



Non-Corrigé
Uncorrected

CR 99/7

**International Court
of Justice**

THE HAGUE

**Cour internationale
de Justice**

LA HAYE

YEAR 1999

Public sitting

held on Tuesday 23 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 mardi 23 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
Koroma
Vereshchetin
Higgins
Parra-Aranguren
Kooijmans
Rezek

Deputy-Registrar Arnaldez

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

M. Arnaldez, greffier adjoint

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. Professor Brownlie.

Mr. BROWNLIE: Mr. President, on behalf of the two delegations and on the mandate of the two Agents, I would convey from the two delegations our concerns for the health of Judge Fleischhauer and ask you, Mr. President, to convey our best wishes to Judge Fleischhauer.

The PRESIDENT: Thank you so much. He has a heavy cold and should be back shortly.

Mr. BROWNLIE: Mr. President, yesterday I had dealt with three main topics. First of all, the criteria for identifying the main channel. Secondly, the centrality of the 1890 Agreement to this case and thirdly, the two defensive strategies which the other side has been forced to adopt given the evident difficulty of persuading any group of persons, including this Court, that the southern channel is the main channel of the River Chobe. And then I had looked at the two defensive strategies — the first, the very heavy reliance on prescription and secondly, the reliance upon esoteric scientific theses. At the adjournment, I was about to move on to the rest of my agenda, which has three segments. First, a brief history of the dispute; secondly, the weakness of the Namibian claim based upon prescription; and thirdly, some conclusions on the interpretation and application of the Anglo-German Agreement. I had then entered upon the brief history of the dispute and as a part of that I was about to consider the views of officials concerned with the affairs of the Chobe district concerning the identification of the main channel.

There are three relevant episodes. The first such episode relates to the period 1909 to 1914. There is no evidence relating to the period 1890 to 1914 to the effect that the German and British Governments were aware of any difficulty concerning the application of the provisions of the Anglo-German Agreement in the vicinity of Kasikili/Sedudu Island. The Memorial of Namibia (pp. 105-109, paras. 263-273) examines the Anglo-German diplomatic correspondence of this period with reference to the well-known controversy concerning the application of that part of the Anglo-German Agreement which stipulated that Germany should have a corridor not less than 20 miles in width between the 21st meridian and the Chobe.

This problem raised issues relating to the western part of the boundary but not the sector of the Chobe which includes Kasikili/Sedudu Island. The Memorial of Namibia adopts the view that the correspondence contains no evidence of a dispute relating to the identification of the "main channel" in the vicinity of the Island (Memorial of Namibia, p. 106, para. 265; p. 107, para. 267) and the Government of Botswana is of the same opinion.

In the period 1909 to 1914 the British Government was concerned in case the issue of the main channel should become part of the process of arbitration with Germany which was then under provisional and confidential consideration in London. The Secretary of State, Lord Harcourt, accordingly commissioned a study of the question (Memorial of Botswana, Ann. 16), and Captain Eason of the Bechuanaland Protectorate Police was ordered to carry out a reconnaissance of the Chobe River. The Report was acknowledged by Lord Harcourt on 26 October 1912 (Counter-Memorial of Botswana, Ann. 7).

In his Report, Captain Eason states (graphic, tab 12, p. 1):

"Two miles above the rapids lies Kissikiri Island." —

Mr. President, there is no dispute that that is the same as Kasikili/Sedudu, and Eason goes on:

"Here I consider that undoubtedly the North should be claimed as the main channel. At the western end of the island the north channel at this period of the year is over one hundred feet width and 8 feet deep. The south channel about forty feet width and four feet deep. The south channel is merely a back water, what current there is goes round the North. The natives living at Kasika in German territory are at present growing crops on it." (Memorial of Botswana, III, Ann. 15.)

This particular episode did not give rise to any diplomatic correspondence between the two Governments.

The next episode in the years 1948 to 1951 did involve diplomatic correspondence and marked the first public manifestation of the dispute. The correspondence between the British and South African Governments of the period 1948 to 1951 has been carefully reviewed in the Counter-Memorial of Botswana at pages 291 to 301. In its Reply, Namibia seeks to contradict the interpretation of the correspondence presented on behalf of Botswana (Reply of Namibia, pp. 110-116). The Court will form its own view of the documents, but certain points stand out.

The first point is that the officials in Pretoria, during internal discussions, clearly considered that prescription was the better card to play and had little confidence in a claim to the southern channel based upon the Anglo-German Agreement (see Counter-Memorial of Botswana, p. 295, para. 748).

The second point is that the final phase of the correspondence, that is, the letters exchanged both at the diplomatic level and at local level between Trollope and Dickinson, clearly involved an arrangement without prejudice to the British view that the Island formed part of the Bechuanaland Protectorate.

This is evident from the letter from the British High Commissioner to the South African Government dated 10 May 1951. This is an important document and I shall read it in full.

"I must apologise for not having written to you earlier in connection with the Island of Kasikili in the Chobe River, the correspondence about which rests with your letter No. P.M.1/18/11 of the 24th January, 1951.

2. I have, however, taken the opportunity since receipt of your letter of the 14th October, 1948, to visit the island myself. As you remark the Island has been cultivated by Caprivi tribesmen for many years without dispute *though there has been no actual occupation*. The Island is always flooded between March and May so that habitation is in effect impossible.

3. The possibility of making a declaration on behalf of the Government of the Bechuanaland Protectorate to the effect that the Island is not claimed as lying within the boundaries of the Protectorate has been examined by the Legal Advisers to the Secretary of State for Commonwealth Relations, I am afraid that they have found this proposal to be beset by legal complications of an international nature, the solution of which would entail difficulties disproportionate to the importance of the matter at issue.

4. The Bechuanaland Protectorate Government might possibly wish to arrange for some land on the Island at some time to be cultivated by the few African public servants at Kasane. Apart from this minor matter, I venture to suggest that it is unlikely that any development in the foreseeable future will damage the interests of the Caprivi tribesmen, who have in the past used the Island. *It should, I think, be possible to adjust by administrative action any difficulty arising in connection with the Island and the adjacent waterway without an alteration of the existing legal position.*

5. The instruction to the Assistant District Commissioner, Kasane, of which you were informed in Mr. Priestman's letter No. 9628 of the 4th November 1948 would be maintained, and it is assumed that the free use of the main channel of the Chobe, to the north of the Island, would continue to be assured under the international rules governing waterways that form the common boundary of two states." (Emphasis added.) (Memorial of Botswana, Ann. 30.)

In response, on 29 May 1951, Mr. Forsyth of the South African Department of External Affairs wrote:

"I note that there are difficulties in the way of recognising the Union's claim to the Island and will inform the appropriate authorities accordingly." (Memorial of Botswana, Ann. 31.)

The final phase of this correspondence involved the remission of the issue to the local administrators, Trollope and Dickinson, to give effect to the proposals for an adjustment "by administrative action" contained in the British High Commissioner's letter I have just read, and of course which proposals had been made "without an alteration of the existing legal position".

And this position was maintained, of course, at the local level. Thus Dickinson writes to Trollope as follows on 3 September 1951:

"I feel that I must make one point clear to you. Although accepting the position and being prepared to honour it; in any discussion or controversy on this Island in future, our Government will be adamant in its attitude that the Island is B.P. (which means Bechuanaland Protectorate) — and any attitude in regard to our 'administrative settlements' will of course be based on that fact." (Correction made by inserting "[be]". Counter-Memorial of Botswana, Ann. 26.)

Trollope clearly recognized that the local arrangements were without prejudice to the legal position. His response to Dickinson's letter addressed to his successor, McLaren, was (in material part) as follows :

"1. My thanks to Dickinson for his letter of 3 September 1951.

2. I really feel that the possibility of future 'discussion or controversy' regarding Kasikili is extremely remote [that is ironical of course]. After all the present factual position, to which we return now, has existed for generations without any conflict. Indeed, in my opinion, even the recent contretemps was unnecessary.

3. However, if circumstances again make it necessary for controversy to rear its head, the fact of Dickinson's caveat is now on record. Perhaps it would not be inappropriate were I likewise formally to record that in any future controversy over this Island the Caprivi will be equally insistent (*sic*) on asserting the legality of factual possession and use it has enjoyed for so many years." (Counter-Memorial of Botswana, Ann. 27).

The third point I would make is that the Government of Namibia itself has expressly acknowledged that the exchanges of this period were without prejudice to the British legal position. The relevant passage from the Namibian Memorial makes this clear. The Namibian Government said in the Memorial:

"Fundamentally, British officialdom had no interest in the Island. Far from claiming it, they would have been glad to settle the boundary question once and for all in favour of the South African position were it not for the 'complications' arising in

connection with the UN trusteeship. This fully appears from the internal correspondence on the British side. Indeed a 24 August 1949 letter from the High Commissioner's Office to the South African Prime Minister stated that the 'slight alteration proposed seems of little intrinsic importance', and the Commonwealth Relations Office writing to the High Commissioner on 20 October 1949 uses the same language. Of course, these officials spoke of 'a slight adjustment of the northern boundary of the Bechuanaland Protectorate'. *They were not going to give away legal points, as the exchanges discussed previously make clear*, but it is also clear that they never considered a direct protest or objection to the South African Government as regards the existing situation and never thought of putting it on notice of a formal claim in any other way." (Memorial of Namibia, p. 113, para. 278).

In this very self-serving description of the documents Namibia at least accepts that the British officials "were not going to give away legal points".

In the light of the documents themselves as analysed in Botswana's Counter-Memorial and also in the light of paragraph 278 of the Namibian Memorial, Botswana does not consider that the analysis offered in the Namibian Reply (pp. 110-116) necessitates any qualifications of Botswana's construction of the correspondence of the years 1948 to 1951.

Mr. President, before I leave the episode of 1948 to 1951 it will be helpful to the Court if I draw attention to the precise origins of this correspondence.

The sequence of events begins with the following letter from Mr. Redman, the Assistant District Commissioner at Maun in the Bechuanaland Protectorate, to Major Trollope, the Magistrate for the Eastern Caprivi Zipfel (forming part of South West Africa under the League of Nations Mandate):

"I have the honour to inform you that I have received a letter from the Zambezi Transport & Trading Company stating that they wish to recommence the transport of timber by river from Serondellas but that they have been informed by you that the channel between Kasane and Serondela which they intend to use, is in the Caprivi Strip."

Serondela is upstream, about 12 kilometres from the Island and the Court if they look at tab 3, page 3, will find the convenient illustration of the location of Serondela. And Redman continues:

"2. At low water I understand that this channel is the only water connection between Kasane and Serondellas and I suggest that if this channel does happen to run into the Caprivi Strip from the Chobe river along which our boundary runs, it will be in both our interests and a matter of convenience if we can come to an arbitrary agreement that half this channel is included in this Territory for the purpose of the transport of the timber by the Zambezi Transport and Trading Company.

3. If however the channel referred to is part of the Chobe river and not a branch off from it then it seems probable that the actual boundary is formed by the deep water-channel in the river, which would mean that they would not be entering your Territory.

4. I would be glad to have your views on this matter." (Letter dated 18 Dec. 1947; Counter-Memorial of Botswana, Ann. 18, para. 5 omitted).

