. In common usage, the words "the main channel" of a river also connote the channel that is most used for river traffic. Scholarly and judicial discussion of riverine boundaries also emphasizes this element. The debate over the thalweg concept, for example, was not concerned primarily with the abstract notion of the deepest channel. On the contrary, to quote Bonfils, what counts is "*[le] chenal suivi par les bateaux descendant le fleuve*". Or, according to Hyde, "the principal artery of commerce". Again, I will defer a more extended discussion of the sources until tomorrow⁵⁴. The main point is that these writers are not talking about some abstract, platonic ideal of navigability, but about actual boats carrying actual commercial traffic on actual rivers.

89. Moreover, since Vattel⁵⁵, all the international law principles applied to riverine boundaries have been centrally concerned to ensure the equal access of the boundary States to the navigational resources of the river. As the Court knows, the judgments of the United States Supreme Court in disputes over river boundaries between States of the United States have been widely cited by international law tribunals and publicists. One of them, written by Justice Benjamin Cardozo, one of America's most distinguished jurists, admirably captures this aspect of equal access. If the Court will allow one more reference to a US Supreme Court opinion, I will read his words:

"The underlying rationale of the doctrine of the thalweg is one of equality and justice . . . Unless prescription or convention has entrenched another rule, we are to utilize the formula that will make equality prevail⁵⁶."

⁵⁴The references are analysed in detail at CMN, paras. 67-70.

⁵⁵*Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle*, livre I, p. 234.

⁵⁶*New Jersey v. Delaware*, 291 U. S. 361, 380 (1934).

90. Botswana itself asserts that one of the objects and purposes of the Treaty was "to affirm the rights of navigation of the two self-appointed riparian States in respect of the Chobe"⁵⁷. In addition Botswana insists that navigability is not an abstract property of a river, but must be judged "in relation to the needs of the regional economy"⁵⁸.

91. What are the facts as to the commercial navigation in the Chobe River at Kasikili Island in the light of the needs of the regional economy. The principal, if not the only, basis of the regional economy, aside from subsistence agriculture, is tourism. Visitors come to see the game in the Chobe National Park. They are accommodated at lodges, most of which are located along the southern bank of the river, in or near the Park. A few are in Namibia — for example the King's Den at Kasika and one or two others on Impalila Island, further downstream.

92. Expeditions by boat along the river to view the game in the Park and on the Island are a major attraction for tourists and a standard feature of visits to the Park. These trips are conducted by the tourist lodges or tourist offices in Kasane using flat-bottom boats, carrying about a dozen passengers. Double-deckers may carry up to forty or so. Substantially all this boat traffic goes through the southern channel, although some few circumnavigate the Island, returning to Kasane through the northern channel. Professor Alexander's reports contain a number of photographs showing such boats in the channel south of the Island⁵⁹. This one (No. 1.18), taken on 3 March 1998, shows five boats in the same picture. Professor Alexander testifies that while he was taking flow measurements in the southern channel on 1 May 1998, 17 boats passed in less than an hour. You will see many such tourist boats in the video tomorrow morning. There is a simple reason for this overwhelming preference: the southern channel is the best place from which to see the game.

⁵⁷MB, para. 144.

⁵⁸MB, para. 35.

⁵⁹SR, Photo 19s, 26s. SSR, No. 46, 47 and 48.

93. Against the evidence of bustling tourist traffic in the channel to the south of the Island, Botswana has produced nothing more than a bald assertion regarding navigation in the northern channel. The Botswana Counter-Memorial says "the northern and western channel of the Chobe River is the sole channel navigable in relation to the needs of the regional economy"⁶⁰. It supports this assertion by reference to "The itinerary of the *Zambezi Queen* and the tourist boats from the Safari Lodges"⁶¹. It has produced no itineraries of tourist boats from the safari lodges. As for the *Zambezi Queen* it does not navigate the northern channel, or any other section of the Chobe River. It is permanently moored in the spur channel at the King's Den lodge where it provides auxiliary accommodation for guests. You will see the boat there in tomorrow's video.

94. The picture of the northern channel, now or at any time in the past, as a navigable commercial waterway is faintly ludicrous. As we saw a moment ago, the Chobe River above Serondela is completely dry, except when the Zambezi is in flood. From Lake Liambezi almost to Linyanti village, it has been dry throughout the year for the last 15 years and for many similar periods over the past century and before. The only recorded instance of commercial use of the northern channel since the 1890 Treaty is the application to Trollope by Mr. William C. Ker in 1948 that led to the Trollope/Dickinson status quo arrangement I mentioned earlier. Although the permission was granted, it is not known whether Ker ever actually shipped lumber under it. In any case, the enterprise at Serondela expired in the early 1950s. There is no evidence of any industrial or commercial activity on either side of the lower Chobe River above Kasane since that time.

95. Except for the tourist industry. And that, as I have shown, is confined to the southern channel. At present, boats from the few lodges in Namibia are forbidden to pass through the southern channel. As Mr. Visagie's affidavit attests, his opportunities for development are severely limited by this problem. Mr. Visagie's is the owner of the King's Den lodge. Namibia is thereby

⁶⁰MB, para. 35.

⁶¹CMB, para. 387.

denied equal access to the navigational resources of the Chobe River in the vicinity of Kasikili Island.

96. Botswana's Reply asserts that "there is no policy of preventing tourist boats from Namibia from using the southern channel". But again, that is an unsupported statement. With all respect, but at the same time with all seriousness, Namibia tells the Court that this assertion is incorrect. Dr. Kawana, the Agent of Namibia and Permanent Secretary of the Ministry of Justice, said in his opening speech, "the armed [Botswana Defence Force] personnel do not permit tourist boats from Namibia to travel through the southern channel". Mr. Visagie swears that his boats are barred from the southern channel. When the Namibian team for this case wanted to transit the southern channel in the course of their visits to the area in 1996 and again in 1998, Namibia felt it necessary to notify Botswana through diplomatic channels in order to avoid incident. Even then, both visits were subject to surveillance and harassment by BDF boats.

97. To conclude, the navigational resources of the Chobe River at Kasikili Island are in the southern channel. To locate the boundary in the northern channel would have the effect of cutting Namibia off from this, the only significant source of income in the area. Such a result would subvert utterly the principles of equality and justice that are "the underlying rationale" of the law of international river boundaries. By contrast, to maintain the boundary in the channel to the south of the Island is, in Justice Cardozo's words, to "utilize the formula that will make equality prevail".

6. Prescription

98. To this point my discussion has been directed to the interpretation of the Anglo-German Treaty of 1890. But Namibia has consistently maintained in its pleadings that there is an alternative and entirely independent ground on which it is entitled to sovereignty over Kasikili Island.

99. I have already described the continuous occupation of the Island by the Masubia of the Caprivi and the exercise of jurisdiction over it. There is no need to repeat those facts. I have also recounted the acquiescence of Bechuanaland in this state of affairs and the failure of its officials to protest or object in any way. Indeed, through the medium of the British War Office map,

GSGS 3915 that I mentioned earlier, the British authorities affirmatively recognized that the boundary is in the southern channel and Kasikili Island belonged to Namibia. These facts add up to the elements of a claim of title by prescription, quite apart from Namibia's claim under the Treaty.

100. I leave it to Professor Jean-Pierre Cot, who will address you on Thursday morning, to develop the facts and the law supporting the claim of prescription in full detail.

IV. Conclusion

101. Now, let me take a final moment to summarize the argument we have just been through.

102. First, the text of the Treaty of 1890 places the boundary between Botswana and Namibia in the centre of the main channel of the Chobe River. Thus, the task of the Court in interpreting the Treaty is twofold: first, determine the main channel and second, decide where the centre of that channel lies. This two-step process is fully confirmed by the preparatory work of the Treaty.

103. Second, all the traditional elements of treaty interpretation converge to locate the main channel of the river as indicated on the photograph on the screen (No. 1.19 in your judges' file). All these elements support Namibia's case in a mutually reinforcing way.

104. The subsequent practice of the parties shows that Kasikili Island was continuously occupied by the Masubia of the Caprivi for at least 75 years after the Treaty, and, in the submission of Namibia, even longer. All this was without objection or protest from Botswana or its predecessors in title.

105. Sovereignty over the Island was exercised by German and South African political authorities, both through Masubia political institutions and directly.

106. The principal official maps issued and used by Germany, Great Britain, South Africa and the United Nations — the States and the organization exercising political authority over Namibia in the period since the Treaty — these maps without exception attribute Kasikili Island to Namibia.

107. When there is substantial flow in the Chobe River, the largest proportion of it goes to the south of the island in the main channel as indicated on the slide.

108. The main, indeed the only commercial traffic in the river, is related to the tourist industry, and the overwhelming bulk of this traffic goes to the south of the Island.

109. The facts also establish an alternative title to the Island on behalf of Namibia by way of prescription and acquiescence.

110. Perhaps most important of all, only a boundary in the southern channel will satisfy the equitable principle of equal access of riparian states to the navigational resources of boundary rivers.

111. Against all this, Botswana can offer only one countervailing consideration: along its roughly 3 kilometres, the *average* depth along the thalweg of the northern channel is somewhat greater than that in the southern channel — a fact that, if true, is irrelevant to the issue of navigability or any of the other issues in this case.

112. Namibia submits that that is not enough.

113. The Court should decide that, under Article III (2) of the Anglo-German Treaty of 1890, the main channel of the Chobe River lies to the south of Kasikili Island, and that the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili Island is in the thalweg channel of the main channel.

115. The legal status of Kasikili Island is that it is part of the sovereign territory of Namibia. Mr. President, that brings me to the end of my presentation and I would appreciate it if you would call on my colleague, Professor Delbrück, who will discuss the text of the Treaty.

The PRESIDENT: Thank you so much, Professor Chayes. I call on Professor Delbrück.

Mr. DELBRÜCK:

**3. LANGUAGE OF TREATY, OBJECT AND PURPOSE,
EQUAL ACCESS TO RESOURCES**

May it please the Court.

Mr. President, distinguished Members of the Court!

It is a great honour to appear before this Court on behalf of the Government of the Republic of Namibia, and it is particularly so because it is the first time that I have the privilege to address this Court.

I. Introduction

1. My task is to deal with the interpretation of the text of the 1890 Agreement between Great Britain and Germany in the light of the preparatory work and the object and purpose of the treaty. The interpretation of this Agreement lies at the heart of this case.

2. I shall concern myself, *first*, with the genesis and the literal interpretation of the relevant text of the Treaty; and *second*, I shall deal with the issue of the object and purpose of that Agreement.

II. Genesis and literal interpretation of Article III (2) of the 1890 Agreement

3. I need not cite the text of Article III (2) again. You have heard it this morning and I understand it is in the judges' file.

4. It is clear the decisive words are "the centre of the main channel of that river" or in the German text "*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*". This formula has the same structure in both the English and the German text. Namibia will show that in applying the provision of Article III (2) in either language it is necessary, first, to establish where the main channel runs around Kasikili Island, and second, to determine the centre or thalweg of that main channel.

1. The genesis of Article III (2) of the 1890 Agreement

5. In order to show the structural identity of the formula used in both the English and the German text, it may be helpful to recall the genesis of the language used in Article III (2) of the 1890 Treaty. Negotiations between Great Britain and Germany about the delimitation of their respective spheres of interest in Africa started as early as the 1880s. Only South West Africa is of

interest here. In this area, Great Britain was interested in extending the Bechuanaland Protectorate so as to ensure British control of the Lake Ngami area. Germany, on its part, had a keen interest in securing access to the Zambezi. As early as 1886, Sir Hercules Robinson, in a memorandum written at the request of Lord Granville, put forward a proposal on the extension of the Bechuanaland Protectorate to the northwards, as far as the Zambezi River⁶². In paragraph 8 of this memorandum, he made the following recommendation:

"That the Bechuanaland Protectorate be extended to the Zambesi River. The extension might be bounded . . . on the north by the 18th of S.lat. until it reaches the Chobe River; thence down the *centre of that river* till it reaches the Zambesi River; . . ."

6. In the minutes of a meeting on 10 June 1890 between Lord Salisbury and Count Hatzfeld⁶³, the German Ambassador in London, the "centre of the river" formula reappears in French. Count Hatzfeld records in paragraph III that the boundary in its eastern stretch "*se portera à l'est longeant le centre du fleuve Tcholi jusqu'à son embouchure dans le Zambèse*".

7. Only a week later, on 17 June 1890, the French draft of the 1890 Agreement was initialled by Lord Salisbury and Count Hatzfeld⁶⁴. The draft Article II — which later became Article III — also provided that "*la ligne de démarcation se portera à l'est longeant le centre du Fleuve Tschobi . . .*". The English translation of the French draft⁶⁵ of the same day reflects the Robinson formula as well⁶⁶. However, the official German translation, published in the *Deutscher Reichsanzeiger-Königlich Preußischer Staats-Anzeiger* on 17 June 1890⁶⁷, still contains only the

⁶²MN, Vol. IV, Ann. 12.

⁶³MN, Vol. IV, Ann. 19.

⁶⁴MN, Vol. IV, Ann. 21.

⁶⁵MN, Vol. IV, Ann. 21, p. 114.

⁶⁶MN, Vol. IV, Ann. 21, p. 114.

⁶⁷MN, Vol. IV, Ann. 22.

phrase "*längs dem Tschobifluß*" (along the "River Tchobi") as it was used in the earlier diplomatic exchanges.

8. On 21 June 1890 Sir Percy Anderson transmits to Sir Edward Malet more detailed and slightly rearranged *Draft Articles of Agreement*⁶⁸. These were immediately forwarded to Lord Salisbury the same day. The provision on the delimitation of the German sphere of interest is now dealt with in Article III. In paragraph 2 of this Article the course of the boundary in the River Chobe is described in English as descending *the centre of that river*.

9. In preparation for the final drafting of the Convention, by telegram of 25 June 1890⁶⁹ the British Foreign Office instructed Malet that, *inter alia*, "in paragraph 2 of Article III, after the words 'the River Chobe, and descends the centre of' the words 'the main channel of' should be inserted". That is the full formula, like the centre of the main channel is to be written into the treaty.

10. This proposed insertion did not meet with any objection on the German side and apparently did not even raise an issue worth mentioning. For in the lengthy memorandum by Anderson to Malet commenting in detail on the final negotiations with Dr. Kraue in Berlin, there is no hint of the reason for the insertion or the German reaction to it⁷⁰.

11. After the insertion was agreed, Germany adapted the German translation. As will be recalled the German translation of the Draft Agreement of 17 June 1890 did not strictly reflect the English text. It simply described the course of the boundary as running "along the Tchobi River". Now, the German version faithfully followed the new English text of the formula in structure and meaning. To reflect the English word "the centre" the German term "Thalweg" was used. And the English words "of the main channel of" were translated into "*des Hauptlaufes dieses [Flusses]*"; the centre of the main channel of that river. This is the text that is the object of interpretation.

⁶⁸MN, Vol. IV, Ann. 26.

⁶⁹MN, Vol. IV, Ann. 29.

⁷⁰MN, Vol. IV, Ann. 30.

2. The literal interpretation of Article III (2)

12. The formula describing the course of the boundary has two distinct elements: the *first* is, that the boundary line is to follow the Chobe River. Unlike in some other cases, there is no dispute in this regard in the instant case. The Chobe River with its clearly marked southern bank — the Chobe Ridge and its slopes reaching into the river — is the landmark which the Parties chose to delimit their respective spheres of interest. The *second* element is that the boundary line should follow not just the river, but more precisely "the centre of the 'main channel'" of that river or "*dem Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*".

(a) Article III (2) requires the determination of the "main channel" as a first step

13. Thus, the text requires, first, to determine the "main channel" of the Chobe River, and then to find the centre or thalweg of that "main channel". This approach expresses the plain meaning of the words of both the English and the German version of Article III (2), and it is the approach consistently taken by Namibia. However, Botswana has insisted that Article III (2) does not allow for a prior determination of which of the channels around Kasikili Island is the main channel. Well, what are their arguments to support this position?

14. *First*, Botswana advances a linguistic argument: it says the English phrase "centre of the main channel" as a whole "expresses the thalweg principle". The word "centre" without the addition of the words "of the main channel" would not express this principle. Thus, according to Botswana, the words "of the main channel" have no independent meaning. Can this in turn, as the Court will note, require the Court to disregard the words "*des Hauptlaufes*" in the German text, because the word "thalweg" according to Botswana expresses the thalweg principle⁷¹.

15. In its Counter-Memorial and in its Reply Namibia has dealt extensively with this circular and mistaken approach of Botswana. It is not necessary to repeat these counter arguments in full. Botswana's linguistic argument is basically wrong because it expressly requires the Court to

⁷¹CMB, Vol. I, para. 197.

disregard the words "*des Hauptlaufes*" in the German text and by the way, indirectly, in the English text as well. This violates the fundamental rules of treaty interpretation. According to these rules, reaffirmed by this Court time and again, the words of the treaty must be interpreted as they stand⁷². Thus the words "of the main channel" in the English text and "*des Hauptlaufes*" in the German text of Article III (2) have to be given a distinct meaning, particularly, because these are the very words that both parties intentionally added to Article III (2) shortly before the signing of the 1890 Treaty.

16. Botswana's second argument that the words of Article III (2) do not require the prior determination of the "main channel" is based on doctrinal grounds. According to Botswana Article III (2) embodies the thalweg principle and Botswana repeatedly asserts that a river only has one thalweg, that is, one "line at the water's surface *above the deepest channel* of the river bed". Botswana concludes that where *that* thalweg runs there is the "main channel". In other words, Article III (2) by incorporating the thalweg principle allegedly is a "self-executing" provision that determines the main channel *ipso iure*⁷³. These arguments are wrong, as well.

17. The term "self-executing" used in relation to a treaty or a treaty provision is generally understood as indicating that a treaty or one provision of it is directly applicable in the domestic legal order of a party without further legislative or other acts⁷⁴. Thus, Botswana's use of the term in the present context is at odds with its accepted meaning. This misuse of the term is an attempt to insinuate that the word thalweg by itself settles the question of where the boundary runs in the Chobe River. In other words, the use of the term "self-executing" is a *falsa demonstratio* for

⁷²*Admission of a State to Membership in the United Nations* (Advisory Opinion), *I.C.J. Reports 1950*, p. 8; *Anglo-Iranian Oil Co. Case*, *I.C.J. Reports 1952*, p. 105; *Libya/Chad*, *I.C.J. Reports*, p. 22, para. 41.

⁷³CMB, para. 9; in essence also para. 199.

⁷⁴For an authoritative restatement of the concept of self-executing treaties see A.Bleckmann, *Self-executing treaty provisions*, in R. Bernhardt *et al.*, *Encyclopedia of Public International Law*, instalment 7, pp. 414 *et seq.* (1984); also H.Neuhold/W.Hummer/ Ch.Schreuer (eds.), *Handbook of International Law*, 3rd edition, Part 1, para. 342 *et seq.* (1997); Oppenheim's *International Law*, Jennings/Watt (eds.), does not mention the notion of *self-executing* treaties at all.

Botswana's simplistic idea that Article III (2) determines the main channel *ipso iure*. Botswana ignores the fact that the thalweg is a line *within* a given channel. Therefore, it is the channel and its geological and hydrological shape that determines the thalweg. It is not the thalweg as an abstract legal concept that determines the character of a channel as the main channel of a river.

18. Moreover, Botswana's assertion that there can only be one thalweg in a river is false. Wherever a river splits into two channels there will be two thalwegs, as Professor Richards will show tomorrow. The Chobe River, splitting into two branches around Kasikili Island is no exception. After repeated and categorical statements to the contrary, Botswana, in its Counter-Memorial, finally admitted that "[i]n a bifurcated stretch of a river, such as Chobe River in the vicinity of Kasikili/Sedudu Island, both channels will have their respective thalwegs"⁷⁵. Unfortunately, regrettably in its Reply — quoting paragraph 199 of its Counter-Memorial — Botswana has returned to its previous erroneous assertion. Whatever Botswana's position may be, it cannot alter the facts: As there are, indeed, two branches of the Chobe River, each of it with its own thalweg, a determination has to be made as to which of the channels is the main one.

Now I am in a little predicament, Mr. President. I am not an American lawyer so I feel free, with your permission, to refer to the United States Supreme Court freely in the further presentation.

19. The United States Supreme Court, an authority, as mentioned already, widely cited by international publicists in respect to questions of river boundary making, has made the general point crystal clear in the case of *Iowa v. Illinois*⁷⁶. The Court observed that:

"Thus the jurisdiction of each state extends to the thread of the stream, that is 'mid-channel', and, *if there be several channels* to the middle of the *principal one, or rather, the one usually followed.*"

In the already mentioned *Palena* case, the Court of Arbitration followed the same approach:

⁷⁵CMB, para. 338.

⁷⁶147 US (1892), at p. 13.

"In the view of the Court two principles must dominate its approach to the problem before it. The first is the general principle that where an instrument (for example a treaty or an award) has laid down that a boundary must follow a river, *and that river divides into two channels*, and nothing is specified in that instrument *as to which channel the boundary shall follow, the boundary must normally follow the major channel.*"

And now it is important to listen to this: "The question *which is the major channel* is a geographical question to be referred to in a moment"⁷⁷, which the Court then did. The task, therefore, is quite clearly under the jurisprudence of the Court to identify the "main channel" first and then find the centre line or thalweg in that particular river.

(b) Defining the "main channel"

20. The 1890 Agreement does not define the term "main channel". So we are referred to the standard rule of interpretation. We must establish the ordinary meaning of the words "the main channel", and as we have heard before, in common usage in the area the "main channel" connotes the channel that is most used for river traffic. And that in another usage, the "main channel" may connote the channel that carries the most water. My colleagues will discuss this latter criterion tomorrow.

