



Non-Corrigé
Uncorrected

CR 99/5

International Court
of Justice

THE HAGUE

Cour internationale
de Justice

LA HAYE

YEAR 1999

Public sitting

held on Thursday 18 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 jeudi 18 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. Good morning. The oral presentation of the Republic of Namibia resumes and I call upon Professor Jean-Pierre Cot.

M. COT:

13. PRESCRIPTION ET ACQUIESCEMENT

Monsieur le président, Madame, Messieurs de la Cour, c'est avec plaisir, avec émotion, avec une certaine appréhension, je dois le dire, que je me retrouve à cette barre de la Cour internationale de Justice.

J'ai l'honneur d'exposer les thèses avancées par la République de Namibie dans la recherche d'une solution pacifique convenue entre les Parties pour résoudre le différend territorial portant sur l'île de Kasikili/Sedudu.

1. Il me revient la charge de vous exposer le second titre de souveraineté sur l'île de Kasikili, titre fondé sur la prescription et l'acquiescement.

2. L'argumentation de la Namibie repose en effet sur deux piliers, indépendants l'un de l'autre. D'une part, nous avons développé ces derniers jours notre titre fondé sur le traité, interprété à la lumière de son objet et de son but, éclairé par le recours à la pratique subséquente. Notre second pilier, le second titre que nous avançons, est fondé sur la prescription et l'acquiescement. Nous avançons cet argument à titre alternatif.

3. Monsieur le président, la tâche qui m'incombe est ingrate et risque de conduire à quelques répétitions. Je dois en effet raisonner à partir des faits que mes collègues, les professeurs Faundez et Hangula, vous ont exposés. Ce sont les mêmes comportements, les mêmes actes juridiques, que nous retenons naturellement dans un cas et dans l'autre, d'une part au titre de l'interprétation du traité de 1890, d'autre part comme fondement d'un titre distinct de souveraineté fondé sur la prescription.

4. Et, en quelque sorte, ma démonstration aura pour objet de conforter la thèse présentée par M. Faundez autant que d'étayer notre titre fondé sur la prescription. Aussi j'essaierai d'éviter les redites dans la mesure du possible.

Recevabilité de l'argumentation fondée sur la prescription

5. La Partie adverse a contesté notre démarche. Le Botswana considère en effet qu'une argumentation alternative fondée sur la prescription est irrecevable, excusez du peu. J'observe pour ma part que ce type d'argumentation est de pratique courante dans tous nos systèmes juridiques et qu'il est très fréquemment développé à cette barre même. Mais, puisque cette manière de faire semble émouvoir le Botswana, regardons-y de plus près et à titre liminaire. Si j'ai bien compris la Partie adverse, elle élève deux sortes d'objection. D'une part, l'accord spécial, le compromis, exclurait la prise en considération de tout autre titre de souveraineté que le traité. D'autre part, un tel argument, fondé sur la prescription, serait de nature à mettre en péril le règlement territorial dans son ensemble et ne s'inscrirait donc pas dans le cadre de l'accord spécial.

6. Sur le premier point, Monsieur le président, je serai bref. Loin d'exclure une telle argumentation, la formulation de l'accord spécial y invite. Si l'accord spécial, contrairement à l'accord précédent instituant la commission mixte technique d'experts¹, ne se limite pas au traité, mais inclut les règles de droit international et la référence au statut de l'île, c'est à la demande de la Namibie. Nous avons souhaité soumettre à la Cour le différend dans son ensemble et dans tout son contexte juridique ceci afin de surmonter le blocage des travaux de la commission mixte. Le Botswana voudrait nous faire croire que les formules utilisées dans les deux accords sont identiques. Ce n'est pas exact. Je vous prie de vous reporter aux deux textes, que nous avons joints à votre dossier de plaidoirie sous la cote 4.2A. Une précision s'impose ici, Monsieur le président, pour la fluidité de l'exposé, je me suis permis de traduire toutes les textes, lorsque je ne disposais pas d'une traduction officielle, mais vous trouverez les textes originaux en anglais dans le procès-verbal en note de bas de page. Je reprends. Dans l'accord instituant la commission mixte technique d'experts, celle-ci avait pour mission, aux termes de l'article 7 de l'accord fixant ses termes de référence :

- «a) d'examiner le traité anglo-allemand de 1890 et le traité anglo-allemand-portugais de 1892 [on peut oublier ce dernier traité, qui résulte d'une erreur et qui ne porte en rien sur le fond de notre affaire] délimitant la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu ainsi que toutes cartes ou tous

¹Joint Technical Team of Experts (JTTE).

matériaux relatifs à la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu et déterminer le tracé de la frontière aux termes desdits traités. »²

7. On sait que la référence au traité tripartite est une erreur, mais je m'en tiens donc à l'essentiel.

8. En ce qui concerne l'accord spécial, le compromis, par lequel la Cour est saisie de notre affaire, il est précisé à l'article 1 du compromis :

«La Cour est priée de déterminer, sur la base du traité anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890 et des règles et principes de droit international [je souligne ces mots] la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu ainsi que le statut juridique de cette île.»³

9. La différence est flagrante. Le compromis ajoute une référence explicite aux règles et principes du droit international. Il vous demande de déterminer la frontière sur la base de cet ensemble et de ne pas vous cantonner aux termes desdits traités, pour reprendre l'expression précédente. Enfin il vous demande de déterminer le statut juridique de l'île de Kasikili/Sedudu. Ces différences ont leur raison d'être, que je viens d'exposer.

10. Au demeurant, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, il me semble que nos adversaires font une confusion entre l'objet du différend et le droit applicable.

11. L'objet du différend est bien entendu la détermination du tracé de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu, à quoi l'accord spécial ajoute «le statut juridique de l'île». Je crois que sur ce point il n'y a pas de désaccord entre nous.

12. Quant au droit applicable, il est défini par l'article 38, paragraphe 1 de votre Statut. Selon les dispositions de ce paragraphe, je vous le rappelle, votre mission est de régler conformément au droit international les différends qui vous sont soumis en appliquant a) «les conventions

²«(a) examine the Anglo-German Agreement of 1890 and the Anglo-German-Portuguese Treaty of 1892 defining the boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island and any relevant maps and/or other materials relating to the boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island and to determine where the boundary lies in terms of the said Treaties » (Memorial of Namibia, vol IV, Annex 11, p. 77).

³«Article 1.

«The Court is asked to determine, on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 and the rules and principles of international law, the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the Island.» (Memorial of Namibia, vol. IV, Annex 3, p. 3).

internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige;» et le traité de 1890 est évidemment une de ces conventions internationales.

13. Mais l'article 38, paragraphe 1 ajoute *b)* la coutume internationale, ajoute *c)* les principes généraux du droit, ajoute *d)* sous réserve de la disposition de l'article 59 des décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. C'est ce bloc, c'est cet ensemble de normes, qui constitue «le droit international» au sens de l'article 38, paragraphe 1, du Statut et non le seul alinéa *a)* du paragraphe 1.

14. L'accord spécial attire l'attention de la Cour sur le traité de 1890. Il faut partir de là, nous en sommes d'accord, et c'est ainsi que nous avons procédé tout au long de la semaine. C'est une indication que les Parties donnent à la Cour et dont elle tiendra compte.

15. Le même accord spécial se réfère par ailleurs dans son article premier aux «règles principes de droit international». Et dans son article III, cet accord spécial, le compromis, dispose : «Les règles et principes de droit international qui s'appliquent au différend sont ceux qui sont énumérés au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour.» Je note la référence au paragraphe 1, tout le paragraphe 1; et pas seulement l'alinéa *a)*.

16. Aussi, Monsieur le président, comme dans l'affaire du *Plateau continental Libye/Tunisie*⁴ vous tiendrez dûment compte des indications du compromis dans la mesure où elles sont compatibles avec votre statut et n'entravent pas votre mission, qui est de trancher le différend qui vous est soumis par application du droit international. Vous éviterez l'interprétation restrictive à l'extrême que proposent nos adversaires. Cette interprétation n'est pas conforme au texte de l'accord spécial. Elle est contraire aux intentions des Parties. Elle risquerait à la limite de vous conduire au *non liquet* si vous estimiez que l'application des dispositions du traité ne suffit pas à trancher le différend qui vous est soumis.

La notion de prescription et son rôle dans l'ordre juridique international

17. J'en viens, Monsieur le président, à la seconde objection de nos adversaires, plus fondamentale. Elle touche à la notion même de prescription et à son rôle dans le système juridique

⁴C.I.J. *Recueil* 1982, p. 37, par. 3.

international. Le Botswana y voit une notion subversive de l'ordre juridique territorial en général et du règlement territorial issu du traité de 1890 en particulier. Je cite le contre-mémoire du Botswana :

«Ainsi, pour la Namibie, il pouvait y avoir une «possession adverse» dès la conclusion du traité anglo-allemand. Cette affirmation est contraire aux principes juridiques comme au bon sens. En premier lieu, cette affirmation pervertit les principes mêmes d'ordre public et de stabilité dans les relations internationales qui justifient, selon la doctrine, l'existence de la prescription. La prescription, ajoutent nos amis, n'a pas pour objet et n'a jamais eu pour objet, dans la doctrine du XIX^e siècle (voir Audinet dans le passage précédent) de saper le statut juridique d'une frontière établie par un traité.»⁵ (Contre-mémoire du Botswana, par. 660.)

18. Observons tout d'abord que la prescription est une institution incontestée du droit des gens. Dès l'époque de la signature du traité anglo-allemand, le prince des internationalistes⁶ — c'est ainsi qu'on le qualifiait à l'époque — j'ai cité sir Robert Phillimore, déclarait : «Il est irrationnel, au plus haut degré, de nier que la prescription soit un mode légitime d'acquisition international du territoire.»⁷

La doctrine n'est pas toujours d'accord sur certaines des conditions qui entourent la mise en œuvre de la prescription. Et certains auteurs en contestent même l'appellation. Mais personne n'ose vraiment remettre en cause l'affirmation de Phillimore. Je remarque que Paul Fauchille, un autre contemporain, considère le principe comme «inhérent à la nature des choses et essentiel à l'existence des sociétés»⁸. Et Fauchille insiste d'ailleurs sur l'utilité de la prescription pour établir le titre territorial dans le cas des possessions coloniales éloignées⁹.

⁵«Thus, for Namibia, there could be an 'adverse possession' as from the date of the conclusion of the Anglo-German Agreement. This position runs counter to both the legal principle and common sense. In the first place, this position is inimical to the very concepts of public order and stability in international relations which are recognized in the legal literature as justifying the existence of prescription. Prescription is not intended and was not intended in the nineteenth century doctrine (see Audinet above), to be employed to subvert the legal status of a boundary expressly created by treaty.» (Botswana Counter-Memorial, par. 660.)

⁶C'est ainsi que le décrit le secrétaire d'Etat américain Olney, dans la correspondance relative aux frontières du Venezuela et de la Guyane britannique, en invoquant la prescription en 1895 (*British and Foreign State Papers*, vol. 88, p. 1288-1289).

⁷*Commentaries upon International Law*, vol. I, 3rd edition, 1879, pp 361 et seq.

⁸*Traité de droit international public*, vol. I, deuxième partie, p. 755.

⁹*Ibid.* p. 758.

19. Sans contester de front l'institution, le Botswana, m'a-t-il semblé, méconnaît le rôle de la prescription dans tout système juridique. Loin d'être un facteur d'anarchie, la prescription est au contraire un facteur de consolidation du système juridique. Et ce, justement, au nom de considérations d'ordre public. Lorsqu'une situation de fait s'est prolongée pendant un certain temps, fût-ce contre le droit existant, la stabilité des relations juridiques et sociales exige que le droit prenne en compte cette situation et la consacre. C'est tout le contraire d'une subversion, Monsieur le président. C'est un mécanisme visant à consolider l'ordre juridique dans son rapport au fait. Les conditions dont les systèmes juridiques entourent la mise en œuvre du principe — exigence d'une certaine durée, publicité de la possession, caractère pacifique de celle-ci — ces conditions, dis-je, confirment ce caractère de l'institution.

20. Quant à l'idée singulière que la prescription ne saurait jouer dans une situation territoriale réglée par traité, je ne sais pas d'où elle provient et nos adversaires nous le diront sans doute. J'ai examiné pour ma part la doctrine, la jurisprudence. Personne n'y affirme que la prescription ne peut jouer à l'encontre d'un traité qui est un titre juridique, sans doute éminent, mais un titre juridique comme un autre.

21. Je note que tous les auteurs appelés en renfort par le Botswana consacrent en vérité notre thèse et considèrent que la prescription a pour fondement le souci de paix et de stabilité dans le règlement territorial, fût-ce au détriment d'un titre initial licite. Comme le dit fort bien André Audinet — je tire la citation des écritures de nos adversaires — la prescription est instituée dans «l'intérêt de la société internationale tout entière, pour y faire régner l'ordre et la paix»¹⁰.

Nature du titre affecté par le jeu de la prescription

22. Le Botswana considère que la prescription ne peut jouer qu'à l'encontre d'un titre juridique contesté. Si j'ai bien compris nos adversaires et à les en croire, il faut qu'existe un différend pour que la prescription commence à courir. «Il faut une possession adverse», clament-ils.

23. Et de développer cette singulière théorie selon laquelle la prescription ne pourrait pas jouer dans notre affaire de 1890 jusqu'en 1985, parce que rien ne se passait sur le terrain autre

¹⁰Contre-mémoire du Botswana, annexe II, p. 316.

qu'une occupation pacifique et paisible. Mais que cette même prescription pourrait être invoquée depuis 1985 et l'occupation militaire de l'île par les forces de défense botswanaises¹¹. A en croire le Botswana, il faut que la possession soit non seulement adverse, mais hostile !

24. Cette vision caricaturale, Monsieur le président, ne correspond pas à l'état présent du droit des gens ni d'ailleurs à son état passé. La situation en l'espèce a été fort bien décrite par votre ancien président, sir Robert Jennings, dans son étude sur l'acquisition de territoire en droit international. Sir Robert y observe que : «La notion de prescription ... comprend à la fois une possession dont l'origine est incertaine ou contestée, et une possession adverse dont l'origine est évidemment illicite.»¹² Dans notre cas, et la Namibie tient à le préciser, il s'agit évidemment d'une possession dont l'origine est contestée, disputée, mais non illicite.

25. Pour sir Robert Jennings la prescription est donc un mécanisme qui vient pallier les insuffisances du titre initial, le compléter ou le corriger en tant que de besoin, que ce titre soit fondé sur un traité ou sur tout autre mode légal d'acquisition du territoire. Sir Robert distingue bien les deux cas de figure : celui où le titre est incertain, incomplet où l'origine est disputée : c'est notre cas. Celui où le titre est remis en question par une possession adverse; c'est l'hypothèse que retiennent nos adversaires, exclusivement.

26. Or il arrive que le titre soit incomplet. Que, par exemple, le traité se contente de quelques indications générales, qu'une situation se soit développée sur le terrain qui ne correspond pas à la lettre du texte. C'est fréquent, vous le savez, en matière territoriale. Certains traités de délimitation entrent dans le détail et fixent, dans le texte ou en annexe, l'emplacement précis des bornes-frontière. D'autres contiennent des indications beaucoup plus sommaires. Le traité de 1890 relève à l'évidence de la seconde catégorie. En quelques articles, il règle le sort de milliers de kilomètres de frontière dispersés sur le continent africain et le sort de l'Heligoland en passant. La

¹¹Contre-mémoire du Botswana, par. 668.

¹²«Prescription ... comprehends both a possession of which the origin is unclear or disputed, and an adverse possession which is in origin demonstrably unlawful.» (R.Y.Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester U.P., 1963, p. 23.).

ligne frontière ne résulte pas immédiatement du texte, mais doit être dégagée par une opération d'interprétation plus ou moins complexe.

27. André Audinet, cité je le disais par nos adversaires mais de manière incomplète, distingue bien les différents cas de figure. Il déclare d'une part :

«La prescription, d'abord, s'applique sans difficulté lorsqu'un Etat a acquis un territoire paisiblement et sans violence, mais sans titre régulier, ou lorsque son titre est inconnu ou oublié : elle supplée alors au titre qui fait défaut.»¹³

Il ajoute d'autre part, en cas de possession adverse, que «La prescription supplée au consentement qui fait défaut en raison du titre initial illicite.»¹⁴

28. Je rappelle que nous nous trouvons dans la première hypothèse, celle d'un titre par hypothèse incomplet et qu'il faut parfaire. Au demeurant, on se trouve souvent dans une sorte de zone grise, celle évoquée par Audinet comme par le président Jennings. Point n'est besoin d'établir la nature adverse ou non de la possession puisque le jeu de la prescription couvre les défauts et insuffisances du titre.

Sphères d'influence et prescription

29. A cet égard, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, les sphères d'influence présentent un problème particulier. On sait que les traités instituant une sphère d'influence ne comportaient pas attribution de souveraineté territoriale pour autant. Il fallait, pour que la souveraineté territoriale fût parfaite, une occupation effective. Et notre Cour a rappelé cette exigence dans l'avis sur le *Sahara occidental*, au paragraphe 126, page 56, de l'avis du 16 octobre 1975. (Je donne la précision pour le procès-verbal parce que c'est un ajout par rapport à mon texte dactylographié.) Les signataires du traité de 1890 étaient en l'espèce parfaitement conscients de cette exigence. Lord Salisbury, signataire du traité pour le Royaume-Uni, faisait remarquer quelques années plus tard :

«Il n'est pas avisé, par les temps qui courent, d'établir son titre sur un vaste territoire ... puis de l'abandonner sans faire le moindre effort pour affirmer ce titre de

¹³Contre-mémoire du Botswana, annexe II, p. 316.

¹⁴Contre-mémoire du Botswana, par. 656.

manière plus pratique et effective. Toute la doctrine de l'annexion «sur papier» (paper annexation) est aujourd'hui fort insaisissable, fort incertaine.»¹⁵

30. Le traité de 1890 était bien un traité instituant une sphère d'influence. Il impliquait donc à la charge des parties une obligation de vigilance particulière dans l'occupation effective du territoire et il imposait certainement une obligation de réaction en cas d'occupation d'une parcelle dudit territoire par la puissance cocontractante.

31. En somme, le titre dont se prévaut le Botswana était au mieux incertain en 1890 et devait être parfait en tout état de cause. Face à ce titre, la Namibie était en possession. Possession juridiquement établie, possession juridiquement douteuse, possession juridiquement adverse, peu importe en fin de compte, dès lors que la prescription remplit les conditions exigées par le droit.

32. Les conditions exigées pour que joue la prescription, André Audinet et Paul Fauchille les énonçaient il y a un siècle. Le professeur Johnson les reprenait à son compte dans son étude de 1950¹⁶. Ces conditions sont au nombre de quatre :

1. la possession doit être paisible et ininterrompue,
2. la possession doit être publique,
3. la possession doit avoir duré pendant un certain temps,
4. la possession doit être exercée à *titre de souverain*.

Reprenons ces quatre conditions pour les appliquer à notre espèce.

1. La possession doit être paisible et interrompue

33. Première condition, la possession doit être paisible et ininterrompue. Cette première condition ne devrait pas poser de problèmes entre nous. Nous vous avons fourni des preuves abondantes de cette occupation dans nos écrits. De nombreux témoins se sont exprimés à ce sujet lors des auditions organisées par la commission mixte d'experts techniques. Mes collègues, les

¹⁵«(i)t is not safe these days to establish your title to a large territory ... and then leave it there without any effort to assert your title in a more practical and effective fashion. The whole doctrine of paper annexation is in a very fluid and uncertain condition.» (Reply of Namibia, par. 380)

¹⁶«Acquisitive Prescription in International Law», *BYB*, 1950, p. 332-354.

professeurs Faundez et Hangula ont exposé ces éléments de preuve ces jours derniers. Je puis donc me dispenser de prendre le détail de ces éléments de preuve.

34. Monsieur le président, je me contenterai de retenir les éléments qui me paraissent irrécusables car ressortant de la plage d'accord entre les Parties. A ce stade de la procédure, nous avons pu décanter l'essentiel et réduire les zones de désaccord. Sur le fait de l'occupation effective, pacifique et publique de l'île de Kasikili par la Namibie, jusque dans les années soixante, il ne devrait pas y avoir de désaccord entre nous. Et pour faire ce constat, je me référerai aux faits non contestés par nos adversaires, ces faits qui sont de deux ordres :

35. En premier lieu, il y a les témoignages produits par les deux Parties devant la commission mixte d'experts indépendants. Le Botswana a accepté d'organiser ces auditions; il en a ensuite contesté les résultats. Il a plus précisément mis en cause la véracité des témoignages proposés par la Namibie qui attestaient d'une occupation pacifique de l'île. Ces témoignages, nombreux et concordants, ont été analysés dans notre mémoire et sont inclus dans les deux forts volumes que nous y avons annexés. Ils me paraissent d'une authenticité évidente. Je prie respectueusement la Cour de s'y reporter. Pour les besoins de la cause, je m'attacherai ici aux éléments incontestables et incontestés qui ressortent de ces témoignages.

36. Car le Botswana fait exception pour un témoignage, un témoin : le chef Moraliswani. Agé de 80 ans au moment de l'audition, décédé depuis, le chef Moraliswani exerçait l'autorité traditionnelle sur les agriculteurs occupant l'île de Kasikili. Le Botswana s'incline devant l'autorité du chef Moraliswani et la véracité de ses dires. Je cite le contre-mémoire du Botswana ; son témoignage fut impressionnant¹⁷.

37. Que dit le chef Moralswani au cours de cette audition et dans ce témoignage impressionnant ? Sur l'occupation de l'île de Kasikili par les Masubia de Caprivi, le chef précise :

¹⁷«His evidence was impressive» (Counter-Memorial of Botswana, p. 207, para. 484).

«Ce que je dirai, c'est que j'ai constaté cette occupation de mes propres yeux depuis les années 1916, 1917, 1918, 1919, 1920. Avant cette période, je tiens l'information de mon arrière grand-père et de mon grand-père.»¹⁸

Il ajoute que le chef Liswaninyana avait ses jardins royaux d'hiver sur l'île¹⁹.

38. Les ressortissants du Botswana cultivaient-ils l'île ? Le chef Moraliswani précise que les gens de Kasane ne pouvaient cultiver un lopin sur l'île que s'ils étaient parents des Masubia de Caprivi et qu'ils en avaient obtenu l'autorisation²⁰.

39. L'exclusivité de l'occupation de l'île par les Masubia de Caprivi ressort donc sans conteste de ce témoignage accepté par tous.

40. En second lieu, je retiens les déclarations des administrateurs locaux, qui vivaient au quotidien la situation, qui la connaissaient bien de première main et je me contente ici encore, Monsieur le président, des citations émanant d'administrateurs britanniques ou botswanais. Elles suffiront à ma démonstration.

41. Ces administrateurs expriment d'une part des opinions : opinion sur le tracé du chenal principal; opinion sur la ligne frontière; même une opinion sur la prescription. Ces opinions valent ce qu'elles valent car nos administrateurs sur le terrain ne sont pas des géomorphologues ou des professeurs de droit international. Ces opinions peuvent donc être entachées d'erreurs. En revanche, ces administrateurs connaissent bien le terrain. Ce qu'ils rapportent à ce sujet, ce ne sont pas des opinions, ce sont des constatations de fait. Or, que disent-ils tous, je dis bien tous ? Que l'île de Kasikili est occupée pacifiquement par la Namibie, ses agriculteurs, ses autorités traditionnelles. Pacifiquement et exclusivement.

42. Prenons ces constatations dans l'ordre chronologique. En 1912, le capitaine Eason reçoit instruction du ministère britannique des colonies de faire un relevé de la frontière le long du Chobe

¹⁸«What I will say is that starting from 1916, '17, '18, 19, '20 those are things I saw with my own eyes and then from then, others might be that they happened when I was not born and those things I got from my great-grandfather and grandfather. » (Memorial of Namibia, vol. II, p. 203-204).

¹⁹Presentation by Munitenge Moraliswani II, Memorial of Namibia, Vol. II, Annex 2.II, p. 2.

²⁰*Ibid.*, p. 205.

en vue d'un arbitrage éventuel. Le capitaine Eason est un officier de terrain. Que voit-il à Kasikili ? «Les indigènes vivant à Kasika, en territoire allemand, cultivent les terrains sur l'île.»²¹

43. Voilà un premier constat qui est net. Le second constat date des années 1948-1951. Je ne reviens pas sur la correspondance administrative entre administrateurs locaux déclenchée par ce forestier soucieux d'évacuer ses billes de bois. M. Faundez vous en a relaté l'essentiel. Ce qui m'intéresse ici, c'est le constat fait par les deux administrateurs conjointement, M. Trollope pour l'Union sud-africaine et M. Redman, pour le Bechuanaland, constat établi le 19 janvier 1948. Les administrateurs ne s'accordent pas sur grand-chose et notamment pas sur les conséquences juridiques à tirer de la situation. Mais ils constatent au moins un élément de fait :

«5. Par ailleurs, nous avons vérifié, après enquête, que l'île a bien été occupée depuis au moins 1907 par les tribus de la bande de Caprivi orientale et que cette situation perdure à ce jour.

6. Nous n'avons aucun élément de preuve nous permettant de penser que l'île a été utilisée ou revendiquée par des tribus ou autorités du Bechuanaland, ou que l'usage de l'île par les tribus de la bande de Caprivi ait suscité la moindre objection.

7. Nous constatons cependant que les terres du côté du Bechuanaland de la frontière ne font pas l'objet, à toutes fins utiles, d'une occupation tribale par les Africains.»²²

44. En 1965, à la veille de l'indépendance du Botswana, M. R.R. Renew, *Surveyor general* du Bechuanaland, s'intéresse à l'île de Kasikili. Il estime d'ailleurs que les autorités britanniques devraient affirmer leur souveraineté sur l'île — c'est son opinion. Il déclare cependant — et cela c'est une déclaration de fait — il déclare :

«b) Depuis l'établissement de l'administration allemande sur la bande de Caprivi en 1907, les tribus originaires de Caprivi ont cultivé l'île et, plus généralement joui d'un usage incontesté de l'île.

²¹« The natives living at Kasika in German territory are at present growing crops on it. » (Contre-mémoire du Botswana, p. 15, par. 29, quoting Botswana Memorial, Vol. III, pp. 234-5.)

²²«5. On the other hand we are satisfied, after enquiry that since at least 1907, use has been made of the Island by Eastern Caprivi Zipfel tribesmen and that that position still continues.

6. We know of no evidence of the Island having been made use of, or claimed, by Bechuanaland Tribesmen or Authorities or of any objection to the use thereof by Caprivi Tribesmen being made.

7. We record, however, the fact that the country on the Bechuanaland side of the boundary is for all practical purposes not tribally occupied by Africans.» (Namibia Memorial, Vol. IV, Annex 60, p. 264.)

c) Il n'y a aucun élément de preuve permettant de conclure à l'usage ou à la revendication de l'île par les tribus du Bechuanaland.»²³

45. Enfin, en 1984, une réunion est provoquée par les deux parties à la suite d'incidents armés dans le secteur. Les autorités concernées demandent à des experts d'enquêter sur le terrain. Ces experts, MM. Fitschen pour l'Afrique du Sud et Raffle pour le Botswana, rendent leur rapport le 5 juillet 1985. Se fondant sur des données erronées de l'avis de la Namibie, ils proposent de retenir une certaine ligne frontière. C'est une opinion. Mais ils constatent — et c'est cela qui m'intéresse à ce point de mon raisonnement — ils constatent que l'île est encore occupée par des ressortissants namibiens (1985), même si cette occupation paraît plus épisodique que naguère. Ils notent en particulier que «le bétail traverse la rivière pour aller paître sur l'île lorsque les pâturages du côté namibien sont insuffisants»²⁴. En revanche, il n'est pas question de la moindre présence botswanaise.

