

CR 99/4

International Court  
of Justice

THE HAGUE

Cour internationale  
de Justice

LA HAYE

YEAR 1999

*Public sitting*

*held on Wednesday 17 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 mercredi 17 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,

Professor Sir Elihu Lauterpacht, C.B.E., Q.C., Honorary Professor of International Law, University of Cambridge, Member of the Institut de droit international,

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,

Sir Elihu Lauterpacht, C.B.E., Q.C., professeur honoraire de droit international à l'Université de Cambridge, membre de l'Institut de droit international,

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: Please be seated. We continue this morning with the oral presentation of the Republic of Namibia and I should like to call upon Dr. Lazarus Hangula.

Mr. HANGULA:

## **8. THE MASUBIA OF THE EASTERN CAPRIVI OF NAMIBIA**

### **Introduction**

1. Mr. President, distinguished Judges of the International Court of Justice, my name is Lazarus Hangula. I am a Senior Research Fellow and Director of the Multidisciplinary Research Centre at the University of Namibia. I trained as a historian and ethnologist at the University of Mainz in the Federal Republic of Germany.

2. My task this morning is to introduce to this honourable Court the Masubia people of the Eastern Caprivi who were referred to in the statement of Namibia's Agent and other speakers. These are the people who have lived on and used Kasikili Island from time immemorial.

### **The Masubia people prior to 1890 Anglo-German Treaty**

3. I shall begin by dealing with the Masubia people prior to the 1890 Anglo-German Treaty<sup>1</sup>. The Masubia occupied a territory which at the end of the 17th century roughly extended from Kaungamashi and Sioma in the north (in today's Zambia) to Patamatenga, Nata, Nunga and Sakapani in the south (in today's Botswana) and from Kazungula in the east to Singalamwe and Sabuti in the west<sup>2</sup>.

4. In the early days the Masubia leader of the proto-immigration period, Nsundano I, for security reasons established his residence at a place "on the northern bank of the Chobe River", "about five miles east of Ngoma"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>Shamukuni, D.M.: *The baSubiya*, pp. 162-163, In: Botswana Society (1972): *Botswana Notes and records, Vol. 4*. Gaborone, pp. 161-183; see also Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 139.

<sup>2</sup>Shamukuni, 1972:162; see also Memorial of Namibia, Vol. III, Ann. 2, pp. 197-199.

<sup>3</sup>Shamukuni 1972:161.

### **The traditional political system of the Masubia**

5. Throughout their history the Masubia have had many leaders. I will only mention three, namely Shanjo, Nsundano I and Nkonkwena. Chief Shanjo is linked to the period of the Masubia immigration some hundreds of years ago. Chief Nsundano I is considered to be the founder of the Subia state known as *Itenge*<sup>4</sup>. Nkonkwena lived in Impalila Island<sup>5</sup> which is only a few kilometres downstream of Kasikili Island. Following a succession squabble within the royal family, he moved to the south. After the dismemberment of the Masubia territory through the 1890 Anglo-German Treaty, Nkonkwena became the head of the dynasty of the Masubia chiefs in Botswana, today located some 100 kilometres southwest of Kasane.

6. The hierarchy of the traditional system of the Masubia authority consists of a hereditary chief (known as *Munitenge* in Subia language), a principal adviser to the chief (called *ngambela*) and a number of more senior ward headmen representing a group of villages. Each individual village is under the authority of a headman called *induna*. A number of senior *indunas* form the chief's advisory council or *khuta*. The chief rules and administers his territory through the *indunas* and their organ. The *khuta* handles legislative and judicial matters<sup>6</sup>.

7. Some of the administrative duties of the traditional authorities of the Masubia consist in the managing of natural resources, administration of justice, maintenance of law and order and allocation of land<sup>7</sup>. The Masubia traditional authority had jurisdiction over communal land. The traditional land tenure system of the Masubia guarantees access to land for every community member, subject to the allocation by the *induna* or other competent community institution. After land has been allocated, the beneficiary has exclusive use rights. But economic activities such as

---

<sup>4</sup>Memorial of Namibia, Vol. III, Ann. 2, pp. 197, 206.

<sup>5</sup>Shamukuni 1972: 165-166.

<sup>6</sup>I. Tvedten *et al* (1994): *Freshwater Fisheries and Fish Management in Namibia: A Socio-Economic Background Study*. SSD Research Report No. 12, MRC, UNAM. Windhoek, p. 22; see also Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 132, pp. 208-209 [27-28].

<sup>7</sup>Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, pp. 7-8, 62, 156; Kruger, etc.

the collection of water and firewood, fishing, livestock depasturing and hunting in the commons are open to all who live in a specific constituency<sup>8</sup>.

### **The effect of the 1890 Anglo-German Treaty on the Masubia**

8. I now turn to the effect of the 1890 Anglo-German Treaty on the Masubia. Pursuant to the delimitation of spheres of influence in the south-central African region through the 1890 Anglo-German Treaty, the Masubia territory that I described earlier was divided into three colonial territories, namely Northwestern Rhodesia (today part of Zambia), Bechuanaland Protectorate (today Botswana) and German South West Africa (today Namibia). The Namibian section of the Masubia territory became part of the Caprivi Strip.

9. Traditional authorities and their communities in these colonial territories I have mentioned were informed about the limits of the new territories and that they were thenceforth subject to the laws of their respective colonial administration<sup>9</sup>. It is significant to note that from 1914 to 1929 when the British ruled the Caprivi, they were concurrently ruling Bechuanaland Protectorate and Northwestern Rhodesia. The British authorities recognized that these territories were separate and different entities. For this reason a person residing in any of the territories required an official permit in order to carry out agricultural activities in the other territories. Worth mentioning in this regard are the well known *Barotze privileges* by which Lozi speaking people in Zambia were allowed to use their ancestral land in Angola and the Caprivi Strip along the Kwando and Zambezi Rivers subject to first obtaining a permit from colonial authorities<sup>10</sup>.

10. The Caprivi Strip was named after the German Chancellor Georg Leo von Caprivi under whose aegis the 1890 Anglo-German Treaty was concluded. After the 1890 Anglo-German Treaty, the Proclamation of 10 April 1898 provided for the creation of native reserves in German

---

<sup>8</sup>See Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 2, pp. 198-200; 205.

<sup>9</sup>Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 141, pp. 249-250.

<sup>10</sup>Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 50-51, pp. 183-202.

South West Africa<sup>11</sup>. Under this proclamation a reserve was created for the Masubia people in the Eastern Caprivi. This is defined and depicted in von Frankenberg's map of 1912. Today the area covers approximately 3,420 square kilometres<sup>12</sup> and has an estimated population of 34,000 inhabitants. About 80 per cent of the total population of the Caprivi Region lives in rural areas<sup>13</sup>.

11. The heartland of the Masubia of the Eastern Caprivi is situated in the Zambezi flood plain, thus making them a riverine people<sup>14</sup>. A special social settlement characteristic of the Zambezi flood plain area is the seasonal change between a dry-season dwelling in the lowland flood plain and a flood-season dwelling in the higher and drier areas<sup>15</sup>. The same situation existed on Kasikili Island as testified to by witnesses who appeared before the Joint Team of Technical Experts (JTTE), of which I was a member, in 1994. For example Mutwa testified: "and then sometimes used to come a flood . . . that's the time we used to leave the [Kasikili] island, we go now to the forest . . . and when it was dry we used to go back again"<sup>16</sup>.

12. As the video has shown yesterday, every year there is a "seasonal movement of . . . the population from the flood plain areas to higher level dryland areas during the flooding season". These seasonal migrations involve the entire household<sup>17</sup>. During this time of the year most Masubia villages become virtually islands as they get completely surrounded or inundated by flood waters from the Zambezi. These migrations are a fundamental characteristic and way of life of the

---

<sup>11</sup>*Allerhöchste Verordnung, betreffend die Schaffung von Eingeborenenreservaten in dem Südwestafrikanischen Schutzgebiete*. In: Deutsche Kolonialgesetzgebung, Dritter Teil: 1897-1898. Berlin 1899.

<sup>12</sup>J. Mendelsohn and C. Roberts (1997): *An Environmental Profile and Atlas of Caprivi*. Directorate of Environmental Affairs, Namibia, Windhoek, p. 13-14; G. Totemayer et al (1997): *Namibia Regional Resource Manual*. Gamsberg Macmillan Publishers, Windhoek.

<sup>13</sup>G. Totemayer et al (1997): *Namibia Regional Resource Manual*. Gamsberg Macmillan Publishers, Windhoek; GRN/NPC (1994): *1991 Population and Housing Census*. Windhoek.

<sup>14</sup>Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, pp. 20, 122.

<sup>15</sup>Tvedten *et al.*, 1994:19.

<sup>16</sup>Memorial of Namibia, Vol. III, Ann. 2, p. 15, testimony of N. L. Mutwa; see also pp. 47, 72 and Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, p. 142.

<sup>17</sup>Tvedten *et al.*, 1994:36.

Masubia people. To the Masubia their dwellings in both the higher ground and in the flood area are regarded as their permanent homes, to whom they return.

### **The economic activities of the Masubia**

13. Let me now describe the economic activities of the Masubia. The eastern Caprivi area where the Masubia live abounds in freshwater fish<sup>18</sup>. The soil is also fertile that diverse kind of crops are produced, forage for wild and domestic animals grows, and reeds as building materials are harvested.

14. The core traditional economy of the Masubia community is water-based. Due to the abundance of water in the Zambezi flood plain most Masubia households pursue a combination of rain-fed and river-bed agriculture<sup>19</sup>.

15. A very important part of the Masubia diet is fish. They also derive income from fishing which is carried out in the rivers, lakes and the marshes of the Zambezi flood plain. Referring to fishing activities in the Chobe River around Kasikili Island one witness told the JTTE:

"now we don't know how we are going to live [due to the presence of the Botswana Defence Force units on Kasikili Island] because we used to cast our nets there, we get fish. Then we sell those fish, we get money, we buy milie meal"<sup>20</sup>.

16. Natural resources thus constitute the backbone of the rural economy of the region and are, hence, important means of livelihood for the majority of the local population. The rural demographic profile of the Kasika district which includes Kasikili Island has not changed much since early 1920s. At least 95 per cent of the population of Kasika district is still rural.

---

<sup>18</sup>Tvedten *et al.*, 1994.

<sup>19</sup>Tvedten *et al.*, 1994:36-37; see also Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, pp. 2, 7-9, 62, 106, 128, 117-118.

<sup>20</sup>Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, p. 131; see also 159 *et passim*, testimony of N. Siyomundi.

**Incorporation of the traditional political system of the Masubia in colonial administration**

17. I turn now to the incorporation of the traditional political system of the Masubia into colonial administration. When the Imperial Resident Kurt Streitwolf arrived in the Caprivi in 1909 to establish German administration, he realized that the collaboration of the local traditional authority was vital for an effective German colonial administration. In the rest of German South West Africa, Germany adopted the system of direct colonial rule which contributed to the German-Herero and German-Nama wars. In the Caprivi, Captain Streitwolf opted for a system of indirect rule through traditional structures.

18. Inspired also by the indirect rule of the British in Ngamiland and elsewhere on the Zambezi, the German approach in the Caprivi was different. Indeed, the Caprivi developed an administrative system which was different from the rest of colonial Namibia. With regard to the Masubia, German officials made an effort to win the confidence of the community.

19. The Masubia royal family also returned to the Caprivi from Northwestern Rhodesia where they had taken refuge. The very young heir Liswaninyana could not then become chief. Streitwolf convened the Masubia *khuta* which elected an older man, Chikamatondo, from the nobility who was married to Liswaninyana's aunt, as Regent of the Masubia in the Caprivi. After his election, Chikamatondo and the entire Masubia traditional authority were incorporated into the German colonial administration and became part and parcel of the colonial administration. Chikamatondo was requested to leave his residence in Kasika and establish his headquarters at Schuckmannsburg, which was the designated seat of the German administration in the Caprivi<sup>21</sup> until the First World War. Thereafter the British took over the administration until 1929 from which time South Africa administered the Caprivi.

20. Prior to the assumption of his duties the Native Commissioner and Magistrate of Eastern Caprivi, Major Trollope, was given the following instructions:

---

<sup>21</sup>Memorial of Namibia, Vol. III, Ann., p. 208.

"In view of the distance of the Strip from the Union and the impossibility of providing all the facilities of European government there, it is specially desired that you will foster the operation of native institutions and endeavour to improve them and make of them an effective instrument of administration. Wherever possible you should endeavour to have matters settled by the native courts. Your judicial jurisdiction should only be exercised in cases where it is apparent that proper justice will not otherwise be done."<sup>22</sup>

21. Henceforth during German, British and South African administration in the Caprivi the official acts of the Masubia traditional authority became part and parcel of the colonial rule<sup>23</sup>. For their role in the colonial administration, the members of the Masubia traditional authority were paid a salary<sup>24</sup>.

#### **Masubia leaders and their relationship with Kasikili Island**

22. Mr President, I am now going to elaborate on some Masubia leaders of Eastern Caprivi who had close links with Kasikili Island. They include:

*Chief Chikamatondo*, who ruled between 1909 and 1945. He lived at Kasika<sup>25</sup> before he was elected regent<sup>26</sup>. During his first reign Kasikili Island was named after a long serving *induna*, Silumbu (or Sulumbu) who himself resided on the Island<sup>27</sup>. Later the Island became known as *Kasikili*, a Masubia name, after a small tree — *musikili* — grew there<sup>28</sup>.

---

<sup>22</sup>Reply of Namibia, Ann. 16 (a).

<sup>23</sup>Memorial of Namibia, Vol., pp. 89-92.

<sup>24</sup>Reply of Namibia, para. 373.

<sup>25</sup>This village is depicted on von Frankenberg's map of 1912 in the Memorial of Namibia, Vol. I, fig. 12 and Memorial of Namibia, Vol. VII, Map VII/2, Map Atlas.

<sup>26</sup>Memorial of Namibia, Vol. III, Ann. 2, p. 208.

<sup>27</sup>Memorial of Namibia, Vol. I, fig. 10 and Memorial of Namibia, Vol. VII, Map IV, Map Atlas.

<sup>28</sup>Memorial of Namibia, Vol. II and III, Anns. 1 and 2, *passim*.

*Chief Liswaninyana* lived at Kasika<sup>29</sup> and had winter gardens on Kasikili Island<sup>30</sup>. Liswaninyana was also well-known to the British authorities in Bechuanaland Protectorate<sup>31</sup>.

*Chief J. Moraliswani* II who testified before the JTTE in 1994. He ruled for 31 years (1965-1996) and he died in August 1996 at the age of 82 years. He also had fields on Kasikili Island<sup>32</sup>.

Thus, the available records overwhelmingly show that all Masubia chiefs of Eastern Caprivi had jurisdiction over Kasikili Island. Some of the Masubia leaders of Eastern Caprivi and members of their community had houses and winter gardens on Kasikili Island<sup>33</sup>. This is confirmed by British and South African records<sup>34</sup>.

### Conclusion

23. Mr President, distinguished Judges, from what I have said, it is clear that the Kasikili Island case is an issue that primarily and in practical terms concerns a local indigenous community, that is, the Masubia people of the Caprivi. Colonial records of German, British and South African authorities and the testimony of members of the Masubia community in the Kasika district before the JTTE conclusively show that the Masubia people of Eastern Caprivi have occupied and used Kasikili Island since time immemorial.

Mr. President, this concludes my presentation. Would you please call on Professor Faundez to make his presentation. Thank you.

The PRESIDENT: Thank you very much. I call on Professor Julio Faundez please.

---

<sup>29</sup>Memorial of Namibia, Vol. III, Ann. 1, p. 196.

<sup>30</sup>Shamukuni 1972: 167-168; Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. pp. 149, 151, 153 *et passim*.

<sup>31</sup>Shamukuni 1972:167-168.

<sup>32</sup>Memorial of Namibia, Vol. III, Ann. 2, pp. 194-211.

<sup>33</sup>See, for instance, Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, p. 110: Chikamatondo; Memorial of Namibia, Vol. III, Ann. 2, p. 204: J. Moraliswani; etc.

<sup>34</sup>Memorial of Namibia, Ann. 66; Reply of Namibia, para. 258.

Mr. FAUNDEZ: Mr. President, distinguished Judges may I express my sense of honour and privilege that I enjoy in appearing before this Court on behalf of the Republic of Namibia.

## **9. SUBSEQUENT PRACTICE UNDER THE ANGLO-GERMAN TREATY OF 1890**

### **I. Introduction**

2. My task this morning is to review the practice of the parties under the Anglo-German Treaty of 1890. I do so because the practice clearly establishes the agreement of the parties regarding the two main issues before the Court: first, that Kasikili Island is and has always been part of Namibia's territory; and second, that the boundary is in the channel that runs to the south of the Island.

3. My argument will be divided into two parts. In the first I will make some general comments about the legal significance of subsequent conduct and its bearing on the present dispute. In the second part I will examine the record of subsequent practice under the Anglo-German Treaty of 1890.

### **II. Legal significance of subsequent conduct**

4. I now turn to my remarks on subsequent conduct.

5. It would be impertinent to offer the Court a lengthy restatement of the law on subsequent conduct. Its importance and value as an element of treaty interpretation is beyond question. It has been applied by this Court and other international tribunals on several occasions. In our Memorial we give some examples of that<sup>35</sup>. There are, however, three questions that must be addressed before examining the factual record.

#### **1. Special relevance of subsequent conduct in boundary disputes**

6. The first question is why subsequent conduct is especially relevant in boundary and territorial disputes.

---

<sup>35</sup>Memorial of Namibia, paras. 165-179.

7. The importance of the conduct of the parties in boundary disputes has been repeatedly acknowledged by this Court<sup>36</sup>. Indeed, it is often the most reliable indicator of what the parties have regarded as a fair and equitable balance of their interests.

8. As an element of interpretation, subsequent conduct is of course, relevant to the interpretative process of any treaty. Subsequent conduct, however, has a special relevance in territorial and boundary disputes that involve the interpretation of treaties or other documents. This point was made recently by a Chamber of the Court in the *Land, Island and Maritime Frontier Dispute*, in relation to its enquiry regarding the ownership of certain disputed islands.

"[I]t is perfectly possible that that law itself gave no clear and definitive answer to the appurtenance of marginal areas, or sparsely populated areas of minimal economic significance. For this reason, it is particularly appropriate to examine the conduct of the new States in relation to the islands during the period immediately after independence."<sup>37</sup>

9. These observations have a special relevance to the present case. As Professor Delbrück explained on Monday, the officials who negotiated the Anglo-German Treaty of 1890 were engaged in the partition of vast areas of Africa of which they had little or no direct knowledge. It is therefore not surprising that some of the phrases they used do not offer a clear and definitive answer as to the location of the boundaries established by the Treaty. This is the case of the phrase "main channel" used in Article 3 (2) of the Anglo-German Treaty. As its meaning is not self-evident, the practical construction placed by the parties becomes critically important.

## **2. How subsequent conduct is manifested**

10. The second preliminary question is how the conduct of the parties is manifested.

11. Under Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, acknowledged by this Court as codifying the international customary law on treaty interpretation, there are two types of

---

<sup>36</sup>Case concerning the *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, I.C.J. Reports 1962, p. 23; *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, I.C.J. Reports 1982, para. 117; *Fisheries*, I.C.J. Reports 1951, pp. 138-139.

<sup>37</sup>I.C.J. Reports 1992, p. 559, para. 333.

subsequent conduct: a subsequent agreement regarding the interpretation or the application of a treaty (Article 31 (3) (a)); and practice that establishes the agreement of the parties regarding the interpretation of the treaty (Article 31 (3) (b)).

12. In the case of the second type of subsequent conduct — that is, subsequent practice — the agreement of the parties may be established through joint or parallel activity of the parties or through the activity of one party which is assented to or not objected to by the other. In other words, the agreement of the parties regarding the interpretation of the treaty may be based on the activity of one of the parties and the silence or failure to respond by the other party when the circumstances call for some reaction. The affirmative conduct of both parties is not an essential requirement.

13. Botswana argues, however, that the practice referred to in Article 31 (3) (b) is practice that must be common or jointly carried out by the parties<sup>38</sup>. This interpretation of the rule of subsequent practice is not only mistaken, but if applied to boundary disputes would amount to a virtual denial of the rule. For in most boundary disputes activity by one of the parties that is not challenged by the other is often the most reliable evidence of the views of the parties regarding the interpretation of the treaty. Yet, under the interpretation put forward by our opponents such unilateral activity would never qualify as an element of subsequent practice since, by definition, unilateral acts could not be carried out jointly or in common by the parties. Thus, Botswana's interpretation of Article 31 (3) (b) is wrong and leads to an absurd result.

14. In its pleadings Botswana claims that Namibia's reliance on the Masubia's use and occupation of Kasikili Island constitutes somehow an attempt to escape from the Treaty and even suggests that we mistakenly regard Kasikili Island as *terra nullius*<sup>39</sup>. These allegations are clearly wrong. As the Court is aware, the interpretation of the 1890 Treaty is central to our case and Namibia does not regard Kasikili Island as *terra nullius*.

---

<sup>38</sup>Counter-Memorial of Botswana, paras. 237-240.

<sup>39</sup>Counter-Memorial of Botswana, paras. 141, 649-653.

15. Our disagreement with Botswana is not about whether the Treaty is controlling. Our disagreement is about whether Namibia's continuous use of Kasikili Island constitutes admissible evidence as to the parties' interpretation of the 1890 Treaty. Namibia's view is that it is.

16. Our interpretation of Article 31 (3) (b) of the Vienna Convention is borne out not only by its clear text, but also by the *travaux préparatoires* of the United Nations Conference on the Law of Treaties. It is also confirmed by the decision in the *Beagle Channel Arbitration*<sup>40</sup>. In that case Argentina argued that Chile's acts of jurisdiction over certain disputed islands did not qualify as subsequent conduct under Article 31 (3) (b) because they did not express the common will of the parties. This argument was flatly rejected by the Court of Arbitration:

"The Court cannot accept the contention that no subsequent conduct, including acts of jurisdiction, can have probative value as a subsidiary method of interpretation unless representing a formally stated or acknowledged 'agreement' between the parties. The terms of the Vienna Convention do not specify the ways in which 'agreement' may be manifested." And the Court continues: "In the context of the present case the acts of jurisdiction were not intended to establish a source of title independent of the terms of the Treaty; nor could they be considered as being in contradiction to those terms as understood by Chile. The evidence supports the view that they were public and well-known to Argentina, and that they could only derive from the Treaty. Under these circumstances the silence of Argentina permits the inference that the acts tended to confirm an interpretation of the meaning of the Treaty independent of the acts of jurisdiction themselves."<sup>41</sup>

17. The foregoing confirms that Namibia's interpretation of Article 31 (3) (b) is correct: the affirmative conduct of both parties is *not* an essential requirement to establish the parties' agreement regarding the interpretation of a treaty.

### **3. Time at which the practice of the parties is more relevant**

18. The third question about subsequent conduct, that I would like to raise, is the time at which the conduct of the parties is most relevant.

---

<sup>40</sup>*Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile)*, 52 ILR, p. 93.

<sup>41</sup>52 ILR, p. 224.

19. Is it conduct in the period immediately following the conclusion of the treaty or could it also be conduct that takes place several decades later? There are, of course, no hard-and-fast rules on this matter. Yet it is appropriate in this context to recall the principle of the stability of boundaries, the importance of which has been repeatedly acknowledged by this Court<sup>42</sup>. As stated by the Court in the *Temple* case<sup>43</sup>, the primary object of States when they establish a frontier is to achieve stability and finality. Under this principle, it would seem that the most relevant time to examine the conduct of the parties is during the early years of the treaty.

20. As I will presently show, by the early 1940s the parties to the Anglo-German Treaty of 1890 had consistently and unequivocally established their agreement on the two crucial issues before the Court; namely, the location of the boundary in the channel to the south of the Island and the attribution of Kasikili Island to Namibia.

21. Yet after the 1940s, the practice of the parties did not change. Accordingly, the temporal scope of my enquiry will be the entire colonial period, from 1890 until 1966. My enquiry ends in 1966 because in that year Botswana became independent and by virtue of the principle of *uti possidetis* the boundary line became firmly established. Moreover, in 1966 the Mandate for South West Africa was terminated by the General Assembly of the United Nations and thereafter, South Africa no longer had international legal capacity to act on behalf of Namibia<sup>44</sup>.

### III. Subsequent Practice: The Record

22. I now turn to the record of subsequent practice.

---

<sup>42</sup>*Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, I.C.J. Reports 1994, paras. 72-73; *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, I.C.J. Reports 1962, p. 34; *Aegean Sea Continental Shelf*, I.C.J. Reports 1978, p. 36.

<sup>43</sup>I.C.J. Reports 1962, p. 34.

<sup>44</sup>General Assembly resolution 2145 (XXI) 1966.

### **1. Occupation and use of Kasikili Island by the Masubia of the Caprivi**

23. I will first examine the evidence of use and occupation of Kasikili Island by the Masubia. My comments on this point will be brief as Dr. Hangula has already dealt with it. As he explained, the exclusive occupation of Kasikili Island by the Masubia was clearly established by the testimony before the Joint Technical Team of Experts in May and July 1994.

24. The JTTE called nearly 75 witnesses, of whom some 60 were called by Namibia. Namibia's witnesses gave a detailed and vivid account of life in the Eastern Caprivi, in the area around Kasikili Island and on the Island itself. Their testimony confirms the continuing political and economic importance of the Island for the Masubia of the Caprivi. The Masubia witnesses were in agreement that no one from the Bechuanaland Protectorate had ever used the Island. They were emphatic in asserting that they had never sought or obtained permission to use the Island from anyone other than the Masubia authorities.

25. The notoriety of the continuous occupation of Kasikili Island by the Masubia of the Caprivi is corroborated by numerous official statements, correspondence and minutes from both parties to the Anglo-German Treaty. In our pleadings we analyse these documents in detail. Here I will only mention the Trollope/Redman report.

26. The authors of this report state that at least since 1907 the Island had been continuously used by the Masubia of the Caprivi and that it had never been used or claimed by people or officials from the Bechuanaland Protectorate<sup>45</sup>.

### **2. Exercise of jurisdiction by the colonial administration**

27. I now turn to the system of administration and will explain how colonial rule was exercised in Kasikili Island.

28. As Dr. Hangula has explained, Germany's administration of the Caprivi was established in 1909 when Captain Kurt Streitwolf entered the Caprivi with four European military officers and

---

<sup>45</sup>Memorial of Namibia, Ann. 60.

14 policemen. Given the size of Streitwolf's staff, it is not surprising that he was keen to obtain the co-operation of local communities. In the case of the Masubia, his task was made easier because, upon his arrival, he helped them recover property taken by the Barotse of north-western Rhodesia. This helped Streitwolf forge good relations with the Masubia.

29. The system of governance applied by Germany, by Britain and by South Africa in the Caprivi was based on the British method of indirect rule. As Sir Frederick Lugard explains, the essential feature of the system of indirect rule was that chiefs were an integral part of the machinery of government.

"There are not two sets of rulers — British and native — working either separately or in co-operation, but a single Government in which the native chiefs have well-defined duties and an acknowledged status equally with British officials."<sup>46</sup>

30. Under the system of indirect rule, the machinery of government was run both by colonial officials and by the traditional authorities of the Masubia. The colonial and indigenous systems complemented each other, and evidence of this is found in the annual reports on the administration of the Caprivi filed by South Africa with the League of Nations. Until 1929 these reports were written by Bechuanaland officials who administered the Territory as delegates of South Africa. These reports show the extent to which colonial officers relied on the traditional authorities of the Masubia to carry out important governmental functions, such as the administration of justice and the implementation of sanitary measures; in particular, measures to contain the spread of cattle disease<sup>47</sup>. Although indirect rule was manifested in a variety of ways, its essence was that the acts of administration of the colonial authorities and those of the traditional authorities were acts of a single entity: the colonial government.

31. The close and complementary relationship between colonial and traditional authorities is clearly shown in the following passage from the 1927 Report on the administration of the Caprivi.

---

<sup>46</sup>Memorial of Namibia, Ann. 131.

<sup>47</sup>Counter-Memorial of Botswana, Anns. 11-13.

This passage, written by Bechuanaland officials, explains the system of administration of justice in the Eastern Caprivi:

"Each village has its Induna or Headman who has authority to adjudicate according to Native Law and Custom . . . He is generally assisted by the older men. If they do not agree or if the plaintiff or defendant is not satisfied, then the case is taken to the Chief's Kgotla.

The Chief's Kgotla or Court is the principal one and its judgments are final except that provision is made under Proclamation No. 1 of 1919 for appeals . . . in the first instance, to a Court composed of the Assistant Commissioner . . . and the Chief, and in the event of their disagreeing, then the Resident Commissioner decides the matter in dispute."<sup>48</sup>

32. This passage shows that the administration of justice in the Caprivi was a single system comprising both the traditional authorities of the Masubia and the European officials appointed by the colonial government. Likewise, other decisions taken by Masubia authorities also had major legal significance. This was the case, for example, of the allocation of land, as Dr. Hangula explained.

33. Since Kasikili Island and the Eastern Caprivi are inundated for up to six months of the year, fertile land is a scarce resource. Accordingly, it is subject to strict political and legal controls involving both central and local political authorities<sup>49</sup>.

34. Agricultural activities of the Masubia at Kasikili Island were thus a manifestation of the exercise of sovereign jurisdiction by the colonial rulers through the traditional authorities of the Masubia. Contrary to Botswana's distorted interpretation of Namibia's argument, agricultural activities of the Masubia are relevant to the issue of subsequent conduct not because they constituted title to Kasikili Island, but because they presupposed it.

35. Mr. President, the evidence I have examined shows two things of fundamental importance. First, that the activities of the Masubia in Kasikili Island were carried out under the authority of the

---

<sup>48</sup>Counter-Memorial of Botswana, Ann. 11, p. 123.

<sup>49</sup>Memorial of Namibia, Ann. 84.

colonial administration. And second, that British authorities in the Bechuanaland Protectorate were fully aware of the legal significance of these activities.

### **3. British knowledge and acceptance of Namibia's acts of jurisdiction**

36. I will now refer to British knowledge and acceptance of Namibia's acts of jurisdiction in the disputed area.

37. The acts of jurisdiction carried out by the Masubia of the Caprivi under the system of indirect rule were well known to the British authorities. Indeed, they could not have been unaware of these acts, since between 1921 and 1929 they administered the territory under the method of indirect rule. During that period British officials meticulously prepared reports on their administration of the Caprivi. These reports, as I have explained, contain information about the political structures of the Masubia and their role in the administration of the territory<sup>50</sup>.