(aa) The "main channel" as the "most used channel"

21. Here I discuss the meaning of "main channel" as the most used channel. This position is amply supported by the writings of eminent publicists. But a full review of the abundant material that Namibia has provided is not necessary at this point⁷⁸. A few quotations may still be appropriate. In Hyde we read that:

"The thalweg, as the derivation of the term indicates, is the downway, or *the course hollowed by vessels of largest tonnage* in descending the river. Such a course necessarily indicates the *principal artery of commerce*, and for that reason is decisive of the thalweg."⁷⁹

⁷⁷*RIAA*, Vol. 16, 109, at p. 177.

⁷⁸The authorities are discussed at CMN, paras. 59-73.

⁷⁹C.C. Hyde, Notes on Rivers as Boundaries, 6 *AJIL*, 902-903 (1912).

So it is the traffic which may determine where the thalweg runs.

Again in *Iowa v. Illinois*, the Supreme Court in 1892 states:

"the utility of the main channel . . . is too great to admit a supposition that either state intended to surrender to the state or nation occupying the opposite shore the whole of the *principal channel or highway for vessels and thus debar its own vessels the right of passing to and fro for purposes of commerce*"⁸⁰.

It should be noted that these writers and the United States Supreme Court are not talking about some abstract notion of the main channel, or of navigability, for that matter, but about actual boats engaged in commercial traffic in actual rivers according to their specific geographic features.

22. In the instant case, the channel to the south of Kasikili Island is the most used channel. "Most used" of course, in its turn, is a formula that needs some elaboration. This, again, cannot be done in the abstract. "Most used" must be explained with regard to the given factual context — in this case, the local and regional context of Kasikili Island and the Caprivi.

23. The Court will recall, and will hear again tomorrow, that the Chobe River is not a perennial river and that it is not navigable for most of its length. Whatever the negotiators of 1890 may have had in mind, it is quite clear that navigation in the Chobe River has never approximated that on the large waterways in Africa as discussed by the great powers for example, at the Berlin Conference of 1885. Thus, *the uses* of the Chobe River and *where they occur* have to be established in the light of the regional needs and practice as they exist today. Any other approach toward the determination of the main channel would be out of touch with reality.

24. Fortunately, Botswana is agreed with this approach in principle. It says that navigability must be determined in relation to the needs of the regional economy⁸¹. It puts forward, however, four factual contentions to show that the channel to the south of the Island is not the "most used". All four are untenable. They are:

⁸⁰147 US 1 (1892), at p. 13.

⁸¹MB, Vol. I, para. 35.

1. navigation is severely impeded in the southern channel because it is only 5.5 metres in depth and is blocked by a thick growth of reeds at the entrances to the channel⁸²;

2. during dry years the southern channel dries out⁸³;

3. the northern and western channel of the Chobe is the sole channel navigable in relation to the needs of the regional economy⁸⁴; and, perhaps most important,

4. the itinerary of the *Zambezi Queen* (we have heard about that boat and we will hear about it again, I guess) and the tourist boats from the Safari Lodges supports that the northern channel is the navigable channel, "the most used" channel.

I will briefly comment on each of these contentions, in turn.

25. *First*, the alleged obstruction of the entrances to the southern section of the southern channel by weed or weeds is pure fiction. In the early 1970s, Kariba weeds did pose a problem to navigation in the southern as well as in other rivers in southern Africa. South African and Botswana authorities launched a major joint programme to control the spread of these weeds. Since then, there has never been any sizable infestation of the southern channel by weeds. In its Counter-Memorial, Botswana reproduced a 1997 photograph that, it says, shows sand banks at the entrance to the southern channel. Namibia believes that the photograph — and the Court will inspect the photograph for sure — printed twice in the Botswana Counter-Memorial at pages 153 and 158 — does not show any blockage. Today, as I will discuss in a moment, tourist boats freely use the southern channel without any impediment by weeds or any other plants or impediments to navigation.

26. *Second*, Professor Alexander has shown in his Second Supplementary Report that according to the data available the southern channel never fell dry. The minimum level of the water

⁸²MB, paras. 35, 220.

⁸³MB, para. 202.

⁸⁴MB, para. 35.

in the Chobe River at Kasane is higher than the shallowest portion of the southern channel or, indeed, of either channel. Professor Alexander will demonstrate these facts in his presentation tomorrow.

27. *Third*, as regards the needs of the regional economy, we have heard tourism has become the major economic factor in the region. A major attraction for tourists that is well-recognized worldwide is viewing game from shallow draught boats that draw near the banks for a close look on the game. It is in the southern channel that most of the boat traffic occurs. Professor Alexander has provided rich photographic evidence of the boat traffic in the southern channel. You will see some of this tomorrow in the video⁸⁵ and also on the photographs that Professor Alexander will show. Just one example in addition to the five boats you have seen on the photograph, on 1 May Professor Alexander counted 17 tourist boats in 57 minutes in the southern channel, that's traffic. Why does the bulk of tourist traffic occur in the southern channel? Well, we have heard the answer, it is here that you can best view the game. Conversely, as Mr. Visagie, the owner of the King's Den Lodge, has testified in his affidavit, only rarely do tourist boats ply the northern channel⁸⁶.

28. *Fourth*, Botswana's trump argument of course is the big vessel the *Zambezi Queen* plying the waters of the northern channel and offering tourists sightseeing. Alas, the *Zambezi Queen* never ever has plied the northern channel nor any other channel of the Chobe. The vessel is permanently moored at the King's Den Lodge, — and by the way — not in the northern channel, but in the Spur channel, as Botswana maintains. The boat has, after it was built in 1990, three times gone from Katima Mulilo to the King's Den and because of difficulties in navigating the Kassaia channel, which is an anabranch channel of the Zambezi, the venture was abandoned. Since then the vessel has been moored at the Lodge where it serves as additional hotel accommodation⁸⁷.

⁸⁵Supplementary Report, photographs P19 S, P 25 S and P26 S.

⁸⁶See Affidavit, RN., Ann. 22.

⁸⁷See Affidavit, RN., Ann. 22, para. 7.

29. The foregoing facts permit only one conclusion. The channel to the south of Kasikili Island is the most used channel, and therefore is the main channel in the sense of Article III (2) of the Agreement.

(bb) Depth is not a criterion determinative of the main channel

30. I will now take up the question why depth is not the decisive criterion on which, on the other hand, Botswana relies so heavily. It is true in some cases, of course, the widest and deepest channel will be the main channel. But there is no legal principle mandating that the deepest channel of a river is the main channel. As the United States Supreme Court has aptly observed in the case of *Minnesota v. Wisconsin*

"[e]quality in the beneficial use often would be defeated, rather than promoted, by fixing the boundary on a given line *merely because it connects points of greatest depth. Deepest water and the principal channel are not necessarily the same*"⁸⁸.

Hyde goes along with the same opinion:

"That course of [the river] frequently, if not commonly, corresponds with the deepest channel. It may, however, for special reasons take a different path. Wheresoever that may be, such a course necessarily indicates the *principal artery of commerce*, and for that reason is decisive of the *thalweg*."⁸⁹

Therefore, the determination of the main channel of a river has to be made on the basis of the facts in each individual case. There are no compelling *legal* reasons to accept depth as the decisive criterion.

31. Moreover, Botswana bases its argument on the assertion that the *average* depth of the northern channel is greater than that of the southern channel. This is a mistaken approach. If depth is chosen as the criterion for the determination of the main channel, it is because it relates to the navigability of the channel. However, *average* depth is not determinative of navigability. A channel may be very deep in some parts, but very shallow in another. The average depth may still

⁸⁸252 US 273 (1919), at p. 282.

⁸⁹6 *AJIL* 902-903 (19112) [internal citation omitted].

be greater than that of a channel with more uniform depth. However, the navigability of a channel is determined *not* by its deepest parts, but by its shallowest. It is the minimum depth along the full length of the channel that determines the navigability of a channel, because that is the point, the channel's points, which boats must clear in order to navigate the channel.

32. At Kasikili Island, the eastern limb of the northern channel is relatively deep. As Professor Richards will show tomorrow, this is because that part originated as an extension of the spur channel. But at the point of bifurcation to the west of the Island, depth of both channels is substantially the same. Thus, in either channel, the Chobe is suitable only for boats with a shallow draught. It is immaterial for the question of the navigability that for a limited stretch the northern channel may be deeper than the channel to the south of the Island.

III. The interpretation of Article III (2) of the 1890 Agreement in the light of the object and purpose of the Agreement

(1) The object and purpose of the 1890 Agreement

33. I will now turn to the object and purpose of the 1890 Treaty. The literal interpretation has shown that the channel to the south of the Island is the main channel, and this conclusion is supported by an interpretation in the light of the object and purpose of Article III (2). The overriding purpose of the Agreement, of course, was a large-scale delimitation of spheres of interest of the British and the Germans and this was so in East and West Africa as well as in South West Africa. Given the macro-dimension of the Agreement, it is hardly surprising that the early preparations for the Agreement nor the final negotiations show any concern with such particulars as to whether the main channel of the Chobe River runs to the north or the south of Kasikili Island.

34. Botswana argues that an object of the agreement was to secure access for both parties to navigation on the Chobe River. In support of this view, it cites the well-known desire of Germany for access to the Zambezi. It is true that an earlier draft of Article III called for German access to the Zambezi "via the Chobe River". In the final text, however, and this is only a few days later,

this was changed to "access ... via a strip of territory"⁹⁰. That was the origin of the Caprivi Strip. It shows that Germany's access to the Zambesi was to be by land, not by water.

(2) Equal access to the resources of a river as the rationale of river boundary demarcation and therefore is the object and purpose of the Agreement

35. Still there remains the issue of sharing the resources of the Chobe River. The most fundamental principle of riverine boundaries is the principle of equal access of the riparian States to the uses of the river. Namibia takes the position that the object and purpose of the 1890 Agreement must embody this principle, just like any other river boundary régime.

36. I need not recall the history of this principle of equitable sharing but I would like to refer again to the case of *Iowa v. Illinois*⁹¹, where the United States Supreme Court emphasized that "controlling consideration in this matter is that which preserves to each state equality in the right of navigation in the river". Again this was reaffirmed in other decisions and in *New Jersey v. Delaware*⁹², it said, "[t]hrough varying modes of speech the law has been groping for a formula that will *achieve equality in substance, and not equality in name only*". And the equality of right, according to the Supreme Court, is "equality of right and opportunity in respect of these waters, including navigation, fishing and other uses"⁹³.

37. As for the international jurisprudence, the Permanent Court of International Justice in the *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder* case⁹⁴ said:

"[the] community of interest in a navigable river becomes the basis of a common legal right, the essential features of which are the perfect equality of all riparian States in the uses of the whole course of the river".

⁹⁰Compare MN, Vol. IV, Ann. 26 and the text of the final Article III (2).

⁹¹147 US 1 (1892), at p. 13.

⁹²291 US 361 (1933), at p. 383.

⁹³295 US 457 (1934), at p. 462.

⁹⁴*Judgment No. 16, 1929, P.C.I.J. Series A, No.23*, p. 27.

Finally, in the recent *Gabčíkovo-Nagymaros* case, this Court strongly emphasized the principle of equitable and reasonable sharing of the natural resources by the riparian States by saying that:

"Czechoslovakia, by unilaterally assuming control of a shared resource, and *thereby depriving Hungary of its right to an equitable and reasonable share of the natural resources* of the Danube ... failed to respect the proportionality which is required by international law"⁹⁵.

This was so even though, at the time Czechoslovakia acted, Hungary had already violated its obligations under the bilateral treaty for development of the river.

38. A *central* conclusion drawn from these judicial pronouncements must be: every doctrine on river boundary régimes as well as State practice emphasizes the underlying aim of equality of access to and the sharing of the resources of the river — an equality *in substance*, not in name only. Therefore, it must be the object and purpose of the Agreement of 1890 to bring this principle to bear.

**(3) Equality of access to the Chobe River must be established
in the light of the local needs**

39. Namibia has consistently maintained that the Chobe River is not a navigable river in the general understanding of the word "navigability". No vessel of size had plied the waters of the Chobe River at the time of the Agreement. Nor has there been any major commercial *trans-regional* traffic by boats at any later time.

40. On the other hand, as Namibia has pointed out, the Chobe River, particularly in the stretches at issue in the instant case, was and is used by the local people as a means of communication by dug-out canoes or other small boats, and as their fishing and hunting grounds — other uses in the sense of the jurisprudence cited. And in more recent decades increasing tourist traffic has been added to the uses of the Chobe River.

41. Today and for the foreseeable future there can be no question that the needs of the riparian States with regard to the Chobe River around Kasikili Island are connected with the tourist

⁹⁵I.C.J. case concerning the *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, in *ILM*, p. 162, para. 85.

industry. In this respect, Namibia has already shown, earlier in this presentation, that it is the channel to the south of the Island that offers the main opportunities for the tourist business.

42. Given the object and purpose of the 1890 Agreement to assure equal access in a practical sense to the resources of the river, the conclusion must be that the channel to the south of the Island is the main channel of the Chobe. Botswana, by insisting on the northern channel is actually betraying the very principle of equal rights and access for both riparian States that itself claims is the object and purpose of the 1890 Agreement. For, if the boundary were to be redrawn along the northern channel, Namibia would be entirely shut off from the southern channel — as it is, indeed, today because of the illegal military occupation of the Island. It would thereby be denied the use of the Chobe River where it actually serves the needs and interests of both riparian States. To continue this state of affairs by redrawing the boundary according to Botswana's claims would be incompatible with the object and purpose of the 1890 Treaty. It would also subvert the general principle of equitable and reasonable sharing of the resources of a boundary river enunciated by this Court in the case concerning the *Gabčíkovo-Nagymaros Project*.

(4) The thalweg of the "main channel" to the south of Kasikili Island as the boundary line in the sense of Article III (2) of the 1890 Agreement

43. My discussion to this point has established that the main channel in terms of Article III (2) runs to the south of Kasikili Island. Article III (2) places the boundary between Botswana and Namibia in the centre of the main channel, or, in German, "*im Thalweg des Hauptlaufes*", of the Chobe River. Thus, it is in the channel to the south of the Island that the boundary between Botswana and Namibia has to be found. On this issue, the decisive words in Article III (2) are "centre" or "thalweg" and the German text of Article III (2) points in the direction of the "thalweg" of the "main channel", that is, the line of deepest soundings within the main channel to the south of the Island. This is the line in the thalweg channel of the main channel that appears in the dry season south of the Island and is commonly referred to as the "southern channel".

44. How does this reading square with the English text of Article III (2)? The term "centre" in treaty practice and in judicial pronouncements can have the same meaning as the term "thalweg".

For example in the *Chamizal* case⁹⁶ the Boundary Commission observes the following:

"Numerous treaties containing provisions as to river boundaries have been referred to by the parties, showing that in some cases conventional arrangements are made that the river *simpliciter* shall be the boundary, or that the boundary shall run along the *middle of the river, or along the thalweg or center or thread of the channel...*"

The difference is that in one case you have "middle of the river" and then in the other case not separated by any comma or anything "along the thalweg or center or thread of the channel".

Similarly, the terms "centre" and "thalweg" are used synonymously in Article III (2).

45. An interpretation of this Article to the effect that the line of deepest soundings in the channel to the south of Kasikili Island demarcates the boundary line would be fully in accordance with the ordinary meaning of both the English and the German words of the Agreement. It would also accord with the boundary as it appears on the great majority of maps in evidence in this case.

IV. Conclusions

Mr. President, distinguished Members of the Court, let me summarize the conclusions very briefly:

1. The genesis of Article III (2) of the 1890 Treaty proves beyond doubt that the formula used to describe the course of the boundary in the Chobe River in the English and in the German text is identical in meaning and structure.

2. The formula "centre of the main channel of that river" or "*Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*" is the object of interpretation, and each word of these clauses is to be given a distinct meaning. The formula in either language requires, as a first step, the identification of the "main channel" of the Chobe River.

⁹⁶*RIAA*, Vol. 11, 309, at p. 321.

3. The channel that flows to the south of Kasikili Island is also the "most used" channel. Therefore, it is the main channel in the sense of Article III (2).

4. Average depth is not a criterion for the identification of the main channel, either from a legal point of view or according to the facts of this case. It is the minimum depth along the full stretch of a river that determines its navigability. In these terms the northern and the southern channels are essentially equally navigable.

5. That the channel to the south of Kasikili Island is the "main channel" is corroborated by the object and purpose of Article III (2) which incorporates the basic principle of equal access for the riparian States to the uses of the resources of the Chobe River. Since the major resource of the Chobe River around Kasikili Island is the tourist business and this is primarily available in the channel to the south of Kasikili Island, the principle of equal access requires that the boundary between Botswana and Namibia along the "centre" or "thalweg" be located within the main channel to the south of the Island.

Mr. President, distinguished Members of the Court, this concludes my rather agitated and rash presentation but time was scarce. Thank you for your indulgence.

The PRESIDENT: Thank you so much, Professor Delbrück. The Court stands adjourned until tomorrow morning.

The Court rose at 1.10 p.m.

Non-Corrigé
Uncorrected

ANNEXE 1

Traduction
Translation

CR 99/1 (traduction)

CR 99/1 (translation)

Lundi 15 février 1999

Monday 15 February 1999

010

Le PRESIDENT : L'audience est ouverte. Conformément aux articles 43 à 47 de son Statut la Cour se réunit aujourd'hui pour entendre les plaidoiries des Parties dans l'affaire de l'île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie). La Cour ne compte sur le siège aucun juge de la nationalité des deux Parties. Ni le Botswana ni la Namibie ne se sont prévalus du droit qu'ils tiennent de l'article 31 du Statut de la Cour de désigner un juge *ad hoc*.

L'affaire a été introduite le 29 mai 1996 par la notification conjointe au Greffe de la Cour d'un compromis entre les Parties, qui a été signé à Gabarone le 15 février 1996 et qui est entré en vigueur le 15 mai 1996, date de l'échange des instruments de ratification.

Le préambule du compromis énonce qu'«un différend relatif à la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu oppose la République du Botswana et la République de Namibie» et confirme le souhait des Parties de «régler ce différend par des moyens pacifiques conformément aux principes de la Charte de l'Organisation des Nations Unies et de la charte de l'Organisation de l'unité africaine». Le préambule précise en outre qu'une commission mixte d'experts techniques constituée le 24 mai 1992, «chargée d'examiner la question de la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu», n'est pas parvenue à se prononcer sur la question qui lui avait été soumise et a recommandé «le recours à un mode pacifique du règlement sur la base des règles et principes applicables en droit international». Le préambule du compromis constate également que les chefs d'Etat du Botswana et de la Namibie sont convenus, lors d'une réunion au sommet qui s'est tenue le 15 février 1995 à Harare (Zimbabwe), de saisir la Cour internationale de Justice afin que celle-ci rende un arrêt définitif et obligatoire sur le différend qui les oppose.

La question précise que les Parties souhaitaient soumettre à la Cour est énoncée à l'article I du compromis qui est ainsi rédigé :

«La Cour est priée de déterminer, sur la base du traité anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890 et des règles et principes du droit international, la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu ainsi que le statut juridique de cette île.»

Compte tenu des dispositions des alinéas *a)* et *b)* du paragraphe 2 de l'article II du compromis, la Cour, par une ordonnance du 24 juin 1996, a fixé au 28 février 1997 la date d'expiration du délai pour le dépôt d'un mémoire par chacune des Parties et au 28 novembre 1997

011

la date d'expiration du délai pour le dépôt d'un contre-mémoire par chacune des Parties. Ces pièces ont été dûment déposées dans les délais ainsi fixés. Par lettre conjointe en date du 16 février 1998, les agents des Parties ont fait savoir à la Cour que leurs gouvernements avaient «décidé conjointement de demander que des pièces de procédure additionnelles puissent être présentées conformément au paragraphe 2 c) de l'article II du compromis», dans un délai venant à expiration le 27 novembre 1998. Par son ordonnance du 27 février 1998, la Cour, compte tenu de l'accord intervenu entre les Parties, a fixé au 27 novembre 1998 la date d'expiration du délai pour le dépôt d'une réplique par chacune des Parties. Les répliques ont été dûment déposées dans le délai ainsi fixé et l'affaire s'est alors trouvée en l'état.

Conformément au paragraphe 2 de l'article 53 de son Règlement, la Cour a décidé, après s'être renseignée auprès des Parties, que des exemplaires des pièces de procédure et des documents annexés seront rendus accessibles au public à l'ouverture de la procédure orale.

Je note la présence dans la salle de M. Abednego Batshani Tafa, agent de la République du Botswana, et de M. Albert Kawana, agent de la République de Namibie. Il a été convenu que la Namibie plaiderait la première, la Cour l'entendra donc cette semaine. Elle entendra la plaidoirie du Botswana la semaine prochaine.

Je donne maintenant la parole à M. Albert Kawana, agent de la République de Namibie.

M. KAWANA :

1. EXPOSÉ DE L'AGENT DE LA NAMIBIE

I. Introduction

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, c'est un grand honneur pour moi de prendre la parole devant la Cour au nom de la Namibie.

2. Avant d'aborder le fond, je voudrais signaler que l'un des principaux membres de ma délégation est sir Elihu Lauterpacht (du Royaume-Uni). M. Lauterpacht a participé pleinement à l'établissement tant des écritures que des plaidoiries de la Namibie. Or je regrette de devoir informer la Cour que M. Lauterpacht ne pourra être parmi nous aujourd'hui car il fait l'objet d'un

traitement médical complexe au Royaume-Uni. Nous avons cependant décidé d'aller de l'avant sans demander le report de l'audience, ce qui aurait pu avoir pour effet de désorganiser le programme de la Cour.

3. Monsieur le président, je voudrais adresser mes salutations à votre haute juridiction ainsi qu'à mes éminents collègues représentant le Botswana. Nos deux pays et nos deux peuples sont unis par de très forts liens d'amitié et de fraternité et d'attachement historique. C'est d'ailleurs l'intérêt que les deux Parties ont à maintenir et à renforcer ces liens qui, oserais-je dire, les a conduites à saisir la Cour de la présente instance. Enfin, je voudrais exprimer nos remerciements et notre gratitude pour l'efficacité dont a fait preuve le Greffe de la Cour.