46. 1985 : Près de vingt ans après l'indépendance du Botswana et l'application de la règle de *l'uti possidetis* dans cette affaire. On me rétorquera que ce fait, constaté vingt ans après la date critique, n'a aucune valeur. Mais vous savez bien que si les faits intervenus après une date critique ne peuvent engendrer un transfert de souveraineté, ils peuvent en revanche éclairer le juge sur la situation antérieure. Et c'est à ce titre que je retiens le pacage du bétail namibien sur l'île.

47. Enfin, je vous propose, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, d'examiner de près une photographie aérienne de 1943, que vous trouverez d'ailleurs dans votre dossier sous la cote 4.2. On y voit clairement indiqués par des fléchettes, d'une part le « kraal », l'enclos du village, d'autre part les champs cultivés, indiqués eux aussi par une fléchette. Ce sont les *fields* qui se trouvent donc sur le coin droit inférieur de l'île. Je précise que j'extrais cette photographie aérienne du contre-mémoire du Botswana, volume 1, page 63, y compris les légendes

²³« (b) Since the assumption of German administration of the Caprivi strip in 1907, Caprivi tribesmen have cultivated lands and generally had the undisputed use of the island.

(c) There was no evidence of the island having been made use of, or claimed, by Bechuanaland tribesmen. » (Memorial of Botswana, Vol. III, Annex 36, p. 321.)

²⁴« Livestock from Caprivi are swum across the river when grazing on the Caprivi side is poor. » (Memorial of Botswana, Vol. III, Annex 48, p. 387.)

et fléchettes que je viens d'indiquer et je remercie d'ailleurs au passage la Partie adverse d'avoir ainsi contribué à éclairer la Cour sur l'occupation par la Namibie de l'île en 1943.

48. Conclusion à ce stade du raisonnement : à chaque fois que les administrateurs du Bechuanaland ou du Botswana, responsables à un titre ou un à autre de la circonscription administrative et connaissant donc bien le terrain, à chaque fois, dis-je, que ces administrateurs ont eu à constater la situation sur le terrain, ils ont constaté l'occupation pacifique de l'île par la Namibie et ses ressortissants. Ceci de 1912 jusqu'à 1985. Et sans fausse note.

49. Observons, en outre, l'absence de toute présence significative du Botswana ou de ses ressortissants. Cette exclusivité de l'occupation namibienne ressort en particulier des déclarations du chef Moraliswani.

50. Nos adversaires s'échinent sans doute à trouver quelques passages de bovins ou de vagues demandes d'autorisations administratives. Il s'agit tout au plus de velléités, de manifestations épisodiques d'une présence fort discutable, et l'on sait que la jurisprudence internationale n'y accorde pas grande importance²⁵. J'observe pour ma part qu'aucun des administrateurs cités — je dis bien *aucun* des administrateurs cités, et ces administrateurs sont britanniques, ou bechuanalands ou botswanais — aucun de ces administrateurs n'a cru nécessaire de relever ces quelques manifestations de présence épisodique alléguées par le Botswana dans ses écrits. Ces faits ne semblent pas avoir retenu l'attention des administrateurs compétents. Si le Botswana s'est aventuré sur l'île, c'est dans des conditions de clandestinité telles qu'elles furent ignorées par ces observateurs perspicaces qu'étaient MM. Eason, Redman, Renew, Raffle, sans parler de leurs supérieurs hiérarchiques.

2. La possession doit être publique

51. La possession de l'île par la Namibie était publique, à n'en point douter. Elle était connue de toutes les autorités en présence, et d'abord des autorités responsables pour le Bechuanaland, puis

²⁵Cf. *Rann de Kutch* à propos de manifestations épisodiques de souveraineté alléguées par l'Inde et notamment des tentatives de collecte d'impôts : ... at no time were these levies fully effective, as is evidenced by the small amounts recovered, which fell far short of the expenditure incurred in the collection. More significantly, ... the imposition of the levy was opposed, not only by the local villagers, but by the British Government authorities concerned ... Taken in all, these activities by Kutch cannot be deemed to have constituted continuous and effective exercise of jurisdiction. » (Sentence, p. 677-678. VERIFIER.)

le Botswana. Nous venons de citer l'avis des administrateurs ou experts territorialement compétents. Aucun ne signale une possession clandestine par les ressortissants namibiens, une présence dissimulée. Chacun constate que les paysans Masubia de Caprivi y sont bien chez eux, cultivent leurs terres, y font paître leurs bêtes. La présence d'un poste de police à Kasane en territoire du Bechuanaland, installé par les autorités britanniques au début des années vingt à moins de 2 kilomètres de l'île, permet – que dis-je, oblige – à constater en permanence l'occupation pacifique et publique par les Masubia de Caprivi de l'île.

52. En outre, ces autorités locales signalent cette occupation à leurs administrations centrales. Le capitaine Eason fait rapport à lord Harcourt. M. Redman s'en ouvre au haut-commissaire britannique, sir Evelyn Baring. Ce dernier se rend sur place et constate que l'île de Kasikili a été cultivée par les populations de Caprivi depuis des années sans difficulté ni contestations²⁶. Et il rend compte au ministre, Philip Noël-Baker. Renew, en 1965, fait rapport à son gouvernement. Enfin, c'est le Botswana lui-même qui insiste dans ses écrits sur le haut niveau des délégations représentées en 1984. Les deux gouvernements sont destinataires du rapport des experts, MM. Fitschen et Raffle qui confirment l'occupation de l'île par les Masubia du Caprivi.

53. La possession de l'île de Kasikili par la Namibie et ses ressortissants présente donc sans aucun conteste le caractère de publicité exigé par le droit international. Rien de tel, notons-le, en ce qui concerne les rares incursions alléguées par le Botswana, mais j'en resterai là pour cette seconde condition.

3. LA POSSESSION DOIT AVOIR DURÉ UN CERTAIN TEMPS

54. Dans l'esprit d'André Audinet et de Paul Fauchille, la question principale qui se posait était celle de la durée de la prescription. Car, contrairement au droit interne, le droit international, on le sait, ne prévoit pas de terme fixe, par exemple le terme de trente ans que connaît le code civil français pour la prescription acquisitive. Selon la plupart des auteurs, l'absence de terme fixe ne fait pas obstacle au jeu de la prescription, et d'ailleurs, certains tentent de fixer un ordre de

²⁶Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 69, p. 294.

grandeur. Grotius proposait trois générations²⁷. Le temps s'est accéléré depuis. Le compromis arbitral du 2 février 1897 entre la Grande-Bretagne (représentée par lord Salisbury) et le Venezuela prévoyait cinquante ans²⁸. On retrouve, c'est intéressant, la même durée dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*. La Cour y note que la Thaïlande a joui pendant cinquante ans des avantages d'une frontière stable²⁹. Le tribunal arbitral statuant dans l'affaire de *Taba* a relevé le même délai de cinquante ans pour établir le titre territorial³⁰. Il ne s'agit évidemment, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, que d'un ordre de grandeur. On reconnaît que la durée peut varier suivant les circonstances de l'espèce. Mais cet ordre de grandeur paraît pertinent pour notre affaire.

55. En tout état de cause, André Audinet, je reviens à lui, puisque nos amis nous ont fait le plaisir et l'honneur de citer entièrement son article dans leurs annexes, André Audinet fait observer avec une certaine finesse que, lorsque la prescription est invoquée, c'est que «le temps écoulé aura été si long qu'il est évidemment suffisant»³¹. Et c'est le cas ici. Quelle que soit la date retenue, la prescription est largement acquise depuis plus de soixante années par une occupation paisible et ininterrompue.

56. Ceci nous amène, Monsieur le président, à une seconde question relative à la durée de la prescription. A quel moment la prescription doit-elle être appréciée ? Son caractère paisible excluant évidemment toute contestation.

57. Le Botswana semble avancer la date de 1948-1949 comme date critique dans ses écrits, en raison de l'échange de correspondance entre les administrateurs locaux Redman et Trollope qui auraient noué le contentieux en quelque sorte. Nous ne pensons pas que la notion de date critique apporte grande lumière à notre affaire. Quoiqu'il en soit, et même si par hypothèse on accepte la

²⁷*De Jure Belli ac Pacis*, Livre II, chap. IV, section VII cité par Johnson, *BYBIL*, 1950, p. 336.

²⁸Lafontaine, *Pasicrisie internationale*, 1902, p. 555.

²⁹*C.I.J. Recueil 1982*, p. 32.

³⁰*ILM*, 1988, vol. XXVII, p. 1489-1490.

³¹*RGDIP*, vol. 3, 1896, p. 324.

date critique de 1948-1949, l'île a été paisiblement occupée par les seuls Masubia du Caprivi dans des conditions aux critères de Paul Fauchille.

58. La date de 1966, vous le savez, nous paraît plus pertinente. C'est à la fois la date de l'indépendance du Botswana, celle de la révocation par l'Assemblée générale du mandat de l'Afrique du Sud sur la Namibie et donc de la révocation de la compétence de l'Afrique du Sud pour engager la Namibie dans les relations internationales.

59. Mais en ce qui nous concerne, c'est surtout la date de l'*uti possidetis*, la date de l'indépendance du Botswana qui fixe la situation. On connaît l'importance juridique et politique du concept de l'*uti possidetis* en droit international général et sa pertinence pour le règlement des conflits territoriaux en Afrique. Depuis la déclaration du Caire de l'Organisation de l'unité africaine, la référence est inévitable. Et, au demeurant, je constate que les deux Parties au présent litige s'accordent sur son importance.

60. Il nous paraît, à nous Namibie, que c'est à cette date qu'il faut juger de la situation territoriale. La possession paisible de l'île par la Namibie après 1966, car elle a continué, ne faisant que confirmer une prescription acquisitive largement établie à cette date de 1966.

4. LA POSSESSION DOIT AVOIR ÉTÉ «À TITRE DE SOUVERAIN»

61. C'est la principale objection opposée par le Botswana. Si j'ai bien compris nos adversaires, et ils s'en expliqueront, peu importe la présence de la Namibie et de ses ressortissants sur l'île de Kasikili, puisque cette présence n'était pas «à titre de souverain», puisque cette présence ne se manifestait pas sous forme d'actes de souveraineté.

a) «*Nul ne peut prescrire contre son propre titre*»

Une remarque liminaire. Au siècle dernier le débat sur la possession à titre de souverain ne portait pas sur la nature de la possession ou la qualité des actes de possession. Le débat portait sur l'adage «Nul ne peut prescrire contre son propre titre».

62. André Audinet y consacre un développement intéressant dans l'article précité. Il exclut du jeu de la prescription la possession par une autorité à un titre autre que souverain et il donne comme exemple la possession par l'Autriche-Hongrie de la Bosnie en vertu du traité de Berlin

de 1878, traité qui maintient explicitement la souveraineté de l'Empire ottoman³². On peut citer dans la même catégorie de possession sans transfert de souveraineté les cas d'occupation militaire, de protectorat ou d'administration internationale, tels que les régimes du mandat ou de la tutelle.

63. Cette hypothèse, Monsieur le président, intéresse directement notre affaire. La bande de Caprivi — et donc l'île de Kasikili — fut à plusieurs reprises soumise à une administration excluant tout transfert de souveraineté : en premier lieu dans le cadre du mandat, de 1919 à 1966, ce qui interdisait à l'Afrique du Sud toute annexion du territoire. En second lieu, lors de la délégation, par l'Afrique du Sud, aux autorités britanniques responsables du Bechuanaland, de l'autorité administrative et ceci de 1922 à 1929. Les actes de possession exercés par les autorités britanniques pendant cette période de 1922 à 1929 ne pouvaient en aucun cas entrer en ligne de compte comme actes «à titre de souverain» pendant cette période. Ceci vaut en particulier pour les tentatives d'imposer un permis de cultiver, tentatives alléguées par le Botswana.

64. Le troisième cas de possession sans transfert de souveraineté concerne les autorités sud-africaines à partir de 1966 et de la déchéance du mandat sur le Sud-Ouest africain. Dès lors, l'Afrique du Sud se trouvait en Namibie, mais sans titre juridique, ses actes ne pouvaient en aucun cas engager le territoire ou opérer de transfert de souveraineté. Ces analyses furent notamment développées à cette barre, en 1971, par le représentant du Secrétaire général des Nations Unies, M. Stavropoulos, lors de la demande d'avis consultatif de 1971³³.

65. Le Botswana, on le comprend, ne s'attarde pas sur cette première acception de la notion de possession à titre de souverain, car cette première acception met à mal certaines des activités invoquées à son bénéfice. Il en retient une autre. A l'en croire, l'exercice d'activités privées ne saurait constituer une possession à titre de souverain. Voyons ce qu'il en est.

³²Contre-mémoire du Botswana, vol. II, p. 323.

³³*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain)*, C.I.J., Mémoires, vol. II, p.58.

b) Possession à titre de souverain et circonstances locales

66. La possession à titre de souverain, doit être appréciée au vu des circonstances locales. Le droit international module ses exigences quant au critère de l'occupation effective selon le contexte. C'est Max Huber qui l'affirmait dans l'affaire de l'*Ile de Palmas*.

67. La Cour permanente de Justice internationale avait repris le raisonnement en 1933 dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental* :

«Il est impossible d'examiner les décisions rendues dans les affaires visant la souveraineté territoriale sans observer que, dans beaucoup de cas, le tribunal n'a pas exigé de nombreuses manifestations d'un exercice de droits souverains pourvu que l'autre Etat en cause ne pût faire valoir une prétention supérieure. Ceci est particulièrement vrai des revendications de souveraineté sur des territoires situés dans des pays faiblement peuplés ou non occupés par des habitants à demeure...»³⁴ (Arrêt du 5 avril 1933, *C.P.J.I. série A/B n° 53*, p. 46.)

68. L'analyse de la Cour permanente retiendra notre attention à un double titre. D'une part, la Cour confirme que le niveau d'exigence n'est pas le même pour les territoires faiblement occupés ou non occupés par des habitants à demeure, ce qui est le cas pour l'île de Kasikili lorsqu'elle est submergée par les flots. D'autre part, la Cour souligne le caractère relatif de la manifestation de souveraineté, à comparer avec la prétention avancée par la Partie adverse.

69. Notons que les sentences rendues dans l'affaire du *Rann de Kutch* (*R.S.A.*, vol. XVII, p. 569) et de *Dubaï/Sharjah* (*I.L.R.*, 1993, vol. 91, p. 624) reprennent la même analyse, s'agissant de régions désolées ou qui ne sont pas habitées en permanence.

70. Or l'île de Kasikili, surtout dans les années suivant la conclusion du traité de 1890 et jusqu'au développement des liaisons aériennes et du tourisme, cette île de Kasikili se trouvait dans une situation comparable d'éloignement au cœur de l'Afrique pour parler comme Conrad. Cette situation appelait une exigence comparable quant à la manifestation d'actes émanant d'autorités publiques.

71. Quant au second critère avancé par la Cour dans l'affaire du *Groënland oriental*, il n'y a aucun doute. En l'espèce, le Botswana n'avance aucune manifestation de souveraineté de sa part.

³⁴«It is impossible to read the records of the decisions in cases as to territorial sovereignty without observing that in many cases the tribunal has been satisfied with very little in the way of the actual exercise of sovereign rights, provided that the other state could not make out a superior claim. This is particularly true in the case of claims to sovereignty over areas in thinly populated or unsettled countries.» (Judgment of 5 April 1933, *P.C.I.J., Series A/B, N° 53*, p. 46.)

La comparaison entre titres possessoires tourne sans discussion à l'avantage de la Namibie. Nous y reviendrons dans notre conclusion mais il me faut auparavant évoquer le principe de l'*indirect rule* — de l'administration indirecte — avec l'exigence de possession à titre de souverain.

c) *Possession à titre de souverain et «indirect rule»*

72. Faisons d'abord justice d'une singulière confusion dans les écrits du Botswana. Nos adversaires considèrent qu'il ne peut y avoir de possession à titre de souverain parce que les autorités compétentes sur le terrain n'avaient pas la capacité juridique pour engager la Namibie sur le plan international.

73. Le Botswana confond ici actes d'administration et faits de possession matérielle sur le terrain d'une part, actes juridiques à portée internationale d'autre part. Une possession est toujours le fait d'acteurs locaux, autorités locales publiques ou autorités privées investies de prérogatives de puissance publique. On n'a jamais vu un ministre des affaires étrangères dresser procès-verbal ou cultiver un champ pour affirmer l'effectivité de la présence de son Etat sur telle portion de son territoire. Et lorsque Cincinnatus reprit sa charrue, il n'entendait pas exprimer par là l'*imperium* de la République romaine, bien au contraire.

74. Les autorités locales allemandes, sud-africaines ou namibiennes et notamment les chefs traditionnels Masubia n'avaient pas compétence pour engager internationalement la Namibie, pas plus d'ailleurs que le résident britannique ou botswanais à Kasane n'engageait la couronne britannique ou le Botswana. Mais là n'est pas le problème.

75. Le raisonnement avancé par le Botswana quant à la possession à titre de souverain ignore la notion d'administration indirecte «*indirect rule*». Je ne reviens pas ici sur la démonstration des professeurs Faundez et Hangula. Les autorités allemandes, puis sud-africaines, exerçaient la puissance publique à travers les structures traditionnelles. La Namibie a produit des documents détaillés sur l'organisation, le financement, le contrôle de ce gouvernement indirect. Les autorités traditionnelles étaient directement rémunérées par le gouvernement pour l'exercice de leurs attributions publiques. Nous connaissons même le montant de ces rémunérations pour 1941 : 20 £ par année pour le chef; 9 £ pour le Ngambela (c'est-à-dire le premier ministre); 6 £ par année pour

chacun des douze membres du conseil de la Kuta³⁵. Et le chef en plus, apprenons-nous, est doté d'un secrétaire payé 15 shillings par mois pour tenir les registres³⁶, tout ceci sur le budget de l'administrateur compétent. Les compétences de la Kuta (conseil) sont celles d'un conseil municipal doublé d'un juge de paix, pour prendre un point de comparaison français. On notera en particulier la compétence pour l'allocation des biens communaux. Je retrouve d'ailleurs cette compétence dans les vallées alpines en Savoie où c'est le conseil municipal qui procède à l'allocation des terrains communaux³⁷ parmi les habitants faisant feu. Cette compétence concernait évidemment les terrains cultivés sur l'île de Kasikili, comme il ressort des témoignages produits devant la commission mixte.

76. Dans une telle société la distinction entre activités publiques et activités privées n'avait pas le même sens que dans une société industrielle contemporaine. Le surarbitre Lagergren, dans l'affaire du Rann de Kutch, avait ainsi fait remarquer que, dès lors, des activités paraissant de nature privée pouvaient être retenues pour établir l'occupation effective du territoire. Et comme l'a fait fort justement remarquer un bon auteur qui est de l'autre côté de la barre :

«La sentence dans cette affaire soulignait que dans une économie rurale traditionnelle, la distinction entre intérêts publics et intérêts privés ne pouvait être affirmée avec la même netteté que dans une économie industrielle avancée. Dans une économie rurale, le pâturage ou d'autres activités économiques de propriétaires privés peuvent fournir des éléments de preuve du titre territorial.»³⁸ (Brownlie, *op.cit.*, p. 143-144.)

Acquiescement des autorités du Botswana à la présence namibienne «à titre de souverain»

77. Les autorités responsables sur le plan international pour le Bechuanaland, puis le Botswana, étaient pleinement au courant de la présence namibienne à titre de souverain. Par leur

³⁵Réplique de la Namibie, annexe 17 c) lettre du 14 octobre 1941 du secrétaire aux affaires indigènes, Pretoria.

³⁶*Ibid.*, b), 4 mars 1940.

³⁷Réplique de la Namibie, annexe 16 e) lettre du 13 mars 1962 du commissaire aux affaires Bantoues de Katima Mulilo.

³⁸The award in this case remarked that in an agricultural and traditional economy, the distinction between state and private interests was not to be established with the firmness to be expected in a modern industrial economy. In an agricultural economy grazing and other economic activities by private landholders may provide evidence of title.» (Brownlie, *op.cit.*, pp. 143-144).

silence, par leur refus d'agir, elles ont acquiescé à cette présence et ont ainsi parachevé le titre créé du fait de la prescription acquisitive.

78. L'effet combiné de la possession publique, paisible et à titre de souverain est complété par l'acquiescement. L'opposition de l'autre partie aurait eu pour conséquence évidente d'interrompre le processus de prescription. En revanche, l'acquiescement consolide la prescription, la scelle en quelque sorte du sceau de la partie consentante.

79. Comme l'a dit la Chambre de la Cour dans l'affaire du *Golfe du Maine*, l'acquiescement se définit comme : «une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement»³⁹.

80. Contrairement aux actes de possession effective sur le terrain, qui sont nécessairement le fait d'autorités locales ou de personnes privées dûment autorisées ou encadrées, cet acquiescement qui engage l'Etat directement doit émaner des autorités compétentes pour engager l'Etat sur le plan international. Et la jurisprudence considère que les prises de position locales ne sauraient prévaloir face à la position exprimée par les autorités centrales.

81. En l'espèce, les autorités britanniques, responsables pour le Bechuanaland, ont eu à plusieurs reprises l'occasion de manifester leur volonté⁴⁰. La première se présente lorsque le secrétaire d'Etat aux colonies, lord Harcourt, demande au capitaine Eason d'examiner le cours de la rivière Chobe pour vérifier le tracé de la ligne frontière en vue d'un éventuel arbitrage. On sait que Harcourt n'avait pas spécialement à l'esprit Kasikili mais le capitaine Eason relève, nous le savons, l'occupation tribale de l'île de Kasikili par les Masubia de Caprivi, les ressortissants allemands et propose, en outre sur la base d'une reconnaissance imparfaite, que la frontière soit fixée dans le chenal septentrional. Le secrétaire d'Etat britannique, averti de l'occupation pacifique de l'île par les populations namibiennes, choisit de ne pas réagir.

82. Certes, la première guerre mondiale ajourne le projet d'arbitrage. Mais au lendemain du conflit, la Grande-Bretagne, dûment avisée, avait toutes les occasions de procéder à une mise au

³⁹«tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent » (*I.C.J. Report 1984*, p. 305).

⁴⁰Réplique de la Namibie, par. 385-389 et références citées.

point si elle estimait que les Namibiens se trouvaient chez elle. Elle s'abstint de réagir, acquiesçant ainsi à la situation sur le terrain.

83. La seconde occasion se présenta lors des discussions engagées entre 1948 et 1951 par les administrateurs locaux, Trollope pour le Sud-Ouest africain, Redman puis Dickinson pour le Bechuanaland. Les administrateurs reconnurent à leur tour l'occupation de l'île par les Masubia de Caprivi. Redman insista auprès de son administration centrale pour obtenir une rectification de frontière. Le secrétaire d'Etat aux colonies, Philip Noel-Baker décida de ne pas réagir, ceci pour des raisons diplomatiques que le professeur Faundez vous a exposées. Le Royaume-Uni acquiesçait ainsi, une seconde fois, à la situation sur le terrain⁴¹.

84. Ajoutons l'incident de 1972, relatif à l'arrestation de ressortissants namibiens sur l'île, ressortissants accusés de braconnage. D'après les informations recueillies par les autorités sud-africaines de l'époque, le magistrat siégeant à Kasane, au Botswana, déclina sa compétence et fit relâcher les présumés braconniers au motif que l'arrestation avait eu lieu sur l'île de Kasikili et donc hors du territoire du Botswana. Nos adversaires contestent cette version des faits. Mais l'essentiel n'est pas là. L'essentiel est dans l'absence de réaction des autorités responsables du Botswana, pourtant saisies officiellement de l'affaire.

85. Le ministère des affaires étrangères sud-africain envoya une note diplomatique de protestation le 22 février 1973, se plaignant de la violation par le Botswana de sa souveraineté territoriale. Il ne reçut aucune réponse. Pretoria relança Gabarone le 13 juin 1973, pas davantage de réponse.

86. Cette passivité contraste avec la diligence dont firent preuve par exemple les autorités mexicaines dans l'affaire de *Chamizal* (RSA, vol. XI, p. 328-329), multipliant les protestations et suspendant de ce fait l'opération de la prescription alléguée par les Etats-Unis d'Amérique.

87. L'absence de réaction des autorités du Botswana face à deux notes diplomatiques successives protestant contre la violation de l'intégrité territoriale de la Namibie à Kasikili, cette

⁴¹Mémoire de la Namibie, annexe 69, vol. IV, p. 294.

passivité valait bien reconnaissance tacite, valait bien acquiescement de la présence et du titre namibiens sur l'île.

88. Enfin, Monsieur le président, le colonel Rushworth a montré que les cartes publiées pendant toute la période en question montraient de manière uniforme une frontière laissant l'île de Kasikili en territoire namibien. Raffle, du service géographique de Gabarone, celui-là même qui était impliqué dans ces discussions de 1984-1985, reconnaît en 1985, lors des travaux de la commission d'experts, que les cartes montraient constamment la frontière dans le chenal méridional⁴². Ceci était en particulier le cas pour les cartes utilisées par les services officiels du Bechuanaland dans l'exercice de leur mission de service public : délimitation du domaine de la couronne, travaux publics, services vétérinaires, etc. Et il faut attendre les années soixante, c'est-à-dire la période critique, pour voir apparaître les premières cartes qui situent la frontière dans le chenal septentrional. Or, on le sait, les cartes sont un mode d'expression de l'acquiescement en droit international, donc elles viennent conforter l'ensemble des autres éléments d'acquiescement que j'ai eu l'honneur de vous présenter⁴³.

89. Tout compte fait, il s'agit bien d'une «attitude uniforme et constante des autorités centrales», pour reprendre l'expression de la Cour dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*.⁴⁴

90. Dans ses écrits, le Botswana essaie d'esquiver le problème posé par l'attitude des autorités internationalement responsables pour le Bechuanaland. Il prétend qu'il n'y avait pas d'obligation de réaction. Il reconnaît la passivité («*the failure*») de ces autorités dans le cas du rapport Eason, l'absence de «*follow up*», de suivi de ses recommandations. Et le Botswana se contente d'affirmer qu'il n'y avait pas d'obligation de réaction⁴⁵. Il n'explique pas pourquoi.

91. Or, face à une possession publique, constatée de manière répétée d'abord unilatéralement dans le cas du capitaine Eason, puis bilatéralement dans le cas de l'échange Trollope-Redman, enfin

⁴²Rapport du 5 juillet 1985, mémoire du Botswana, vol. III, annexe 48, p. 385.

⁴³«The evidence of recognition and acquiescence by conduct may take the form of ... the publication of official maps [and] reliance for official purposes on maps showing the alignment.» (Brownlie, *African Boundaries* p.16.)

⁴⁴*C.I.J. Recueil* 1962, p. 30.

⁴⁵Contre-mémoire du Botswana, p. 19, par. 33.

judiciairement et diplomatiquement dans l'incident de braconnage de 1972, le Bechuanaland, puis le Botswana avaient certainement l'obligation de réagir. Les autorités responsables pour la Namibie étaient en droit d'en tirer les conclusions en termes de souveraineté namibienne sur l'île de Kasikili. On se trouvait bien face à un «comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement», pour reprendre l'expression utilisée dans l'affaire du *Golfe du Maine*.

Conclusion

92. Contrairement à ce que semble penser la partie adverse, les conflits territoriaux ne se laissent pas facilement enfermer dans des catégories précises. Nous venons de le vérifier ce matin. La distinction entre pratique subséquente des parties à un traité, d'une part, et prescription, d'autre part, la distinction entre prescription et acquiescement, ne sont pas évidentes. Le gris l'emporte souvent sur le blanc ou le noir.