Mr. President, this letter of December 1947 should be read in conjunction with the statements in the Namibian Counter-Memorial to the effect that in the dry season "there is virtually no flow at all in the Chobe River, including the portions around the Island" (Counter-Memorial of Namibia, p. 13, para. 31).

The Zambezi Transport and Trading Company was owned by a Mr. William C. Ker. Mr. Ker's business depended upon the navigability of the northern channel of the Chobe. Ker's use of the river for his timber barges had been continuous as Trollope makes clear in the letter to Dickinson dated 4 August 1951 (Memorial of Namibia, Ann. 71). In that letter Trollope stated his opinion as follows:

"In all the years past there have never been any difficulties — indeed even the question of the use of the 'Northern Waterway' was never a real issue. Not a single boat, craft or person was ever hindered in its use. Even the redoubtable W. C. Ker used it the whole time he ran a service to Sirondellas without any let or hindrance at all. But that loquacious and tendentious gentleman was never satisfied unless he was raising some tremendous issues, with large references to Barcelona treaties, international waterways, etc. And it was he who quite unnecessarily persuaded Redman to raise the issue."

Mr. President, perhaps in the next round, we will hear less about the tourist boats or pontoons, which have virtually no draft at all, and a little more, from the other side about Mr. Ker's timber barges, which use the main channel.

Thus, the view expressed in the Namibian Memorial, which derives from the Namibian ephemeral river hypothesis, is contradicted by the local facts, and the opinions and local experience of Ker, Redman and Trollope. It is the Namibian conclusion which is ephemeral, not the Chobe River.

The response of Major Trollope on 3 January 1948 was to propose the holding of a "joint informal investigation", followed by reports to the respective Governments (Memorial of Namibia,

Ann. 59). The sequel was the preparation of a Joint Report by Trollope and Redman, signed on 19 January 1948 (Memorial of Botswana, Ann. 22). This is at tab 13 in the judges' folder. The key paragraphs in the Report are as follows:

"2. We attach hereto a sketch map [which now appears on the screen] (not drawn to Scale) of the Kasikili Island in the Chobe River and the waterways relative thereto." (Graphic: judges' folder, tab 13.)

"3. We find after separate examination of the terrain and the examination of an aerial photograph that the 'main Channel' does not follow the waterway which is usually shown on maps as the boundary between the two Territories.

4. We express the opinion that the 'main Channel' lies in the waterway which would include the island in question in the Bechuanaland Protectorate."

And, then finally, paragraph 8 of the Report:

"8. We record the foregoing as facts particularly recording that we have neither arrived at, nor expressed any joint opinion on the effect of those facts on the question of the ownership of the Island."

This Joint Report was then sent to the respective Governments. In his covering letter Noel Redman, District Commissioner at Kasane (Bechuanaland Protectorate), made it clear that it was Trollope who had persisted in raising the issue at the higher level. Redman says:

"4. It is a matter which I feel could have been decided between us but the Native Commissioner [that is Trollope] concerned will not come to an agreement recognising the Island as belonging to this Territory even if the Caprivi natives were allowed to stay there. He has therefore referred the matter to the Secretary of Native Affairs, Pretoria suggesting that a decision should be reached between the two Governments concerned." (Memorial of Botswana, Ann. 22.)

Trollope's letter to the Secretary of Native Affairs in Pretoria dated 21 January 1948, includes the following revealing observations:

"3. There is no doubt that if the wording of the 1890 Treaty is applied to the geographical facts as they exist today the true inter-territorial boundary would be the northern waterway and would include Kasikili Island in the Protectorate."

That is Trollope's private view expressed to his employers, the South African Government. And Trollope continues, paragraph 4 of the letter:

"4. There is just a possibility that since 1890 when the Treaty was made the course of the river has altered — but that proposition could only rest on supposition as there is no direct evidence thereof."

He then sets out various alternative proposals. And, then in paragraph 12, Trollope states:

"12. *The geographical and Treaty position are clearly in favour of Bechuanaland* but I feel that I would be failing in my duty to the tribesmen were I to recommend alternative No. I in view of their long and undisturbed use of the island. If the acceptance of the Bechuanaland case is, however irresistible, then I would recommend alternative No. II." (Emphasis added.) (Memorial of Namibia, Ann. 61.)

Thus Trollope accepts that the main channel is the northern channel. The other considerations that are not set forth in the passages I have quoted consist of his own amateur suppositions concerning a possible case based upon prescription. In this context, the suggestion that the Bechuanaland Administration failed to object in face of cultivation of the Island by the "Caprivi tribesmen" is based upon the false premise that such cultivation had legal implications and therefore some objection was called for.

The outcome is that the local officials and other interested parties recognized in the year 1948, as Eason had in 1912, that the northern channel was the main channel primarily because it was navigable even during the dry season. These documents flatly contradict the factual and scientific assertions advanced on behalf of Namibia.

In 1973 the Commissioner of Police at Kasane, in a report to his superior, pointed out that the northern side of Kasikili/Sedudu Island was the main channel of the Chobe (Reply of Botswana, Ann. 11; Supplemental Bundle, p. 45). The Report was accompanied by a "sketch plan" of the area (*which is now on the screen and is at tab 14 in the judges' folder*), which indicates what he calls the main flowing channel and which also has two sandbanks indicated in the southern channel.

And this view of the main channel was, of course, confirmed yet again in the Joint Survey Report in 1985 by officials of Botswana and South Africa.

The weakness of the Namibian claim based upon prescription

It is now necessary to examine the Namibian claim to title based upon prescription. Mr. President, this claim is extremely weak.

The necessary preliminary is an indication of the conditions for the operation of prescription.

The criteria of prescription

There appears to be a general level of agreement between the Parties as to these essentials. Botswana finds the criteria indicated by Johnson in his *British Year Book* article to be acceptable. These criteria, as formulated in the Namibian Memorial (Memorial of Namibia, I, p. 68, para. 185, referring to D. H. N. Johnson, *BYBIL*, Vol. 27 (1950), pp. 353-354), are as follows:

1. The possession of the prescribing State must be exercised *à titre de souverain*.
2. The possession must be peaceful and uninterrupted.
3. The possession must be public.
4. The possession must endure for a certain length of time.

Mr. President, I would like to emphasize the condition of a possession which is *à titre de souverain* and not simply in some general way adverse. This emphasis is necessary because in a number of Namibian formulations this condition is omitted. Thus, in another passage in the Namibian Memorial we find the following less than rigorous exposition. The Namibian Memorial states:

"The conduct of the parties for the century after 1890 establishes that Namibia is entitled to sovereignty over Kasikili Island by operation of the doctrines of prescription, acquiescence and recognition, entirely independently of its treaty-based claim. Although much scholarly analysis has gone into developing distinctions between these three sets of doctrines, the fundamental elements relevant to all three are the facts that will be established in the succeeding chapters of this Part of the Memorial: (1) continuous, open and notorious occupation and use of the territory in question over a long period of time, (2) exercise of sovereignty in the territory, and (3) failure of the other party, having knowledge of these facts to object, protest or assert its rights." (Memorial of Namibia, I, p. 66, para. 180.)

In this passage, and elsewhere in the Namibian argument, there is a marked tendency to conflate the concepts of prescription and acquiescence.

This conflation cannot be justified. The role of acquiescence is significantly different. Thus, for example, acquiescence may involve a loss of title even if the gaining State has not satisfied the conditions of prescription, such as possession *à titre de souverain*.

And, Mr. President, there is no evidence of any acquiescence in any alleged Namibian possession on the part of Botswana or its predecessor in title, the United Kingdom. As Botswana has demonstrated, there is substantial evidence contradicting the hypothesis of acquiescence by

Botswana. No dispute surfaced until the years 1948-1951 and at that point the British Government maintained its legal position. When the dispute reappeared in 1984 the Government of Botswana also maintained its legal position.

It is the position of Botswana that at no stage were the conditions of prescription fulfilled by Namibia or its predecessors.

The inadmissibility of the prescription argument

However, as a preliminary matter it is necessary to point to the very inadmissibility of the prescription argument as deployed by Namibia. The Namibian position, as stated in the passage from the Memorial I have just quoted, insists that "after 1890" the conduct of the parties "establishes that Namibia is entitled to sovereignty". (Memorial, p. 66, para. 180.)

Such an assertion assumes that, from the very day on which the Anglo-German Treaty was concluded, the validity of the newly created alignment was immediately open to subversion. Mr. President, that assumption is unattractive both in legal terms and in the context of diplomacy.

The prescription process as envisaged in the Namibian pleadings does not protect the values of international order and stability which of course do lie behind prescription and which guarantee a compatibility with the rule of law.

The conditions of prescription have not been fulfilled

In any event, Mr. President, Members of the Court, the conditions of prescription have not been fulfilled by Namibia or by its predecessors.

In the first place, the requirement of possession, the peaceful exercise of State authority, has not been satisfied. In this context, the Namibian written pleadings show remarkable ambition. Possession is claimed as from 1890, or on other occasions, 1900. But no evidence of the exercise of State authority by either Germany or South Africa or Namibia is provided.

The absence of such evidence is not very surprising. The Island is not available for permanent settlement because of heavy annual flooding. The Namibian Reply accepts this fact.

And as Lady Fox will demonstrate, the village of Kasika is not located on the Island.

Local administrators considered that the boundary was located in the northern channel in accordance with the Anglo-German Agreement.

Local people cultivated the Island at times but such cultivation did not involve exclusive possession of any kind.

In the Counter-Memorial, Botswana characterized the evidence alleged to prove Namibian occupation of the island as follows. Botswana said:

"671. The material considered to be relevant by Namibia is presented diffusely both in the section of the Memorial entitled 'Namibia's Control and Use of Kasikili Island' (pp. 73-85) and also in the section entitled 'The Exercise of Sovereignty' (pp. 86-100) . . .

672. The presentation of the material supposed to prove Namibia's 'control and use' of the island is characterised by vagueness and by reliance upon large categories which turn out to be fundamentally irrelevant as, for example, the reference to 'German Colonial Rule: 1890-1914'. This section makes good reading but no single reference can be found to an exercise of State authority in respect of Kasikili/Sedudu. There is also a degree of geographical ambiguity and transference. Thus, it is asserted that people who were 'living and farming on Kasikili Island' paid tax at Schuckmannsburg (in the Eastern Caprivi). The difficulty is that the people concerned did not live on the island, which is flooded four months of the year, but at Kasika, a long-established village in the Eastern Caprivi. Consequently, they paid tax as residents of Kasika." (Counter-Memorial of Botswana, pp. 275-276).

The other evidence offered on behalf of Namibia does not amount to much.

The absence of evidence leads the Government of Namibia to adopt the remarkable thesis that the Chiefs of the Eastern Caprivi were essentially agents of the German administration who had authority to engage in title-generating activity on behalf of the German State.

No evidence is given of the existence of such an authority. Apparently it is supposed to exist as a corollary of the principle of indirect rule.

In any case the proposition lacks credibility. No instances of such authority to generate title are known anywhere in colonial Africa and this fact was pointed out in the Botswana's Counter-Memorial (p. 278, para. 685). In its Reply, Namibia is unable to contradict this statement.

There is, of course, no evidence of such title-generating activities by the Chiefs. But, Mr. President, it is an astonishing proposition that, as of 1890, the Chiefs could by their activities change the express agreement reached by the parties in that year and thus frustrate the results of careful and prolonged negotiations between London and Berlin.