4. La présente instance, Monsieur le président, porte sur un différend frontalier concernant la région du Caprivi, une des treize régions de la Namibie. Plus de cent dix mille personnes y habitent. Katima Mulilo est le centre administratif du Caprivi. Il est non seulement le siège de l'administration régionale mais également le seul centre d'activité commerciale de la région¹. La zone contestée est plus précisément l'île de Kasikili, située dans le district de Kasika au Caprivi oriental. La moitié orientale de la région du Caprivi est habitée par des populations rurales, par un groupe ethnique vivant au bord de l'eau appelé les Masubia². Ils sont au nombre de 34 000, la majorité vivant dans la plaine d'inondation du Zambèze.

5. Monsieur le président, la Namibie a exprimé le souhait de prendre la parole en premier dans la procédure orale. La raison en est que s'il s'agissait d'une affaire contentieuse portée devant une juridiction interne, la Namibie serait la demanderesse (ou la requérante) puisque le Botswana a unilatéralement occupé l'île de Kasikili en 1991. Cette occupation s'est produite un an à peine après l'accession à l'indépendance de la Namibie le 21 mars 1990. La Namibie cherche donc, par des moyens pacifiques, à évincer le Botswana de l'île de Kasikili. Vous remarquerez un fil

¹John Mendelsohn et Carole Roberts, *An Environmental Profile and Atlas of Caprivi*, direction des affaires de l'environnement, projet financé par le Royaume des Pays-Bas, 1997, p. 13-14.

²L'un des experts de la Namibie abordera plus en détail l'histoire des Masubia dans la suite de la présente instance.

conducteur clairement perceptible : la Namibie se présente devant la Cour pour affirmer une chose, et une seule chose, à savoir que pour tout le monde, l'île de Kasikili a toujours fait partie de la Namibie et qu'elle appartient dès lors à la Namibie.

0 1 3

II. Pourquoi et comment la Cour a été saisie de l'affaire

6. Le Gouvernement de la Namibie, a hérité lors de l'accession de celle-ci à l'indépendance, d'un «instantané»³ du territoire connu jusqu'alors sous le nom de Sud-Ouest africain. Elle a accepté cet «instantané» du fait de sa volonté de respecter la déclaration du Caire adoptée en 1964 par les chefs d'Etat de l'Organisation de l'unité africaine⁴. Le territoire figure sur une carte publiée par l'Organisation des Nations Unies conformément à la résolution 35/227H de l'Assemblée générale, qui indique l'île de Kasikili comme faisant partie de la Namibie⁵. C'est le territoire qui est mentionné dans la constitution namibienne et que le gouvernement a juré de défendre et de protéger. Il en est question au paragraphe 4 de l'article premier de la constitution : «Le territoire national de la Namibie se compose de l'ensemble du territoire que la communauté internationale reconnaît par l'intermédiaire des organes de l'Organisation des Nations Unies comme constituant la Namibie...»

7. Ce n'est pas la première fois que la Cour est appelée à se prononcer sur les intérêts de la Namibie. La Cour se rappellera ses avis qui ont fait date de 1950 et de 1971 empêchant l'Afrique du Sud de faire de la Namibie une de ses provinces. Etat ayant été créé par l'exercice de la responsabilité juridique que l'Organisation des Nations Unies a assumée à l'égard de la Namibie et par les efforts et la bonne volonté de la communauté internationale, la Namibie a à coeur de promouvoir la paix et la sécurité internationales ainsi que le développement international.

³*Différend frontalier (Burkina Faso-République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 554.*

⁴Mémoire de la Namibie, vol. I, par. 191-194.

⁵Mémoire de la Namibie, vol. I, par. 320-322.

8. La conviction qui anime la Namibie de résoudre pacifiquement les différends opposant deux ou plusieurs nations est amplement démontrée par le différend actuel. C'est le Gouvernement de la République de la Namibie qui a pris l'initiative de rechercher une solution pacifique au différend relatif à l'île de Kasikili au début de 1992⁶.

0 1 4

9. A la différence du Gouvernement de la Namibie récemment indépendante, le Botswana savait de toute évidence qu'un différend avait existé entre le Botswana et l'Afrique du Sud à propos de la question de savoir à qui appartenait l'île de Kasikili. Tant que les forces de défense sud-africaines (SADF) étaient en Namibie, le Botswana n'a rien fait pour compromettre le statu quo à l'île de Kasikili. Vers la fin de 1989, la SADF s'est retirée de Namibie (y compris de l'île de Kasikili) à la suite de l'accession à l'indépendance sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies en vertu de la résolution 435 du Conseil de sécurité⁷. Tout en connaissant le statut réel de l'île de Kasikili, le Botswana a envoyé une unité de soldats de son armée occuper l'île de Kasikili et y faire flotter son drapeau national en 1991. Le Botswana a agi ainsi sans avoir discuté de la question avec le Gouvernement de la Namibie qui venait d'accéder à l'indépendance. Cet acte constituait donc une agression et un usage unilatéral de la force en vue de modifier le statu quo. Il est contraire au droit international, à la Charte des Nations Unies, à la résolution de 1964 de l'Organisation de l'unité africaine sur les frontières coloniales, aux procédures diplomatiques établies ainsi qu'aux objectifs de la politique étrangère que le Botswana prétend poursuivre.

10. La Namibie a entretenu des relations amicales avec tous ses voisins depuis son accession à l'indépendance. En juillet 1990, peu après celle-ci, S. Exc. sir Kitumile Quett Masire, président à l'époque du Botswana, a été le premier chef d'Etat à être invité en visite officielle en Namibie. Le président Masire a été aussi le premier dignitaire à être décoré de l'ordre de la Liberté de la ville de Windhoek (capitale de la Namibie) en témoignage de reconnaissance des relations amicales et de la coopération entre les deux pays. Le 26 juillet 1990, au cours de la visite officielle du président Masire, trois accords ont été signés entre la Namibie et le Botswana, à savoir : le

⁶Ces questions sont examinées plus en détail dans le volume I du mémoire de la Namibie, par. 285-286, et dans le volume I de son contre-mémoire, par. 270-279.

⁷Résolution 435 (1978) du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies.

protocole d'entente sur la défense et la sécurité, un accord tendant à créer une commission mixte de coopération entre la Namibie et le Botswana et un accord de coopération dans les domaines de la culture et de l'éducation. Le président de la Namibie, S. Exc. Sam Nujoma, s'est rendu à son tour, à l'invitation de son homologue, en visite officielle au Botswana en septembre 1990.

015

11. La Namibie a souligné l'engagement qu'elle avait pris dans sa constitution de promouvoir la paix et la sécurité et de résoudre les différends par des moyens pacifiques. Le protocole sur la défense et la sécurité auquel j'ai fait allusion est une autre manifestation de cet engagement. Pour cette raison, il est tout à fait approprié d'examiner les faits les plus récents survenus dans le différend relatif à l'île de Kasikili en se reportant à cet accord, auquel le Botswana est partie. Le protocole d'entente énonce notamment trois objectifs principaux : renforcer et consolider les excellentes relations qui existent entre les deux républiques, maintenir une paix et une sécurité durables entre les deux pays et promouvoir une liaison effective à tous les échelons dans les domaines de la paix et de la sécurité.

12. Aux termes des dispositions du protocole d'entente que j'ai mentionné, les deux gouvernements ont créé la commission mixte de défense et de sécurité Namibie-Botswana. La commission a tenu sa première réunion à Windhoek le 15 novembre 1990. Ses membres sont convenus d'accorder une attention particulière aux problèmes suivants : le braconnage, la mise en œuvre d'un mécanisme conjoint en vue de mettre un terme à ces activités criminelles le long de la frontière commune, le libre accès aux cours d'eau communs et la nécessité d'éviter les incidents transfrontaliers armés.

13. La commission mixte a tenu une autre session plénière du 8 au 10 novembre 1991 à Maun, au Botswana.

14. A l'occasion de ces activités et événements, le Gouvernement botswanais n'a jamais mentionné l'île de Kasikili à la Namibie, que ce soit au cours des visites officielles effectuées dans chacun des deux pays — auxquelles j'ai fait allusion — ou par le recours au mécanisme de la commission mixte de défense et de sécurité.

15. Le Gouvernement namibien souscrit au principe selon lequel les frontières se fondent sur des accords entre deux pays voisins et non sur des déclarations ou des actes unilatéraux. En outre, selon un principe général du droit international, lorsque deux pays s'entendent sur une frontière commune, un de leurs objectifs premiers est de la fixer de façon certaine et d'en assurer la stabilité et le caractère définitif. La Namibie estime que le statut de l'île de Kasikili a été fixé le 1^{er} juillet 1890 et confirmé par la conduite ultérieure des parties à l'accord anglo-allemand de 1890. L'île de Kasikili a toujours été considérée comme faisant partie de la Namibie et le Botswana ne devrait donc pas modifier cet état de choses plus de cent ans après la conclusion du traité anglo-allemand de 1890.

0 1 6

16. Au niveau des relations entre les deux Etats, la Namibie a exigé le retrait immédiat et inconditionnel des unités de l'armée botswanaise de l'île de Kasikili. Ces efforts ayant échoué, elle a agi à l'échelon régional en invitant S. Exc. M. Robert Mugabe, président du Zimbabwe, alors président des Etats de la ligne de front, à faciliter le dialogue entre la Namibie et le Botswana sur le différend frontalier relatif à l'île de Kasikili. Deux premières séries de réunions ont eu lieu à Gaborone, la capitale du Botswana, et à Arusha, en Tanzanie, où leurs excellences sir Ketumile Quett Masire, président du Botswana, et Sam Nujoma, président de la Namibie, ont tenu des consultations en présence de M. Mugabe.

17. Le Botswana a néanmoins continué d'occuper l'île de Kasikili et de faire flotter son drapeau national en territoire namibien. Quant à elle, la Namibie a toutefois choisi de ne pas aggraver la situation, que ce soit par des paroles ou par des actes. Elle a plutôt fait de nouveau appel aux bons offices de S. Exc. Robert Mugabe, président du Zimbabwe, afin d'organiser une autre réunion directe entre le président Nujoma et le président Masire pour tenter de régler le différend de manière pacifique conformément au droit international. Le résultat de cet effort a été la réunion du 24 mai 1992 à Kasane au Botswana.

18. Les réunions qui se sont tenues et les accords qui ont été conclus par le président du Botswana, le président de la Namibie et le président du Zimbabwe font l'objet d'un examen approfondi dans la réplique de la Namibie⁸. Il suffit de rappeler que lors de leur dernière réunion à Kasane, les trois présidents ont publié un communiqué par lequel ils étaient convenus de créer une commission mixte d'experts techniques, composée de trois experts de chaque pays, afin de déterminer l'emplacement de la frontière aux termes du traité anglo-allemand de 1890. Après avoir délibéré du 28 septembre 1993 au 21 août 1994, la commission a abouti à une impasse et a recommandé que les parties résolvent le différend frontalier par des moyens pacifiques conformément au droit international. Dans son contre-mémoire⁹, le Botswana soutient que la commission mixte a abouti à une impasse à cause de «l'attitude hostile» adoptée par la Namibie. Ce n'est pas le cas. C'est en effet la Namibie qui voulait résoudre la question à l'amiable et c'est la raison pour laquelle elle a pris l'initiative qui a conduit à la création de la commission mixte **0 1 7** d'experts techniques. La Namibie a participé de bonne foi aux travaux de la commission mixte afin de parvenir à un règlement à l'amiable. Le rapport final établi de concert par le Botswana et la Namibie ne fait aucunement état d'une telle accusation, qui est dépourvue de substance et de fondement¹⁰. L'échec de la tentative faite par les Parties de résoudre le différend sur le plan politique a abouti à l'acceptation de la recommandation de la commission et à l'introduction de la présente instance devant la Cour.

19. Quant au compromis déposé au Greffe de la Cour, il prévoit ce qui suit :

«La Cour est priée de déterminer, sur la base du traité anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890 et des règles et principes du droit international, la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu ainsi que le statut juridique de cette île.»

⁸Réplique de la Namibie, vol. I, par. 432-435.

⁹Contre-mémoire du Botswana, vol. I, par. 129.

¹⁰Mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 113.

III. Harcèlement et meurtre de Namibiens par les forces de défense botswanaises (BDF) dans la zone contestée

20. L'un des plus graves problèmes que l'on connaisse le long de la frontière commune des Parties, c'est le braconnage. C'est pour cette raison, tout particulièrement en ce qui concerne le Botswana, que des comités intergouvernementaux ont été mis en place pour résoudre ces problèmes communs. Je dois déclarer que la Namibie n'excuse nullement les actes de braconnage commis par ses citoyens en Namibie ainsi que dans les pays voisins, y compris au Botswana. Mais alors que celui-ci semble avoir adopté une politique d'abattre sans sommation les Namibiens soupçonnés de braconner au Botswana, la Namibie, elle, a pour politique d'arrêter les ressortissants botswanais soupçonnés de braconner dans ses parcs animaliers, tout particulièrement dans ceux qui bordent la frontière commune, et de les traduire en justice¹¹.

21. Au lieu de recourir aux mécanismes bilatéraux mis en place pour éviter les échanges de coups de feu transfrontaliers, les unités de l'armée botswanaise déployées le long de la frontière commune ne se contentent pas de tirer sur les prétendus braconniers, elles ont aussi abattu plusieurs ressortissants namibiens innocents qui pêchaient le long de la frontière commune ou utilisaient les ressources de la rivière à cet endroit. Par exemple, un enfant de 14 ans, du nom de Tetuka, a été tué en 1991 alors qu'il pêchait avec trois amis âgés de 5, 8 et 11 ans le long de la frontière à un endroit appelé Lizauli, près de Linyanti en bordure du Chobe. Les soldats de l'armée botswanaise ont parfois confisqué les filets de pêche appartenant à des pêcheurs namibiens de l'endroit pêchant le long de la frontière en particulier à proximité de l'île de Kasikili. Du fait de l'occupation de l'île par l'armée botswanaise, la population est empêchée de se livrer à des activités économiques sur l'île et dans ses alentours¹².

22. Les actes hostiles de l'armée botswanaise ont d'ailleurs fait sentir leurs effets dans la présente instance. Au cours d'une visite dans la région, l'équipe formée de personnes appartenant au ministère namibien de l'eau et dirigée par M. Alexander en avril 1998 a été harcelée non pas une fois mais à quatre reprises par des unités de l'armée botswanaise. Lors d'un de ces incidents, une

¹¹Réplique de la Namibie, vol. III, annexe 10.

¹²Mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, p. 22, dernier paragraphe.

fusée éclairante a été tirée en direction de l'hélicoptère de l'équipe alors qu'il survolait les marais du Linyanti¹³. La plupart des membres de l'équipe représentant la Namibie en l'espèce ont eu à souffrir du comportement de l'armée botswanaise. En août 1996, l'équipe s'est rendue sur l'île de Kasikili pour se faire personnellement une idée de la zone contestée. Des soldats armés des forces botswanaises n'ont cessé de suivre leurs bateaux alors que ceux-ci circulaient sur les chenaux sud et nord. Tous ces incidents se sont produits malgré le fait que le Gouvernement botswanais eut été chaque fois informé de ces visites par la voie diplomatique, ce que le Botswana a expressément reconnu.

23. L'occupation unilatérale de l'île de Kasikili par des unités armées des forces botswanaises se poursuit jusqu'à ce jour¹⁴. Elle a été, pour de nombreux Namibiens, hommes, femmes et enfants, qui demeurent dans le district de Kasika de la région du Caprivi où se trouve l'île de Kasikili, source de toutes sortes de difficultés, de blessures, de morts et d'actes de harcèlement violents. La preuve des violences exercées est bien établie comme il ressort du mémoire de la Namibie¹⁵. Comme l'a déclaré feu M. Moraliswani, chef des Masubia, au cours des travaux de la commission mixte d'experts techniques, «[les activités économiques] ont cessé lorsque les forces armées du Botswana se sont mises à tirer sur mes sujets et à les tuer»¹⁶.

019

24. En affirmant que la paix règne dans la zone frontière, le Botswana minimise la gravité des actions entreprises par ses forces armées contre des Namibiens dans la zone contestée¹⁷. Les souffrances infligées aux Capriviens par les forces armées botswanaises sont très réelles et très graves. Comme le dit le proverbe africain : «Celui qui est assis près du feu est celui qui peut sentir la force de la chaleur qui s'en dégage.» Le Botswana ne saurait donc rejeter d'un simple revers de la main ces incidents violents dont la preuve a été bien établie.

¹³Réplique de la Namibie, vol. II, par. 6.38-6.42.

¹⁴Contre-mémoire du Botswana, vol. II, annexe 10.

¹⁵Voir, par exemple, mémoire de la Namibie, vol. II, p. 22, 32, 33-34, 120-121, 143 et 221.

¹⁶Mémoire de la Namibie, vol. III, communication du munitenge Moraliswani II.

¹⁷Réplique du Botswana, vol. I, par. 5.

25. Il convient de replacer l'attitude actuelle du Botswana dans la perspective historique qui s'impose. La Namibie souhaite à cet égard attirer l'attention de la Cour sur les ambitions territoriales que le Botswana nourrit depuis longtemps à l'égard de l'ensemble de la bande de Caprivi. Dès le 9 septembre 1965, selon le *Rand Daily Mail*¹⁸, M. Ketumile Quett Masire, qui était alors vice-premier ministre du protectorat du Bechuanaland, a fait un discours dans lequel il a déclaré : «Le Bechuanaland veut placer sous sa juridiction l'ensemble de la zone de la bande de Caprivi.» Cela ne saurait surprendre. Le 22 novembre 1963, le conseil législatif du protectorat du Bechuanaland a examiné une motion présentée par un certain M. Tsheko visant à incorporer la bande de Caprivi au Botswana¹⁹. M. Masire, qui siégeait alors au conseil législatif, a appuyé sans réserve la motion. Parlant de la revendication visant la bande de Caprivi, qui inclut l'île de Kasikili, il a déclaré ce qui suit :

«Nous avons en tout état de cause ici un territoire qui est occupé de façon illicite et qui revêt une importance capitale pour notre économie et notre défense. Je crois qu'il n'est que juste et indiqué de pousser notre gouvernement à faire quelque chose au sujet de la bande de Caprivi... C'est pourquoi j'appuie sans réserve M. Tsheko.»

Il convient de relever qu'en 1991, lorsque l'armée botswanaise occupait l'île de Kasikili, M. Masire était le président du Botswana.

26. M. Tsheko, l'auteur de la motion, a lui déclaré :

«Si nous ne le faisons pas pendant que les Britanniques sont ici, nous nous retrouverons dans la situation qui est celle que connaissent d'autres pays africains... Je ne désire pas retirer la motion. Je voudrais la laisser telle quelle même si elle est rejetée de sorte que nous puissions à l'avenir présenter à nouveau cette revendication lorsque la Grande-Bretagne ne sera plus ici.»

27. La position des autorités coloniales britanniques au cours du débat était que la bande de Caprivi faisait partie de la Namibie selon les termes mêmes du traité anglo-allemand de 1890.

28. La Grande-Bretagne a quitté le territoire en 1966 et l'Afrique du Sud en 1989. La Namibie a accédé à l'indépendance en 1990. Le Botswana a occupé l'île de Kasikili en 1991.

¹⁸Voir le *Rand Daily Mail*, Afrique du Sud, du 9 septembre 1965, réplique, annexe 37.

¹⁹Protectorat du Bechuanaland, conseil législatif, rapport officiel (Hansard 9), troisième session, première réunion : séance du 18 au 25 novembre 1963, p. 123-128.

IV. Obstacle au développement des activités économiques des populations locales du fait des différends frontaliers et de la présence de l'armée botswanaise

29. L'un des programmes les plus importants mis en place par la Namibie pour réduire la pauvreté dans les zones rurales est le programme de conservation des zones communales. Le fonds mondial pour la nature (WWF) a dit de ce programme qu'il était l'un des programmes les plus novateurs en matière de gestion des ressources fauniques et naturelles en Afrique, voire dans le monde entier. Cette initiative a valu au président de la Namibie et au peuple namibien de se voir attribuer la récompense la plus prestigieuse au niveau mondial en matière de protection de l'environnement — le prix de la terre du fonds mondial pour la nature. Le programme vise à reconnaître à des agriculteurs pratiquant une agriculture de subsistance dans les zones communales le droit de posséder et de gérer des ressources fauniques et naturelles dans les zones de conservation. Afin que ce programme soit couronné de succès, le gouvernement collabore avec diverses organisations non gouvernementales locales et internationales (ONG), le secteur privé et les populations locales.

30. Le programme couvre également la région du Caprivi, destination très prisée par les touristes. Le Caprivi établit des liens vers des attractions touristiques situées ailleurs en Namibie, au Botswana, en Zambie et au Zimbabwe. Le tourisme au Caprivi, une fois totalement mis en valeur, offre la possibilité de procurer d'importantes recettes à la Namibie. Malheureusement, sa mise en valeur dépend de la résolution des différends frontaliers opposant la Namibie et le Botswana le long du Chobe.

31. Les animaux sauvages et les ressources en poisson du Caprivi revêtent une valeur importante pour les Masubia. En premier lieu, ces ressources assurent leur nourriture. En deuxième lieu, le tourisme dépend dans une large mesure de la faune sauvage. En troisième lieu, de nombreuses espèces d'animaux sauvages présentes au Caprivi revêtent une grande valeur du point de vue de leur conservation car on ne les trouve nulle part ailleurs en Namibie. Certaines de ces espèces exigent le déploiement d'efforts de conservation tant sur le plan national qu'international. Et en dernier lieu, les animaux sauvages font partie intégrante de l'environnement naturel et du patrimoine du Caprivi. Cela fait des générations que les Capriviens dépendent de ces animaux. Les

poissons du Zambèze et du Chobe, par exemple, ont nourri les Masubia depuis des générations et leur ont permis de gagner de l'argent. La pêche est également pour l'instant sérieusement limitée par les différends frontaliers opposant la Namibie et le Botswana le long du Chobe.