93. Reste une constante. En matière territoriale, il s'agit pour le juge de comparer les titres avancés de part et d'autre et de trancher, c'est-à-dire de choisir. Comme le faisait naguère observer sir Gerald Fitzmaurice :

«Le poids à attribuer à chaque acte, présomption ou encore à chaque omission, n'est pas une question absolue. Elle dépend pour beaucoup de l'existence d'une revendication concurrente sur le terrain et de l'intensité de cette revendication... La question essentielle dans ce genre d'affaire n'est pas «Qu'a fait chaque partie ?», mais plutôt «Quelle partie a fait le plus ?»⁴⁶

94. Or, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, s'agissant de la présence sur le terrain, à la date de 1966, nous pensons que cette comparaison est aisée. La Namibie est présente sur l'île de Kasikili depuis un siècle; le Botswana n'y est pas et ne prétend pas sérieusement y avoir été. A l'aune de la comparaison que propose sir Gerald Fitzmaurice, vous conviendrez sans difficulté que la Namibie est «la partie qui a fait le plus». Et dans la mesure où vous prendrez en compte les effectivités, ce qui nous paraît inévitable, vous devrez reconnaître cette réalité et je le pense, Monsieur le président, nous adjuger nos conclusions. J'en ai terminé, Monsieur le président,

⁴⁶«Weight to be given to any act, presumption or situation, and equally to any omission, is not an absolute question, but depends very much on whether a competing claim is in the field, and also on what is the character and intensity of that claim... The essential question in this kind of case is not so much «What has each party done», but «Which party has done the most» (BYBIL, 1955-56, p. 64 et p. 65.)

avec ma plaidoirie sur la prescription et l'acquiescement. Nous allons maintenant conclure l'ensemble de nos plaidoiries mais si la Cour en était d'accord, ce serait peut-être le moment d'une brève suspension.

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

The Court adjourned from 11.10 to 11.30 a.m.

The PRESIDENT : Please be seated. Professor Cot.

M. COT :

14(1). CONCLUSION

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour,

1. Après ces longues heures passées à analyser le traité, à exposer les données scientifiques de l'affaire, à examiner les cartes, à soupeser la pratique subséquente, ils nous restent à conclure. Le professeur Chayes ramassera tout à l'heure l'ensemble de notre argumentation, il vous en montrera la cohérence et vous persuadera de son évidence, du moins nous l'espérons.

2. Auparavant, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, vous me permettez de parler des gens. De ces Masubia de Caprivi qui, laboureurs ou pasteurs, attendent votre décision avec inquiétude, avec espoir. Car la justice est d'abord l'affaire des hommes, des femmes qui y ont recours. Vos décisions, comme celles de tout juge, ont pour premiers et pour ultimes destinataires les hommes, les femmes, les enfants qui vivent dans le secteur, qui pourront ou non mettre au service de leur développement économique et social les ressources naturelles de la région suivant l'arrêt que vous rendrez.

3. Je sais bien que la prise en compte des considérations d'équité est soumise à des conditions que nous examinerons dans un instant. Mais, au-delà du droit, vous devez savoir que l'île de Kasikili n'est pas seulement un point sur la carte au cœur de l'Afrique. Que ce fut naguère un territoire fertile, cultivé, pâturé quand les eaux le permettaient. Que c'est aujourd'hui un lieu

d'attraction pour la faune et la flore, donc pour les touristes attirés par la magie des lieux. En d'autres termes, c'est une richesse à laquelle pourront avoir accès ou non les Masubia de Caprivi, selon les termes de votre arrêt.

4. Le professeur Hangula vous a décrit les structures sociales et le rythme de vie du peuple masubia, ce rythme marqué par la crue et la décrue du fleuve, entraînant la migration saisonnière de la vallée fertilisée par le limon, puis envahie par les flots, obligeant les populations à vivre une partie de l'année le long du cours d'eau, pour semer et récolter pendant qu'il est temps, puis à se réfugier sur les hauteurs pour laisser passer la crue. Obligeant les paysans dans notre secteur, à cultiver les champs sur l'île de Kasikili, de juillet à février, puis à se réfugier sur les hauteurs de Kasika pendant la crue du Zambèze et du Chobe.

5. Cela, c'est du passé, me direz-vous. Un passé récent, puisque la présence de ces pasteurs était encore avérée, attestée en 1985, même si elle était devenue plus épisodique. Un passé incontestable, incontesté, suffisant pour établir la réalité de l'occupation de l'île par les Masubia de 1890 à 1966. Un passé pertinent pour établir ou consolider le titre territorial de la Namibie.

6. En face, qui y a-t-il ? Non pas les Masubia du Botswana, qui se sont réfugiés très à l'intérieur des terres du côté de Maun. Pour des raisons politiques, craignant la politique allemande de répression, particulièrement féroce, avant la première guerre mondiale. Surtout pour des raisons géographiques et climatiques. La rive méridionale du Chobe est sèche, désertique. Il n'y a pas de terres cultivables, il n'y a pas de pâturages ou guère. D'où cette constatation faite en 1948 par les administrateurs, Redman et Trollope : la rive méridionale du Chobe n'est pas «tribally occupied», n'est pas occupée tribalement, entendez n'est pas occupée par une population sédentaire, originaire des lieux⁴⁷.

7. J'ai été frappé, Monsieur le président, par les éléments de preuve avancés par la Partie adverse pour tenter d'établir l'occupation de notre île par des ressortissants du Botswana. Qui sont ces ressortissants du Botswana que l'on invoque ainsi ? Des agriculteurs ? Des pasteurs ? Pas du tout ! Les paysans du Botswana sont très loin, à l'intérieur des terres. Et les Masubia du Botswana

⁴⁷Mémoire de la Namibie, vol. 1, p. 83-84 et annexe 60.

à une bonne centaine de kilomètres au sud-ouest. Il s'agit des quelques fonctionnaires détachés dans la région qui souhaitent cultiver un jardin. Au demeurant, les autorités britanniques n'insistent pas pour obtenir cette autorisation.

8. Monsieur le président, je suis bien obligé de constater la différence de qualité entre la présence, l'occupation, la revendication du côté namibien et du côté botswanais. Du côté namibien des paysans, dont la terre est l'instrument de travail, l'instrument de survie. Du côté botswanais, des fonctionnaires, dont la velléité d'occupation intermittente et incidente de l'île constituerait tout au plus un appoint éventuel.

9. J'oubliais, il est vrai, une population importante : ces hippopotames, ces crocodiles, qui se prélassent dans le chenal méridional. Ces éléphants qui franchissent le fleuve, à la recherche d'herbages savoureux. Ces aigles pêcheurs qui plongent dans le fleuve pour y trouver leur proie.

10. Voilà aujourd'hui la vraie richesse de l'île de Kasikili. Une richesse, sinon insoupçonnée, du moins inexploitée jusqu'aux années cinquante. Une richesse qui attire cette flottille de bateaux touristiques à fond plat que vous avez pu voir dans notre projection vidéo et dans les photographies jointes à nos écrits.

11. Or cette richesse se concentre sur le chenal méridional de l'île. Toute la faune s'y trouve. Toute la faune s'y montre, du fait de l'absence de berge élevée, ce qui facilite les safaris photos. Et ne subsistent guère dans le chenal septentrional que ce gros hippopotame paresseux qui y a pris ses habitudes, et quelques barques qui s'en retournent pour faire le circuit complet de l'île. Mais nous vous avons montré à suffisance, j'espère, que l'essentiel de l'activité, donc l'essentiel de la ressource, se trouve concentrée dans le chenal méridional.

12. Nos adversaires ont maladroitement tenté de nier l'évidence. Ils ont allégué l'obstruction du chenal méridional par le kariba, cette mauvaise herbe qui envahit le fond du lit des rivières tropicales, jusqu'à en interdire l'accès. Il est vrai que le kariba a proliféré dans le secteur au début des années soixante-dix. Mais il est aussi vrai qu'une action internationale d'ampleur, associant le Botswana et la Namibie, action à laquelle notre conseil, le professeur Alexander a pris part, a permis d'enrayer cette prolifération. Et aujourd'hui, les barques de touristes circulent sans encombre sur le Chobe, comme vous avez pu le constater, avec notamment ces visiteurs que furent

Elizabeth Taylor et Richard Burton, ou plus récemment le président Clinton, circulant de préférence là où il y a quelque chose à voir : circulant de préférence dans le chenal méridional.

13. Cette richesse touristique, les Namubiens en sont exclus. Les Masubia de Caprivi n'y ont pas accès. Les propriétaires du King's Den Lodge, situé sur la rive namibienne, ne peuvent en faire profiter leurs clients⁴⁸. Et la troupe botswanaise est là pour les en exclure. Il n'y a aucun partage de la ressource touristique. Le Botswana est seul à en profiter. C'est là une considération que vous devez avoir à l'esprit lorsque vous trancherez notre différend.

2. La notion d'équité dans le droit international contemporain

14. J'en viens à la notion d'équité Monsieur le président dans le droit international contemporain. On a observé que «la Cour a clairement accepté l'équité comme une composante importante du droit qu'elle s'autorise d'appliquer»⁴⁹. La notion d'équité est reconnue dans tous les grands systèmes juridiques⁵⁰. Votre jurisprudence a intégré ce concept depuis une trentaine d'années. Elle l'a surtout développé dans le domaine de la délimitation maritime. Je n'entrerai pas d'ailleurs dans le détail de ces analyses. Je me contenterai d'en retenir ce qui me paraît applicable à notre différend, qui ne concerne pas une délimitation maritime, mais une délimitation fluviale.

15. La Cour a précisé le rôle de l'équité dans l'affaire du *Plateau continental Tunisie/Libye*. Elle y a noté que l'équité permet de guider le choix du tribunal lorsqu'il y a plusieurs interprétations possibles d'un même texte⁵¹.

⁴⁸Cf. l'attestation de M. Visagie, gérant du Lodge, qui signale le préjudice ainsi subi (réplique de la Namibie, p. et annexe).

⁴⁹«After fifty years of hesitation the World Court has clearly accepted equity as an important part of the law that it is authorized to apply.» Sohn, *Mélanges Perrin* (1984), p. 311.

⁵⁰Cf. les observations du juge Weeramantry sur «l'équité considérée selon une perspective universelle» dans l'affaire *Jan Mayen, C.I.J. Recueil 1993*, p. 273 et suiv.

⁵¹La notion juridique d'équité est un principe général directement applicable en tant que droit ... en appliquant le droit international positif, un tribunal peut choisir entre plusieurs interprétations possibles celle qui lui paraît la plus conforme aux exigences de la justice dans les circonstances de l'espèce»; «the legal concept of equity is a general principle directly applicable as law ... when applying positive international law, a court may chose among several possible interpretations of the law the one which appears in the light of the circumstances of the case, to be the closest to the requirements of justice» (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 60, par. 71).

16. Dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, la Chambre de la Cour a distingué les divers usages de la notion d'équité. Après avoir écarté la possibilité de statuer *ex aequo et bono* et après avoir écarté tout recours à l'équité *contra legem*, la Chambre de la Cour ajoute :

«La Chambre n'appliquera pas non plus l'équité *praeter legem*. En revanche elle prendra en considération l'équité telle qu'elle s'exprime dans son aspect *infra legem*, c'est-à-dire cette forme d'équité qui constitue une méthode d'interprétation du droit et en est l'une des qualités. En effet, comme la Cour l'a dit : «Il ne s'agit pas simplement d'arriver à une solution équitable, mais d'arriver à une solution équitable qui repose sur le droit applicable. (*Compétence en matière de pêcheries, C.I.J. Recueil 1974*, p. 33, par. 78; p. 202, par. 69.)»⁵² (*Différend frontalier, C.I.J. Recueil 1986*, p. 567-568, par. 28.)

17. Précisons ici que nous nous plaçons bien dans le cadre de l'équité *infra legem*, non de l'équité *contra legem* ou *praeter legem*. Nous pensons en effet, Monsieur le président, que vous disposez des règles juridiques nécessaires pour trancher le différend qui vous est soumis, que ce soit le traité de 1890 ou, alternativement, la prescription et l'acquiescement. L'équité peut cependant vous aider à interpréter ces règles de droit. Et c'est à ce titre seul que nous vous demandons de la prendre en compte.

18. Mais avant d'aborder l'application du principe à la délimitation du Chobe, précisons les considérations à prendre en compte. Il ne s'agit pas ici de comparer la richesse — plutôt la pauvreté — des deux plaignants ! Vous avez écarté fermement les arguments relatifs à la prospérité ou à la misère des uns et des autres⁵³ dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Libye)* et plus récemment s'agissant d'une frontière terrestre en l'affaire du *Différend frontalier (El Salvador/Honduras)*⁵⁴. Il ne s'agit pas de prendre en compte les considérations économiques de ce type mais bien du principe de l'égal accès aux ressources à l'occasion d'une délimitation équitable, ce qui est tout autre chose.

⁵²«Nor will the Chamber apply equity *praeter legem*. On the other hand, it will have regard to equity *infra legem*, that is, that form of equity which constitutes a method of interpretation of the law in force and is one of its attributes. As the Court has observed : "It is not a matter of finding simply an equitable solution, but an equitable solution derived from the applicable law." (*Fisheries Jurisdiction, I.C.J. Reports 1974*, p. 33, para. 78; p. 202, para. 69.)» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 567-568, par. 28).

⁵³*C.I.J. Recueil 1982*, p. 77, par. 107.

⁵⁴*C.I.J. Recueil 1992*, p. 396, par. 58.

19. C'est ainsi que votre Cour a procédé dans l'affaire *Jan Mayen*, qui opposait le Danemark à la Norvège au sujet de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et l'île de Jan Mayen. En l'espèce, vous vous en souviendrez les parties s'opposaient notamment quant à l'accès aux bancs de poisson et singulièrement à l'accès aux bancs de capelan dans le secteur. Dans son raisonnement, la Cour est partie de la ligne médiane, mais pour préciser :

«La Cour doit à présent se livrer à l'examen de tout facteur propre à l'espèce et susceptible de donner lieu à un ajustement ou déplacement de la ligne médiane tracée à titre provisoire. Le but, dans toute situation, quelle qu'elle soit, doit être d'aboutir à «un résultat équitable.»⁵⁵

20. En conséquence, dans l'affaire la Cour a estimé de son devoir d'ajuster la ligne médiane comme ligne de délimitation des zones de pêche «pour assurer aux fragiles communautés de pêche intéressées un accès équitable à la ressource halieutique que constitue le capelan»⁵⁶. Elle a ajouté :

«Il est clair qu'aucune délimitation dans cette région ne saurait garantir à chacune des Parties la présence chaque année de quantités de capelan exploitables dans la zone qui lui est attribuée par la ligne. La Cour estime toutefois que la ligne médiane est située trop loin à l'ouest pour que le Danemark soit assuré d'une possibilité d'accès équitable au stock de capelan, puisque cette ligne attribuerait à la Norvège la totalité de la zone de chevauchement des revendications. Pour cette raison aussi la ligne médiane doit donc être ajustée ou déplacée vers l'est.»⁵⁷

21. Et en procédant à cet ajustement, la Cour a estimé qu'elle «resterait dans les limites du pouvoir discrétionnaire que lui confère la nécessité de parvenir à un résultat équitable», pour utiliser l'expression qu'elle emploie un peu plus loin, au demeurant à propos du plateau continental⁵⁸. Monsieur le président, je suis bien conscient que la décision de la Cour dans l'affaire *Jan Mayen* s'explique pour partie par les spécificités du droit de la délimitation maritime. Elle ne s'en appuie pas moins sur un principe plus général, celui de l'accès équitable aux ressources et elle constitue une application intéressante de l'exercice de votre pouvoir discrétionnaire dans cette hypothèse.

⁵⁵*C.I.J. Recueil 1993*, p. 62, par. 54.

⁵⁶*Ibid.*, p. 72, par. 75.

⁵⁷*Ibid.*, p. 72, par. 76 et opinion individuelle de M. Oda, p. 115, par. 94.

⁵⁸*Ibid.*, p. 79, par. 90.

3. L'équitable accès aux ressources et la délimitation fluviale

22. La considération d'équité qui joue en matière maritime doit également entrer en ligne de compte pour la délimitation fluviale. A vrai dire, elle n'a jamais cessé d'être présente. Lorsque les Etats ont choisi la ligne du thalweg, comme ligne de référence, de préférence à la berge, la rive ou à la ligne médiane, ce fut justement pour des considérations relatives à l'usage équitable de la ressource principale du fleuve qui était la navigation. Mais ils n'hésitèrent pas à écarter la référence au thalweg lorsque celle-ci ne parut plus répondre à l'objectif supérieur, celui de l'accès équitable aux ressources du fleuve.

23. Il peut être utile, Monsieur le président, de retracer ici, après le professeur Delbrück, quelques jalons de la doctrine élaborée en la matière par la Cour suprême des Etats-Unis. La Cour suprême fit progressivement prévaloir la notion d'égal accès aux ressources des cours d'eau sur la notion d'égalité formelle entre riverains. Dès la fin du siècle dernier, dans ses arrêts orientant la jurisprudence dans ce sens, elle marquait la direction. Et dans l'arrêt de principe *New Jersey c. Delaware* du 5 février 1934, elle déclara : «A travers diverses formulations, le droit est à la recherche d'une formule qui assure l'égalité substantielle et non la seule égalité nominale.»⁵⁹

24. La Cour suprême appliqua la doctrine à propos de l'utilisation du cours d'eau à des fins autres que la navigation dans l'arrêt du 20 mai 1935. Le litige opposait l'Etat du Wisconsin à l'Etat du Michigan à propos du tracé de la frontière dans la Green Bay, à l'entrée du lac Michigan. La Cour constata que la doctrine du thalweg avait été adoptée pour protéger le droit égal de chaque Etat à l'utilisation du cours d'eau à fin de navigation. Ensuite dans un second temps, elle nota que dans l'espèce qui lui était soumise, le litige ne portait pas sur la navigation, mais sur la compétence en matière de pêche. Et elle ajouta :

«Le présent différend porte sur des questions de compétence en matière de pêche. On peut affirmer avec certitude que, lorsque le congrès délimita la frontière dans les eaux de la baie, il avait l'intention d'assurer aux deux parties [le Michigan et l'Etat qui devait être créé sur le territoire du Wisconsin] l'égalité des droits et

⁵⁹«Through varying modes of speech the law has been groping for a formula that will achieve equality in substance and not equality in name only.» (Arrêt du 5 février 1934, 54 SCR (1933) p. 415.)

d'opportunités au regard de ces eaux, y compris la navigation, la pêche et d'autres utilisations.»⁶⁰⁶¹

25. Et la Cour conclut dans l'affaire qui lui était soumise que l'égalité des droits en matière de pêche était l'essentiel litige était assurée au mieux par une division aussi égale que possible de l'aire en litige. Elle anticipait ainsi en quelque sorte le raisonnement de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Jan Mayen*. La délimitation des eaux — ici intérieures — doit avoir pour objet l'équitable accès aux ressources du fleuve.

26. La convention du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau à des fins autres que la navigation, dans la mesure où elle reflète l'état présent du droit international, nous donne une indication précieuse pour notre affaire. Vous connaissez mieux que personne, Monsieur le président, le cheminement de ce dossier à la commission du droit international, cheminement marqué successivement par les rapports Schwebel⁶² et McCaffrey⁶³. La convention a consacré la notion d'utilisation équitable et raisonnable du cours d'eau par les Etats riverains.

27. Les principes de la convention de 1997 s'appliquaient bien entendu aux cours d'eau contigus, c'est-à-dire aux fleuves-frontière, autant qu'aux cours d'eau successifs⁶⁴. L'article 6 de la convention, qui énumère les facteurs pertinents pour une utilisation équitable et raisonnable du cours d'eau, nous intéresse au premier chef. Parmi ces facteurs, je note :

- les besoins économiques et sociaux des Etats du cours d'eau intéressés;
- la population tributaire du cours d'eau dans chaque Etat riverain;

⁶⁰«Modern development of international law has strengthened this principle for non-navigational uses of international watercourses as well, as evidenced by the adoption of the convention of 21 May 1997 on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses by the General Assembly of the United Nations.» (*Ibid.*).

⁶¹«Questions of territorial jurisdiction in respect of fishing constitute the occasion of the present controversy. And it confidently may be assumed that when fixing the boundary lines in the waters of the bay Congress intended that Michigan and the State to be erected out of Wisconsin Territory should have equality of right and opportunity in respect of these waters, including navigation, fishing and other uses. On the facts found, equality of rights can best be attained by a division of the area as nearly equal as conveniently may be made, having regard to the matters heretofore litigated and finally adjudged between these States. » (55 Supreme Court Reporter, p. 788.)

⁶²ACDI, 1982, vol. II, 1^{re} partie.

⁶³ACDI, 1994, vol. II, 2^e partie.

⁶⁴*Ibid.*, p. 104 et note 205.

- les utilisations actuelles et potentielles du cours d'eau;
- la conservation, la protection, la mise en valeur des ressources du cours d'eau.

28. Quant à l'article 8, il impose une obligation générale de coopération aux Etats riverains.

29. Vous noterez que les deux Etats au présent litige, le Botswana et la Namibie, avaient anticipé en quelque sorte les dispositions de la convention de 1997, et ceci dès 1951. Ils avaient alors, dans l'accord administratif Trollope-Dickinson⁶⁵, assuré l'équitable accès aux ressources de la rivière Chobe en décidant sans doute de maintenir le statu quo, c'est-à-dire en consacrant l'occupation de l'île par la Namibie. Mais ils avaient ajouté une clause assurant la liberté de navigation dans le chenal septentrional qui devait rester un passage ouvert à tous (un *free for all thoroughfare*), cette clause assurant ainsi l'accès équitable des deux riverains aux ressources du fleuve. Et c'est cet accord que le Botswana a bouleversé en s'emparant de l'île, en interdisant l'accès du chenal principal aux embarcations en provenance de la Namibie, en d'autres termes, en confisquant la ressource touristique à son profit exclusif.

30. Votre Cour a récemment évoqué la convention de 1997, dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁶⁶. Votre arrêt procède en trois temps. Dans un premier temps, il rappelle avec la Cour permanente dans l'affaire de la *Commission internationale de l'Oder* que :

«[la] communauté d'intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les Etats riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres»⁶⁷.

31. Le Chobe, on le sait, n'est pas une rivière navigable. Cependant, et dans un second temps, votre arrêt, dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* déclare :

«Le développement moderne du droit international a renforcé ce principe également pour les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, comme en témoigne l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies,

⁶⁵Lettre Trollope du 4 août 1951, mémoire de la Namibie, vol. IV, p. 296, ann. 71.

⁶⁶C.I.J. *Recueil* 1997, arrêt du 25 septembre 1997, p.56, par. 85.

⁶⁷"The community of interest in a navigable river becomes the basis of a common legal right, the essential features of which are the perfect equality of all riparian States in the user of the whole course of the river and the exclusion of any preferential privilege of any one riparian State in the relation to the others." (Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, arrêt n°16, 1929, C.P.J.I. série A, n° 23, p. 27.)

le 21 mai 1997, de la convention sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eaux internationaux à des fins autres que la navigation.»⁶⁸

32. Et enfin, dans un troisième temps, Monsieur le président, l'arrêt tire la conclusion, en ce qui concerne le différend qui lui est soumis, en considérant que :

«la Tchécoslovaquie, en prenant unilatéralement le contrôle d'une ressource partagée, et en privant ainsi la Hongrie de son droit à une part équitable et raisonnable des ressources naturelles du Danube — avec les effets continus que le détournement de ses eaux déploie sur l'écologie de la région riveraine du Szigetköz— n'a pas respecté la proportionnalité exigée par le droit international»⁶⁹.

33. Alors, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, il vous reste un quatrième temps dans la démarche, il vous reste à en déduire la conséquence en matière de délimitation fluviale. Comme vous l'avez fait en matière de délimitation maritime dans l'affaire *Jan Mayen*. Comme l'a fait la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Wisconsin/Michigan* pour les eaux intérieures. C'est-à-dire qu'il vous reste à prendre en compte, comme considération d'équité applicable à la délimitation fluviale, le droit de la Namibie à une *part équitable et raisonnable*, à un *accès équitable aux ressources* de la rivière Chobe. Ce faisant, vous inscrirez votre décision dans la constellation formée par ces quelques étoiles que sont : le *Plateau continental (Tunisie/Libye)*; le *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*; l'affaire *Jan Mayen*, l'arrêt *Wisconsin/Michigan*, et l'arrêt que vous avez rendu dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*. Un astre supplémentaire ne déparerait pas cette constellation juridique de l'équité.

34. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour,

Pour me résumer, je constate que les Masubia du Caprivi occupaient de longue date l'île de Kasikili. Ces laboureurs et pasteurs en ont été évincés dans les années quatre-vingt. Ils ont ainsi été privés de leur instrument de travail et du fruit de leurs efforts. Ils ont été exclus du partage de la nouvelle ressource de la rivière, le tourisme. Ils doivent devenir partie prenante à ce

⁶⁸“Modern development of international law has strengthened this principle for non-navigational uses of international watercourses as well, as evidenced by the adoption of the convention of 21 May 1997 on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses by the General Assembly of the United Nations.” (*Ibid.*).

⁶⁹“Czechoslovakia, by unilaterally assuming control of a shared resource, and thereby depriving Hungary of its right to an equitable and reasonable share of the natural resources of the Danube – with the continuing effects of the diversion of these waters on the ecology of the riparian area of the Szigetköz – failed to respect the proportionality which is required by international law.”

développement économique et social fondé sur la conservation et la protection des équilibres naturels. Ils doivent pouvoir mettre en place ce conservatoire de la recherche fluviale évoqué lundi par le Dr. Kawana dans son discours d'ouverture. Vous avez la possibilité d'assurer à ces populations un équitable accès à cette ressource. Le droit international public, tel qu'il a été développé par votre jurisprudence, reconnaît désormais l'importance des considérations d'équité dans l'interprétation de la norme. Il applique ce principe pour délimiter les espaces maritimes, mais encore les eaux intérieures, ceci afin d'assurer un accès équitable aux ressources du cours d'eau. La ressource, aujourd'hui, se trouve dans le chenal méridional. C'est en plaçant la frontière dans ce chenal que vous satisferez au mieux l'exigence d'équité.

Monsieur le président, j'en ai terminé pour ma part. Je remercie la Cour pour son attention et vous prie de passer la parole au professeur Abram Chayes pour conclure ce premier tour de plaidoiries orales au nom de la République de Namibie.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Cot. I call on Professor Chayes.

Mr. CHAYES:

14(2). CLOSING ARGUMENT

1. Introduction

1. Mr. President, Members of the Court, Professor Cot has spoken in eloquent, indeed poetic words about the Masubia and their history, about their past economic circumstances and their present prospects. He has elaborated a major principle that, in Namibia's view, underlies all legal rules of river boundary demarcation: the requirement of equal access to the resources of boundary rivers. And he has placed this requirement in the broader context of the lasting principles of equity under the law that must always animate the work of the Court.

2. My portion of the closing argument is the much more prosaic task of summarizing Namibia's legal position. Namibia has presented a wide range of arguments in this case. We have invoked the text of the Treaty, the preparatory work, the ordinary meaning of the words, the scientific data, economic evidence, the subsequent practice of the parties, the cartographic record,

the history of the Island and its people, and the requirements of equity. In Namibia's view, it would be entitled to prevail on any one of these grounds. However, Namibia's claim does not depend on any single strand of the argument. Instead, each one supports and reinforces the other. The strength of Namibia's case, as I hope to show, lies in this mutual and reciprocal interplay of legal argument and evidence over the whole range of applicable considerations.

3. This summary will necessarily involve some repetition of material you have heard before, for which I ask the Court's patience. I should say also at this point, that the materials presented orally in the last four days are by no means the whole of our argument. Namibia's written pleadings contain extensive further development of all the points we have discussed here.

4. In the first instance, this case concerns the interpretation of a treaty — the Anglo-German Treaty of 1890 — establishing the boundary here in dispute. Three of the four days of Namibia's presentation have been devoted to the Treaty aspects of the case.