38. British colonial officials had direct knowledge that the authorities in the Caprivi exercised jurisdiction in the area. In 1940, when Trollope, the Magistrate for the Eastern Caprivi, became aware of the scale of poaching in the vicinity of Kasikili Island he appointed a Special Constable and stationed him at Kasika. He also sought and obtained assistance from the authorities in the Bechuanaland Protectorate to patrol the internal waters of the Caprivi. Two Bechuanaland police officers stationed at Kasane were seconded and formally appointed by South Africa to assist in patrolling the area between Kasika and Impalila Island<sup>51</sup>. These officers patrolled the area between 1940 until at least 1943. They and other people in the area could not have failed to notice that Kasikili Island and the northern channel were treated as part of the territory of the Caprivi. This is why only a few years later, in 1947, when William Ker, the manager of a local company wanted to use the northern channel he naturally applied to the Magistrate for the Eastern Caprivi.

---

<sup>50</sup>Counter-Memorial of Botswana, Anns. 11-13.

<sup>51</sup>Reply of Namibia, Ann. 18 (b), (c), (d) and (e).

39. Although Britain was fully aware that the activities of the Masubia on the Island were carried out under the authority of the colonial administration, it did not make a claim or enter a protest. Its silence in the face of the repeated assertion of rights in the disputed area by the authorities in the Caprivi confirms its agreement that under the 1890 Treaty Kasikili Island was and continues to be part of Namibia.

40. Britain's continuous silence and failure to enter a protest is all the more significant since, on several occasions, it had the opportunity to do so. The first such occasion was in the early 1910s during negotiations with Germany about the delimitation of the south-western portion of the Caprivi boundary. These negotiations were prompted by a difference of opinion regarding the location of the boundary in the area south of the village of Andara. A sketch prepared by Colonel Dennis Rushworth indicating the location of Andara and the British and German views as to the location of the boundary is No. 3.3 in the judges' file. The issue on which the parties disagreed was whether the boundary should be formed by a parallel of latitude, as proposed by Germany; or, by a parallel to the northern boundary of the Caprivi, as proposed by Britain. Unable to resolve the matter, the parties agreed to resort to arbitration. In the event, the proposed arbitration did not take place as the negotiations between Britain and Germany became entangled with another dispute concerning the boundary along the Orange River<sup>52</sup>.

41. The dispute that Germany and Britain agreed to submit to arbitration only concerned the land portion of the southern boundary of the Caprivi. During the course of the negotiations, however, Lord Harcourt, the British Colonial Secretary, requested the British High Commissioner in Pretoria to carry out a survey of the Chobe River<sup>53</sup>. Harcourt's request suggests that although the Chobe River boundary had not been on the agenda of the negotiations, Britain anticipated the possibility of broadening the terms of reference of the proposed arbitration.

---

<sup>52</sup>Memorial of Namibia, paras. 267-270.

42. The survey of the Chobe River was carried out by Captain Eason. His view of the channels at Kasikili Island was that the main channel ran to the north of the Island. He also noted that people from Kasika, in German territory, were using the Island. On the basis of his observations Eason stated that Britain should claim the northern channel as the main channel<sup>54</sup>. Britain, however, did not make a claim even though its exchanges with Germany over the rest of the southern boundary continued until the outbreak of World War I, when German administration of the Caprivi came to an end.

43. A second occasion to raise the Kasikili issue came in 1930 when negotiations over the same portion of the boundary resumed. This time it was South Africa, as Mandatory Power, that opened them with a note enquiring the direction of the boundary line in the area south of Andara. After a brief exchange, in 1931, an agreement was reached which largely reflected the British view. These negotiations again provided Britain with an opportunity to raise the issue of the ownership of Kasikili Island; but Britain remained silent. Its silence confirms, yet again, that it agreed with the prevailing alignment in the section of the boundary around Kasikili Island<sup>55</sup>.

44. Britain's failure to raise the issue of Kasikili Island contrasts sharply with its approach to transboundary cultivation in other sectors of the Caprivi boundary. This is the case of the eastern boundary of the Caprivi between Namibia and Zambia along the Zambezi River. Between 1915 and 1929, when Britain administered the Caprivi, it required the Barotse from the neighbouring colonial territory of North-Western Rhodesia, also under British colonial administration, to obtain permits to cultivate on designated areas of the Eastern Caprivi<sup>56</sup>.

45. Britain's approach to the use of islands in this boundary area was even more formal. In 1933, when South Africa and Britain demarcated the eastern boundary of the Caprivi the Barotse were issued with special permits to use certain designated Caprivi islands on the Zambezi. This

---

<sup>54</sup>Memorial of Namibia, Ann. 47.

<sup>55</sup>Memorial of Namibia, Anns. 54-57.

<sup>56</sup>Memorial of Namibia, Anns. 50-52.

privilege was recorded in a formal *Exchange of Notes* and published in the *British Foreign and State Papers*, an official British publication<sup>57</sup>.

46. Mr. President, the record shows that during the early 1930s there was a considerable amount of activity regarding the settlement and demarcation of boundaries of the Caprivi. It also shows that Britain was both concerned and fully aware of the importance of the use of islands by local communities. Yet, Britain failed to raise the issue of Kasikili Island although it knew that the Island was treated by the Masubia and by their colonial administrators as part of the Caprivi. The only conclusion that can be drawn from this behaviour is that Britain did not regard Kasikili Island as part of the Bechuanaland Protectorate.

47. The record of subsequent practice thus shows that by the 1940s the parties had established their agreement regarding the location of the boundary in the southern channel and the attribution of Kasikili Island to Namibia. This fact was explicitly acknowledged by the British High Commissioner in his letter of 6 June 1949 in which he informs his colleagues in London that Kasikili Island "has hitherto been regarded as part of the Caprivi Zipfel, since all the maps show that the main channel passes to the south of the island"<sup>58</sup>. These maps include Seiner's map of 1909; the British map GSGS 3915 of 1933 and the South African map of 1949. Later this morning Dr. Kawana, Namibia's Agent, and Colonel Rushworth will discuss the cartographic and legal significance of these and other maps of the area.

#### **4. The exchanges of 1947-1951**

48. Mr. President, as already stated, the record shows that by the early 1940s through their practice the parties had unequivocally established their agreement regarding the location of the boundary in the southern channel and the attribution of Kasikili Island to Namibia. This conclusion

---

<sup>57</sup>Exchange of Notes between the Union of South Africa and Northern Rhodesia regarding the Eastern Boundary between the Caprivi Strip and Northern Rhodesia and the Grant of Privileges to Northern Rhodesia Natives on the Caprivi Islands, Pretoria, 4 July/Cape Town, 25 July 1933, *British Foreign and State Papers*, Vol. 136, pp. 520-523.

<sup>58</sup>Memorial of Namibia, Ann. 66.

is further confirmed by the behaviour and by statements of British officials during the exchanges over Kasikili Island between 1947 and 1951. These exchanges have been extensively examined in Namibia's pleadings. Here I will briefly discuss certain aspects of the exchanges.

49. The exchanges were prompted by a letter written by William Ker, manager of the Zambezi Transport Company, to Noel Redman, the District Commissioner at Maun. It appears that upon the expiration of the permission that Trollope had given to William Ker to use the northern channel, Mr. Ker decided to challenge the view that the northern channel was part of Namibia's territory. This episode led to an exchange of correspondence between Redman and Trollope and to a decision to carry out a joint investigation of the area that took place in January 1948. Its conclusions are contained in the Trollope/Redman Report<sup>59</sup>, and their three main conclusions are:

- First, that the main channel is the northern channel.
- Second, that since at least 1907 the Island had been continuously used by people from the Caprivi.
- And third, that there was no evidence that Kasikili Island had ever been used or claimed by the authorities or by people from the Bechuanaland Protectorate.

50. After Trollope and Redman forwarded their Joint Report to their respective governments, there followed a brief diplomatic exchange between South Africa and Great Britain. The exchange began with a letter from the South African Department of External Affairs to the British High Commissioner proposing entering into an arrangement<sup>60</sup>. The High Commissioner's first response was to propose a system of permits for the Masubia<sup>61</sup>. The South African Government rejected this proposal and, in a letter of 14 February 1949, South Africa clarified that the arrangement it had in mind was one whereby Britain would formally recognize Kasikili Island as part of the Caprivi. In

---

<sup>59</sup>Memorial of Namibia, Ann. 60.

<sup>60</sup>Memorial of Namibia, Ann. 63.

<sup>61</sup>Memorial of Namibia, Ann. 64.

exchange, South Africa offered to issue a general permit for the free use of the northern channel<sup>62</sup>.

The basis of South Africa's proposal is clearly put forward in its letter of 14 February:

"From the available information it is clear that the Caprivi Tribesmen have made use of the Island for a considerable number of years and their right to do so has not been disputed either by Bechuanaland Tribesmen or Bechuanaland Authorities."<sup>63</sup>

51. After visiting the Island and acquiring first-hand knowledge of local conditions, the High Commissioner changed his mind. On 6 June 1949, he forwarded South Africa's proposal to the Commonwealth Relations Office in London recommending its acceptance<sup>64</sup>. In the event, however, the British Government decided not to enter into a formal agreement and proposed instead to deal with the matter through an administrative arrangement. The reason for this is explained by the High Commissioner in his letter to the South African Government of 10 May 1951.

"I am afraid that they [the Commonwealth Relations Office] have found this proposal beset by legal complications of an international nature, the solution of which would entail complications disproportionate to the importance of the matter at hand."<sup>65</sup>

52. The legal complications to which the High Commissioner's letter refers concerned South Africa's refusal to accept its obligations under the Mandate. Under Article 7 of the Mandate, read together with Article 1, decisions regarding the boundaries of the mandated territory required the approval of the Council of the League of Nations. After the demise of the League, the supervisory functions of the Council — as confirmed by this Court in its Advisory Opinion on the *International Status of South West Africa* — had passed to the General Assembly of the United Nations<sup>66</sup>.

53. Since South Africa refused to recognize United Nations jurisdiction over the Mandate, any decision concerning Namibia's boundaries would have created legal and political complications for the British Government, both at home and abroad. It is not surprising therefore that Britain

---

<sup>62</sup>Memorial of Namibia, Ann. 65.

<sup>63</sup>Memorial of Namibia, Ann. 65.

<sup>64</sup>Memorial of Namibia, Ann. 66.

<sup>65</sup>Memorial of Namibia, Ann. 69.

<sup>66</sup>*International Status of South West Africa, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, pp. 141-144.*

should have opted for a mere administrative arrangement. Thus, on 4 August 1951, Major Trollope, the Magistrate for the Eastern Caprivi, and V. E. Dickinson, the District Commissioner for Kasane, entered into such an arrangement<sup>67</sup>. The Trollope/Dickinson Arrangement confirmed the *status quo ante* at Kasikili Island.

54. Mr. President, distinguished Judges, two points of fundamental importance arise from the exchanges of 1947-1951: first, that there was agreement between Britain and South Africa that Kasikili Island and the northern channel are part of the territory of Namibia; and second, that the Trollope/Dickinson Arrangement reaffirmed the long-standing practice that Kasikili Island would continue to be used by the Masubia of the Caprivi and that the northern channel would continue to be used as a "free for all" thoroughfare.

55. When the High Commissioner wrote to the Commonwealth Relations Office on 6 June 1949, endorsing South Africa's proposal, he explained to his colleagues in London that the Island had hitherto been regarded as part of the Caprivi Zipfel<sup>68</sup>. Accordingly, the solution that he envisaged was not a cession of territory, but a formal declaration — taking the form of an Order in Council — confirming that Kasikili Island was not part of the Bechuanaland Protectorate. Such Order in Council, in the words of G. H. Baxter of the Commonwealth Relations Office, "would show what for all practical purposes is the true position — that it would not amount to a cession at all but to confirmation for legal purposes of existing facts"<sup>69</sup>.

Similar language is used by the High Commissioner in his letter to South Africa of 10 May 1951. In that letter he refers to the proposed solution as "a declaration on behalf of the government of the Bechuanaland Protectorate to the effect that the Island is not claimed as lying within the boundaries of the Protectorate . . ."<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup>Memorial of Namibia, Ann. 71.

<sup>68</sup>Memorial of Namibia, Ann. 66.

<sup>69</sup>Memorial of Namibia, Ann. 68.

<sup>70</sup>Memorial of Namibia, Ann. 69.

56. As we know, the formal declaration envisaged by the British Government was not made because of South Africa's persistent defiance of the authority of the United Nations. South Africa's behaviour was a source of considerable embarrassment to the British Government as recorded in the Cabinet Papers reproduced in Namibia's Reply<sup>71</sup>. Britain's embarrassment also explains the careful and, occasionally, ambiguous language used by the High Commissioner in his correspondence with South Africa, especially in his letter of 10 May 1951<sup>72</sup>.

57. It must be recalled that South Africa's conflict with the United Nations stemmed from the fact that at the time its main objective was the annexation of the whole of Namibia. Aware that this was the case, one of the questions that the General Assembly put to the Court in 1949 in its request for the Advisory Opinion on the international status of the territory was the following:

"Has the Union of South Africa the competence to modify the international status of the territory of South West Africa or, in the event of a negative reply, where does competence rest to determine the international status of the Territory?"

58. By unanimity the Court answered this question as follows:

"the Union of South Africa acting alone has not the competence to modify the international status of the Territory of South West Africa, and that the competence to modify the international status of the Territory rests with the Union of South Africa acting with the consent of the United Nations"<sup>73</sup>.

59. This background explains the cautious and somewhat elliptical tone of the High Commissioner's letter of 10 May 1951, to South Africa<sup>74</sup>. The wording of that letter is undoubtedly designed to pre-empt allegations that Britain and South Africa were determining or modifying any part of Namibia's territory. Thus, for example, while in the letter, the High Commissioner states that the instructions relating to the permits for the use of the Island would be maintained; the fact is that

---

<sup>71</sup>Reply of Namibia, Ann. 15.

<sup>72</sup>Memorial of Namibia, Ann. 69.

<sup>73</sup>*I.C.J. Reports 1950*, p. 144.

<sup>74</sup>Memorial of Namibia, Ann. 69.

those instructions had never been implemented and were soon withdrawn<sup>75</sup>. In his letter, the High Commissioner also states that the use of the northern channel would be governed by rules regarding waters that form a common boundary. He does not, however, assert that the northern channel is the international boundary or that Kasikili Island had ever been part of the Bechuanaland Protectorate.

60. It is clear that the High Commissioner's letter of 10 May 1951, was carefully drafted to avoid the allegation that Britain was either adding fuel to South Africa's territorial ambitions in respect of Namibia or that it supported South Africa's defiance of the United Nations. In any event, the crucial point is that the High Commissioner and his senior colleagues in London were of the view that a declaration stating that Kasikili Island was outside the Bechuanaland Protectorate was not a cession of territory. As Mr. Baxter from the Commonwealth Relations Office put it, such a declaration would have been considered "a confirmation for legal purposes of existing facts"<sup>76</sup>.

61. The "confirmation of existing facts" was precisely what the Trollope/Dickinson Arrangement achieved. Under this Arrangement the Masubia of the Caprivi continued their exclusive use of the Island and the northern channel remained as a "free for all" thoroughfare. The Trollope/Dickinson Arrangement thus reaffirmed what the British Government had consistently acknowledged and never challenged: that Kasikili Island was part of the territory of Namibia.

#### **5. Events between 1951 and 1966**

62. I will now briefly discuss the record of subsequent practice between 1951 and 1966.

63. During this period South Africa continued to enact legislation defining the administrative authority of the Masubia chiefs<sup>77</sup>. Moreover, as explained by one of the Masubia witnesses at the

---

<sup>75</sup>Counter-Memorial of Namibia, Ann. 21.

<sup>76</sup>Memorial of Namibia, Ann. 68.

<sup>77</sup>Memorial of Namibia, Ann. 101.

JTTE, C. E. Kruger, is a successor of Trollope as Magistrate of the Eastern Caprivi, authorized professional hunters to kill elephants that were destroying crops on Kasikili Island<sup>78</sup>.

64. The available evidence also shows that between 1951 and 1966 all important operational and planning activities carried out by Bechuanaland officials were based upon the acceptance that the channel to the south of the Island is the boundary and, that Kasikili Island is part of the territory of Namibia. There are several examples of this practice.

65. First, when planning water development schemes, the Public Works Department of the Bechuanaland Protectorate acted on the basis that the southern channel was the boundary. The *Water Development Map of 1963*, which appears in the judges' file as document No. 3.4, clearly shows the boundary clearly in the southern channel.

66. Document No. 3.5 in the judges' file is a map annotated by Bechuanaland officials sometime after 1955. It contains geological information about the area and also depicts Kasikili Island as being outside the territory of the Bechuanaland Protectorate.

67. As I pointed out earlier, sanitary and veterinary controls were a major concern for officials on both sides of the Caprivi boundary. Indeed, border controls to prevent the spread of cattle disease featured regularly in the reports prepared by the Bechuanaland authorities in the 1920s when they administered the Caprivi on behalf of South Africa<sup>79</sup>.

68. The issue of transboundary control of the movement of cattle was also a major concern for Bechuanaland officials in 1929 when they handed back to South Africa the administration of the Caprivi. Hence, maps used by authorities in charge of enforcing veterinary measures have a special significance. This is the case of the map at No. 3.6 in the judges' file.

69. It is *Bechuanaland GSGS 3915 with Veterinary Annotations* of 1949. This is a hand-coloured map showing areas infected by several diseases such as foot and mouth disease and rabies. It shows "Boundaries of Veterinary Areas" as a grey broken line. In the area around Kasikili

---

<sup>78</sup>Memorial of Namibia, Ann. 1, p. 24.

<sup>79</sup>Counter-Memorial of Botswana, Anns. 11-13.

Island the boundary follows the southern channel indicating that the Island was considered to be outside the territory of the Bechuanaland Protectorate.

70. The map at No. 3.7 in the judges' file is extraordinarily significant. It shows the boundary of the Crown Reserves Land in the Bechuanaland Protectorate. This map is a paper copy of a map published by the Bechuanaland Survey Department in 1935. The annotations in this map were prepared by the Director of Public Works in 1957 in response to a request from the Director of Colonial Surveys in London. In his letter of request, the Director of Colonial Surveys explains that the Directorate had experienced difficulties in mapping the boundaries of the Crown Lands and the letter added:

"In order that no errors are made it would be greatly appreciated if you would send us a map showing all the boundaries clearly so that we may show them correctly in our maps."<sup>80</sup>

In his reply, the Director of Public Works enclosed this map, No. 3.7. In this map, the boundaries of the Crown Lands are shown in a carefully hand-drawn band of reddish crayon. At Kasikili Island the band of reddish crayon follows the southern channel, thus placing the Island outside the Crown Lands.

71. This is an important map. It was prepared by a senior Bechuanaland official, the Director of Public Works, in response to a formal request from London. The request was for an accurate description of the boundary. The Director of Public Works indicated very clearly that Kasikili Island was not part of the Crown Reserves. Mr. President, it is inconceivable that Kasikili Island could have been in the Bechuanaland Protectorate, if Bechuanaland officials acknowledged that it was not part of the Crown Reserve. Thus, this map conclusively shows that Bechuanaland officials affirmatively recognized that Kasikili Island was part of Namibia and that the border is in the southern channel.

---

<sup>80</sup>Memorial of Namibia, Ann. 107.

72. I should also note that the High Commissioner's Proclamation of 1960 establishing the Chobe Game Reserve carries over the boundaries of the Crown Reserve map. Hence, it also excludes Kasikili Island from the newly established Chobe Game Reserve<sup>81</sup>.

73. The foregoing shows that between 1951 and 1966 Bechuanaland officials, at all levels of the administration, fully accepted that Kasikili Island is part of the territory of Namibia and that the channel to the south of the Island is the boundary.

#### **6. The 1984/86 discussions between Botswana and South Africa**

74. Mr. President, I will now briefly examine Botswana's contention that in 1984 there was a subsequent agreement between South Africa and Botswana regarding the application of the Anglo-German Treaty.

75. In October 1984 there was a shooting incident between the defence forces of Botswana and South Africa. This incident prompted a series of discussions between the two countries. In its Memorial Botswana claims that these talks resulted in "an agreement between the parties regarding . . . the application of the provisions of the Anglo-German Agreement"<sup>82</sup>. Botswana reaffirms this interpretation in its Counter-Memorial asserting that the outcome of the discussions was legally binding and conclusive<sup>83</sup>.

76. Namibia dealt extensively with this contention in its Counter-Memorial. There it showed that the 1984-1986 discussions between Botswana and South Africa did not result in an agreement. The discussions were devoted to security issues and their objective was to resolve the problem of recurring border incidents between the defence forces of the two countries. But this is all beside the point. If the discussions had resulted in an agreement, such agreement would have had no effect under international law. Indeed, at the time, neither Botswana nor South Africa had the

---

<sup>81</sup>Memorial of Botswana, Ann. 32.

<sup>82</sup>Memorial of Botswana, para. 182.

<sup>83</sup>Counter-Memorial of Botswana, paras. 73, 78, 87.

international legal capacity to enter into any form of treaty relation in respect of Namibia's boundaries.

77. Under the Mandate, South Africa had treaty-making power in respect of Namibia. After the termination of the Mandate, however, South Africa no longer had such power. On 27 October 1966, the General Assembly of the United Nations terminated the Mandate for South West Africa and assumed direct responsibility for the administration of the Territory<sup>84</sup>. South Africa's refusal to withdraw brought about the intervention of the Security Council. In its resolution 276 of 1970, the Security Council declared South Africa's presence in Namibia illegal and called upon all States to refrain from any dealings with the Government of South Africa which implied recognition of South Africa's illegal occupation. Paragraph 2 of this resolution states "all acts taken by South Africa on behalf of or concerning Namibia after the termination of the Mandate are illegal and invalid"<sup>85</sup>. The illegality of South Africa's occupation of Namibia was confirmed by the Court in the Advisory Opinion on the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*<sup>86</sup>.

78. The administration of Namibia after the termination of the Mandate was entrusted by the General Assembly to the United Nations Council for Namibia<sup>87</sup>. As South Africa refused to remove its administration from the Territory, the General Assembly called upon the United Nations Council for Namibia to conduct the international relations of Namibia and specifically, "to replace South Africa as the party representing Namibia in all relevant bilateral and multilateral treaties"<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup>General Assembly resolution 2145 (XXI) 1966.

<sup>85</sup>Security Council resolution 276 (1970).

<sup>86</sup>*I.C.J. Reports 1971*, p. 3.

<sup>87</sup>General Assembly resolution 2248 (S-V) 1967.

<sup>88</sup>General Assembly resolution 3031 (XXVII) 1972.

Thus, at the time of the 1984 discussions, South Africa did not have treaty-making power in respect of Namibia.

79. Botswana, for its part, had a legal obligation not to enter into any treaty relation with South Africa where South Africa purported to act on behalf of Namibia. The termination of the Mandate by the General Assembly was an authoritative interpretation of the rules of international law applicable to Namibia. As a Member of the United Nations, and also as an active member of the United Nations Council for Namibia, Botswana had an obligation under Article 2 (5) of the Charter to assist and not to undermine the determination made by the General Assembly. As the Court stated in its Advisory Opinion of 1971,

"Member States of the United Nations are under obligation to abstain from entering into treaty relations with South Africa in all cases in which the Government of South Africa purports to act on behalf of or concerning Namibia."<sup>89</sup>

80. The foregoing shows that neither South Africa nor Botswana had the legal capacity either to enter or to apply any international agreement regarding Namibia. Hence, even if during the 1984-1986 discussions Botswana and South Africa had purported to reach an agreement, such agreement would have been void *ab initio* and without any legal effect under international law.

#### IV. Conclusion

81. Mr. President, distinguished Judges, as I conclude my review of the subsequent practice of the parties to the Anglo-German Treaty of 1890 I would like to restate four points:

- First, that there is conclusive evidence that Kasikili Island was continuously occupied and used by the Masubia of the Caprivi during a period of nearly 70-years starting from before the end of the 19th century.
- Second, that the continuous use of Kasikili Island by the Masubia was carried out under the authority of the colonial rulers of the Caprivi.

---

<sup>89</sup>*I.C.J. Reports 1971*, p. 55.

- Third, that during this 70-year period British authorities did not oppose, but affirmatively accepted the exercise of jurisdiction in the area.
- And fourth, that contrary to Botswana's contention, there was no subsequent agreement between South Africa and Botswana regarding the boundaries of the Eastern Caprivi.

82. For these reasons, Mr. President, the subsequent practice of the parties confirms that the correct interpretation of the 1890 Anglo-German Treaty is that the main channel is to the south of the Island and that Kasikili is part of the territory under the sovereignty of Namibia.

Mr. President, this concludes my presentation and I would appreciate it if you would call on our Agent Dr. Kawana, who will introduce our arguments on the map evidence unless you decide it fit to break for a few minutes.

The PRESIDENT: Thank you so much Professor Faundez. The Court will suspend for 15 minutes.

*The Court adjourned from 11.20 to 11.35 a.m.*

The PRESIDENT: Please be seated. Dr. Kawana, please.

Mr. KAWANA:

#### **10. INTRODUCTION TO MAP ARGUMENT**

1. Mr. President, the map evidence in this case provides unusually powerful support for the proposition that Kasikili Island is a part of the sovereign territory of Namibia. Since the Treaty of 1890 — and excepting Botswana and Namibia, the Parties to the case — four entities have exercised political responsibility in the area of our concern:

- first, Germany, as colonial ruler until 1915;
- second, the United Kingdom, in a number of different capacities between 1915 and 1929 and as colonial ruler of Bechuanaland;

- third, South Africa, as mandatory power until 1966, and thereafter *de facto* until the independence of Namibia in 1990;
- fourth, the United Nations, through the United Nations Council for Namibia, from 1966, when the mandate was terminated, until independence.

2. The overriding fact is that the principal official maps published and used by all these entities attribute Kasikili Island to Namibia.

3. Namibia therefore attaches great importance to the map evidence in this case. Indeed, we have discussed map evidence at length in our pleadings. We asked one of the leading British cartographic experts, Colonel Dennis Rushworth, to study and analyse the available maps. His analysis and conclusions have been presented to the Court by Namibia in three extended memoranda — Annex 102 to the Memorial, Annex 1 to the Counter-Memorial and Annex 1 to the Reply. These documents constitute a comprehensive scholarly history of the cartography of the area. It demonstrates that Kasikili Island has been attributed to Namibia with substantial uniformity by map-makers from different countries, working at different times over a period of almost a century, excepting the maps produced by Botswana itself beginning in 1974.

4. Namibia will divide this presentation into two portions. First, Colonel Rushworth will present a technical analysis of the principal maps involved. I shall then discuss the legal questions. Mr. President, would you please call Colonel Rushworth to make his presentation. I thank you.

The PRESIDENT: Thank you, Dr. Kawana. I call on Colonel Dennis Rushworth.

Mr. RUSHWORTH:

**11. REVIEW OF THE CARTOGRAPHIC HISTORY OF THE EASTERN CAPRIVI AND  
THE CHOBE DISTRICT, WITH SPECIAL REFERENCE TO KASIKILI ISLAND**

1. Mr. President and Members of the Court, it is a great honour for me to have this opportunity to address you today.

2. My name is Dennis Rushworth. I am a professionally qualified land surveyor and cartographer and have a lifetime's experience of all aspects of map-making. For the last ten years I have specialized in the use of maps in the arbitration of frontier disputes, including advising this Court in the *El Salvador/Honduras* case. My full curriculum vitae is in the Namibian Memorial at Annex 102.

### Summary of presentation

3. My purpose in this presentation is to review the cartographic history of the area around Kasikili Island and show that many of the maps of the area are relevant to this case. It is over a century since the River Chobe was first mapped. Since then the area around Kasikili Island has been repeatedly mapped by various adjacent political authorities. As a result there are a large number of maps to be considered. For the purposes of this case, the most significant maps are those that show Kasikili Island. There are many others that do not show Kasikili Island. Most such maps are of no value in resolving the question before the Court, but a few have a part to play in the case.

4. First I will present, in chronological order, the significant maps on which Kasikili Island appears. For each I will point out the features that are important to this case, particularly the way the boundary is shown. I shall also give you some information about the history of the individual maps since, as the Court will be aware, who made them, when, and how, can be significant. Contrary to Botswana's written pleadings, there is no specific scale limit below which Kasikili Island cannot be shown. The test is whether the Island can be recognized on the map by a combination of position, shape and size. Later I will deal with four maps that do not show Kasikili Island because Botswana's written pleadings make erroneous claims about what they depict. There is much information about all these maps in the Namibian written pleadings<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup>Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 102; Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1; Reply of Namibia, Vol. II, Ann. 1.

5. For the maps I will refer to, I will only show on the screen an extract of the map that shows the area around Kasikili Island. Copies of all the map extracts I shall show are in the judges' file. In most cases they are also included as inserts in Namibia's written pleadings. In each case, for the Court's convenience, I have included references giving the location of a copy of the complete map and where to find more details about the map.

#### **The Treaty map 1889**

6. I will begin with the Treaty map, which is No. 3.9 in your file. This map, ID 776, made by the British War Office in 1889, is the map referred to in the Treaty of 1890<sup>91</sup>, though it is not the first map of the area but it is a good starting-point for our story. It will be of interest to you because of its origins but it is of no assistance in locating the boundary along the River Chobe since no boundary symbol appears along that river. Kasikili Island does appear as a very small symbol, just above the K in Kazangula.

#### **Seiner's map 1909**

7. From the Treaty map until 1933 there was virtually no improvement in the depiction of the River Chobe on published British maps. In contrast, the German authorities produced a remarkable series of topographic maps of the Caprivi. The first of these was Seiner's map. This is No. 3.10 in your file. This German map at a scale of 1:500,000<sup>92</sup>, published in 1909, was the first systematic, and reasonably accurate, map of the Caprivi and its immediate surroundings. As you can see, Kasikili Island is shown, although it is labelled "Sulumbu's" Island. The boundary of the Caprivi Strip is indicated by the very fine red hatching along the Caprivi side of the border. The hatching clearly covers Kasikili Island indicating that it is part of the Caprivi Strip. The key to the map does not say how international boundaries are portrayed, and it may be that the boundary symbol was not included in the key because the boundary was added at the last minute after the

---

<sup>91</sup>Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 102, para. 4. Memorial of Namibia, Atlas Map II.