32. Le Gouvernement namibien espère que le niveau de vie et le bien-être des populations rurales au Caprivi s'amélioreront une fois ce différend résolu lorsqu'ils trouveront des emplois dans le secteur touristique et les secteurs d'appoint en pleine expansion. La population aurait alors accès à un marché plus important pour vendre des objets artisanaux ainsi que d'autres produits et fournir des services. L'expansion du secteur touristique accroîtrait la valeur des zones de conservation ainsi que des régions qui les entourent.

33. Au Caprivi oriental, y compris sur l'île de Kasikili, l'activité économique qui serait la plus profitable pour la population locale est le tourisme. Contrairement aux dénégations du Botswana²⁰, la Namibie a largement démontré dans ses écritures que la presque totalité du trafic touristique sur le Chobe au voisinage de l'île de Kasikili emprunte le chenal sud²¹. Malheureusement, le développement de l'industrie touristique dans le district de Kasika est fortement gêné parce que les soldats armés des forces botswanaises ne permettent pas aux bateaux de tourisme de la Namibie d'emprunter le chenal sud. C'est le seul chenal où il est le plus facile d'observer le gibier²².

34. Un autre élément de ce programme concerne la mise en valeur des zones de conservation qui sont gérées par les populations locales et pour leur bénéfice. Deux zones de conservation ont été créées en territoire masubia. La première se trouve à Salambala dans la zone communale masubia. Cette zone de conservation a déjà permis d'obtenir des résultats économiques positifs pour la population. La création d'une deuxième zone de conservation englobant les populations de Ngoma, de Kasika (y compris l'île de Kasikili) et d'Impalila a été retardée à cause de différends frontaliers relatifs à l'île de Kasikili. L'occupation militaire de l'île de Kasikili effectuée

²⁰Réplique du Botswana, vol. 1, novembre 1998, par. 3-7.

²¹Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, par. 79; réplique de la Namibie, vol. I, par. 110-112 et vol. II, deuxième rapport supplémentaire de M. Alexander, par. 8.

²²Réplique de la Namibie, vol. II, deuxième rapport supplémentaire de M. Alexander, par. 8.3.

unilatéralement par le Botswana a donc compromis un programme global d'aménagement rural entrepris après l'accession à l'indépendance par le Gouvernement namibien au profit des populations rurales.

35. Si la frontière était tracée le long du chenal nord, la Namibie n'aurait plus aucun accès au chenal sud du Chobe qui répond vraiment aux besoins économiques régionaux des deux Parties. Par contre, si la frontière demeure située dans le chenal sud, cette solution assurera un accès juste et équitable aux ressources de l'économie régionale, qui est manifestement l'écotourisme.

V. Conclusion

36. Nous croyons pour notre part qu'aucun Namibien — homme, femme ou enfant, noir ou blanc — ne devrait se voir priver de la paix. Aucun enfant namibien — garçon ou fille — ne devrait se retrouver dans une situation de guerre. La paix et la stabilité en Afrique et dans le monde entier doivent être maintenues de façon à ce que nous puissions concentrer nos énergies sur le développement économique et social pour le bénéfice de tous les peuples d'Afrique et du monde entier. C'est à ces objectifs nobles que la Namibie consacra toute son énergie au cours de son mandat de deux ans au sein du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et de la présidence de l'Assemblée générale des Nations Unies assurée par son ministre des affaires étrangères. C'est son attachement à la paix et à la sécurité internationales qui a amené la Namibie à user de la plus grande modération dans les différends frontaliers qui l'opposent au Botswana le long du Chobe en général et à hauteur de l'île de Kasikili en particulier.

37. On peut conclure de ce que je viens de dire que la Namibie a respecté la lettre et l'esprit de sa politique étrangère qui repose sur les principes suivants : *a)* favoriser la paix, la coopération et la sécurité internationales; *b)* créer et maintenir des relations justes et mutuellement avantageuses entre les nations; *c)* promouvoir le respect du droit international et des obligations conventionnelles; et *d)* encourager le règlement des différends internationaux par des moyens pacifiques.

0 2 3 38. Monsieur le président, permettez-moi de transmettre à la Cour un message du chef actuel des Masubia du Caprivi, le chef Liswani III, l'autorité traditionnelle de la collectivité des Masubia. En voici la teneur :

«Au nom du peuple masubia du Caprivi, nous vous saluons au nom de la paix, de la justice et de l'équité. Nous sommes l'un des peuples autochtones d'un jeune pays appelé la Namibie. Pendant des siècles, l'île de Kasikili a été notre terre ancestrale. Elle a assuré la subsistance des Masubia qui vivent dans le district de Kasika en Namibie. Même les autorités coloniales allemandes, britanniques et sud-africaines étaient au courant de ce fait. Les Masubia du district de Kasika sont tributaires d'une économie de subsistance. Pour les Masubia du Kasika, l'île de Kasikili était leur compte en banque. C'était leur capital. La source de leur richesse, aussi petite soit-elle. L'occupation de l'île de Kasikili par l'armée botswanaise en 1991 a privé les Masubia du district de Kasika de leur terre ancestrale. Ils en sont réduits à vivoter. Ils se trouvent dans une impasse. L'île appartient à nos ancêtres. C'est là que certains de ceux-ci sont enterrés. Nous voulons qu'ils demeurent avec nous. Nous avons hérité de l'île d'eux. Et nous voulons que les générations futures héritent de cette île de nous. Nous demandons que la Cour se fasse l'apôtre de la justice, de la paix et de l'équité comme l'indique son nom. Que Dieu vous bénisse, Monsieur le président ainsi que tous les autres juges de la Cour.»

39. Monsieur le président, je déclarerai en guise de conclusion que la Namibie n'a pas pour position de dire qu'il suffit de lui rendre l'île de Kasikili. La position de la Namibie est que l'île de Kasikili est située en territoire namibien selon le traité anglo-allemand de 1890 et a toujours fait partie du territoire namibien, comme il ressort de mon exposé, des écritures et des plaidoiries que feront les conseils et les experts de la Namibie.

40. Monsieur le président, j'ai maintenant le plaisir de présenter les conseils et avocats qui exposeront la thèse de la Namibie à la Cour. M. Chayes prendra la parole après moi et exposera les grandes lignes de la thèse positive de la Namibie. M. Delbrück abordera la question de l'interprétation littérale du traité anglo-allemand. Demain matin, nous projetterons un petit film vidéo pour vous présenter la région. M. Alexander analysera ensuite l'hydrologie du Chobe à hauteur de l'île de Kasikili. Il sera suivi par M. Richards qui examinera la géomorphologie du Caprivi oriental. M. Chayes abordera alors l'analyse juridique des éléments de preuve scientifiques. Mercredi, M. Hangula fera ensuite une brève présentation de la collectivité masubia du Caprivi. Il sera suivi par M. Faundez qui se penchera sur la pratique ultérieure dans le cadre du traité. M. Rushworth examinera ensuite les éléments de preuve cartographiques. Et j'aborderai alors les aspects juridiques des éléments de preuve cartographiques. Jeudi, M. Cot traitera des questions de prescription et d'acquiescement. Et, pour terminer, M. Cot ainsi que M. Chayes présenteront l'argumentation finale de la Namibie.

Monsieur le président, ainsi se termine mon exposé. Je vous remercie. Puis-je maintenant vous prier de donner la parole à M. Abraham Chayes.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur Kawana. La Cour regrette vivement l'absence de sir Elihu Lauterpacht et espère comme tous que son état de santé continuera de s'améliorer. M. Chayes.

M. CHAYES : Plaise à la Cour

2. Examen d'ensemble liminaire de l'argumentation positive de la Namibie

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, c'est comme toujours un honneur, un privilège et une grande satisfaction pour moi de me présenter devant vous. Cette fois-ci, j'ai conscience d'une responsabilité d'une gravité particulière en commençant la présentation sur le fond de l'argumentation du Gouvernement de la Namibie. Comme l'agent de la Namibie l'a déjà dit, sir Elihu Lauterpacht, l'un des fleurons les plus brillants des avocats devant la Cour, est depuis le début l'un des membres principaux de l'équipe namibienne. Avant sa maladie, on prévoyait qu'il présenterait une partie importante de l'exposé liminaire. Malheureusement, il ne le peut pas et la tâche de prendre sa place m'est dévolue. Or il est très difficile à remplacer. Sir Elihu a pu, juste avant d'entrer à l'hôpital, préparer des notes et une esquisse des observations qu'il avait l'intention de présenter. Je suis heureux d'avoir pu les utiliser pour préparer cette plaidoirie. Bien entendu, sa responsabilité ne saurait être engagée pour les erreurs, omissions, ou autres défauts de cet exposé.

2. On met en garde les juristes américains afin qu'ils évitent de mentionner la Cour suprême des Etats-Unis ou sa jurisprudence quand ils prennent la parole devant la CIJ, peut-être parce que cela risquerait de soulever une incertitude sur le point de savoir quelle cour est vraiment suprême. C'est là, je n'en doute pas, un bon conseil. Cependant je me suis abstenu régulièrement de le suivre et, avec l'indulgence de la Cour, j'ai l'intention d'agir encore de même.

3. L'une des plus anciennes grandes affaires de la Cour suprême des Etats-Unis a été celle du *Dartmouth College*²³. Dans cette affaire il s'agissait de savoir si le corps législatif du New Hampshire pouvait abroger la charte qu'il avait accordée à Dartmouth, une institution de Hanover dans le New Hampshire, qui se consacrait pour une bonne part à l'éducation des Américains des communautés autochtones. Dartmouth était défendu par Daniel Webster, alors sénateur du Massachusetts, qui devint plus tard secrétaire d'Etat et fut sans conteste l'une des principales personnalités politiques américaines de la première moitié du XIX^e siècle. Il était aussi un homme de loi éminent parmi les avocats de la Cour suprême. Et il était un ancien de Dartmouth. Il a commencé sa plaidoirie devant la Cour par ces mots : «C'est un petit collège, mais il y a des gens qui l'aiment.»

4. Nous pouvons en conclure que les endroits exigus ne font pas nécessairement des petites affaires. A cela s'ajoute, et cela compte peut-être plus encore, que la dimension de l'endroit ne donne pas la mesure de ce qu'il signifie pour ceux qui risquent de subir les effets de la décision.

5. Ainsi l'île de Kasikili est, elle, une petite île d'environ 3 kilomètres carrés et demi de superficie. Elle est située dans une zone lointaine tout à l'extrémité orientale de la bande de Caprivi. En dehors des troupes du Botswana qu'a mentionnées M. Kawana, elle est inhabitée depuis un certain nombre d'années. Elle se trouve pour une part appréciable recouverte par les eaux pendant près de la moitié de chaque année. Il y a pourtant des gens qui l'aiment et qui dépendent d'elle.

* *

6. Comme vous l'avez entendu déjà, dans la question posée, les Parties ont demandé à la Cour «De déterminer, sur la base du traité anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890 et des règles et principes du droit international, la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu ainsi que le statut juridique de cette île.»²⁴

²³4 Wheat 519 (819).

²⁴Compromis entre le Gouvernement de la République du Botswana et le Gouvernement de la République de Namibie, 15 février 1996.

7. La Cour est donc invitée à se reporter d'abord au traité de 1890. L'article III définit «Les sphères d'influence réservées aux» parties respectives dans le Sud-Ouest africain (pour la commodité de la Cour, le texte de l'article pertinent en anglais et en allemand est reproduit au numéro 1.5 du dossier des juges).

8. Le passage déterminant aux fins de la présente affaire figure à l'article III, 2 :

«Une ligne qui ... suit ce parallèle [le dix-huitième de latitude sud] ... jusqu'au Chobe; et suit le centre du chenal principal de cette rivière jusqu'à son confluent avec le Zambèze, où elle s'arrête.»

9. Il est donc demandé à la Cour *premièrement*, de reconnaître quel est le chenal principal du Chobe à l'île de Kasikili et, *deuxièmement*, de déterminer où se trouve le centre de ce chenal. La structure du texte allemand est identique. Il définit la frontière comme *im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*. La Cour doit d'abord reconnaître quel est le *Hauptlauf*, et ensuite décider où le *Thalweg* se trouve dans ce *Hauptlauf*.

I. La détermination du centre du chenal principal du Chobe

10. D'emblée, je veux exposer à la Cour avec clarté quelle est la position de la Namibie sur ces questions (n°1.4). L'île de Kasikili comme vous le voyez est au centre, un peu à droite de cette barre. Le chenal principal du Chobe à l'île de Kasikili est marqué sur la photographie projetée, qui porte aussi le numéro 1.4 dans le dossier des juges. Cette photographie est l'une des très rares qui aient été prises à proximité de l'île à l'époque à laquelle une quantité d'eau importante s'écoule dans le Chobe. Si l'on commence un peu à l'ouest de l'île, là où il n'y a aucun différend relatif au chenal principal, vous verrez que la rivière occupe une large superficie entre deux rives bien définies, avec entre celles-ci un certain nombre de barres de sable, qui suivent une direction en gros parallèle à celle du courant.

11. Si l'on continue vers l'aval, nous voyons le chenal principal à l'île de Kasikili. Ce large chenal, depuis sa rive droite ici jusqu'à la rive gauche ici, est le chenal principal. Selon les termes des conclusions de la Namibie, il est «situé au sud de l'île de Kasikili/Sedudu»²⁵. Il constitue une

²⁵Mémoire de la Namibie, conclusions p. 141, contre-mémoire de la Namibie conclusions p. 88; réplique de la Namibie conclusions p. 197.

extension du chenal situé à l'ouest que nous venons d'examiner. Il suit la même direction que ce chenal et sa largeur est à peu près la même, jusqu'au point où il atteint le creux au sud de l'île. Il contient des barres de sable semblables parallèles à la direction du cours.

12. La rive droite du chenal principal continue à partir de l'ouest, le long de l'île sur toute sa longueur et au-delà. Elle est marquée par une ligne d'arbres située le long du bord, ce qui constitue une caractéristique des cours d'eau dans les parties semi-arides de l'Afrique. De reste nous verrons demain, sur la vidéo préparée par la Namibie, que cette rive droite bien définie, bordée d'arbres, est un caractère remarquable du Chobe à partir de son intersection avec l'arête du Linyandi quelque 150 kilomètres en amont.

13. La rive gauche du chenal principal est définie par une ligne de terrains élevés qui s'orientent de façon générale dans le sens est-ouest. Les forces de défense du Botswana ont choisi cet emplacement pour installer leur tour de guet et leurs casernes. Si elles l'ont fait, c'est probablement parce qu'il correspond à l'altitude la plus élevée dans la région et assure donc quelque protection contre les inondations pendant les périodes de crue.

14. J'aborde maintenant un point d'une importance fondamentale : pour déterminer le chenal principal au sens du traité, il n'est pas demandé à la Cour de faire une option ou un choix entre le chenal situé au nord de l'île et le chenal situé au sud tels qu'ils apparaissent sur les nombreuses photographies et cartes qui se fondent sur eux et ont été versés aux débats à titre de preuve. Ces photographies ont été prises pendant la saison sèche, alors qu'il n'existe pratiquement aucun écoulement dans le Chobe à l'île de Kasikili. Quand il y a un écoulement, il suffit de regarder pour voir qu'aucun de ces deux chenaux étroits n'est assez grand pour recevoir le débit des eaux qui descendent le large chenal situé à l'ouest de l'île.

15. Comme M. Richards l'établira demain, le chenal situé au nord de l'île est un méandre isolé, et non plus un chenal en pleine activité. Juste au nord et à l'ouest se trouve le chenal en épi, un chenal inactif ensablé à son extrémité en amont. Ce chenal-ci au sud marque la partie la plus profonde du chenal principal là où il s'écoule au sud de l'île. Autrement dit, c'est lui qui constitue le chenal *Thalweg* du chenal principal. Le «*Thalweg*» ou le «centre» du chenal principal, pour se servir des termes du traité, est la ligne des sondages les plus profonds effectués à l'intérieur de ce

chenal. Cette ligne est la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili. Comme nous le verrons mercredi matin, elle correspond à l'endroit où la frontière est située sur la grande majorité des cartes présentées à la Cour.

16. Pendant les quatre prochaines journées, la Namibie établira que toutes les considérations pertinentes pour répondre à la question dont la Cour est saisie convergent et confirment la définition que l'on vient de donner du centre du chenal principal.

17. Aujourd'hui, je vais présenter une vue d'ensemble de ces facteurs déterminants :

- i) l'analyse linguistique du texte du traité et des travaux préparatoires;
- ii) la pratique ultérieure des Parties, qui prouve qu'elles estiment d'un commun accord qu'en vertu du traité l'île de Kasikili appartient à la Namibie;
- iii) les cartes produites par les Etats et organisations qui exerçaient l'autorité politique dans la région avant l'indépendance de la Namibie et du Botswana, qui établissent l'attribution uniforme de l'île à la Namibie;
- iv) une analyse de l'hydrologie et de la géomorphologie de la région, qui démontre que, quand il y a un courant important dans le Chobe à proximité de l'île, la plus grande partie s'écoule dans le chenal situé au sud de l'île;
- v) l'utilisation économique du Chobe, qui se limite en grande partie au déplacement des touristes au sud de l'île, d'où il résulte que l'accès équitable aux ressources du Chobe oblige à tracer la frontière dans le chenal sud;
- vi) enfin, l'utilisation et l'occupation continues de l'île par les Masubia du Caprivi oriental et leurs dirigeants coloniaux, sans aucune objection ni protestation de la part du Botswana ou de ses prédécesseurs en titre habilite la Namibie à revendiquer la souveraineté sur l'île par prescription.

II. La géographie de la région

18. Cependant, avant d'examiner ces questions, il sera peut-être utile de faire brièvement, avec la Cour, le tour de la géographie de la région dont il s'agit en l'espèce. Au fur et à mesure j'indiquerai certains des autres caractères et noms de lieux dont il sera question pendant les débats.

19. Le numéro 1.6 du dossier des juges est une carte sommaire de la Namibie qui indique sa situation en Afrique australe. La bande de Caprivi, qui constitue la région principale dont on se préoccupe en l'espèce, est le long rectangle qui s'étend vers l'est au coin nord-est du pays.

20. Maintenant, une carte à grande échelle de la bande de Caprivi (n° 1.7 dans votre dossier) figure sur l'écran. La frontière telle qu'elle est définie dans le traité suit le 18^e parallèle de latitude sud jusqu'au Chobe. Elle descend le long du centre du chenal principal de ce cours d'eau jusqu'à ce qu'il atteigne l'arête de Linyanti. Le cours d'eau s'écoule ensuite vers le nord-est à travers les marais de Linyanti jusqu'au lac Liambezi. La Namibie est au nord du cours d'eau; le Botswana au sud. Cinquante kilomètres plus loin en aval se trouve le pont de Ngoma.

21. Nous descendons le long du cours d'eau jusqu'à ce que nous atteignons Serondela. Au-dessus de ce point, pendant les saisons sèches, le lit du cours d'eau est d'ordinaire presque sec. Quinze kilomètres plus en aval se trouve l'île de Kasikili. Kasika est un village de Namibie situé juste au nord de l'île. Au sud de l'île, au Botswana, se trouve le parc national du Chobe, connu dans le monde entier. Son siège est ici. A un kilomètre environ au-dessous de l'île, du côté du Botswana, se trouve Kasane. Un centre administratif britannique dirigé par un commissaire de district se trouvait à cet endroit et le Botswana l'a occupé quand il est devenu indépendant. Ici se trouvent les rapides de Mambova, juste avant le confluent avec le Zambèze où la frontière prend fin selon le traité.

III. Résumé de l'argumentation

22. Je passe maintenant à la présentation sommaire de l'argumentation de la Namibie en droit.

1. Le texte du traité

23. Le principe fondamental de l'interprétation des traités, consacré à l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités est qu'un traité doit être interprété suivant le sens ordinaire attribué à ses termes. Comme la Cour l'a déclaré dans l'affaire *Libye/Tchad*, son affaire

la plus récente relative à un traité établissant une frontière, «l'interprétation doit être fondée avant tout sur le texte du traité lui-même»²⁶. Tout cela relève du droit élémentaire des traités.

24. Selon la conclusion de la Namibie, le texte du traité de 1890 est clair. Il situe la frontière au «centre du chenal principal» du Chobe, ou en allemand «*im Thalweg des Hauptlaufes*». Comme je l'ai déjà dit, ces termes exigent expressément une procédure en deux étapes : d'abord définir quel est le chenal principal (ou *Hauptlauf*), ensuite déterminer «le centre» ou *thalweg* de ce chenal.

25. Cela semblerait trop clair pour donner lieu à une argumentation. Pourtant le Botswana soutient que la frontière établie par le traité est le *thalweg* du cours d'eau. Cela, soutient-il, signifie le chenal utilisé pour la navigation. A ce titre, déclare encore le Botswana, ce doit être nécessairement le chenal le plus profond du cours d'eau. En moyenne, le chenal nord est plus profond que le chenal sud. Donc, là réside la frontière. Le Botswana fonde sa position sur un prétendu «principe du *thalweg*». Il présente cela comme une règle de droit international coutumier qui prescrit que si un cours d'eau constitue la frontière entre deux Etats, la ligne frontière est située dans le *thalweg* de ce cours d'eau, ou le chenal le plus profond, au moins en l'absence d'une disposition contraire expresse. Pour le confirmer, le Botswana indique l'utilisation qui est faite du mot «*thalweg*» dans le texte allemand du traité.

26. Toutes les phases de ce raisonnement sont erronées, qu'il s'agisse du droit, de la logique ou des deux.

27. Premièrement, comme la Namibie l'a démontré dans ses exposés écrits, il n'existait aucun «principe du *thalweg*» de ce genre en droit international quand le traité a été conclu²⁷.