5. The fundamental principle of treaty interpretation, codified in Article 31 of the Vienna Convention, is that treaties are to be interpreted in accordance with the ordinary meaning of their words. The words that define the boundary and therefore, must be interpreted in this case, are "the centre of the main channel of the River Chobe". Or, in the German text "*im Thalweg des Hauptlaufes deises Flusses*". The ordinary meaning of these terms requires that the Court should, first, identify the main channel of the River, and then locate the "centre" or "thalweg" of that channel as the boundary line. Since these words, in both the English and German texts, were deliberately added at the last moment, the Court should reject any interpretative argument that fails to give them a distinct and separate meaning.

6. The Treaty places the boundary in the centre of "the main channel" of the Chobe River. But it gives no clue to the meaning of these words. Thus, we are cast back on traditional methods of treaty interpretation. Namibia's arguments can be grouped under two of these:

- first, the ordinary meaning of the words "the main channel"; and
- second, the "subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation".

7. I want to recapitulate the essentials of Namibia's case under these two heads.

2. The ordinary meaning of the words

8. Namibia believes that where a river divides into two channels around an island, the words "the main channel", in their ordinary meaning, connote the channel that carries the larger part of the flow of the river. They also connote the channel that carries the most traffic.

(a) The legal materials

9. Both of these meanings of the phrase are reflected in the decisions of international tribunals and the writings of publicists. I will not burden the Court with another round of extended quotations from these legal materials. They are collected and analysed in Namibia's Counter-Memorial at paragraphs 59 to 72. Professor Delbrück analysed them extensively on Monday, and I quoted a number of them on Tuesday. These sources are central to an understanding of the 19th century legal development of the field of river boundaries.

10. Botswana has contended that this case should be resolved by an asserted "thalweg principle", under which a river boundary established by treaty must be drawn along the thalweg of the river, which is the deepest channel. It follows, so Botswana argues, that the northern channel, which, it says, is of greater average depth than the southern, is the boundary.

11. This simple syllogism is a good deal too simple to withstand analysis. In the first place, Namibia has shown that no such rule of international law existed at the end of the 19th century, when the Anglo-German Treaty was negotiated⁷⁰. Moreover, Botswana refers to depth as a criterion in the context of *navigability*. But whatever significance may be given to depth in this context, it cannot be to *average* depth. The navigability of a channel is not determined by its average depth, but by the point or region of *minimum* depth that a boat must clear to traverse the channel. On this score, the two channels are substantially equivalent.

12. However, the 19th century European and American writers did not, in any case, endorse the criterion of depth *tout court*. A careful examination of the contemporary sources reveals a substantial concordance among them that the then emerging thalweg concept involved more than a mechanical reference to the depth of the channel. The essence of the concept had to do with the

⁷⁰Counter-Memorial of Namibia, paras. 54-58.

flow of the current and the commercial use of the river. Paragraphs 63 to 65 of Namibia's Counter-Memorial quote no less than 13 prominent publicists writing between 1864 and the end of the century. All of them emphasize the importance of the current of the greatest volume of water, or "the center of the downward current"⁷¹. French and German dictionaries of the period are in accord.

13. These same writers also emphasize that the emerging thalweg concept included the element of use for navigation: "the principal artery of commerce" or "the course of the boats of the greatest tonnage"⁷². The words vividly demonstrate that these authors were concerned not with some abstract conception of "navigability" but with the actual use of the river by commercial vessels.

14. In fact, these two elements are two sides of the same coin. The current or flow facilitated downstream navigation. And navigation followed the current. These two ordinarily coincided with the deepest channel of the river. Few authors considered the case when all three indicia did not converge, but those that did had no doubt of the answer:

"Th[e] course [followed by vessels of the largest tonnage in descending the river] frequently, if not commonly, corresponds with the deepest channel. It may, however, for special reasons take a different path. Wheresoever that may be, such a course necessarily indicates the principal artery of commerce, and for that reason is decisive of the *thalweg*."⁷³

I shall not extend these quotations further. To summarize, the legal materials confirm that the main channel is the one that carries the largest current and at the same time the main channel is the one that carries the most important commercial traffic.

⁷¹Calvo ("[le] courant du plus gros volume d'eau"); von Neuman.

⁷²Hyde, Engelhardt ("la course des bateaux de plus fort tonnage"). See Counter-Memorial of Namibia, paras. 67-71 for a review of the authors.

⁷³Hyde.

(b) When there is substantial flow in the lower Chobe, the largest proportion passes to the south of Kasikili Island

15. Apart from the legal materials, it is significant that both Parties in this case have agreed also, and almost *in haec verba*, that, as a scientific matter, "the main channel is the channel which carries the greater amount of water"⁷⁴.

16. Namibia believes that the time to determine where the greatest amount of the water in a river goes is when the river is flowing, not when it is stagnant. The scientific materials show that in the dry season, covering over half the year, there is for all practical purposes *no flow* in the Chobe River around Kasikili Island. During this part of the year, the river is completely dry from Serondela to a point well upstream of Lake Liambezi. There is thus no water entering the river from the upstream catchment. The water in the channels is, as Professor Richards said, "essentially a near-stagnant weir pool behind the Mambova Rapids".

17. Botswana's inferences about relative flow based on comparisons of the two channels as they appear in dry season aerial photographs are irrelevant, because there was no flow in either channel when those photographs were taken. Botswana's flow measurements during the dry months of 1997 and 1998 — even if taken at their face value — are fully consistent with the position that both channels are essentially stagnant during this period. They record velocities of 0.014 to 0.05 metres per second. The Court will recall Professor Alexander's metre stick. In Namibia's view, water at that rate of flow is "essentially stagnant".

18. There is substantial downstream flow in the lower Chobe River only during periods of high water in the Zambezi River. The largest proportion of this water flows to the south of the Island. The following are the main points made in the oral pleadings supporting this conclusion.

19. First, the overall topography of the Zambezi flood plain intuitively suggests that the overbank flow coming down from the Zambezi will run along the base of the Chobe Ridge, which is the lowest part of the area. It obviously does so both upstream and downstream of Kasikili Island.

⁷⁴Counter-Memorial of Botswana, para. 385; Memorial of Namibia, para. 157.

20. Second, aerial photographs taken *when there is substantial flow in the river* show that the volume of water coming in from the west is too great to be contained in the northern channel. I refer to No. 4.4 in the judges' file, you have seen the photograph before so I will not exhibit it on the screen. It is familiar to you, I hope, and it shows the water flowing to the south of the Island in a broad path, which is the main channel. The right bank of this channel is the tree-lined bank to which we have often referred. The left bank of the main channel is the line of high ground running from east to west across the southern third of the Island. This configuration can be seen on the surface of the Island in all aerial photographs. A selection, also familiar, appears at No. 4.5 in the file.

21. Third, I would like to recall specially one particular sequence of the video Namibia presented on Tuesday. It was taken in mid-April 1998, when the flow in the river was at its peak. The boat was travelling upstream to the south of the Island. The river was flowing vigorously and energetically down the main channel toward the boat, and past it on either side. Then the boat turned the corner into the northern channel at the bifurcation. Suddenly the river became quiet — so quiet that two swallows came to perch on the flagstaff. The comparison was, I think, striking. Remember also the green dye experiments, conducted in the northern channel at the beginning of March. They showed very little motion in the water, except for one, to the east of Kasika, in which water was flowing directly from the Zambezi flood plain into the eastern limb of the northern channel. That was *not* flow emanating from the Chobe River. These are only the most dramatic of Professor Alexander's many observations showing the comparative flow in the two channels.

22. Fourth, the remote origins of the present geography of the area — explored by Professor Richards — show that most of the flow must go through the southern channel. Kasikili Island began as a meander bend in the channel of the Zambezi River, when that river flowed along the base of the Chobe Ridge, to the west and south of the present course. As is common with meander bends in low gradient rivers, the river broke through the neck of the bend, creating the island that is now Kasikili about 1,000 years ago. The northern channel is thus a cut-off meander. It is beginning to silt up at the western end, although at a slow rate, because the Chobe River dries

up in the Linyanti swamp — about 150 kilometres upstream — leaving most of the sediment from the catchment there. Almost by definition, the northern channel, as a cut-off meander, cannot carry the major portion of the flow. The breakthrough channel, again almost by definition, becomes the main channel of the river.

23. Finally, there are the flow measurements taken in the high-flow season. Professor Alexander's are unequivocal. They were taken at sites carefully selected to aggregate all the waters originating in the Chobe River from upstream of Kasikili Island that flowed through the particular channel, and to exclude water emanating from below the Island. You can see these sites at No. 4.6 in your file, another photograph that we have shown a number of times. You recall that the volume of flow in the main channel was 247 cubic metres per second and in the northern channel 188 cubic metres per second. Almost 60 per cent of the flow is in the main channel to the south of the Island.

24. Botswana's measurements, as might be expected, give a different result. But Professor Alexander has, I think, convincingly shown that the sites chosen for their measurements cannot provide accurate comparisons of the whole flow — and nothing but the flow — in each channel (No. 4.6). The measurements to the south of the Island were taken at site B2. Thus they measure the flow not in the main channel, but in the thalweg channel of the main channel. Since the cross-section at site B2 is substantially smaller, the measurements drastically understate the whole of the flow in the main channel. The site in the northern channel, B1, was at the entrance to the main channel, and much of the water there flows out of the northern channel and south into the main channel. Thus measurements taken there overstate the flow, because they include a substantial component that did not go into the northern channel at all, but across it into the main channel to the south.

25. For all these five reasons, the channel that carries the greater part of the flow of the river — a measure agreed by both Parties — is the channel flowing to the south of Kasikili Island. It is the main channel of the Chobe River. Now I am going to talk about the channel that is most used in terms of the regional economy.

(c) The channel to the south of Kasikili Island is the channel most used in terms of the regional economy

26. Namibia's pleadings contain many photographs of tourist boats in the southern channel, taken in wet and dry seasons alike. And that does not include the boats that were seen in the video. The overwhelming proportion of this traffic, as you have heard, is in the southern channel, because that is the best place to view the game, both on Kasikili Island and in the Chobe National Park to the south of the river.

27. Botswana has contended that the southern channel is not navigable. But at the bifurcation, where the shallowest points in both channels occur, there is little to choose between them. The only boats that *can* navigate through either channel are the flat-bottomed tourist boats you saw in the picture, and they can navigate as easily in one channel as the other. Contrary to Botswana's contention, the southern channel has never dried out. Professor Alexander's calculations are summarized graphically in No. 4.7 in your folder. They show the lowest water level at Kasane in the annual low points on the graph for each year from 1984 to 1996. Those low points *never* went below the altitude of the bed of the southern channel. So that the bed of the southern channel was *always* below the water level in the channel. Finally, the notion that the southern channel is blocked with weeds is pure fantasy, as Professor Cot has just shown in his discussion. The southern channel is continuously navigable, that is shown by the many boats photographed there in the dry period — which is also, incidentally, the high tourist season.

28. Botswana, on its part, has produced no affirmative evidence whatsoever as to commercial use of the northern channel. Historically, it can point only to the single incident of Mr. Ker's application to Trollope in the late 1940s. Botswana's case on the contemporary commercial usage is confined to one naked assertion at paragraph 35 of its Memorial: "The northern and western channel of the Chobe River is the sole channel navigable in relation to the needs of the regional economy." And I pause to note there that Botswana endorses the idea that navigability is to be judged in relation to the needs of the regional economy.

29. But Botswana's assertion is put forward without a single shred of evidence or analysis to support it in the Memorial. The Counter-Memorial has a bit more. It says, in paragraph 387: "The

itinerary of the *Zambezi Queen* and the tourist boats from the Safari Lodges supports that the northern channel is the navigable channel 'the most used' channel." In paragraph 347, it elaborates, saying:

"It is to be noted that the one sizeable ship at present navigating this section of the Chobe River can only use the northern channel. The *Zambezi Queen*, 42 metres in length and three storeys high, is operated as a tourist ship and solely uses the northern channel."

30. The Court has already heard about the poor *Zambezi Queen*. This vessel neither navigates nor uses the northern channel nor any channel for that matter. It is permanently moored in the spur channel at the King's Den Lodge, as you saw in the video, where it provides hotel accommodations for tourists.

31. Likewise, the Court will search Botswana's pleadings in vain for any "itineraries from the Safari Lodges". Namibia, however, has produced one brochure⁷⁵. The front of this brochure is at No. 4.8 in the judges' file, and this is a new photograph. It shows tourist boats docked along the right bank of the River, which is on the left of the picture. It has a beautiful view up the main channel. The Island begins about half way up the photograph. On the reverse side of the brochure, found at No. 4.9, the boat is so close to the shore of the southern channel that it looks as though it had stopped to pick up an elephant passenger.

32. The evidence is incontrovertible. The only channel of commercial significance in the Chobe River in the vicinity of Kasikili Island is to the south of the Island.

* * *

33. To summarize: in their ordinary meaning, the words "main channel" signify the channel of a river that carries the largest proportion of the flow. They also denote the channel that carries the largest portion of the river-borne commerce. The evidence before the Court is overwhelming that both the largest portion of the flow *and* the largest portion of the commerce goes to the south of the Island through the main channel as identified by Namibia.

⁷⁵Supp. Rep., Illustrations, Sheet 17s and 18s.

3. The subsequent practice of the parties in the application of the Treaty

34. The Vienna Convention refers, as a principal means of interpretation, to "any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation". The practice of three quarters of a century under the Anglo-German Treaty of 1890 demonstrates the agreement of the parties that the Treaty, correctly interpreted, placed Kasikili Island in what is now Namibia, under the sovereignty of Namibia and its predecessors in title.

35. As you have heard, for much of this century the Masubia of the Eastern Caprivi have lived peacefully on Kasikili Island. The Court has heard moving accounts of this history from Namibia's Agent, Dr. Albert Kawana, and Dr. Lazarus Hangula, both of whom speak from personal knowledge of the area. And Professor Cot has just spent a good deal of this morning describing the intimate relationship between the Masubia and the Island. It suffices to say now that Kasikili Island has been universally regarded as an integral part of the traditional homeland of the Masubia people of the Eastern Caprivi from a time stretching centuries before the 1890 Treaty. They farmed on the Island until at least the 1960s. At first they lived on the Island during the dry season, moving to the high ground at Kasika during the annual inundations. Later, they simply tilled the fields and grazed their cattle. As late as 1985, it is recorded that they swam cattle across the northern channel to graze on Kasikili Island when pasturage was poor to the north of the river⁷⁶.

36. Dr. Hangula described the political institutions of the Masubia in detail: the Chief, who exercised paramount authority over the entire people and their territory, assisted by the *kuta*, and the council of *indunas* or regional headmen; and the *indunas*, who were responsible for the administration of the villages in their area.

37. The Masubia fled the area when they heard that Germany was about to establish administrative authority there, but returned at the urging of the first German Imperial Resident, Captain Kurt Streitwolf. He presided over the revival of the traditional political institutions. The German imperial rulers, like their British counterparts across the River, governed this part of the colony by indirect rule through those local political institutions. Under the authority of German

⁷⁶Memorial of Botswana, Ann. 48.

legislation, the chiefs and *indunas* adjudicated local disputes and allocated land for tilling. Both of these activities were carried out on Kasikili Island.

38. In the 1920s, British authorities in Bechuanaland ruled the Strip by delegation from South Africa, which held the League of Nations mandate for the territory of South West Africa. Again, the principal exercise of their authority was through the Masubia institutions, on which the British authorities reported regularly to the League of Nations. The practice of mainly indirect rule continued after 1929, when South Africa assumed direct responsibility for the area. Periodically, legislation from Pretoria empowered the Masubia officials to perform limited administrative and judicial functions, for which they were paid a salary.

39. A particularly energetic Magistrate, Major L. F. W. Trollope, held office from 1939 until 1953. He established patrols in the area of Kasikili Island with the help of Constabulary Sergeant Webb, seconded from the Bechuanaland District Commissioner's office at Kasane. And most famously, he vigorously maintained South Africa's sovereignty over the Island in the exchanges leading up to the Trollope/Dickinson report.

40. The highest levels of government were also engaged as necessary in the assertion of South African sovereignty and jurisdiction. In the Trollope/Dickinson affair, the South African Foreign Office never wavered for an instant in its insistence that Kasikili Island was part of South West Africa. In the single known instance where Botswana officials arrested citizens of Eastern Caprivi on the Island, the defendants were released. As Professor Cot said, their affidavits filed at the time, said that the magistrate in Kasane gave as the reason for their dismissal that Botswana had no jurisdiction over the Island. Botswana disputes this, but it cannot dispute that the South African Foreign Office protested vigorously to its Botswana counterparts, who made no reply. By the time of the 1984-1986 discussions between Botswana and South Africa — discussions of the shooting incident in the southern channel — South Africa no longer had any legal authority in the area. Nevertheless, the South African Defence Force instructed the South African negotiators

to "immediately liaise with the Botswana Government through diplomatic channels in order to (a) confirm that the border lies south of Sidudu . . ."77

41. The long history under the Treaty reveals a rich and intricate edifice of practice, custom, institutions and actions, in many forms and at many levels, embodying the relationship of the Masubia, Germany and South Africa to Kasikili Island. It begins with the Masubia of the Eastern Caprivi on the ground, building houses, tilling the fields, grazing cattle, fishing and hunting on the Island as part of their traditional heritage. They are governed by their traditional institutions — chief, *kuta* and *indumas*. The Masubia rulers are themselves under the governance of the local officials representing the colonial powers. In Pretoria, the highest political organs are prepared to, and do, act as necessary to assert and defend their sovereignty over the Island. All this evidences the understanding of Namibia and its predecessors in title that Kasikili Island is a part of Namibia. Let me recall to the Court the words of Dr. Huber, the arbitrator in the *Isle of Palmas* case:

"It is the sum total of functions thus allotted either to the native authorities or to those of the colonial power which decides the question whether at any certain period the conditions for the existence of sovereignty have been fulfilled."⁷⁸

42. What is there on Botswana's side that stands against or contradicts this understanding of the situation? Namibia submits the answer to that question is "Nothing."

43. In contrast to the lively concert of Caprivian political, economic and social life on and about Kasikili Island, there is a complete vacuum on the south side of the river. Since the early part of the century, there was a Bechuanaland post just across the river, first in Kazangula, but for most of the period in Kasane, only a kilometre or two away from the Island. Everything that went on there was fully known to the Bechuanaland authorities, both in the area and, when relevant, at headquarters. But from them, not a word is heard.

44. There is not a single instance of occupation or use originating from the Botswana side, and, at least until 1948, not even an arguable protest or assertion of jurisdiction. Recall that the

⁷⁷Memorial of Namibia, Ann. 84.

⁷⁸Hague Ct. Rep. 2d (Scott), p. 16.

Trollope/Redman report of January 1948 recited — and this was agreed to by Redman, the Bechuanaland District Commissioner — that "there was no evidence of the Island being made use of or claimed by Bechuanaland Tribesmen or Authorities or of any objection to the use thereof by Caprivi tribesmen". That was the situation in 1948. Indeed, as you heard from Professor Cot, according to the report, the south bank of the river "was not tribally occupied"⁷⁹. Add to this the categorical statement of Sir Evelyn Baring, the High Commissioner for Bechuanaland that the Island "has hitherto been regarded as part of the Caprivi strip".

45. Mr. President, Members of the Court, I venture to say that these are significant and weighty statements: *no evidence that Bechuanaland tribesmen or authorities made use of or claimed the Island; the island has hitherto been regarded as part of the Caprivi Zipfel.*

46. What do these statements tell us about the understanding of the Parties as to the settlement established by the Treaty? What they say is that both Parties understood that the Treaty attributed Kasikili Island to the Caprivi Strip, and, *further*, that there was no basis for disturbing the existing political arrangements and activities on the ground.

47. To this point, I have been discussing the experience of the first half-century after the conclusion of the Treaty — 1890 to the early 1940s. If we are seeking the practice of the Parties that illuminates their understanding of the meaning of the Treaty, it is the record of these early decades under the Treaty that signifies. That is the era when the intentions of the drafters were most accessible to the officials and bureaucrats who had to implement those intentions.

48. But in Namibia's view, substantially the same situation continued with little significant change on into the 1960s, 1970s and 1980s. The first unequivocal legal claim of Botswana jurisdiction over Kasikili Island comes in the talks with South Africa over the December 1984 shooting incident. The first action of Botswana on the ground is the illegal occupation of the Island in 1991.

⁷⁹Memorial of Namibia, Ann. 60, para. 6.

49. The only occurrence that could even arguably qualify as an exception to this seven decades of uniform practice is the Trollope/Dickinson arrangement. The Court has already heard a good deal about this episode, and no doubt you will hear more from Botswana next week.

50. Namibia has no desire to equivocate about the facts. As Professor Faundez has already said, and as Professor Cot repeated today, the report of the inspection by Trollope and Redman in 1948 says, "We express the opinion that the 'main Channel' lies in the waterway that would include the island in question in the Bechuanaland Protectorate."⁸⁰ — that is, the northern channel. It is also true that the "gentlemen's agreement" that ultimately emerged between Trollope and Dickinson was "entirely without prejudice to the rights of the Protectorate and the Strip to pursue the legal question [involved]"⁸¹.

51. As to the first, the "opinion" referred to was based on "examination of the terrain and the examination of an aerial photograph". The report is dated January 1948, a dry season month, so that there was no flow in the river. Thus the basis of the opinion could not have been the comparative flow in the river, the criterion accepted by both Parties to this case.

52. As to the reservation of legal position, I invite the Court's attention to the maps showing the use made of the War Office map GSGS 3915 by various Bechuanaland administrative departments. Most prominent among these is the map prepared by the Bechuanaland Director of Public Works in response to a request from London for an accurate depiction of the boundaries of the Crown Reserve lands. You may recall that the boundary, hand drawn in red crayon, excludes Kasikili Island from Bechuanaland. There were further examples of administrative use of this map in the routine operations of offices with a wide range of responsibilities, from veterinary matters to water development to minerals and natural resources. Each of them shows that the particular administrative entity recognized that its jurisdiction terminated at the southern channel of the Chobe River at Kasikili Island.

⁸⁰Memorial of Namibia, Ann. 60.

⁸¹Memorial of Namibia, Ann. 71.

53. The veterinary map, which as Professor Faundez explained, involved one of the most important concerns of Bechuanaland land, was made in 1949, in the very midst of the discussions that culminated in the Trollope/Dickinson arrangement. The mineral resources map is sometime after 1955, the water development map from 1963, only three years before Botswana's independence. Most important, the Crown Reserve map is from 1959, eight years after Trollope/Dickinson. In none of these is there any indication that the Bechuanaland authorities are concerned to protect a legal position. On the contrary, the maps show that there was no legal position to protect.

54. I will not proliferate further details here. But there are certain facts of fundamental importance that the Court should bear in mind.

55. Not once in the entire correspondence did the British representative at any level, even in internal communication, say unequivocally "Kasikili Island is ours. Your occupation is wrongful." Not once do they make a formal protest to their South African interlocutors. Never do they seek to change the existing situation except in minor particulars. And when South Africa objects to these suggestions, they quickly recede. In fact, the British Government had no interest in Kasikili Island. They did not wish to *change* the existing situation, but to *confirm* it. In the end, the arrangement that was reached did just that. It confirmed the status quo.

56. What was that status quo? It is defined in Trollope's letter of 4 August 1951: "that Kasikili Island continue to be used by Caprivi tribesmen and that the Northern Waterway continue to be used as a 'free for all' thoroughfare".

57. And so the situation remained, certainly until 1966, the year in which Botswana became independent and the United Nations revoked South Africa's mandate over the territory.

58. In Namibia's view, this subsequent practice of the parties in the application of the Treaty over a period of three quarters of a century establishes the agreement of the parties that the Treaty allocates Kasikili Island to Namibia. One more turn at the maps.

4. Maps of the area

59. The production and use of official maps can be seen as a kind of subsequent practice within the meaning of Article 31 (3) (b) of the Vienna Convention. But Namibia has treated this material separately because such maps also have evidentiary value in their own right — for example, they may show the position governments took as to the location of the boundary. Yesterday we had a very thorough and illuminating review of the cartographic history of the area. There is little I could or would wish to add. Again, there are one or two salient points I would like to underscore.

60. *First*, as Colonel Rushworth said, in all there are 26 maps that entered into the pleadings that share the following two characteristics: (1) they were made by a body with political responsibility in the area, other than the Parties to the present case, and (2) they show Kasikili Island. Colonel Rushworth excluded from consideration, in addition to the maps produced by Botswana itself — a Party to this case — maps that are seriously inaccurate on their face, like the *Kriegskarte* or the British 1965 map or the JARIC map, which do not even show an island where Kasikili should be.

61. Of the 26 maps, nine do not show the boundary. They are thus of no help to the Court in locating the boundary.

62. Of the remaining 17, all but one show the boundary in the southern channel.

63. The remaining map, made by the South Africa Defence Force, is a 1984 military overprint of the 1982 South African map that does not show the boundary. The overprint includes a line of division in the northern channel. Colonel Rushworth concludes that this dividing line is *not* meant to indicate an international boundary. There is overwhelming evidence that the South African military regarded Kasikili Island as part of South West Africa until the day they left. I cited earlier the instruction they gave to their negotiators in 1984. Thus Colonel Rushworth concludes that the dividing line was meant to mark the operational limits of SADF action, agreed to between the commanders on the ground after the 1984 shooting incident.

64. However one chooses in the end to classify the 1984 overprint, there is surely more than enough of a "preponderance", to quote the words of the *Beagle Channel* arbitration, in the cartographic record so that, "the cumulative impact . . . cannot but be considerable"⁸².

65. *Second* on the question of maps, I urge the Court to review with greatest attention the presentation of Professor Faundez as to the use made of derivatives of War Office GSGS 3915 by the various administrative authorities in Bechuanaland. I have already talked about these maps in relation to the Trollope/Dickinson agreement, so I will not go through them again. Let me repeat only that they show a uniform and routine recognition on the part of officials with a wide range of governmental responsibilities — from veterinary matters to water development to mineral and natural resources — that those responsibilities ended at the southern channel of the Chobe River around Kasikili Island. The map of the Crown Reserve lands, incidentally, disposes of Botswana's frequent assertion that the Chobe National Park includes Kasikili Island, since the Park when it was established was coextensive with the Crown Reserve lands.

66. *Third*, there are four official maps published by the four entities (other than the Parties to this case) that had political responsibility for the area surrounding Kasikili Island in the century following the Treaty. It is hard to imagine a more convincing example of subsequent practice establishing the agreement of the parties as to the meaning of the Treaty. The four official maps are the Seiner map, for Germany; GSGS 3915, for Great Britain: I pause to say that that means Britain's attitude was more than passive, this was an affirmative recognition of the location of the boundary by Great Britain; TSO 400/556, for South Africa; and UN map No. 3158, for the United Nations. All four of these maps unequivocally place the boundary between Botswana and Namibia to the south of Kasikili Island.

5. Prescription and acquiescence

67. You have heard an extended presentation on prescription and acquiescence just this morning from Professor Cot. It would be a bit presumptuous of me to think I could improve on it. So I shall not detain you long on this topic. I simply note that Namibia pleads prescription and

⁸²52 *ILR*, p. 84.

acquiescence in the alternative, as an entirely separate and independent basis for its claim of sovereignty over Kasikili Island. There is no bar to such alternative pleading in the Court's rules of practice or in the text of the question submitted by the Parties. Namibia's counsel have described a century of occupation and governance of the Island by the Masubia people under the German and South African colonial rulers of the area. They have shown a corresponding silence from Bechuanaland, and its failure to protest or assert dominion in any way. This record amply fulfils the legal requirements laid down by the Court and other international tribunals for the acquisition of title to territory by prescription and acquiescence.