Mr. President, in the midst of the waves of Namibian supposition it is necessary to focus on two facts. First, there is no evidence that the German Government or its successors conferred the alleged title-generating authority. Second, there is no evidence that the Chiefs of the Eastern Caprivi purported to exercise such authority.

The other evidence put forward by Namibia consists of South African military activities in the period 1966 until 1990. The relevant passages of the Namibian Memorial are as follows:

"247. The area became a major battlefield in the war for Namibian independence. Direct documentary information concerning this period is difficult to obtain since most of it remains classified. The South African parliamentary debates, however, contain frequent references to acts of 'terrorism' in the northern regions. Although the principal engagements during the liberation war seem to have been further west, the Caprivi was involved as well. Even before the termination of the Mandate, South Africa had established a military training centre in the Strip. By 1975, South African Police and Defence Force units were sent to the area . . ."

248. The Island itself was within this military orbit. Witnesses testified to incidents of arrest and punishment of Caprivi men caught on the Island. According to Annex 84, discussions were held between the Republic of South Africa and Botswana in 1974-75, in which it was agreed that the Island forms part of the Caprivi. At a second session between the two governments regarding border matters held at Katima Mulilo in 1984, Botswana did not raise the issue, indicating that it was prepared to acquiesce to the existing situation. The shooting incident discussed in para. 284 below, between a patrol boat of the South African Defence Force and a unit of the Botswana Defence Force in October 1984, indicates that South Africa was exercising jurisdiction over the Island by conducting military patrols in the southern channel." (Footnotes omitted.) (Memorial of Namibia, I, pp. 99-100).

In response to this clear reliance upon South African military activities, Botswana offers these objections.

First: it is extremely unlikely that the South African patrolling could be classified as an exercise of jurisdiction. The activities were anti-guerrilla operations and nothing more.

Secondly: South Africa at the relevant time had a record of violation of international borders and armed attacks on its neighbours.

Thirdly: the Government of Botswana has no record of the alleged discussions in the period 1974 to 1975.

Fourthly: the shooting incident of October 1984 led to the discussions in Pretoria on 19 December 1984. During the meeting a member of the South African delegation referred to the

personnel involved as "young hot-headed inexperienced troops". (Memorial of Botswana, III, Ann. 44, para. 11; Ann. 46, p. 4).

In the submission of Botswana, these incidents are not evidence of peaceful possession for the purposes of prescription.

The Namibian Counter-Memorial (pp. 42-43) offers only one episode under the rubric the "exercise of jurisdiction over Kasikili Island by South Africa in the 1970s". This involved the arrest of three Caprivians on Sedudu Island in 1972 by game wardens employed by the Government of Botswana. This episode has led to very different factual accounts from the Parties. The Botswana Government has dealt with the issues in detail in its Reply (I, pp. 36-9, paras. 99-107).

Thus, in the opinion of Botswana, the Government of Namibia has failed to produce any convincing evidence of possession of Kasikili/Sedudu for the purposes of the law relating to prescription.

But in any event, even if such possession had been proved, it could not have been à titre de souverain.

The primary difficulty which confronts Namibia is the impossibility of asserting a genuine belief in a title which is *ex hypothesi independent* of the Anglo-German Agreement and yet arose *contemporaneously* with the Agreement in 1890. Mr. President, what would be the alternative title to which such genuine belief would relate?

Namibia fails to identify the title alleged to support the possession supposed to have existed since 1890 independently of the Anglo-German Agreement.

Moreover, in the period 1890 to 1948, there was no dispute and no suggestion by any German or South African official that the Island was part of South West Africa.

The conclusion must be, and this is my submission on behalf of Botswana, that at no stage did Namibia or her predecessors acquire title by prescription. The criteria for prescriptive title remained unsatisfied.

Botswana and her predecessor have retained title

The connected result is that Botswana and her predecessors retained title in accordance with the provisions of the Anglo-German Agreement and the operation of the principle of *uti possidetis juris*.

In these circumstances, Botswana has no burden of proof in respect of title. Botswana is not the claimant in this case but is resisting a claim which is essentially a recent invention. In the transactions of 1984 and 1985 the stance of South Africa was to accept that there was an issue which needed to be resolved concerning the interpretation of the Anglo-German Agreement. *No claim was formulated in respect of the island as such*. Indeed, South Africa waited until 1992 to seek to repudiate the Joint Survey Report of 1985 (Memorandum of Namibia, JTTE, Ann. 12, S.A. Note to Namibia).

It is in fact only in 1997 in the Namibian Memorial that a claim to the Island *as such* is formulated for the first time, although the claim was to some extent prefigured during the proceedings of the Joint Team of Technical Experts in the years 1993 and 1994 (Memorandum Submitted to the Joint Team of Technical Experts on the Boundary Dispute between Namibia and Botswana Around Kasikili Island, Ministry of Foreign Affairs, Windhoek, 2 Feb. 1994).

With these reservations as to the burden of proof and the recent provenance of the claim to the Island, a claim which was over 100 years in gestation, Botswana would affirm its lawful title to the Island throughout the relevant period.

And in spite of the assertions which we heard last week from our distinguished opponents, there is a considerable body of evidence to the effect that Botswana has retained her title to the Island.

The relevant episodes will now be given a succinct review.

1. First episode: the Caprivi Chief applies for permission to plough on the island in 1924

There is cogent evidence indicating that in 1924 the Basubia Chief of that period, Chief Liswaninyana, found it necessary to seek authority from the British Assistant District Commissioner at Kasane for his people to use the Island for cultivation and grazing.

In a letter dated 26 January 1948, Mr. Redman, the District Commissioner at Kasane, reported to the Government Secretary in Mafeking as follows:

"5. Since the attached report was prepared I have received further information from an inhabitant of the Island that in 1924 a Caprivi Chief named Liswaninyana applied to Captain Neale, the Resident Magistrate at Kasane, for permission for his people to plough on the Island and graze cattle there. This was evidently granted verbally as no written agreement is known. At this time Government Oxen were grazing on the Island but they were removed in 1925. Before 1924 the same informant told me that there was one Caprivi family ploughing there but they had no authority to do so.

6. In defence of the Claim to ownership on the grounds of prescription evidence could therefore be produced to show that this Government [the Bechuanaland protectorate government] occupied the Island in 1925. This fact together with the acknowledgement by the people that they applied for permission to use the Island in 1924 should cause any Claim of prescriptive rights to be rejected.

7. In conclusion it must be stated that the surrender of this Island would prevent this Territory from having free use of the Chobe River, which may one day become an extremely important waterway." (Memorial of Botswana, Ann. 22.)

So, Mr. President, this letter of Redman confirms the position. As Captain Eason indicated in 1912, the Island did not form part of German territory. Now, 12 years later, the Basubia Chief, Liswaninyana, assumes the Island is within British jurisdiction — he takes his request for authority to plough to Kasane.

In the same letter the British official reporting the information states: "At this time Government Oxen were grazing on the Island but they were removed in 1925."

2. Second episode: the evidence of Chief Moraliswani in the 1994 hearings before the Joint Team of Technical Experts

During these proceedings, Chief Moraliswani, of the Basubia people living in the Eastern Caprivi, expressed the unqualified opinion that the Caprivi people had ceased using the Island for cultivation in 1937. The pertinent question and answer were as follows:

"Right, thank you. Could he help us with the date when people stopped ploughing Kasikili Island?"

Honourable Chief — "That was in 1937 when now a lot of elephants were now entering Caprivi and then — when people were ploughing it was found that those elephants were destroying their fields, it's when they decided to move and come to the other side here in Caprivi." (Memorial of Namibia, Vol. III, Ann. 2; transcript of the hearings, Vol. II, p. 209.)

3. The third element: no representation was made by the authorities in the Eastern Caprivi concerning the Island until 6 March 1992

The Namibian Government has sought to give a picture according to which the subsistence cultivators of Kasika were wrongfully expelled from the Island by the British authorities.

This picture is not based on reality. The peasant farmers of Kasika were not agents of government and were licensees of the British authorities based in Kasane. Chief Moraliswani makes no allegation of an expulsion.

According to the Chief, his people ceased to use the Island in 1937. In the evidence, some of his subjects give the date as 1958. But no complaint relating to such changes in use was ever addressed to the authorities in British territory or to the Government of Botswana. No claim of right was made and the remarkable fact is that when, *in 1992*, a representation was made, this made no reference to use of the Island by farmers from the Eastern Caprivi. The episode is described in a contemporary report prepared by the District Commissioner at Kasane, Mr. Mayane (Counter-Memorial of Botswana, Ann. 43).

4. The fourth element: no group had exclusive use of the Island for agricultural purposes

The Namibian pleadings assert again and again that the peasant farmers of Kasika used the Island for cultivation. These assertions call for substantial qualification, and Lady Fox will in due course provide a complete picture. For present purposes it is necessary only to indicate that people other than the farmers of Kasika used the Island.

In particular, in the 1940s seven families of Barotse migrants lived in the Sedudu area. The existence of these Barotse migrants in the Sedudu area is established by contemporary official records, and in particular, the *Chobe District Annual Reports* for 1942 and 1943 (Reply of Botswana, Anns. 7 and 8; graphics: judges' folder, tab 15). Now in the Annual Report for 1942 there are two families recorded as being resident at "Sedudu". Similarly, in the following year, in the 1943 Annual Report there are seven families of Barotse. The term Batoka was the local Chobe name for people coming from what is now part of Zambia.

In this respect the aerial photographs are also helpful. Now it is a remarkable fact that of the long series of aerial photographs from 1925 onwards only the 1943 aerial photograph shows any

sign of human activities on the Island. There are clear images of two fields on the southern tip of the Island at the end of the eastern channel opposite the headquarters of the Chobe National Park and this is the only part of the Island where fields are visible (graphic: judges' folder, tab 7). So we have evidence of small fields in a part of the Island not particularly accessible to anyone from the Caprivi or Kasika side of the Island.

It is readily apparent that these fields form a group and are located on the Island in the part nearest the Chobe district of Botswana. So it is reasonable to infer that these Barotse or Batoka were living on the margins of the southern channel nearby, and they were clearly subject to British administration. On none of the aerial photographs is there evidence of fields towards the Caprivi side of the Island.

*

During the Joint Team witness hearings in Kasane, witnesses presented by the Government of Botswana reported the fact that some Barotse or Batoka had lived for a while in the Sedudu valley and had used the Island for cultivation in the early 1940s and so the witnesses are corroborated by the evidence of the 1943 aerial photograph. (See Reply of Botswana, pp. 45-46, para. 125.)

5. The fifth element of evidence: the correspondence of 1948 to 1951: the status quo was maintained

The fifth element of evidence in this respect is the correspondence of 1948 to 1951. Correspondence which took place in that period did not affect the position in any significant respect. The outcome was precisely an agreement to maintain the status quo, but no rights were surrendered by the British Government.

6. The sixth episode: the establishment by the British authorities of the Chobe Game Reserve in 1960

In 1960 the British administration established the Chobe Game Reserve, which was subsequently reconstituted as the Chobe National Park.