<sup>92</sup>Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 102, para. 13. Memorial of Namibia, Atlas Map IV.

map was otherwise complete, but the boundary symbol can be deduced from looking at the whole map. The red hatching appears along the whole border of the Caprivi as then perceived by Germany. A red line is added to the hatching on the border where there is not a river. The source of the boundary location would of course have been the German Foreign Office.

8. Seiner's map was sponsored by the German Government. A pre-publication copy was used by the German Foreign Office to communicate its views on the boundary to the British Foreign Office<sup>93</sup>. The map was published as an insert to a semi-official Berlin journal and so had a wide circulation. It was used and praised by the British authorities in the Chobe region who described it as "semi-official". Before leaving this map, may I draw your attention to the very high quality of the draughtsmanship and the colour printing.

#### **Streitwolf's map 1910**

9. The next map is Streitwolf's map. This is No. 3.11 in your file. Streitwolf was the first German Imperial Resident of the Caprivi. He made this map at 1:200,000 scale in 1910. It is in general accurate, and a very high quality map for the time. Kasikili Island is shown, labelled "Kassikiri". Although no boundaries appear, the naming of the island probably indicates that Streitwolf considered it part of the territory under his administration. The map was published in Windhoek in 1910 and had only a limited distribution. A version of the map, reduced to a scale of 1:800,000, is much better known because it was in a book by Streitwolf published in Berlin in 1911.

#### **von Frankenberg's map 1912**

10. Next we have von Frankenberg's map, which is No. 3.12 in your file. This map at 1:100,000 was made by the third and last German Imperial Resident in 1912. This is another accurate map, seemingly made independently of previous maps and with a wealth of detail about

---

<sup>93</sup>Memorial of Namibia, para. 327.

flooding and local activities. Kasikili Island appears, again called "Kassikiri", but, as on Streitwolf's map, no boundaries are shown.

11. It should be noted that Botswana's attempt in its written pleadings to deduce a boundary on the basis of the annotation *Flussarm* is based on an erroneous translation of that term as meaning a subsidiary channel. This translation does not fit with von Frankenberg's own usage in the notes on his map<sup>94</sup>.

### **Bechuanaland GSGS 3915, 1933**

12. World War I marked the end of the German period and there was no development of the mapping of the area until the next significant published map, Bechuanaland GSGS 3915, which is No. 3.13 in your file. This map at 1:500,000<sup>95</sup> was compiled by the British War Office for the Colonial Office and published in 1933. The River Chobe detail is derived from air photography so that, for the first time, we have an accurate depiction of both the dry season river course and of Kasikili Island. The "inter-colonial" boundary is shown by a symbol of alternate crosses and dashes. The symbol is offset from the river because the symbol is too large to fit in the River Chobe. This is a standard cartographic technique<sup>96</sup>. At Kasikili Island the symbol follows the southern channel although there is plenty of room for the draughtsman to have followed the northern channel. He thus indicated that the boundary was considered to be in the southern channel by the British and Bechuanaland authorities.

13. GSGS 3915 was part of a series of maps that resulted from five years' effort by the Bechuanaland authorities to achieve the first complete systematic map of their territory. The High Commissioner stressed that boundaries must be shown correctly and a proof of the map was

---

<sup>94</sup>Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, para. 14 (c), (d).

<sup>95</sup>Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 102, para. 23; Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, para. 16; Memorial of Namibia, Atlas Map IX.

<sup>96</sup>Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, para. 9 and paras. 43-45 below.

approved by the Bechuanaland authorities<sup>97</sup>. In 1949, a later High Commissioner wrote in relation to this map: "This [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."<sup>98</sup>

14. It is interesting to compare the rather crude draughtsmanship of the boundary symbol with that on Seiner's map. By this time financial constraints had clearly led to a reduction in standards. However, the drop in standards of presentation should not be taken to mean any reduction in the accuracy of the map. The evidence shows that great care was taken with this map and testing shows that it is very accurate. May I warn against judging the accuracy of a map by its outward presentation.

#### **Maps derived from GSGS 3915**

15. GSGS 3915 was widely used until it was superseded in 1965 and a number of maps were derived from it for use by the Bechuanaland authorities. I will show the Court five such maps, created for various purposes. In each of these maps, which were produced by the Bechuanaland authorities, the boundary is shown in the southern channel.

#### **Bechuanaland 1:1,250,000, 1935**

16. The first of these maps is Bechuanaland 1:1,250,000. This is No. 3.14 in your file. The map was produced by photographic reduction of GSGS 3915 in 1935 and so shows exactly the same detail of Kasikili Island and the boundary but at a much smaller size. This economical method of production is the reason for the large boundary symbols on the previous map so that they would still be clearly visible after reduction.

17. In 1957 the Government of Bechuanaland received a request from the Directorate of Colonial Surveys, a part of the Colonial Office, for a map showing the boundaries of the Crown

---

<sup>97</sup>Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, para. 16 (a).

<sup>98</sup>Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 66.

Land Reserves<sup>99</sup>. One such Reserve, the predecessor of the Chobe National Park, has its northern boundary along the River Chobe at Kasikili Island. The boundary can be assumed to be co-terminous with the international boundary. In the response to the request, the Bechuanaland Director of Public Works showed the boundary on a paper copy of the 1:1,250,000 map (No. 3.15 in your folder), as a carefully hand-drawn line of crayon which follows the southern channel itself rather than the boundary symbol. Clearly this is a considered and deliberate statement by Bechuanaland that Kasikili Island was outside the Reserve and thus outside Bechuanaland.

### **Water Development Scheme map, 1963**

18. The next example is the Water Development Scheme Map. This is No. 3.16 in your file. This map<sup>100</sup> at 1:500,000 is adapted from GSGS 3915 and was used by the Bechuanaland Public Works Department for making its water proposals in 1963. It shows the boundary in the southern channel.

### **GSGS 3915 with veterinary annotations, 1949**

19. Then we have a map with veterinary annotations. This is No. 3.17 in your file. This is a copy of GSGS 3915 with annotations made in 1949 by the Bechuanaland Public Works Department concerning veterinary areas<sup>101</sup>. One of the veterinary districts shown on the map coincides with the boundary on the River Chobe and follows the southern channel.

### **GSGS 3915 with geological annotations, n.d. (1960?)**

20. Next is a map with geological annotations. This is No. 3.18 in your file and is another copy of GSGS 3915 with geological annotations made in approximately 1960<sup>102</sup>. The symbol

---

<sup>99</sup>Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 102, para. 27; Memorial of Namibia, Atlas Map XI.

<sup>100</sup>Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 102, para. 28.

<sup>101</sup>Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, para. 16 (f). Copy of map deposited in Court Library.

<sup>102</sup>Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, para. 16 (f). Copy of map deposited in Court Library.

indicating a coal-bearing area stops at all the boundaries of Botswana. The southern channel of the River Chobe is no exception.

#### **Africa GSGS 2871, 1919-58**

21. In the same period as GSGS 3915, another map of the area, Africa GSGS 2871, was being produced by the British War Office at a scale of 1:2,000,000<sup>103</sup>. This is No. 3.19 in your file. The first edition in 1919 does not show Kasikili Island and is thus of no value. However, the second edition in 1933 and subsequent editions in 1940, 1942 and 1958 clearly show Kasikili Island despite the small scale. They all have boundary symbols that show the boundary in the southern channel. The extracts in your file are from the fourth and fifth editions.

#### **South Africa TSO 400/556, 1945/49**

22. The next stage in the development of the mapping fell to the South African Engineer Corps at the end of the Second World War. Between 1944 and 1949, they produced South Africa TSO 400/556 at 1:250,000. This is No. 3.20 in your file. This was the first modern map of the area and was made with great care and precision from specially collected data<sup>104</sup>. For the first time, the familiar dry-season depiction of the River Chobe and Kasikili Island is clearly visible. The Court is already acquainted with this layout from yesterday's presentations. Going west, the River Chobe bends sharply south before Kasane and then turns west more gently towards Serondella. Kasikili Island sits in the latter bend. The dead-end spur channel also appears. The international boundary is shown by a clear symbol located in the southern channel.

23. Air photography and field surveys were carried out in 1944 and compilation was completed in 1945, but the map was not printed until 1949. In 1945, while the map was being made, the South African Army GHQ, who were responsible for making the map, wrote to the High Commissioner for Bechuanaland, based in Cape Town, asking for information about the boundary

---

<sup>103</sup>Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, para. 18. Copies of editions 4 and 5 deposited in Court Library.

<sup>104</sup>Counter-Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 102, para. 26; Memorial of Namibia, Atlas Map X.

between the Caprivi and Bechuanaland. The High Commissioner delegated responsibility for answering to the Resident Commissioner in Mafeking. Three months later, copies of the 1945 proof, which is No. 3.21 in your file, were passed to the Resident Commissioner and the District Commissioner, Maun, for comment. This proof places the boundary in the southern channel. The Resident Commissioner responded with a number of detailed comments including the correction of the spelling of Kasane. Although his attention had previously been drawn to the depiction of the boundaries on this map through the High Commissioner, the placement of the boundary at Kasikili Island drew no comment from him<sup>105</sup>.

24. Botswana's claim in the written pleadings that this map was prepared in response to the Redman/Trollope correspondence in 1948, is clearly erroneous. This map was produced by the South African authorities, and approved by the British authorities, in 1945 and thus clearly pre-dates the Redman/Trollope correspondence.

25. I said before that this was the first modern map of the area. Although some of the subsequent maps were of poor quality and included mistakes, from the 1940s maps are generally accurate, complete and well presented. By this stage a balance had been struck in the presentation of the map between economy and the need to carry additional information. The result in this map is a very clear, workmanlike map in a style which essentially endures up to the present time.

#### **South West Africa TSO 405/3100, 1967**

26. This map was followed by South West Africa TSO 405/3100, which is No. 3.23 in your file. This South African map, published in 1967, is a reworking of the previous map<sup>106</sup>, again at 1:250,000, and incorporates new names and road classifications. The boundary depiction is unchanged in the southern channel.

---

<sup>105</sup>Reply of Namibia, Vol. II, Ann. 1, para. 17.

<sup>106</sup>Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 102, para. 31; Memorial of Namibia, Atlas Map XII.

**Botswana 1:50,000, 1974**

27. There then followed the introduction to the area of accurate large-scale contoured maps. This development is the most recent mapping development in the area and has provided it with a very high standard of mapping for a remote rural area. The first of this current mapping was the Botswana 1:50,000 series. The map from this series covering Kasikili Island is No. 3.24 in your file. This map, produced in 1974, by the Botswana Survey and Lands Department<sup>107</sup> is to a high cartographic standard. Attached to this map are a number of firsts. It is the first map of the area produced after Botswana's independence. It is the first map to refer to Kasikili Island as Sedudu Island. It is also the first map that shows both Kasikili Island and an international boundary where that boundary is in the northern channel. This was 84 years after the Treaty.

**South West Africa 1:50,000, 1982**

28. This Botswana map was shortly followed by the South African equivalent, South West Africa 1:50,000. This is No. 3.25 in your file. This map<sup>108</sup> was produced in 1982 and is to a similar high standard to the Botswana 1:50,000 map, using the same scale. This map was produced in a photographic style particularly suited to the flat Caprivi area. Boundaries are not shown.

29. In 1982, from this map, were derived maps at three smaller scales. These provide an excellent range of modern mapping at all scales.

**South West Africa 1:100,000, 1982**

30. The first of these derived maps is South West Africa 1:100,000. This is No. 3.26 in your file. This is a conventional line map<sup>109</sup> derived from the previous map, also in 1982, and again to a very high standard. The international boundary is shown in the southern channel. The map is a clear statement of the official view of the South African authorities on the location of the

---

<sup>107</sup>Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 102, para. 33. Counter-Memorial of Botswana, Supp. Atlas Map 11.

<sup>108</sup> Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 102, para. 35; Memorial of Namibia, Atlas Map XIII.

<sup>109</sup>Reply of Namibian, Vol. II, Ann. 1, para. 27(c). Copy of map deposited in Court Library.

international boundary. This was the map used by the South African Defence Force both in the field and in Headquarters. It must have been the map used by SADF patrols at the time of the 1984 shooting incident since it is recorded that the map they carried showed the boundary in the southern channel<sup>110</sup>.

**South West Africa 1:250,000, 1982**

31. The second derived map was South West Africa 1:250,000. This is No. 3.27 in your file. This map<sup>111</sup>, also from 1982, is again derived from South West Africa 1:50,000. The international boundary is shown in the southern channel. This is the best overall depiction of the Eastern Caprivi and is much used as a general map of the area.

**Southern Africa 1:500,000, 1982**

32. The last of the derived maps is Southern Africa 1:500,000. This is No. 3.28 in your file. This map, again from 1982, is derived from the previous map<sup>112</sup>. The boundary is in the southern channel. This map completes a remarkable undertaking by South Africa to produce, within one year, four sets of maps of the Caprivi at descending scales.

**South West Africa 1:50,000 with military annotations, 1984**

33. Next is a variant on the first of this series of maps, South West Africa 1:50,000 with military annotations. This is No. 3.29 in your file. This overprint was made in 1984 by the South African Defence Force<sup>113</sup>. There is a red overprint of military information on top of the previously mentioned South West Africa 1:50,000 photo-map, that was No. 3.25 in your file, which was the map that was the source of the three derived maps previously mentioned. You will recall that no boundary was shown on this base map. On this map a symbol marked "SWA/Botswana Grens" is

---

<sup>110</sup>Memorial of Botswana, Ann. 40.

<sup>111</sup>Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 102, para. 36; Memorial of Namibia, Atlas Map XIV.

<sup>112</sup>Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 102, para. 37.

<sup>113</sup>Reply of Namibia, Vol. II, Ann. 1, para. 27. Counter-Memorial of Botswana, Supp. Atlas Map 15.

overprinted in the northern channel. "Grens" is Afrikaans for boundary. It is not clear from the map what form of division is being indicated. In 1984, when the SADF produced this map, they were vigorously insisting that the international boundary lay to the south of Kasikili Island<sup>114</sup>, so that it is clearly not the international boundary that is depicted. It seems probable that this map was hastily prepared, following the agreement between the local commanders after the October 1984 shooting incident that each side would only patrol the channel on its side of the river. The line is thus a military stop-line and not an indication of the boundary.

#### **United Nations map No. 3158, 1985**

34. There is just one more map that shows Kasikili Island to consider, and that had a rather different purpose. This map is United Nations map No. 3158, which is No. 3.30 in your file. This excellent map of Namibia<sup>115</sup> was produced by the United Nations Cartographic Division in 1985. It was created in response to a decision of the United Nations General Assembly to make a demonstration of support for Namibia during its struggle for independence. It is at a scale of 1:1,000,000. It shows the whole of Namibia complete at one scale, rather than employing the usual device of making the Caprivi an inset. The intent is clearly to demonstrate the territorial integrity of Namibia. It also contains much economic data, attractively presented, to show the country's potential.

35. The full map is reproduced as map XV in the Namibian Atlas. However, even this does not do justice to the magnificence of the original which is 1,000 x 600 millimetres in size.

36. The form of presentation is in a quite different style from the more prosaic topographic maps we have been dealing with. It was intended to create an immediate impact on the viewer. A thousand copies were widely distributed to various governments and institutions. The only

---

<sup>114</sup>Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 84, para. 9.

<sup>115</sup>Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 102, para. 39; Memorial of Namibia, Atlas Map XV.

country where it is difficult to find a copy is Namibia itself, for reasons connected with the political circumstances at the time of publication.

37. On the map, the boundary of Namibia is indicated by hypsometric tinting, which is colouring in accordance with elevation above sea level. All Namibian territory is coloured according to its height and all other countries are shown as uncoloured white paper. This device effectively emphasizes what territory the United Nations considered to be in Namibia. The brown tinting that covers the Caprivi embraces Kasikili Island showing clearly that it is part of Namibian territory. The shape of Kasikili Island can be clearly seen sitting on the bend just east of Serondella. There appears to be another island immediately adjacent, to the west. This has been created by a draughtsman's error in mistakenly drawing the dead-end spur channel as though it connected to the River Chobe.

38. The United Nations also produced a number of other maps of Namibia<sup>116</sup> but these were at small scales and do not show Kasikili Island. United Nations map No. 3158, the map on the screen, is unique among these maps, and probably among United Nations maps generally, in not having a marginal note disclaiming responsibility for the correctness of the boundaries shown. A typical boundary disclaimer note on a United Nations map reads: "The boundaries and names on this map do not imply official endorsement or acceptance by the United Nations."<sup>117</sup> No such note appears on United Nations map No. 3158, and this map was so carefully prepared that this exclusion is definitely significant.

#### **Boundary disclaimer notes**

39. Boundary disclaimer notes generally seek to claim that any boundaries shown on the map are not officially backed by the map producer. These notes first appeared in the 1950s on United States/United Kingdom military maps of other countries. The practice gradually caught on,

---

<sup>116</sup>Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, para. 21.

<sup>117</sup>Taken from UN map No. 2947, Namibia, 1977, reproduced at Memorial of Namibia, fig 19.

and now it is almost standard procedure on government maps worldwide. The original idea was to avoid becoming a third party in boundary disputes. These notes are now so prevalent that disclaimers often appear on standard national mapping, such as the Botswana 1:50,000 series, which ought to be national statements of the country's boundaries.

40. Because disclaimers only appear on recent maps they rarely figure in arbitration proceedings. Of the maps I cover in my presentation, only South West Africa 1:250,000 of 1982, Botswana 1:50,000 of 1974 and Bechuanaland DOS 847 of 1965 have boundary disclaimers. The first two of these maps carry no great weight in the argument but the last, DOS 847, is considered relevant by Botswana. The Court may well feel that, because it contains a boundary disclaimer which reads: "This map must not be considered an authority on the delimitation of international boundaries", it should be disregarded. Still, other features of the map may be of interest.

#### **Bechuanaland DOS 847, 1965**

41. The map is Bechuanaland DOS 847, and it is the first of four maps that do not show Kasikili Island that I shall refer to. It is No. 3.31 in your file. It is at 1:500,000 scale and was published in 1965<sup>118</sup>. The map is part of a series covering Botswana that was intended as a quick compilation, from existing sources, for use while the planned new large-scale mapping of the country was completed. It was made by the United Kingdom Directorate of Overseas Surveys in the run-up to independence. Examination of documents at DOS shows that the map officer responsible for the brief mis-described some sources. As a result, the best available maps were not used in the compilation. This error was compounded by a mistake in using air photography by the draughtsman. He failed to show Kasikili Island, though a river course resembling the northern channel appears. As a result of the omission of Kasikili Island from this map no conclusion can be drawn from the placement of the boundary symbol. The boundary symbol simply follows the only part of the River Chobe that appears on the map.

---

<sup>118</sup>Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 102, para. 30. Memorial of Botswana Atlas Map 17.

**The JARIC map, n.d. (1974?)**

42. The second map in this group is the JARIC map. This is No. 3.32 in your file. It was made at 1:100,000 by the South African Defence Force in approximately 1974<sup>119</sup>. It is an uncontrolled photographic mosaic. The same mistake of omitting Kasikili Island, has been made as on the previous map, DOS 847. As a result the boundary symbol is in a river course resembling the northern channel. This map was probably made for intelligence purposes. It would not have been used in the field because of its inaccuracies, such as the omission of the southern channel.

**Bechuanaland DOS (Misc) 282, 1960**

43. The third map in the group is Bechuanaland DOS 282. This is No. 3.33 in your file. This map was made in the United Kingdom in 1960<sup>120</sup>. It is at a scale of 1:1,750,000, not 1:1,000,000 as Botswana states in its written pleadings<sup>121</sup>. Because of its small scale and limited accuracy, this map does not show Kasikili Island. The single line representing the River Chobe in that vicinity is a general one that does not represent either channel. The map is therefore of no consequence to this case. However, I have included it in this presentation to illustrate a point that recurs frequently in Botswana's written pleadings.

44. Because the river is shown by a single line, the boundary symbol cannot be placed in the line of the river. It is offset to one side in accordance with normal cartographic practice<sup>122</sup>. Botswana has repeatedly claimed<sup>123</sup> that because the boundary symbol is on the northern side of the river, it indicates that the boundary is in the invisible northern channel. This is not true as the side that the symbol appears is at the draughtsman's discretion.

---

<sup>119</sup>Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 102, para. 32. Memorial of Botswana Atlas Map 22.

<sup>120</sup>Reply of Namibia, Vol. II, Ann. 1, para. 18. Memorial of Botswana Atlas Map 16.

<sup>121</sup>Counter-Memorial of Botswana, para. 593; Reply of Botswana, para. 244.

<sup>122</sup>Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, para. 9.

<sup>123</sup>Memorial of Botswana, para. 276; Counter-Memorial of Botswana, para. 593; Reply of Botswana, para. 244.

45. Botswana seems to have no consistent position on this point. It makes this claim not only about DOS 282, but with respect to other maps on which Kasikili Island does not appear. Elsewhere<sup>124</sup> Botswana accepts this convention. I urge the Court to remember that, if Kasikili Island does not appear on a map, according to standard cartographic practice the side of the River Chobe to which the boundary symbol is offset has no significance.

*Kriegskarte, 1904*

46. Finally, we have a much earlier map, the *Kriegskarte*. This is No. 3.34 in your file. It was produced in Berlin in 1904 in great haste at the time of the Herero Revolt<sup>125</sup>. The scale is 1:800,000. It is a good looking map produced at an early date but careful analysis shows that it is very unreliable. The border is shown by a very faint pink stipple which is masked where other colours such as blue appear. There is a label "Sulumbu's Island" but it is not clear what feature it refers to. Botswana has drawn attention to a circular feature in the river but this cannot be an island because it is coloured blue. Other uninterpretable features are the erratic line that Botswana, with no reason or justification, calls the thalweg line, numerous non-existent roads, one of which crosses the River Chobe, the unrealistic state of flooding and various cartographic impossibilities.

47. There are such a large number of anomalies about this map that it is impossible to interpret it reliably as far as the lower River Chobe is concerned<sup>126</sup>. In addition, the reproductions of this map in the Botswana Atlas (maps 4 and 5), on which Botswana seems to rely for analysis, are extremely poor and are not two maps but two copies of one map. In the Namibian Counter-Memorial, figure 1 is of much better quality but even this reproduction is not ideal. My evaluation of this map is based on the study of an original which is necessary for a full appreciation

---

<sup>124</sup>Counter-Memorial of Botswana, para. 561, Reply of Botswana, para. 195.

<sup>125</sup>Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, para. 12. Copy of map deposited in Court Library.

<sup>126</sup>Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1 para. 12 (e), (f).

of its contents. As the nearest possible substitute to an original, since they are in archives which will not release them, Namibia has supplied the Court with a full colour, photographic reproduction.

### **Botswana's asserted cartographic principles**

48. This is the last map I shall refer to but there is one other subject to cover. In its Counter-Memorial<sup>127</sup>, Botswana makes four propositions of cartographic principle. These seem to have been developed specifically to counter the demonstration in the Namibian Memorial that the maps consistently show the boundary in the southern channel. No origin or supporting evidence is supplied for these propositions which are previously unknown to cartography. As shown below, propositions (i), (iii) and (iv) are unsustainable and without substance, while proposition (ii), although a truism, is completely misinterpreted by Botswana<sup>128</sup>.

49. Proposition (i) states that "only a line placed in the river can indicate a boundary". Many maps, not just those in this case, indicate a boundary at the junction of two colours, one of which is allocated to the country on each side. Similarly, on many maps boundaries are shown by offsetting the symbol where siting it along the boundary would clash with other detail. Both are standard cartographic practice.

50. Proposition (ii) states the obvious fact that "maps drawn at too small a scale are not relevant". However the deduction that maps at a scale smaller than 1:100,000 are irrelevant to this case is a *non sequitur*. A map is relevant if it shows relevant information, irrespective of its scale. In many other cases, as well as this one, maps at a much smaller scale than 1:100,000 have proved very valuable.

51. Proposition (iii) states that "distortion can result from enlargement" and Botswana further claims that enlarged extracts in the Namibia Memorial create "distortion and visual fallacy". This statement is not correct. Enlargement produces no distortion but merely shows the same detail at

---

<sup>127</sup>Counter-Memorial of Botswana, paras. 554-563.

<sup>128</sup>Reply of Namibia, paras. 291-297; Reply of Namibia, Ann. 1, paras. 3-7.

a larger size to assist comprehension. Enlargement does no more than a magnifying glass does. In all cases Namibia also provides complete copies of the relevant maps so that the context of the enlargement can be studied. This is in contrast to the Botswana Memorial and Atlas which has no complete maps but only extracts of such poor quality that they impede the understanding of the maps displayed.

52. Proposition (iv) states that "maps drawn on boundaries are unreliable". This is almost too preposterous for comment. Of course mistakes may sometimes be made in putting boundaries on maps, but they are usually one of the most carefully prepared items. A general condemnation of boundaries on maps is totally unjustified — after all this Court depicts boundaries on maps to indicate where it judges these boundaries lie and surely such boundary lines are not unreliable.

#### **Conclusion**

53. As I indicated at the beginning of my presentation, I have not been able to mention all the maps of the Eastern Caprivi and the Chobe District. However, I believe that I have covered those of greatest relevance to these proceedings. The maps that will be of most concern to the Court are those made before Botswana and Namibia gained independence by their predecessors in title, Germany, Great Britain, South Africa and the United Nations. Of these, the maps that show Kasikili Island are, of course, the most helpful. Of the 26 maps in this category mentioned in the pleadings, 16 show the international boundary in the southern channel, nine do not show a boundary and one shows a dividing line in the northern channel<sup>129</sup>.

54. This concludes my presentation, Mr. President. I thank the Members of the Court for their attention. Would you please call upon Dr. Kawana, the Namibian Agent, to continue.

The PRESIDENT: Thank you, Colonel Rushworth. Dr. Kawana please.

---

<sup>129</sup>Reply of Namibia, Vol. II, Ann. 1, para. 29.

Mr. KAWANA:

## 12. LEGAL CONSIDERATION OF MAPS AS EVIDENCE OF SUBSEQUENT CONDUCT OF THE PARTIES

### Introduction

1. Mr. President, it is now my task to undertake a legal analysis of the map evidence just presented by Colonel Rushworth.

2. There is little dispute about the general principles governing the use of maps and map evidence in boundary disputes. Earlier efforts to develop an elaborate normative structure regarding the acceptability of map evidence have been mostly swept aside in favour of a more pragmatic approach.

3. The current state of the law is summarized in the arbitral award in the *Beagle Channel* case<sup>130</sup>. With the Court's permission, I will read the tribunal's discussion of the principles applicable to map evidence in detail. It represents a comprehensive statement on the subject as can be found in the writings. Moreover, it is a weighty precedent by virtue of the make-up of the Tribunal. All the members were judges or former judges of this Court, sitting under the presidency of Sir Gerald Fitzmaurice. Here is what they had to say:

"Historically, map evidence was originally, until fairly recently, admitted by international tribunals only with a good deal of hesitation: the evidence of a map could certainly never *per se* override an attribution made, or a boundary-line defined, by Treaty, and even when such an attribution or definition was ambiguous or uncertain, map evidence of what it might be was accepted with caution. Latterly, certain decisions of the International Court of Justice have manifested a greater disposition to treat map evidence on its merits.

Maps published after the conclusion of the Treaty can throw light on what the intention 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, and the degree to which the view now being asserted by that Party as the correct one is consistent with that which it appears formerly to have entertained. Furthermore, the importance of a map might not lie in the map itself, which theoretically might even be inaccurate, but

---

<sup>130</sup>*I.C.J. Reports 1962.*

in the attitude towards it manifested — or action in respect of it taken — by the Party concerned or its official representatives."<sup>131</sup>

4. The historical practice to which the Tribunal alludes at the outset reflects the state of the cartographic enterprise at the time the maps in question were made. Thus, in the *Isle of Palmas* case<sup>132</sup>, the mariner's charts involved often dated from the 16th to the 17th century. They were made by persons who had viewed the Island from a distance, often without accurate knowledge of their own location. It was only natural that the arbitrator would accord little weight to them.

5. As the practice of cartography improved, international law kept pace. *Oppenheim* states the modern position:

"General maps, not part of, or illustrating the delimitation or demarcation process may, of course, be used as evidence of the interpretation of a boundary settlement. In this case, their weight as evidence will depend in each case on their relevance and merit."<sup>133</sup>

Professor Brownlie seems to agree with this pragmatic approach. In his latest lectures given at the Hague Academy he says:

"Tribunals concerned with disputes as to sovereignty over territory have commonly accepted the evidence of maps with an official provenance as evidence of the views of Governments and of political figures and officials with special knowledge as to political matters of fact."<sup>134</sup>

6. Therefore, there can be no doubt that, in principle, the official maps of the area, published by the German, British and South African governments and by the United Nations may be consulted by the Court for the light they throw on the location of the boundary or the legal status of the Island. As I will show, they constitute powerful and decisive, evidence on those issues.

---

<sup>131</sup>52 *ILR*, 200-202.

<sup>132</sup>*RIAA*, ii. 829.

<sup>133</sup>Jennings and Watts, *Oppenheim*, pp. 663-664.

<sup>134</sup>I. Brownlie, "International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations: General Course of Public International Law," in *Academy of International Law* (ed.), *Recueil des cours* (1995) p. 161. For the convenience of the Court, Namibia provided relevant copies of cited pages of this work in the Memorial of Namibia, Ann. 116.

**Maps as subsequent practice of the parties within the meaning of Article 31 (3) (b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties**

7. The *Beagle Channel* award goes further than simply endorsing the general admissibility and propriety of map evidence. The language used in that case echoes the words of Article 31 (3) (b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. With the Court's permission, let me repeat the language:

"Maps published after the conclusion of the Treaty can throw light on what the intention of the Parties in respect of it were, and, in general, on how it should be interpreted. The particular value of such maps lies . . . 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 . . ."

In short, the *Beagle Channel* treats official maps as a species of subsequent practice evidencing the understanding of the parties as to the meaning of the Treaty, within the meaning of Article 31 (3) (b).

8. In this case, maps published and used by the parties to the 1890 Treaty and their successors in interest made their views abundantly clear "concerning the settlement resulting from the Treaty", to use the words of the *Beagle Channel* decision. I will now discuss maps published by the parties' predecessors in title.