6. Conclusion

68. In concluding my presentation, I should like to make two points of somewhat broader significance.

69. First, Namibia has shown that a central principle of river boundary law is the assurance of equal access to the resources of the river for both riparians. Indeed, Botswana asserts, and Namibia agrees, that such equal access was one of the objects and purposes of the Treaty of 1890. As a practical matter, the navigational resources of the Chobe River at Kasikili Island are to be found in the southern channel. Thus, the only way of vindicating the object of equal access — which is an objective both of the applicable international law and of the Treaty — is to determine that the boundary is in the southern channel.

70. And, finally: we all know that the Anglo-German Treaty of 1890 was a major episode in "the Scramble for Africa". That chapter in the long history of the European involvement with Africa has been justly condemned on many grounds. Not the least of these is that European statesmen, sitting in Paris, London and Berlin, drew arbitrary lines on maps of territories that neither they nor anyone else in Europe knew very much about, and with little concern for the people whose lives and homelands would be affected. As a result, ancient peoples were often torn asunder and divided from the lands and resources that were their traditional means of subsistence and that played a central role in their lives and culture. The 1890 Treaty is a salient example of this practice, laying out boundaries in accordance with the pattern of European political and commercial claims. In

South West Africa, as we know, the lines proceeded for hundreds of kilometres along arbitrary parallels of latitude and meridians of longitude in accordance with the presumed strategic or commercial interests of Great Britain in Lake Ngami or Germany in access to the Zambezi.

71. But in the small, remote corner of the area that is concerned in this case, the result, perhaps by inadvertence, was otherwise. The boundary defined by the Treaty left the Masubia people of the Kasika District of the Eastern Caprivi intact and in full possession of their traditional homeland — including Kasikili Island. It would be ironic, not to say tragic, if 100 years later a decision of this Court were to disturb this integral relationship.

72. In Namibia's view there is no need to do so. The Treaty, interpreted in accordance with the ordinary meaning of its terms and the long-standing practice of the parties, places the boundary in the main channel running to the south of Kasikili Island, and establishes the sovereignty over the Island in Namibia.

Mr. President, that concludes my presentation. If you would please call on our Agent, Dr. Kawana, to close our pleadings.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Chayes. I call on the distinguished Agent of Namibia, Dr. Kawana.

Mr. KAWANA:

15. FINAL DECLARATION

Mr. President, distinguished Members of the Court,

1. Professor Abram Chayes has concluded the first round of oral pleadings on behalf of the Republic of Namibia.

2. I would like to take this opportunity to thank the Court for its attention, the Registrar and his team for the facilities — I would say, wonderful facilities — that have been offered to us, and also the interpreters for their excellent work.

3. Mr. President, I would also like to thank our Botswana colleagues for listening to our oral pleadings patiently. We wish you all a good weekend.

I thank you, Mr. President.

The PRESIDENT: Thank you very much. The Court will now adjourn, and argument will resume on Monday when Botswana will begin its presentation.

The Court rose at 12.55 p.m.

Non-Corrigé
Uncorrected

Traduction
Translation

CONFIDENTIAL

CR 99/5 (traduction)

CR 99/5 (translation)

Jeudi 18 février 1999

Thursday 18 February 1999

010

Le PRESIDENT : Veuillez-vous asseoir. Nous allons entendre la suite des plaidoiries de la République de Namibie et je donne maintenant la parole à Monsieur Jean-Pierre Cot.

Mr. COT:

13. PRESCRIPTION AND ACQUIESCENCE

Mr. President, Members of the Court, it is with pleasure, emotion and, I have to admit, a certain apprehension, that I find myself once again addressing the International Court of Justice.

1. It is my task to argue Namibia's second title to sovereignty over Kasikili Island, a title founded on prescription and acquiescence.

2. Namibia's claim has two limbs, each independent of the other. On the one hand, over the preceding days we have argued our title based on the Treaty, interpreted in the light of its object and purpose, illuminated by reference to subsequent practice. Our second limb, the second title on which we rely, is founded on prescription and acquiescence. We put forward this claim as an alternative title.

3. Mr. President, the task which I have been set is a somewhat thankless one and might involve a certain amount of repetition. Thus I have to base my argument on facts that my colleagues, Professors Faundez and Hangula, have already expounded to you. We are of course relying on the same conduct and jurisdictional acts in both cases, on the one hand for purposes of interpretation of the 1890 Treaty and on the other as the basis of a separate title to sovereignty founded on prescription.

4. And, in a sense, the purpose of my argument will be as much to back up Professor Faundez's thesis as to support our title founded on prescription. I will accordingly do my best to avoid repetition as far as possible.

011

Admissibility of the claim founded on prescription

5. Our opponents have challenged this approach. Botswana contends, no less, that an alternative claim based on prescription is inadmissible. For my part I would point out that claims of this kind are common practice in all our legal systems and are frequently argued before this Court. However, as it is an approach that appears to cause Botswana some difficulty, let us begin

by examining it more closely. If I have correctly understood our opponents, their objections are of two kinds. On the one hand, they argue that the Special Agreement excludes the consideration of any title to sovereignty other than the Treaty. On the other, they contend that such a claim, founded on prescription, would subvert the entire territorial settlement process and accordingly falls outside the scope of the Special Agreement.

6. On the first point, Mr. President, I will be brief. Far from excluding such a claim, the terms of the Special Agreement invite it. Inasmuch as the Special Agreement, contrary to the previous Memorandum of Understanding establishing the Joint Technical Team of Experts (JTTE)¹, refers not only to the Treaty but also to the rules of international law and to the status of the Island, this was at the request of Namibia. We wished to submit the entire dispute, within its legal context, to the Court, in order to resolve the deadlock in the work of the Joint Technical Team. Botswana would have us believe that the terms of the two agreements are identical. This is not so. I would ask you to examine the two texts, numbered 4.2 A in our presentation dossier. May I just point out, Mr. President, that, for the ease of this oral presentation, I have taken the liberty of translating all the quoted passages [into French] where I disposed of no official translation, but you will find the original English texts as footnotes in the CR¹. To return to my argument, in the Memorandum of Understanding setting up the Joint Team of Experts, Article 7 defines the Team's terms of reference as follows:

012 “(a) [to] examine the Anglo-German Agreement of 1890 and the Anglo-German-Portuguese Treaty of 1892 [we may disregard this latter Treaty, the reference to which was included in error and which is of no relevance to the substance of our case] defining the boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island and any relevant maps and/or other materials relating to the boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island and to determine where the boundary lies in terms of the said Treaties”².

¹[Original English title].

¹[Note by the Registry: this applies only to the French CR: in the English version, the original quotations are included in the text.]

²[Original English of passage quoted in French by Professor Cot.] (Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 11, p. 77).

7. As we know, the reference to the Tripartite Treaty is an error, but I will stick to the main point.

8. As to the Special Agreement, whereby this case was brought to the Court, Article I reads as follows:

"The Court is asked to determine, on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 *and the rules and principles of international law*[I stress these words], the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the Island."³

9. The difference is glaringly clear. The Special Agreement adds an express reference to the rules and principles of international law. It asks you to determine the boundary on the basis of all of these elements and not to confine yourselves to the terms of the Treaties in question, as in the previous agreement. Finally, it asks you to determine the legal status of Kasikili/Sedudu Island. There is a perfectly good reason for these differences, which I have just explained to you.

10. Moreover, Mr. President, Members of the Court, it appears to me that our opponents have confused the subject of the dispute with the law applicable.

11. The subject of the dispute is of course the determination of the boundary around Kasikili/Sedudu Island, to which the Special Agreement adds "the legal status of the Island". I believe that on this point there is no disagreement between us.

12. As to the law applicable, it is defined by Article 38, paragraph 1, of your Statute. That paragraph, if I may remind you, states that your function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to you, applying (a) "international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States"; the 1890 Treaty is clearly such an international convention.

13. However, Article 38, paragraph 1, refers also to (b) international custom, (c) the general principles of law, (d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teaching of the most highly qualified publicists as subsidiary means for the determination of rules of law. It

³[Original English text.] (Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 3, p. 3).

is this entire entity, this ensemble of norms, which constitutes "international law" within the meaning of Article 38, paragraph 1, of the Statute and not just subparagraph (a) of paragraph 1.

14. The Special Agreement specifically refers the Court to the 1890 Treaty. That must be our starting point, we all agree on that, and that is how we have conducted our presentation throughout the week. It is a guide which the Parties give the Court and of which it must take account.

15. That same Special Agreement also refers in Article I to the "rules and principles of international law", while Article III states:

"The rules and principles of international law applicable to the dispute shall be those set forth in the provisions of Article 38, paragraph 1, of the Statute of the International Court of Justice."

I note the reference to paragraph 1, the entire paragraph 1; not just subparagraph (a).

16. Thus, Mr. President, as in the *Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya Continental Shelf* case⁴, you will take due account of the sources referred to in the Special Agreement in so far as these are compatible with your Statute and not at variance with your task, which is to settle the dispute submitted to you by applying international law. You will avoid the highly restrictive interpretation proposed by our opponents. This interpretation is not in accordance with the terms of the Special Agreement. It is contrary to the intentions of the Parties. It would risk leading you to a *non liquet*, if you came to the conclusion that application of the provisions of the Treaty was not sufficient to settle the dispute submitted to you.

The concept of prescription and its role in the international legal order

17. I now come, Mr. President, to our opponents' second objection, a more fundamental one. It goes to the very notion of prescription and its role in the international legal system. Botswana sees it as a concept subversive of the territorial legal order in general and of the territorial settlement deriving from the 1890 Treaty in particular. I quote Botswana's Counter-Memorial:

014

⁴*I.C.J. Reports 1982*, p. 37, para. 23.

"Thus, for Namibia, there could be an 'adverse possession' as from the date of the conclusion of the Anglo-German Agreement. This position runs counter to both legal principle and common sense. In the first place, this position is inimical to the very concepts of public order and stability in international relations which are recognised in the legal literature as justifying the existence of prescription. Prescription is not intended and was not intended in the nineteenth century doctrine (see Audinet above), to be employed to subvert the legal status of a boundary expressly created by treaty⁵." (Counter-Memorial of Botswana, para. 660.)

18. Let us begin by noting that prescription is an unchallenged institution of the law of nations. Already at the time of signature of the Anglo-German Treaty, the prince of internationalists⁶ — as he was described at the time — Sir Robert Phillimore, stated: "It is irrational in the extreme to deny that prescription is a legitimate mode for the international acquisition of territory⁷."

The doctrine is not always agreed on certain of the conditions governing the operation of prescription. And certain writers challenge its very name. But nobody has dared seriously to dispute Phillimore's statement. I note that Paul Fauchille, a contemporary, regards the principle as "inherent in the nature of things and essential to the existence of societies"⁸. Moreover, Fauchille emphasizes the role of prescription in establishing territorial title in the case of distant colonial possessions⁹.

015

19. Without challenging the institution head-on, Botswana, in my view, misrepresents the role of prescription within any legal system. Far from being a factor tending to anarchy, prescription is on the contrary a factor contributing to the consolidation of the legal system. And this, precisely, out of considerations of public order. Where a factual situation has continued over a certain period of time, even if contrary to the existing law, the stability of legal and social relations requires that the law should take account of that situation and enshrine it. That is absolutely the opposite of

⁵[Original English text.]

⁶So referred to by US Secretary of State Olney in the correspondence concerning the frontiers between Venezuela and the British Guyana, citing prescription in 1895 (British and Foreign State Papers, Vol 88, pp. 1288-1289).

⁷*Commentaries upon International Law*, Vol. I, 3rd edition, 1879, pp. 361 *et seq.*

⁸*Traité de droit international public*, Vol. I, second part, p. 755.

⁹*Ibid.*, p. 758.

subversion, Mr. President. It is a device whose purpose is to consolidate the law by bringing it into line with the facts. The conditions which legal systems attach to the operation of the principle — the requirement that possession must be enduring, public and peaceful — confirm the nature of the institution.

20. As to the singular notion that prescription cannot operate in a territorial situation governed by treaty, I have no idea where it comes from and our opponents will no doubt tell us. For my part, I have examined both doctrine and jurisprudence. Nowhere have I found any assertion that prescription cannot operate against a treaty, which is a legal title — albeit an eminent one, but nonetheless a title like any other.

21. I note that the writers cited by Botswana in support of its position in reality confirm our thesis and take the view that the foundation of prescription is a concern for peace and stability in the settlement of boundaries, even where this operates to the detriment of an original lawful title. As André Audinet puts it so very well — I quote from our opponents' pleadings — prescription exists in "the interest of the international community as a whole, for the purpose of inducing order and peace"¹⁰.

Nature of the title affected by the operation of prescription

22. Botswana takes the view that prescription can operate only against a disputed legal title. If I have understood correctly what our opponents are saying, there has to be a dispute before the prescriptive period can commence to run. "There has to be adverse possession", they argue.

23. They then go on to develop the peculiar thesis that prescription could not operate in our case between 1890 and 1985, since nothing was happening on the ground, other than a peaceful and uncontested occupation. However, that same prescription could be invoked with effect from 1985 and the military occupation of the Island by the Botswana Defence Force¹¹. If Botswana is to be believed, possession has to be not only adverse but hostile!

¹⁰Counter-Memorial of Botswana, Ann. II, p. 316.

¹¹Counter-Memorial of Botswana, para. 668.

24. This caricature of the position, Mr. President, in no sense represents the state of international law, whether present or past. The situation in this case was precisely described by your former President, Sir Robert Jennings, in his work on the acquisition of territory in international law. Sir Robert observes that: "Prescription . . . comprehends both a possession of which the origin is unclear or disputed, and an adverse possession which is in origin demonstrably unlawful"¹². In our case, and Namibia wishes to make this clear, the possession is one whose origin is obviously challenged or disputed, but not unlawful.

25. For Jennings, prescription is thus a device which serves to make good inadequacies in the original title, to complete it or to rectify it as necessary, whether that title be founded on a treaty or some other legal mode of acquisition of territory. Sir Robert clearly distinguishes between the two cases: that where the title is unclear or incomplete, its origin disputed: this is our situation here. And that where the title is challenged by adverse possession; that is the hypothesis on which our opponents rely, exclusively.

26. However, it can happen that a title is incomplete. Thus, for example, the relevant treaty may restrict itself to a few general indications, while a situation has developed on the ground which does not correspond to the letter of the text. This is frequent, as you know, in territorial cases. Certain boundary treaties go into detail and specify, in the text or in annexes, the precise location of boundary markers. Others contain far more summary indications. The 1890 Treaty evidently falls into this second category. In just a few articles, it settles the fate of some thousands of kilometres of frontier spread across the African continent and, in passing, that of Heligoland. The line of the boundary cannot be immediately determined from the text, but has to be ascertained by a relatively complex operation of interpretation.

27. André Audinet, quoted incompletely by our opponents, clearly brings out the distinction between the two cases. On the one hand he states:

¹²[Original English text.] (R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester U.P., 1963, p. 23.)

"Prescription can, in the first place, be applied without difficulty where a State has acquired territory peacefully and without violence, but without any proper title, or where its title is unknown or forgotten: it then serves to complete the missing title."¹³

He then adds, referring to the case of adverse possession: "Prescription serves to make good the consent that is absent by reason of the original unlawful title."¹⁴

28. I would remind you that here we are dealing with the first situation, a title *ex hypothesi* incomplete which has to be perfected. This is, moreover, frequently something of a grey area, as both André Audinet and President Jennings recognize. There is no need to determine whether possession is adverse or not, since the operation of prescription makes good defects or inadequacies in the title.

Spheres of influence and prescription

29. In this context, Mr. President, Members of the Court, spheres of influence pose a particular problem. As you know, treaties establishing spheres of influence did not necessarily entail an attribution of territorial sovereignty. In order for sovereignty over a territory to become complete, effective occupation was necessary. And this Court recalled this requirement in paragraph 126, page 56, of its Opinion of 16 October 1975 on *Western Sahara* (this reference was not included in my original typed text.) The signatories to the 1890 Treaty were perfectly well aware of this additional requirement. Lord Salisbury, who, as Prime Minister and Foreign Secretary, signed the Treaty on behalf of the United Kingdom, remarked a few years later:

"[i]t is not safe these days to establish your title to a large territory . . . and then leave it there without any effort to assert your title in a more practical and effective fashion. The whole doctrine of paper annexation is in a very fluid and uncertain condition"¹⁵.

018

¹³Counter-Memorial of Botswana, Ann. 2, p. 316.

¹⁴Counter-Memorial of Botswana, para. 656.

¹⁵[Original English text.] (Reply of Namibia, para. 380.)

30. The 1890 Treaty was indeed an agreement establishing spheres of influence. It thus entailed for each of the contracting parties an obligation of special diligence in the effective occupation of their territories, and certainly imposed an obligation to react in the event of occupation of an area of that territory by the other signatory power.

31. In sum, the title relied on by Botswana was at best uncertain in 1890 and needed in any case to be perfected. In the face of this title, Namibia was in possession. Legally established possession, legally dubious possession, legally adverse possession: at the end of the day it makes no difference, once prescription satisfies the conditions required by law.

32. The conditions required in order for prescription to operate were set down by André Audinet and Paul Fauchille a century ago. Professor Johnson incorporated them in his study of 1950¹⁶. They are four in number:

1. the possession must be peaceful and uninterrupted,
2. the possession must be public,
3. the possession must have lasted for a certain length of time,
4. the possession must be exercised *à titre de souverain*.

Let us now review these four conditions and apply them to our case.

1. Possession must be peaceful and uninterrupted

33. First condition, possession must be peaceful and interpreted. This first condition should not pose any problems between us. We have provided abundant evidence of such occupation in our written pleadings. Numerous witnesses gave evidence on this point at the hearings held by the Joint Technical Team of Experts. In our previous presentations my colleagues, Professors Faundez and Hangula, have been over this evidence with you. I need not therefore go into it again in any detail.

34. I will concentrate, Mr. President, on those items which appear to me to be irrefutable, inasmuch as they fall within the area of broad agreement between the Parties. At this stage of the proceedings, we have been able to get to the essence of the matter and reduce the areas of

¹⁶"Acquisitive Prescription in International Law", *BYB*, 1950, pp. 332-354.

disagreement. As regards the fact of the effective, public, peaceful occupation Namibia of Kasikili Island up until the 1960s, there should no longer be any disagreement between us. To establish this, I shall refer to facts not disputed by our opponents; these are of two orders.

35. In the first place, there is the oral evidence presented by the two Parties to the Joint Technical Team of Experts. Botswana agreed that those hearing should be held; it subsequently challenged the results. More specifically, it questioned the veracity of oral evidence presented by Namibia, attesting to the Island's peaceful occupation. That evidence, which is both abundant and consistent, has been analysed in our Memorial and is set out in the two volumes annexed thereto. Its authenticity appears to me to be clear. I would respectfully refer the Court to it. For present purposes, I shall deal here with those items of that evidence which emerge as indisputable and undisputed.

36. For Botswana makes an exception for one witness: Chief Moraliswani. The Chief was 80 at the time of the hearings and has since died. He exercised traditional authority over the farmers occupying Kasikili Island. Botswana accepts the authority of Chief Moraliswani and the truth of his evidence. I cite Botswana's Counter-Memorial; "His evidence was impressive."¹⁷

37. What does Chief Moraliswani have to say at the hearings in his impressive evidence? On the occupation of the Island by the Caprivi Masubia, the Chief states:

0 2 0 "What I will say is that starting from 1916, '17, '18, '19, '20 those are things I saw with my own eyes and then from then, others might be that they happened when I was not born and those things I got from my great-grandfather and grandfather."¹⁸

He adds that Chief Liswaninyana had his winter Royal Gardens on the Island¹⁹.

38. Did individuals from Botswana grow crops on the Island? Chief Moraliswani states that people from Kasane could not cultivate a plot on the Island unless they were related by family to the Caprivi Masubia and had obtained permission from them²⁰.

¹⁷[Original English text.] (Counter-Memorial of Botswana, p. 207, para. 484.)

¹⁸[Original English text.] (Memorial of Namibia, Vol. II, pp. 203-204.)

¹⁹Presentation by Munitenge Moraliswani II, Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 2.II, p. 2.

²⁰*Ibid.*, p. 205.

39. This evidence, accepted on all sides, establishes beyond dispute the fact of the exclusive occupation of the Island by the Caprivi Masubia.

40. Secondly, I shall refer to statements by local officials, who experienced the day-to-day reality of the situation and knew it well at first hand. Here again, Mr. President, I shall again confine myself to statements by British or Botswanan officials. They will suffice for purposes of my demonstration.

41. Those officials on the one hand expressed views: on the course of the main channel; on the line of the frontier; even on prescription. These opinions are worth whatever they may be worth; these officials in the field were not geomorphologists or professors of international law. They may accordingly be mistaken in their views. On the other hand, the officials knew the ground. What they have to say in this regard is not opinion, but a statement of fact. And what do they all say? And I do mean all. That Kasikili Island is occupied peacefully by Namibia, by its farmers, by its traditional authorities. Peacefully and exclusively.

0 2 1
42. Let us take these statements in chronological order. In 1912 Captain Eason is instructed by the British Colonial Secretary to survey the frontier along the course of the Chobe River with a view to a possible arbitration. Captain Eason is an officer on the ground. What does he see at Kasikili? "The natives living at Kasika in German territory are at present growing crops on it."²¹

43. Here we have an initial statement which is clear. The second dates from the years 1948 to 1951. I shall not recapitulate the administrative correspondence between local officials instigated by a forestry operator concerned about the removal of his logs. Professor Faundez has already given you the essence of the story. What interests me here is the Joint Report of 19 January 1948 by the two officials concerned, Mr. Trollope for the Union of South Africa and Mr. Redman for Bechuanaland. The two officials cannot agree on very much and in particular on the legal implications of the situation. But they do at least make one finding of fact:

"5. On the other hand we are satisfied, after enquiry that since at least 1907, use has been made of the Island by Eastern Caprivi Zipfel tribesmen and that that position still continues.

²¹[Original English text.] (Counter-Memorial of Botswana, p. 15, para. 29, quoting Botswana Memorial, Vol. III, pp. 234-235.)

6. We know of no evidence of the Island having been made use of, or claimed, by Bechuanaland Tribesmen or Authorities or of any objection to the use thereof by Caprivi Tribesmen being made.

7. We record, however, the fact that the country on the Bechuanaland side of the boundary is for all practical purposes not tribally occupied by Africans."²²

44. In 1965, on the eve of Botswanan independence, we find Mr. R. R. Renew, Surveyor-General of Bechuanaland, taking an interest in Kasikili Island. He considers, moreover, that the British authorities should affirm their sovereignty over the Island — that was his opinion. He states, however — and this was a statement of fact — that:

"(b) Since the assumption of German administration of the Caprivi strip in 1907, Caprivi tribesmen have cultivated lands and generally had the undisputed use of the island.

(c) There was no evidence of the island having been made use of, or claimed, by Bechuanaland tribesmen."²³

45. Finally, in 1984, a meeting was called by the two parties following armed incidents in the area. The authorities concerned commissioned two experts to prepare a report on the ground. The experts, Mr. Fitschen for South Africa and Mr. Raffle for Botswana, delivered their report on 5 July 1985. Basing themselves on data which in Namibia's view was incorrect, they proposed a certain frontier line. That was an opinion. However, they stated — and this is what interests me at this point in my argument — that the Island is still occupied by Namibian nationals (1985), even if that occupation appears to be more episodic than formerly. They note in particular that "livestock from Caprivi are swum across the river when grazing on the Caprivi side is poor"²⁴. On the other hand, there is no mention of any Botswanan presence at all.

46. 1985: Almost 20 years since Botswanan independence and we are invoking the *uti possidetis* rule in this case. Our opponents will reply that the fact of this occupation, noted 20 years after the critical date, is of no value. However, you are very well aware that, while facts

²²[Original English text.] (Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 60, p. 264.)

²³[Original English text.] (Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 36, p. 321.)

²⁴[Original English text.] (Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 48, p. 387.)

intervening after the critical date cannot engender any transfer of sovereignty, they can nonetheless enlighten the Court as to the prior situation. And it is in this context that I record the grazing of Namibian cattle on the Island.

023 47. Finally, Mr. President, Members of the Court, I would refer you to the aerial photograph of 1943, numbered 4.2 in your dossier. One can see, clearly indicated by arrows, on the one hand the *kraal*, the site of the village, and on the other the cultivated fields, also marked by arrows and the word "fields", in the lower right-hand corner of the Island. I must tell you that I have taken this photo including the indications and arrows that I have just mentioned, from the Botswanan Counter-Memorial, Volume 1, page 163, and, in passing, may I thank our opponents for the valuable light that they have provided to the Court with regard to Namibia's occupation of the Island in 1943.

48. My conclusion at this stage of the argument is that whenever the officials of Bechuanaland or Botswana — those responsible for one reason or another for the administrative district in question and thus well acquainted with the area — whenever, I repeat, these officials had to ascertain the situation on the ground, they found the Island peacefully occupied by Namibia and its inhabitants. They did that from 1912 to 1985. And without getting things wrong.

49. We also note the absence of any significant presence on the part of Botswana or its inhabitants. The exclusive nature of the Namibian occupation emerges especially from the statements of Chief Moraliswani.

50. Our opponents undoubtedly do their utmost to point to a few livestock movements or vague requests for administrative permits. At most these are random occurrences, episodic manifestations of a highly questionable presence, and it is an established fact that international case-law sets little store by such activities²⁵. I observe that none of the officials referred to — I repeat *none* of the officials referred to, and they were British officials or officials of Bechuanaland

²⁵Cf. The *Rann of Kutch* case concerning episodic displays of sovereignty alleged by India, in particular attempts to collect tax: "At no time were these tax levies fully effective, as is evidenced by the small amounts recovered, which fell far short of the expenditure incurred in the collection. More significantly, . . . the imposition of the levy was opposed, not only by the local villagers, but by the British Government authorities concerned . . . Taken in all, these activities by Kutch cannot be deemed to have constituted continuous and effective exercise of jurisdiction." (Award, *RLAA*, Vol. XVII, pp. 562-563.)

or Botswana — thought it necessary to draw attention to the one or two manifestations of episodic presence alleged by Botswana in its pleadings. These acts do not seem to have claimed the attention of the officials concerned. If Botswana did venture on to the Island, it did so in such clandestine circumstances that Captain Eason and Messrs. Redman, Renew and Raffle, let alone their superiors, were unaware of it.

2. Possession must be public

24 51. The possession of the Island by Namibia and its inhabitants was public, beyond all doubt. It was known to all the authorities concerned, and in the first place to the authorities responsible for Bechuanaland, and then Botswana. We have just cited the opinion of the officials and experts responsible for the territory. None of them refers to any clandestine possession by Namibian inhabitants, any covert presence. Each of them finds the Caprivi Masubia farmers thoroughly at home there, cultivating their land and grazing their cattle. The existence of a police station at Kasane in Bechuanaland territory, established by the British authorities at the beginning of the 1920s less than 2 kilometres from the Island, enables us — or rather, forces us — to acknowledge throughout that the occupation of the Island by the Caprivi Masubia was peaceful and public.

52. Moreover, these local authorities notified their central administrations of the occupation. Captain Eason reported to Lord Harcourt. Mr. Redman revealed it to the British High Commissioner, Sir Evelyn Baring, who visited the area and found that Kasikili Island had been cultivated by Caprivi tribesmen for many years without difficulty or dispute²⁶. And he reported this to the Minister, Philip Noel-Baker. Renew, in 1965, reported to his Government. What is more, Botswana itself emphasizes in its pleadings that the delegations represented in the 1984 talks were of a high level. The two Governments were recipients of the report of the experts, Mr. Fitschen and Mr. Raffle, who confirmed the occupation of the Island by the Caprivi Masubia.

²⁶Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 69, p. 294.

53. The possession of Kasikili Island by Namibia and its inhabitants is therefore indisputably public, as international law requires. Nothing of the kind, let us note, as far as the rare incursions alleged by Botswana are concerned, but I shall leave it at that as far as the second requirement is concerned.