The Chobe Game Reserve was established by High Commissioner's Notice No. 65 of 1960 (Memorial of Botswana, Ann. 32). Both this measure and subsequent legislation provided that the northern boundary of the Game Reserve corresponded with the international boundary of the Bechuanaland Protectorate and of Botswana. The subsequent legislation was as follows:

- (i) The Fauna Conservation Proclamation, 1961 (Memorial of Botswana, Ann. 33) (First Schedule).
- (ii) Government Notice No. 86 of 1964 (Memorial of Botswana, Ann. 34).
- (iii) The National Parks Act, 1967 (Memorial of Botswana, Ann. 37) (Schedule (Section 3)) (and see also Counter-memorial of Botswana, Ann. 31).
- (iv) The Chobe National Park (Amendment of Boundary) Order, 1980 (Counter-Memorial of Botswana, Ann. 33).
- (v) The National Parks Constitution Order, 1987 (Counter-Memorial of Botswana, Ann. 38).

No cultivation has taken place on the Island since 1960 and, of course, in fact cultivation had almost certainly ceased many years before that.

The fact that the Island formed part of the Chobe Game Reserve and, subsequently, of the Chobe National Park, is confirmed by official documents (in the form of plans) published respectively in 1975, 1980 and 1983. (See the Counter-Memorial of Botswana, Supplementary Atlas, Maps 19-24.) These plans clearly include the Island with the Chobe National Park. The earliest of the plans available is dated 1975 and the presumption of continuity must apply. There is no evidence that this is the first of the plans but it is the first that we have been able to find.

The edition of the Plan published in 1975 (judges' folder at tab 16) clearly indicates the international boundary and clearly includes the Island within the Chobe National Park. The plans were prepared to accompany the legal description of the National Park in the relevant statutory

instruments and this purpose is expressly indicated on the Plan of 1980. It is also evidenced by the memorandum on the Chobe National Park Boundary, dated April 1983, which refers to Plan BP 179 (a) deposited with the Director of Surveys and Lands. (Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 34.)

The status of the Island as part of the Chobe National Park is confirmed also in the evidence of former custodians of the National Park. The various Game Wardens and other officials appointed to control poaching in the Game Reserve and based in Kasane, regarded the Island as part of the Game Reserve and subject to their jurisdiction.

7. The seventh episode: the visit of the President of Botswana to the vicinity of the Island in 1972

In August 1972 His Excellency the President of Botswana visited the Chobe District as part of an official tour of inspection. Whilst there is no direct evidence that the President actually set foot on the Island, it is clear that he was expected by the local security services at some stage to be in its close vicinity.

A witness of the visit was Mr. Slogrove, at that time Senior Game Warden of the Chobe National Park. In his Report dated 22 March 1973 (Reply of Botswana, II, Ann. 10) Slogrove observed:

"The landing on this Island of a fully armed squad of the Botswana Police Mobile Unit in August 1972, during the President's visit for the purpose of searching it as a security measure strengthened my conviction that this Island was regarded as Botswana Territory. Members of this same P.M.U. platoon also attempted to erect a floating boom spanning the southern channel from bank to bank as an additional security measure. Materials to construct such a boom were requested from me."

Such a visit, which elicited no protest or reservation from any quarter, constitutes strong evidence of a peaceful possession in accordance with a long established status quo based upon the Anglo-German Agreement. It would be unlikely, to say the least, that the Police Mobile Unit would search an Island if it was considered to be part of Namibia.

8. The eighth episode: meeting of delegations at Katima Mulilo in 1981

In November 1981 a conference was held at Katima Mulilo in the Caprivi between a delegation of Caprivians and a Botswana delegation. The Caprivians were headed by the same Chief

Moraliswani and the Botswana delegation by the District Commissioner at Kasane, Mr. Gambule. The agenda was essentially the relationship between Caprivi and the Chobe District of Botswana. The Minutes of the conference are available in Annex 39 of the Botswanan Memorial, Volume III.

The substantial Minutes of the meeting contain no reference to any problems relating to the Island, and no complaint on behalf of the farmers of Kasika.

This aspect of the 1981 meeting makes it all the more remarkable that, as we shall see, the issue should suddenly emerge in 1992.

9. The ninth episode: the Pretoria Agreement of 1984 and the Botswana Note to South Africa dated 22 October 1986

As my colleague Mr. Tafa will demonstrate, in 1984 Botswana and South Africa agreed to resolve the issue of the determination of the "main channel" of the Chobe for the purposes of the Anglo-German Agreement and to do so by means of a Joint Survey. The Joint Survey Report confirmed that the northern channel was the "main channel".

The South African Government did not seek to repudiate the Joint Survey Report which was a legally binding instrument resulting from the Pretoria Agreement of 1984. Oddly enough, it was not until 1994 that the Government of Botswana learnt that South Africa refused to recognize its obligations. This emerged in the context of the JTTE proceedings when the Government of Namibia provided the text of a South African Note to Namibia in 1992 in which the following appeared, and this is the South African Foreign Minister:

"I refer to your note of 19 March 1992 and must inform you that the Republic of South Africa has at no time 'given encouragement to and acquiesced in Botswana's' claim to Sedudu Island."

Mr. Botha goes on:

"The joint survey you refer to in your letter, a copy of which I attach, did come to certain conclusions, but according to legal opinion in South Africa at that time did not prove conclusively that Sedudu Island belongs to Botswana. The South African authorities have therefore suggested to Botswana in a telex dated 17 November 1986 that the matter be taken up with the Government of an independent Namibia. This was not acceptable to Botswana as they considered the joint survey's report to be conclusive and in fact expressed the opinion that 'no further discussion of the matter is necessary'.

The matter has therefore not been resolved as South Africa has never officially recognized Botswana's claim to Sedudu Island.

I trust that the aforementioned will put matters into perspective and would assist you in your negotiations with the Botswana Government." (Namibian Memorandum to JTTE, Ann. 12.)

This letter from the South African Minister of External Affairs in 1992, which was in response to a canvas for his opinion from Namibia, was the first clear expression of the South African position, *seven years* after the Joint Survey Report.

On 22 October 1986, relying on the Pretoria Agreement and the Joint Survey Report, Botswana sent the following telex to Pretoria — this is at tab 17 in the judges' folder.

"Pula has the honour to refer to discussions held on 13 October 1986 in Gaborone between foreign affairs officials of the two sides and, in particular, to the question of Sedudu/Kasikili Island in the republic of Botswana.

It will be recalled that the Botswana side submitted that Sedudu/Kasikili Island is part of the territory of Botswana, as confirmed by the Botswana/South Africa joint team of experts which reported to the two governments in July 1985. Pula wishes to inform Secextern that the government of Botswana has since occupied Sedudu/Kasikili Island and expects the government of South Africa to respect the sovereignty and territorial integrity of the Republic of Botswana in respect of the Island." (Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 52.)

Mr. President, it is relevant to note that Namibia first presented a formal protest in a letter dated 14 February 1996 (Memorial of Namibia, Ann. 90). The Court is respectfully asked to note that the assertion in the Memorial of Namibia (page 2, para. 5) that the flag hoisting and the erection of military observation posts took place in 1991 is not correct.

The practical position calls for careful appreciation. As we know, the Island cannot support a population in consequence of the seasonal floods. Since 1960, it has formed part of the Chobe Game Reserve (and now the Chobe National Park). It is common knowledge that poachers, from Namibia and Zambia, frequent the Chobe River. In response to such poaching activities on the Island, *since 1987* the Botswana Defence Forces have had an intermittent presence on the Island.

And in this context the hoisting of the Botswana flag and the construction of observation posts by the Botswana Defence Forces reflected both the reaffirmation of title and the need to maintain public order for the practical purpose of protecting the wildlife which frequents the Island.

Some conclusions on the interpretation and application of the Anglo-German Agreement

Mr. President, I shall complete my agenda by returning to the Anglo-German Agreement of 1890.

In this respect the focus of our Namibian opponents in these hearings has been essentially consistent. As in the written pleadings, so also in the oral hearings, Namibia has replaced the provisions of the Anglo-German Agreement with an extensive array of substitutes. These include the following:

1. Recent laboratory demonstrations carried out in the United States, and referred to by Professor Alexander (CR 99/2, p. 22).
2. Reliance upon scientific conjecture reinforced by red arrows placed upon graphics.
3. Heavy emphasis upon non-riverine features and especially the Chobe ridge.
4. Heavy emphasis upon the condition of the river only in certain months of the year, in particular, March, April and May.
5. The focus upon flood zones rather than the River Chobe in normal conditions.
6. Emphasis upon flow reversal in the river Chobe.
7. Primacy is given not to the text or the views of the negotiators of the treaty but to the opinions of Professors Alexander and Richards.
8. The assertion that the Chobe in the relevant area is not normal and is not a perennial river, which is contradicted by the documents for a start.
9. The persistent use of contrived and exaggerated camera angles.

Mr. President, I would make one further observation.

If the Namibian concept of the "main channel" — which is to be seen at tab 11, page 1, this is the famous diagram 4 on sheet 17 — were to be taken seriously, much of the Island would cease to exist and the many indications of the Island on dozens of maps would be grossly inaccurate.

Apart from the specific substitutions for the Anglo-German Agreement which I have just listed, the Namibian case remains based upon the twin pillars of scientific evidence and the argument based upon prescription.

I have already emphasized the centrality of the Anglo-German Agreement in these proceedings. I shall now conclude my presentation this morning with some comment on the provisions of the Agreement.

First of all, what were its objects and purposes? The *travaux préparatoires* clearly establish the existence of three interrelated objects. The first object was to give Germany access by river to the Zambezi.

The second purpose was to establish a convenient alignment, that is to say, a political boundary.

The third and connected purpose was to provide an alignment which provided equal access to the navigable part of the river. The contemporary solution was to use the *thalweg*, the very nature of which involves equal access to the navigable track.

In this context, my former pupil and now colleague, Dr. Talmon, will examine the precise process of the negotiation and the role of the *thalweg* in the provisions of the Anglo-German Agreement.

The concept which binds the three objects of the Agreement is that of navigability.

At least one criterion of navigability is the use of a track by vessels of largest tonnage. As the American Hyde expresses the position in 1912:

"It has long been agreed that, when a navigable river forms the boundary between two States, the dividing line follows the *thalweg* of the stream. *The thalweg, as the derivation of the term indicates, is the downway, or the course followed by vessels of largest tonnage in descending the river.* That course 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*." (Emphasis added; 6 *AJIL* (1912), 902-903; Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 8.)

And Hyde is not the only authority to emphasize the navigational test and to refer to use by vessels of the largest tonnage.

This was also the opinion of Mr. Lauterpacht, as he then was, published in 1960. In Mr. Lauterpacht's words:

"The expression *thalweg* used [in the relevant treaty provision] is not defined there. This is unfortunate, for *thalweg* is not so much a term of art that doubts about its meaning cannot arise. Indeed, as de Lapradelle has shown, the word has been used

from time to time to describe either the line of the main current of the river as habitually used by downstream traffic; or the line of deepest soundings of the river; or the axis of the safest and most accessible channel for the largest ships." (*ICLQ*, Vol. 9 (1960), pp. 216-217.)