**Map published during the German colonial period**

9. As Colonel Rushworth has explained, the publication of the Seiner map was sponsored by the German Government and was used by Germany as the official map of the area during its tenure<sup>135</sup>. It is No. 3.36 in your file. It shows Kasikili Island in Namibia. The German Foreign Office sent a copy of this map to its British counterpart as embodying its views on the location of the boundary. The British authorities took exception to the depiction of the western portion of the border between the Caprivi Strip and Botswana. But they made no demur to the boundary shown in the vicinity of Kasikili Island.

---

<sup>135</sup>Atlas Map IV.

**Map published during the British colonial period**

10. The major British map, as you heard is GSGS 3915, published in 1933 by the British War Office, at a scale of 1:500,000<sup>136</sup>. It is No. 3.37 in your file. Kasikili Island clearly appears. The boundary symbol consists of crosses separated by dashes, and follows generally the southern bank of the river, indicating that the boundary is in the river. When it reaches Kasikili Island, however, the boundary symbol does not follow the southern bank of the northern channel — which would have indicated that the boundary was in the northern channel. Instead, it follows the southern bank of the southern channel, thus indicating that the boundary was to be found therein, as Colonel Rushworth has shown.

11. This map in use by the British authorities for over 30 years, is not passive or tacit but affirmative evidence of "the view they took as to the settlement resulting from the treaty".

**Map published during the South African colonial period**

12. The South African map of 1949, at a scale of 1:250,000<sup>137</sup> is large enough to show the boundary in the river itself. This is map No. 3.38 in your file. When the river parts at Kasikili Island, the boundary symbol continues in the southern channel, unequivocally placing the Island in Namibia. Botswana seeks to discount the importance of this map because it was published in 1949, after the correspondence about the Island between Trollope and Redman had begun. But in 1945, long before the Trollope/Redman correspondence, the South African authorities consulted the High Commissioner for Bechuanaland on how the boundary should be shown on the map. He delegated responsibility for a reply to the Resident Commissioner. Three months later, proofs of the map, showing the boundary in the southern channel were distributed to the Resident Commissioner and his staff. South Africa earnestly solicited the views and comments of these officials, including their comments as to the location of the boundary. They replied with many suggestions for changes in

---

<sup>136</sup>Atlas Map IX.

<sup>137</sup>Atlas Map X/1.

the map, which were incorporated in the final version. But, there was no objection or reservation as to the boundary at Kasikili Island. In Namibia's view, it is difficult to conceive of a more complete endorsement, from British officials at the highest level, of the placement of the boundary in the southern channel.

#### **Map published during the period of the United Nations**

13. Finally, the United Nations itself, during the period when it exercised international responsibility for Namibia, published a series of maps of the territory. The maps were part of the international effort to enhance the status and territorial integrity of Namibia while it was under illegal South African control. The largest scale map of these is United Nations No. 3158, at a scale of 1:1,000,000, published in 1985<sup>138</sup>. This map is No. 3.39 in your file. Of the maps published by the United Nations, it is the only one large enough in scale to show Kasikili Island. The Island appears clearly as being an integral part of Namibia. All of the territory of Caprivi Strip on the map is coloured a light brown, and so is Kasikili Island. The adjoining territory of Botswana is a sharply contrasting creamy white.

#### **Conclusion concerning the official maps**

14. These four maps, covering substantially the entire period since the conclusion of the 1890 Treaty, afford conclusive evidence "as to the view which the one or the other party took at the time, or subsequently, concerning the settlement resulting from the Treat". They are a uniform and unbroken view that, under the Treaty, Kasikili Island is part of Namibia. Under the doctrine of the *Beagle Channel*, therefore, they constitute subsequent practice of the parties, within the meaning of Article 31 (3) (b) of the Vienna Convention, evidencing their understanding as to the meaning of Article III (2) of the Treaty of 1890.

---

<sup>138</sup>Atlas Map XV/4.

**Special importance of the *Temple* case**

15. The *Temple* case<sup>139</sup> is cited by the *Beagle Channel* tribunal as a leading authority on the issues concerning map evidence. Namibia agrees with this assessment. The parallels to the present case are many and striking. Therefore, with the Court's permission, I will make a more extended analysis of the discussion of the map evidence in that Judgment.

16. The Judgment confirms the relevance and weight of map evidence in no uncertain terms. The decision turned on the significance of a particular map — the Annex I map — introduced in evidence by Cambodia. It showed the Temple in Cambodia. Far from being merely corroborative or incidental, the Court noted that "It is on this map that Cambodia principally relies in support of her claim to sovereignty over the Temple." Indeed, it was on the basis of the Annex I map that the Court awarded the Temple to Cambodia.

17. It is noteworthy that the Court accepted the evidence of the map even if it departed from the language of the treaty which stipulated that the boundary should "follow the watershed". The Court said "It was certainly within the power of the Governments to adopt such departures." They had done so by their acceptance of the Annex I map. "In other words, the Parties at that time adopted an interpretation of the treaty settlement which caused the map line, in so far as it may have departed from the line of the watershed to prevail over the relevant clause of the treaty."<sup>140</sup>

The point is further elaborated in the separate opinion of Judge Fitzmaurice. He writes:

"[T]he conduct of each Party, over what was an important matter of common concern to both, was, in my opinion, evidence of, or amounted to, a mutual agreement to accept a certain line as the frontier line. What seems to me therefore really to have occurred was not in the legal sense a departure from the treaty provision concerned, but the mutual acceptance of a certain result as being its actual outcome, irrespective of the precise conformity of that outcome with the treaty criterion."<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup>*Temple of Preah Vihear, Judgment, I.C.J. Reports 1962.*

<sup>140</sup>*Id.*, p. 34.

<sup>141</sup>*Id.*, p. 56.

18. In the present case, too, Namibia's predecessors published maps showing the line running to the south of the Island. Namibia believes that they accurately reflect that settlement. The actions and failures to act on the part of the authorities responsible must be taken as "a mutual agreement to accept a certain line as the frontier line". The Seiner map and the 1949 South Africa map were brought to the attention of the relevant British authorities. Those authorities failed to object to the location of the boundary at Kasikili Island, although they made other comments and expressed other reservations. Even more, in 1933, the British authorities published a map of their own showing Kasikili Island in Namibia. The result of these actions, in the words of Fitzmaurice, was not "a departure from the treaty provision concerned" but instead "the mutual acceptance of a certain result as being its actual outcome . . .".

19. The Court rejected Thailand's argument that she merely "adopted a passive attitude" and that "failure to object [could] not suffice to render her a consenting party".

"[T]he circumstances were such as called for some reaction, within a reasonable period, on the part of the Siamese authorities, if they wished to disagree with the map or had any serious question to raise with regard to it. They did not do so, either then or for many years, and thereby must be held to have acquiesced. *Qui tacit consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset.*"<sup>142</sup>

Judge Fitzmaurice, in his concurring opinion, was even more emphatic:

"[E]ven negative conduct — that is to say failure to act, react or speak, in circumstances where failure so to do must imply acquiescence or acceptance — is, in my opinion, quite sufficient for this purpose, if the facts are clear."<sup>143</sup>

20. In the present case, the circumstances clearly called for a response from the British authorities if they objected to the boundary placement on the Seiner map or the South African map of 1949, when it was exhibited to them in proof. They did not do so and thereby must be held to have acquiesced.

---

<sup>142</sup>*Id.*, p. 23.

<sup>143</sup>*I.C.J. Reports, 1962*, p. 55.

21. There are many other parallels to the present case. First, Thailand made complaints about the boundary line in a considerable number of regions, but none about the Temple. "[I]t is precisely the fact that Thailand had raised these other questions, but not that of [the Temple], which requires explanation."<sup>144</sup> Similarly, the British authorities raised objections with regard to the Seiner map. In 1945 they likewise suggested changes to the proofs of the 1949 South African map, but in neither case with respect to the boundary at Kasikili Island. It is precisely these facts that require explanation.

22. Second, as in the case before the Court, Thailand had not in fact been entirely passive. In 1937, the Siamese Royal Survey Department published a map showing the Temple as lying in Cambodia. "The inference must be . . . that she accepted or still accepted the Annex I map, and the line it indicated, even if she believed it incorrect . . ."<sup>145</sup> So here, the British War Office map GSGS 3915 shows Kasikili Island in Namibia. The inference must be that Britain still accepted the boundary line it indicated.

23. Third, when Thailand sought to exercise jurisdiction by stationing troops (or police) in the Temple, France registered strong diplomatic protests. Thailand made no reply to several notes sent by France and later by Cambodia challenging its action. The Court attached considerable significance to the fact that, in the face of these repeated and direct assertions of sovereign jurisdiction, Thailand "was not prepared to deny the French and Cambodian claim at the diplomatic level"<sup>146</sup>. In this instance, too, after Caprivians were arrested on the Island in 1972 by Botswana authorities from the Chobe National Park, South Africa, like France in the *Temple* case, sent a protest note to the Botswana authorities and a follow-up note asserting its sovereign jurisdiction over the Island and seeking explanations. Like Thailand in the *Temple* case, Botswana made no reply. It "was not prepared to deny the . . . claim at the diplomatic level".

---

<sup>144</sup>*Id.*, p. 29.

<sup>145</sup>*Id.*, p. 28.

<sup>146</sup>*Id.*, p. 32.

24. Finally, the Court disregarded extensive evidence that Thai officials had exercised administrative actions in the disputed area, while Cambodia had done little, if anything, to assert its sovereignty<sup>147</sup>. In the present case the situation is reversed. There is substantially no evidence of the exercise of administrative authority over the Island by Bechuanaland officials, whose headquarters were only about 2 kilometres away. On the contrary, it is Namibia's predecessors that occupied and exercised sovereign jurisdiction in the area.

### Conclusion

25. In the course of this presentation, I have made specific references to only four of the maps in evidence. They represent the most important and cogent evidence of the placement of the boundary. The first three maps are important because of their cartographic features, most particularly the placement of the boundary to the south of Kasikili Island. But, each is also significant because it was used extensively in administering the affairs of the region. And the last — the United Nations map — was one of the most definitive acts of the United Nations in reaffirming the territorial integrity of Namibia.

26. But in fact, the four maps I have emphasized are far from being the whole of Namibia's cartographic case. As Colonel Rushworth has amply demonstrated, the Parties have introduced a total of 26 maps made by the predecessors in title of Botswana and Namibia which show Kasikili Island. Of these, nine do not show the boundary at all. Therefore, they are of no direct assistance to the Court in this issue. Of the remaining 17 maps, the line on one map is in the northern channel. As explained by Colonel Rushworth, this line is not an international boundary, nor was it part of the original map. Rather it was added in 1984 by the South African Defence Force to indicate the limit of its military operations. All the other 16 maps show Kasikili Island in Namibia. Out of these 16 maps, eight were published by the British authorities. The *Beagle Channel*

---

<sup>147</sup>*Id.*, pp. 29-30.

arbitration, discussing the weight of map evidence, said that where there is a definite preponderance on one side the cumulative impact cannot but be considerable.

27. Namibia has demonstrated a remarkably comprehensive and consistent cartographic record. It is one more piece of unrefuted — and, we submit, irrefutable — evidence that the boundary between Namibia and Botswana lies to the south of Kasikili Island. Therefore Kasikili Island is an integral part of the territory of Namibia.

28. Mr. President, that concludes my presentation. I thank you.

The PRESIDENT: Thank you very much, Dr. Kawana. The Court will adjourn until tomorrow morning.

*The Court rose at 12.50 p.m.*

---

Non-Corrigé  
Uncorrected

Traduction  
Translation



**CR 99/4 (traduction)**

**CR 99/4 (translation)**

**Mercredi 17 février 1999**

**Wednesday 17 February 1999**

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. Nous continuons ce matin à entendre les plaidoiries de la République de Namibie et je voudrais donner la parole à M. Lazarus Hangula.

M. HANGULA :

## 8. LES MASUBIA DU CAPRIVI ORIENTAL DE NAMIBIE

### Introduction

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour internationale de Justice, je m'appelle Lazarus Hangula. Je suis chargé de recherche principal et directeur du centre de recherche pluridisciplinaire à l'université de Namibie. J'ai suivi une formation d'historien et d'ethnologue à l'université de Mayence en République fédérale d'Allemagne.

2. J'ai pour tâche ce matin de présenter à votre éminente Cour l'histoire du peuple masubia du Caprivi oriental qui a été mentionné dans l'exposé de l'agent de la Namibie et ceux d'autres orateurs. C'est le peuple qui a vécu sur l'île de Kasikili et qui l'utilise depuis des temps immémoriaux.

### Le peuple masubia avant la conclusion du traité anglo-allemand de 1890

3. Je vais commencer par décrire l'histoire du peuple masubia avant le traité anglo-allemand de 1890<sup>1</sup>. Les Masubia ont occupé un territoire qui s'étendait à peu près, à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, de Kaungamashi et Sioma au nord (dans la Zambie actuelle) à Patamatenga, Nata, Nunga et Sakapani au sud (dans le Botswana actuel) et de Kazungula à l'est à Singalamwe et Sabuti à l'ouest<sup>2</sup>.

4. Au début, le chef masubia de la période de la première immigration, Nsundano I<sup>er</sup>, a établi sa résidence, pour des raisons de sécurité, à un endroit situé «sur la rive nord du Chobe», «à environ 8 kilomètres à l'est de Ngoma»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>D.M., Shamukuni : «The baSubiya», p. 162-163, dans *Botswana Society* (1972) : Botswana Notes and Records, vol. 4. Gaborone, p. 161-183; voir aussi mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 139.

<sup>2</sup>Shamakuni 1972, p. 162; voir aussi mémoire de la Namibie, vol. III, annexe 2, p. 197-199.

<sup>3</sup>Shamakuni 1972, p. 161.

### Le système politique traditionnel des Masubia

5. Tout au long de leur histoire, les Masubia ont eu de nombreux chefs. Je n'en mentionnerai que trois, à savoir Shanjo, Nsundano I<sup>er</sup> et Nkonkwena. Le chef Shanjo est lié à la période de l'immigration masubia il y a quelques centaines d'années. Le chef Nsundano I<sup>er</sup> est considéré comme le fondateur de l'Etat Subia connu sous le nom d'*Itenge*<sup>4</sup>. Nkonkwena vivait sur l'île d'Impalila<sup>5</sup> qui se trouve à quelques kilomètres seulement en aval de l'île de Kasikili. A la suite d'un conflit de succession avec la famille royale, il est allé s'établir plus au sud. Après le démembrement du territoire masubia par le traité anglo-allemand de 1890, Nkonkwena a pris la tête de la dynastie des chefs masubia du Botswana, se trouvant aujourd'hui à une centaine de kilomètres au sud-ouest de Kasane.

6. La hiérarchie du système traditionnel de l'autorité des Masubia consiste en un chef héréditaire (connu sous le titre de *Munitenge* dans la langue subia), un conseiller principal du chef (appelé *ngambela*) et un certain nombre d'autres chefs supérieurs de circonscriptions qui représentent un groupe de villages. Chaque village à titre individuel est soumis à l'autorité d'un chef appelé *induna*. Un certain nombre d'*indunas* supérieurs forment le conseil consultatif du chef ou *khuta*. Le chef régit et administre son territoire par l'intermédiaire des *indunas* et de leur organe. Le *khuta* s'occupe des affaires législatives et judiciaires<sup>6</sup>.

7. Certaines des fonctions administratives des autorités traditionnelles des Masubia consistent à gérer les ressources naturelles, administrer la justice, faire respecter l'ordre public et attribuer les terres<sup>7</sup>. L'autorité traditionnelle des Masubia exerçait ses pouvoirs sur les terres communales. Le système traditionnel de possession des terres des Masubia garantit l'accès aux terres à tout membre de la communauté, à condition qu'elles soient attribuées par l'*induna* ou par une autre institution

---

<sup>4</sup>Mémoire de la Namibie, vol. III, annexe 2, p. 197, 206.

<sup>5</sup>Shamakuni 1972, p. 165-166.

<sup>6</sup>I. Tvedten et autres (1994) : *Freshwater Fisheries and Fish Management in Namibia: A Socio-Economic Background Study*, SSD rapport de recherche n° 12, MRC, UNAM. Windhoek, p. 22; voir aussi mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 132, p. 208-209 [27-28].

<sup>7</sup>Mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, p. 7-8, 62, 156; Kruger, etc.

communautaire compétente. Une fois que la terre a été attribuée, le bénéficiaire a des droits d'usage exclusif. Cependant, quiconque vit dans une circonscription déterminée<sup>8</sup> peut exercer certaines activités économiques qui consistent notamment à collecter l'eau et le bois sec, pêcher, assurer la transhumance du bétail et chasser sur les terres communes.

### **L'effet du traité anglo-allemand de 1890 sur les Masubia**

8. Je vais maintenant examiner l'effet du traité anglo-allemand de 1890 sur les Masubia. A la suite de la délimitation des sphères d'influence dans la région du centre sud de l'Afrique par le traité anglo-allemand de 1890, le territoire masubia que j'ai déjà décrit était divisé en trois territoires coloniaux, à savoir la Rhodésie du nord-ouest (qui fait maintenant partie de la Zambie), le protectorat du Bechuanaland (aujourd'hui le Botswana) et le sud-ouest africain allemand (aujourd'hui la Namibie). La partie namibienne du territoire des Masubia est devenue une partie de la bande de Caprivi.

9. Dans ces territoires coloniaux que j'ai mentionnés, les autorités traditionnelles et leurs collectivités avaient connaissance des limites des nouveaux territoires et se savaient désormais soumises aux lois de leurs administrations coloniales respectives<sup>9</sup>. Il importe de relever que, de 1914 à 1929, alors que les Britanniques administraient le Caprivi, ils gouvernaient aussi, en même temps, le protectorat du Bechuanaland et la Rhodésie du nord-ouest. Les autorités britanniques reconnaissaient que ces territoires étaient des entités distinctes et différentes. Pour cette raison une personne qui résidait sur l'un quelconque des territoires avait besoin d'une autorisation officielle pour exercer des activités agricoles dans les autres territoires. Il convient aussi de relever à cet égard les *privilèges Barotze* bien connus, en vertu desquels les personnes qui parlaient la langue lozi en Zambie avaient le droit d'utiliser leurs terres ancestrales en Angola et la bande de Caprivi le long du Kwando et du Zambèze, à condition d'obtenir au préalable une autorisation des autorités coloniales<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup>Voir mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 2, p. 198-200; 205.

<sup>9</sup>Mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 141, p. 249-250.

<sup>10</sup>Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexes 50-51, p. 183-202.

10. La bande de Caprivi a reçu le nom du chancelier allemand Georg Leo von Caprivi sous l'égide duquel le traité anglo-allemand de 1890 a été conclu. Après le traité anglo-allemand de 1890, la proclamation du 10 avril 1898 a prévu l'instauration de réserves autochtones dans le Sud-Ouest africain allemand<sup>11</sup>. En vertu de cette proclamation, une réserve a été établie pour le peuple masubia dans le Caprivi oriental. Elle est définie et décrite sur la carte de Frankenberg de 1912. Aujourd'hui cette zone s'étend approximativement sur 3420 kilomètres carrés<sup>12</sup> et sa population est évaluée à trente-quatre mille habitants. Environ 80 % de la population totale de la région du Caprivi vivent dans des zones rurales<sup>13</sup>.

11. Le centre du pays des Masubia du Caprivi oriental est situé dans la plaine d'inondation du Zambèze, ce qui fait d'eux un peuple riverain<sup>14</sup>. Une caractéristique spéciale de l'établissement social de la plaine d'inondation du Zambèze est le déplacement saisonnier des habitants qui quittent leur habitation de la saison sèche dans les terres basses de la plaine d'inondation pour s'installer à la saison des crues dans les régions plus élevées et plus sèches<sup>15</sup>. La même situation existait sur l'île de Kasikili, comme l'attestent les témoins qui ont comparu devant la commission mixte d'experts techniques (JTTE), dont j'étais membre, en 1994. Par exemple Mutwa a déclaré : «parfois, il y avait une inondation et alors ... on quittait l'île [de Kasikili] à ce moment-là, on partait dans la forêt ... et, quand c'était sec, on y retournait»<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup>«Allerhöchste Verordnung, betreffend die Schaffung von Eingeborenenreservaten in dem Südwestafrikanischen Schutzgebiete» dans, *Deutsche Kolonialgesetzgebung, Dritter Teil, 1897-1898*, Berlin 1899.

<sup>12</sup>J. Mendelsohn et C. Roberts (1997) : «An Environmental Profile and Atlas of Caprivi», *Directorate of Environmental Affairs, Namibia*, Windhoek, p. 13-14; G. Totemayer et autres (1997) : *Namibia Regional Resource Manuel*, Gamsberg Macmillan Publishers, Windhoek.

<sup>13</sup>G. Totemayer et autres (1997) : *Namibia Regional Resource Manual*. Gamsberg Macmillan Publishers, Windhoek; GRN/NPC (1994) : *1991 Population and Housing Census*. Windhoek.

<sup>14</sup>Mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, p. 20, 122.

<sup>15</sup>Tvedten et autres, 1994 : p. 19.

<sup>16</sup>Mémoire de la Namibie, vol. III, annexe 2, p. 15, déposition de N.L. Mutwa; voir aussi p. 47, 72 et mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, p. 142.

12. Comme le film l'a montré hier, il y a chaque année un «mouvement saisonnier de ... la population qui se déplace des zones de la plaine d'inondation jusqu'aux zones de terres sèches plus élevées pendant la saison des crues». Ces migrations saisonnières concernent la famille entière et ses possessions<sup>17</sup>. A cette époque de l'année, la plupart des villages masubia deviennent pratiquement des îles car ils sont complètement entourés ou inondés par les eaux des crues du Zambèze. Ces migrations sont une caractéristique fondamentale du peuple masubia et font partie de son mode de vie. Pour les Masubia, leurs lieux de séjour situés tant sur les terres plus élevées que dans la zone d'inondation sont considérés comme des habitations permanentes, où ils reviennent.

0 1 4

### **Les activités économiques des Masubia**

13. Permettez-moi de décrire maintenant les activités économiques des Masubia. La région du Caprivi oriental où vivent les Masubia abonde en poissons d'eau douce<sup>18</sup>. Le sol est aussi fertile, diverses sortes de récoltes sont produites, on fait pousser du fourrage pour les animaux sauvages et domestiques et on coupe des roseaux pour faire des matériaux de construction.

14. L'essentiel de l'économie traditionnelle de la collectivité des Masubia est fondé sur l'eau. Grâce à l'abondance des eaux dans la plaine d'inondation du Zambèze, la plupart des familles masubia pratiquent à la fois une agriculture pluviale et fluviale<sup>19</sup>.

15. Le poisson constitue une partie très importante de l'alimentation des Masubia. Ils tirent aussi des revenus de la pêche pratiquée dans les rivières, les lacs et les marais de la plaine d'inondation du Zambèze. A propos des activités de pêche dans le Chobe autour de l'île de Kasikili, un témoin a dit à la commission mixte d'experts techniques :

«maintenant on ne sait pas comment on va vivre [à cause de la présence d'unités des forces de défense du Botswana sur l'île de Kasikili] parce qu'on y jetait nos filets, on attrapait des poissons. Après, on vendait le poisson, on gagnait de l'argent, on achetait le maïs»<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup>Tvedten et autres 1994 : p. 36.

<sup>18</sup>Tvedten et autres 1994.

<sup>19</sup>Tvedten et autres 1994, p. 36-37; voir aussi mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, p. 2, 7-9, 62, 106, 128, 117-118.

<sup>20</sup>Mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, p. 131; voir aussi p. 159 et divers passages, déposition de N. Siyomundi.

16. Ainsi les ressources naturelles constituent-elles la base de l'économie rurale de la région et elles sont donc d'importants moyens de subsistance pour la majorité de la population locale. Le profil démographique rural du district de Kasika, qui inclut l'île de Kasikili, n'a guère changé depuis le début des années 1920. La population du district de Kasika reste rurale au moins pour 95 %.

## 0 1 5 **L'incorporation du système politique traditionnel des Masubia dans l'administration coloniale**

17. Je vais maintenant traiter de l'incorporation du système politique traditionnel des Masubia dans l'administration coloniale. Quand le résident impérial Kurt Streitwolf est arrivé au Caprivi en 1909 pour établir l'administration allemande, il s'est rendu compte que la collaboration des autorités locales traditionnelles était vitale pour assurer une administration coloniale allemande efficace. Dans le reste du Sud-Ouest africain allemand, l'Allemagne a adopté le système de l'administration coloniale directe, qui a contribué aux guerres entre les Allemands et les Herero, ainsi qu'entre les Allemands et les Nama. Dans le Caprivi, le capitaine Streitwolf a choisi un système d'administration indirecte par l'intermédiaire des structures traditionnelles.

18. Inspirée aussi par l'administration indirecte des Britanniques dans le Ngamiland et ailleurs sur le **Zambèze**, l'attitude allemande dans le Caprivi a été différente. De fait, le Caprivi a organisé un système administratif différent de celui du reste de la Namibie coloniale. En ce qui concerne les Masubia, les fonctionnaires allemands ont fait des efforts pour gagner la confiance de la collectivité.

19. La famille royale des Masubia est aussi retournée dans le Caprivi en quittant la Rhodésie du nord-ouest où elle avait cherché refuge. Le très jeune héritier Liswaninyana ne pouvait pas devenir chef à cette époque. Streitwolf a réuni les *khuta* Masubia qui ont élu en qualité de régent des Masubia du Caprivi un homme plus âgé, Chikamatondo, qui appartenait à la noblesse et était marié à une tante de Liswaninyana. Après son élection, Chikamatondo et la totalité de l'autorité traditionnelle des Masubia ont été incorporés à l'administration coloniale allemande et sont devenus des parties intégrantes de l'administration coloniale. Il a été demandé à Chikamatondo de quitter sa résidence à Kasika et d'établir le centre de ses affaires à Schuckmannsburg, le lieu choisi pour

le siège de l'administration allemande au Caprivi<sup>21</sup> jusqu'à la première guerre mondiale. Par la suite, les Britanniques ont exercé l'administration jusqu'en 1919 et à partir de ce moment l'Afrique du Sud a administré le Caprivi.

20. Avant de prendre en charge ses fonctions, le commissaire aux affaires autochtones et magistrat du Caprivi oriental, le commandant Trollope, a reçu les instructions suivantes :

0 1 6

«Compte tenu de la distance qui sépare la bande de l'Union et de l'impossibilité d'assurer là tous les services d'un gouvernement européen, il semble spécialement souhaitable que vous favorisiez le fonctionnement des institutions autochtones en vous efforçant de les améliorer et de faire d'elles un instrument d'administration efficace. Chaque fois que ce sera possible, vous devrez vous efforcer de veiller à ce que les affaires soient réglées par les juridictions autochtones. Vos pouvoirs judiciaires ne devront être exercés que dans des affaires où il apparaît que la justice ne sera pas dûment rendue d'une autre manière.»<sup>22</sup>

21. A partir de ce moment, sous les administrations allemande, britannique et sud-africaine du Caprivi, les actes officiels de l'autorité traditionnelle des Masubia sont devenus des parties intégrantes du gouvernement colonial<sup>23</sup>. Les membres de l'autorité traditionnelle masubia recevaient un traitement pour leur rôle dans l'administration coloniale<sup>24</sup>.

#### **Les dirigeants masubia et leurs relations avec l'île de Kasikili**

22. Monsieur le président, je vais maintenant donner quelques détails sur certains dirigeants masubia du Caprivi oriental qui avaient des liens étroits avec l'île de Kasikili. Ce sont notamment :

*Le chef Chikamatondo*, qui a régné de 1909 à 1945. Il vivait à Kasika<sup>25</sup> avant d'être élu régent<sup>26</sup>. Pendant son premier règne, on a donné à l'île de Kasikili le nom d'un *induna* qui avait

---

<sup>21</sup>Mémoire de la Namibie, vol. III, annexes, p. 208.

<sup>22</sup>Réplique de la Namibie, annexe 16 a).

<sup>23</sup>Mémoire de la Namibie, vol. I, p. 89-92.

<sup>24</sup>Réplique de la Namibie, par. 373.

<sup>25</sup>Ce village est représenté sur la carte de Frankenberg de 1912, mémoire de la Namibie, vol. I, fig. 12 et mémoire de la Namibie, vol. VII, carte VII/2, atlas de cartes.

<sup>26</sup>Mémoire de la Namibie, vol. III, annexe 2, p. 208.

exercé longtemps ses fonctions, Silumbu (ou Sulumbu), qui résidait lui-même sur l'île.<sup>27</sup> Plus tard, l'île a été désignée sous le nom de *Kasikili*, un nom masubia, celui d'un petit arbre — *musikili* ou *sikili* — qui poussait à cet endroit<sup>28</sup>.

017 *Le chef Liswaninyana* vivait à Kasika<sup>29</sup> et il avait des jardins d'hiver sur l'île de Kasikili<sup>30</sup>. Liswaninyana était aussi bien connu des autorités britanniques du protectorat du Bechuanaland<sup>31</sup>.

*Le chef J. Moraliswani II* qui a déposé devant la commission mixte d'experts techniques en 1994. Il a gouverné trente et un ans (1965-1996). Il est décédé en août 1996 à l'âge de quatre-vingt-deux ans. Il avait lui aussi des champs sur l'île de Kasikili<sup>32</sup>.

Les documents disponibles établissent donc de façon claire que tous les chefs masubia du Caprivi oriental exerçaient leurs pouvoirs sur l'île de Kasikili. Certains des dirigeants masubia du Caprivi oriental et certains membres de leurs collectivités avaient des maisons et des jardins d'hiver sur l'île de Kasikili<sup>33</sup>. Les documents britanniques et sud-africains le confirment<sup>34</sup>.

## Conclusion

23. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, il ressort avec clarté de ce que j'ai dit que l'affaire de l'île de Kasikili est une question qui concerne avant tout et d'un point de vue pratique une collectivité autochtone locale, c'est-à-dire le peuple masubia du Caprivi. Les documents coloniaux des autorités allemandes, britanniques et sud-africaines, ainsi que

---

<sup>27</sup>Mémoire de la Namibie, vol. I, fig. 10 et mémoire de la Namibie, vol. VII, carte IV, atlas de cartes.

<sup>28</sup>Mémoire de la Namibie, vol. II et III, annexes 1 et 2, au passage.

<sup>29</sup>Mémoire de la Namibie, vol. III, annexe 1, p. 196.

<sup>30</sup>Sharmukuni 1972, p. 167-168; Mémoire de la Namibie, vol. II, annexes, p. 149, 151, 153 et au passage.