28. Deuxièmement, si le chenal navigable doit constituer la frontière, rien n'autorise à retenir le critère de la profondeur moyenne. C'est le point de la profondeur minimum dans un chenal qui détermine la navigabilité, car un bateau sur le cours d'eau doit franchir ce point pour naviguer. Quant au point de profondeur minimum; il n'y a guère de choix entre les chenaux à l'île de Kasikili.

²⁶C.I.J. Recueil 1994, p. 22, par. 41.

²⁷Contre-mémoire de la Namibie, 54-58, réplique de la Namibie, par. 15, 18, 115-117.

29. Troisièmement, comme la Cour permanente l'a déclaré dans l'affaire de *Mosul*, «il résulte encore de la nature même d'une frontière et de toute convention destinée à établir les frontières entre deux pays, qu'une frontière doit être une délimitation précise dans toute son étendue». Or, comme on le verra maintenant, le Chobe n'est pas navigable «dans toute son étendue»²⁸. En réalité, il reste à sec sur une grande partie de son étendue la plupart du temps. Ainsi, un quelconque principe de délimitation des frontières fondé sur un chenal navigable est-il incapable de fournir «une délimitation précise dans tout son étendue [du Chobe]».

30. Cependant, l'objection la plus importante que suscite l'attitude du Botswana, c'est qu'elle ne tient pas compte des termes du traité de 1890. De fait, le Botswana dit expressément dans son contre-mémoire que les termes «*the main channel*» dans le texte anglais n'ont aucun sens qui leur soit propre et qu'on ne doit donc tenir aucun compte de «*des Hauptlaufes*» dans le texte allemand²⁹.

31. Il n'est pas besoin de dire à la Cour que méconnaître les termes du texte de cette façon va directement à l'encontre des principes les plus élémentaires du droit de l'interprétation des traités. Il n'est pas permis à un tribunal de ne pas tenir compte des mots qui ont été effectivement utilisés et de les remplacer par d'autres que l'une des parties préférerait. Une fois encore il peut être approprié de se référer à ce qu'a déclaré la Cour dans l'affaire *Libye/Tchad* :

«[la Cour] est tenue de l'appliquer [le texte] tel qu'il est, sans qu'elle ait à se demander si d'autres dispositions auraient pu lui être ajoutées ou substituées avec avantage»³⁰.

Or l'attribution d'un sens aux mots critiques ne soulève aucune difficulté. Dans un cours d'eau qui a plusieurs chenaux, chaque chenal a son propre thalweg. La disposition du traité peut donc être appliquée directement d'une manière conforme au sens ordinaire de ce terme.

0 3 2

32. Dans la présente affaire, compte tenu de l'évolution du texte du traité au cours des négociations de 1890, il serait particulièrement erroné de ne pas tenir compte des expressions "of the main channel" et "*Hauptlauf*". Dans les projets antérieurs, la ligne frontière était simplement

²⁸Avis consultatif de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de *Mosul*, C.P.J.I. série B n° 12, p. 20.

²⁹Contre-mémoire du Botswana, par. 196 et 197.

³⁰C.I.J. Recueil 1994, par. 51, citant l'avis consultatif de la Cour permanente de Justice internationale sur *l'Acquisition de la nationalité polonaise*, C.P.J.I. série B n° 7, p. 20.

présentée comme «le centre du Tschobi». La traduction allemande de cette formule était "*längs dem Tschobifluss*". Ce n'est qu'à un stade très tardif des négociations, une semaine avant la signature du traité que les mots "*of the main channel*" ont été insérés. Cela a été fait à la demande du Gouvernement britannique et dans le texte anglais. Par la suite le texte allemand a été modifié par rapport à sa forme initiale et il est devenu "*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*"³¹. Ainsi les mots auxquels, selon le Botswana, l'on ne doit attribuer aucune signification qui leur soit propre — "*the main channel*" en anglais et "*des Hauptlaufes*" en allemand — sont les termes mêmes que les Parties ont ajoutés au texte de façon délibérée et expressément lors de la dernière phase des négociations. Il serait totalement injustifié de les méconnaître.

33. Très bien donc. Si la Cour doit attribuer une pleine signification à la formule "*the main channel*" ou "*Hauptlauf*", comment doit-elle procéder ? A quelles sources ou à quels documents ou critères doit-elle se reporter pour établir le sens de cette formule ? Le texte lui-même ne donne aucun indice. Il faut recourir aux règles traditionnelles de l'interprétation des traités. Toutes amènent à conclure que le chenal principal est celui que j'ai décrit d'emblée dans ma plaidoirie et son centre se trouve dans le chenal sud.

34. Premièrement et surtout, il y a la pratique des parties fondée sur le traité, qui établit qu'elles étaient d'accord pour considérer que l'île de Kasikili faisait partie du territoire de la Namibie.

35. Deuxièmement, cette pratique ultérieure — d'une importance particulière en l'espèce — contient notamment l'élément constitué par la documentation cartographique, pour l'essentiel uniforme, qui situe la frontière dans le chenal sud.

36. Troisièmement, le sens ordinaire attribué aux mots «le chenal principal» est celui du chenal par lequel s'écoule la plus grande partie des eaux. Des autorités scientifiques et juridiques confirment ce critère. En l'espèce, pendant les périodes que caractérise un écoulement important des eaux du Chobe vers l'aval au-delà de l'île de Kasikili, la plus grande partie s'écoule au sud de l'île par le chenal principal comme l'indique la photographie n° 1.4 du dossier des juges.

0 3 3

³¹Voir mémoire de la Namibie, paragraphes 104-107 et contre-mémoire de la Namibie, paragraphes 51-53, y compris en particulier la note 55 pour un traitement plus complet de cette question.

37. Quatrièmement, une fois encore selon l'usage ordinaire, «le chenal principal» est «le chenal le plus utilisé». Le trafic commercial sur le Chobe autour de l'île de Kasikili est essentiellement touristique. Il a lieu en quasi-totalité dans le chenal situé au sud de l'île. Seule une frontière située dans le chenal sud donne aux deux Etats un accès égal aux ressources du cours d'eau du point de vue de la navigation. Ici encore les experts juridiques soulignent l'importance d'un accès égal aux ressources du cours d'eau pour établir les frontières entre les riverains.

38. Je vais présenter de brèves observations sur chacun de ces éléments, compte tenu de l'interprétation de la formule «le centre du chenal principal» du Chobe.

2. La pratique ultérieure des Parties

39. Comme la Cour le sait, le paragraphe 3 *b*) de l'article 31 de la convention de Vienne dispose qu'un traité doit être interprété en tenant compte «[d]e toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité».

40. Le Botswana soutient qu'il faut que le compromis entre les Parties établisse une pratique au sens du paragraphe 3 *b*) de l'article 31. Cela est manifestement contraire aux termes de la Convention elle-même. Le paragraphe 3 *a*) de l'article 31 traite de «tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions». Ainsi, le paragraphe 3 *b*) de l'article 31 doit s'appliquer à la pratique à défaut d'un accord entre les Parties ou d'une action commune de leur part. De fait, dans l'affaire du *Canal de Beagle*, le cour d'arbitrage a expressément rejeté la thèse selon laquelle la conduite ultérieure ne saurait avoir de valeur probante aux fins de l'interprétation d'un traité, à moins qu'elle ne soit consacrée dans un accord entre les Parties³².

41. Quel est l'historique des actions entreprises par les Parties concernant l'île de Kasikili depuis le traité de 1890 ? Quelle conduite ont-elles adoptée en la matière ? Qui vivait sur l'île ? Qui a exercé l'autorité politique et selon quelles modalités ? Quelles revendications ont-elles été avancées et comment ont-elles été accueillies ?

³²*ILR*, vol. 52, p. 235.

42. Comme je l'ai déjà dit, l'île de Kasikili est maintenant inhabitée, hormis le déploiement illégal des troupes de la force de défense botswanaise. Mais, pendant la plus grande partie de ce siècle, les Masubia du Caprivi oriental ont vécu sur l'île et y ont cultivé les terres. Ils restaient sur l'île pendant la saison sèche. Lorsque l'île était inondée, les habitants se rendaient sur les hauteurs de Kasika en attendant la décrue. Aujourd'hui encore, comme vous le verrez sur le film vidéo qui sera projeté demain, les agriculteurs masubia quittent leurs villages et leurs champs lorsque la plaine alluviale du Zambèze est inondée et ils se réfugient sur les hauteurs.

43. Plus de soixante témoins masubia ont témoigné devant la commission mixte d'experts techniques à laquelle M. Kawana a fait allusion dans son exposé liminaire. Les volumes 2 et 3 du mémoire de la Namibie contiennent une transcription de ces dépositions. M. Lazarus Hangula, un éminent historien spécialiste de la Namibie et de ses frontières, en fera l'analyse mercredi matin. Comme vous le verrez, les témoins affirment unanimement que les Masubia du Caprivi étaient les seuls à occuper l'île³³.

44. Les témoignages oculaires sont corroborés par les déclarations officielles des administrateurs, tant sud-africains que britanniques, en poste dans la zone.

45. En 1912, le capitaine Eason, un officier britannique en poste à Kazangula, a mené une expédition d'exploration qui a remonté le cours du Chobe. Mercredi matin, M. Faundez parlera plus longuement de cette expédition et du rapport du capitaine Eason. Pour le moment, ce qui importe c'est le passage suivant de son rapport : «A 2 milles en amont des rapides, on trouve l'île de Kissikiri [sic]... Les autochtones qui vivent à Kasika, en territoire allemand, y pratiquent actuellement la culture.»³⁴

46. En 1948, une controverse a surgi au sujet de la situation de l'île de Kasikili entre l'Afrique du Sud et les autorités britanniques au Bechuanaland. La question a été réglée en 1951 par un arrangement administratif entre représentants officiels, qui consistait à revenir au *statu quo ante*. Mercredi matin, M. Faundez exposera également de façon détaillée la portée générale de cet

³³La Namibie a parlé de ces témoignages aux paragraphes 196 à 208 de son mémoire.

³⁴Mémoire de la Namibie, annexe 47.

événement. Pour l'instant, il suffit de noter que la correspondance qu'il a suscitée révèle que les représentants officiels des deux Parties, tant administratifs que politiques, se faisaient la même idée, dépourvue d'ambiguïté, de l'interprétation du traité et de la situation sur le terrain. Tous les représentants officiels concernés — qu'ils soient sud-africains ou du Bechuanaland, qu'ils soient des agents de l'administration ou des représentants exerçant des responsabilités politiques — tous autant qu'ils étaient partaient de deux constatations factuelles :

- premièrement, au moins à partir du début du siècle, l'île avait été occupée et exploitée exclusivement par les Masubia du Caprivi, et
- deuxièmement, «Rien ne prouve ... que l'île ait été utilisée ou ait été revendiquée par des membres de tribus ou les autorités du Bechuanaland, ou qu'aucune objection n'ait été opposée à l'utilisation de cette île par les membres de tribus de la bande de Caprivi.»³⁵

47. Je répète : rien ne prouve que l'île ait été utilisée ou ait été revendiquée par des membres de tribus ou les autorités du Bechuanaland, ou qu'aucune objection n'ait été opposée.

48. L'autorité politique sur les Masubia était traditionnellement exercée par leur chef et le *kuta*, le conseil des *indunas* ou notables locaux. Ils faisaient office de juges pour trancher les litiges entre Masubia et ils décidaient de la répartition des terres entre les membres du groupe. Pendant la période coloniale, les Européens et plus tard les Sud-Africains ont exercé leur autorité par le truchement de ces institutions locales selon ce que l'on a appelé «l'administration indirecte». A l'origine, cette méthode a été mise au point par les Britanniques. Elle a été reprise par le premier représentant résident de l'Empire allemand, le capitaine Kurt Streitwolf. Lorsqu'il est arrivé dans le Caprivi oriental en 1909, son premier acte officiel a été de veiller à ce qu'un notable local, Chikamatondo, soit désigné comme chef des Masubia, sous sa supervision³⁶.

49. Nous le savons, les Masubia du Caprivi oriental considéraient l'île de Kasikili comme faisant partie de leur territoire et Chikamatondo était leur chef. Sa juridiction s'étendait donc à l'île. Il était fréquent qu'un village prenne le nom d'un chef ou d'un notable qui y résidait. L'*induna* de

³⁵Mémoire de la Namibie, annexe 60, par. 6.

³⁶Cet épisode est relaté en détail dans le mémoire de la Namibie, par. 228.

Chikamatondo pour cette région s'appelait Sulumbu et l'île de Kasikili est indiquée sur la carte de Seiner — la carte allemande de la zone publiée en 1909 — comme l'île de Sulumbu. Des témoignages ont établi que le chef Lisiwanyana — un autre chef des Masubia — a rendu la justice sur l'île. Tous ces faits établissent que l'autorité politique sur l'île de Kasikili était exercée par des dirigeants masubia, qui étaient eux-mêmes soumis à l'autorité des dirigeants coloniaux allemands.

50. Au cours de la première guerre mondiale, la Grande-Bretagne a administré l'île de Kasikili en tant que puissance occupante puis, jusqu'en 1929, en tant que déléguée de l'Afrique du Sud sous mandat de la Société des Nations. Au cours de cette période, l'administration indirecte a continué d'être exercée, comme dans tous les territoires coloniaux britanniques. Mais les autorités britanniques ont maintenu une stricte séparation formelle entre leurs activités en tant que dirigeant colonial du Bechuanaland et leurs activités en tant que délégué de la puissance mandataire dans la bande de Caprivi, juste à côté, et c'était l'Afrique du Sud qui remboursait leurs frais.

51. Trollope, magistrat résident d'Afrique du Sud et commissaire aux affaires indigènes du Caprivi oriental de 1939 à 1953, considérait manifestement que l'île se trouvait dans sa juridiction. C'est la seule façon d'expliquer la position qu'il a prise dans l'épisode qui a abouti à l'arrangement Trollope-Dickinson de 1951. Un magistrat qui lui a succédé, C. E. Kruger, a autorisé des chasseurs professionnels masubia à abattre des éléphants qui détruisaient les cultures sur l'île³⁷.

037

52. Tout au long de la période d'administration sud-africaine, les textes législatifs adoptés périodiquement pour s'appliquer à la zone définissaient l'autorité administrative des chefs masubia. Ils leur accordaient également compétence pour juger les plaintes civiles entre Masubia et les délits mineurs, leurs décisions étant susceptibles d'appel devant le magistrat résident³⁸.

53. Tout au long de cette période également, les commissaires de district en poste à Kazungula et plus tard à Kasane, à un kilomètre seulement ou 2 de l'île, étaient parfaitement informés de tous les faits et en faisaient fréquemment rapport à leurs supérieurs. Néanmoins, à la

³⁷Mémoire de la Namibie, annexe 1, p. 24 (témoignage de S. M. Ntonda).

³⁸Voir notamment mémoire de la Namibie, annexe 101.

seule exception des échanges entre Trollope et Dickinson que j'ai déjà évoqués, on a gardé le silence le plus complet du côté du Bechuanaland de la frontière.

54. Même le Botswana reconnaît qu'au moins jusqu'en 1948, soit au plus tôt 60 ans après le traité de 1860, ni les habitants ni les autorités du Bechuanaland n'ont fait valoir de revendications sur l'île. En 1949, la haut-commissaire pour le Bechuanaland a reconnu dans une lettre adressée au secrétaire d'Etat britannique chargé des relations avec le Commonwealth que «jusqu'à présent, on considérait que cette île [de Kasikili] faisait partie de la bande de Caprivi»³⁹.

55. Le droit international qui doit être appliqué à ces faits est bien établi. Dans tous les précédents judiciaires et arbitraux, il est reconnu qu'en matière d'actes positifs d'exercice de la juridiction dans des «régions sauvages et isolées», les possibilités ou les exigences sont fort limitées. J'appellerai l'attention de la Cour dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*⁴⁰, l'arbitrage de l'*Ile de Palmas*⁴¹ et l'arbitrage *Rann of Kutch*⁴².

56. Dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'arrêt rendu dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, M. Fitzmaurice a dit :

«C'est un principe international établi en droit qu'en particulier dans les régions sauvages et isolées, un nombre assez faible d'actes de maintien de la souveraineté suffit quand le titre ne dépend pas essentiellement du caractère ou du nombre de ces actes eux-mêmes, mais dérive d'une source connue et indépendante, telle qu'un traité ou un autre règlement conventionnel.»⁴³

038

57. La Cour devrait relever que la série continue de ces actes de la part de l'Allemagne et de l'Afrique du Sud contraste avec leur absence totale du côté du Bechuanaland du cours d'eau.

58. Dans le présent contexte, l'affaire de l'*Ile de Palmas* est particulièrement révélatrice. M. Max Huber, arbitre unique, a expressément affirmé que :

³⁹Mémoire de la Namibie, annexe 66.

⁴⁰*Statut juridique du Groënland oriental*, C.P.J.I. série A/B n° 53, p. 46.

⁴¹S.A. M. Huber, C.P.A., 4 avril 1928, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 839.

⁴²*Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVII.

⁴³*C.I.J. Recueil 1962*, p. 64.

«C'est la totalité des fonctions ainsi dévolues soit aux autorités indigènes, soit à celles de la Puissance coloniale, qui tranche la question de savoir si à une période quelconque les conditions exigées pour l'existence de la souveraineté sont remplies.»⁴⁴

On aurait du mal à imaginer comment la pertinence de l'administration indirecte dans l'établissement de la souveraineté pourrait recevoir un aval plus explicite.

59. La Namibie soutient que le dossier des faits en l'espèce est plus que suffisant à démontrer l'exercice de la juridiction et à établir l'interprétation que la Namibie fait du règlement conventionnel. La situation était parfaitement connue des autorités du Bechuanaland. De l'aveu même du Botswana, elles n'ont présenté aucune revendication ni soulevé aucune objection avant 1948. Selon la Namibie, le silence passif du Botswana s'est même prolongé jusque dans les années quatre-vingt. Quoi qu'il en soit, la pratique telle qu'elle ressort du dossier apporte la preuve que les parties s'accordaient à considérer que le traité anglo-allemand de 1890, correctement interprété, assignait l'île de Kasikili à la Namibie.

La Cour souhaite-t-elle faire une pause maintenant ?

Le PRESIDENT : L'audience est suspendue pour une pause de quinze minutes.

L'audience est suspendue de 11 h 30 à 11 h 50.

0 3 9

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. Je donne la parole à M. Chayes.

M. CHAYES : Je vous remercie, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour. Je vais maintenant examiner les éléments de preuve cartographiques.

3. Les éléments de preuve cartographiques

60. L'avis donné dans l'affaire du *Canal de Beagle* laisse entendre que les éléments de preuve cartographiques constituent aux termes de l'article 31 3) b) de la convention de Vienne une catégorie particulière de la pratique ultérieure. Mais quel que soit le texte de référence, la Cour et d'autres tribunaux internationaux ont eu pour habitude de consulter des cartes et de s'appuyer sur des preuves cartographiques aux fins de déterminer les tracés frontaliers et d'interpréter les traités s'y rapportant.

⁴⁴R.G.D.I.P., t. XLII, 1935, p. 187.

Au nombre des affaires les plus connues figurent celle des *Minquiers et Ecréhous*, l'affaire du *Temple*, l'affaire des *Parcelles frontalières*, le *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, l'affaire de *Taba*, et bien d'autres encore, sans compter l'affaire du *Canal de Beagle* elle-même.⁴⁵

«Les cartes publiées après la conclusion du traité peuvent éclairer sur les intentions des Parties à l'égard de cet instrument et, de manière générale, sur la manière dont il convient de l'interpréter. Mais l'intérêt particulier de telles cartes réside plutôt dans les éléments de preuve qu'elles apportent quant au point de vue adopté par l'une ou l'autre partie à l'époque, ou ultérieurement, concernant le règlement qui découle du traité...»⁴⁶

0 4 0

61. Mercredi matin, le colonel Dennis Rushworth, ancien directeur du service cartographique du ministère britannique de la défense, vous retracera l'histoire cartographique de la bande de Caprivi. Comme la Cour pourra le constater, en dehors des cartes publiées par les Parties au différend, celles-ci ont produit dans leurs pièces écrites vingt-six cartes décrivant l'île de Kasikili. Neuf de ces cartes ne portent aucun tracé frontalier et ne sont par conséquent d'aucune utilité en la matière. Les dix-sept autres cartes, à l'exception d'une seule, situent clairement l'île de Kasikili en Namibie. Sur la carte faisant exception, une ligne de démarcation a été ajoutée en surimpression sur le chenal nord, mais comme le montrera le colonel Rushworth, il apparaît qu'elle n'est là qu'à titre indicatif, aux fins d'opérations militaires, et qu'elle ne représente pas un tracé frontalier.

62. Je vous épargnerai donc la description complète des preuves cartographiques disponibles à ce jour. Je voudrais toutefois attirer l'attention de la Cour sur les quatre cartes qui, de l'avis de la Namibie, devraient suffire par elles-mêmes à trancher l'affaire en sa faveur. Il s'agit des cartes publiées et utilisées par les parties au traité de 1890 et aux successeurs en titre (à l'exception du Botswana et de la Namibie, Parties au présent litige). Les cartes officielles publiées et utilisées par toutes ces entités attribuent l'île de Kasikili à la Namibie. Je me propose de les mentionner brièvement, en laissant au colonel Rushworth et à M. Kawana le soin de les commenter plus en détail mercredi.

⁴⁵*Minquiers et Ecréhous*, C.I.J. Recueil 1953; *Temple de Préah Vihéar*, C.I.J. Recueil 1962; *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières*, C.I.J. Recueil 1959; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, C.I.J. Recueil 1992; affaire de *Taba (Egypte/Israël)*, RIAA, vol. 20; *Beagle Channel Arbitration*, ILR, vol. 52.

⁴⁶ILR, vol. n° 52, p. 224.