Mr. Lauterpacht relies upon Paul de Lapradelle, a leading French authority. De Lapradelle, in his work *La Frontière*, published in 1928, expresses his opinion as follows:

"The appearance of the thalweg is generally dated to the start of the 19th century. Klüber and Bluntschli give expression to it in their works as a recent delimitation procedure. In truth, the adoption of the thalweg, and the formula itself, can be found as early as the end of the 17th century. In the Treaty of Münster (1648) the thalweg of the Rhine forms the boundary of sovereignty between Alsace and the Holy Roman Empire.

The concept was subsequently adopted in most boundary treaties as a standard formula, the exact meaning of which nevertheless generally remained vague. Such expressions as 'main branch', and 'main channel' and 'centre of the main channel', which are so frequently encountered right up until contemporary treaties, can on occasion prove imprecise and insufficient."

And, de Lapradelle goes on:

"Three definitions of the thalweg, appearing in succession, are offered, in the absence of any other provision, as a means of interpreting agreements.

As a *customary* definition, the thalweg is the variable route followed by boatmen descending the course of the boundary river. This definition was generally adopted at the time when Klüber was writing (1819). Bluntschli (1868) also introduces it into his codified international law. Where there is doubt between two ways, the criterion for the determination is obtained by comparing the respective tonnages passing through each of them.

As a scientific definition, the thalweg is determined at low water by the line of deepest soundings, as a procedure which seems most appropriate for in order to avoiding or resolving disputes."

And, de Lapradelle finishes:

"As a matter of technical definition, for pragmatic purposes, the thalweg is the axis of the channel which is safest and most accessible to the largest vessels." (Paul de Lapradelle, *La Frontière*, 1928, pp. 202-203, footnotes omitted.) (Translated by Botswana.)¹

¹«L'apparition du thalweg est généralement reportée au début du XIXe siècle. Klüber et Bluntschli l'énoncent dans leurs ouvrages comme un procédé de délimitation récent. A la vérité, l'adoption du thalweg, et sa formule même, se rencontre dès la fin du XVIIe siècle. Au traité de Münster (1648) le thalweg du Rhin forme limite de souveraineté entre l'Alsace et l'Empire Germanique.

Adopté par la suite dans la plupart des traités de limites comme une clause de style, sa définition n'en est pas moins restée le plus souvent vague. Les expressions, si fréquentes jusque dans les traités contemporains, de «bras principal», «cours principal», «milieu du chenal principal», peuvent à l'occasion se révéler insuffisantes et peu précises.

Thus, Mr. President, we have three distinguished opinions, extending over a period of 48 years and involving authorities of three nationalities. And all three place emphasis on the course followed by vessels of largest tonnage in descending the river.

In this context it is necessary to deal with a subsidiary point. Our distinguished opponents have placed great emphasis upon the incidence of tourist boats in the vicinity of the Island. They have not mentioned the timber barges of Mr. Ker unfortunately. Given the very shallow draught of the tourist boats, they can, and they do, navigate in both channels. Consequently their mobility cannot provide a criterion for preferring one channel to another. And, as Namibia admits, the operators of the boats are not concerned with the determination of the main channel. That is not one of their interests.

The thalweg both in the contemporary practice of States in 1890, and more generally, provides a convenient basis for an alignment, a real boundary, related to the river itself, and related also to the actual task of this Court in accordance with the Special Agreement. Listening to our opponents on the second day of the first round, it was possible to believe that the Special Agreement had requested the Court to delimit the boundary upstream of Ngoma Bridge.

The position adopted by the Namibian Government involves a substantial divergence from the objects of the Anglo-German Agreement and from the intentions of the negotiators. It also involves a deliberate setting aside of the subsequent practice of the parties and their successors.

Mr. President, I thank you and the Court for your attention. Mr. Tafa, our distinguished Agent, is at your disposal when you wish to call him.

Trois définitions du thalweg, successivement apparues, s'offrent, en l'absence de toute précision, pour l'interprétation des conventions.

Dans une définition coutumière, le thalweg est le chemin variable suivi par les bateliers qui descendent le cours du fleuve frontière. Cette définition est généralement adoptée, à l'époque où écrit Klüber (1819). Bluntschli (1868) l'introduit également dans son droit international codifié. Au cas de doute entre deux chemins, le critère de détermination sera obtenu par une comparaison des tonnages respectifs passant par chacun d'eux.

Dans une définition scientifique, le thalweg est déterminé à l'époque des basses eaux par la ligne des sondes les plus profondes, procédé qui semble le plus propre à résoudre ou éviter les contestations.

Dans une définition technique, à tendance pragmatique, le thalweg est l'axe du chenal le plus sûr et le plus accessible aux navires les plus grands».

(Paul de Lapradelle, *La Frontière*, 1928, pp. 202-203.) (Footnotes omitted.)

The PRESIDENT: Thank you, Professor Brownlie. The Court will suspend for 15 minutes.

The Court adjourned from 11.20 to 11.35 a.m.

The PRESIDENT: Please be seated. Mr. Tafa, please.

Mr. Tafa: As the Court pleases.

THE PRETORIA AGREEMENT OF 1984 AND THE JOINT SURVEY REPORT OF 1985

Introduction

1. Mr. President, distinguished Members of the Court, I stand to outline to this Court Botswana's case relating to the Pretoria Agreement of 1984 and the Joint Survey Report of 1985.

2. I shall, at the end of my submissions, endeavour to respond to the belated and somewhat lame criticism levelled against the Botswana pleadings by the Republic of Namibia.

3. I say belated because nowhere in its submissions to the Joint Team of Technical Experts did Namibia seek to denigrate the 1984 Pretoria Agreement and the 1985 Joint Survey. In particular, in its submission to the Joint Team of Technical Experts dated 2 February 1994 at page 2, paragraph 2, the Government of Namibia has this to say:

"It may be useful to sketch briefly the history of Kasikili Island. It has been factually confirmed by a joint report of 1948 between South West Africa and Bechuanaland Protectorate, as well as a joint survey undertaken in 1985 by Botswana and South Africa, that Kasikili Island was made use of by the inhabitants of the Caprivi since at least 1907."

This is a clear example of Namibia's reliance on the Joint Survey Report of 1985 which was conducted by officials of the Republic of Botswana and South Africa.

4. In October 1984 the Botswana Defence Force opened fire on South African soldiers who were travelling by boat on a small channel of the Chobe River which runs south of Kasikili/Sedudu Island. Three South African Defence Force soldiers were injured and South Africa claimed that their soldiers had been shot at on the South West Africa (now Namibia) side of the border.

5. Before Botswana could hold talks with the South African authorities on the shooting incident, a Botswana delegation was sent to New York to consult with the United Nations which

was the *de jure* authority for Namibia. They met the President of the United Nations Council for Namibia, Mr. Paul Lusaka, on 27 November 1984. (The minutes of the meeting are in Ann. 42 of the Memorial of Botswana, Vol. 1.) The Botswana delegation consisted of Mr. M. D. Mokama, Attorney General, Mr. G. G. Garebamono, Secretary for External Affairs and Mr. L. J. M. J. Legwaila, Permanent Representative to the United Nations. Mr. Mokama recalled that Botswana had in the past avoided talking to the South Africans on Namibia before consulting with the United Nations Council for Namibia.

6. In reply Mr. Lusaka thanked the Botswana delegation for involving the United Nations Council for Namibia on matters affecting Namibia. He said that the Council was sympathetic to Botswana but that he would first of all consult with members of the Council before giving a reply. The Botswana delegation left both the South African and Botswana maps with Mr. Lusaka for ease of reference.

7. The Botswana delegation also met with South West Africa People's Organization (SWAPO) officials. (The minutes of the meeting are in Ann. 41 of the Memorial of Botswana, Vol 1.) The SWAPO delegation consisted of Andimba Toivo Ja Toivo, Secretary General, Peter Mueshihange, Secretary for External Affairs and Theo-Ben Gurirab, Permanent Observer at the United Nations. Incidentally, Mr. Theo-Ben Gurirab is the current Namibian Minister for Foreign Affairs. Mr. Garebamono reported that during the Organization of African Unity Summit in Addis Ababa on 12 to 15 November 1984, the Botswana Minister for External Affairs, Dr. Chiepe, had met with Mr. Sam Nujoma, the SWAPO President, that is, the current President of the Republic of Namibia, and had informed him about the dispute between Botswana and South Africa on the Botswana-Namibia boundary. She had explained that a Botswana delegation would pay a visit to New York to consult with SWAPO and the Council for Namibia before meeting the South Africans to discuss the boundary problem.

8. Mr. Nujoma had observed that it is the "main channel" of a river which is regarded internationally as the boundary. Mr. Toivo observed that SWAPO, as a party and a liberation movement, did not have jurisdiction over the border issues. He enquired if the President of the United Nations Council for Namibia had been consulted on the matter. Mr. Mokama confirmed that

this had been done. Mr. Toivo therefore agreed that Botswana could hold talks with the South Africans on the boundary issue. The meeting further discussed other issues not related to the boundary. Lastly, the Botswana and South African maps concerned were handed over to the SWAPO delegation for their information and records. The United Nations Secretary-General was also notified by the Office of the Special Representative for Namibia of Botswana's intention to enter into discussions with South Africa (Reply of Namibia, Ann. 6, letter of information).

9. At its tenth Summit in 1973 the Organization of African Unity granted some national liberation movements representation status and SWAPO was granted such a status. The position of SWAPO vis-à-vis South West Africa — now Namibia — was therefore that SWAPO was recognized as being delegated by the South West Africa people to fight for the right to self-determination on their behalf. SWAPO thus did not object to Botswana's intention to enter into discussions with South Africa in relation to the dispute over the boundary around Kasikili/Sedudu Island. The approval of the United Nations Commissioner for Namibia was also obtained (Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 43).

10. A meeting was thereafter convened by the Botswana delegation and the South African delegation, which meeting was held in Pretoria on 19 December 1984. The Botswana delegation was composed of Mr. Mokama, Attorney General, Mr. G. G. Garebamonu, Secretary for External Affairs, Colonel Rankhudu, Botswana Defence Force, and Mr. J. A. Raffle of the Department of Surveys and Lands.

11. The South African delegation included Mr. A. S. Maree, Foreign Affairs (Chairman), Mr. W. Hugo, Foreign Affairs, Mr. D. W. Steward, Foreign Affairs, Mr. J. Rautenbach, Legal Department, Mr. J. F. Kirsten, Foreign Affairs, Mr. E. Fitschen, Public Works and Land Affairs, Brigadier J. A. Klopper, South African Defence Force, Brigadier G. Nel, South African Defence Force, Brigadier A. N. Heur, South African Police and Lieutenant Colonel G. J. Richter of the South African Police.

12. At the meeting it was discovered that maps used by the South Africans had showed Kasikili/Sedudu Island to be on the South West Africa side of the boundary because they were

assuming that the southern channel of the river was the boundary. On the maps used by Botswana, the north western main channel was indicated as the boundary.

13. Mr. Mokama stated that there was no wish on the part of Botswana to expand its territory; and that the historical background to the boundary was well documented and was based on the Anglo-German Agreement of 1890. He went on further to state that the question of the thalweg and navigation and the original idea of Count von Caprivi that the river would give access to the Indian Ocean, had to be considered. Mr. Mokama stated that the "main channel" ran to the north of Kasikili/Sedudu Island. (The minutes of the meeting are found in the Memorial of Botswana, Ann. 44.)