<sup>31</sup>Sharmukuni 1972, p. 167-168.

<sup>32</sup>Mémoire de la Namibie, vol. III, annexe 2, p. 194-211.

<sup>33</sup>Voir par exemple mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, p. 110 : Chikamatondo; mémoire de la Namibie, vol. III, annexe 2, p. 204 : J. Moraliswani; etc.

<sup>34</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 66; réplique de la Namibie, par. 258.

les dépositions de membres de la collectivité des Masubia dans le district de Kasika devant la commission mixte d'experts techniques établissent de façon concluante que le peuple masubia du caprivi oriental occupe et utilise l'île de Kasikili depuis des temps immémoriaux.

Ainsi s'achève mon exposé. Puis-je vous demander, Monsieur le président, de bien vouloir donner la parole à M. Faundez. Je vous remercie.

Le PRESIDENT : Je vous remercie beaucoup. Je donne la parole à M. Julio Faundez.

018

M. FAUNDEZ : Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, c'est un honneur et un privilège pour moi de plaider devant la Cour au nom de la République de Namibie.

## **9. PRATIQUE ULTÉRIEURE DANS L'APPLICATION DU TRAITÉ ANGLO-ALLEMAND DE 1890**

### **I. Introduction**

2. Il m'appartient ce matin de passer en revue la pratique des parties dans l'application du traité anglo-allemand de 1890, ceci parce que cette pratique établit clairement l'accord des parties sur les deux principales questions dont est saisie la Cour : premièrement, l'île de Kasikili fait et a toujours fait partie du territoire de la Namibie et, deuxièmement, la frontière est le chenal qui passe au sud de cette île.

3. Mon exposé sera divisé en deux parties. Dans la première, je ferai certaines observations de caractère général au sujet de l'importance juridique de la conduite ultérieure et ses effets sur le présent différend. Dans la seconde partie, j'examinerai la pratique ultérieure dans l'application du traité anglo-allemand de 1890.

### **II. Importance juridique de la conduite ultérieure**

4. Je vais maintenant faire quelques observations sur la conduite ultérieure.

5. Il serait impertinent de rappeler longuement à la Cour l'état du droit de la conduite ultérieure. Son importance et sa valeur en tant qu'élément de l'interprétation des traités n'est pas

en question. Il a été appliqué par la Cour et d'autres tribunaux internationaux à plusieurs occasions. Nous en donnons quelques exemples dans notre mémoire<sup>35</sup>. Trois questions préliminaires se posent néanmoins sur lesquelles il faut se pencher avant d'examiner les faits de l'espèce.

### 1. Pertinence particulière de la conduite ultérieure dans les différends frontaliers

6. La première question est celle de savoir pourquoi la conduite ultérieure est particulièrement pertinente dans les différends territoriaux et frontaliers.

0 1 9 7. L'importance de la conduite des parties dans les différends frontaliers a été reconnue à maintes reprises par la Cour<sup>36</sup>. De fait, c'est souvent l'indicateur le plus fiable de ce que les parties ont considéré comme un équilibre juste et équitable de leurs intérêts.

8. En tant qu'élément d'interprétation, la conduite ultérieure doit certes être prise en compte dans l'interprétation de n'importe quel traité, mais elle est particulièrement pertinente dans les différends territoriaux et frontaliers qui impliquent l'interprétation de traités ou d'autres instruments. C'est ce qu'a estimé récemment une Chambre de la Cour dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, à l'occasion de ses investigations sur la propriété de certaines îles en litige :

«[I]l se peut parfaitement que ce droit lui-même n'apportait aucune réponse claire et catégorique à la question de savoir de quelle entité relevaient des zones marginales ou des zones peu peuplées n'ayant qu'une importance économique minime. Pour cette raison, il est particulièrement approprié d'examiner le comportement des nouveaux Etats à l'égard des îles pendant la période qui a immédiatement suivi l'indépendance.»<sup>37</sup>

9. Ces observations sont particulièrement pertinentes dans la présente espèce. Comme M. Delbrück l'a expliqué lundi, les négociateurs du traité anglo-allemand en 1890 ont procédé à un partage de vastes régions d'Afrique qu'ils connaissaient peu ou pas du tout. Il n'est donc pas surprenant que certaines des expressions qu'ils ont utilisées ne donnent pas d'indications claires et

---

<sup>35</sup>Mémoire de la Namibie, par. 165-179.

<sup>36</sup>*Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, C.I.J. Recueil 1962, p. 23; *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriyah arabe libyenne)*, C.I.J. Recueil 1982, par. 117; *Pêcheries*, C.I.J. Recueil 1951, p. 138-139.,

<sup>37</sup>C.I.J. Recueil 1992, p. 59, par. 333.

catégoriques quant à l'emplacement des frontières établies par le traité. Tel est le cas de l'expression «chenal principal» utilisée à l'article III, paragraphe 2, du traité anglo-allemand. Comme sa signification n'est pas évidente, l'interprétation que lui ont donnée les parties dans leur pratique revêt une importance critique.

## 2. Comment la conduite ultérieure se manifeste

10. La deuxième question préliminaire est celle de savoir comment la conduite des parties se manifeste.

11. Aux termes de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, dont la Cour considère qu'il codifie le droit international coutumier en matière d'interprétation des traités, il y a deux types de conduite ultérieure : un accord ultérieur entre les parties concernant l'interprétation ou l'application du traité (art. 31, par. 3 a)), et toute pratique par laquelle est établie l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité (art. 31, par. 3 b)).

12. S'agissant du second type de conduite ultérieure — c'est-à-dire la pratique ultérieure — l'accord des parties peut être établi par l'action conjointe ou parallèle des parties ou par l'action d'une partie à laquelle l'autre partie a acquiescé ou à l'égard de laquelle elle n'a pas formulé d'objections. En d'autres termes, l'accord des parties concernant l'interprétation du traité peut être fondé sur l'action d'une des parties et le silence de l'autre partie ou son absence de réactions lorsque les circonstances appelaient une réaction. La conduite affirmative des deux parties n'est pas une condition essentielle.

13. Le Botswana argue néanmoins que la pratique visée à l'article 31, paragraphe 3 b) est une pratique qui doit être commune ou conjointe<sup>38</sup>. Cette interprétation de la règle de la pratique ultérieure est non seulement erronée mais, si on l'applique aux différends frontaliers, reviendrait pratiquement à vider cette règle de son sens. En effet, dans la plupart des différends frontaliers, l'action de l'une des parties qui n'est pas contestée par l'autre constitue souvent la preuve la plus fiable des vues des parties concernant l'interprétation du traité. Or, selon l'interprétation avancée par nos adversaires, une action unilatérale de ce type ne pourrait jamais être considérée comme

---

<sup>38</sup>Contre-mémoire du Botswana, par. 237-240.

un élément de la pratique ultérieure puisque, par définition, les actes unilatéraux ne peuvent être accomplis conjointement ou en commun par les parties. Ainsi, l'interprétation que donne le Botswana de l'article 31, paragraphe 3 *b*) est erronée et aboutit à un résultat absurde.

14. Dans ses écritures, le Botswana argue que la Namibie fait fond sur l'utilisation et l'occupation de l'île de Kasikili par les Masubia en quelque sorte pour essayer de se soustraire au traité et suggère même que nous considérons erronément l'île de Kasikili comme *terra nullius*<sup>39</sup>. Ces allégations sont manifestement fausses. Comme la Cour ne l'ignore pas, l'interprétation du traité de 1890 est au centre de notre argumentation et la Namibie ne considère pas l'île de Kasikili comme *terra nullius*.

0 2 1

15. Notre désaccord avec le Botswana ne porte pas sur la question de savoir si le traité a force prépondérante, mais sur le point de savoir si l'utilisation continue de l'île de Kasikili par la Namibie constitue une preuve admissible quant à l'interprétation que les parties ont donnée au traité de 1890. Pour la Namibie, cette utilisation constitue bien une telle preuve.

16. Notre interprétation de l'article 31, paragraphe 3 *b*) de la convention de Vienne est étayée non seulement par le texte clair de cette disposition, mais aussi par les travaux préparatoires de la conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Elle est aussi confirmée par la décision prise dans l'affaire du *Canal de Beagle*<sup>40</sup>. Dans cette affaire, l'Argentine prétendait que les actes de juridiction accomplis par le Chili sur certaines îles en litige ne relevaient pas de la conduite ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*) parce qu'ils n'exprimaient pas la volonté commune des parties. Cet argument a été purement et simplement écarté par la juridiction arbitrale :

«La Cour ne saurait admettre l'affirmation selon laquelle aucune conduite ultérieure, y inclus les actes de juridiction, ne pourrait avoir de valeur probante comme moyen subsidiaire d'interprétation à moins qu'elle ne prenne la forme d'un «accord» dûment passé entre les parties. Les termes de la convention de Vienne ne spécifient nullement la manière dont l'accord doit se manifester. Dans le contexte de la présente espèce, les actes de juridiction ne visaient pas à établir une source de titre indépendante des termes du traité; on ne peut davantage considérer qu'ils étaient contrares à ces termes tels que les comprenait le Chili. Les éléments de preuve confirment la thèse qu'ils étaient publics et bien connus de l'Argentine, et qu'ils ne pouvaient découler que

---

<sup>39</sup>Mémoire du Botswana, par. 141 et 649-653.

<sup>40</sup>Affaire du *Canal de Beagle (Argentine c. Chili)*.

du traité. Dans ces conditions, le silence de l'Argentine permet de conclure que ces actes tendaient à confirmer une interprétation du sens du traité indépendamment des actes de juridiction eux-mêmes.<sup>41)</sup>»

17. Ce qui précède confirme que l'interprétation que fait la Namibie de l'article 31, paragraphe 3 b) est correcte : la conduite confirmative des deux parties *n'est pas* une condition essentielle pour établir l'accord des parties concernant l'interprétation d'un traité.

### 3. Moment auquel la pratique des parties est la plus pertinente

18. La troisième question que je souhaite examiner au sujet de la conduite ultérieure est celle du moment auquel la conduite des parties est la plus pertinente.

0 2 2

19. S'agit-il de la conduite durant la période suivant immédiatement la conclusion du traité ou peut-il s'agir également de la conduite intervenant plusieurs décennies après cette conclusion ? Bien sûr, les règles en la matière ne sont pas inflexibles. Il convient pourtant dans ce contexte de rappeler le principe de la stabilité des frontières, dont la Cour a à maintes reprises reconnu l'importance<sup>42</sup>. Comme l'a déclaré la Cour dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*<sup>43</sup>, le premier objectif des Etats lorsqu'ils établissent des frontières est d'instaurer une situation stable et définitive. Selon ce principe, il semblerait que le moment auquel la conduite des parties doit être examinée est constituée par les premières années suivant la conclusion du traité.

20. Comme je vais bientôt le montrer, au début des années quarante, les parties au traité anglo-allemand de 1890 avaient établi de manière cohérente et sans équivoque leur accord sur les deux questions cruciales dont la Cour est saisie, à savoir l'emplacement de la frontière dans le chenal passant au sud de l'île et l'attribution de l'île de Kasikili à la Namibie.

21. Cependant, la pratique des parties n'a pas changé après les années quarante, et c'est pourquoi mon examen portera sur l'ensemble de la période coloniale, de 1890 à 1966. Il se termine en 1966 parce que cette année-là, le Botswana est devenu indépendant et, en vertu du principe de

---

<sup>41</sup>52 ILR, p. 93.

<sup>42</sup>*Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, C.I.J. Recueil 1994, par. 72-73; *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, C.I.J. Recueil 1962, p. 34; *Plateau continental de la mer Egée*, C.I.J. Recueil 1978, p. 36.

<sup>43</sup>C.I.J. Recueil 1962, p. 34.

*uti possidetis*, la ligne frontière a été solidement établie. En outre, c'est en 1966 que l'Assemblée générale des Nations Unies a mis fin au mandat sur le Sud-Ouest africain et ultérieurement l'Afrique du Sud n'avait plus, au plan international, la capacité juridique voulue pour agir au nom de la Namibie<sup>44</sup>.

### III. La pratique ultérieure en l'espèce

22. Je vais maintenant retracer la pratique ultérieure en l'espèce.

0 2 3

#### 1. Occupation et utilisation de l'île de Kasikili par les Masubia du Caprivi

23. J'examinerai d'abord les preuves de l'utilisation et de l'occupation de l'île de Kasikili par les Masubia. Mes observations sur ce point seront brèves, car M. Hangula en a déjà traité. Comme il l'a expliqué, l'occupation exclusive de l'île de Kasikili par les Masubia a été clairement établie par des témoignages recueillis par l'équipe technique conjointe d'experts en mai et juillet 1994.

24. La commission mixte d'experts techniques a entendu près de soixante-quinze témoins, dont quelque soixante ont été cités par la Namibie. Les témoins de la Namibie ont fait une relation détaillée et vivante de la vie au Caprivi oriental, dans la région avoisinant l'île de Kasikili et sur l'île elle-même. Leurs témoignages confirment que l'île a toujours été politiquement et économiquement importante pour les Masubia du Caprivi. Les témoins Masubia étaient tous d'accord : nulle personne originaire du protectorat du Bechuanaland n'a jamais utilisé l'île. Ils ont souligné avec insistance qu'ils n'avaient jamais sollicité ni obtenu la permission d'utiliser l'île auprès de quiconque autre que les autorités masubia.

25. La notoriété de l'occupation continue de l'île par les Masubia du Caprivi est corroborée par de nombreuses déclarations correspondant aux minutes officielles des deux parties au traité anglo-allemand. Ces documents sont analysés en détail dans nos écritures et je ne mentionnerai ici que le rapport Trollope-Redman.

---

<sup>44</sup>Résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale, 1996.

26. Les auteurs de ce rapport déclarent qu'au moins depuis 1907 l'île a été continuellement utilisée par les Masubia du Caprivi et qu'elle n'a jamais été utilisée ni revendiquée par les tribus ou autorités du protectorat du Bechuanaland<sup>45</sup>.

## 2. Exercice de sa juridiction par l'administration coloniale

27. Je vais maintenant examiner le système d'administration et expliquer comment l'administration coloniale s'exerçait sur l'île de Kasikili.

28. Comme M. Hangula l'a expliqué, l'administration allemande du Caprivi a été établie en 1909 lorsque le commandant Kurt Streitwolf est entré au Caprivi avec quatre officiers et quatorze policiers européens. Etant donné les effectifs dont Streitwolf disposait, il n'est pas surprenant qu'il souhaitait vivement obtenir la coopération des communautés autochtones. Dans le cas des Masubia, sa tâche a été facilitée parce qu'à son arrivée il les a aidés à recouvrer des biens qui leur avaient été enlevés par les Barotse du nord-ouest de la Rhodésie. Ceci a aidé Streitwolf à établir de bonnes relations avec les Masubia.

29. Le système de gouvernement appliqué par l'Allemagne, la Grande-Bretagne et l'Afrique du Sud au Caprivi reposait sur la méthode britannique du gouvernement indirect. Comme l'explique sir Frederick Lugard, la caractéristique principale du système du gouvernement indirect est que les chefs font partie intégrante de l'appareil gouvernemental :

«Il n'y a pas deux séries de gouvernants — les britanniques et les autochtones — œuvrant séparément ou en coopération, mais bien un gouvernement unique dans lequel les chefs autochtones ont des tâches bien définies et un statut reconnu d'égalité avec des fonctionnaires britanniques.»<sup>46</sup>

30. Dans le cadre du système d'administration indirecte, l'appareil gouvernemental est utilisé à la fois par les fonctionnaires coloniaux et par les autorités traditionnelles des Masubia. Les systèmes colonial et autochtone se complétaient et on en trouve des preuves dans les rapports annuels de l'administration du Caprivi communiqués par l'Afrique du Sud à la Société des Nations. Jusqu'à 1929, ces rapports étaient rédigés par les fonctionnaires du Bechuanaland qui administraient

---

<sup>45</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 60.

<sup>46</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 131.

le territoire en qualité de délégués de l'Afrique du Sud. Ces rapports montrent dans quelle mesure les fonctionnaires coloniaux s'appuyaient sur les autorités traditionnelles des Masubia pour exercer d'importantes fonctions gouvernementales, comme l'administration de la justice et la mise en œuvre de mesures sanitaires, en particulier des mesures visant à limiter la propagation des maladies du bétail<sup>47</sup>. Bien que l'administration indirecte se manifestât de diverses manières, la prémisse essentielle était que les actes d'administration des autorités coloniales et ceux des autorités traditionnelles émanaient les actes d'une entité unique, le gouvernement colonial.

0 2 5

31. Les relations étroites et complémentaires entre autorités coloniales et autorités traditionnelles sont manifestes dans l'extrait suivant du rapport de 1927 sur l'administration du Caprivi. Ce rapport, rédigé par des fonctionnaires du Bechuanaland, explique le système d'administration de la justice au Caprivi oriental :

«Chaque village à son Induna ou chef qui est habilité à rendre la justice conformément au droit et à la coutume autochtones... Il est généralement assisté par des anciens. S'ils ne peuvent se mettre d'accord ou si le demandeur ou le défendeur ne sont pas satisfaits, l'affaire est portée devant le Kgotla du chef.

Le Kgotla ou tribunal du chef est la juridiction principale et ses jugements sont définitifs si ce n'est que les appels sont possibles en vertu de la proclamation n° 1 de 1919 ... en première instance devant un tribunal composé de l'*Assistant Commissioner* ... et du chef; s'ils ne peuvent se mettre d'accord, c'est le *Resident Commissioner* qui tranche.»<sup>48</sup>

32. Ces extraits montrent que l'administration de la justice au Caprivi relevait d'un système unique comprenant tant les autorités traditionnelles des Masubia que des fonctionnaires européens nommés par l'administration coloniale. De même, d'autres décisions prises par les autorités masubia avaient elles aussi une importance juridique majeure. Tel était le cas, par exemple, des attributions de terres, comme M.Hangula l'a expliqué.

---

<sup>47</sup>Contre-mémoire du Botswana, annexes 11 à 13.

<sup>48</sup>Contre-mémoire du Botswana, annexe 11, p. 123.

33. Comme l'île de Kasikili et le Caprivi oriental sont inondés pendant une période pouvant atteindre six mois chaque année, les terres fertiles y constituent une ressource rare. C'est pourquoi, elles font l'objet de contrôles politiques et juridiques stricts de la part des autorités politiques centrales et locales<sup>49</sup>.

34. Les activités agricoles des Masubia sur l'île de Kasikili étaient ainsi une manifestation de l'exercice de leur juridiction souveraine par les dirigeants coloniaux par l'intermédiaire des autorités traditionnelles des Masubia. Contrairement à ce qu'avance le Botswana en donnant une interprétation déformée de l'argument de la Namibie, les activités agricoles des Masubia sont pertinentes pour ce qui est de la conduite ultérieure non parce qu'elles constituent un titre sur l'île de Kasikili mais parce qu'elles présupposent un tel titre.

35. Monsieur le président, les preuves que j'ai examinées démontrent deux points d'une importance fondamentale : premièrement, que les activités des Masubia sur l'île de Kasikili ont été exercées sous l'autorité de l'administration coloniale et, deuxièmement, que les autorités britanniques du protectorat du Bechuanaland étaient parfaitement conscientes de l'importance juridique de ces activités.

0 2 6

### **3. La Grande-Bretagne avait connaissance des actes de juridiction de la Namibie et les a acceptés**

36. Je vais maintenant expliquer pourquoi les Britanniques avaient connaissance des actes de juridiction de la Namibie dans la zone en litige et les a acceptés.

37. Les actes de juridiction accomplis par les Masubia du Caprivi dans le cadre du système de l'administration indirecte étaient bien connus des autorités britanniques. De fait, celles-ci n'auraient pu les ignorer puisqu'entre 1921 et 1929 elles ont administré le territoire selon la méthode du gouvernement indirect. Durant cette période, des fonctionnaires britanniques ont

---

<sup>49</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 84.

méticuleusement établi des rapports sur leur administration du Caprivi. Ces rapports comme je l'ai expliqué, contiennent des informations sur les structures politiques des Masubia et leur rôle dans l'administration du territoire<sup>50</sup>.

38. Les fonctionnaires coloniaux britanniques étaient directement informés que les autorités du Caprivi exerçaient leur juridiction dans la zone. En 1940, lorsque Trollope, le *Magistrate* du Caprivi oriental, a pris conscience de l'étendue du braconnage au voisinage de l'île de Kasikili, il nomma un garde-chasse qu'il posta à Kasika. Il sollicita également, et obtint, l'assistance des autorités du protectorat du Bechuanaland pour patrouiller les eaux intérieures du Caprivi. Deux policiers du Bechuanaland en poste à Kasane furent détachés et officiellement nommés par l'Afrique du Sud pour aider à patrouiller la région entre Kasika et l'île d'Impalila<sup>51</sup>. Ces policiers ont patrouillé la zone de 1940 jusqu'à au moins 1943. Ils n'ont pas pu, tout comme d'autres gens se trouvant dans la zone, ne pas remarquer que l'île de Kasikili et le chenal nord étaient considérés comme faisant partie du territoire du Caprivi. C'est pourquoi quelques années après seulement en 1947, lorsque William Ker, le directeur d'une société locale, voulut utiliser le chenal nord, il s'adressa naturellement au *Magistrate* du Caprivi oriental.

0 2 7

39. Bien que la Grande-Bretagne fût pleinement informée que les activités des Masubia sur l'île étaient conduites sous l'autorité de l'administration coloniale, elle n'a formulé ni revendication ni protestation. Son silence, face à l'assertion répétée de droits dans la zone en litige par les autorités du Caprivi, confirme qu'elle est d'accord qu'en vertu du traité de 1890, l'île de Kasikili faisait partie de la Namibie et continue d'en faire partie.

40. Le silence continu de la Grande-Bretagne et le fait qu'elle n'a pas formulé de protestation sont d'autant plus significatifs qu'en plusieurs occasions elle a eu l'occasion de le faire. La première de ces occasions est intervenue au début des années 1910, durant les négociations avec l'Allemagne au sujet de la délimitation de la partie sud-ouest de la frontière du Caprivi. Ces négociations ont été provoquées par une divergence d'opinions concernant l'emplacement de la frontière dans la zone

---

<sup>50</sup>Contre-mémoire du Botswana, annexes 11 à 13.

<sup>51</sup>Réplique de la Namibie, annexes 18 b), c), d) et e).

se trouvant au sud du village d'Andara. Un croquis établi par le colonel Dennis Rushworth indiquant l'emplacement d'Andara et les vues britanniques et allemandes quant à l'emplacement de la frontière figurent dans le dossier des juges sous la cote 3.3. La question sur laquelle les parties n'étaient pas d'accord étaient celle de savoir si la frontière devait être constituée par un parallèle de latitude comme le proposait l'Allemagne ou par une ligne parallèle jusqu'à la limite nord du Caprivi, comme le proposait la Grande-Bretagne. Incapable de régler la question, les parties décidèrent de recourir à l'arbitrage. Finalement, l'arbitrage projeté n'eut pas lieu car les négociations entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne s'étendirent à un autre différend, concernant la frontière le long de la rivière Orange<sup>52</sup>.

41. Le différend que l'Allemagne et la Grande-Bretagne sont convenus de soumettre à l'arbitrage ne concernait que la partie terrestre de la frontière sud du Caprivi. Durant les négociations, toutefois, lord Harcourt, le ministre britannique des colonies, a demandé au haut-commissaire britannique à Pretoria de procéder à un levé du Chobe. La demande de lord Harcourt donne à penser que bien que la limite du Chobe n'eût pas été à l'ordre du jour des négociations, la Grande-Bretagne anticipait la possibilité d'élargir le champ de l'arbitrage envisagé.

0 2 8 42. C'est le capitaine Eason qui a procédé à l'exploration du Chobe. S'agissant des chenaux à la hauteur de l'île de Kasikili, il considérait que le chenal principal était le chenal nord. Il nota aussi que des habitants de Kasika, en territoire allemand, utilisaient l'île. Sur la base de ses observations, Eason déclara que la Grande-Bretagne devait revendiquer le chenal nord comme étant le chenal principal<sup>54</sup>. La Grande-Bretagne ne formula cependant aucune revendication, alors même que ses échanges de correspondance avec l'Allemagne au sujet du reste de la frontière méridionale se poursuivirent jusqu'à l'éclatement de la première guerre mondiale, à l'occasion de laquelle l'administration allemande du Caprivi prit fin.

---

<sup>52</sup>Mémoire de la Namibie, par. 267-270.

<sup>54</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 47.

43. Une seconde occasion de soulever la question de l'île de Kasikili se présenta en 1930 lorsque les négociations au sujet de la même partie de la frontière reprirent. Cette fois là ce fut l'Afrique du Sud, en sa qualité de puissance mandataire, qui ouvrit les négociations par une note dans laquelle elle demandait quelle était la direction de la ligne frontière dans la zone se trouvant au sud d'Andara. Après un bref échange de correspondance, en 1931, un accord fût conclu qui reflétait en grande partie les vues britanniques. Ces négociations étaient pour la Grande-Bretagne une nouvelle occasion de soulever la question de la propriété de l'île de Kasikili, mais la Grande-Bretagne resta muette. Son silence confirme, là encore, qu'elle acceptait l'alignement qui prévalait alors dans la section de la frontière autour de l'île de Kasikili<sup>55</sup>.

44. Le fait que la Grande-Bretagne n'ait pas soulevé la question de l'île de Kasikili est frappant si l'on considère son attitude vis-à-vis de l'agriculture transfrontière dans d'autres secteurs de la limite de Caprivi. Tel est le cas de la frontière est du Caprivi entre la Namibie et la Zambie le long du Zambèze. Entre 1915 et 1929, alors qu'elle administrait le Caprivi, la Grande-Bretagne a demandé aux Barotse du territoire colonial voisin de Rhodésie du nord-ouest, également sous administration coloniale britannique, d'obtenir des autorisations pour pratiquer l'agriculture dans certaines zones du Caprivi oriental<sup>56</sup>.

45. L'attitude de la Grande-Bretagne au sujet de l'utilisation des îles dans cette zone frontalière était encore plus formelle. En 1933, lorsque l'Afrique du Sud et la Grande-Bretagne effectuèrent le tracé de la frontière orientale du Caprivi, des autorisations spéciales furent délivrées aux Barotse afin qu'ils puissent utiliser certaines îles du Caprivi sur le Zambèze. Ce privilège a été consigné dans un échange de notes officiel et publié dans *British Foreign and State Papers*, une publication officielle britannique<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup>Mémoire de la Namibie, annexes 54 à 57.

<sup>56</sup>Mémoire de la Namibie, annexes 50 à 52.

<sup>57</sup>Echange de notes entre l'Union sud-africaine et la Rhodésie du nord concernant la frontière orientale entre la bande de Caprivi et la Rhodésie du nord et l'octroi de privilèges aux indigènes de Rhodésie du nord sur les îles du Caprivi, Pretoria, 4 juillet/Le Cap, 25 juillet 1933, *British Foreign and State Papers*, vol. 136, p. 520-523.

46. Monsieur le président, il ressort du dossier qu'au début des années trente il y eut une activité intense concernant le règlement et la démarcation des frontières du Caprivi. Il ressort aussi du dossier que la Grande-Bretagne se souciait de l'importance de l'utilisation des îles par les communautés locales, dont elle était pleinement consciente. Pourtant, la Grande-Bretagne n'a pas soulevé la question de l'île de Kasikili bien qu'elle sût que l'île était considérée par les Masubia et leurs administrateurs coloniaux comme partie intégrante du Caprivi. La seule conclusion que l'on peut tirer de cette conduite est que la Grande-Bretagne ne considérait pas que l'île de Kasikili fit partie du protectorat du Bechuanaland.

47. La pratique ultérieure montre ainsi que dans les années quarante les parties avaient établi leur accord concernant l'emplacement de la frontière dans le chenal sud et l'attribution de l'île de Kasikili à la Namibie. Ce fait a été expressément reconnu par le haut-commissaire britannique dans la lettre qu'il adressa le 6 juin 1949 à des collègues à Londres et auxquels il déclarait, au sujet de l'île de Kasikili : «jusqu'à présent, on considérait que cette île faisait partie de la bande de Caprivi car les cartes indiquent que le chenal principal coule au sud de l'île»<sup>58</sup>. Ces cartes comprennent la carte de Seiner (1909), la carte britannique GSGS 3915 (1933) et la carte sud-africaine de (1949). Plus tard dans la matinée M. Kawana, agent de la Namibie, et le colonel Rushworth examineront l'importance cartographique et juridique de ces cartes et d'autres cartes de la région.

#### **4. Les échanges de 1947-1951**

48. Monsieur le président, comme on l'a déjà dit, il ressort du dossier qu'au début des années quarante les parties avaient, par leur pratique, établi sans équivoque leur accord en ce qui concerne l'emplacement de la frontière dans le chenal sud et l'attribution de l'île de Kasikili à la Namibie. Cette conclusion est confirmée par la conduite et les déclarations de fonctionnaires britanniques durant les échanges qui ont eu lieu au sujet de l'île de Kasikili entre 1947 et 1951. Ces échanges ont été longuement examinés dans les écritures de la Namibie et je n'examinerai ici que certains de leurs aspects.

0 3 0

---

<sup>58</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 66.

49. Ces échanges furent provoqués par une lettre écrite par William Ker, directeur de la Zambezi Transport Company, à Noel Redman, le commissaire de district à Maun. Il semble qu'à l'expiration de l'autorisation que Trollope avait donnée à William Ker d'utiliser le chenal nord, ce dernier décida de contester la thèse selon laquelle le chenal nord faisait partie du territoire namibien. Cette épisode a donné lieu à un échange de correspondance entre Redman et Trollope et à une décision de mener dans la région une enquête conjointe qui eut lieu en janvier 1948. Les conclusions de cette enquête figurent dans le rapport Trollope/Redman<sup>59</sup> et les trois principales sont les suivantes :

- premièrement, le chenal principal est le chenal nord,
- deuxièmement, depuis au moins 1907 l'île a été continuellement utilisée par des habitants du Caprivi,
- troisièmement, il n'y aucune preuve que l'île de Kasikili ait jamais été utilisée ou revendiquée par les autorités ou les habitants du protectorat du Bechuanaland.