63. L'Allemagne, puissance coloniale jusqu'en 1915, a produit la carte de Seiner, qui porte le numéro 1.8 dans le dossier soumis à la Cour (où les quatre cartes sont numérotées à la suite, de 1.8 à 1.11). Cette carte a été publiée en 1909 et utilisée par l'Allemagne comme carte officielle de la région durant la période où celle-ci relevait de son administration.

64. Le Royaume-Uni était la puissance coloniale qui administrait le Bechuanaland, territoire voisin de la Namibie au sud du cours d'eau. En 1933, le ministère britannique de la guerre a établi la carte GSGS 3915, carte du Bechuanaland restée en usage jusqu'en 1965. Cette carte porte le numéro 1.9 dans le dossier de la Cour. La ligne qui symbolise la frontière y suit la rive du chenal sud, indiquant donc que c'est là que se situait la limite entre les deux territoires.

65. L'Afrique du Sud a été puissance mandataire jusqu'en 1966. La principale carte qu'elle utilisait était la carte de l'Afrique du Sud TSO 400/558, qui porte le numéro 1.10 dans le dossier de la Cour. Cette carte a été publiée en 1949, mais levée vers le milieu des années quarante. La frontière y coïncide avec le tracé de la rivière, et avec son chenal sud à la hauteur de l'île de Kasikili, ce qui situe sans équivoque cette île en Namibie.

66. L'Organisation des Nations Unies a exercé l'autorité légale sur la Namibie de 1966, date de l'expiration du mandat, jusqu'à l'indépendance. La carte n° 3158 de l'ONU (1.11 dans votre dossier) a été dressée dans le cadre des efforts déployés par la communauté internationale pour renforcer le statut et l'intégrité territoriale de la Namibie, alors que celle-ci était encore sous contrôle illicite de l'Afrique du Sud. Le territoire de la Namibie est coloré en brun, de même que l'île de Kasikili. Le territoire namibien adjacent, de la couleur blanche du papier sur laquelle la carte est imprimée, tranche très nettement sur les parties brunes.

0 4 1 67. Ces quatre cartes officielles couvrent largement la centaine d'années qui s'est écoulée depuis la conclusion du traité en 1890. Elles constituent une preuve incontestable quant au «point de vue adopté par l'une ou l'autre partie à l'époque, ou ultérieurement, concernant le règlement qui découle du traité» — pour reprendre la formule utilisée dans l'avis relatif au *Canal de Beagle*. Ce point de vue est uniforme et constant : aux termes du traité, l'île de Kasikili fait partie de la Namibie.

4. Le chenal principal du point de vue du volume d'écoulement

68. Dans son sens habituel, l'expression «chenal principal» désigne le chenal qui transporte la plus grande proportion de l'écoulement de la rivière. Tant le Botswana que la Namibie ont accepté ce critère dans leurs pièces écrites. Il est dit dans le contre-mémoire du Botswana : «Le chenal principal est le chenal qui transporte la plus grande quantité d'eau.»⁴⁷ Dans son propre mémoire, la Namibie utilise une formulation à peu près identique : «Le chenal principal d'un cours d'eau est celui qui transporte la plus grande fraction du débit annuel du cours d'eau.»⁴⁸

69. Les sources de droit confirment ce critère. Dans la jurisprudence internationale, la décision rendue dans l'affaire *Palena* est celle où les faits se rapprochent le plus de ceux de la présente instance. Il était demandé dans cette affaire à la Cour d'arbitrage d'identifier le «chenal principal» d'une rivière frontalière entre l'Argentine et le Chili. La Cour a estimé que «les trois principaux critères à appliquer dans un problème de cette nature sont la longueur, l'étendue du bassin versant et le débit»⁴⁹. En la présente affaire, des valeurs sont à peu près identiques pour les deux chenaux en ce qui concerne les deux premiers critères de sorte que seul le troisième, le «débit», apparaît pertinent.

70. Dans leurs analyses des critères permettant de déterminer le tracé des frontières fluviales, les publicistes du XIX^e siècle spécialisés en droit international mettent de même l'accent sur le courant ou l'écoulement. Pour ne citer qu'un seul exemple, Calvo indique comme critère «le milieu du courant du plus gros volume d'eau»⁵⁰. Je commenterai plus longuement les écrits de ces auteurs demain lors de ma présentation des éléments scientifiques⁵¹.

0 4 2

⁴⁷Contre-mémoire du Botswana, par. 385.

⁴⁸Mémoire de la Namibie, par. 157.

⁴⁹*ILR*, vol. 38, p. 95.

⁵⁰Sans objet en français.

⁵¹Les références citées dans le présent paragraphe, ainsi que dans d'autres, font l'objet d'une analyse détaillée dans le contre-mémoire de la Namibie aux paragraphes 61-66.

71. Venons-en donc à la question de savoir où transite la plus grande proportion des eaux du Chobe à hauteur de l'île de Kasikili. Pour y répondre, il nous faut tout d'abord considérer le système plus général d'écoulement des eaux dans la rivière. Le Botswana dit : «Le Chobe est un cours d'eau permanent indépendant, qui s'écoule de façon continue pendant toutes les saisons de l'année dans le chenal nord autour de l'île de Kasikili/Sedudu.»⁵² De fait, cette affirmation selon laquelle le Chobe est un cours d'eau pérenne revient sous une forme ou l'autre à treize reprises au moins dans le contre-mémoire du Botswana, et deux fois encore dans sa réplique. C'est là un autre exemple encore des affirmations non étayées par des éléments de preuve et impossibles à prouver du Botswana.

72. Le Botswana déclare qu'un cours d'eau pérenne est un cours d'eau «qui ne s'assèche jamais». Mais au cours des quinze dernières années, le cours du Chobe est resté complètement à sec depuis le village de Linyanti jusqu'au-delà du lac Liambezi. Et durant la moitié de l'année, il est sec sur tout ce tronçon jusqu'à Serondela. Dans le document vidéo qui vous sera présenté demain, vous verrez que l'hélicoptère du professeur Alexander s'est posé l'an dernier au mois de mars au milieu du lit de la rivière en amont du lac Liambezi. Le Chobe ne saurait être considéré comme un cours d'eau pérenne, quelle que soit la définition utilisée.

73. Il s'ensuit que, durant la saison sèche, aucune eau ne vient alimenter le Chobe en amont de l'île. De ce fait, les eaux des deux chenaux, nord et sud, qui entourent l'île de Kasikili sont essentiellement stagnantes durant cette saison. Une faible quantité d'eau se déverse dans le chenal nord au cours de la saison sèche à l'est de Kasika. Comme M. Richards vous l'expliquera demain, le chenal nord est un méandre recoupé en voie de lent envasement. Je le répète, durant la saison sèche, il n'y a aucun écoulement significatif dans l'un ou l'autre chenal.

74. A quelle période les eaux du Chobe s'écoulent-elles aux alentours de l'île et d'où proviennent-elles ? Dans cette image prise par satellite (pièce n° 1.12) — la première, peut-être, qui soit présentée à la Cour — les surfaces couvertes par les eaux apparaissent en noir : il s'agit d'une image fausse couleur. En haut, on voit le cours du Zambèze et en bas celui du Chobe.

⁵²Contre-mémoire du Botswana, par. 263.

Chaque année, à la fin du mois de mars ou d'avril, le Zambèze sort de son lit. Comme vous le verrez dans le document vidéo, les eaux de crue progressent à travers la plaine d'inondation du Zambèze jusqu'à ce qu'elles atteignent le lit de la rivière au pied de l'arête du Chobe, le long du tronçon situé entre l'île et le pont de Ngoma. A ce point, elles bifurquent vers le nord et vers l'est, en direction de l'île de Kasikili.

75. Où vont ces eaux ? (pièce n° 1.13). Comme je l'ai dit dans mes remarques liminaires, elles s'approchent de l'île par ce large chenal à l'ouest. Nous l'avons vu, cette masse d'eau est manifestement trop importante pour rester tout entière contenue soit dans le chenal nord, soit dans le thalweg au sud de l'île. Elle s'écoule par le chenal principal. Le tracé de ce chenal principal est visible sur toutes les photographies aériennes de l'île (pièce n° 1.14). En voici sur l'écran quelques-unes prises à partir de 1943. L'image dans l'angle inférieur droit est une représentation schématique du chenal principal. Celui-ci est indiqué par des flèches rouges sur toutes les autres photographies. Sa forme est la même que sur la représentation schématique. La rive droite bordée d'arbres est visible sur tous les clichés. La rive gauche apparaît avec une netteté particulière sur les photographies de 1998, 1997, 1981 et 1972. Bien entendu, on ne distingue pas d'eau dans le chenal principal sur nombre de ces photographies, puisqu'elles ont été prises à la saison sèche lorsqu'il n'y a aucun écoulement dans la rivière Chobe.

76. M. Alexander a mesuré le débit des chenaux entourant l'île de Kasikili entre le 30 avril et le 2 mai 1998 (pièce n° 1.15). Ces mesures confirment l'analyse de simple bon sens à laquelle je viens de me livrer. Le débit du chenal principal qui passe au sud de l'île a été mesuré au point appelé N2 sur la diapositive. Il était de 247 mètres cubes par seconde. Dans le chenal nord, au point N1, le débit était de 188 mètres cubes par seconde — soit environ 60 % de la masse d'eau s'écoulant par le chenal sud.

77. Le Botswana a produit ses propres mesures de débit, dont il entend naturellement tirer des conclusions différentes. Ces mesures sont présentées dans les tableaux de l'appendice 2 à la fin de la réplique du Botswana. Elles sont reproduites dans la pièce n° 1.16 du dossier soumis à la Cour.

0 4 4

78. La première chose qu'il convient de noter, ce sont les vitesses relevées lors des mois de sécheresse — mars et début avril, puis août à décembre en 1997; février et début mars en 1998. Les chiffres pertinents sont entourés en rouge. Vous constaterez que la vitesse du courant en mètres par seconde varie de 0,014 à 0,051. Autrement dit, de 1 à 5 centimètres par seconde. Selon le fabricant, ces débits sont proches ou en deçà du seuil de sensibilité minimal de l'appareil de mesure, qui est de 0,025 mètre par seconde. Ces mesures de faible débit apparaissent donc fortement sujettes à caution. Quoi qu'il en soit, la Namibie est d'avis que les vitesses de 1 à 5 centimètres par seconde qui ont été relevées confirment que l'un et l'autre chenaux sont pratiquement stagnants en saison sèche. Demain, le document vidéo et l'exposé de M. Alexander apporteront des éléments supplémentaires à l'appui de cette proposition.

79. Des mesures comparatives effectuées durant la saison des crues ne nous sont fournies que pour une seule période — mai et début juin 1998 (ces mesures sont entourées en vert sur la deuxième page de la pièce n° 1.16 dans le dossier soumis à la Cour). Elles indiquent que le débit du chenal sud varie entre 104 et 132 mètres cubes par seconde. Dans le chenal nord, le débit varie entre 207 et 270 mètres cubes par seconde, soit apparemment près du double.

80. Comment expliquer un tel écart entre les chiffres produits par le Botswana et ceux de M. Alexander ? (Pièce n° 1.15.) Les mesures auxquelles le Botswana a procédé dans le chenal sud ont été prises au point B2⁵³. Elles correspondent au débit dans le thalweg, et non dans le chenal principal. A cet endroit, ce dernier présente une section transversale beaucoup plus large que le thalweg et, partant, un débit beaucoup plus important. La Namibie a mesuré le débit du chenal principal au point N2 plus loin en aval. A cet endroit, l'ensemble des eaux venant de l'amont et se dirigeant vers le sud de l'île de Kasikili se rejoignent. Par conséquent, c'est le débit relevé par M. Alexander à ce point — 247 mètres cubes par seconde — qui donne une image exacte de l'écoulement global dans le chenal principal, et non le chiffre moins important sur lequel s'appuie le Botswana.

⁵³Voir aussi réplique du Botswana, p. 117.

045

81. Les mesures effectuées par le Botswana dans le chenal nord sont elles aussi douteuses. M. Alexander a observé le site lors de sa visite dans la région en mars 1998. Il s'agit du site désigné comme le point B1 sur cette diapositive (pièce n° 1.15). M. Alexander a conclu que l'endroit était mal choisi, parce qu'il se situe trop en avant dans l'entrée du chenal principal. De ce fait, les débits relevés ne correspondant pas seulement aux eaux s'écoulant par le chenal nord, mais aussi à une masse de volume inconnu qui se déverse par le chenal nord dans le chenal principal passant au sud. Ils donnent une image nettement excessive de l'écoulement dans le chenal nord. Par conséquent, les mesures du débit effectuées par le Botswana ne doivent pas être prises en considération.

82. Je ne m'arrêterai que quelques instants sur les photographies aériennes. Le Botswana accorde beaucoup de poids à ces photographies. Ses pièces écrites en contiennent onze différentes, dont chacune est reproduite trois ou quatre fois.

83. Tout d'abord, il est à l'évidence impossible d'apprécier l'écoulement des eaux ou la profondeur de la rivière à partir de ces photographies prises à haute altitude. Le Botswana fait état de la largeur respective des chenaux nord et sud, mais personne, à commencer par le Botswana, n'a laissé entendre que la largeur du chenal puisse en elle-même apporter une quelconque indication sur le volume d'écoulement.

84. Point plus important, toutes ces photographies, à l'exception de celles qui ont été prises entre juin 1997 et avril 1998, montrent l'île à des périodes où il n'y avait aucun écoulement important des eaux dans l'un ou l'autre chenal du Chobe. Il est donc abusif de tirer d'une comparaison des deux chenaux tels qu'ils apparaissent sur ces photographies des conclusions quant à leur écoulement respectif.

85. Les clichés de juin 1997 et 1998 donnent en revanche une image très différente de l'île parce qu'elles ont été prises à un moment où le débit de la rivière était important; c'est de ces clichés que je me suis servi pour illustrer le tracé du chenal principal. Comme il apparaît dans les photographies prises durant la saison sèche, le chenal sud, permettez-moi de le répéter, constitue le thalweg du chenal principal; MM. Alexander et Richards vous en feront demain la démonstration. C'est là, comme je l'ai dit, que se situe la frontière entre la Namibie et le Botswana.

86. Pour toutes ces raisons, la Cour n'a nul besoin de se pencher sur la longue analyse de ces photographies aériennes à laquelle s'est livré le Botswana.

87. Les documents montrent que lorsque des eaux s'écoulent dans le lit du Chobe, la plus grande partie emprunte le chenal indiqué sur cette diapositive (pièce n° 1.17). Au sens habituel des mots et selon les critères techniques acceptés par les deux parties, le chenal principal est celui qui transporte la plus grande proportion des eaux. Par conséquent, le chenal indiqué est le chenal principal du Chobe à l'endroit de l'île de Kasikili.

046

5. Le chenal principal du point de vue des utilisations de la rivière

88. Dans l'usage courant, l'expression «chenal principal» d'une rivière désigne aussi par extension le chenal qu'emprunte la plus grosse partie du trafic fluvial. Les études d'experts et les analyses judiciaires relatives aux frontières fluviales mettent elles aussi cet aspect en avant. C'est ainsi que le débat sur le concept de thalweg ne portait pas initialement sur la notion abstraite de chenal le plus profond. L'important au contraire, pour citer Bonfils, est «[le] chenal suivi par les bateaux descendant le fleuve» [en français dans le texte]. Ou, selon Hyde, «la principale artère de commerce». Là encore, je remettrai à demain une analyse plus poussée de ces sources⁵⁴. Le point essentiel est que ces auteurs ne discutent pas de quelque conception abstraite ou théorique de la navigabilité, mais d'embarcations bien réelles transportant du fret réel sur des cours d'eau réels.

89. De plus, depuis Vattel⁵⁵, tous les principes de droit international appliqués aux frontières fluviales ont pour objet essentiel d'assurer aux Etats riverains l'égalité d'accès aux possibilités de navigation offertes par le cours d'eau. La Cour sait bien que les tribunaux internationaux et les spécialistes du droit international se sont abondamment référés aux arrêts rendus par la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans des différends opposant des Etats de l'Union au sujet de frontières fluviales. L'un de ces arrêts, rédigé par M. Cardozo, l'un des plus éminents juristes américains, rend admirablement ce souci d'assurer l'égalité d'accès. Si la Cour me permet de citer une fois encore une opinion de la cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, en voici un passage :

⁵⁴Ces sources font l'objet d'une analyse détaillée dans le contre-mémoire de la Namibie, aux paragraphes 67-70.

⁵⁵*Le droit des gens, ou Principe de la loi naturelle*, livre I, p. 234.

«La motivation profonde de la doctrine du thalweg est le souci d'équité et de justice... A moins qu'une prescription ou une convention n'ait imposé une autre règle, nous devons appliquer la formule qui fera prévaloir l'équité.»⁵⁶

047

90. Le Botswana note lui-même que l'un des objets et buts du traité était «d'affirmer les droits de navigation sur le Chobe des deux Etats riverains autoproclamés»⁵⁷. Il insiste en outre sur le fait que la navigabilité n'est pas un attribut abstrait d'un chenal fluvial. Celui-ci doit «correspond[re] aux besoins de l'économie régionale»⁵⁸.

91. Quels sont les faits s'agissant de la navigation commerciale sur le Chobe autour de l'île de Kasikili compte tenu des besoins de l'économie régionale ? La base principale, sinon exclusive, de l'économie régionale, en dehors de l'agriculture de subsistance, est le tourisme. Les visiteurs viennent admirer la faune sauvage du parc national du Chobe. Ils sont logés dans des motels situés pour la plupart le long de la rive sud de la rivière, à l'intérieur ou à proximité du parc. Quelques-uns de ces motels se trouvent en Namibie, comme le King's Den à Kasika, et un ou deux autres sur l'île d'Impalila, plus loin en aval.

92. Les expéditions en bateau sur la rivière en vue d'admirer le gibier de la réserve et de l'île sont pour les touristes une attraction majeure et une étape obligée de leur visite du parc. Aux fins de ces expéditions, les motels ou les agences touristiques de Kasane utilisent des bateaux à fond plat transportant une douzaine de passagers. Des bateaux à double pont peuvent accueillir jusqu'à une quarantaine de personnes. Pour l'essentiel, ce trafic emprunte le chenal sud, même si quelques bateaux reviennent à Kasane par le chenal nord après un tour complet de l'île. Les rapports de M. Alexander contiennent un certain nombre de photographies où l'on peut voir de tels bateaux dans le chenal passant au sud de l'île⁵⁹. Sur celle-ci (pièce n° 1.18), prise le 3 mars 1998, on n'en dénombre pas moins de cinq. M. Alexander atteste avoir vu passer dix-sept bateaux en moins d'une heure alors qu'il mesurait le débit du chenal sud le 1^{er} mai 1998. Vous verrez quantité de ces

⁵⁶*New Jersey v. Delaware*, 291 US 361, 380 (1934).

⁵⁷Mémoire du Botswana, par. 144.

⁵⁸Mémoire du Botswana, par. 35.

⁵⁹SR, photo 19s, 26. SSR, n°s 46, 47 et 48.

bateaux transportant des touristes dans le document vidéo qui vous sera présenté demain matin. Si cet itinéraire est de loin celui qui est préféré, c'est pour une raison simple : le chenal sud offre les meilleurs points de vue pour admirer la faune sauvage.

048

93. A ces preuves d'une intense activité touristique dans le chenal passant au sud de l'île de Kasikili, le Botswana n'oppose rien d'autre qu'une simple affirmation concernant la navigation dans le chenal nord. Dans son mémoire, il déclare que «le bras nord et ouest du Chobe est le seul chenal navigable correspondant aux besoins de l'économie régionale»⁶⁰. A l'appui de cette assertion, il cite «l'itinéraire du *Zambezi Queen* et des bateaux de touristes venus des motels de safaris»⁶¹. Il n'a produit aucun document montrant l'itinéraire des bateaux de touristes venant de ces motels. Quant au *Zambezi Queen*, il n'emprunte pas le chenal nord ou un quelconque autre tronçon du Chobe. Il est amarré en permanence dans un bras en cul-de-sac devant le motel du King's Den, auquel il sert d'annexe. Vous verrez ce bateau demain dans le document vidéo.

94. Il est quelque peu déraisonnable d'affirmer que le chenal nord est aujourd'hui ou a été à un moment quelconque dans le passé une voie commerciale navigable. Nous l'avons vu il y a un instant, en amont de Serondela, le Chobe est complètement à sec en dehors des périodes de crues du Zambèze. Du lac Liambezi jusqu'à proximité du village de Linyanti, il est resté sec douze mois par an ces quinze dernières années et durant de nombreux épisodes similaires au cours du siècle dernier et antérieurement. Le seul exemple attesté d'une exploitation commerciale du chenal nord depuis le traité de 1890 est la demande d'autorisation soumise à Trollope par M. William C. Ker en 1948, demande qui a débouché sur l'accord de statu quo Trollope/Dickinson que j'ai mentionné il y a quelques instants. Même si cette autorisation a été accordée, on ne sait pas si Ker a effectivement expédié du bois par cette voie. Quoi qu'il en soit, l'entreprise de Serondela a disparu au début des années cinquante. Depuis lors, aucune activité industrielle ou commerciale n'est attestée sur l'un ou l'autre des bras du cours inférieur du Chobe en amont de Kasane.

⁶⁰Mémoire du Botswana, par. 35.

⁶¹Contre-mémoire du Botswana, par. 387.

049

95. A l'exception de l'industrie touristique. Et celle-ci, je l'ai montré, se concentre tout entière dans le chenal sud. A présent, interdiction est faite aux bateaux provenant des quelques motels situés en Namibie d'emprunter ce chenal. Comme l'a déclaré M. Visagie dans sa déposition sous serment, cette mesure limite considérablement ses possibilités de développement. M. Visagie est le propriétaire du motel King's Den. La Namibie se voit donc dénier l'égalité d'accès aux ressources du Chobe en matière de navigation au voisinage de l'île de Kasikili.