3. Possession must have lasted for a certain length of time

0 2 5
54. In the view of André Audinet and Paul Fauchille, the main question was the period of prescription. For as we know, international law, unlike municipal law, does not lay down a fixed period, for example the 30 years required for acquisitive prescription under the French Civil Code. According to the majority of the authorities, the absence of a fixed period is no obstacle to the operation of prescription, and what is more, some of them seek to establish an order of magnitude. Grotius proposed three generations²⁷. But time has moved faster since then. The Arbitration Treaty of 2 February 1897 between Great Britain (represented by Lord Salisbury) and Venezuela provided for a period of 50 years²⁸. What is interesting, we find the same period of time in the *Temple of Preah Vihear* case. There, the Court noted that Thailand had, for 50 years, enjoyed such benefits as a stable frontier²⁹. The arbitral tribunal which decided the *Taba* case referred to the same period of 50 years for the establishment of territorial title³⁰. Obviously, Mr. President, Members of the Court, this is no more than an order of magnitude. It is recognized that the period can vary according to the circumstances of the case. But this order of magnitude seems to me to be relevant here.

55. At all events André Audinet, and I come back to him, since our friends have done us the pleasure and honour of citing the whole of his article in their annexes, André Audinet points out with a certain degree of subtlety that, where prescription is claimed, "the time which has elapsed

²⁷*De Jure belli ac Pacis*, Book II, Chap. IV, Section VII, cited by Johnson, *BYBIL*, 1950, p. 336.

²⁸Lafontaine, *Pasicrisie internationale*, 1902, p. 555.

²⁹*I.C.J. Reports 1962*, p. 32.

³⁰*ILM*, 1988, Vol. XXVII, pp. 1489-1490.

will have been so long as to be clearly sufficient"³¹. This is the case here. Regardless of the date taken, prescription is amply established after more than 60 years of peaceful and uninterrupted occupation.

56. This brings us, Mr. President, to a second point concerning the period of prescription. At what time is prescription to be determined? Its peaceful nature obviously precludes any challenge to it.

57. Botswana seems to put forward 1948-1949 as a critical date in its pleadings, by reason of the exchange of correspondence between the local officials Redman and Trollope, who in a way brought the matter to a head. We do not think the critical-date notion sheds much light on the present case. Be that as it may, even if for the sake of argument the critical date of 1948-1949 is accepted, the Island was peacefully occupied solely by the Caprivi Masubia of Namibia in circumstances which meet Paul Fauchille's criteria.

58. The date 1966 really seems more relevant to us. It is both the date of Botswana's independence and of the termination by the General Assembly of South Africa's Mandate over Namibia, and therefore of the termination of the power of the Republic of South Africa to commit Namibia in international relations.

59. As far as we are concerned, though, it is above all the *uti possidetis* date, the date of Botswana's independence, which pins down the situation. The legal and political importance of the concept of *uti possidetis* in general international law and its relevance for the settlement of territorial conflicts in Africa is well-known. Since the Cairo Declaration of the Organization of African Unity, reference to it is inevitable, and moreover both the Parties to the present dispute agree about its importance.

60. We believe, Namibia believes, that this is the date at which the territorial situation should be assessed. The peaceful possession of the Island by Namibia after 1966, because it continued, merely confirms the acquisitive prescription which had been amply established by that date — 1966.

³¹*RGDIP*, Vol. 3, 1896, p. 324.

4. Possession must be exercised *à titre de souverain*

61. This is the principal objection raised by Botswana. If I have understood our opponents rightly, and they will explain this, the presence of Namibia and its inhabitants on Kasikili Island is of little importance, since it was not a presence *à titre de souverain*; it did not take the form of acts of sovereignty.

(a) "None may prescribe against his own title"

A preliminary comment. In the last century the discussion about possession *à titre de souverain* did not concern the nature of the possession or the quality of the acts of possession. It concerned the maxim "none may prescribe against his own title".

62. André Audinet devoted an interesting passage to it in the article I have mentioned. He excludes possession by an authority by virtue of a *non-souverain* title from the operation of prescription, giving the example of the possession of Bosnia by Austria-Hungary under the 1878 Treaty of Berlin, which explicitly maintained the sovereignty of the Ottoman Empire³². Cases of military occupation, protectorate or international administration, such as mandatory or trusteeship régimes, can be placed in the same category of possession without transfer of sovereignty.

63. This situation, Mr. President, is of direct concern in the present case. The Caprivi Strip — and thus Kasikili Island — was subject on various occasions to an administration which did not involve any transfer of sovereignty: in the first case under the mandate, from 1919 to 1966, which prohibited South Africa from annexing any territory. Secondly, by the delegation of administrative authority by South Africa to the British authorities responsible for Bechuanaland, from 1922 to 1929. The acts of possession exercised by the British authorities during this period from 1922 to 1929 could not in any circumstances be considered as acts *à titre de souverain* during that period. This is particularly true as regards the attempts alleged by Botswana to impose agricultural permits.

³²Counter-Memorial of Botswana, Vol. II, p. 323.

64. The third case of possession without transfer of sovereignty concerns the South African authorities from 1966 onwards and the termination of the mandate for South West Africa. Thenceforth, South Africa was present in Namibia, but without any legal title, and its acts could in no event commit the territory or operate a transfer of sovereignty. In particular, these considerations were put before the Court in 1971 by the representative of the Secretary-General, Mr. Stavropoulos, at the time of the request for an advisory opinion of 1971³³.

65. Understandably, Botswana does not dwell on this first acceptance of the notion of possession *à titre de souverain*, since it sits uneasily with some of the activities which it claims in its favour. It points to another acceptance. According to Botswana, the exercise of private activities cannot constitute possession *à titre de souverain*. Let us see what this involves.

0 2 8

(b) Possession *à titre de souverain* and local circumstances

66. Possession *à titre de souverain* has to be assessed in the light of local circumstances. International law adjusts its requirements with regard to the effective occupation criterion according to the context. Max Huber made this point in the Award in the *Island of Palmas* case.

67. The Permanent Court of International Justice took up the argument in 1933 in the case concerning the *Legal Status of Eastern Greenland*:

"It is impossible to read the records of the decisions in cases as to territorial sovereignty without observing that in many cases the tribunal has been satisfied with very little in the way of the actual exercise of sovereign rights, provided that the other state could not make out a superior claim. This is particularly true in the case of claims to sovereignty over areas in thinly populated or unsettled countries." (Judgment of 5 April 1933, *P.C.I.J., Series A/B, No. 53*, p. 46.)³⁴

68. The view expressed by the Permanent Court should claim our attention for two reasons. On the one hand, the Court confirms that the level of requirement is different for thinly populated or unsettled territories, which is the case with Kasikili Island when it is submerged. Furthermore, the Court emphasizes the relative nature of the manifestation of sovereignty, by comparison with the claim advanced by the opposing Party.

³³*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, I. C. J. Pleadings, Vol. II, p. 58.

³⁴[Original English text].

69. We find that the awards made in the *Rann of Kutch* case (*RIAA*, Vol. XVII, p. 569) and the *Dubai/Sharjah* case (*ILR*, 1993, Vol. 91, p. 624) follow the same line of reasoning, the areas concerned being desolate or not permanently inhabited.

70. Kasikili Island, particularly in the years following the conclusion of the 1890 Treaty and until the development of air links and tourism, was in a comparable situation of remoteness in the heart of Africa, to use the language of Conrad. This situation attracted a comparable requirement as far as concerns the manifestation of acts of public authorities.

71. No doubt exists about the second criterion put forward by the Court in the *Eastern Greenland* case. In the present case, Botswana points to no manifestation of sovereignty on its part. The comparison between possessory titles goes indisputably in Namibia's favour. We shall revert to this point in our conclusions, but before that I must deal with the principle of indirect rule in relation to possession *à titre de souverain*.

0 2 9

(c) Possession *à titre de souverain* and indirect rule

72. First of all we should clear up a peculiar misunderstanding in Botswana's pleadings. In our opponents' view, there can be no possession *à titre de souverain* because the competent authorities on the ground did not have the necessary legal capacity to commit Namibia internationally.

73. Here, Botswana confuses administrative acts and local acts of material possession, on the one hand, and legal acts having an international dimension on the other. Possession is always the act of local agents, of public or private local authorities in which the attributes of State authority are vested. No Minister for Foreign Affairs has ever drawn up a report or cultivated a field in order to assert the effectiveness of his State's presence in a given portion of its territory. When Cincinnatus returned to his plough, that was not because he wanted to proclaim the authority of the Roman Republic — quite the contrary.

74. The German, South African and Namibian local authorities, including the traditional Masubia chiefs, had no power to commit Namibia internationally, any more in fact than the British Resident or the Resident of Botswana in Kasane could commit the British Crown or Botswana. But this is not the problem.

75. The argument put forward by Botswana with regard to possession *à titre de souverain* overlooks the notion of indirect rule. I shall not go back over the explanations of Professors Faundez and Hangula. The German and then the South African authorities exercised State authority through traditional structures. Namibia has produced detailed documents on the organization, financing and control of this indirect government. The traditional authorities were directly remunerated by the Government for the exercise of their public functions. We know the amount of the remuneration in 1941: £20.00 per annum for the Chief; £9.00 for the Ngambela (Prime Minister); and £6.00 per annum for each of the 12 members of the Kuta Council³⁵. And moreover the Chief, we learn, is allowed a secretary who is paid 15 shillings per month to keep the record books³⁶, all of which comes out of the budget of the official responsible. The functions of the Kuta (Council) are those of a municipal council with the addition of a justice of the peace, to cite a French comparison. Of especial note is the power to allocate communal property³⁷. I find the same power in the alpine valleys in Savoy, where the municipal council allocates communal land among the local inhabitants. The power of the Kuta obviously related to the cultivable land on Kasikili Island, as appears from the oral evidence given to the Joint Team of Experts.

76. In a society of this kind the distinction between public and private activities did not have the same meaning as in a modern industrial society. Chairman Lagergren, in the *Rann of Kutch* case, for example, drew attention to the fact that, because of this, activities which appeared to be private could be taken into account in establishing the effective occupation of the territory. As a highly respected authority on the opposite side of the Bar has very aptly pointed out:

³⁵Reply of Namibia, Ann. 17 (c), letter of 14 October 1941 from the Secretary for Native Affairs, Pretoria.

³⁶*Ibid.*, (b), 4 March 1940.

³⁷Reply of Namibia, Ann. 16 (e), letter of 13 March 1962 from the Bantu Affairs Commissioner in Katima Mulilo.

"The award in this case remarked that in an agricultural and traditional economy, the distinction between state and private interests was not to be established with the firmness to be expected in a modern industrial economy. In an agricultural economy grazing and other economic activities by private landholders may provide evidence of title." (Brownlie, *op. cit.*, pp. 143-144)³⁸.

**Acquiescence by the authorities of Botswana in the Namibian presence
à titre de souverain**

031

77. The authorities responsible internationally for Bechuanaland, and then Botswana, were fully aware of the presence of Namibia *à titre de souverain*. By their silence, by their refusal to act, they acquiesced in that presence and thus set the seal on the title created by virtue of the acquisitive prescription.

78. The combined effect of a possession which is public, peaceful and *à titre de souverain* is perfected by acquiescence. The obvious result of an objection by the other party is to interrupt the process of prescription. Acquiescence, on the other hand, consolidates the prescription and in a way seals it with the seal of the consenting party.

79. As the Chamber of the Court stated in the *Gulf of Maine* case, acquiescence is defined as: "tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent" (*I.C.J. Reports 1984*, p. 305)³⁹.

80. Unlike acts of effective possession on the ground, which of necessity are done by local authorities or by duly authorized or properly administered private bodies or individuals, this acquiescence, which commits the State directly, must emanate from the competent authorities in order to commit the State internationally. And the case-law recognizes that positions taken locally cannot prevail over the position expressed by the central authorities.

81. In the present case the British authorities, which were responsible for Bechuanaland, had occasion more than once to manifest their intentions⁴⁰. The first occasion was when the Secretary of State for the Colonies, Lord Harcourt, asked Captain Eason to survey the course of the Chobe

³⁸[Original English text.]

³⁹[Original English text.]

⁴⁰Reply of Namibia, paras. 385-389 and the references cited.

River in order to ascertain the line of the frontier with a view to a possible arbitration. We know that Harcourt was not thinking especially of Kasikili, but we also know that Captain Eason found that there was a tribal occupation of Kasikili Island by the Caprivi Masubia, the German inhabitants, and that he proposed, on the basis of an incomplete reconnaissance, that the frontier should be located in the northern channel. The British Secretary of State was aware of the peaceful occupation of the Island by Namibian inhabitants but chose not to react.

0 3 2

82. The First World War of course postponed the arbitration idea. But immediately after the conflict, Great Britain, with due knowledge of the situation, had every occasion to ascertain what the situation was if it believed that the Namibians were at home there. It abstained from reacting, thus acquiescing in the situation on the ground.

83. The second occasion was at the talks which were held between 1948 and 1951 by the local officials, Trollope for South West Africa and Redman, followed by Dickinson, for Bechuanaland. These officials acknowledged, in turn, that the Island was occupied by the Caprivi Masubia. Redman urged his central authorities to seek a rectification of the boundary. The Secretary of State for Commonwealth Relations, Philip Noel-Baker, decided to take no action, and did so for diplomatic reasons which Professor Faundez has put before you. Thus the United Kingdom acquiesced a second time in the situation on the ground⁴¹.

84. In addition there was the 1972 incident, in which Namibian inhabitants were arrested on the Island, and accused of poaching. According to the information gathered by the South African authorities at the time, the Magistrate of Kasane, in Botswana, found he had no jurisdiction, and had the alleged smugglers released on the grounds that the arrest had taken place on Kasikili Island

⁴¹Memorial of Namibia, Ann. 69, Vol. IV, p. 294.

and therefore outside Botswana territory. Our opponents dispute this version of the facts. But that is not the essential issue, which lies in the absence of a reaction from the responsible Botswana authorities which were officially in charge of the matter.

85. On 22 February 1973, the South African Ministry of Foreign Affairs sent a diplomatic note to the Government of Botswana protesting against the violation by Botswana of its territorial sovereignty. It received no reply. Pretoria brought the matter to Gabarone's attention again on 13 June 1973, once more receiving no reply.

86. This passive attitude is in contrast with the diligence displayed by the Mexican authorities, for example, in the *Chamizal* case (*RIAA*, Vol. XI, pp. 328-329), who protested repeatedly, thereby suspending the operation of the prescription claimed by the United States.

87. The absence of a reaction on the part of the authorities of Botswana to two diplomatic notes protesting against the violation of the territorial integrity of Namibia at Kasikili clearly constituted tacit recognition — clearly constituted acquiescence in Namibia's presence on the Island and its title to it.

88. Furthermore, Mr. President, Colonel Rushworth has shown that the maps published throughout the period in question uniformly depicted a boundary which left Kasikili Island in Namibian territory. In 1985, in the work of the joint survey, Raffle, of the Gabarone Department of Surveys and Lands — the same official as took part in the 1984-1985 talks — found that the maps consistently showed the boundary to be in the southern channel⁴². This was particularly so in the case of the maps used by the Bechuanaland authorities in the exercise of their public functions: delimitation of the Crown domain, public works, veterinary services, etc. It was not until the 1960s, namely the critical period, that we find the first maps which place the frontier in

⁴²Report of 5 July 1985, Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 48, p. 385.

the northern channel. And it is an established fact that maps are a means of expressing acquiescence in international law, and thus lend support to the various other elements of acquiescence which I have had the privilege to place before you⁴³.

89. All in all, this is clearly a "consistent and undeviating attitude of the central . . . authorities", to repeat the expression used by the Court in the *Temple of Preah Vihear* case⁴⁴.

90. In its pleadings, Botswana attempts to evade the problem posed by the attitude of the authorities which were internationally responsible for Bechuanaland. It claims that there was no obligation to react. It acknowledges the failure of those authorities in the case of the Eason report, the absence of follow-up to its recommendations. And Botswana is content with asserting that there was no obligation to react⁴⁵. It does not explain why.

91. Yet, faced with a situation of public possession — a situation found repeatedly, first unilaterally in the case of Captain Eason, and then bilaterally in the case of the exchanges between Trollope and Redman, and finally at the judicial and diplomatic levels in the poaching incident of 1972 — Bechuanaland, and subsequently Botswana, quite clearly had an obligation to react. The authorities responsible for Namibia were entitled to draw the inevitable conclusions as to Namibian sovereignty over Kasikili Island. This was certainly a case of "unilateral conduct which the other party may interpret as consent", to repeat the expression used in the *Gulf of Maine* case.

Conclusion

92. Contrary to what our opponents seem to think, territorial conflicts cannot easily be fitted into precise categories. We have seen that this morning. The distinction between subsequent practice of the parties to a treaty, on the one hand, and prescription on the other, the distinction between prescription and acquiescence, are not obvious. Grey areas often encroach on the black or the white.

⁴³"The evidence of recognition and acquiescence by conduct may take the form of . . . the publication of official maps [and] reliance for official purposes on maps showing the alignment." (Brownlie, *African Boundaries*, p. 16.)

⁴⁴*I.C.J. Reports 1962*, p. 30.

⁴⁵Counter-Memorial of Botswana, p. 19, para. 33.

93. One thing is certain. In territorial matters the Court must compare the titles invoked by one and the other side and reach a decision, that is to say, it must choose. As Sir Gerald Fitzmaurice once said:

"Weight to be given to any act, presumption or situation, and equally to any omission, is not an absolute question, but depends very much on whether a competing claim is in the field, and also on what is the character and intensity of that claim . . . The essential question in this kind of case is not so much 'What has each party done', but 'Which party has done the most'." (*BYBIL*, 1955-56, pp. 64 and 65.)⁴⁶

94. Well, Mr. President, Members of the Court, where the presence of Namibia on the ground at the date of 1966 is concerned, we believe that the comparison is an easy one. Namibia has been present on Kasikili Island for a century; Botswana has not and does not seriously claim to have been. In the light of the comparison suggested by Sir Gerald Fitzmaurice, you will have no difficulty in agreeing that Namibia is the party "which has done the most". And inasmuch as you take the *effectivités* into consideration, which we believe you must, you will have to acknowledge the reality of this and, I think, Mr. President, find in our favour. I have come to the end, Mr. President, of my statement on prescription and acquiescence. We are now going to conclude our oral pleadings as a whole, but if the Court agrees, this would perhaps be the moment for a short break.

035

Le PRESIDENT : Merci beaucoup Monsieur Cot. La Cour va faire une pause de quinze minutes.

L'audience est suspendue de 11 h 10 à 11 h 30

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. Monsieur Cot, s'il vous plaît.

⁴⁶[Original English text.]

Mr. COT:

14 (1). CONCLUSIONS

Mr. President, Members of the Court,

1. After the many hours which have been spent in analysing the Treaty, in explaining the scientific data relating to this case, in examining the maps, in weighing up the subsequent conduct, our remaining task is to state our conclusions. Professor Chayes will shortly sum up the body of our arguments, and will show them to be consistent and persuade you of their force, at least we hope so.

2. First, Mr. President, Members of the Court, perhaps you will allow me to talk about people. About the Caprivi Masubia, who, whether tilling the soil or grazing their flocks, await your decision with anxiety, with hope. Because justice is first of all a matter of the men and women who have recourse to it. Your decisions, like that of every court, are directed first and last to the men, women and children who live in the area concerned, who will or will not be able to utilize the natural resources of the region for the benefit of their economic and social development, depending on the judgment which you deliver.

3. I am well aware that for considerations of equity to be taken into account, there are conditions that apply which we shall examine in a moment. But, looking beyond the law, you are certainly aware that Kasikili Island is not simply a dot on the map at the heart of Africa. That it was once a fertile territory, cultivated and grazed when the water permitted. That today it is a favoured spot for fauna and flora, and therefore for the tourists to whom the area is so appealing. In other words, it is a rich resource to which the Caprivi Masubia will or will not have access, depending on the terms of your judgment.

4. Professor Hangula has described to you the social structures and pattern of life of the Masubia people, a pattern characterized by the rise and fall of the river, producing a seasonal migration in a valley which is fertilized by the silt and then covered by the water, requiring the inhabitants to spend part of the year along the river sowing and harvesting while they can, and then

to retreat to the higher ground to allow the flood waters to pass. Requiring the farmers in our area to cultivate the fields on Kasikili Island from July to February, and then to take refuge on the Kasika heights during the Zambezi and Chobe floods.

5. This concerns the past, you will say. A recent past, since the presence of these herdsmen was still a fact, an attested fact, in 1985, even if it had become more episodic. An indisputable, unchallenged past sufficient to establish the reality of the occupation of the Island by the Masubia from 1890 to 1966. A past which is relevant for establishing or consolidating Namibia's territorial title.

6. On the other side, what is there? Not the Masubia of Botswana, who retreated well inland towards Maun. For political reasons, out of fear of the German policy of repression, which was particularly savage, before the First World War. Above all for geographical and climatic reasons. The southern bank of the Chobe is dry and barren. There is no cultivable land, there is no pasture, or scarcely any. Hence the situation which the officials, Redman and Trollope, found in 1948: the southern bank of the Chobe is "not tribally occupied", meaning not occupied by a sedentary population native to the place⁴⁷.

0 3 7 7. I have been struck, Mr. President, by the evidence put forward by the opposing Party in seeking to establish the occupation of our Island by inhabitants of Botswana. Who are these inhabitants of Botswana to whom they refer? Farmers? Herdsmen? Far from it! The farmers of Botswana are far away, inland. And the Botswana Masubia a good 100 kilometres south-west. There are a few out-station officials in the area who enjoy looking after their garden. Nor do the British authorities insist on any necessary permission being obtained.

8. Mr. President, I cannot avoid pointing to the qualitative difference between the presence, the occupation, the claim on the Namibian side and that on the side of Botswana. On the Namibian side are farmers, whose land is a means of work, a means of survival. On the Botswana side there are officials, whose haphazard, intermittent and incidental occupation of the Island is at the very most something of an afterthought.

⁴⁷Memorial of Namibia, Vol. 1, pp. 83-84 and Ann. 60.

9. It is true that I was forgetting some important inhabitants: the hippopotami, the crocodiles, which bask in the southern channel. The elephants which cross the river in search of succulent vegetation. The fish eagles which dive into the river to find their prey.

10. These today are the true riches of Kasikili Island. Riches which, if not unsuspected, were at least unexploited until the 1950s. Riches which draw that little fleet of flat-bottomed tourist boats which you have seen in our video screening and in the photographs attached to our pleadings.

11. And these riches are concentrated in the southern channel of the Island. All the fauna are there. All the fauna display themselves there because there is no high bank, and that helps safari photos. Little remains in the northern channel but the huge lazy hippopotami whose habit it is to be there and a few boats turning to make a complete circuit of the Island. But we have shown you sufficient, I hope, to demonstrate that the main activity, and therefore the main resource, is concentrated in the southern channel.

12. Our opponents have tried, somewhat clumsily, to deny the evidence. They have maintained that the southern channel is obstructed by the kariba, the weed which invades tropical river-beds to an extent which makes the river inaccessible. It is true that kariba proliferated in the area at the beginning of the 1970s. But it is also true that extensive international action, in which Botswana and Namibia joined together and in which our advocate Professor Alexander took part, has checked its spread. And today tourist boats move about freely on the Chobe, as you have seen, with visitors such as Elizabeth Taylor and Richard Burton, and more recently President Clinton, preferring to go where there is something to see: preferring to go to the southern channel.

38

13. The Namibians are excluded from these tourist riches. The Caprivi Masubia have no access to them. The owners of the King's Den Lodge, which is situated on the Namibian bank, cannot allow their guests to enjoy them⁴⁸. And the soldiers of Botswana are there to keep them out. There is no sharing of the tourist resources. Only Botswana profits from them. This is a consideration which you must bear in mind when you settle our dispute.

⁴⁸Cf. Mr. Visagie's affidavit as manager of the Lodge, who points out the loss of business which this entails (Reply of Namibia, p. 91 and Ann. 22).

2. The notion of equity in contemporary international law

14. I come now, Mr. President, to the notion of equity in contemporary international law. It has been said that "after fifty years of hesitation the World Court has clearly accepted equity as an important part of the law that it is authorized to apply"⁴⁹. The notion of equity is recognized in all major legal systems⁵⁰. Your case-law has made this concept its own for some thirty years. It has especially developed it in the area of maritime delimitation. But I shall not go into those considerations in detail. I shall confine myself to drawing attention to that part of them which I think is applicable to our dispute, which concerns not a maritime but a riverine delimitation.

15. The Court spelt out the role of equity in the *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* case, in which it noted that equity can be of guidance to a court in choosing between a number of possible interpretations of a given text⁵¹.

0 3 9

16. In the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, the Chamber of the Court distinguished various uses of the notion of equity. Having eliminated the possibility of deciding the case *ex aequo et bono* and having ruled out any recourse to equity *contra legem*, the Chamber of the Court added:

"Nor will the Chamber apply equity *praeter legem*. On the other hand, it will have regard to equity *infra legem*, that is, that form of equity which constitutes a method of interpretation of the law in force and is one of its attributes. As the Court has observed: 'It is not a matter of finding simply an equitable solution, but an equitable solution derived from the applicable law.' (*Fisheries Jurisdiction, I.C.J. Reports 1974*, p. 33, para. 78; p. 202, para. 69)." (*I.C.J. Reports 1986*, pp. 567-568, para. 28.⁵²)

⁴⁹[Original English text]. Sohn, *Mélanges Perrin* (1984), p. 311.

⁵⁰Cf. the observations of Judge Weeramantry on "equity viewed in global terms" in the *Jan Mayen* case, *I.C.J. Reports 1993*, pp. 273 et seq.

⁵¹"The legal concept of equity is a general principle directly applicable as law . . . when applying positive international law, a court may choose among several possible interpretations of the law the one which appears in the light of the circumstances of the case, to be the closest to the requirements of justice." (*I.C.J. Reports 1982*, p. 60, para. 71.)

⁵²[Original English text].

17. Let us make it clear that we subscribe fully to the notion of equity *infra legem*, not of equity *contra legem* or *praeter legem*. We believe, Mr. President, that the necessary rules of law are available to you for settling the present dispute, whether the 1890 Treaty or, in the alternative, prescription and acquiescence. Equity, though, can help you to interpret those rules of law. And this is the sole reason why we ask you to take it into account.

18. But before I go on to the application of this principle to the Chobe delimitation, let me mention the considerations which have to be borne in mind. The task here is not to compare the wealth — or rather the poverty — of the two litigants! You firmly ruled out arguments which address the prosperity or poverty of one or the other side⁵³ in the *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* case and more recently, in regard to a land frontier, in the *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)*⁵⁴. The point is not to take into account economic considerations of this kind, but the principle of equal access to resources as a result of an equitable delimitation, which is something quite different.

0 4 0

19. That is how the Court proceeded in the *Jan Mayen* case, between Denmark and Norway, on the question of maritime delimitation in the area situated between Greenland and the island of Jan Mayen. You will recall that in that case, a particular point at issue between the Parties was access to the fishing banks, and especially access to the capelin banks in the area. In its reasoning, the Court started with the median line, but went on:

"The Court is now called upon to examine every particular factor of the case which might suggest an adjustment or shifting of the median line provisionally drawn. The aim in each and every situation must be to achieve an 'equitable result'."⁵⁵

20. As a result, the Court considered that an adjustment was required to the median line as fisheries zone boundary, "to ensure equitable access to the capelin fishery resources for the vulnerable fishing communities concerned"⁵⁶. The Court added:

⁵³*I.C.J. Reports 1982*, p. 77, para. 107.

⁵⁴*I.C.J. Reports 1992*, p. 396, para. 58.

⁵⁵*I.C.J. Reports 1993*, p. 62, para. 54.

⁵⁶*Ibid*, p. 72, para. 75.