50. Après que Trollope et Redman eurent communiqué leur rapport conjoint à leurs gouvernements respectifs, un bref échange diplomatique eut lieu entre l'Afrique du Sud et la Grande-Bretagne. Cette échange commença par une lettre dans laquelle le ministère sud-africain des affaires extérieures proposait au haut-commissaire britannique de conclure un arrangement<sup>60</sup>. La première réaction du haut-commissaire fut de proposer un système de permis pour les Masubia<sup>61</sup>. Le Gouvernement sud-africain rejeta cette proposition et, par lettre du 14 février 1949, l'Afrique du Sud expliqua qu'elle songeait à un arrangement par lequel la Grande-Bretagne reconnaîtrait officiellement que l'île de Kasikili faisait partie intégrante du Caprivi. En échange, l'Afrique du Sud proposait de délivrer un permis général pour la libre utilisation du chenal nord<sup>62</sup>. Le fondement de la proposition de l'Afrique du Sud est énoncé clairement dans sa lettre du 14 février :

0 3 1

---

<sup>59</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 60.

<sup>60</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 63.

<sup>61</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 64.

<sup>62</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 65.

«Mais il ressort des informations existantes que les tribus de Caprivi utilisent l'île depuis très longtemps et que leurs droits d'agir ainsi n'étaient contestés ni par les tribus, ni par les autorités du Bechuanaland.»<sup>63</sup>

51. Après s'être rendu sur l'île et avoir acquis une connaissance de première main de la situation locale, le haut-commissaire changea d'avis. Le 6 juin 1949, il communiqua la proposition de l'Afrique du Sud au bureau des relations avec le Commonwealth à Londres en recommandant qu'elle soit acceptée<sup>64</sup>. Néanmoins, le Gouvernement britannique décida finalement de ne pas conclure d'accord officiel et proposa de régler la question dans le cadre d'un arrangement administratif. Le haut-commissaire explique pourquoi dans la lettre qu'il a adressée le 10 mai 1951 au Gouvernement sud-africain :

«Je crains que cette proposition leur ait semblé poser des complications juridiques de nature internationale dont la solution poserait des difficultés sans rapport avec l'importance de la question.»<sup>65</sup>

52. Les complications juridiques visées par le haut-commissaire concernaient le refus de l'Afrique du Sud d'accepter les obligations que lui imposaient le mandat. Aux termes de l'article 7 du mandat, lu à la lumière de l'article 1, les décisions concernant les frontières du territoire sous mandat exigeaient l'approbation du Conseil de la Société des Nations. Après la dissolution de la Société des Nations, les fonctions de supervision du Conseil — comme la Cour l'a confirmée dans son avis consultatif sur le *Statut international du Sud-Ouest africain* — ont été transférées à l'Assemblée générale des Nations Unies<sup>66</sup>.

53. Puisque l'Afrique du Sud a refusé de reconnaître la juridiction des Nations Unies sur le mandat, toute décision concernant les frontières de la Namibie aurait créé des complications juridiques et politiques pour le Gouvernement britannique, tant au niveau national qu'au niveau international. Il n'est donc pas surprenant que la Grande-Bretagne ait opté pour un simple

0 3 2

---

<sup>63</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 65.

<sup>64</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 66.

<sup>65</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 69.

<sup>66</sup>*Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 141-144.*

arrangement administratif. Ainsi, le 4 août 1951, L. Trollope, le magistrat du Caprivi oriental et V. E. Dickinson, le commissaire de district de Kasane, conclurent un tel accord<sup>67</sup>. L'accord Trollope/Dickinson confirmait le statu quo en ce qui concerne l'île de Kasikili.

54. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, deux points d'importance fondamentale sont mis en lumière par les échanges de 1947-1951 : premièrement, la Grande-Bretagne et l'Afrique du Sud étaient d'accord que l'île de Kasikili et le chenal nord faisaient partie du territoire de la Namibie, et deuxièmement, l'accord Trollope/Dickinson confirmait une pratique ancienne, à savoir que l'île de Kasikili continuerait d'être utilisée par les Masubia du Caprivi et que le chenal nord continuerait d'être utilisé comme voie de navigation ouverte à tous.

55. Lorsque le 6 juin 1949, le haut-commissaire a écrit au bureau des relations avec le Commonwealth en approuvant la proposition sud-africaine, il expliquait à ses collègues à Londres que jusqu'ici l'île avait été considérée comme faisant partie de la bande de Caprivi<sup>68</sup>. C'est pourquoi la solution qu'il envisageait n'était pas une cession de territoire mais une déclaration formelle — sous la forme d'un décret du conseil — confirmant que l'île de Kasikili ne faisait pas partie du protectorat du Bechuanaland. Un tel décret du conseil selon les termes de G. H. Baxter, du bureau des relations avec le Commonwealth, «montrerait à des fins pratiques ce qu'est la situation véritable, c'est-à-dire que son effet n'équivaldrait pas à une cession mais ne ferait que confirmer les faits existants à des fins juridiques»<sup>69</sup>.

Le haut-commissaire utilise les mêmes termes dans la lettre qu'il adressa à l'Afrique du Sud le 10 mai 1951. Dans cette lettre, il décrit la solution proposée comme «une déclaration qui serait faite au nom du Gouvernement du protectorat du Bechuanaland disant que l'île n'est pas revendiquée comme se situant à l'intérieur du protectorat...»<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 71.

<sup>68</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 66.

<sup>69</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 68.

<sup>70</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 69.

0 3 3

56. Comme nous le savons, le Gouvernement britannique n'a pas fait la déclaration formelle qu'il envisageait parce que l'Afrique du Sud a continué de défier l'autorité de l'Organisation des Nations Unies. La conduite de l'Afrique du Sud a constitué une source d'embarras considérable pour le Gouvernement britannique comme l'atteste le mémorandum du cabinet britannique reproduit dans la réplique de la Namibie<sup>71</sup>. L'embarras de la Grande-Bretagne explique aussi le langage prudent et à l'occasion ambigu utilisé par le haut-commissaire dans sa correspondance avec l'Afrique du Sud, en particulier dans sa lettre du 10 mai 1951<sup>72</sup>.

57. On se souviendra que le conflit de l'Afrique du Sud avec l'Organisation des Nations Unies provenait du fait qu'à l'époque le principal objectif de l'Afrique du Sud était d'annexer l'ensemble de la Namibie. Consciente que tel était le cas, l'Assemblée générale a, entre autres, posé à la Cour en 1949, dans sa demande d'avis consultatif concernant le statut international du territoire, la question suivante :

«L'Union sud-africaine a-t-elle compétence pour modifier le statut international du Territoire du Sud-Ouest africain ou, dans le cas d'une réponse négative, qui a compétence pour déterminer et modifier le statut international du Territoire ?»

58. A l'unanimité, la Cour a répondu :

«que l'Union sud-africaine agissant seule n'est pas compétente pour modifier le statut international du Territoire du Sud-Ouest africain, et que la compétence pour déterminer et modifier ce statut international appartient à l'Union sud-africaine agissant avec le consentement des Nations Unies»<sup>73</sup>.

59. Ce contexte explique le ton prudent et quelque peu elliptique de la lettre adressée le 10 mai 1951 à l'Afrique du Sud par le haut-commissaire<sup>74</sup>. Le libellé de cette lettre est à n'en pas douter destiné à éviter toute allégation selon laquelle la Grande-Bretagne et l'Afrique du Sud étaient en train de délimiter ou de modifier une partie quelconque du territoire de la Namibie. Ainsi, par exemple, si dans sa lettre le haut-commissaire déclare que les instructions concernant les permis d'utiliser l'île seraient maintenus, le fait est que ces instructions n'avaient jamais été appliquées et

0 3 4

---

<sup>71</sup>Réplique de la Namibie, annexe 15.

<sup>72</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 69.

<sup>73</sup>*C.I.J. Recueil 1950*, p. 144.

<sup>74</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 69.

devaient être bientôt abrogées<sup>75</sup>. Dans sa lettre, le haut-commissaire déclare aussi que l'utilisation du chenal nord sera régie par les règles applicables aux cours d'eau qui forment une frontière commune. Il n'affirme pas cependant que le chenal nord est la frontière internationale ou que l'île de Kasikili ait jamais fait partie du protectorat du Bechuanaland.

60. Il est clair que la lettre du haut-commissaire en date du 10 mai 1951 a été soigneusement rédigée pour éviter toute allégation selon laquelle la Grande-Bretagne nourrissait les ambitions territoriales de l'Afrique du Sud en ce qui concerne la Namibie ou qu'elle appuyait la rébellion de l'Afrique du Sud contre les Nations Unies. Quoi qu'il en soit, le point crucial est que le haut-commissaire et ses supérieurs à Londres estimaient qu'une déclaration indiquant que l'île de Kasikili était située à l'extérieur du protectorat du Bechuanaland n'était pas une cession de territoire. Comme le dit M. Baxter du bureau des relations avec le Commonwealth, une telle déclaration «ne ferait que confirmer les faits existants à des fins juridiques»<sup>76</sup>.

61. Confirmer les faits existants est précisément ce qu'a fait l'accord Trollope/Dickinson. Dans le cadre de cet accord, les Masubia du Caprivi continuaient à avoir l'utilisation exclusive de l'île et le chenal nord demeurait une voie «ouverte à tous». L'accord Trollope/Dickinson réaffirmait ainsi ce que le Gouvernement britannique avait toujours reconnu et n'avait jamais contesté : que l'île de Kasikili faisait partie du territoire de la Namibie.

## **5. Événements survenus entre 1951 et 1966**

62. J'examinerai maintenant brièvement la pratique ultérieure entre 1951 et 1966.

63. Durant cette période, l'Afrique du Sud a continué d'adopter des mesures législatives définissant l'autorité administrative des chefs Masubia<sup>77</sup>. En outre, comme l'a expliqué l'un des

---

<sup>75</sup>Contre-mémoire de la Namibie, annexe 21.

<sup>76</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 68.

<sup>77</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 101.

témoins Masubia à la commission mixte d'experts techniques, C. E. Kruger, successeur de Trollope au poste de magistrat du Caprivi oriental, autorisa des chasseurs professionnels à tuer des éléphants qui détruisaient les cultures sur l'île de Kasikili<sup>78</sup>.

64. Les éléments du dossier montrent aussi qu'entre 1951 et 1966 toutes les activités opérationnelles et de planification importantes menées par les services officiels du Bechuanaland postulaient que ceux-ci acceptaient que le chenal sud de l'île constituait la frontière et que l'île de Kasikili faisait partie du territoire de la Namibie. On peut citer plusieurs exemples.

65. Premièrement, lors de la préparation de plans de mise en valeur des ressources en eau, le département des travaux publics du protectorat du Bechuanaland a considéré que le chenal sud constituait la frontière. La carte de mise en valeur des ressources en eau de 1963, qui figure sous l'onglet n° 3.4 dans le dossier des juges, montre clairement que la frontière passe dans le chenal sud.

66. L'onglet n° 3.5 du dossier des juges est une carte annotée par des fonctionnaires du Bechuanaland peu après 1955. Elle contient des informations géologiques sur la région et décrit également l'île de Kasikili comme située en dehors du territoire du protectorat du Bechuanaland.

67. Comme je l'ai fait observer auparavant, les contrôles sanitaires et vétérinaires étaient au premier rang des préoccupations des autorités des deux côtés de la frontière du Caprivi. De fait, les contrôles opérés aux frontières pour empêcher la propagation des maladies du bétail sont régulièrement mentionnés dans les rapports établis par les autorités du Bechuanaland dans les années vingt alors qu'elles administraient le Caprivi au nom de l'Afrique du Sud<sup>79</sup>.

68. La question du contrôle des mouvements transfrontières de bétail préoccupait aussi beaucoup les autorités du Bechuanaland en 1929, lorsqu'elles ont rendu à l'Afrique du Sud l'administration du Caprivi. C'est pourquoi les cartes utilisées par les autorités chargées de mettre en œuvre les mesures vétérinaires présentent une importance particulière. Tel est le cas de la carte figurant sous l'onglet n° 3.6 dans le dossier des juges.

---

<sup>78</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 1, p. 24.

<sup>79</sup>Contre-mémoire du Botswana, annexes 11 à 13.

69. Il s'agit de la carte *Bechuanaland GSGS 3915 with Veterinary Annotations* de 1949. C'est une carte colorée à la main indiquant les zones infestées par plusieurs maladies telles que la fièvre aphteuse et la rage. Les «limites des zones vétérinaires» y sont indiquées par une ligne grise en pointillés. Dans le secteur entourant l'île de Kasikili, la limite suit le chenal sud indiquant que l'île était considérée comme se trouvant à l'extérieur du territoire du protectorat du Bechuanaland.

70. La carte figurant dans le dossier des juges est d'une importance extraordinaire. Elle montre la limite des *Crown Reserves Land* (terres de la Couronne) dans le protectorat du Bechuanaland. Il s'agit d'une copie papier d'une carte publiée par le cadastre du Bechuanaland en 1935. C'est le directeur des travaux publics qui a annoté cette carte en 1957 en réponse à une demande du directeur des levés d'outre-mer à Londres. Dans sa lettre, le directeur des levés d'outre-mer expliquait que la direction a éprouvé des difficultés à distinguer les limites des terres de la couronne et il ajoutait :

«Afin d'éviter toute erreur, nous vous serions très reconnaissants de bien vouloir nous transmettre une carte sur laquelle toutes ces limites sont clairement indiquées, afin que nous puissions les représenter clairement sur nos cartes.»<sup>80</sup>

Cette carte, la carte 3.7, était jointe à la réponse du directeur des travaux publics. Sur cette carte, les limites des terres de la couronne sont indiquées par une bande soigneusement tracée à la main, au pastel rouge. A la hauteur de l'île de Kasikili, cette bande suit le chenal sud, plaçant ainsi l'île en dehors des terres de la couronne.

71. Il s'agit d'une carte importante. Elle a été établie par un haut fonctionnaire du Bechuanaland, le directeur des travaux publics, en réponse à une demande officielle de Londres. C'est une description exacte de la frontière qui était demandée. Le directeur des travaux publics a indiqué très clairement que l'île de Kasikili ne faisait pas partie des terres de la couronne. Monsieur le président, il est inconcevable que l'île de Kasikili ait pu faire partie du protectorat du Bechuanaland si les fonctionnaires du Bechuanaland ont reconnu qu'elle ne faisait pas partie des

---

<sup>80</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 107.

terres de la couronne. Ainsi, cette carte montre de manière concluante que les fonctionnaires du Bechuanaland reconnaissaient spontanément que l'île de Kasikili faisait partie de la Namibie et que la frontière passait dans le chenal sud.

037

72. Je souligne aussi que la proclamation du haut-commissaire de 1960 créant la réserve de gibier du Chobe reprend les frontières de la carte des terres de la Couronne. De ce fait, elle exclut aussi l'île de Kasikili de la réserve de gibier du Chobe nouvellement créée<sup>81</sup>.

73. Les observations qui précèdent montrent qu'entre 1951 et 1966 les fonctionnaires du Bechuanaland, à tous les niveaux de l'administration, acceptaient pleinement que l'île de Kasikili faisait partie du territoire de la Namibie et que le chenal passant au sud de l'île constituait la frontière.

#### **6. Les pourparlers de 1984-1986 entre le Botswana et l'Afrique du Sud**

74. J'examine maintenant brièvement, Monsieur le président, l'argument du Botswana selon lequel il y eut en 1984 un accord entre l'Afrique du Sud et le Botswana concernant l'application du traité anglo-allemand.

75. En octobre 1984, un incident lors duquel des coups de feu furent tirés se produisit entre les forces de défense botswanaises et l'Afrique du Sud. Cet incident suscita une série de pourparlers entre les deux pays. Dans son mémoire, le Botswana soutient que ces pourparlers aboutirent à «un accord ... intervenu entre les parties au sujet ... de l'application des dispositions de l'accord anglo-allemand»<sup>82</sup>. Le Botswana défend de nouveau cette thèse dans son contre-mémoire lorsqu'il affirme que le résultat des pourparlers était juridiquement contraignant et déterminant<sup>83</sup>.

76. La Namibie examine longuement cet argument dans son contre-mémoire. Elle y montre que les pourparlers de 1984-1986 entre le Botswana et l'Afrique du Sud n'ont pas abouti à un accord. Ces pourparlers ont été consacrés à des questions de sécurité et leur objectif était de régler le problème des incidents frontaliers qui se répétaient entre les forces de défense des deux pays.

---

<sup>81</sup>Mémoire du Botswana, annexe 32.

<sup>82</sup>Mémoire du Botswana, par. 182.

<sup>83</sup>Contre-mémoire du Botswana, par. 73, 78 et 87.

Mais là n'est pas la question. Si des pourparlers avaient abouti à un accord, un tel accord n'aurait eu aucun effet en droit international. De fait, à l'époque, ni le Botswana, ni l'Afrique du Sud n'avaient la capacité juridique internationale nécessaire pour conclure un traité, sous quelque forme que ce soit, en ce qui concerne les frontières de la Namibie.

77. Aux termes du mandat, l'Afrique du Sud avait le pouvoir de conclure des traités en ce qui concerne la Namibie. Après la fin du mandat, cependant, l'Afrique du Sud n'avait plus ce pouvoir. Le 27 octobre 1966, l'Assemblée générale des Nations Unies mit fin au mandat sur le Sud-Ouest africain et assumait la responsabilité directe de l'administration du territoire<sup>84</sup>. Le refus de l'Afrique du Sud de se retirer amena le Conseil de sécurité à intervenir. Dans sa résolution 276 de 1970, le Conseil de sécurité déclara que la présence de l'Afrique du Sud en Namibie était illégale et demanda à tous les Etats de s'abstenir de toutes relations avec le Gouvernement sud-africain qui impliquait la reconnaissance de l'occupation illégale de la Namibie par l'Afrique du Sud. Le paragraphe 2 de cette résolution indique «toutes les mesures prises par le Gouvernement sud-africain au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne après la cessation du mandat, sont illégaux et invalides»<sup>85</sup>. L'illégalité de l'occupation de la Namibie par l'Afrique du Sud fut confirmée par la Cour dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*<sup>86</sup>.

78. Après la fin du mandat, l'Assemblée générale confia l'administration de la Namibie au conseil des Nations Unies pour la Namibie<sup>87</sup>. Comme l'Afrique du Sud refusait de retirer son administration du territoire, l'Assemblée générale demanda au conseil des Nations Unies pour la Namibie de conduire les relations internationales de la Namibie et de «remplacer l'Afrique du Sud

---

<sup>84</sup>Résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale (1966).

<sup>85</sup>Résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité.

<sup>86</sup>*C.I.J. Recueil 1971*, p. 3.

<sup>87</sup>Résolution 2248 (S-V) de l'Assemblée générale (1967).

039

en tant que partie représentant la Namibie dans tous les traités bilatéraux et multilatéraux pertinents»<sup>88</sup>. Ainsi, lorsque les pourparlers de 1984 eurent lieu, l'Afrique du Sud n'avait pas le pouvoir de conclure des traités en ce qui concerne la Namibie.

79. Le Botswana, quant à lui, avait une obligation juridique de ne pas nouer de relations conventionnelles avec l'Afrique du Sud dans les cas où celle-ci prétendait agir au nom de la Namibie. En mettant fin au mandat, l'Assemblée générale a donné aux règles du droit international applicable à la Namibie une interprétation faisant autorité. En tant que Membre de l'Organisation des Nations Unies, et aussi en tant que membre actif du conseil des Nations Unies pour la Namibie, le Botswana était tenu en vertu de l'article 2, paragraphe 5, de la Charte de contribuer à la mise en œuvre de la décision de l'Assemblée générale et de ne pas l'entraver. Comme la Cour l'a déclaré dans son avis consultatif de 1971,

«Les Etats Membres sont tenus de ne pas établir avec l'Afrique du Sud des relations conventionnelles dans tous les cas où le Gouvernement sud-africain prétendrait agir au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne.»<sup>89</sup>

80. Ce qui précède montre que ni l'Afrique du Sud ni le Botswana n'avaient la capacité juridique nécessaire pour conclure ou appliquer un accord international concernant la Namibie. De ce fait, même si lors des pourparlers de 1984-1986 le Botswana et l'Afrique du Sud avaient voulu conclure un accord, un tel accord aurait été nul *ab initio* et sans effet juridique en droit international.

#### IV. Conclusion

81. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, pour conclure mon examen de la pratique ultérieure des parties au traité anglo-allemand de 1890, je tiens à souligner de nouveau quatre points :

- premièrement, il existe des preuves incontestables que l'île de Kasikili a été continuellement occupée et utilisée par les Masubia du Caprivi durant une période de près de soixante-dix ans commençant à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle;

---

<sup>88</sup>Résolution 3031 (XXVII) de l'Assemblée générale (1972).

<sup>89</sup>C.I.J. Recueil 1971, p. 55.

- 0 4 0
- deuxièmement, l'utilisation continue de l'île de Kasikili par les Masubia s'est effectuée sous l'autorité des dirigeants coloniaux du Caprivi;
  - troisièmement, durant cette période de soixante-dix ans, les autorités britanniques ne se sont pas opposées à l'exercice de la juridiction dans cette région mais l'ont acceptée affirmativement;
  - et quatrièmement, contrairement à ce qu'avance le Botswana, il n'y a pas eu d'accord ultérieur entre l'Afrique du Sud et le Botswana concernant les frontières du Caprivi oriental.

82. Pour ces raisons, Monsieur le président, la pratique ultérieure des parties confirme que si l'on interprète correctement le traité anglo-allemand de 1890, le chenal principal est au sud de l'île et Kasikili fait partie du territoire relevant de la souveraineté de la Namibie.

Monsieur le président, ainsi s'achève mon exposé et je vous saurais gré de bien vouloir donner la parole à notre agent, M. Kawana, qui va présenter nos arguments en ce qui concerne les preuves cartographiques, à moins que vous décidiez une suspension d'audience de quelques minutes.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur Faundez. L'audience est suspendue pour quinze minutes.

*L'audience est suspendue de 11 h 20 à 11 h 35.*

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. Monsieur Kawana, je vous en prie.

M. KAWANA :

#### **10. INTRODUCTION À L'ARGUMENTATION RELATIVE AUX CARTES**

1. Monsieur le président, les éléments de preuve cartographiques en l'espèce appuient avec une force inhabituelle la proposition selon laquelle l'île de Kasikili fait partie du territoire souverain de la Namibie. Depuis le traité de 1890 — abstraction faite du Botswana et de la Namibie, les Parties à la présente affaire —, quatre entités ont exercé des responsabilités politiques à l'égard de la région qui nous intéresse :

- en premier lieu, l'Allemagne, en tant que puissance coloniale jusqu'en 1915;

0 4 1

- en deuxième lieu, le Royaume-Uni, à différents titres de 1915 à 1929 et en tant que puissance coloniale au Bechuanaland;
- en troisième lieu, l'Afrique du Sud, en tant que puissance mandataire jusqu'en 1966 et par la suite en tant que puissance de fait jusqu'à l'accession à l'indépendance de la Namibie en 1990;
- en quatrième lieu, l'Organisation des Nations Unies, par l'intermédiaire du conseil des Nations Unies pour la Namibie, à partir de 1966, de la fin du mandat jusqu'à l'indépendance.

2. Le fait primordial est que les principales cartes officielles publiées et utilisées par toutes ces entités attribuent l'île de Kasikili à la Namibie.

3. Aussi la Namibie attache-t-elle une grande importance aux éléments de preuve cartographiques dans la présente affaire. Nous les avons d'ailleurs examinés de manière approfondie dans nos écritures. Nous avons demandé à l'un des principaux experts en cartographie en Grande-Bretagne, le colonel Dennis Rushworth, d'étudier et d'analyser les cartes disponibles. La Namibie a présenté à la Cour l'analyse à laquelle elle s'est livrée et les conclusions auxquelles elle est parvenue dans trois longs rapports — l'annexe 102 du mémoire, l'annexe 1 du contre-mémoire et l'annexe 1 de la réplique. On y trouve un exposé exhaustif et riche d'enseignement de l'historique de la cartographie de cette région. Cet historique démontre que l'île de Kasikili a été attribuée à la Namibie avec une très grande constance par des cartographes de différents pays, œuvrant à des époques différentes sur près d'un siècle (à l'exception des cartes établies par le Botswana lui-même à partir de 1974).

4. La Namibie scindera le présent exposé en deux parties. Le colonel Rushworth présentera d'abord une analyse technique des principales cartes en cause. J'aborderai ensuite les questions juridiques. Monsieur le président, je vous prie de bien vouloir donner la parole à M. Rushworth pour qu'il fasse son exposé. Je vous remercie.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Kawana. Je donne maintenant la parole au colonel Dennis Rushworth.

M. RUSHWORTH :

**11. ANALYSE DE L'HISTOIRE CARTOGRAPHIQUE DU CAPRIVI ORIENTAL ET DU DISTRICT DU CHOBE, EN CE QUI CONCERNE PLUS PARTICULIÈREMENT L'ÎLE DE KASIKILI**

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, c'est pour moi un grand honneur que d'avoir l'occasion de m'adresser à vous aujourd'hui.

0 4 2

2. Je m'appelle Dennis Rushworth. Je suis topographe et cartographe de profession et possède une longue expérience de tous les aspects du travail cartographique. Depuis dix ans, je me suis spécialisé dans l'utilisation des cartes aux fins du règlement arbitral de différends frontaliers, et ai notamment conseillé la Cour dans l'affaire *El Salvador/Honduras*. Mon *curriculum vitae* complet figure dans le volume II, annexe 102, du mémoire de la Namibie.

**Résumé de l'exposé**

3. Je me propose au cours de cet exposé de retracer l'histoire de la cartographie de la région située autour de l'île de Kasikili et de montrer que beaucoup de cartes de cette région sont pertinentes aux fins de la présente affaire. La première carte du Chobe date d'il y a plus d'un siècle. Depuis, les autorités politiques de divers territoires adjacents ont cartographié à plusieurs reprises les environs de l'île de Kasikili. De ce fait, il convient de prendre en compte un grand nombre de cartes différentes. Pour les besoins de la présente affaire, les cartes les plus utiles sont celles sur lesquelles apparaît l'île de Kasikili. Il en existe beaucoup d'autres où cette île ne figure pas. La plupart d'entre elles ne sont d'aucun secours pour trancher la question qui est posée à la Cour, mais quelques-unes ont un rôle à jouer dans cette affaire.

4. Je vais tout d'abord vous présenter, dans l'ordre chronologique, les cartes importantes sur lesquelles figure l'île de Kasikili. Pour chacune d'elles, je signalerai les détails qui nous intéressent et en particulier la manière dont la frontière est représentée. Je vous fournirai aussi quelques indications sur l'histoire de chaque carte dans la mesure où, la Cour s'en rendra compte, il n'est pas indifférent de savoir qui les a établies, à quelle date et de quelle façon. Contrairement à ce qu'affirme le Botswana dans ses pièces écrites, il n'y a pas d'échelle minimale au-dessous de laquelle il devient impossible de représenter l'île de Kasikili. L'important est de savoir s'il est possible de

signaler l'île sur la carte en utilisant à la fois sa position, sa forme et sa taille. Je parlerai ensuite de quatre cartes où l'île de Kasikili n'apparaît pas, parce que le Botswana, dans ses pièces écrites, émet des allégations erronées quant à leur contenu. On trouve de nombreuses informations sur toutes ces cartes dans les pièces écrites de la Namibie<sup>90</sup>.

0 4 3

5. Pour chaque carte que je commenterai, vous ne verrez à l'écran que la partie correspondant à la zone située tout autour de l'île de Kasikili. Tous les extraits de cartes qui seront projetés sont reproduits dans votre dossier. La plupart sont également inclus sous forme d'encarts dans les pièces écrites de la Namibie. Pour la commodité de la Cour, j'ai accompagné chacun d'eux de références précisant où l'on pouvait consulter un exemplaire de la carte complète et où l'on pouvait trouver de plus amples détails sur celle-ci.

#### **La carte du traité de 1889**

6. Je commencerai par la carte du traité, qui porte le numéro 3.9 dans votre dossier. Cette carte (ID n° 776), dressée par le ministère britannique de la guerre en 1889, est celle à laquelle se réfère le traité de 1890<sup>91</sup>. Ce n'était pas la première carte de la région, mais elle constitue un bon point de départ pour notre tour d'horizon. Elle revêt un certain intérêt pour vous en raison de ses origines, mais n'est d'aucun secours pour situer la frontière le long du Chobe, puisqu'aucun symbole n'en figure le tracé le long du cours d'eau. L'île de Kasikili est par contre indiquée par un dessin minuscule juste au-dessus du K de Kazangula.

#### **La carte de Seiner de 1909**

7. Jusqu'en 1933, la représentation du Chobe n'a guère connu d'amélioration sur les cartes britanniques publiées après celle du traité. En revanche, les autorités allemandes ont réalisé une remarquable série de cartes topographiques de la bande de Caprivi. La première est la carte de Seiner. Elle porte le numéro 3.10 dans votre dossier. Publiée en 1909, cette carte allemande à

---

<sup>90</sup>Mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 102; contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1; réplique de la Namibie, vol. II, annexe 1.

<sup>91</sup>Mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 102, par. 4; mémoire de la Namibie, carte II de l'atlas.

0 4 4

l'échelle de 1/500 000<sup>92</sup>, a été la première carte systématique et raisonnablement précise du Caprivi et de ses environs immédiats. Comme vous le voyez, l'île de Kasikili y figure même si c'est sous le nom d'île de «Sulumbu» (*Sulumbu's I.*). La frontière de la bande de Caprivi est indiquée par de très fines hachures rouges du côté du Caprivi. Le tracé de ces hachures englobe clairement l'île de Kasikili, indiquant par là que celle-ci fait partie de la bande de Caprivi. La légende de la carte ne précise pas comment les frontières internationales sont symbolisées; peut-être le symbole pertinent n'y figure-t-il pas parce que le tracé de la frontière a été porté sur la carte au dernier moment, alors que celle-ci était par ailleurs achevée, mais un coup d'œil à la carte complète nous éclaire sur ce point. Les hachures rouges apparaissent tout au long de la frontière du Caprivi telle que l'Allemagne la concevait alors. Elles sont bordées d'une ligne rouge là où la frontière ne coïncide pas avec un cours d'eau. Le tracé de la frontière a été bien entendu établi d'après les indications du ministère allemand des affaires étrangères.