14. Mr. Fitschen said that his Directorate had worked closely with the Department of Surveys and Lands in Botswana on common boundary matters and that an excellent working relationship had been built up due to the high professional standards on both sides. He went on further to state that river boundaries could change and that these presented problems of a technical nature.

15. Mr. Rautenbach suggested that the Island problem should first be investigated and that instructions be issued for the survey to be extended at a later date. Mr. Raffle, ably assisted by Mr. Kirsten, displayed the relevant Botswana 1:50,000 map sheet together with aerial photographs of the Island dated 1925, 1972 and 1981. A proposal to inspect the maps in order to appreciate the problem on hand was made by Mr. Garebamono. The meeting broke up to inspect the exhibits. As a result delegates from South Africa appeared to have understood what the real situation on the matter was — namely that the boundary was in the northern channel.

16. The meeting agreed that a joint survey should take place as a matter of urgency to determine whether the "main channel" of the Chobe River was located to the north or to the south of Kasikili/Sedudu Island. It was further agreed that officials of the Botswana Department of Surveys and Lands and the South African Chief Directorate of Surveys and Mapping should proceed with arrangements for the survey as soon as practicable.

17. In a note dated 6 February 1985 (No. 18 EA. 6/4 VII (94) A) (Memorial of Botswana, III, Ann. 47), the Department of External Affairs of the Republic of Botswana indicated to the Department of Foreign Affairs of the Republic of South Africa acknowledgement of the latter's note

(No. 87/5:1/160/3/1) dated 28 January 1985 (Memorial of Botswana, III, Ann. 45), under cover of which a transcript was sent in summary form of the proceedings of the meeting held between the representatives of the Botswana Government and those of the South African Government on 19 December 1984 in Pretoria to discuss the boundary in the Chobe area. The Department of External Affairs of Botswana advised that the transcript was basically correct but that because of its brevity it left out certain essential details such as the reference to the maps and aerial photographs brought to the meeting by the Botswana delegation which were used in the discussion.

The legal character of the Pretoria Agreement of 1984

18. The intergovernmental agreement concluded at Pretoria on 19 December 1984 constitutes an agreement between the parties regarding the application of the provisions of the Anglo-German Agreement of 1890.

19. The evidence of the legal character of the Pretoria Agreement derives from a whole series of documents and inferences to be drawn from the circumstances.

19.1 Whilst there is no single instrument embodying the intergovernmental agreement it clearly resulted from a series of dealings including the meeting in Pretoria on 19 December 1984. The minutes of the meeting are available in two versions, one prepared in Botswana, and the other in Pretoria. The minutes do not constitute an agreement as such but provide evidence that an intergovernmental agreement was concluded. Both versions of the minutes provide unequivocal evidence of an agreement to carry out a joint survey in order to identify the main channel of the river Chobe.

19.2. The meeting took place at the Department of Foreign Affairs and involved two high level delegations. The delegations both included a senior legal officer, a fact of great significance for present purposes. The Botswana delegation included the Attorney General of the Republic.

19.3. As the minutes reveal, the focus of the meeting in Pretoria was the question of the main channel of the Chobe. Mr. Maree in his opening address, stated that the question of the course of the main channel of the Chobe River "had now to be discussed". In response Mr. Mokama for

Botswana addressed the same issue, that is, the identification of the main channel in the vicinity of Kasikili/Sedudu.

19.4. The text of the report of the joint survey contains the following passage under the heading "Authority for Survey":

"At an intergovernmental meeting held in Pretoria on 19 December 1994 it was decided that a joint survey should be undertaken to determine whether the main channel of the Chobe river is located to the north or to the south of Kasikili/Sedudu Island. Representatives of the two national survey organizations accompanied by co-workers from the Department of Water Affairs have now been to the area to survey the 'thalweg' in the vicinity of the Island. Specific mention is made to the Thalweg in the 1890 Agreement between England and Germany." (Memorial of Botswana, Ann. 48, pp. 386-387.)

This passage affirms the existence of an inter-governmental meeting at which "it was decided" that a joint survey should be undertaken with a purpose directly linked to the application of the provisions of the Anglo-German Agreement of 1890.

19.5. In the aftermath of the shooting incident which gave rise to the Pretoria meeting, the Government of Botswana immediately adopted a correct legal perspective. The issue involved a boundary question and accordingly it was necessary to consult "before we can approach South African authorities".

20. The result was a high level meeting in New York between a Botswana delegation and a SWAPO delegation which included Mr. Gurirab, the Permanent Observer to the United Nations. The minutes of this meeting, which involved the Attorney General of Botswana, reveal the legal character of the problems being discussed.

21. During the same period the Botswana delegation also consulted the President of the United Nations Council for Namibia and Mr. Mishra, the United Nations Commissioner for Namibia.

22. These various considerations, Mr. President, leave no room for doubt that the result of the Pretoria meeting was a binding intergovernmental agreement relating to a legal subject matter and concluded with senior lawyers in attendance. The parties clearly intended to achieve an effective and therefore binding outcome to their deliberations. In the result the agreement was implemented. The joint survey was carried out. Moreover, consistently with the binding character

of these transactions, neither Botswana nor South Africa sought to challenge the validity of the Joint Survey Report.

23. It is therefore beyond dispute that before entering into discussions with South Africa over the 1984 shooting incident Botswana fully consulted with all stakeholders, at the time. Namely, the United Nations Council for Namibia, the United Nations Commission for Namibia, the United Nations Secretary-General and SWAPO.

The Vienna Convention on the Law of Treaties

24. Mr. President, distinguished Members of the Court, the Vienna Convention on the Law of Treaties in Article 31 (3) (a) expresses a rule of customary international law when it provides as follows under the general rule of interpretation:

"There shall be taken into account, together with the context

(a) Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provision . . ."

25. Mr. President, in the opinion of the Government of Botswana the intergovernmental agreement concluded at Pretoria constitutes "an agreement between the parties regarding the application" of the provision of the Anglo-German Agreement. The principles of general international law do not require any particular formality for the conclusion of an international agreement. The only criterion is the intention of the parties to conclude a binding agreement and this can be inferred from the circumstances.

The Joint Survey Report of 5 July 1985

26. The Joint Survey Report was finalized on 5 July 1985 (Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 48). It confirmed that the main channel passes on the northern side of Kasikili/Sedudu and therefore the Island lies on the Botswana side of the border. At no time subsequently has the South African Government challenged the validity of this Report. The Joint Survey Report is itself an intergovernmental instrument. It was signed by Mr. Fitschen "for Chief Director of Surveys and Mapping, Republic of South Africa", and by Mr. Raffle "for Director of Surveys and Lands, Republic of Botswana". The two survey teams were carrying out the mandate of the

Pretoria Agreement of 19 December 1984. The two national elements in the survey teams were headed by surveyors holding official rank equal to that of Deputy Permanent Secretary. As the note from Botswana dated 4 November 1985 makes clear (Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 50), the Government of Botswana regarded the Joint Survey Report as binding on South Africa.

27. The Joint Survey Report has legal significance quite apart from its status as an intergovernmental instrument resulting from the Pretoria Agreement. It constitutes expert opinion evidence on the key question of law and fact, that is, the identification of the main channel of the Chobe in the vicinity of Kasikili/Sedudu Island.

28. During a high level meeting between the Botswana and South African Governments in Gaborone on 13 October 1986, the Botswana delegation stated their view that there was no need for further negotiations, because the intergovernmental joint survey "had confirmed their view that the Island was part of Botswana" (Counter-Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 37). In the aftermath of this meeting and in face of the continued prevarications by South Africa, on 22 October 1986 Botswana informed South Africa that it had resumed possession of the Island, on the view that the outcome of the Pretoria Agreement and the Joint Survey reaffirmed the rights of Botswana — which rights had been maintained by the British Government in its correspondence with the Government of South Africa which took place in the period 1948 to 1951.

29. Mr. President, you will recall that as Professor Brownlie related prior to the break, the Government of Botswana expressed its views as follows:

"Pula [which means the Government of Botswana] has the honour to refer to discussions held on 13 October 1986 in Gaborone between Foreign Affairs officials of the two sides and, in particular, to the question of Kasikili/Sedudu Island in the Republic of Botswana. It will be recalled that the Botswana side submitted that Kasikili/Sedudu Island is part of the territory of Botswana, as confirmed by the Botswana/South Africa joint team of experts which reported to the two Governments in July 1985. Pula wishes to inform Secextern [i.e., Secretary, External Affairs] that the Government of Botswana has since occupied Kasikili/Sedudu Island and expects the Government of South Africa to respect the sovereignty and territorial integrity of the Republic of Botswana in respect of the Island." (Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 52; tab 17 of the judges' folder.)

It is to be noted here that at this stage Botswana was merely affirming a right to the exercise of sovereignty since the Island was already part of the Chobe National Park.

30. At this point the South African Government, on 17 November 1986, responded as follows:

"Secextern has the honour to refer to Pula's telex No. 164 of 21 October 1986; with regard to the Chobe river boundary in the vicinity of the Kasikili/Sedudu Island.

Secextern wishes to convey to Pula the following:

- The Kasikili/Sedudu border issue addresses the international boundary between Botswana and South West Africa/Namibia;
- According to international law, such cases should be discussed between the two countries concerned. It is therefore suggested that the Cabinet of South West Africa/Namibia should be approached by the Botswana Government for a proper resolution of the matter under consideration.
- Alternatively, the South African Government would be willing to convene a meeting where Botswana, South West Africa/Namibia and South Africa could all be represented and where the relevant issue could be finalised.

Secextern would appreciate the serious contemplation of the above-mentioned proposal by the Botswana Government and would prefer to have this long-standing matter settled as soon as possible." (Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 53).

31. This reasoning has no merit. In the first place, Botswana had carefully consulted with the United Nations Council for Namibia and the South West African People's Organization (SWAPO) before holding talks with South Africa. The approval of the United Nations Commissioner for Namibia was also obtained. Secondly, the South African Government was legally bound by the Pretoria Agreement of 19 December 1984 and the conclusion of the Joint Survey Report. The Botswana Government continues to rely upon the legal validity of these intergovernmental instruments.

NAMIBIA'S RESPONSE TO BOTSWANA'S SUBMISSIONS

32. The Namibian Counter-Memorial (Vol. I) devotes considerable effort to an attack on the legal significance of the transactions between Botswana and South Africa in the period 1984 to 1986 (Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, pp. 49-60). This attack takes three forms:

32.1. Firstly, so it goes, neither Botswana nor South Africa had legal power to enter into an agreement concerning the boundary;

32.2. The Pretoria Agreement did not constitute a legally binding agreement; and

32.3. The Joint Survey Report is entitled to no weight as an expert opinion.

33. Namibia therefore contends that the 1984-1986 discussions could not have resulted in a binding international agreement. Namibia argues that at the time of these discussions neither South Africa nor Botswana had the legal capacity to enter into treaty relations in respect of Namibia. The United Nations General Assembly, so contends Namibia, had terminated the mandate for South West Africa in 1966 and accordingly, South Africa no longer had any right to administer the territory or to enter into treaty obligations on behalf of Namibia. Moreover — so goes the argument — the Security Council had determined that South Africa's presence in Namibia was illegal and declared that all actions taken by South Africa on behalf of or concerning Namibia after the termination of the Mandate were illegal and invalid.