96. Dans sa réplique, le Botswana affirme «n'a[voir] pris aucune disposition visant à empêcher les bateaux de tourisme venant de la Namibie d'emprunter le chenal sud». Mais, une fois de plus, cette affirmation est dénuée de tout fondement. Avec tout le respect qu'elle lui doit, et en son âme et conscience, la Namibie déclare à la Cour que cette affirmation est inexacte. M. Kawana, agent de la Namibie et secrétaire permanent du ministère de la justice, a déclaré dans son discours d'ouverture, «le personnel armé [des forces de défense du Botswana] n'autorise pas les bateaux de touristes venant de la Namibie à emprunter le chenal sud». M. Visagie déclare sous serment que ses bateaux n'ont plus accès au chenal sud. Lorsque l'équipe constituée par la Namibie aux fins de cette affaire a voulu emprunter ce chenal lors de ses visites sur les lieux en 1996, puis en 1998, la Namibie a jugé nécessaire d'en aviser le Botswana par les voies diplomatiques afin de prévenir tout incident. Néanmoins, l'équipe a été chaque fois surveillée et harcelée par les embarcations des forces de défense du Botswana.

97. Pour conclure, les ressources du Chobe en matière de navigation à la hauteur de l'île de Kasikili se concentrent dans le chenal sud. Faire coïncider la frontière avec le chenal nord aurait pour effet de priver la Namibie de ces ressources, seule importante source de revenus dans la région. Un tel résultat serait profondément contraire aux principes d'égalité et de justice qui sont la «motivation profonde» du droit en matière de frontières fluviales internationales. En revanche, maintenir la frontière dans le chenal passant au sud de l'île serait, pour reprendre les termes de M. Cardozo, «appliquer la formule qui fera prévaloir l'équité».

6. L'acquisition par prescription

98. Jusqu'ici, j'ai centré mon intervention sur l'interprétation du traité anglo-allemand de 1890. Mais la Namibie n'a cessé de soutenir dans ses écritures qu'il existait une autre base, entièrement distincte, sur laquelle elle pouvait fonder ses prétentions concernant la souveraineté sur l'île de Kasikili.

99. J'ai déjà évoqué l'occupation constante de l'île par les Masubia de Caprivi et la juridiction exercée sur elle. Point n'est besoin de revenir sur ces faits. J'ai aussi rappelé l'acquiescement du Bechuanaland face à cette situation et le fait que ces autorités n'avaient élevé aucune protestation ou objection. De fait, à travers la carte GSGS 3915 établie par le ministère britannique de la guerre, que j'ai mentionnée tout à l'heure, les autorités britanniques ont clairement reconnu que la frontière suit le chenal sud et que l'île de Kasikili appartenait à la Namibie. Ces faits constituent autant d'éléments autorisant à revendiquer un titre par prescription, quelles que soient par ailleurs les revendications de la Namibie en vertu du traité.

050

100. Je laisse à M. Jean-Pierre Cot, qui s'adressera à vous jeudi matin, le soin d'exposer de façon pleinement détaillée les points de fait et de droit à l'appui d'une telle revendication fondée sur la prescription.

IV. Conclusion

101. Permettez-moi de prendre encore le temps de récapituler l'argumentation que je viens de développer devant vous.

102. Premièrement, le texte du traité de 1890 situe la frontière entre le Botswana et la Namibie au centre du chenal principal du Chobe. Aux fins d'interpréter le traité, la Cour doit donc s'acquitter d'une double tâche : premièrement, déterminer quel est le chenal principal et, deuxièmement, décider où se situe le centre de ce chenal. Les travaux préparatoires du traité confirment pleinement cette façon de procéder en deux phases.

103. Deuxièmement, tous les éléments traditionnels de l'interprétation des traités amènent à situer le chenal principal de la rivière à l'endroit indiqué sur la photographie projetée à l'écran (pièce n° 1.19 du dossier soumis à la Cour). Tous ces éléments confirment les arguments de la Namibie en se renforçant les uns les autres.

104. Il ressort de la conduite ultérieure des parties que l'île de Kasikili a été continuellement occupée par les Masubia du Caprivi pendant soixante-quinze ans au moins après la conclusion du traité, et même plus de l'avis de la Namibie. Tout cela, sans susciter d'objection ou de protestation du Botswana ou de ses prédécesseurs en titre.

105. Les autorités politiques allemandes et sud-africaines ont exercé leur souveraineté sur l'île, par l'intermédiaire des institutions politiques masubia ou directement.

106. Les principales cartes officielles publiées et utilisées par l'Allemagne, la Grande-Bretagne, l'Afrique du Sud et l'ONU — c'est-à-dire par les Etats et l'Organisation qui ont exercé l'autorité politique sur la Namibie durant la période qui a suivi la conclusion du traité — attribuent sans exception l'île de Kasikili à la Namibie.

0 5 1

107. Lorsqu'il y a un écoulement important dans le Chobe, la plus grande fraction des eaux roule au sud de l'île dans le chenal principal, comme indiqué sur la diapositive.

108. Le principal — et même l'unique — trafic commercial sur la rivière est lié à l'industrie touristique, et la majeure partie de ce trafic passe au sud de l'île.

109. Les faits confèrent en outre à la Namibie un autre titre sur l'île par voie de prescription et d'acquiescement.

110. Plus important que tout, peut-être, seule une frontière coïncidant avec le chenal sud satisferait au critère de l'égalité d'accès des Etats riverains aux ressources des rivières frontières en matière de navigation.

111. A tout cela, le Botswana ne peut opposer qu'un seul argument contraire : le long de ses quelque 3 kilomètres, la profondeur moyenne le long du thalweg du chenal nord est quelque peu supérieure à celle du chenal sud — fait qui, même s'il était exact, est dénué de pertinence en ce qui concerne le problème de la navigabilité ou toutes les autres questions en cause dans la présente affaire.

112. La Namibie est d'avis que cela est insuffisant.

113. La Cour devrait décider que, aux termes des dispositions de l'article III 2) du traité anglo-allemand de 1890, le chenal principal du Chobe se situe au sud de l'île de Kasikili, et que la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de cette île correspond au thalweg du chenal principal.

114. Le statut juridique de l'île de Kasikili est que celle-ci fait partie du territoire souverain de la Namibie. Monsieur le président, me voici parvenu au terme de mon exposé, et j'aimerais que vous donniez la parole à mon collègue, M. Delbrück, qui commentera le texte du traité.

Le PRESIDENT : Merci beaucoup, Monsieur Chayes. Je donne la parole à M. Delbrück.

M. DELBRÜCK :

3. TEXTE DU TRAITÉ, OBJET ET BUT, ÉGALITÉ D'ACCÈS AUX RESSOURCES

Plaise à la Cour.

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour.

C'est un grand honneur pour moi que de plaider devant la Cour au nom du Gouvernement de la République de Namibie, d'autant plus que c'est la première fois que j'ai le privilège de m'adresser à la Cour.

I. Introduction

1. Je vais me pencher sur l'interprétation du texte de l'accord de 1890 entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne à la lumière des travaux préparatoires et de l'objet et du but de ce traité. L'interprétation de cet accord est en effet au coeur de la présente instance.

2. Je m'intéresserai d'abord à la genèse et à l'interprétation littérale du passage pertinent de l'accord pour me pencher ensuite sur la question de l'objet et du but de ce traité.

II. Genèse et interprétation littérale de l'article III, paragraphe 2, de l'accord de 1890

3. Je m'abstiendrai de donner de nouveau lecture de l'article III, paragraphe 2. Cela a été fait ce matin et je crois comprendre que le texte est dans le dossier des juges.

4. Il est évident que les mots décisifs sont «le centre du principal chenal de cette rivière» ou, en allemand, «*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*». Cette formule est structurée de la même manière en anglais et en allemand. La Namibie va montrer que pour appliquer les dispositions de l'article III, paragraphe 2, à l'un ou l'autre de ces textes, il est nécessaire, premièrement, d'établir quel est le chenal principal à l'île de Kasikili et, deuxièmement, de déterminer le centre ou thalweg de ce chenal principal.

1. La genèse de l'article III, paragraphe 2, de l'accord de 1890

0 5 3

5. Pour montrer que les formules utilisées en anglais et en allemand sont identiques dans leur structure, il est peut-être utile de retracer la genèse du libellé de l'article III, paragraphe 2, de l'accord de 1890. La Grande-Bretagne et l'Allemagne ont commencé à négocier la délimitation de leurs zones d'influence respectives en Afrique à partir de 1880. Seule l'Afrique du Sud-Ouest nous intéresse ici. Dans cette région, la Grande-Bretagne souhaitait étendre le protectorat du Bechuanaland afin de s'assurer le contrôle de la région du lac Ngami. L'Allemagne, quant à elle, souhaitait vivement s'assurer un accès au Zambèze. Dès 1886, sir Hercules Robinson, dans un mémorandum rédigé à la demande du comte Granville, formulait une proposition sur l'extension du protectorat du Bechuanaland vers le nord, jusqu'au Zambèze⁶². Au paragraphe 8 de ce mémorandum, il formulait la recommandation suivante :

«Que le protectorat du Bechuanaland soit étendu jusqu'au Zambèze. Sa nouvelle limite ... au nord serait le 18° degré de latitude sud jusqu'au Chobe; de là elle longerait en aval le centre de cette rivière jusqu'au Zambèze; ...»

6. Dans les minutes d'une réunion qui a eu lieu le 10 juin 1890 entre lord Salisbury et le comte Hatzfeld⁶³, ambassadeur d'Allemagne à Londres, l'expression «*centre of the river*» réapparaît en français. Le comte Hatzfeld note au paragraphe 2 qu'à l'est, la frontière «se portera à l'est longeant le *centre du fleuve Tcholi* jusqu'à son embouchure dans le Zambèze.»

⁶²Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 12.

⁶³Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 19.

7. Tout juste une semaine après, le 17 juin 1890, le projet en français de ce qui allait devenir l'accord de 1890 a été paraphé par lord Salisbury et le comte Hatzfeld⁶⁴. Le projet d'article II — qui devait devenir l'article III — disposait aussi que «la ligne de démarcation se portera à l'est longeant le centre du fleuve Tschobi...». La traduction en anglais du projet français⁶⁵ en date du même jour reprend lui aussi la formule énoncée par Robinson⁶⁶. Par contre, la traduction allemande officielle, publiée dans le *Deutscher Reichsanzeiger-Königlich Preußischer Staats-Anzeiger* du 17 juin 1890⁶⁷, utilise encore seulement l'expression «*längs dem Tschobifluß*» (le long de la «rivière Tschobi») comme dans les échanges diplomatiques antérieurs.

8. Le 21 juin 1890, sir Percy Anderson remit un projet d'accord⁶⁸ plus détaillé et légèrement remanié à sir Edward Malet qui le transmet immédiatement à lord Salisbury. La disposition relative à la délimitation de la zone d'influence allemande figure maintenant à l'article III. Au paragraphe 2 de ce projet d'article, la frontière sur le Chobe est décrite en anglais comme suivant le *centre de cette rivière*.

9. En préparation de l'établissement de la version finale de l'accord, le Foreign Office adressa à Malet, par télégramme daté du 25 juin 1890⁶⁹, les instructions suivantes : «au paragraphe 2 de l'article III, après les mots «le fleuve Chobe, et descend le long», insérer les mots «du chenal principal».

⁶⁴Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 21.

⁶⁵Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 21, p. 83.

⁶⁶Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 21, p. 83.

⁶⁷Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 212.

⁶⁸Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 26.

⁶⁹Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 29.

10. Cette proposition n'a pas suscité d'objection de la partie allemande et, apparemment, n'a même pas été commentée, car le mémorandum adressé par Anderson à Malet et commentant dans le détail les négociations finales avec M. Krauel ne contient aucune indication quant à la raison ayant motivé cette insertion, ni quant à la réaction de l'Allemagne⁷⁰.

11. L'insertion ayant été acceptée, l'Allemagne a modifié la traduction allemande. On se souvient que la traduction allemande du projet d'accord du 17 juin 1890 ne suivait pas fidèlement le texte anglais. Elle se contentait de décrire l'emplacement de la frontière comme étant «le long du Tschobi». Désormais, la version allemande suit fidèlement le nouveau texte anglais dans sa structure comme dans sa signification. Pour traduire le mot anglais «*centre*» le mot allemand «*Thalweg*» a été utilisé. Et les mots «*of the main channel of*» (*du chenal principal du*) ont été rendus par «*des Hauptlaufes dieses [Flusses]*»; le centre du chenal principal de ce fleuve. C'est ce texte qui doit être interprété.

0 5 5

2. L'interprétation littérale de l'article III, paragraphe 2

12. La formule décrivant l'emplacement de la frontière comporte deux éléments distincts : le *premier* est que la ligne frontière doit suivre le Chobe. A la différence de la situation qui prévalait dans d'autres affaires, il n'y a en l'espèce aucune controverse sur ce point. Le Chobe, dont la rive sud est clairement marquée — les monts Chobe et leurs versants surplombant le fleuve — est le repère que les parties ont choisi pour délimiter leurs zones d'influence respectives. Le *second* élément est que la ligne frontière doit suivre non seulement le fleuve, mais, plus précisément, «le centre du «chenal principal» de ce fleuve ou «*dem Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*».

a) Aux termes de l'article III, paragraphe 2, il est nécessaire, dans un premier temps, de déterminer le «chenal principal»

13. Ainsi, le texte exige, premièrement, que l'on détermine le «chenal principal» du Chobe, puis que l'on trouve le centre ou thalweg de ce «chenal principal». Cette démarche correspond au sens ordinaire du libellé anglais comme du libellé allemand de l'article III, paragraphe 2, et c'est

⁷⁰Mémoire, vol. IV, annexe 30.

celle qu'a toujours adoptée la Namibie. Le Botswana, par contre, affirme que l'article III, paragraphe 2, ne permet pas de déterminer au préalable lequel des chenaux du fleuve à l'île de Kasikili est le chenal principal. Comment le Botswana justifie-t-il sa position ?

14. *Premièrement*, le Botswana avance un argument linguistique : il dit que l'expression anglaise «*centre of the main channel*», prise comme un tout, «exprime le principe du thalweg». Le mot «centre», en l'absence des mots «du chenal principal», n'exprimerait pas ce principe. Ainsi, selon le Botswana, les mots «du chenal principal» n'ont pas de signification autonome. La Cour notera que cet argument exige qu'elle ne tienne pas compte des mots «*des Hauptlaufes*» qui figurent dans le texte allemand, parce que, selon le Botswana, le mot «Thalweg» lui-même exprime le principe du thalweg⁷¹.

0 5 6

15. Dans son contre-mémoire et dans sa réplique, la Namibie s'est longuement penchée sur ce raisonnement circulaire et erroné du Botswana. Il n'est pas nécessaire de reprendre intégralement les arguments avancés à son encontre. L'argument linguistique du Botswana est fondamentalement vicié car il exige expressément que la Cour ne tienne pas compte des mots «*des Hauptlaufes*» qui figurent dans le texte allemand et, d'ailleurs, indirectement, dans le texte anglais aussi. Il s'agit là d'une violation des règles fondamentales de l'interprétation des traités. Selon ces règles, que la Cour a confirmées à maintes reprises, les termes du traité doivent être interprétés tels quels⁷². Ainsi, les mots «*of the main channel*» figurant dans le texte anglais et «*des Hauptlaufes*» figurant dans le texte allemand de l'article III, paragraphe 2, doivent se voir conférer un sens autonome, en particulier parce qu'il s'agit précisément des mots que les Parties ont délibérément ajoutés à l'article III, paragraphe 2, peu avant la signature de l'accord de 1890.

16. Le second argument du Botswana, à l'appui de sa position selon laquelle l'article III, paragraphe 2, n'exige pas que l'on détermine au préalable le «chenal principal», obéit à des motifs doctrinaux. Selon le Botswana, l'article III, paragraphe 2, consacre le principe du thalweg. Le Botswana soutient à maintes reprises qu'un fleuve ne peut avoir qu'un thalweg, c'est-à-dire une

⁷¹Contre-mémoire du Botswana, vol. I, par. 197.

⁷²*Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 8; Anglo-Iranian Oil Co., arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 105; Libye/Tchad, C.I.J. Recueil, p. 22, par. 41.*

«ligne à la surface des eaux située à la verticale du chenal le plus profond du lit du cours d'eau. Il conclut que c'est là où se trouve ce thalweg que se trouve le «chenal principal». En d'autres termes, l'article III, paragraphe 2, en incorporant le principe du thalweg, serait une «disposition directement applicable» qui détermine le chenal principal *ipso jure*⁷³. Ces arguments sont tout aussi erronés.

17. L'expression «directement applicable» est généralement comprise, s'agissant d'un traité ou d'une disposition conventionnelle, comme indiquant que le traité ou la disposition en question est directement applicable dans l'ordre juridique interne d'une partie sans qu'il soit nécessaire que celle-ci prenne des mesures législatives ou autres⁷⁴. Ainsi, le Botswana utilise ce terme dans le présent contexte dans un autre sens que celui qu'on lui reconnaît habituellement. Il s'agit, en utilisant ce terme dans un sens qui n'est pas le sien, de donner à penser que le mot thalweg, en lui-même, règle la question de savoir où passe la frontière sur le Chobe. En d'autres termes, l'utilisation de l'expression «directement applicable» est une *falsa demonstratio* au service de l'idée simpliste du Botswana à savoir que l'article III, paragraphe 2, détermine le chenal principal *ipso jure*. Le Botswana méconnaît le fait que le thalweg est une ligne se trouvant à l'intérieur d'un chenal donné. C'est donc le chenal et sa forme géologique et hydrologique qui déterminent le thalweg. Ce n'est pas le thalweg, une notion juridique abstraite, qui confère au chenal d'un fleuve le caractère de chenal principal.

0 5 7

18. Plus important encore, l'affirmation du Botswana selon laquelle un fleuve ne peut avoir qu'un thalweg. Lorsque le lit d'un fleuve se divise en deux chenaux, il y a deux thalwegs, comme l'expliquera demain M. Richards. Le Chobe, qui se divise en deux chenaux à l'île de Kasikili, ne fait pas exception. Après avoir répété le contraire de manière catégorique, le Botswana, dans son contre-mémoire, admet finalement que «dans une partie d'un cours d'eau qui comporte une

⁷³Contre-mémoire du Botswana, par. 9; voir aussi, sur le même point, le paragraphe 199.

⁷⁴Pour un exposé faisant autorité de la notion de traité directement applicable, voir A. Bleckmann, *Self-executing treaty provisions*, dans R. Bernhardt et autres, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, p. 414 et suiv. (1984); également H. Neuhold, W. Hummer, Ch. Schreuer, dir. publ., *Handbook of International Law*, 3^e éd., première partie, par. 342 et suiv. (1997); l'ouvrage d'Oppenheim, *International Law*, publié sous la direction de Jennings et Watt, ne parle pas des traités «d'application directe».

bifurcation, ce qui est le cas du Chobe, à proximité de l'île de Kasikili/Sedudu, les deux chenaux ont chacun leurs thalwegs respectifs»⁷⁵. Mais dans sa réplique — citant le paragraphe 199 de son contre-mémoire — il est revenu à ses affirmations erronées antérieures. Néanmoins, quelle que soit la position qu'adopte le Botswana, elle ne peut modifier les faits : comme il y a effectivement deux chenaux du Chobe ayant chacun son thalweg, il faut déterminer lequel est le chenal principal.

Je suis maintenant un peu embarrassé, Monsieur le président, mais n'étant pas un avocat américain je me sens libre, avec votre permission, d'invoquer dans la suite de mon exposé la Cour suprême des Etats-Unis.

19. La Cour suprême des Etats-Unis, une autorité, je l'ai déjà dit, abondamment citée par les publicistes en matière de délimitation de frontières fluviales, a levé toute ambiguïté sur la règle générale dans l'affaire *Iowa c. Illinois*⁷⁶ dans laquelle elle a fait observer :

«Ainsi la compétence de chaque Etat s'étend jusqu'au centre du fleuve, c'est-à-dire au milieu du chenal, et, *s'il y a plusieurs chenaux*, jusqu'au milieu du chenal principal, ou, plutôt, de celui que l'on emprunte habituellement.»

Dans l'affaire *Palena*, déjà citée, le Tribunal arbitral a adopté la même démarche :

0 5 8 «Le Tribunal estime que deux principes doivent dominer la démarche qu'il a adoptée pour résoudre le problème dont il est saisi. Le premier est le principe général qui veut que, lorsqu'un instrument (par exemple un traité ou une sentence) arbitrale prévoit qu'une frontière doit suivre un cours d'eau *et que celui-ci se divise en deux chenaux* et que l'instrument ne précise pas *quel chenal la frontière doit suivre, celle-ci doit normalement suivre le chenal principal*».

Puis, et ceci est important : «La question de savoir *quel est le chenal principal* est une question géographique que le Tribunal va aborder ultérieurement»⁷⁷, ce qu'il fit alors. Il s'agit donc, en vertu de la jurisprudence de la Cour, d'identifier d'abord le «chenal principal» puis de déterminer le centre ou thalweg de ce chenal.

⁷⁵Contre-mémoire du Botswana, par. 338.

⁷⁶147 US (1892), p. 13.