8. La carte de Seiner a été financée par le Gouvernement allemand. Le ministère allemand des affaires étrangères en a communiqué un tirage préalable au ministère britannique des affaires étrangères afin de lui faire connaître ses vues concernant la frontière<sup>93</sup>. La carte est parue sous forme d'encart dans une revue semi-officielle de Berlin et a donc bénéficié d'une large diffusion. Elle a été utilisée et jugée favorablement par les autorités britanniques de la région du Chobe, qui lui attribuaient un caractère «semi-officiel». Avant de passer à une autre carte, puis-je attirer votre attention sur la grande qualité de la facture et de l'impression en couleur ?

#### La carte de Streitwolf de 1910

9. La carte suivante est celle de Streitwolf. Elle porte le numéro 3.11 dans votre dossier. Streitwolf a été le premier résident impérial allemand au Caprivi. Il a réalisé cette carte à l'échelle de 1/200 000 en 1910. Celle-ci est en général exacte et d'une excellente qualité pour l'époque. L'île de Kasikili y figure sous le nom de «Kassikiri». Même si aucune frontière n'est signalée, le fait que

---

<sup>92</sup>Mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 102, par. 13. Mémoire de la Namibie, carte IV de l'atlas.

<sup>93</sup>Mémoire de la Namibie, par. 327.

Streitwolf ait indiqué le nom de l'île signifie probablement qu'il considérait qu'elle faisait partie du territoire sous son administration. La carte a été publiée à Windhoek en 1910 et n'a connu qu'une diffusion limitée. Une autre version en constituant une réduction à l'échelle de 1/800 000 est beaucoup mieux connue parce qu'elle figurait dans un ouvrage de Streitwolf publié à Berlin en 1911.

#### **Carte de von Frankenberg de 1912**

10. Voici à présent la carte de von Frankenberg, qui porte le numéro 3.12 dans votre dossier. Cette carte à l'échelle de 1/100 000 a été dressée en 1912 par le troisième et dernier résident impérial allemand. Cette carte est elle aussi exacte et a été dressée semble-t-il indépendamment des cartes antérieures; elle est très riche de détails en ce qui concerne les crues et l'activité locale. L'île de Kasikili y figure, là encore sous le nom de «Kassikiri» mais, de même que sur la carte de Streitwolf, aucune frontière n'est indiquée.

0 4 5

11. Il y a lieu de noter que la tentative faite par le Botswana dans ses pièces écrites de déduire un tracé frontalier de la mention *Flussarm* repose sur une traduction erronée de ce terme auquel a été donné le sens de «chenal secondaire». Cette traduction est contredite par l'usage que Von Frankenberg fait lui-même de ce terme dans ses annotations de la carte<sup>94</sup>.

#### **Carte du Bechuanaland GSGS 3915, 1933**

12. La première guerre mondiale a marqué la fin de la période de l'administration allemande, et les activités de cartographie de la région se sont alors interrompus jusqu'à la publication de la carte importante suivante, la carte du Bechuanaland GSGS 3915, qui porte le numéro 3.13 dans votre dossier. Cette carte à l'échelle de 1/500 000<sup>95</sup> a été dressée par le ministère britannique de la guerre pour le ministère des colonies et publiée en 1933. Le tracé du Chobe est basé sur des photographies aériennes, de sorte que nous avons, pour la première fois, une représentation précise

---

<sup>94</sup>Contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, par. 14 c), d).

<sup>95</sup>Mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 102, par. 23; contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, par. 16; mémoire de la Namibie, carte IX de l'atlas.

à la fois du cours de la rivière en période sèche et de l'île de Kasikili. La frontière «intercoloniale» y est représentée par une succession de croix et de tirets. Cette ligne est légèrement décalée par rapport à la rivière parce que trop épaisse pour s'insérer dans la représentation de cette dernière. C'est là une méthode courante en cartographie<sup>96</sup>. A la hauteur de l'île de Kasikili, cette ligne suit le chenal sud, alors que le cartographe avait amplement la place de la faire passer par le chenal nord. Il a ainsi indiqué que les autorités britanniques et celles du Bechuanaland situaient la frontière dans le chenal sud.

0 4 6 13. La carte GSGS 3915 fait partie d'une série de cartes publiée par les autorités du Bechuanaland au terme de cinq ans d'efforts visant à mener à bien le premier relevé topographique complet et systématique de leur territoire. Le haut-commissaire ayant insisté pour que le tracé des frontières soit reproduit avec exactitude et une épreuve de la carte a été approuvée par les autorités du Bechuanaland<sup>97</sup>. En 1949, un de ses successeurs écrivait à propos de cette carte : «jusqu'à présent, on considérait que cette île [l'île de Kasikili] faisait partie de la bande de Caprivi car les cartes indiquent que le chenal principal coule au sud de l'île»<sup>98</sup>.

14. Il est intéressant de comparer la représentation relativement grossière de la frontière sur cette carte avec celle que l'on peut voir sur la carte de Seiner. Les contraintes financières avaient manifestement conduit à cette époque à se satisfaire d'une moins bonne qualité. Toutefois, cette baisse de la qualité sur le plan de la présentation ne signifie nullement que la carte est d'une exactitude moindre. Il apparaît que cette carte a été réalisée avec beaucoup de soin et des vérifications montrent qu'elle est d'une grande précision. Permettez-moi de vous mettre en garde contre toute tentation de juger l'exactitude d'une carte à sa présentation.

---

<sup>96</sup>Contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, par. 9, et par. 43-45 ci-après.

<sup>97</sup>Contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, par. 16 a).

<sup>98</sup>Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 66.

### **Cartes établies à partir de la GSGS 3915**

15. La carte GSGS 3915 a été largement utilisée jusqu'à ce qu'une autre la remplace en 1965, et elle a servi de base à un certain nombre d'autres cartes à l'usage des autorités du Bechuanaland. Je me propose de vous en montrer cinq, réalisées à des fins diverses. Sur chacune de ces cartes, produites par les autorités du Bechuanaland, la rivière est située dans le chenal sud.

### **Carte du Bechuanaland au 1/1 250 000, 1935**

16. La première est la carte du Bechuanaland au 1/1 250 000. Elle porte le numéro 3.14 dans votre dossier. Elle a été réalisée en 1935 par réduction photographique de la GSGS 3915 et montre donc l'île de Kasikili et la frontière avec exactement les mêmes détails, mais à une échelle beaucoup plus petite. Cette méthode de réalisation d'une carte à moindre frais explique l'épaisseur du symbole représentant la frontière sur la carte précédente : il fallait que le tracé reste encore clairement visible après réduction.

0 4 7  
17. En 1957, le *Directorate of Colonial Surveys*, un service du ministère des colonies, a demandé au Gouvernement du Bechuanaland une carte faisant apparaître les limites des réserves de terres de la Couronne<sup>99</sup>. La limite nord de l'une de ces réserves, préfigurant l'actuel parc national du Chobe, longe le cours de la rivière à la hauteur de l'île de Kasikili. On peut considérer que cette limite coïncide avec la frontière internationale. Dans sa réponse à cette demande, le directeur des travaux publics du Bechuanaland a indiqué la frontière sur une copie sur papier de la carte au 1/1 250 000 (pièce n° 3.15 de votre dossier) au moyen d'une ligne soigneusement tracée à la main et au crayon qui suit le chenal sud lui-même, plutôt que la ligne symbolisant la frontière. Il y a là à l'évidence une indication réfléchie et délibérée de la part du Bechuanaland que l'île de Kasikili se situait à l'extérieur de la réserve, et donc à l'extérieur de son territoire.

---

<sup>99</sup>Mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 102, par. 27; mémoire de la Namibie, carte XI de l'atlas.

**Carte du réseau hydrographique, 1963**

18. La carte suivante a été dressée dans le cadre d'un plan d'aménagement hydraulique. Elle porte le numéro 3.16 dans votre dossier. Cette carte à l'échelle de 1/500 000<sup>100</sup> est une adaptation de la GSGS 3915 et a été utilisée en 1963 par le ministère des travaux publics du Bechuanaland pour présenter ses propositions en matière d'aménagement hydraulique. La frontière y est située dans le chenal sud.

**Carte GSGS 3915 portant des informations vétérinaires, 1949**

19. Voici à présent une carte portant des indications vétérinaires. Elle figure dans votre dossier sous le numéro 3.17. Il s'agit d'une reproduction de la GSGS 3915 sur laquelle le ministère des travaux publics a ajouté en 1949 des informations relatives aux zones vétérinaires<sup>101</sup>. Les limites de l'une de ces zones figurées sur la carte coïncident avec la frontière longeant le Chobe et suivent le chenal sud.

**Carte GSGS 3915 portant des informations géologiques, non datée (1960 ?)**

20. Vient ensuite une carte portant des informations géologiques. Elle figure dans votre dossier sous le numéro 3.18 et constitue une autre reproduction de la GSGS 3915 sur laquelle ont été portées des annotations d'ordre géologique<sup>102</sup>. Les zones indiquées comme carbonifères s'arrêtent partout à la frontière du Botswana. Il en est de même le long du chenal sud du Chobe.

0 4 8

---

<sup>100</sup>Mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 102, par. 28.

<sup>101</sup>Contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, par. 16 f). Une copie de cette carte a été déposée auprès de la bibliothèque de la Cour.

<sup>102</sup>Contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, par. 16 f). Une copie de cette carte a été déposée auprès de la bibliothèque de la Cour.

### **Carte de l'Afrique GSGS 2871, 1919-1958**

21. Parallèlement à la GSGS 3915, le ministère britannique de la guerre a établi une autre carte de la région, la carte de l'Afrique GSGS 2871, à l'échelle de 1/2 000 000<sup>103</sup>. Elle porte le n° 3.19 dans votre dossier. La première édition, qui date de 1919, n'indique pas l'île de Kasikili et n'est donc d'aucune utilité. En revanche, l'île apparaît clairement, malgré l'échelle réduite, sur la deuxième édition, de 1933, et sur les suivantes, de 1940, 1942 et 1958. Sur toutes ces cartes, le symbole représentant la frontière suit le chenal sud. Les extraits qui figurent dans votre dossier proviennent des quatrième et cinquième éditions.

### **Carte de l'Afrique du Sud TSO 400/556, 1945/1949**

22. L'étape suivante du travail cartographique a incombé au South African Engineer Corps à la fin de la seconde guerre mondiale. De 1944 à 1949, celui-ci a dressé la carte de l'Afrique du Sud TSO 400/556 au 1/250 000. Elle porte le n° 3.20 dans votre dossier. Première carte moderne de cette région, elle a été réalisée avec beaucoup de soin et une grande précision à partir de données spécialement collectées à cette fin<sup>104</sup>. Pour la première fois, le tracé familier du Chobe à la saison sèche et les contours de l'île de Kasikili se distinguent clairement. La Cour a déjà eu l'occasion d'observer ces caractéristiques au cours des présentations d'hier. D'est en ouest, le Chobe dévie brusquement vers le sud avant Kasane, puis remonte de façon moins abrupte pour reprendre sa course vers l'ouest en direction de Serondella. L'île de Kasikili se situe dans ce deuxième virage. On distingue également le chenal en épi formant cul-de-sac. La frontière internationale est clairement représentée par un tracé passant dans le chenal sud.

23. Les photographies aériennes et les levés sur le terrain ont été effectués en 1944 et le travail de compilation s'est achevé en 1945, mais la carte n'a été imprimée qu'en 1949. En 1945, alors qu'elle était en cours d'élaboration, le haut général de commandement sud-africain, qui était

---

<sup>103</sup>Contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, par. 18. Des copies des éditions 4 et 5 ont été déposées auprès de la bibliothèque de la Cour.

<sup>104</sup>Contre-mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 102, par. 26; mémoire de la Namibie, carte X de l'atlas.

049

responsable de son établissement, a écrit au haut-commissaire pour le Bechuanaland, basé au Cap, pour lui demander des informations concernant la frontière entre le Caprivi et le Bechuanaland. Le haut-commissaire a chargé le commissaire-résident de Mafeking de répondre à sa place. Trois mois plus tard, des copies du tirage de 1945, qui porte le n° 3.21 dans votre dossier, ont été transmises au commissaire-résident et au commissaire de district, Maun, aux fins de recueillir leurs observations. Ce tirage situe la frontière dans le chenal sud. Dans sa réponse, le commissaire-résident a fait un certain nombre d'observations détaillées, corrigeant notamment l'orthographe de Kasane. Le haut-commissaire a précédemment attiré son attention sur la représentation des frontières sur cette carte, mais s'est abstenu de tout commentaire concernant la localisation de la frontière à l'endroit de l'île de Kasikili<sup>105</sup>.

24. L'affirmation figurant dans les pièces écrites du Botswana selon laquelle cette carte aurait été dressée à la suite de l'échange de correspondance entre Redman et Trollope en 1948, est manifestement erronée. Cette carte a été réalisée par les autorités sud-africaines — et approuvée par les autorités britanniques — en 1945, et elle est donc nettement antérieure à cet échange de correspondance.

25. J'ai dit tout à l'heure que cette carte était la première carte moderne de la région. Même si certaines d'entre elles sont de qualité médiocre et comportent des erreurs, les cartes établies à partir des années quarante sont dans l'ensemble exactes, complètes et bien conçues. On était parvenu à cette époque à concilier les impératifs économiques et la nécessité de faire figurer des informations supplémentaires. Le résultat, s'agissant de la carte qui nous occupe, est un travail de qualité professionnelle et d'une très grande clarté, dans un style qui, pour l'essentiel, perdure encore aujourd'hui.

#### **Carte du Sud-Ouest africain TSO 405/3100, 1967**

26. A cette carte a succédé la carte du Sud-Ouest africain TSO 405/3100, qui porte le n° 3.23 dans votre dossier. Publiée en 1967, cette carte sud-africaine est une version remaniée de la carte

---

<sup>105</sup>Réplique de la Namibie, vol. II, annexe 1, par. 17.

précédente<sup>106</sup>, également à l'échelle de 1/250 000, sur laquelle ont été ajoutés de nouveaux toponymes et de nouvelles indications concernant le du réseau routier. La frontière y est toujours située dans le chenal sud.

#### 0 5 0 Carte du Botswana au 1/50.000, 1974

27. Puis ont été établies dans la région des cartes précises à grande échelle, portant des courbes de niveau. Cette évolution constitue à ce jour le dernier progrès en matière de cartographie dans la région, laquelle dispose de ce fait de cartes d'un excellent niveau de qualité pour une région rurale reculée. La série de cartes du Botswana au 1/50 000 a inauguré l'effort en cours dans ce domaine. La carte sur laquelle se trouve l'île de Kasikili porte le n° 3.24 dans votre dossier. Cette carte, réalisée en 1974 par le *Survey and Lands Department* du Botswana<sup>107</sup> est d'une grande qualité sur le plan cartographique. Elle constitue une première à plus d'un titre. C'est la première carte de la région publiée après l'accession du Botswana à l'indépendance. C'est la première où l'île de Kasikili est désignée sous le nom de Sedudu. Et c'est aussi la première carte montrant à la fois l'île de Kasikili et une frontière internationale où cette dernière est située dans le chenal nord. Cela, quatre-vingt quatre ans après la conclusion du traité.

#### La carte du Sud-Ouest africain, de 1982, à l'échelle de 1/50 000

28. Cette carte du Botswana a été rapidement suivie par son équivalent sud-africain, la carte du Sud-Ouest africain, à l'échelle de 1/50 000. Elle porte le n° 3.25 dans votre dossier. Cette carte<sup>108</sup> a été établie en 1982; elle est d'une haute qualité, semblable à la carte du Botswana à l'échelle de 1/50 000, employant toutes deux la même échelle. Cette carte a été produite dans un style photographique, particulièrement adapté à la zone plate du Caprivi. Les frontières ne sont pas indiquées.

---

<sup>106</sup>Mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 102, par. 31; mémoire de la Namibie, carte XII de l'atlas.

<sup>107</sup>Mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 102, par. 33; contre-mémoire du Botswana, supplément, carte 11 de l'atlas.

<sup>108</sup>Mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 102, par. 35; mémoire de la Namibie, atlas, carte XIII.

29. En 1982, trois cartes à échelles plus réduites ont été tirées de cette carte. Elles constituent une excellente gamme de cartographie moderne, à toutes les échelles.

**La carte du Sud-Ouest africain, de 1982, à l'échelle de 1/100 000**

30. La première de ces cartes dérivées est la carte du Sud-Ouest africain à l'échelle de 1/100 000. Elle porte le n° 3.26 dans votre dossier. Il s'agit d'une carte planimétrique conventionnelle<sup>109</sup> tirée de la carte précédente, qui date également de 1982; elle aussi est de très bonne qualité. La frontière internationale est indiquée dans le chenal sud. Cette carte est une affirmation claire du point de vue officiel des autorités sud-africaines sur l'emplacement de la frontière internationale. C'est la carte qui a été utilisée par les forces de défense de l'Afrique du Sud, à la fois sur le terrain et au quartier général. C'est la carte qui a dû être utilisée par les patrouilles des forces de défense de l'Afrique du Sud lors de l'échange de coups de feu de 1984, puisqu'il est rapporté que la carte qu'elles employaient indiquait la frontière dans le chenal sud<sup>110</sup>.

**La carte du Sud-Ouest africain, de 1982, à l'échelle de 1/250 000**

31. La deuxième carte dérivée était la carte du Sud-Ouest africain à l'échelle de 1/250 000. Elle porte le n° 3.27 dans votre dossier. Cette carte<sup>111</sup>, qui date elle aussi de 1982, est également dérivée de la carte du Sud-Ouest africain à l'échelle de 1/250 000. La frontière internationale est indiquée dans le chenal sud. C'est la meilleure représentation globale du Caprivi oriental et elle est très fréquemment employée comme carte générale de la zone.

**La carte d'Afrique méridionale, de 1982, à l'échelle de 1/500 000**

32. La dernière des cartes dérivées est la carte d'Afrique méridionale à l'échelle 1/500 000. Elle porte le n° 3.28 dans votre dossier. Cette carte, elle aussi de 1982, est tirée de la carte

---

<sup>109</sup>République de la Namibie, vol. II, annexe 1, par. 27 c). Un exemplaire de la carte est déposé auprès de la bibliothèque de la Cour.

<sup>110</sup>Mémoire du Botswana, annexe 40.

<sup>111</sup>Mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 102, par. 36; mémoire de la Namibie, atlas, carte XIV.

précédente<sup>112</sup>. La frontière est située dans le chenal sud. La publication de cette carte parachevait l'entreprise remarquable de l'Afrique du Sud de produire, dans un intervalle d'un an, quatre cartes du Caprivi à des échelles toujours plus réduites.

**La carte du Sud-Ouest africain, de 1984, à l'échelle de 1/50 000, avec des annotations militaires**

0 5 2 33. Cette carte est une variante de la première de cette série de cartes, la carte d'Afrique du Sud-Ouest à l'échelle de 1/50 000, avec des annotations militaires. Elle porte le n° 3.29 dans votre dossier. La surimpression a été faite en 1984 par les forces de défense de l'Afrique du Sud<sup>113</sup>. Des informations militaires sont surimprimées en rouge sur la carte photographique d'Afrique du Sud-Ouest à l'échelle de 1/50 000 que j'ai déjà mentionnée — la carte n° 3.25 dans votre dossier, celle qui était à l'origine des trois cartes dérivées dont j'ai déjà parlé. Vous vous rappellerez qu'aucune frontière n'était indiquée sur la carte de base. Sur cette nouvelle carte, le symbole «SWA/Botswana Grens» est surimprimé dans le chenal nord. «Grens» signifie frontière en afrikaans. Il ne ressort pas clairement de la carte quel genre de division est indiqué. En 1984, lorsque les forces de défense de l'Afrique du Sud ont produit cette carte, elles insistaient vigoureusement pour dire que la frontière internationale se situait au sud de l'île de Kasikili<sup>114</sup>, de sorte que ce qui est indiqué n'est manifestement pas la frontière internationale. Il semble probable que cette carte a été préparée à la hâte, à la suite d'un accord entre les commandants locaux après l'échange de coups de feu d'octobre 1984, selon lequel chaque partie patrouillerait uniquement le chenal sur sa rive du fleuve. Cette ligne est donc la limite d'une zone militaire et non l'indication de la frontière.

---

<sup>112</sup>Mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 102, par. 37.

<sup>113</sup>Réplique de la Namibie, vol. II, annexe 1, par. 27. Contre-mémoire du Botswana, atlas supplémentaire, carte 15.

<sup>114</sup>Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 84, par. 9.

**La carte de l'Organisation des Nations Unies n° 3158, de 1985**

34. Il reste encore une carte à examiner qui montre l'île de Kasikili, en poursuivant un but plutôt différent. Il s'agit de la carte n° 3158 de l'Organisation des Nations Unies, qui porte le n° 3.30 dans votre dossier. Cette excellente carte de la Namibie<sup>115</sup> a été produite en 1985 par la division cartographique de l'Organisation Nations Unies. Elle a été publiée en exécution d'une décision de l'Assemblée générale des Nations Unies d'exprimer son soutien à la Namibie dans sa lutte pour l'indépendance. Son échelle est de 1/1 000 000. Elle représente l'ensemble de la Namibie à la même échelle, plutôt que d'employer le procédé habituel qui aurait consisté à faire du Caprivi un encart. L'intention était manifestement de démontrer l'intégrité territoriale de la Namibie. Elle contient aussi de nombreuses données économiques, présentées de façon attrayante, pour montrer le potentiel du pays.

35. La carte intégrale est reproduite en tant que carte XV dans l'atlas de la Namibie. Toutefois, même ce procédé ne permet pas de rendre justice à l'excellence de l'original, d'une dimension de 1000 x 600 mm.

0 5 3 36. La présentation est tout à fait différente des cartes topographiques plus prosaïques dont nous avons parlé jusqu'ici. L'intention était de créer un impact immédiat sur le lecteur. Un millier d'exemplaires ont été distribués largement à différents gouvernements et institutions. Le seul pays où il était difficile de trouver un exemplaire était la Namibie elle-même, pour des raisons liées aux circonstances politiques qui prévalaient lors de sa publication.

37. Sur la carte, la frontière de la Namibie est indiquée par une coloration hypsométrique, c'est-à-dire que les teintes varient selon l'altitude. Tout le territoire de la Namibie est coloré en fonction de l'altitude et tous les autres pays sont représentés sur fond blanc. Ce procédé met efficacement en évidence le territoire que l'Organisation des Nations Unies considérait comme faisant partie de la Namibie. La teinte marron qui couvre le Caprivi englobe l'île de Kasikili, montrant clairement qu'elle fait partie du territoire namibien. On voit nettement la forme de l'île

---

<sup>115</sup>Mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 102, par. 39; mémoire de la Namibie, atlas, carte XV.

de Kasikili, sur un coude, juste à l'est de Serondella. Il semblerait qu'une autre île lui soit immédiatement adjacente, à l'ouest. Cette île a été ajoutée par erreur par le dessinateur-cartographe, qui a représenté erronément le chenal en épi formant cul-de-sac comme s'il était relié au Chobe.

38. L'Organisation des Nations Unies a produit un certain nombre d'autres cartes de la Namibie<sup>116</sup>, mais elles étaient à une échelle plus réduite et ne représentaient pas l'île de Kasikili. La carte n° 3158 de l'Organisation des Nations Unies, qui est projetée à l'écran, est unique parmi ces cartes, et sans doute parmi les cartes des Nations Unies de manière générale, car elle ne contient pas en marge un déni de responsabilité quant à l'exactitude des frontières indiquées. Généralement, une note d'avertissement quant à l'exactitude des frontières est ainsi rédigée sur les cartes de l'Organisation des Nations Unies : «Les frontières et les noms indiqués sur la présente carte n'impliquent ni reconnaissance ni acceptation officielles de la part de l'Organisation des Nations Unies.»<sup>117</sup> Aucune note de ce genre ne figure sur la carte n° 3158 de l'Organisation des Nations Unies; or, cette carte a été élaborée avec un tel soin que cette omission est éminemment révélatrice.

#### **Notes d'avertissement quant à l'exactitude des frontières**

39. De manière générale, les notes d'avertissement quant à l'exactitude des frontières visent à affirmer que les frontières indiquées sur la carte ne reflètent pas le point de vue officiel du producteur de la carte. Ces notes d'avertissement sont apparues pour la première fois dans les années cinquante sur les cartes militaires des Etats-Unis et du Royaume-Uni représentant d'autres pays. La pratique a progressivement gagné du terrain et elle est pratiquement devenue la règle pour les cartes gouvernementales du monde entier. A l'origine, le but de ces notes était d'éviter de devenir tierce partie dans un différend frontalier. Ces notes sont maintenant si répandues qu'elles figurent souvent sur les cartes nationales ordinaires, comme la série de cartes du Botswana, à l'échelle de 1/50 000, qui devraient constituer des affirmations nationales des frontières du pays.

---

<sup>116</sup>Contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, par. 21.

<sup>117</sup>Voir carte des Nations Unies 2947, Namibie, 11977, reproduite dans le mémoire de la Namibie, illustration 19.

40. Ces notes ne figurant que sur les cartes récentes, elles sont rarement invoquées dans les procédures d'arbitrage. De toutes les cartes que j'évoque dans mon exposé, seule la carte d'Afrique du Sud-Ouest, de 1982, à l'échelle de 1/250 000, la carte du Botswana de 1974, à l'échelle de 1/50000, et la carte du Bechuanaland DOS 847 de 1965 sont accompagnées de notes d'avertissement quant à l'exactitude des frontières. Les deux premières cartes ne revêtent pas d'importance aux fins de l'argumentation, mais la dernière, la carte DOS 847, est considérée comme pertinente par le Botswana. La Cour pourrait avoir l'impression qu'on pourrait ne pas tenir compte de cette carte, puisque celle-ci contient une note d'avertissement quant à l'exactitude des frontières ainsi rédigé : «La présente carte ne doit pas être considérée comme faisant autorité sur la délimitation des frontières nationales.» Mais d'autres éléments de cette carte pourraient être intéressants.

#### **La carte du Bechuanaland DOS 847, de 1965**

41. La carte dont il s'agit est la carte du Bechuanaland DOS 847 et c'est la première des quatre cartes que j'évoquerai qui ne représentent pas l'île de Kasikili. Elle porte le n° 3.31 dans votre dossier. Elle est à une échelle de 1/500 000 et a été publiée en 1965<sup>118</sup>. Cette carte fait partie d'une série s'étendant sur le Botswana, qui devait être une compilation rapide, faite à partir des sources existantes, à employer en attendant que le projet d'une nouvelle représentation cartographique du pays à grande échelle soit achevé. Elle a été établie par la direction du service cartographique d'outre-mer du Royaume-Uni dans la période précipitée précédant l'indépendance. L'examen des documents à la direction du service cartographique d'outre-mer permet de constater que l'officier responsable des opérations de cartographie a présenté de façon erronée certaines sources. En conséquence, ce ne sont pas les meilleures cartes disponibles qui ont été utilisées pour cette compilation. Cette erreur a été aggravée par une autre erreur que le dessinateur cartographe a commise en employant la photographie aérienne. Il a omis de faire figurer l'île de Kasikili, tout en

---

<sup>118</sup>Mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 102, par. 30. Mémoire du Botswana, atlas, carte 17.

représentant un cours d'eau qui s'apparente au chenal nord. Du fait que l'île de Kasikili ait été omise sur cette carte, on ne peut tirer aucune conclusion quant à l'emplacement du symbole figurant la frontière. Ce symbole se contente de suivre la seule partie du Chobe qui est représentée sur cette carte.

#### 0 5 5 **La carte du JARIC, non datée (1974 ? )**

42. La deuxième carte de ce groupe est celle du JARIC (Joint Air Reconnaissance Intelligence Centre). Elle porte le n° 3.32 dans votre dossier. Elle a été produite à l'échelle de 1/100000 par les forces de défense de l'Afrique du Sud, aux alentours de 1974<sup>119</sup>. C'est une mosaïque de photographies disparates. Elle a reproduit l'erreur de la carte précédente, la carte DOS 847, consistant en l'omission de l'île de Kasikili. En conséquence, le symbole figurant la frontière est indiqué dans un cours d'eau qui s'apparente au chenal nord. Cette carte a probablement été établie pour les besoins des services de renseignement. Elle n'aurait pas été utilisée sur le terrain en raison de ses inexactitudes, comme l'omission du chenal sud.

#### **Bechuanaland DOS (Misc) 282, 1960**

43. La troisième carte du groupe est la carte Bechuanaland DOS 282. Elle porte le n° 3.33 dans le dossier soumis à la Cour. Cette carte a été établie au Royaume-Uni en 1960<sup>120</sup>. Elle est à l'échelle de 1/1 750 000 et non de 1/1 000 000 comme le Botswana l'indique dans ses pièces écrites<sup>121</sup>. Etablie à une échelle réduite et d'une précision très restreinte, cette carte n'indique pas l'île de Kasikili. Le trait unique qui représente le Chobe dans cette zone a un caractère général et n'indique aucun des deux chenaux. Elle n'a donc pas d'importance en l'espèce. Je l'ai malgré cela incluse dans la présentation pour illustrer un point qui apparaît fréquemment dans les pièces écrites du Botswana.

---

<sup>119</sup>Mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 102, par. 32. Mémoire du Botswana, atlas, carte 22.

<sup>120</sup>Réplique de la Namibie, vol. II, ann. 1, par. 18. Mémoire du Botswana, carte de l'atlas 16.

<sup>121</sup>Contre-mémoire du Botswana, par. 593; réplique du Botswana, par. 244.

44. Du fait que le Chobe est représenté par un trait unique, le signe représentatif de la frontière ne peut être indiqué sur ce trait. Il est placé sur un côté du Chobe conformément à la pratique cartographique courante<sup>122</sup>. Le Botswana a à maintes reprises prétendu<sup>123</sup> que puisque le signe représentatif de la frontière se trouve sur la partie du nord du Chobe, il indique que la frontière est située dans le chenal nord invisible. Cela est inexact car c'est au cartographique qu'il appartient de choisir la rive sur laquelle le signe représentatif de la frontière doit être indiqué.

0 5 6

45. Le Botswana ne semble pas avoir de position cohérente à ce sujet. Il avance cet argument non seulement pour la carte DOS 282 mais aussi pour d'autres cartes qui ne représentent pas l'île de Kasikili. Ailleurs<sup>124</sup>, il admet cette convention. Je prie la Cour de se rappeler que si l'île de Kasikili ne figure pas sur une carte donnée, selon la pratique cartographique courante, le côté du Chobe où le signe représentatif de la frontière est indiqué n'a aucune importance.