34. Namibia further contends that the meetings held in New York between the Botswana delegation and United Nations officials and SWAPO were for informational purposes and that the discussions were essentially political in character and oriented to security matters. The aim was, so goes the argument, to prevent the repetition of border incidents along the Chobe River.

Fallacies of Namibia's argument

35. The first point made by Namibia is that neither Botswana nor South Africa had legal power to enter into an agreement concerning the boundary (Counter-Memorial of Namibia, pp. 49-55, paras. 109-125). In the case of South Africa, Namibia invokes the illegality of the South African presence in Namibia subsequent to the termination of the Mandate in 1966. In the case of Botswana, Namibia invokes the United Nations Namibia Advisory Opinion of the Court and the resulting Security Council resolution. The Government of Botswana was sensitive to the problems of dealing with South Africa and that is why a Botswana delegation held three meetings in New York, respectively with the President of the United Nations Council for Namibia, the Secretary-General of SWAPO and the United Nations Commissioner for Namibia.

36. The legal position is determined by two propositions:

First: the purpose and content of the transactions between Botswana and South Africa were neither illegal nor contrary to public order.

Second: the Government of Namibia has adopted the transactions of 1984 and 1985. The evidence of the adoption by Namibia of the transactions of 1984 and 1985 is as follows:

- (i) there is no evidence that any official of SWAPO, or of the United Nations Council for Namibia, or the United Nations Commissioner for Namibia, subsequently expressed any complaint or reservation concerning these transactions;
- (ii) the Government of Namibia has expressly adopted the transactions of 1984 and 1985 in the following documents:
 - The first is a Memorandum submitted to the Joint Team of Technical Experts on the boundary dispute between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island, 1994, pages 34 to 35 (quoted in the Counter-Memorial of Botswana, p. 61, para. 159). (The Joint Survey Report is included as Annex 11 to the Memorandum.)
 - The second is a Supplementary Memorandum submitted to the Joint Team of Technical Experts in 1994, pages 22 to 27 and page 31.
 - The third is a Memorial of the Republic of Namibia, Vol. I, 28 February 1997, pages 116 to 117, paragraphs 284 to 286.
 - And lastly, the Memorial of the Republic of Namibia, Vol. VI, Part 1, pages 30 to 32, paragraphs 11.1 to 11.8.

37. On this evidence the Government of Namibia has adopted the instruments concerned in the period from 31 January 1994 (i.e., the date for the first written submissions to the Joint Team of Technical Experts) until 28 February 1997, in the context of the legal proceedings first before the Joint Team of Technical Experts and then before the Court. Only at the stage of the Counter-Memorial, which was submitted on 28 November 1997, did Namibia raise the issue of invalidity (although it is hinted at in the Namibian Memorial at page 116, paragraph 285). Moreover, at page 115, paragraph 282 of the Namibian Memorial, other South African official transactions of the period 1974 to 1984 are invoked without reservation.

38. The Government of Namibia is bound by its express acceptance of the validity and opposability of the transactions involving South Africa. The decision of the Court in the *Arbitral*

Award of the King of Spain is helpful in this context. Nicaragua's challenge to the validity of the Award failed. As the Court explained:

"In the Judgment of the Court, Nicaragua, by express declaration and by conduct, recognized the Award as valid and it is no longer open to Nicaragua to go back upon that recognition and to challenge the validity of the Award. Nicaragua's failure to raise any question with regard to the validity of the Award for several years after the full terms of the Award had become known to it further confirms the conclusion at which the Court has arrived." (*I.C.J. Reports 1960*, p. 213.)

39. The principles involved are essentially those of consent (or recognition) and good faith (the requirement of consistency and the exclusion of approbation and reprobation). The general principle was elaborated by Sir Hersch Lauterpacht in his classic work: *The Development of International Law by the International Court*, which was published in 1958. In Lauterpacht's words:

"It does not matter whether, in considering the parties to be bound by their own conduct, the Court resorts to the terminology of the doctrine of estoppel or not. This applies, for instance, to cases in which the Court accepted jurisdiction as the result of the conduct of the parties or when it interpreted a legal text by reference to the declarations of the Government in question. Thus in the Advisory Opinion on the *International Status of South-West Africa* the Court held that certain declarations made by the Government of the Union of South Africa constituted a recognition on its part of its obligation to submit to continued supervision in accordance with the mandate and not merely an indication of its future conduct. The Court said: 'Interpretations placed upon legal instruments by the parties to them, though not conclusive as to their meaning, have considerable probative value when they contain recognition by a party of its own obligations under an instrument.' It is a question of emphasis whether reliance on the conduct of the parties to a treaty subsequent to its conclusion is treated from the point of view of the doctrine of estoppel preventing a party from asserting an interpretation inconsistent with its conduct or whether it is considered as a legitimate factor in the process of interpretation in the sense that subsequent conduct throws light upon the intentions of the parties at the time of the conclusion of the Treaty. Both present, in substance, a general principle of law." (P. 170; footnotes omitted.)

40. The reasoning provides a strong analogy in relation to the position of Namibia as the successor State of South Africa. More generally, the position of Namibia is the more contradictory in light of the fact that the acts of the South African Government (allegedly in relation to Kasikili/Sedudu Island) have been relied upon heavily by the Namibian Government as part of its argument based upon an alleged adverse possession.

40.1. The next Namibian assertion relating to the transactions of 1984 to 1985 is that the Pretoria Agreement of 19 December 1984 did not constitute a binding agreement (Counter-Memorial

of Namibia, pp. 55-59, paras. 126-135). The Namibian Government appears to believe that "the decision to conduct a survey of the main channel" was unimportant (*ibid.*, p. 56, para. 127). This is an eccentric position, to say the least. The identification of the main channel lies at the heart of the dispute as Namibia's own pleadings demonstrate. It is odd indeed that Namibia is so antagonistic toward any exercise in the historical record involving actual reconnaissance of the Chobe, whether by Eason, or by Trollope and Redman, or by the intergovernmental survey of 1985. The intergovernmental agreement of 1984 involved a serious effort to settle the dispute concerning the interpretation and application of the Anglo-German Agreement and the documents make this clear. Namibia makes no serious attempt to contradict the proposition that form is not a requirement for the conclusion of a valid legal agreement. As to the legal capacity of the two delegations, Namibia invokes Article 7 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, but does not explain why it should be applicable. Article 3 of the Convention provides that the Convention "does not apply to international agreements not in written form . . .".

41. The Namibian Government disparages "the content of the discussions" on 19 December 1984 (Counter-Memorial of Namibia, p. 57, para. 129). The rather surprising point is made that:

"It is highly unlikely, moreover, that either side was prepared to entrust the location of the boundary in a dangerous and disputed area to the outcome of what all regarded as a 'technical survey'."

42. But, Mr. President, that was exactly the purpose. In the wake of a dangerous incident, the parties were intent on seeking to remove a source of confusion and the danger of defence forces acting in error. According to Namibia the whole exercise was a charade, but the documents contradict this suggestion. The meeting of 19 December 1984 at which the agreement to conduct a Joint Survey was reached involved two high level delegations (Memorial of Botswana, pp. 77-79, paras. 172-180). When the relevant minutes are studied it will be seen that the armed forces of both countries were well represented at the discussions. At any rate, even as late as 1992 both Botswana and Namibia undertook to be bound by the decision and findings of a Joint Team of Technical

Experts appointed by the two Governments. This agreement is encapsulated in the Kasane Communiqué which was read out by my colleague, Mr. Selepeng, yesterday.

42.1. The third and final argument of Namibia is that the "subsequent conduct of the parties" shows that the Joint Survey Report was not self-executing, and that further action by the two Governments was necessary (Counter-Memorial of Namibia, pp. 57-59, paras. 130-135). The position of Botswana on these facts is as follows:

First: there was a policy of *ex post facto* prevarication on the part of South African officials, presumably explained by the fact that the Joint Survey Report had not produced a convenient outcome. But such prevarication is not conclusive evidence as to the original intention of the parties.

Second: In face of continued South African prevarication, Botswana acted on the legally justifiable view that the Joint Survey Report was self-executing.

43. The Namibian Government also fails to explain why it had not, prior to the delivery of the Counter-Memorial on 30 November 1997, alleged that the personnel of the Joint Survey lacked expertise. Thus the Joint Survey Report is invoked, without criticism of the technical expertise of the personnel, in the following formal submissions on behalf of Namibia:

- Memorandum submitted to the Joint Team of Technical Experts on the boundary dispute between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island in 1994 (which is quoted in the Counter-Memorial of Botswana, page 61, paragraph 159). (The Joint Survey Report is included as Annex 11 to the Memorandum.)
- Supplementary Memorandum submitted to the Joint Team of Technical Experts in 1994, pages 22 to 27 and page 31.

44. It is worth recalling that, in the Supplementary Memorandum, the personnel of the Joint Survey are criticized as "a team of civil servants" (p. 31, para. 7.8), but their technical expertise is not questioned, nor is their technical expertise questioned in the Namibian Memorial at pages 116 to 117, paragraphs 284 to 286.

44.1. A joint survey was undertaken by Botswana and South Africa to determine the "main channel" of the Chobe River in accordance with the 1890 Anglo-German Agreement. The status

of boundary treaties is governed by the Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties. Article 16 of the Convention provides:

"A newly independent State is not bound to maintain in force, or to become a party to, any treaty by reason only of the fact that at the date of the succession of States the treaty was in force in respect of the territory to which the succession of States relates."

Article 11 of the Vienna Convention, however, provides:

"A succession of States does not as such affect:

(a) a boundary established by a treaty; or

(b) obligations and rights established by a treaty and relating to the régime of a boundary."

45. In adopting this position, the Convention was in effect both accepting the clean slate theory of State succession over the competing absolute devolution theory and, at the same time, acknowledging boundary treaties as an exception to this general rule of non-devolution. The rationale behind this view is predicated on the need to maintain the stability and continuity of boundaries as an essential condition of international law as emphasized in the recognized principle of respect for the territorial integrity of States. Even if the United Nations and SWAPO officials did not authorize Botswana to conclude a treaty with South Africa affecting Namibia's boundaries, the 1984 intergovernmental agreement was an interpretation of the already existing 1890 Anglo-German Agreement and not a new boundary treaty.

45.1. Alternatively, the Joint Survey of 1985 binds Namibia as it involves the interpretation and application of the 1890 Anglo-German Agreement.

46. Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties provides:

"A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose."

47. Article III of the Anglo-German Agreement of 1890 in defining the boundary between South West Africa (Namibia) and Bechuanaland Protectorate (Botswana) provides:

"In South-West Africa the sphere in which the exercise of influence is reserved to Germany is bounded:

2. To the east by a line commencing at the above-named point, and following the 20th degree of east longitude to the point of its intersection by the 22nd parallel of south latitude, it runs eastward along that parallel to the point of its intersection by the 21st degree of east longitude; thence it follows that degree northward to the point of its intersection by the 18th parallel of south latitude; it runs eastward along that parallel till it reaches the River Chobe; and descends the centre of the main channel of that river to its junction with the Zambesi, where it terminates."

48. The provisions of Article III (2) of the 1890 Agreement must be interpreted in the light of the major concern of both parties to the Agreement. The relevant object and purpose was that the riparian States should have access to waterways and, in particular, to the navigable parts of the major boundary rivers in the region. In the case of any doubt the channel which qualifies as the "main channel" is that which is navigable by comparison with any other candidate channel.