"It is clear that no delimitation in the area could guarantee to each Party the presence in every year of fishable quantities of capelin in the zone allotted to it by the line. It appears however to the Court that the median line is too far to the west for Denmark to be assured of an equitable access to the capelin stock, since it would attribute to Norway the whole of the area of overlapping claims. For this reason also the median line thus requires to be adjusted or shifted eastwards⁵⁷."

21. And, in making this adjustment, the Court considered that it "would be within the measure of discretion conferred on the Court by the need to arrive at an equitable result", to use the term it employed a little further on apropos of the continental shelf⁵⁸. Mr. President, I am perfectly well aware that the Court's decision in the *Jan Mayen* case is partly referable to specific rules of law of maritime delimitation. It is nonetheless founded on a more general principle, that of equitable access to resources, and represents an interesting instance of the exercise of your discretionary power in this regard.

0 4 1

3. Equitable access to resources and riverine delimitation

22. The consideration of equity which applies in maritime matters must equally be taken into account in the determination of riverine boundaries. In truth, it has always been present. When States chose the line of the thalweg as their line of reference, in preference to the bank, the shore or the median line, it was precisely on the basis of considerations relating to the equitable use of the river's principal resource, which was navigation. However, they did not hesitate to discard the thalweg for reference purposes where it no longer appeared to correspond to the overall objective, that of equitable access to the river's resources.

23. It may be useful, Mr. President, to return here to some of the points covered by Professor Delbrück in regard to the doctrine established in this field by the Supreme Court of the United States. The Supreme Court gradually proceeded to make the notion of equal access to the resources of watercourses prevail over that of formal equality between riparian States. This trend is evident since the end of the last century, in a line of judgments pushing the Court's case-law in

⁵⁷*Ibid.*, p. 72, para. 76 and Separate Opinion of Judge Oda, p. 115, para. 94.

⁵⁸*Ibid.*, p. 79, para. 90.

this direction. And in the leading case of *New Jersey v. Delaware*, in a judgment delivered on 5 February 1934, the Court stated: "Through varying modes of speech the law has been groping for a formula that will achieve equality in substance and not equality in name only⁵⁹."

24. In its decision of 20 May 1935 the Supreme Court applied this doctrine to the use of watercourses for purposes other than navigation. This was a dispute between the State of Wisconsin and the State of Michigan over the line of the boundary in Green Bay, at the entrance to Lake Michigan. The Court noted that the thalweg doctrine had been adopted to protect the equal right of each State to the use of a watercourse for purposes of navigation. It then went on to state that, in the case before it, the dispute was not about navigation but about fishery rights. And it added:

0 4 2 "Questions of territorial jurisdiction in respect of fishing constitute the occasion of the present controversy. And it confidently may be assumed that when fixing the boundary lines in the waters of the bay Congress intended that Michigan and the State to be erected out of Wisconsin Territory should have equality of right and opportunity in respect of these waters, including navigation, fishing and other uses. On the facts found, equality of rights can best be attained by a division of the area as nearly equal as conveniently may be made, having regard to the matters heretofore litigated and finally adjudged between these States^{60 61}."

25. And the Court came to the conclusion that, in the case before it, equality of fishing rights, which was what the dispute was essentially about, could best be attained by a division of the disputed area as nearly equal as possible. It thus in a sense anticipated the reasoning of the International Court of Justice in the *Jan Mayen* case. The delimitation of bodies of water — in this case inland waters — must have as its purpose equitable access to the resources of the river in question.

26. The Convention of 21 May 1997 on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses, to the extent that it reflects the current state of international law, provides valuable guidance for our case. You will be aware, Mr. President, better than anyone, of the progress of this

⁵⁹[Original English text.] (54 SCR (1933) p. 415).

⁶⁰[Note by the Registry: the text of this footnote reproduces that of footnote 68 and appears to have been inserted in error.]

⁶¹[Original English text.] (55 Supreme Court Reporter, p. 788).

agreement through the International Law Commission, a progress marked by, successively, first the Schwebel⁶² and then the McCaffery Reports⁶³. This Convention enshrined the notion of the equitable and reasonable use of watercourses by riparian States.

27. The principles of the 1997 Convention apply of course just as much as to contiguous watercourses, that is to say frontier rivers, as to successive watercourses⁶⁴. Article 6 of the Convention, which sets out the factors relevant to the equitable and reasonable use of watercourses, is of particular interest to us, among those factors, I note:

- the social and economic needs of the watercourse States concerned;
- the population dependent on the watercourse in each watercourse State;
- existing and potential uses of the watercourse;
- conservation, protection and development of the resources of the watercourse.

28. For its part, Article 8 imposes a general obligation of co-operation upon riparian States.

29. You will note that the two States involved in these proceedings, Botswana and Namibia, had to some extent anticipated the provisions of the 1997 Convention — indeed as far back as 1951. At that time, in the Trollope/Dickinson Arrangement⁶⁵, they had provided for equitable access to the resources of the River Chobe by effectively deciding to maintain the status quo, that is to say confirming the occupation of the Island by Namibia. However, they had added a clause ensuring freedom of navigation in the northern channel, which was to continue to be used as a "free for all thoroughfare", thus ensuring fair access by both riparians to the resources of the river. And it was this arrangement that Botswana overturned by seizing the island and barring access to the main channel to boats coming from Namibia, in other words confiscating the tourist resource for its own exclusive benefit.

⁶²*Yearbook of the International Law Commission*, 1982, Vol. II, part 1.

⁶³*Yearbook of the International Law Commission*, 1994, Vol. II, part 2.

⁶⁴*Ibid.*, p. 104, Note 205.

⁶⁵Letter from Trollope dated 4 August 1951, Memorial of Namibia, vol. IV, p. 296, Ann. 71.

30. This Court recently cited the 1997 Convention in the *Gabčíkovo-Nagymaros* dam case⁶⁶. Your Judgment proceeded in three stages. First, it recalled the statement by the Permanent Court in the *International Commission of the Oder* case that:

"The community of interest in a navigable river becomes the basis of a common legal right, the essential features of which are the perfect equality of all riparian States in the user of the whole course of the river and the exclusion of any preferential privilege of any one riparian State in the relation to the others."⁶⁷

31. The Chobe, as we know, is not a navigable river. However, in the following subparagraph, your Judgment in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case declares that:

44 "Modern development of international law has strengthened this principle for non-navigational uses of international watercourses as well, as evidenced by the adoption of the convention of 21 May 1997 on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses."⁶⁸

32. And finally and thirdly, Mr. President, the judgment reaches the conclusion, in relation to the dispute submitted to it, that:

"Czechoslovakia, by unilaterally assuming control of a shared resource, and thereby depriving Hungary of its right to an equitable and reasonable share of the natural resources of the Danube — with the continuing effects of the diversion of these waters on the ecology of the riparian area of the Szigetköz — failed to respect the proportionality which is required by international law."⁶⁹

33. It is now up to you, Mr. President, Members of the Court, as a fourth step in this process, to draw from all of this the necessary consequence in relation to riverine delimitation. As you did with regard to maritime delimitation in the *Jan Mayen* case. As the United States Supreme Court did in the *Wisconsin/Michigan* case for inland waters. That is to say, it remains for you to take into account, as a consideration of equity applicable to riverine delimitation, the right of Namibia to a *fair and reasonable share, to equitable access to the resources* of the River Chobe. In so

⁶⁶*I.C.J. Reports 1997*, judgment of 25 September 1997, p. 56, para. 85.

⁶⁷[English text.] (*Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, Judgment No. 16, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 23*, p. 27.)

⁶⁸[English text.] (*I.C.J. Reports 1997*, p. 56, para. 85.)

⁶⁹[English text.] (*Ibid.*)

doing, you will add your decision to the constellation formed by the following stars: the *Continental Shelf (Libya/Tunisia)*; the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*; the *Jan Mayen* case, the *Wisconsin/Michigan* judgment, and your own judgment in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case. An additional heavenly body could not but add lustre to this legal constellation of equity.

34. Mr. President, Members of the Court, to sum up, I record the fact that the Caprivi Masubia had been in occupation of Kasikili Island for a very long time. Those farmers and herdsmen were driven out in the 1980s. They were thus deprived of their means of work and of the fruit of their labours. They were excluded from a share in the new resource of the river, tourism. They must be allowed to take part in this economic and social development founded on conservation and protection of the natural balance. They must be allowed to set up their conservancy for riverine research referred to on Monday by Dr. Kawana in his opening speech. You have the opportunity to secure fair access for these people to this resource. Public international law, as it has been developed by your jurisprudence, now recognizes the importance of considerations of equity in the interpretation of rules of law. It applies this principle in the determination of maritime boundaries, but also to inland waters, precisely in order to ensure fair access to the resources of watercourses. Today, that resource is situated in the southern channel. It is by placing the frontier in that channel that you will best satisfy the requirement of equity.

0 4 5

Mr. President, I have come to the end of my presentation. I thank the Court for its attention and ask you to give the floor to Professor Abram Chayes who will conclude this first round of oral argument on behalf of the Republic of Namibia.

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

M. CHAYES :

14 2) ARGUMENTATION FINALE

1. Introduction

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, M. Cot a parlé en termes éloquents, voire poétiques, des Masubia et de leur histoire, ainsi que de leur situation économique antérieure et des perspectives qui s'offrent à eux aujourd'hui. Il a développé un grand principe qui, selon la Namibie, sous-tend tout le régime juridique de la délimitation des frontières fluviales : le critère de l'égalité d'accès aux ressources des cours d'eau frontaliers. Et il a replacé ce critère dans le contexte plus large des principes d'équité établis de longue date en droit, qui doivent toujours inspirer le travail de la Cour.

2. La tâche qui m'incombe dans la présentation de notre argumentation finale est celle bien plus prosaïque de résumer la position juridique de la Namibie. Celle-ci a fait valoir un large éventail de moyens en l'espèce. Nous avons invoqué le texte du traité, les travaux préparatoires, le sens ordinaire des termes, les données scientifiques, les données économiques, la pratique ultérieure des parties, les cartes, l'histoire de l'île et de son peuple, ainsi que les exigences de l'équité. La Namibie estime qu'elle devrait avoir gain de cause sur le fondement de n'importe lequel de ces moyens. Mais les prétentions de la Namibie ne dépendent pas d'une seule des branches de ce faisceau de moyens. Chacun de ces moyens appuie et renforce plutôt les autres. La force de la thèse de la Namibie, comme j'espère le montrer, réside dans cette interaction mutuelle et réciproque des moyens juridiques et des éléments de preuve couvrant l'ensemble des considérations applicables.

3. Ce résumé me forcera à répéter certaines choses que vous avez déjà entendues, je demande donc l'indulgence de la Cour. Je devrais également ajouter ici que les éléments que nous avons présentés oralement au cours des quatre derniers jours ne représentent nullement l'ensemble de notre argumentation. Les écritures de la Namibie développent davantage tous les points que nous avons examinés ici.

4. En premier lieu, la présente affaire porte sur l'interprétation d'un traité — le traité anglo-allemand de 1890 — qui fixe la frontière litigieuse en l'espèce. La Namibie a consacré trois de ses quatre jours de plaidoirie aux aspects conventionnels de l'affaire.

5. Le principe fondamental en matière d'interprétation du traité, codifié à l'article 31 de la convention de Vienne, est que les traités doivent être interprétés suivant le sens ordinaire à attribuer à leurs termes. Les termes qui définissent la frontière et qui, partant, doivent être interprétés en l'espèce sont «le centre du chenal principal de cette rivière [le Chobe]» ou, dans le texte allemand «*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*». Le sens ordinaire de ces termes oblige la Cour à identifier dans un premier temps le chenal principal de la rivière et d'indiquer ensuite où se trouve le «centre» ou le «thalweg» de ce chenal formant la frontière. Comme ces termes, tant dans le texte anglais que dans le texte allemand, ont été ajoutés de façon délibérée à la dernière minute, la Cour devrait rejeter toute interprétation qui ne leur accorde pas un sens distinct.

6. Le traité situe la frontière au centre du «chenal principal» du Chobe. Mais il ne fournit aucun indice quant au sens à attribuer à ces termes. Nous sommes donc ramenés aux méthodes classiques d'interprétation des traités. Les moyens invoqués par la Namibie peuvent se ranger sous deux de ces méthodes :

- en premier lieu, le sens ordinaire des termes «chenal principal»; et
- en deuxième lieu, la «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité».

7. Je voudrais récapituler les éléments essentiels de la thèse de la Namibie à ce double égard.

047

2. Le sens ordinaire des termes

8. La Namibie croit que lorsqu'un cours d'eau se divise en deux chenaux autour d'une île, l'expression «chenal principal» désigne, dans son sens ordinaire, le chenal qui transporte la plus grande partie des eaux du cours d'eau, elle désigne aussi le chenal qu'emprunte la plus grande partie du trafic fluvial.

a) *Les sources juridiques*

9. Ces deux sens de l'expression ressortent des décisions des tribunaux internationaux et des textes des publicistes. Je n'accablerai pas la Cour par une nouvelle répétition de longues citations tirées de ces sources juridiques. La Namibie les a rassemblées et analysées dans son contre-mémoire aux paragraphes 59 à 72. M. Delbrück les a analysées de façon détaillée lundi et j'en ai cité un certain nombre mardi. Ces sources sont capitales pour bien comprendre l'évolution du droit dans le domaine des frontières fluviales au XIX^e siècle.

10. Le Botswana soutient que la présente affaire devrait être résolue par l'application d'un prétendu «principe du thalweg», selon lequel une frontière fluviale établie par traité doit être tracée le long du thalweg du cours d'eau, qui est le chenal le plus profond. Il s'ensuit, fait valoir le Botswana, que le chenal nord, qui — dit-il — est en moyenne plus profond que le chenal sud, constitue la frontière.

11. Ce syllogisme simple l'est bien trop pour résister à l'analyse. En premier lieu, la Namibie a démontré qu'il n'existait aucune règle de droit international en ce sens à la fin du XIX^e siècle lorsque le traité anglo-allemand a été négocié⁷⁰. Le Botswana invoque de surcroît la profondeur comme critère dans le contexte de la *navigabilité*. Mais quelle que soit l'importance que l'on puisse accorder à la profondeur dans ce contexte, il ne saurait s'agir de la profondeur *moyenne*. La navigabilité d'un chenal n'est pas déterminée par sa profondeur moyenne, mais par le point ou le secteur de profondeur *minimale* qu'un bateau doit franchir pour passer le chenal. A cet égard, les deux chenaux sont en gros comparables.

12. Toutefois, les auteurs européens et américains du XIX^e siècle ne faisaient pas fond, de toute manière, sur le seul critère de la profondeur. Il ressort d'un examen attentif des sources de l'époque que pour l'essentiel elles s'accordaient à reconnaître que la notion de thalweg alors en gestation ne se limitait pas à l'application automatique du critère de la profondeur du chenal. Dans son essence, cette notion était liée au flux du courant et l'exploitation commerciale du cours d'eau. On trouvera aux paragraphes 63 à 65 du contre-mémoire de la Namibie des citations d'au moins

⁷⁰Contre-mémoire de la Namibie, par. 54-58.

treize publicistes éminents ayant écrit entre 1864 et la fin du siècle. Tous insistent sur l'importance du courant du plus gros volume d'eau ou sur «le centre du courant descendant»⁷¹. Les dictionnaires allemands et français de l'époque vont dans le même sens.

13. Les mêmes auteurs insistent également sur le fait que la notion en gestation de *thalweg* incluait également l'usage pour la navigation : «la principale artère de commerce» ou «la course des bateaux de plus fort tonnage»⁷². Ces expressions démontrent avec éclat que ces auteurs ne s'intéressaient pas à un concept abstrait de «navigabilité», mais à l'usage effectif des cours d'eau par des navires de commerce.

14. Ces deux éléments sont en fait les deux faces de la même médaille. Le courant ou l'écoulement facilitait la navigation en direction de l'aval et la navigation suivait le courant. Ces deux éléments correspondaient normalement au chenal le plus profond du cours d'eau. Peu d'auteurs se sont penchés sur la situation où ces trois indices n'allaient pas tous dans le même sens, mais ceux qui l'ont fait ne doutaient pas de la réponse :

«[Le] chemin [suivi par les bateaux de plus fort tonnage qui descendent le cours d'eau] correspond fréquemment, sinon habituellement, au chenal le plus profond. Il peut cependant, pour diverses raisons, emprunter une autre voie. Où qu'il soit, ce chemin indique nécessairement l'artère principale du commerce et, pour cette raison, détermine le *thalweg*.»⁷³

Je ne m'étendrai pas davantage sur ces citations. Pour résumer, les sources juridiques confirment que le chenal principal est celui qui transporte la plus grande partie du courant et le chenal principal est en même temps celui où transite le trafic commercial le plus important.

⁷¹Calvo («[le] courant du plus gros volume d'eau»); von Neuman.

⁷²Hyde, Engelhardt («la course des bateaux de plus fort tonnage»). Voir le contre-mémoire de la Namibie aux paragraphes 67 à 71, pour un tour d'horizon de la doctrine.

⁷³Hyde.

b) *En cas d'écoulement important dans le cours inférieur du Chobe, la plus grande partie de cet écoulement passe au sud de l'île de Kasikili*

15. Abstraction faite des sources juridiques, il est important de relever que les deux Parties en l'espèce s'accordent également pour dire, et ce presque dans les mêmes termes, que, du point de vue scientifique, «le chenal principal est le chenal qui achemine le plus grand volume d'eau»⁷⁴.

16. La Namibie croit que l'époque qu'il convient de retenir pour déterminer où passe le plus grand volume d'eau d'un cours d'eau est celle où il coule et non pas où il est stagnant. Il ressort des sources scientifiques que, pendant la saison sèche qui dure plus de la moitié de l'année, il n'y a à toutes fins pratiques *aucun écoulement* dans le Chobe aux alentours de l'île de Kasikili. Pendant cette partie de l'année, la rivière est complètement à sec de Serondela jusqu'à un point situé bien en amont du lac Liambezi. Il n'y a donc aucun apport d'eau à la rivière en provenance du bassin versant amont. L'eau dans les chenaux constitue, comme M. Richards l'a dit, «pour l'essentiel une «retenue d'eau» quasi stagnante en amont des rapides de Mambova».

17. Les déductions que tire le Botswana au sujet de l'écoulement relatif et qui se fondent sur des comparaisons des deux chenaux tels qu'ils apparaissent sur les photographies aériennes prises à la saison sèche sont dénuées de pertinence car il n'y avait aucun écoulement dans l'un ou l'autre chenal lorsque ces photographies ont été prises. Les mesures de débit effectuées par le Botswana au cours des mois secs de 1997 et 1998 — même si on les accepte telles quelles — sont parfaitement compatibles avec la position selon laquelle ces deux chenaux sont essentiellement stagnants au cours de cette période. Les vitesses relevées sont de 0,014 à 0,05 mètre par seconde. La Cour se rappellera la règle d'un mètre de M. Alexander. Pour la Namibie, l'eau qui s'écoule à cette vitesse est «essentiellement stagnante».

18. Il y a un écoulement important vers l'aval dans le cours inférieur du Chobe uniquement au cours des périodes de hautes eaux du Zambèze. La plus grande partie de ces eaux passe au sud de l'île. Les éléments principaux avancés au cours des plaidoiries à l'appui de cette conclusion sont les suivants.

⁷⁴Contre-mémoire du Botswana, par. 385; mémoire de la Namibie, par. 157.

19. En premier lieu, la topographie d'ensemble de la plaine d'inondation du Zambèze laisse supposer — c'est l'intuition qui nous guide — que les eaux de débordement en provenance du Zambèze longeront la base de l'arête du Chobe, qui est la section la plus basse de la région. C'est manifestement ce qui se passe tant en amont qu'en aval de l'île de Kasikili.

050

20. En deuxième lieu, les photographies aériennes prises *lorsqu'il y a un écoulement important dans la rivière* montrent que le volume d'eau provenant de l'ouest est trop important pour qu'il puisse être contenu dans le chenal nord. Je renvoie à la photographie portant le n° 4.4 du dossier des juges; vous l'avez déjà vue, je ne la projeterai donc pas à l'écran. J'espère que vous la connaissez; on y voit l'eau coulant au sud de l'île sur une large bande, qui est le chenal principal. La rive droite de ce chenal est la berge bordée d'arbres dont nous avons souvent parlé. La rive gauche du chenal principal est la ligne des hauteurs traversant d'ouest en est le tiers sud de l'île. On peut voir cette configuration à la surface de l'île sur toutes les photographies aériennes. Vous en trouverez une série, que vous connaissez bien aussi, sous l'onglet 4.5 de votre dossier.

21. En troisième lieu, je voudrais rappeler tout particulièrement une séquence spécifique du film vidéo que la Namibie a présenté mardi. Elle a été tournée au milieu du mois d'avril 1998 lorsque le débit de la rivière était à son maximum. Le bateau se déplaçait vers l'amont, vers le sud de l'île. L'eau de la rivière coulait avec force et énergie dans le chenal principal en direction du bateau, passant de chaque côté de celui-ci. Le bateau a alors contourné l'extrémité de l'île pour emprunter le chenal nord à la bifurcation. Et soudainement la rivière s'est calmée — elle était si calme que deux hirondelles sont venues se percher sur le mât du pavillon. La comparaison était, je pense, frappante. Rappelez-vous aussi les expériences au colorant vert, menées dans le chenal nord au début du mois de mars. Les eaux étaient quasi immobiles, sauf dans un seul cas, à l'est de Kasika, là où les eaux venaient directement de la plaine d'inondation du Zambèze et se déversaient dans le tronçon oriental du chenal nord. Mais cet écoulement *ne* provenait *pas* du Chobe. Ce ne sont là que les nombreuses observations les plus remarquables effectuées par M. Alexander, lorsqu'il a comparé les débits respectifs des deux chenaux.

22. En quatrième lieu, il ressort des lointaines origines de la géographie actuelle de la région — étudiées par M. Richards — que la plus grande partie de l'écoulement doit passer par le chenal sud. L'île de Kasikili était au début une boucle de méandre dans le chenal du Zambèze, à l'époque où le cours de ce fleuve longeait la base de l'arête du Chobe à l'ouest et au sud de son cours actuel. Comme cela se produit couramment dans le cas de méandres de cours d'eau à faible pente, le fleuve a ouvert une brèche dans le col de la boucle, créant ainsi il y a mille ans environ l'île qui est aujourd'hui celle de Kasikili. Le chenal nord est donc un méandre résultant d'une avulsion. Il commence à s'envaser à son extrémité occidentale à un rythme cependant lent car le Chobe s'assèche dans les marais de Linyanti — situés à 150 kilomètres environ en aval —, abandonnant à cet endroit la plus grande partie des sédiments provenant du bassin versant. Presque par définition, le chenal nord, c'est-à-dire le chenal résultant de l'avulsion, ne saurait acheminer la plus grande partie des eaux. Et le nouveau chenal, encore une fois presque par définition, devient le chenal principal de la rivière.

051

23. Et pour terminer, il y a les mesures de débit effectuées en période de hautes eaux. Celles qui ont été effectuées par M. Alexander sont sans équivoque. Elles ont été effectuées à des endroits soigneusement choisis pour tenir compte de toutes les eaux provenant du Chobe en amont de l'île de Kasikili qui passaient par le chenal en question et exclure celles venant de l'aval de l'île. Vous pouvez voir ces endroits sur la photographie qui porte le numéro 4.6 de votre dossier, une autre photographie que nous vous avons montrée un certain nombre de fois. Vous vous rappellerez que le débit était de 247 mètres cubes par seconde dans le chenal principal et de 188 mètres cubes par seconde dans le chenal nord. Près de soixante pour cent du débit passe par le chenal principal situé au sud de l'île.

24. Les mesures effectuées par le Botswana, comme on peut s'y attendre, aboutissent à des résultats différents. Mais M. Alexander a démontré, de façon convaincante je crois, que les sites retenus pour effectuer ces mesures ne permettaient pas d'opérer des comparaisons exactes du débit total — et de ce seul débit — dans chaque chenal (n° 4.6). Les mesures effectuées au sud de l'île l'ont été au site B2. Ainsi, elles évaluent le débit non dans le chenal principal, mais dans le thalweg du chenal principal. Comme la section transversale au site B2 est nettement plus petite, les mesures

sous-évaluent considérablement le débit total dans le chenal principal. Le site B1 dans le chenal nord était situé à l'entrée du chenal principal, et la majeure partie des eaux à cet endroit proviennent du chenal nord et coulent en direction sud pour se déverser dans le chenal principal. Les mesures effectuées à cet endroit surévaluent donc le débit parce qu'elles incluent une part substantielle d'eaux qui ne se déversent pas du tout dans le chenal nord, mais traversent celui-ci pour se déverser dans le chenal principal au sud.

25. C'est pour ces cinq raisons que le chenal qui achemine la plus grande partie des eaux de la rivière — critère accepté par les deux Parties — est le chenal qui coule au sud de l'île de Kasikili. C'est le chenal principal du Chobe. Je parlerai maintenant du chenal qui est le plus utilisé du point de vue de l'économie régionale.

0 5 2

c) *Le chenal situé au sud de l'île de Kasikili est celui qui est le plus utilisé du point de vue de l'économie régionale*

26. On trouve dans les pièces de procédure de la Namibie de nombreuses photographies de bateaux de tourisme dans le chenal sud, des photographies prises aussi bien au cours de la saison humide que de la saison sèche. Et cela n'inclut pas les bateaux que nous avons vus dans le film vidéo. La majorité écrasante de ce trafic a lieu, comme on vous l'a dit, dans le chenal sud, car c'est le meilleur endroit pour observer les animaux sauvages, tant sur l'île de Kasikili que dans le parc national du Chobe au sud de la rivière.

27. Le Botswana soutient que le chenal nord n'est pas navigable. Mais à la bifurcation, là où la profondeur est la moindre dans les deux chenaux, il n'y a guère d'éléments qui nous permettent de les différencier. Les seuls bateaux qui *peuvent* emprunter l'un ou l'autre chenal sont les bateaux de tourisme à fond plat que vous avez vus dans le film, qui peuvent naviguer aussi facilement dans un chenal que dans l'autre. Contrairement à ce qu'affirme le Botswana, le chenal sud ne s'est jamais asséché. Les calculs effectués par M. Alexander sont résumés sous la forme d'un graphique sous la cote 4.7 de votre dossier. Ils indiquent le niveau d'eau le plus bas à Kasane pour les minimaux annuels indiqués sur le graphique pour chaque année de 1984 à 1996. Ces minimaux *ne* sont *jamais* tombés sous la cote d'altitude du lit du chenal sud. Si bien que le lit du chenal sud se situait *toujours* à un niveau inférieur à son niveau d'eau. Enfin,

l'argument selon lequel le chenal sud serait bloqué par des mauvaises herbes relève de la fantaisie la plus totale comme vient de le démontrer M. Cot dans son exposé. Le chenal sud est navigable en permanence, c'est ce que montrent les nombreux bateaux photographiés à cet endroit au cours de la saison sèche — qui, soit dit en passant, est aussi la haute saison touristique.

28. Le Botswana, pour sa part, n'a pas produit la moindre preuve positive de l'exploitation commerciale du chenal nord. Historiquement, il ne peut faire état que du seul épisode de la demande adressée par M. Ker à Trollope vers la fin des années quarante. L'argumentation du Botswana quant à l'usage commercial de nos jours se limite à une simple affirmation figurant au paragraphe 35 de son mémoire : «[L]e bras nord et ouest du Chobe est le seul chenal navigable correspondant aux besoins de l'économie régionale.» Et je marque un temps d'arrêt pour relever que le Botswana souscrit à l'idée que la navigabilité doit s'apprécier en fonction des besoins de l'économie régionale.