#### **Kriegskarte, 1904**

46. Enfin, nous avons une carte bien plus ancienne, la *Kriegskarte*. Elle porte le numéro 3.34 dans votre dossier. Elle a été établie à Berlin en 1904 à la hâte à l'époque de la révolte des Herero<sup>125</sup>. Elle est à l'échelle de 1/800 000. C'est une belle carte qui remonte à un certain temps, mais une analyse minutieuse montre qu'elle n'est guère fiable. La frontière est indiquée par une bande pointillée de couleur rose très pâle qui est masquée aux endroits où apparaissent d'autres couleurs telles que le bleu. La mention «île de Sulumbu» y figure, sans que l'on sache bien à quel élément elle se rapporte. Le Botswana a appelé l'attention sur un élément circulaire sur la rivière mais, du fait qu'il est coloré en bleu, il ne peut s'agir d'une île. Les autres éléments qui ne se

---

<sup>122</sup>Contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, par. 9.

<sup>123</sup>Mémoire du Botswana, par. 276; contre-mémoire du Botswana, par. 593; réplique du Botswana, par. 244.

<sup>124</sup>Contre-mémoire du Botswana, par. 561; réplique du Botswana, par. 195.

<sup>125</sup>Contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, par. 12. Une copie de la carte est déposée à la bibliothèque de la Cour.

prêtent pas à des interprétations sont le trait irrégulier que le Botswana, sans aucune raison ni aucune justification, appelle la ligne représentant le thalweg, de nombreuses routes inexistantes, dont l'une enjambe le Chobe, l'état irréaliste des crues et diverses impossibilités d'ordre cartographique.

0 5 7 47. Cette carte compte un si grand nombre d'anomalies qu'il est impossible de l'interpréter sérieusement s'agissant du cours inférieur du Chobe<sup>126</sup>. Qui plus est, les reproductions de cette carte dans l'atlas du Botswana (cartes 4 et 5), sur lesquelles le Botswana semble s'appuyer pour faire ses analyses, sont de très mauvaise qualité, et ne sont pas deux cartes mais deux copies d'une même carte. Dans le contre-mémoire de la Namibie, la reproduction de la figure 1 est de bien meilleure qualité, pour autant elle n'est pas idéale. L'évaluation que je fais de cette carte s'appuie sur l'étude d'un original qui est nécessaire pour en apprécier le contenu en toute connaissance de cause. Pour remplacer autant que faire se peut une carte originale, les archives qui la possèdent n'ont pas voulu remettre, la Namibie a soumis à la Cour une reproduction photographique entièrement en couleur.

#### **Les principes cartographiques mis en avant par le Botswana**

48. J'ai donc examiné la dernière carte que je voulais analyser, mais une autre question doit être abordée. Dans son contre-mémoire<sup>127</sup>, le Botswana fait quatre propositions concernant les principes cartographiques. Ces propositions semblent avoir été mises au point dans le but spécifique de s'opposer à la thèse soutenue dans le mémoire de la Namibie selon laquelle les cartes situent toujours la frontière dans le chenal sud. Aucune source ni élément de preuve n'est fourni à l'appui de ces propositions qui sont jusqu'à présent inconnues en cartographie. On verra que les première, troisième et quatrième propositions sont indéfendables et sans fondement, et que la deuxième proposition, bien qu'elle constitue un truisme, a été absolument mal interprétée par le Botswana<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup>Contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, par. 12 e), f).

<sup>127</sup>Contre-mémoire du Botswana, par. 554 à 563.

<sup>128</sup>Réplique de la Namibie, par. 291 à 297; réplique de la Namibie, annexe 1, par. 3 à 7.

49. La première proposition indique que «seule une ligne tracée dans la rivière elle-même peut indiquer la frontière». De nombreuses cartes, pas seulement celles produites en l'espèce, indiquent une frontière à la jonction de deux couleurs, une pour chaque pays riverain. De même, sur de nombreuses cartes, la frontière est indiquée en décalant son signe représentatif dans le cas où sa représentation sur la frontière même se superposerait avec d'autres détails. Ces deux pratiques relèvent de l'usage cartographique courant.

50. La deuxième proposition indique le fait évident que «les cartes établies à une échelle trop petite ne sont pas pertinentes». Toutefois, déduire que les cartes établies à une échelle inférieure à 1/100 000 ne sont pas pertinentes en l'espèce constitue un raisonnement dépourvu de toute logique. Une carte est pertinente dès lors qu'elle indique des informations pertinentes, quelle que soit son échelle. Dans de nombreuses autres affaires, tout comme dans celle-ci, des cartes établies à une échelle bien inférieure à 1/100 000 se sont révélées très précieuses.

0 5 8

51. La troisième proposition indique que «les agrandissements peuvent provoquer des distorsions» et le Botswana prétend également que les agrandissements d'extraits présentés dans le mémoire de la Namibie créent des «distorsions et des perceptions erronées de la réalité». Cela n'est pas exact. Les agrandissements ne provoquent pas de distorsions, mais ne font que présenter les mêmes détails en plus grande dimension pour en faciliter la compréhension. Les agrandissements ne font rien de plus qu'une loupe. Dans chaque cas, la Namibie joint également des copies complètes des cartes pertinentes pour permettre l'examen du contexte de l'extrait agrandi. Cela contraste avec le mémoire et l'atlas du Botswana, qui ne contiennent pas de cartes complètes mais uniquement des extraits d'une qualité si médiocre qu'elles empêchent de comprendre les cartes présentées.

52. La quatrième proposition indique que «les frontières tracées dans les cartes sont sujettes à caution». Cela est presque trop déraisonnable pour susciter des observations. Bien évidemment, des erreurs peuvent être faites lors du tracé des frontières sur les cartes, mais celles-ci sont généralement les éléments que l'on établit avec le plus grand soin. Il est parfaitement injustifié de

rejeter en bloc les frontières tracées sur les cartes — après tout la Cour se sert des frontières tracées sur les cartes pour indiquer son opinion quant à l'emplacement de ces frontières et ces tracés ne sont certainement pas sujets à caution.

### **Conclusion**

53. Comme je l'ai indiqué au début de mon exposé, je n'ai pas pu faire état de toutes les cartes du Caprivi oriental et du district de Chobe. Je pense malgré cela avoir traité celles qui présentent le plus d'intérêt en l'espèce. Celles qui préoccupent le plus la Cour sont celles qui ont été établies, avant l'accession du Botswana et de la Namibie à l'indépendance, par leurs prédécesseurs en titre, l'Allemagne, la Grande-Bretagne, l'Afrique du Sud et l'ONU. Parmi ces cartes, celles qui font apparaître l'île de Kasikili sont bien entendu les plus utiles. Sur les vingt-six cartes de cette catégorie mentionnées dans les pièces écrites, seize placent la frontière internationale dans le chenal sud, neuf n'indiquent pas de frontière et une représente une ligne de partage dans le chenal nord<sup>129</sup>.

54. J'en ai terminé, Monsieur le président. Je remercie les membres de la Cour de leur attention. Je vous prie de bien vouloir inviter M. Kawana, l'agent namibien, à poursuivre notre exposé.

Le PRESIDENT : Merci Monsieur Rushworth. M. Kawana s'il vous plaît.

0 5 9

M. KAWANA :

## **12. EXAMEN JURIDIQUE DES CARTES EN TANT QU'ÉLÉMENTS DE PREUVE DE LA CONDUITE ULTÉRIEURE DES PARTIES**

### **Introduction**

1. Il m'appartient maintenant, Monsieur le président, d'entreprendre l'analyse juridique des éléments de preuve cartographiques que le colonel Rushworth vient de présenter.

---

<sup>129</sup>Réplique de la Namibie, vol. II, annexe 1, par. 29.

2. Les principes généraux régissant l'emploi des cartes et des éléments de preuve cartographiques dans les différends frontaliers ne prêtent guère à controverse. Les efforts déployés antérieurement pour définir un cadre de normes détaillées quant à la recevabilité des éléments de preuve cartographiques n'ont pas abouti et on a retenu une démarche plus pragmatique. 30 trouve un résumé de l'état actuel du droit dans la sentence arbitrale relative au *Canal de Beagle*<sup>130</sup>. Avec la permission de la Cour, je lirai en détail le passage dans lequel le tribunal expose son analyse des principes applicables aux éléments de preuve cartographiques. Il s'agit en la matière de l'exposé le plus complet que l'on puisse trouver dans la doctrine. De plus, il s'agit d'un précédent de grand poids du fait de la composition du tribunal. Tous ses membres étaient des juges ou d'anciens juges de la Cour internationale de Justice et siégeaient sous la présidence de sir Gerald Fitzmaurice. Voici ce qu'ils ont déclaré :

«Du point de vue historique, les éléments de preuve cartographiques n'ont été à l'origine, et jusqu'à une époque relativement récente, admis par les tribunaux internationaux qu'avec une assez grande réticence : la preuve apportée par une carte ne pouvait certainement jamais annuler à elle seule une attribution déjà acquise, ou une frontière déjà définie par traité, et même lorsque l'attribution ou la définition était ambiguë ou incertaine, les éléments de preuve cartographiques susceptibles de les clarifier étaient acceptés avec circonspection. Depuis quelque temps, certains arrêts de la Cour internationale de Justice témoignent d'une plus grande tendance à traiter les preuves cartographiques selon leur bien-fondé.»

«Les cartes publiées après la conclusion du traité peuvent éclairer les intentions des parties à l'égard de celui-ci et, en général, la manière dont il doit être interprété. Mais l'intérêt particulier de ces cartes tient plutôt au témoignage qu'elles peuvent apporter sur le point de vue de l'une ou l'autre des parties à l'époque, ou par la suite, au sujet du règlement résultant du traité, et sur la mesure dans laquelle le point de vue dont cette partie soutient actuellement la justesse est compatible avec celui qu'elle semble avoir adopté précédemment. En outre, l'importance d'une carte peut ne pas tenir à la carte elle-même, qui en théorie peut même être inexacte, mais à l'attitude manifestée à son égard — ou aux mesures prises à son endroit — par la partie intéressée ou ses représentants officiels.»<sup>131</sup> [Traduction du Greffe.]

4. La pratique historique à laquelle le tribunal fait allusion au début correspond à l'état des travaux cartographiques à l'époque où les cartes en question ont été établies. Ainsi, dans l'affaire de l'*Ile de Palmas*<sup>132</sup>, les cartes marines en cause dataient souvent du XVI<sup>e</sup> et du XVII<sup>e</sup> siècle. Elles

---

<sup>130</sup>*International Law Reports*, vol. 52, p. 93.

<sup>131</sup>*ibid.*, p. 200-202.

<sup>132</sup>*Revue générale de droit international public*, t. LXII, 1935, p. 156.

avaient été établies par des personnes qui avaient vu l'île de loin souvent sans savoir exactement elles-mêmes où elles se trouvaient. Il était donc normal que l'arbitre ne leur accorde que peu de poids.

5. Au fur et à mesure que la pratique en matière de cartographie s'est améliorée, le droit international a progressé au même rythme. *Oppenheim* énonce la règle moderne :

«Les cartes générales qui ne font pas partie des opérations de délimitation ou de démarcation ou qui illustrent ces opérations peuvent évidemment servir de moyens de preuve pour interpréter un règlement frontalier. Leur force probante dépendra alors dans chaque cas de leur pertinence et de leur valeur.»<sup>133</sup> [*Traduction du Greffe.*]

M. Brownlie semble se rallier à cette démarche pragmatique. Dans les derniers cours qu'il a donnés à l'Académie de La Haye, il a déclaré :

«les tribunaux saisis de différends portant sur des questions de souveraineté territoriale ont ordinairement accepté les cartes de source officielle comme preuves des points de vues des gouvernements et des personnalités politiques et des responsables ayant une connaissance particulière des questions de fait d'ordre politique»<sup>134</sup> [*traduction du Greffe.*]

6. Aussi ne fait-il aucun doute en principe que la Cour peut consulter les cartes officielles de la région publiées par les Gouvernements allemand, britannique et sud-africain et par l'Organisation des Nations Unies pour l'éclairage qu'elles peuvent jeter sur l'emplacement de la frontière ou le statut juridique de l'île. Comme je le démontrerai, ces cartes constituent des éléments de preuve solides et décisifs en ce qui a trait à ces questions.

0 6 1

**Les cartes en tant que pratique ultérieure des parties au sens de l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités**

7. La sentence arbitrale relative au *Canal de Beagle* ne se contente pas d'approuver la recevabilité générale des éléments de preuve cartographiques ainsi que l'opportunité d'y recourir. Les termes employés dans cette affaire font écho à ceux de l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Permettez-moi de répéter ce passage :

---

<sup>133</sup>Jennings et Watts, *Oppenheim*, p. 663-664.

<sup>134</sup>I. Brownlie, «International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations: General Course on Public International Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1995, p. 161. Pour faciliter la tâche de la Cour, la Namibie a reproduit les pages citées de cet ouvrage à l'annexe 116 de son mémoire.

«Les cartes publiées après la conclusion du traité peuvent éclairer les intentions des parties à l'égard de celui-ci et, en général, la manière dont il doit être interprété. Mais l'intérêt particulier de ces cartes tient ... au témoignage qu'elles peuvent apporter sur le point de vue de l'une ou l'autre des parties à l'époque, ou par la suite, au sujet du règlement résultant du traité...» [Traduction du Greffe.]

En bref, la sentence arbitrale relative au *Canal de Beagle* considère les cartes officielles comme une sorte de pratique ultérieure constatant l'accord intervenu entre les parties au sujet du sens du traité selon l'alinéa *b)* du paragraphe 3 de l'article 31.

8. En l'espèce, les cartes publiées et utilisées par les parties au traité de 1890 et par leurs successeurs font connaître très clairement les points de vues de ceux-ci «au sujet du règlement résultant du traité» pour reprendre les termes de la décision rendue dans l'affaire du *Canal de Beagle*. J'examinerai maintenant les cartes publiées par les prédécesseurs en titre des Parties.

#### **La carte publiée au cours de la période coloniale allemande**

9. Comme l'a expliqué M. Rushworth, la carte de Seiner a été publiée sous les auspices du Gouvernement allemand et utilisée par l'Allemagne comme carte officielle de la région pendant qu'elle occupait celle-ci<sup>135</sup>. Elle porte le n° 3.36 dans votre dossier. Elle indique l'île de Kasikili en Namibie. Le ministère allemand des affaires étrangères a fait parvenir un exemplaire de cette carte à son homologue britannique en précisant qu'elle exprimait son point de vue quant à l'emplacement de la frontière. Les autorités britanniques ont contesté le tracé du tronçon occidental de la frontière entre la bande de Caprivi et le Botswana, mais n'ont soulevé aucune objection à l'égard de la frontière indiquée au voisinage de l'île de Kasikili.

0 6 2

#### **La carte publiée pendant la période coloniale britannique**

10. La principale carte britannique, comme vous l'avez entendu dire, est la carte GSGS 3915, à l'échelle de 1/500 000 publiée en 1933 par le ministère britannique de la guerre<sup>136</sup>. Elle porte le n° 3.37 dans votre dossier. L'île de Kasikili y apparaît clairement. Le signe conventionnel de la frontière est une série de croisillons entrecoupée de tirets, il suit de façon générale la rive sud de

---

<sup>135</sup>Atlas, carte IV.

<sup>136</sup>Atlas, carte IX.

la rivière, ce qui indique que la frontière se situe dans celle-ci. Toutefois, lorsqu'on atteint l'île de Kasikili, le signe conventionnel de la frontière ne suit pas la rive sud du chenal nord — ce qui aurait signifié que la frontière se situait dans le chenal nord — il suit plutôt la rive sud du chenal sud, ce qui indique, comme le colonel Rushworth l'a montré, que la frontière devait se trouver dans ce chenal.

11. Cette carte, utilisée pendant plus de trente ans par les autorités britanniques, ne constitue pas une preuve passive ou implicite mais bien une preuve positive de «[leur] point de vue ... au sujet du règlement résultant du traité».

#### **La carte publiée pendant la période coloniale sud-africaine**

12. La carte sud-africaine de 1949, à l'échelle de 1/250 000<sup>137</sup>, est établie à une échelle suffisamment grande pour indiquer la frontière dans le Chobe lui-même. C'est la carte qui porte le n° 3.38 dans votre dossier. Lorsque le cours d'eau se scinde à la hauteur de l'île de Kasikili, le tracé du signe conventionnel de la frontière se poursuit dans le chenal sud, plaçant ainsi sans équivoque l'île en Namibie. Le Botswana s'efforce de diminuer l'importance de cette carte parce qu'elle a été publiée en 1949 après le début de l'échange de correspondance au sujet de l'île entre Trollope et Redman. Mais en 1945, bien avant cet échange de correspondance, les autorités sud-africaines avaient consulté le haut-commissaire pour le Bechuanaland sur la façon dont il convenait d'indiquer la frontière sur la carte. Celui-ci a chargé le commissaire résident de répondre à cette demande. Trois mois plus tard, des épreuves de cette carte indiquant la frontière dans le chenal sud ont été transmises au commissaire résident et aux agents de ses services. L'Afrique du Sud a demandé résolument à ces fonctionnaires de lui présenter leurs vues et observations, notamment sur l'emplacement de la frontière. Leurs réponses contenaient de nombreuses suggestions de modifications à apporter à la carte, qui ont été incorporées dans la version finale. Mais aucune objection ni réserve n'a été formulée à l'égard de la frontière à hauteur de l'île de Kasikili. Pour la Namibie, il est difficile d'imaginer approbation plus complète de l'emplacement de la frontière dans le chenal sud par des fonctionnaires britanniques au niveau le plus élevé.

0 6 3

---

<sup>137</sup>Atlas, carte X/1.

### **La carte publiée pendant la période de l'Organisation des Nations Unies**

13. Enfin, l'Organisation des Nations Unies elle-même a publié une série de cartes du territoire à l'époque à laquelle elle a exercé la responsabilité internationale à l'égard de la Namibie. Ces cartes faisaient partie des efforts déployés sur le plan international pour renforcer le statut et l'intégrité territoriale de la Namibie pendant que celle-ci se trouvait sous la domination illégale de l'Afrique du Sud. La carte établie à l'échelle la plus grande est la carte n° 3158 de l'Organisation des Nations Unies, publiée en 1985 à l'échelle de 1/1 000 000<sup>138</sup>. Cette carte porte le numéro 3.39 dans votre dossier. De toutes les cartes publiées par l'Organisation des Nations Unies, c'est la seule établie à une échelle suffisamment grande pour représenter l'île de Kasikili. L'île y apparaît clairement comme faisant partie intégrante de la Namibie. Tout le territoire de la bande de Caprivi sur la carte est indiqué en brun clair et il en est de même de l'île de Kasikili. Le territoire voisin du Botswana est indiqué dans une couleur blanc crème qui tranche nettement.

### **Conclusion concernant les cartes officielles**

14. Ces quatre cartes, qui couvrent la quasi-totalité de la période depuis la conclusion du traité de 1890, constituent une preuve concluante du «point de vue de l'une ou l'autre des parties à l'époque ou par la suite, au sujet du règlement résultant du traité». Elles expriment un point de vue constant et continu indiquant que l'île de Kasikili fait partie de la Namibie aux termes du traité. Selon la doctrine se dégageant de l'affaire du *Canal de Beagle*, elles constituent donc une pratique ultérieure des parties au sens de l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 31, constatant leur accord au sujet du sens du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890.

0 6 4

### **L'importance particulière de l'affaire du *Temple de Préah Vihéar***

15. Le tribunal chargé de statuer dans l'affaire du *Canal de Beagle* a invoqué l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*<sup>139</sup> comme faisant autorité quant aux questions concernant les éléments de preuve cartographiques. La Namibie partage cet avis. Les ressemblances avec la présente affaire

---

<sup>138</sup>Atlas, carte XV/4.

<sup>139</sup>*Temple de Préah Vihéar, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962.*

sont nombreuses et frappantes. Aussi vais-je, avec la permission de la Cour, procéder à une analyse plus approfondie des passages consacrés dans cet arrêt aux éléments de preuve cartographiques.

16. L'arrêt confirme clairement la pertinence et la valeur des éléments de preuve cartographiques. La décision portait sur l'importance qu'il convenait d'accorder à une carte donnée — la carte de l'annexe I — produite à titre de preuve par le Cambodge. Cette carte situait le temple au Cambodge. La Cour a relevé — observation qui est loin d'être simplement concordante ou accessoire — que : «C'est sur cette carte que le Cambodge fonde principalement sa prétention à la souveraineté sur le temple.» Et c'est d'ailleurs sur le fondement de la carte de l'annexe I que la Cour a attribué le temple au Cambodge.

17. Il vaut la peine de relever que la Cour a accepté la preuve tirée de la carte même si celle-ci ne correspondait pas au libellé du traité qui prévoyait que la frontière devait «suiv[re] la ligne de partage des eaux». La Cour a déclaré : «[L]es gouvernements avaient certainement le pouvoir d'adopter de telles déviations.» C'est ce qu'ils avaient fait par leur acceptation de la carte de l'annexe I. «En d'autres termes, les Parties ont adopté à l'époque une interprétation du règlement conventionnel suivant laquelle, en cas de divergence avec la ligne de partage des eaux, la frontière tracée sur la carte l'emportait sur les dispositions pertinentes de la convention.»<sup>140</sup> Ce point est développé dans l'opinion individuelle de M. Fitzmaurice qui écrit :

«[L]a conduite de chacune des Parties à propos de ce qui était pour toutes deux un point d'accord important était, à mon avis, la preuve, ou l'équivalent de la preuve d'un accord pour accepter une certaine ligne comme frontière. Ce qui me semble réellement être arrivé n'était pas, au sens juridique, une dérogation aux stipulations du traité en question, mais l'acceptation réciproque d'un certain résultat comme étant sa conséquence réelle, que cette conséquence soit ou non exactement conforme au critère du traité.»<sup>141</sup>

0 6 5

18. En l'espèce, les prédécesseurs de la Namibie ont également publié des cartes représentant la frontière au sud de l'île. La Namibie estime qu'elles traduisent exactement ce règlement. Les actions et omissions des autorités responsables doivent être considérées comme «un accord pour accepter une certaine ligne comme frontière». La carte de Seiner et la carte sud-africaine de 1949

---

<sup>140</sup>*Ibid.*, p. 34.

<sup>141</sup>*Ibid.*, p. 56.

ont été portées à l'attention des autorités britanniques compétentes. Celles-ci n'ont formulé aucune objection contre l'emplacement de la frontière à hauteur de l'île de Kasikili alors qu'elles ont formulé d'autres observations et exprimé d'autres réserves. Et il y a même mieux : en 1933, les autorités britanniques ont publié une de leurs propres cartes indiquant l'île de Kasikili en Namibie. Le résultat de ces actes, pour reprendre les paroles de M. Fitzmaurice, n'était pas «une dérogation aux stipulations du traité en question», mais plutôt «l'acceptation réciproque d'un certain résultat comme étant sa conséquence réelle...»

19. La Cour a rejeté la thèse défendue par la Thaïlande selon laquelle celle-ci avait «adopté une attitude purement passive» et selon laquelle également «un défaut d'opposition ne saurait suffire à établir qu'elle consentait»

«[L]es circonstances étaient de nature à appeler dans un délai raisonnable une réaction de la part des autorités siamoises, au cas où celles-ci auraient voulu contester la carte ou auraient eu de graves questions à soulever à son égard. Or, elle n'ont réagi ni à l'époque ni pendant de nombreuses années et l'on doit, de ce fait, conclure à leur acquiescement. *Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset.*»<sup>142</sup>

M. Fitzmaurice a été même plus catégorique dans son opinion individuelle en faveur de l'arrêt :

«[U]ne conduite même négative, c'est-à-dire ne pas agir, ne pas réagir ou se taire dans des circonstances où cela ne peut qu'impliquer l'acceptation ou le consentement est, à mon avis, tout à fait suffisante à cette fin si les faits sont clairs.»<sup>143</sup>

20. Dans la présente affaire, les circonstances appelaient manifestement une réaction de la part des autorités britanniques si elles s'opposaient à l'emplacement de la frontière indiqué sur la carte de Seiner ou sur la carte sud-africaine de 1949 lorsque celles-ci leur ont été présentées sous forme d'épreuves. Il n'y a eu aucune réaction de leur part et elles doivent donc être tenues pour y avoir acquiescé.

**0 6 6** 21. Il y a bien d'autres similitudes avec la présente affaire. En premier lieu, la Thaïlande a élevé des revendications au sujet de la frontière dans de nombreux secteurs, mais elle n'en a présenté aucune touchant au temple : «[C]e qui exige d'être expliqué c'est précisément le fait que

---

<sup>142</sup>*Ibid.*, p. 23.

<sup>143</sup>*C.I.J. Recueil 1962*, p. 55.

la Thaïlande a soulevé ces autres questions et n'a pas soulevé celle [du temple].»<sup>144</sup> Il en est de même en l'espèce, les autorités britanniques ont soulevé des objections à l'égard de la carte de Seiner. En 1945, elles ont de même suggéré des modifications aux épreuves de la carte sud-africaine de 1949 mais, dans un cas comme dans l'autre, elles n'ont formulé aucune objection ou suggestion à l'égard de la frontière à hauteur de l'île de Kasikili. Ce sont précisément ces faits qui doivent être expliqués.

22. En deuxième lieu, comme dans l'affaire dont la Cour est saisie, la Thaïlande n'a d'ailleurs pas fait preuve d'une passivité totale. En 1937, le service géographique royal siamois a publié une carte indiquant le temple en territoire cambodgien : «Il faut donc en déduire ... qu'elle acceptait ou qu'elle acceptait encore la carte de l'annexe I et la frontière qui y est indiquée, même si elle l'estimait inexacte...»<sup>145</sup> En l'espèce, la carte GSGS 3915 du ministère britannique de la guerre situe l'île de Kasikili en Namibie. Il faut donc en déduire que la Grande-Bretagne acceptait encore la frontière qui y est indiquée.

23. En troisième lieu, lorsque la Thaïlande a tenté d'exercer sa juridiction en postant des militaires (ou des forces de police) dans le temple, la France a émis de vigoureuses protestations diplomatiques. La Thaïlande n'a pas répondu à plusieurs notes contestant son action, envoyées par la France et ultérieurement par le Cambodge. La Cour a accordé une importance considérable au fait que la Thaïlande, devant ces affirmations répétées et directes de juridiction souveraine, «n'envisageait pas de rejeter la revendication française et cambodgienne sur le plan diplomatique»<sup>146</sup>. C'est le cas aussi en l'espèce, après que des autorités botswanaises du parc national du Chobe sont arrêté des Capriviens sur l'île en 1972, l'Afrique du Sud, tout comme la France dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, a envoyé une note de protestation aux autorités botswanaises et une note

---

<sup>144</sup>*Ibid.*, p. 29.

<sup>145</sup>*Ibid.*, p. 28.

<sup>146</sup>*Ibid.*, p. 32.

de rappel affirmant sa juridiction souveraine sur l'île et demandant des explications. Tout comme la Thaïlande dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, le Botswana n'a pas répondu. Il «n'envisageait pas de rejeter la revendication ... sur le plan diplomatique».

067 24. Enfin, la Cour n'a pas tenu compte des nombreux éléments de preuve établissant que les fonctionnaires thaïlandais avaient accompli des actes de caractère administratif dans la région contestée alors que le Cambodge n'en avait accompli que peu, voire aucun, pour affirmer sa souveraineté<sup>147</sup>. En l'espèce, c'est le contraire. Il n'y a quasiment aucune preuve de l'exercice d'une autorité administrative sur l'île par des fonctionnaires du Bechuanaland, pourtant installés à peine à 2 kilomètres de celle-ci. Bien au contraire, ce sont les prédécesseurs de la Namibie qui ont occupé cette région et y ont exercé leur juridiction souveraine.

#### Conclusion

25. Au cours de l'exposé que je viens de faire, je me suis borné à invoquer de façon expresse quatre des cartes produites à titre d'éléments de preuve. Elles constituent les preuves les plus importantes et les plus décisives de l'endroit où se situe la frontière. Les trois premières cartes sont importantes en raison de leurs éléments cartographiques, tout particulièrement parce qu'elles placent la frontière au sud de l'île de Kasikili. Mais chacune d'elles revêt aussi de l'importance parce qu'elles ont été utilisées très largement pour administrer la région. Et la dernière — celle de l'Organisation des Nations Unies — était l'un des actes les plus indiscutables qu'ait accompli cette organisation pour réaffirmer l'intégrité territoriale de la Namibie.

26. Mais ces quatre cartes sur lesquelles j'ai insisté sont loin de représenter l'ensemble des éléments cartographiques que la Namibie invoque. Comme M. Rushworth l'a largement démontré, les Parties ont produit un total de vingt-six cartes établies par les prédécesseurs en titre du Botswana et de la Namibie, représentant l'île de Kasikili. Neuf de celles-ci n'indiquent pas du tout la frontière. Elles ne sont dès lors d'aucune aide directe pour la Cour à cet égard. Et des dix-sept cartes qui restent, une seule indique la frontière dans le chenal nord. Comme l'a expliqué M. Rushworth, cette ligne n'est pas une frontière internationale et elle ne figurait pas non plus sur la carte originale. Elle

---

<sup>147</sup>*Ibid.*, p. 29-30.

0 6 8

y a plutôt été ajoutée en 1984 par l'armée sud-africaine pour indiquer la limite de ses opérations militaires. Les seize autres cartes situent toutes l'île de Kasikili en Namibie. Huit de ces seize cartes ont été publiées par les autorités britanniques. Dans l'arbitrage concernant l'affaire du *Canal de Beagle*, il a été dit, au sujet de la valeur des éléments de preuve cartographiques, qu'au cas où la balance penche nettement d'un côté, l'effet cumulatif ne saurait qu'être considérable.

27. La Namibie a démontré que le dossier cartographique est remarquablement complet et constant. Il s'agit là d'un élément de preuve supplémentaire qui n'a pas été réfuté — et nous soutenons qu'il est irréfutable — du fait que la frontière entre la Namibie et le Botswana est située au sud de l'île de Kasikili. Cette île fait dès lors partie intégrante du territoire de la Namibie.

28. Ainsi se conclut mon exposé, Monsieur le président. Je vous remercie.

Le PRESIDENT : Merci beaucoup, Monsieur Kawana. La Cour se réunira de nouveau demain matin.

*L'audience est levée à 12 h 50.*

---