⁷⁷Recueil des sentences arbitrales, vol. 16, p. 177.

b) Définition du «chenal principal»

20. L'accord de 1890 ne définit pas l'expression «chenal principal». Nous sommes ainsi renvoyés à la règle normale d'interprétation. Il nous faut établir le sens ordinaire des mots «chenal principal» et, comme on l'a dit, dans l'usage courant, l'expression «chenal principal» désigne le chenal le plus utilisé pour le trafic fluvial. Selon un autre usage, l'expression «chenal principal» peut désigner le chenal qui a le plus fort débit. Mes collègues examineront ce dernier critère demain.

aa) Le «chenal principal» au sens de «chenal le plus utilisé»

21. J'examine maintenant l'expression «chenal principal» au sens de chenal le plus utilisé. Cette acception est largement étayée par les écrits d'éminents publicistes. Il n'est pas nécessaire à ce stade d'examiner dans le détail l'abondant matériel présenté par la Namibie⁷⁸. Quelques citations peuvent toutefois être utiles. C'est ainsi que pour Hyde :

«Le thalweg, comme l'indique l'origine du mot, est la descente, ou la course suivie par les navires de plus fort tonnage lorsqu'ils descendent le fleuve... Cette course indique nécessairement la *principale artère commerciale* et pour cette raison c'est elle qui détermine le thalweg.»⁷⁹

0 5 9 Encore dans l'affaire *Iowa c. Illinois*, la Cour suprême des Etats-Unis a déclaré en 1892 :

«l'utilité du chenal principal ou, ce qui revient au même, de la partie navigable du fleuve est trop importante pour que l'on puisse supposer que l'un ou l'autre Etat a eu l'intention de céder à l'Etat ou à la nation qui occupe la rive opposée l'ensemble *du chenal ou du cours principal pour ses navires et de priver ainsi ses propres navires du droit de circuler à des fins commerciales...*»⁸⁰

Il convient de noter que ces auteurs et la Cour suprême des Etats-Unis ne se penchent pas sur la notion abstraite de chenal principal ni sur celle de navigabilité mais se réfèrent à des navires bien réels circulant pour les besoins du commerce sur des cours d'eau bien réels compte tenu des caractéristiques géographiques spécifiques de ces derniers.

⁷⁸Les sources sont examinées dans le contre-mémoire de la Namibie, par. 59-73.

⁷⁹C.C. Hyde «Notes on Rivers as Boundaries» 6 *AJIL*, 902-903 (1912).

⁸⁰147 *US* 1 (1892), p. 13.

22. En l'espèce, le chenal se trouvant au sud de l'île de Kasikili est le chenal le plus utilisé. Bien entendu, l'expression «le plus utilisé» appelle des explications. On ne peut là encore raisonner dans l'abstrait. L'expression «le plus utilisé» doit être expliquée compte tenu du contexte factuel — en l'occurrence, le contexte local et régional de l'île de Kasikili et de Caprivi.

23. La Cour se souviendra, et on le lui rappellera demain, que le Chobe n'est pas un fleuve pérenne et que sur la plus grande partie de son cours il n'est pas navigable. Quelle qu'ait été l'intention des négociateurs de l'accord de 1890, il est tout à fait clair que sur le Chobe la navigation, en tonnage, n'a jamais approché celle que connaissaient les grands cours d'eau d'Afrique ayant fait l'objet de pourparlers entre les grandes puissances à la conférence de Berlin de 1885. Ainsi, *les utilisations* du Chobe et *le lieu de ces utilisations* doivent être établis compte tenu des besoins et de la pratique régionaux actuels. Toute autre approche de la détermination du chenal principal serait coupée de la réalité.

24. Heureusement, le Botswana accepte cette approche dans son principe. Il déclare que la navigabilité doit être déterminée en relation avec les besoins de l'économie régionale⁸¹. Il avance toutefois quatre arguments de fait pour montrer que le chenal se trouvant au sud de l'île n'est pas le «plus utilisé». Ces quatre arguments, qui sont les suivants, sont tous insoutenables :

1. la navigation est sérieusement entravée dans le chenal sud parce que celui-ci n'est profond que de 5,5 mètres et que chacune de ses entrées est obstruée par une épaisse végétation de roseaux⁸²;
2. durant les années de sécheresse, le chenal sud est à sec⁸³;
3. le chenal nord et ouest du Chobe est le seul chenal navigable eu égard aux besoins de l'économie régionale⁸⁴; et, peut-être plus important,

⁸¹Mémoire du Botswana, vol. I, par. 35.

⁸²Mémoire du Botswana, par. 35, 220.

⁸³Mémoire du Botswana, par. 202.

⁸⁴Mémoire du Botswana, par. 35.

4. l'itinéraire de la *Zambezi Queen* (nous avons déjà entendu parler de ce bateau et je pense que ça n'est pas fini) et des bateaux qui acheminent les touristes à partir des Safari Lodges confirme que le chenal nord est le chenal navigable, le chenal «le plus utilisé».

Je me pencherai brièvement sur chacun de ces arguments.

25. *Premièrement*, l'allégation selon laquelle les entrées de la section méridionale du chenal sud seraient obstruées par des roseaux est totalement fausse. Au début des années soixante-dix, les roseaux kariba ont effectivement gêné la navigation dans le chenal sud comme dans d'autres cours d'eau d'Afrique australe. Les autorités d'Afrique du Sud et du Botswana ont lancé un grand programme conjoint pour enrayer la propagation de ces roseaux. Dans son contre-mémoire, le Botswana reproduit une photographie de 1997 dont il prétend qu'elle représente les rives sableuses à l'entrée du chenal sud. Pour la Namibie, cette photographie — reproduite deux fois, aux pages 153 et 158, du contre-mémoire du Botswana — ne fait apparaître aucune obstruction. Actuellement, comme je l'expliquerai dans un moment, des bateaux transportant des touristes utilisent librement le chenal sud sans être aucunement gênés par des roseaux ou d'autres plantes ou obstacles à la navigation.

0 6 1

26. *Deuxièmement*, M. Alexander a montré dans son rapport supplémentaire que selon les données disponibles, le chenal sud n'est jamais à sec. Le niveau minimum des eaux du Chobe à Kasane est plus élevé que dans la portion la moins profonde du chenal sud ou, de fait, de tout autre chenal. M. Alexander le démontrera dans son exposé demain.

27. *Troisièmement*, en ce qui concerne les besoins de l'économie régionale, on nous a dit que le tourisme était devenu le facteur économique principal dans la région. L'observation de la faune à partir de bateaux de faible tirant d'eau pouvant s'approcher des rives pour permettre aux touristes de voir les animaux sauvages de près constitue une attraction majeure. La plus grande partie du trafic fluvial a lieu dans le chenal sud. M. Alexander a fourni de nombreuses preuves photographiques du trafic fluvial dans le chenal sud. Vous le verrez demain en regardant le film vidéo⁸⁵ et les photographies que vous montrera M. Alexander. Juste un exemple : entre les cinq

⁸⁵Rapport supplémentaire, photographies P19S, P25S et P26S.

bateaux que vous avez vu sur la photographie, le 1^{er} mai 1998, au cours d'une période de cinquante-sept minutes, M. Alexander a compté dix-sept bateaux de tourisme dans le chenal sud, cela constitue bien un trafic fluvial. Pourquoi le gros du trafic touristique s'effectue-t-il dans le chenal sud ? Eh bien, nous connaissons la réponse : c'est là qu'on est le mieux placé pour observer la faune sauvage. A l'inverse, comme en a témoigné M. Visagie, le propriétaire de l'hôtel King's Den Lodge, dans sa déclaration sous serment, il est rare que des bateaux de touristes empruntent le chenal nord⁸⁶.

28. *Quatrièmement*, et bien entendu, l'argument qu'avance le Botswana pour montrer que le chenal nord est le «plus utilisé» est que le *Zambezi Queen* y circule et y propose des promenades aux touristes. Hélas pour le Botswana, le *Zambezi Queen* n'a jamais circulé sur le chenal nord ni sur aucun autre chenal du Chobe. Ce navire est amarré en permanence à l'hôtel King's Den Lodge, non dans le chenal nord comme l'affirme le Botswana, d'ailleurs, mais dans le chenal de Spur. Depuis qu'il a été construit en 1990, le *Zambezi Queen* fait le trajet Katima Mulilo-King's Den Lodge en trois occasions mais, en raison des difficultés rencontrées pour passer dans le chenal de Kassaia, l'entreprise a été abandonnée. Depuis lors, il est amarré près de l'hôtel auquel il sert d'annexe⁸⁷.

0 6 2

29. Les faits ci-dessus exposés n'autorisent qu'une seule conclusion : le chenal se trouvant au sud de l'île de Kasikili est le chenal le plus utilisé et donc le chenal principal au sens de l'article III de l'accord.

bb) La profondeur n'est pas un critère s'agissant de déterminer le chenal principal

30. Je vais maintenant expliquer pourquoi la profondeur n'est pas le critère décisif sur lequel, d'autre part, le Botswana fait si largement fond. Dans certains cas, certes, c'est le chenal le plus large et le plus profond qui est le chenal principal. Mais il n'existe aucun principe juridique selon lequel le chenal le plus profond d'un fleuve en est le chenal principal. Comme l'a à juste titre fait observer la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Minnesota c. Wisconsin* :

⁸⁶Voir déclaration, réplique de la Namibie, annexe 22.

⁸⁷Voir déclaration, réplique de la Namibie, annexe 22, par. 7.

«bien souvent, établir la frontière sur une ligne donnée *uniquement parce que cette ligne relie les points de la plus grande profondeur* compromettrait l'égalité des utilisations au lieu de la promouvoir. *La plus grande profondeur et le chenal principal ne coïncident pas nécessairement*»⁸⁸.

Hyde partage cette opinion :

«Cette course correspond fréquemment, sinon communément, au chenal le plus profond. Elle peut néanmoins, pour des raisons particulières, emprunter un chemin différent. Quoi qu'il en soit, cette course indique nécessairement la *principale artère de commerce*, et pour cette raison est décisive en ce qui concerne le *thalweg*.»⁸⁹

Ainsi, le principal chenal d'un fleuve doit être déterminé compte tenu des faits dans chaque cas d'espèce. Aucune raison *juridique* impérative n'exige qu'on accepte la profondeur comme critère décisif.

0 6 3 31. En outre, le Botswana fonde son argument sur le fait qu'en *moyenne* le chenal nord est plus profond que le chenal sud. Cette approche est erronée. Si l'on choisit la profondeur comme critère pour déterminer le chenal principal, c'est parce qu'elle affecte la navigabilité. Or la profondeur *moyenne* ne détermine pas la navigabilité. Un chenal peut être très profond sur certains segments mais très peu profond sur d'autres. Sa profondeur moyenne peut être supérieure à celle d'un chenal de profondeur plus uniforme. La navigabilité d'un chenal est néanmoins déterminée *non* par ses parties les plus profondes, mais par sa partie la moins profonde. C'est le point le moins profond de l'ensemble du chenal qui détermine la navigabilité de celui-ci, parce que c'est ce point que les navires doivent franchir pour passer le chenal.

32. A l'île de Kasikili, la branche est du chenal nord est relativement profonde. Comme M. Richards le montrera demain, c'est parce qu'à l'origine il s'agissait d'une extension du chenal en épi. Mais, au point de bifurcation vers l'ouest de l'île, la profondeur des deux chenaux est en gros la même. Ainsi, sur l'un et l'autre chenal, le Chobe n'est navigable que par des bateaux de faible tirant d'eau. S'agissant de la question de la navigabilité, peu importe que sur une partie limitée le chenal nord soit peut-être plus profond que le chenal sud.

⁸⁸252 *US* 273 (1919), p. 282.

⁸⁹6 *AJIL* 902-903 (19112) [citation interne omise] [traduction du Greffe].

III. L'interprétation du paragraphe 2 de l'article III de l'accord de 1890 à la lumière de son objet et de son but

1. L'objet et le but de l'accord de 1890

33. Je vais maintenant examiner l'objet et le but de l'accord de 1890. L'interprétation littérale a montré que le chenal qui passe au sud de l'île de Kasikili est le chenal principal, et cette conclusion est étayée par une interprétation à la lumière de l'objet et du but du paragraphe 2 de l'article III. Bien entendu, le but primordial de l'accord est une délimitation générale des sphères d'influence britannique et allemande en Afrique orientale et occidentale, ainsi que dans le Sud-Ouest africain. Si l'on considère la partie globale de l'accord, il n'est guère surprenant que ni les travaux préparatoires de l'accord ni les négociations finales n'ont traité de points de détail tels que la question de savoir si le chenal principal du Chobe s'écoulait au nord ou au sud de l'île de Kasikili.

34. Le Botswana prétend qu'un des objets de l'accord visait à assurer la libre navigation sur le Chobe aux deux parties. Il cite à l'appui de cet argument le désir bien connu de l'Allemagne d'avoir accès au Zambèze. Certes, un avant-projet de l'article III préconisait la possibilité pour l'Allemagne d'avoir accès au Zambèze «par le Chobe». Dans le texte final, toutefois, et cela quelques jours plus tard seulement, la formule est devenue «accès ... par une bande de territoire»⁹⁰. Telle a été l'origine de la bande de Caprivi. Cela prouve que l'Allemagne devait avoir accès au Zambèze par la voie terrestre et non par la voie fluviale.

0 6 4

2. L'égalité d'accès aux ressources d'un cours d'eau comme principe de base de la délimitation de la frontière fluviale est donc l'objet et le but de l'accord

35. Il reste maintenant à examiner la question de la répartition des ressources du Chobe. Le principe le plus fondamental des frontières fluviales est celui de l'égalité d'accès des Etats riverains aux utilisations du cours d'eau. La Namibie soutient que l'objet et le but de l'accord de 1890 doivent consacrer ce principe, comme tout autre régime de frontières fluviales.

⁹⁰Comparer mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 26 et le texte de l'article III(2) final.

36. Je n'ai pas besoin de rappeler l'histoire de ce principe d'une participation équitable, mais je voudrais évoquer de nouveau l'affaire *Iowa c. Illinois*⁹¹, dans laquelle la Cour suprême des Etats-Unis soulignait que «la prise en considération déterminante au sujet de cette question est celle qui permet d'assurer à chaque Etat l'égalité en matière de droit de navigation sur le fleuve». Le principe a de nouveau été réaffirmé dans d'autres décisions et dans l'affaire *New Jersey c. Delaware*⁹², la Cour suprême a déclaré «en recourant à diverses expressions, le législateur s'est employé à trouver une formule qui assure l'égalité réelle et pas seulement une égalité théorique». Et, selon la Cour suprême, l'égalité de droit, c'est «l'égalité des droits et des chances concernant ces eaux, notamment la navigation, la pêche et d'autres utilisations»⁹³.

37. Quant à la jurisprudence internationale, la Cour permanente de Justice internationale a, dans l'affaire relative à la *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*⁹⁴, affirmé que :

«[1]a communauté d'intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les Etats riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve».

0 6 5

Enfin, dans la récente affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour elle-même a, avec force, mis l'accent sur le principe d'une répartition équitable et raisonnable des ressources naturelles entre Etats riverains en déclarant que :

«La Tchécoslovaquie, en prenant unilatéralement le contrôle d'une ressource partagée, et en privant ainsi la Hongrie de son droit à une part équitable et raisonnable des ressources naturelles du Danube ... n'a pas respecté la proportionnalité exigée par le droit international.»⁹⁵

Et cela, bien que, à l'époque où la Tchécoslovaquie avait pris ces mesures, la Hongrie avait déjà violé les obligations que lui imposait le traité bilatéral relatif à la mise en valeur du fleuve.

⁹¹147 US 1 (1892), p. 13.

⁹²291 US 361 (1933), p. 383.

⁹³295 US 457 (1934), p. 462.

⁹⁴Arrêt n° 16, 1929, C.P.J.I. série A n° 23, p. 27.

⁹⁵CIJ affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, dans *ILM*, p. 162, par. 85 (traduction française, *Recueil* p. 56).

38. Il convient de dégager une conclusion *commune* de ces décisions judiciaires : toutes les doctrines concernant les régimes des frontières fluviales ainsi que la pratique des Etats mettent l'accent sur le but essentiel de l'égalité d'accès et de répartition égale des ressources du cours d'eau — égalité *réelle*, et pas seulement théorique. Il s'ensuit que l'objet et le but du traité de 1890 doivent être d'appliquer ce principe.

3. L'égalité d'accès au Chobe doit être établie à la lumière des besoins locaux

39. La Namibie a constamment soutenu que le Chobe n'est pas un cours d'eau navigable au sens général du terme «navigabilité». Aucun bâtiment de grand tonnage n'avait navigué sur ses eaux à l'époque de la conclusion du traité. Depuis lors non plus, il n'y a pas eu de trafic commercial *transrégional* par voie fluviale de quelque importance.

40. Par ailleurs, comme la Namibie l'a fait observer, le Chobe, en particulier dans les tronçons visés en l'affaire, est, depuis toujours, utilisé par la population locale comme voie de communication par des pirogues ou d'autres petites embarcations, et comme terrain de pêche et de chasse, qui constituent d'autres utilisations au sens de la jurisprudence citée. Ces dernières décennies, à toutes ces utilisations du Chobe est venue s'ajouter l'activité liée au tourisme.

41. Actuellement et à l'avenir prévisible, il est certain que les besoins des Etats riverains concernant le Chobe autour de l'île de Kasikili sont liés à l'industrie touristique. A cet égard, la Namibie a déjà montré dans son exposé que c'est le chenal situé au sud de l'île de Kasikili qui offre les plus grands débouchés en matière de tourisme.

42. Etant donné que l'objet et le but de l'accord de 1890 sont d'assurer concrètement l'égalité d'accès aux ressources de la rivière, la conclusion qui s'impose est que le chenal qui passe au sud de l'île est le chenal principal du Chobe. En insistant sur le chenal nord, le Botswana trahit en fait le principe même de l'égalité de droit et d'accès pour les deux Etats riverains qu'il défend comme étant l'objet et le but de l'accord de 1890. 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 Gabčíkovo-Nagymaros*.

4. Le thalweg du «chenal principal» qui passe au sud de l'île de Kasikili comme ligne frontière au sens du paragraphe 2 de l'article III de l'accord de 1890

43. L'exposé que j'ai fait sur ce point a établi que le chenal principal selon le paragraphe 2 de l'article III passe au sud de l'île de Kasikili. Ce paragraphe place la frontière entre le Botswana et la Namibie au centre du chenal principal, ou, en allemand, «*im Thalweg des Hauptlaufes*,» du Chobe. Ainsi, c'est dans le chenal qui passe au sud de l'île qu'il faut situer la frontière entre le Botswana et la Namibie. Sur cette question, les termes décisifs du paragraphe 2 de l'article III sont «centre» ou «thalweg» et le texte allemand de ce paragraphe met l'accent sur le «thalweg» du «chenal principal», c'est-à-dire la ligne des sondages les plus profonds du chenal principal situé au sud de l'île. Cette ligne se trouve dans le thalweg du chenal principal qui est visible en saison sèche au sud de l'île et que l'on désigne communément sous le nom de «chenal sud».

067 44. Comment cette interprétation s'accorde-t-elle avec le texte anglais du paragraphe 2 de l'article III ? Le terme «centre» dans la pratique des traités et la jurisprudence peut avoir le même sens que «thalweg». Par exemple, dans l'affaire *Chamizal*⁹⁶, la commission des frontières fait l'observation suivante :

«De nombreux traités contenant des dispositions relatives aux frontières fluviales ont été invoqués par les parties, montrant que dans certains cas, par le biais d'arrangements conventionnels, la rivière, telle quelle, est la frontière, ou la frontière longe le *milieu de la rivière, ou le long du thalweg ou centre ou filet d'eau du chenal...*»

A cette différence près que, dans un cas, nous avons «milieu de la rivière» et, dans l'autre, sans séparation marquée par une virgule ni rien d'autre, «le long du thalweg ou centre ou filet d'eau du chenal». De la même manière, les termes «centre» et «thalweg» sont utilisés comme synonymes au paragraphe 2 de l'article III.

⁹⁶RIAA, vol. 11, 309, p. 321.

45. Une interprétation de cet article visant à indiquer que la ligne des sondages les plus profonds du chenal au sud de l'île de Kasikili délimite la frontière serait totalement conforme au sens ordinaire des termes des textes anglais et allemand de l'accord. Elle serait également conforme à la frontière telle qu'elle apparaît dans la grande majorité des cartes présentées comme preuves dans l'affaire.

IV. Conclusions

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, permettez-moi de résumer très succinctement les conclusions comme suit :

1. La genèse du paragraphe 2 de l'article III de l'accord de 1890 prouve sans aucun doute possible que la formule utilisée pour décrire le cours de la frontière dans le Chobe dans le texte anglais comme dans le texte allemand est identique quant au sens et à sa structure.
2. La formule «centre du chenal principal de cette rivière» ou «*Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*» fait l'objet d'une interprétation, et il faut attribuer à chaque terme de ces membres de phrase un sens distinct. La formule, dans une langue comme dans l'autre, exige, dans un premier temps, que soit identifié le «chenal principal» du Chobe.
3. Le chenal qui coule au sud de l'île de Kasikili est également le chenal «le plus utilisé». Par conséquent, c'est le chenal principal au sens du paragraphe 2 de l'article III.
4. La profondeur moyenne n'est pas un critère d'identification du chenal principal, que ce soit du point de vue juridique ou des faits en l'affaire. C'est la profondeur minimale sur tout le parcours d'un cours d'eau qui détermine sa navigabilité. A cet égard, les chenaux nord et sud sont essentiellement navigables l'un comme l'autre.
5. Le fait que le chenal sud de l'île de Kasikili est le «chenal principal» est corroboré par l'objet et le but du paragraphe 2 de l'article III, qui consacre le principe fondamental de l'égalité d'accès des Etats riverains aux utilisations des ressources du Chobe. Puisque la ressource principale de la rivière autour de l'île de Kasikili est l'activité touristique et que celle-ci est surtout possible

dans le chenal sud de l'île, le principe de l'égalité d'accès exige que la frontière entre le Botswana et la Namibie le long du «centre» ou «thalweg» soit située dans le chenal principal au sud de l'île.

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, ici s'achève mon exposé, quelque peu précipité et hâtif certes, mais le temps qui m'était imparti était limité. Je vous remercie de votre indulgence.

Le PRESIDENT : Je vous remercie beaucoup, Monsieur Delbrück. La Cour se réunira de nouveau demain matin.

L'audience est levée à 13 h 10.