29. Mais le Botswana avance cette affirmation dans son mémoire sans l'étayer par la moindre preuve ou analyse. Le contre-mémoire en dit un peu plus. On trouve ce qui suit au paragraphe 387 : «L'itinéraire du *Zambezi Queen* et des bateaux de touristes venus des motels de safari confirme que le chenal nord est le chenal navigable, le chenal «le plus utilisé». Et, au paragraphe 347, cette idée est développée en ces termes :

«Il convient de relever que le seul navire d'un tonnage important qui se déplace à l'heure actuelle sur cette section du Chobe ne peut utiliser que le chenal nord. Le *Zambezi Queen*, qui est long de 42 mètres et comporte trois étages, est un navire de tourisme et ne se déplace que dans le chenal nord.»

30. La Cour a déjà entendu parler de ce pauvre *Zambezi Queen*. Ce navire ne se déplace pas ni ne circule dans le chenal nord, ni d'ailleurs dans aucun chenal. Il est ancré en permanence dans le chenal en épi à hauteur du King's Den Lodge, comme vous l'avez vu dans le film vidéo, où il sert d'hôtel pour les touristes.

31. De même, la Cour cherchera en vain dans les pièces de procédure du Botswana des «itinéraires à partir des motels de safari». La Namibie, elle, a toutefois produit une brochure⁷⁵. Le recto de cette brochure est reproduit au n° 4.8 du dossier des juges, il s'agit d'une nouvelle photographie. On y voit des bateaux de tourisme amarrés le long de la rive droite de la rivière, située à gauche sur la photographie. C'est une vue magnifique du chenal principal. L'île commence à peu près au milieu de la photographie. Au verso de la brochure, que vous trouverez au n° 4.9, le bateau est si près de la rive du chenal sud qu'il semble s'être arrêté pour embarquer un éléphant comme passager.

32. Ces éléments de preuve sont incontestables. Le seul chenal du Chobe au voisinage de l'île de Kasikili qui revête une importance commerciale est celui du sud de l'île.

* * *

33. En résumé : dans son sens ordinaire, l'expression «chenal principal» désigne le chenal d'un cours d'eau qui achemine la plus grande proportion de l'écoulement. Elle désigne également le chenal par lequel transite la plus grande partie du commerce fluvial. Les éléments de preuve produits devant la Cour établissent de manière convaincante que la plus grande partie de l'écoulement *et* la plus grande partie des activités commerciales transitent au sud de l'île par le chenal principal qu'a indiqué la Namibie.

0 5 4

3. La pratique ultérieure suivie par les parties dans l'application du traité

34. La convention de Vienne cite, parmi les principaux moyens d'interprétation, «toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité». La pratique suivie pendant trois-quarts de siècle dans l'application du traité anglo-allemand de 1890 démontre que les parties étaient d'accord que le traité, correctement interprété, place l'île de Kasikili dans ce qui est aujourd'hui la Namibie, sous la souveraineté de la Namibie et de ses prédécesseurs en titre.

⁷⁵Rapport supplémentaire, illustrations, feuilles 17s et 18s.

35. Pendant la plus grande partie de ce siècle, les Masubia du Caprivi oriental ont vécu pacifiquement sur l'île de Kasikili. La Cour a entendu les descriptions émouvantes de cette période qu'ont fait l'agent de la Namibie, M. Albert Kawana, et M. Lazarus Hangula, qui ont tous deux une connaissance directe de l'endroit. M. Cot a passé une bonne part de la matinée à décrire la relation intime liant les Masubia à l'île. Il suffit donc de dire maintenant que l'île de Kasikili était universellement considérée comme faisant partie intégrante du foyer national traditionnel des Masubia du Caprivi oriental des siècles avant le traité de 1890. Ils y ont pratiqué l'agriculture jusqu'aux années soixante au moins. D'abord ils vécurent sur l'île durant la saison sèche, s'installant à Kasika, un endroit plus élevé, durant les inondations annuelles. Ultérieurement, ils se contentèrent d'y pratiquer l'agriculture et d'y faire paître leur bétail. En 1985 encore, il est attesté qu'ils ont fait traverser le chenal du nord à leur bétail pour que celui-ci puisse paître sur l'île de Kasikili à une époque où les pâtures n'étaient pas suffisantes au nord de la rivière⁷⁶.

36. M. Hangula a décrit les institutions politiques des Masubia dans le détail : le chef exerçait l'autorité suprême sur l'ensemble de la population et le territoire. Il était assisté par le *kuta*, et par le conseil des *indunas* ou chefs régionaux. Les *indunas* étaient chargés de l'administration des villages situés dans leur région.

37. Les Masubia se sont enfuis de la région lorsqu'ils ont entendu dire que l'Allemagne allait y établir son autorité administrative, mais ils y sont revenus sur les instances du premier résident impérial allemand, le capitaine Kurt Streitwolf. Celui-ci a présidé la renaissance des institutions politiques traditionnelles. Les dirigeants impériaux allemands, comme leurs homologues britanniques de l'autre côté de la rivière, ont gouverné cette partie de la colonie par administration indirecte dans le cadre des institutions politiques locales. Sous l'empire de la législation allemande, les chef et *indunas* statuaient sur les différends locaux et attribuaient des terres aux cultivateurs. Ces deux fonctions ont été exercées sur l'île de Kasikili.

0 5 5

⁷⁶Mémoire du Botswana, annexe 48.

38. Dans les années vingt, les autorités britanniques du Bechuanaland ont gouverné la bande en vertu d'une délégation de l'Afrique du Sud, qui détenait le mandat de la Société des Nations pour le territoire du Sud-Ouest africain. Là encore, c'est principalement par le biais des institutions masubia qu'ils exerçaient leur autorité gouvernementale, et les autorités britanniques faisaient régulièrement rapport à ce sujet à la Société des Nations. La pratique de l'administration principalement indirecte s'est poursuivie après 1929, lorsque l'Afrique du Sud a de nouveau assumé la responsabilité directe de la région. Périodiquement, des mesures législatives adoptées par Pretoria donnaient aux responsables masubia l'autorité nécessaire pour exercer des fonctions administratives et judiciaires limitées, pour lesquelles ils recevaient un traitement.

39. Un *Magistrate* particulièrement énergique, le major L.F.W. Trollope, a été en poste de 1939 à 1953. Il établit des patrouilles dans la région de l'île de Kasikili avec l'aide du sergent Webb, un officier de police détaché par le bureau du commissaire de district du Bechuanaland à Kasane. Et il est devenu célèbre pour avoir maintenu vigoureusement la souveraineté sud-africaine sur l'île de Kasikili dans les échanges ayant abouti à l'accord Trollope/Dickinson.

40. Les plus hautes autorités gouvernementales s'employaient aussi, en tant que de besoin, à affirmer la souveraineté et la juridiction sud-africaines. Dans l'affaire Trollope/Dickinson, le ministère sud-africain des affaires étrangères a toujours affirmé avec insistance que l'île de Kasikili faisait partie du Sud-Ouest africain. Dans le seul cas connu où des fonctionnaires du Botswana ont arrêté des citoyens du Caprivi oriental sur l'île, ceux-ci ont été relâchés. Comme l'a dit M. Cot, les dépositions qu'ils ont faites à l'époque indiquent que le magistrat à Kasane a donné comme raison de leur remise en liberté le fait que le Botswana n'avait pas compétence sur l'île. Le Botswana le conteste, mais il ne peut contester que le ministère sud-africain des affaires étrangères a vigoureusement protesté auprès du ministère botswanais des affaires étrangères, qui n'a pas répondu. Lors des pourparlers de 1984-1986 entre le Botswana et l'Afrique du Sud — des pourparlers au sujet de l'incident au cours duquel des coups de feu avaient été tirés dans le chenal sud — l'Afrique du Sud n'avait plus aucune autorité juridique

dans la région. Néanmoins, les forces de défense sud-africaines donnèrent pour instructions aux négociateurs sud-africains «d'entrer en liaison sans délai avec le Gouvernement botswanais par la voie diplomatique pour a) faire confirmer que la frontière passe au sud de Sidudu...»⁷⁷

41. La longue histoire du traité est une somme riche et complexe de pratique, coutume, institutions et actions, sous de nombreuses formes et à de nombreux niveaux, qui donnent corps à la relation des Masubia, de l'Allemagne et de l'Afrique du Sud avec l'île de Kasikili. Elle commence avec les Masubia du Caprivi oriental qui construisent des maisons, cultivent la terre, font paître du bétail, pêchent et chassent sur l'île depuis des temps immémoriaux. Ils sont gouvernés par leurs institutions traditionnelles — le chef, le *kuta* et les *indunas*. Les dirigeants masubia étaient eux-mêmes sous l'autorité de fonctionnaires locaux représentant les puissances coloniales. A Pretoria, les organes politiques suprêmes sont prêts à agir et agissent en tant que de besoin pour affirmer et défendre leur souveraineté sur l'île. Tout ceci montre que pour la Namibie et ses prédécesseurs en titre, l'île de Kasikili fait partie de la Namibie. Permettez-moi de rappeler à la Cour ce qu'a dit M. Huber dans l'affaire de *l'Île de Palmas* :

«C'est la somme de toutes les fonctions ainsi attribuées soit aux autorités autochtones soit à celles de la puissance coloniale qui dicte la réponse à la question de savoir si à une période donnée les conditions de l'existence de la souveraineté ont été remplies.»⁷⁸

42. Quels sont les arguments du Botswana qui vont à l'encontre ou contredisent cette vision de la situation ? Pour la Namibie, la réponse est «aucun».

43. A la différence de l'animation de la vie politique, économique et sociale capriviennne sur l'île de Kasikili et autour de celle-ci, il y a un vide complet au sud de la rivière. Depuis le début du siècle, il y avait un poste du Bechuanaland juste de l'autre côté de la rivière, d'abord à Kazangula, puis, pour la plus grande partie de la période à Kasane, à un ou deux kilomètres seulement de l'île. Les autorités du Bechuanaland, tant au niveau local que, le cas échéant, au niveau central, savaient parfaitement tout ce qui se passait sur l'île. Mais ces autorités sont restées muettes.

⁷⁷Mémoire de la Namibie, annexe 84.

⁷⁸Cour permanente d'arbitrage 2d (Scott), p. 16.

057

44. On ne connaît pas un seul exemple d'occupation ou d'utilisation par des populations du côté situé aujourd'hui au Botswana ni même, du moins jusqu'en 1948, d'une protestation ou revendication de juridiction pouvant être mise en avant. Le rapport Trollope/Redman de janvier 1948, vous vous en souviendrez, énonçait ceci — qui a été approuvé par Redman, commissaire de district pour le Bechuanaland : «rien ne prouve à notre connaissance que l'île ait été utilisée ou ait été revendiquée par des membres de tribus ou les autorités du Bechuanaland, ou qu'aucune objection n'ait été opposée à l'utilisation de cette île par les membres de tribus de la bande de Caprivi». Telle était la situation en 1948. De fait, comme vous l'a dit M. Cot, selon ce rapport, la rive sud du cours d'eau «n'[était] pas occupée tribalement»⁷⁹. Ajoutez à cela l'affirmation catégorique de sir Evelyn Baring, haut-commissaire pour le Bechuanaland, selon laquelle « jusqu'à présent, on considérait que cette île faisait partie de la bande de Caprivi».

45. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je crois pouvoir affirmer que ce sont là des déclarations importantes et qui ont du poids : *rien ne prouve que des membres de tribus ou les autorités du Bechuanaland aient utilisé ou revendiqué l'île; l'île a été jusqu'ici considérée comme faisant partie de la bande de Caprivi.*

46. Que nous apprennent ces déclarations quant à la manière dont les parties au traité interprétaient le règlement issu de celui-ci ? Elles nous disent que, dans l'esprit des deux Parties, le traité rattachait l'île de Kasikili à la bande de Caprivi et, *qui plus est*, que rien ne justifiait une remise en cause des arrangements politiques existants et des activités sur le terrain.

47. Jusqu'ici, j'ai évoqué la situation des cinquante premières années qui ont suivi la conclusion du traité — de 1890 au début des années quarante. Si nous voulons connaître la pratique des Parties afin qu'elle nous éclaire sur leur interprétation des termes du traité, ce sont les documents datant de ces premières décennies de mise en œuvre du traité qui nous intéressent. C'est à cette époque que les intentions des rédacteurs du traité étaient le mieux accessibles aux fonctionnaires et agents de l'administration appelés à les concrétiser.

⁷⁹Mémoire de la Namibie, annexe 60, par. 6.

48. Mais, de l'avis de la Namibie, cette situation a perduré pour l'essentiel, sans guère de changements significatifs, dans les années soixante, soixante-dix et quatre-vingts. La première revendication sans équivoque du Botswana concernant ses droits allégués sur l'île de Kasikili date des pourparlers avec l'Afrique du Sud au sujet de l'échange de coups de feu de décembre 1984. La première action du Botswana sur le terrain est son occupation illicite de l'île en 1991.

058

49. Le seul événement qui puisse à la rigueur être qualifié d'exception à cette pratique demeurée constante durant sept décennies est l'accord Trollope/Dickinson. La Cour, s'agissant de cet épisode, a déjà entendu maints commentaires, auxquels le Botswana ajoutera sans aucun doute ses propres considérations la semaine prochaine.

50. La Namibie ne cherche nullement à déformer les faits. M. Faundez l'a déjà relevé, et M. Cot vient de le répéter aujourd'hui, le rapport d'inspection rédigé en 1948 par Trollope et Redman indique ce qui suit : «Notre opinion est que le «chenal principal» se trouve dans la voie d'eau qui plaçait l'île en question à l'intérieur du protectorat du Bechuanaland.»⁸⁰ — c'est-à-dire le chenal nord. Il est tout aussi exact que le «gentlemen's agreement» finalement conclu par Trollope et Dickinson l'a été «absolument sans préjudice du droit du protectorat et de la bande de Caprivi de reprendre l'examen de la question juridique [en cause]»⁸¹.

51. Sur le premier point, les rapporteurs s'étaient formé l'«opinion» susmentionnée «après avoir examiné ... le terrain et une photographie aérienne». Le rapport est daté de janvier 1948, mois qui se situe durant la saison sèche — où aucune eau ne coule par conséquent dans la rivière. Cette opinion ne pouvait donc s'être fondée sur le débit relatif du cours d'eau, qui est le critère accepté par les deux Parties dans la présente instance.

52. S'agissant des réserves quant à la situation juridique, j'appelle l'attention de la Cour sur les cartes témoignant de l'utilisation par divers services administratifs du Bechuanaland de la carte du ministère de la guerre GSGS 3915. La plus remarquable est la carte dressée par le

⁸⁰Mémoire de la Namibie, annexe 60.

⁸¹Mémoire de la Namibie, annexe 71.

directeur des travaux publics du Bechuanaland en réponse à une demande de Londres réclamant un relevé précis des limites des réserves de terres de la Couronne. Vous vous en souviendrez, ces limites, tracées à la main et au crayon rouge, excluent l'île de Kasikili du territoire du Bechuanaland. Nous avons d'autres exemples d'une utilisation de la carte GSGS 3915 par l'administration dans le cadre des opérations de routine de services exerçant des responsabilités très variées, depuis les affaires vétérinaires jusqu'à l'exploitation des ressources minérales et naturelles en passant par les travaux d'aménagement hydraulique. Chacun de ces exemples montre que le service administratif intéressé reconnaissait que le territoire relevant de sa juridiction s'arrêtait au chenal sud du Chobe à l'endroit de l'île de Kasikili.

059

53. La carte vétérinaire qui, comme M. Faundez l'a expliqué, touchait à l'une des grandes préoccupations concernant le territoire du Bechuanaland, a été établie en 1949, alors que les discussions qui allaient aboutir à l'accord Trollope/Dickinson étaient pleinement engagées. La carte des ressources minérales est postérieure à 1955, et celle du réseau hydrographique date de 1963, soit trois ans seulement après l'indépendance du Botswana. Il est encore plus important de noter que la carte des réserves de la Couronne remonte à 1959, c'est-à-dire huit ans après l'accord Trollope/Dickinson. A aucune de ces occasions ne voit-on le moindre signe que les autorités du Bechuanaland s'inquiétaient de défendre une situation juridique. Au contraire, les cartes montrent qu'il n'y avait aucune situation juridique à défendre.

54. Je ne m'appesantirai pas davantage. Mais il est certains faits d'une importance capitale que la Cour doit garder à l'esprit.

55. Pas une seule fois tout au long de cette correspondance, le représentant britannique n'a, à quelque niveau que ce soit, fût-ce dans un échange interne, affirmé sans équivoque «l'île de Kasikili nous appartient. Vous l'occupez à tort.» Pas une seule fois, les Britanniques n'ont élevé de protestation officielle auprès de leurs interlocuteurs sud-africains. Jamais ils ne cherchent à remettre en question la situation existante, sauf sur des points mineurs. Et quand l'Afrique du Sud rejette leurs suggestions, ils font promptement machine arrière. En fait, l'île

de Kasikili ne présentait aucun intérêt pour le Gouvernement britannique. Celui-ci ne souhaitait pas *changer* la situation existante mais la *confirmer*. En définitive, tel a été précisément l'effet de l'accord conclu : confirmer le statu quo.

56. En quoi consistait ce statu quo ? Il est défini dans la lettre de Trollope en date du 4 août 1951 en ces termes : «l'île de Caprivi continuera d'être utilisée par les membres de tribus du Caprivi et ... la voie d'eau septentrionale continuera de servir de «voie ouverte à tous».

57. Et il en est demeuré ainsi, assurément jusqu'en 1966, date de l'accession du Botswana à l'indépendance et de l'abrogation par l'Organisation des Nations Unies du mandat de l'Afrique du Sud sur ce territoire.

58. De l'avis de la Namibie, cette pratique ultérieure des parties au traité en ce qui concerne l'application de ce dernier tout au long d'une période représentant trois quarts de siècle atteste que les parties étaient d'accord entre elles quant au fait que le traité attribuait l'île de Kasikili à ce qui est aujourd'hui la Namibie. Revenons une fois encore aux cartes.

0 6 0 4. Les cartes de la région

59. La production et l'utilisation de cartes officielles peuvent être considérées comme une expression de la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*), de la convention de Vienne. Toutefois, la Namibie a traité ces cartes séparément parce qu'elles constituent aussi des éléments de preuve en elles-mêmes — en montrant par exemple la position des gouvernements en ce qui concerne la localisation de la frontière. On nous a fait hier un compte rendu très complet et éclairant de l'histoire cartographique de la région. Il n'y pas grand chose que je puisse ou souhaite y ajouter. Je voudrais une fois de plus insister sur un ou deux points saillants.

60. *Premièrement*, comme l'a dit M. Rushworth, les pièces écrites contiennent en tout vingt-six cartes satisfaisant aux deux conditions suivantes : 1) avoir été établie par une entité autre que les Parties à la présente affaire exerçant des responsabilités politiques dans la région, et 2) indiquer l'île de Kasikili. M. Rushworth a écarté, outre les cartes dressées par le Botswana

lui-même — puisqu'il est Partie à l'affaire —, les cartes visiblement entachées de graves inexactitudes, comme la Kriegskarte ou la carte britannique de 1965 ou encore la carte du JARIC, qui ne signalent même pas la présence d'une île à l'emplacement de Kasikili.

61. Sur ces vingt-six cartes, neuf ne font pas apparaître de tracé frontalier. Elles ne sont donc d'aucune utilité à la Cour pour déterminer la frontière.

62. A une seule exception près, les dix-sept cartes restantes situent la frontière dans le chenal sud.

63. La dernière carte, établie par les forces de défense de l'Afrique du Sud, est une copie de la carte sud-africaine de 1982, dépourvue de tracé frontalier, sur laquelle des détails ont été ajoutés en surimpression en 1984 à des fins militaires. Au nombre de ces détails figure une ligne de démarcation passant dans le chenal nord. M. Rushworth en conclut que la ligne de démarcation n'a *pas* pour but d'indiquer une frontière internationale. Il est amplement prouvé que l'armée sud-africaine a considéré l'île de Kasikili comme faisant partie du Sud-Ouest africain jusqu'au jour de son retrait. J'ai cité tout à l'heure les instructions données aux négociateurs sud-africains en 1984. M. Rushworth conclut donc que la ligne de démarcation servait à indiquer les limites des zones d'opération des forces de défense sud-africaines, telles qu'elles ont été fixées d'un commun accord par les commandements sur le terrain après la fusillade de 1984.

0 6 1

64. Quelle que soit la manière dont on choisit en fin de compte d'interpréter les détails en surimpression de 1984, la «prépondérance» des autres éléments de preuve cartographiques est certainement plus que suffisante pour que — selon les termes de l'arbitrage dans l'affaire du *Canal de Beagle* — «l'effet cumulatif ... ne puisse être que considérable»⁸².

65. *Deuxièmement*, s'agissant de la question des cartes, j'invite la Cour avec insistance à réexaminer avec la plus grande attention l'exposé de M. Faundez relatif à l'utilisation que les diverses autorités administratives du Bechuanaland ont faite des documents établis à partir de la carte GSGS 3915 du ministère de la guerre. J'ai déjà fait mention de ces cartes à propos de l'arrangement Trollope-Dickinson, je ne vais donc pas reprendre ici leur examen. Permettez-moi

⁸²*ILR*, vol. 52, p. 84.

de redire seulement qu'elles attestent une reconnaissance uniforme et constante de la part de fonctionnaires qui exerçaient toute une gamme de responsabilités gouvernementales — des questions vétérinaires à la mise en valeur des eaux, aux minéraux et aux ressources naturelles — du fait que ces responsabilités s'arrêtaient au chenal sud du Chobe autour de l'île de Kasikili. La carte des terres réservées de la Couronne, soit dit en passant, contredit les allégations fréquentes du Botswana selon lesquelles le parc national du Chobe inclut l'île de Kasikili, car le parc, quand il a été établi, coïncidait avec les terres réservées de la Couronne.

66. *Troisièmement*, il y a les quatre cartes officielles publiées par les quatre entités (autres que les Parties à la présente affaire) qui ont exercé la responsabilité politique de la zone qui entoure l'île de Kasikili pendant le siècle qui a suivi la conclusion du traité. Il est difficile d'imaginer un exemple plus convaincant d'une pratique ultérieure qui établisse l'accord des parties sur le sens du traité. Les quatre cartes officielles sont la carte Seiner, pour l'Allemagne; la carte GSGS 3915 pour la Grande-Bretagne; je m'arrête pour dire que cela signifie que l'attitude de la Grande-Bretagne était plus que passive, elle constituait une reconnaissance, par la Grande-Bretagne, de l'emplacement de la frontière; la carte TSO 400/556 pour l'Afrique du Sud; et la carte UN n° 3158 pour l'Organisation des Nations Unies. Ces quatre cartes placent toutes, sans équivoque, la frontière entre le Botswana et la Namibie au sud de l'île de Kasikili.

5. La prescription et l'acquiescement

67. Vous avez entendu, ce matin même, M. Cot faire un exposé exhaustif sur la prescription et l'acquiescement. Il serait quelque peu présomptueux de ma part de penser que je puisse faire mieux. Je ne m'attarderai donc pas sur cette question. Je relève seulement que la Namibie plaide la prescription et l'acquiescement à titre alternatif comme un fondement tout à fait distinct et indépendant de sa revendication de souveraineté sur l'île de Kasikili. Rien ne fait obstacle à une telle façon d'invoquer un argument à titre alternatif, que ce soit dans le règlement de la pratique de la Cour, ou dans le texte de la question posée par les Parties. Les conseils de la Namibie ont décrit un siècle d'occupation et de gouvernement de l'île par le peuple masubia sous les dirigeants coloniaux allemands et sud-africains de la région. Ils ont établi le

silence maintenu à cet égard par le Bechuanaland et le fait qu'il s'est abstenu de protester ou d'affirmer son autorité en aucune manière. Ces éléments satisfont amplement aux exigences définies en droit par la Cour et d'autres tribunaux internationaux pour établir l'acquisition du titre afférent à un territoire par la prescription et l'acquiescement.

6. Conclusion

68. Pour conclure mon exposé, je voudrais indiquer deux considérations d'une portée quelque peu plus vaste.

69. Premièrement, la Namibie a établi que l'un des principes centraux du droit des frontières situées sur des cours d'eau est la garantie de l'accès égal aux ressources du cours d'eau pour les deux riverains. En réalité, le Botswana affirme et la Namibie admet qu'un tel accès égal constituait l'un des objets et des buts du traité de 1890. D'un point de vue pratique, les ressources de la navigation sur le Chobe à hauteur de l'île de Kasikili se trouvent dans le chenal sud. Le seul moyen de justifier l'objectif d'un accès égal — c'est-à-dire un objectif à la fois du droit international applicable et du traité — consiste à décider que la frontière se trouve dans le chenal sud.

70. Enfin : nous savons tous que le traité anglo-allemand de 1890 a constitué un épisode de première importance dans «la mêlée pour l'Afrique». Ce chapitre de la longue histoire des interventions des Européens en Afrique a été condamné à juste titre pour nombre de raisons. La moindre d'entre elles n'est pas que les hommes d'Etat européens se trouvant à Paris, Londres et Berlin traçaient des lignes arbitraires sur des cartes de territoires au sujet desquels ni eux-mêmes ni personne d'autre en Europe ne savaient grand chose et sans beaucoup se soucier des populations dont les vies et les patries en subiraient les conséquences. Il est résulté de cela que des peuples anciens ont été déchirés dans bien des cas et séparés tant des terres que des ressources qui étaient leurs moyens de subsistance traditionnels et jouaient un rôle central dans leurs vies et leur culture. Le traité de 1890 est un exemple frappant de cette pratique, car il établit des frontières conformes au système des revendications politiques et commerciales européennes. Dans le Sud-Ouest africain, nous le savons, les lignes s'étendaient sur des

centaines de kilomètres le long de parallèles de latitude et de méridiens de longitude arbitraires, pour s'accorder avec les intérêts stratégiques ou commerciaux présumés de la Grande-Bretagne au lac Ngami ou de l'Allemagne pour l'accès au Zambèze.

71. Pourtant dans le coin exigü et lointain de la région dont il s'agit en l'espèce, le résultat a été différent, peut-être par inadvertance. La frontière définie par le traité laissait le peuple masubia du district de Kasika du Caprivi oriental intact et en pleine possession de sa patrie traditionnelle — y compris l'île de Kasikili. Il serait paradoxal, pour ne pas dire tragique, que cent années plus tard une décision de la Cour internationale de Justice trouble cette relation harmonieuse.

72. Selon la Namibie, il n'est pas nécessaire de le faire. Le traité, interprété conformément au sens ordinaire de ses termes et à la pratique des parties établie de longue date, situe la frontière dans le chenal principal qui s'écoule au sud de l'île de Kasikili et c'est en faveur de la Namibie qu'il établit la souveraineté sur l'île.

Monsieur le président, ainsi s'achève mon exposé. Voudriez-vous donner la parole à notre agent, M. Kawana, pour achever nos plaidoiries ?

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur Chayes. Je donne la parole à l'éminent agent de la Namibie, M. Kawana.

M. KAWANA :

15. DÉCLARATION FINALE

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour,

1. M. Abram Chayes vient de terminer le premier tour de plaidoiries au nom de la République de Namibie.

2. J'aimerais saisir cette occasion pour remercier la Cour de l'attention qu'elle nous a accordée, le greffier et le personnel du Greffe pour les locaux — devrais-je dire, magnifiques — qui ont été mis à notre disposition ainsi que les interprètes pour l'excellent travail qu'ils ont accompli.

3. Monsieur le président, je voudrais également remercier nos collègues botswanais de la patience avec laquelle ils ont écouté nos plaidoiries. Nous vous souhaitons à tous un bon week-end.

Je vous remercie, Monsieur le président.

064

Le PRESIDENT : Merci beaucoup. L'audience est maintenant levée et les plaidoiries reprendront lundi lorsque le Botswana commencera à présenter sa thèse.

L'audience est levée à 12 h 55.