49. The Joint Survey Report constitutes expert opinion evidence on the key question of law and fact, that is, the identification of the "main channel" of the Chobe in the vicinity of Kasikili/Sedudu Island. The position of the Government of Botswana is therefore that the main channel of the Chobe in the vicinity of Kasikili/Sedudu Island is the western and northern channel, the principal criterion being that of navigability. In the absence of evidence to the contrary, the presumption must be that this was also the main channel at the time of the conclusion of the Anglo-German Agreement.

Conclusion

50. In conclusion, Mr. President, distinguished Members of the Court, the Pretoria Agreement of 1984 constitutes a legally binding intergovernmental agreement between the parties. This agreement was duly implemented by means of the joint survey and the resulting Joint Survey Report of 1985. The provisions of Article III (2) of the 1890 Anglo-German Agreement must be interpreted in the light of the major concern of both parties to the agreement (namely, access to waterways and the general question of navigation). In accordance with the object and purpose of the Anglo-German Agreement, the main channel is constituted by the navigable channel at any given time, and at present the western and northern channel is the main channel, thus making the Island Botswana territory. Further, independently of its status as a binding intergovernmental

instrument, the Joint Survey Report constitutes expert opinion evidence on the key question, that is, the identification of the main channel.

51. Mr. President, distinguished Members of the Court, this concludes my submission to the Court concerning the Pretoria Agreement of 1984 and the Joint Survey Report of 1985. I thank you.

The PRESIDENT: Thank you so much, Mr. Tafa. That I take it is the conclusion of the pleadings for this morning?

Mr. Tafa: Mr. President, that is so.

The PRESIDENT: The Court will adjourn until tomorrow morning.

The Court rose at 12.45 p.m.

Non-Corrigé
Uncorrected

Traduction
Translation



CR 99/7 (traduction)

CR 99/7 (translation)

Mardi 23 février 1999

Tuesday 23 February 1999

010

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

M. BROWNLIE : Monsieur le président, au nom des deux délégations et à la demande des deux agents, je voudrais vous faire part des inquiétudes que nous inspirent les problèmes de santé de M. Fleischhauer et vous prier, Monsieur le président, de transmettre à ce dernier nos meilleurs vœux de rétablissement.

Le PRESIDENT : Merci infiniment. M. Fleischhauer souffre d'un fort refroidissement, mais devrait être rapidement rétabli.

M. BROWNLIE : Monsieur le président, dans mon exposé d'hier, j'ai successivement abordé trois questions. En premier lieu, les critères permettant de déterminer quel est le chenal principal. Puis le rôle central de l'accord de 1890 en la présente affaire, et enfin les deux stratégies défensives auxquelles la Partie adverse a été contrainte de recourir devant l'évidente difficulté de convaincre un quelconque auditoire, y compris la Cour, que le chenal sud est le chenal principal du Chobe. Je me suis ensuite attaché à analyser ces deux stratégies défensives, la première consistant à s'appuyer très fortement sur la prescription et la seconde à invoquer des thèses scientifiques absconses. Lorsque l'audience a été levée, j'étais sur le point de passer à la suite de mon exposé, qui s'articule en trois temps. Premièrement, un bref historique du différend; deuxièmement, les faiblesses de la revendication de la Namibie fondée sur la prescription; et troisièmement, certaines conclusions quant à l'interprétation et l'application de l'accord anglo-allemand. Je venais de passer brièvement en revue l'historique du différend et je m'apprêtais à cet égard à examiner le point de vue des autorités chargées d'administrer le district de Chobe au sujet de la localisation du chenal principal.

Trois épisodes sont pertinents. Le premier correspond à la période qui va de 1909 à 1914. Aucun élément se rapportant à la période comprise entre 1890 et 1914 n'autorise à penser que les Gouvernements allemand et britannique avaient conscience que l'application des dispositions de l'accord anglo-allemand au voisinage de l'île de Kasikili/Sedudu soulevait une quelconque difficulté.

Dans son mémoire (p. 97-100, par. 263-273), la Namibie examine la correspondance diplomatique anglo-allemande de cette période en faisant référence à la controverse notoire au sujet de l'application de la clause de l'accord anglo-allemand qui attribue à l'Allemagne un couloir d'au moins 32 kilomètres (20 milles) de large entre le 21° méridien et le Chobe.

0 1 1

Cette clause soulevait un certain nombre de questions touchant la partie occidentale de la frontière, mais non le tronçon du Chobe sur lequel se situe l'île de Kasikili/Sedudu. La Namibie, dans son mémoire, argue que cette correspondance ne contient aucune trace d'un différend portant sur l'identification du «chenal principal» au voisinage de l'île (mémoire de la Namibie, p. 97, par. 265; p. 98, par. 267). Le Gouvernement du Botswana partage ce point de vue.

Durant la période comprise entre 1909 et 1914, le Gouvernement britannique craignait que la question du chenal principal ne vienne à se poser dans le cadre de l'arbitrage entre le Royaume-Uni et l'Allemagne, qui faisait alors l'objet de discussions préliminaires et confidentielles à Londres. Le secrétaire d'Etat, lord Harcourt, commanda donc une étude sur la question (mémoire du Botswana, annexe 16) et le capitaine Eason, des services de police du protectorat du Bechuanaland, reçut l'ordre d'effectuer une reconnaissance du Chobe. Lord Harcourt accusa réception de son rapport le 26 octobre 1912 (contre-mémoire du Botswana, annexe 7).

Dans ce rapport, le capitaine Eason écrit ceci (graphique : onglet n° 12, p. 1 de votre dossier) :

«Deux milles en amont des rapides se trouve l'île de Kissikiri.»

Monsieur le président, nous sommes bien d'accord qu'il s'agit de l'île de Kasikili/Sedudu, et Eason poursuit :

«A cet endroit, je considère qu'il faudrait soutenir que le chenal nord est sans aucun doute le chenal principal. Du côté occidental de l'île, la largeur du chenal nord est, à cette période de l'année, de plus de 30 mètres et la profondeur est de 2,40 mètres. Le chenal sud a 12 mètres de large et 1,2 mètre de profondeur. Le chenal sud est un simple bras mort, le courant qui y passe s'écoule par le nord. Les autochtones vivant à Kasika en territoire allemand, y pratiquent actuellement des cultures.» (Mémoire du Botswana, vol. III, annexe 15.)

Cet épisode particulier n'a donné lieu à aucune correspondance diplomatique entre les deux gouvernements.

L'épisode suivant, de 1948 à 1951, a fait en revanche l'objet d'un échange de correspondance diplomatique et représente la première manifestation publique du différend. Dans son contre-mémoire (p. 181-190), le Botswana a soigneusement passé en revue les lettres échangées par les Gouvernements britannique et sud-africain entre 1948 et 1951. La Namibie, dans sa réplique, cherche à contredire l'interprétation qui en a été donnée au nom du Botswana (réplique de la Namibie, p. 91-97). La Cour se formera sa propre opinion de ces documents, mais certains points frappent d'emblée.

012

Le premier est que les autorités de Pretoria, lors de discussions internes, ont estimé manifestement que la prescription était leur meilleure carte, car ils ne croyaient guère au succès d'une revendication sur le chenal sud fondée sur l'accord anglo-allemand (voir contre-mémoire du Botswana, p. 185, par. 748).

Le second est que la phase finale de la correspondance, c'est-à-dire les lettres échangées tant au niveau diplomatique qu'au niveau local entre Trollope et Dickinson, avait clairement pour objet d'aboutir à un arrangement sans préjudice du point de vue britannique selon lequel l'île faisait partie du protectorat du Bechuanaland.

C'est ce qui ressort de la lettre du haut-commissaire britannique au Gouvernement sud-africain en date du 10 mai 1951. Il s'agit d'un document important, dont je vais donner lecture dans son intégralité :

«Je vous prie de bien vouloir m'excuser de ne pas vous avoir écrit plus tôt au sujet de l'île de Kasikili, sur le Chobe, dont traite votre lettre n° P.M. 1/18/11 du 24 janvier 1951.

2. Depuis que j'ai reçu votre lettre du 14 octobre 1948, j'ai cependant saisi l'occasion de me rendre sur l'île. Comme vous le faites observer, celle-ci est cultivée depuis de nombreuses années par les tribus de Caprivi sans contestation, bien qu'il n'y ait pas eu d'occupation effective. L'île est toujours inondée entre mars et mai si bien qu'en fait il est impossible de l'habiter.

3. La possibilité d'une déclaration qui serait faite au nom du Gouvernement du protectorat du Bechuanaland disant que l'île n'est pas revendiquée comme se situant à l'intérieur des frontières du protectorat a été examinée par les conseillers juridiques auprès du secrétaire d'Etat chargé des relations avec le Commonwealth. Je crains que cette proposition leur ait semblé poser des complications juridiques de nature internationale dont la solution poserait des difficultés sans rapport avec l'importance de la question.

4. Le Gouvernement du protectorat du Bechuanaland voudra peut-être prendre des dispositions pour que certaines terres de l'île soient cultivées à un moment où à un autre par les quelques fonctionnaires africains qui vivent à Kasane. Indépendamment de cette question mineure, il me semble improbable que, dans un avenir prévisible, des faits puissent nuire aux intérêts des tribus de Caprivi qui ont utilisé l'île dans le passé. *Je pense qu'il devrait être possible, par des mesures administratives, de parer à toute difficulté qui surgirait au sujet de l'île et de la voie d'eau adjacente sans modifier la position juridique actuelle.*

5. Les instructions données au commissaire adjoint de district à Kasane, dont vous a informé M. Priestman dans sa lettre n° 9628 du 4 novembre 1948, ne seront pas modifiées et on suppose que la libre utilisation du chenal principal du Chobe, au nord de l'île, continuera d'être assurée conformément aux règles internationales applicables aux voies d'eau formant la frontière commune de deux Etats. (Les italiques sont de nous; mémoire du Botswana, annexe 30.)

Dans sa réponse, en date du 29 mai 1951, M. Forsyth, du ministère des affaires étrangères de l'Afrique du Sud, écrivait :

0 1 3

«J'ai pris bonne note que certaines difficultés se présentaient concernant la revendication de l'Union au sujet de l'île et me charge d'en informer les autorités concernées.» (Mémoire du Botswana, annexe 31.)

Les dernières lettres ont pour objet de confier le dossier aux administrateurs locaux, Trollope et Dickinson, afin que ceux-ci donnent effet aux propositions tendant à régler le problème «par la voie administrative» qui figurent dans la lettre du haut commissaire britannique dont je viens de vous lire le texte, et ce, bien sûr, «sans modifier la situation juridique existante».

Cette position a été confirmée au niveau local. C'est ainsi que Dickinson écrit le 3 septembre 1951 à Trollope :

«Il me semble que je dois bien préciser quelque chose. Tout en acceptant la position, et en étant prêt à s'y conformer, dans tout débat ou controverse concernant cette île, à l'avenir, notre Gouvernement ne démordra pas de sa position selon laquelle l'île fait partie du protectorat du Bechuanaland – et toute position concernant nos "règlements administratifs" reposera évidemment sur ce fait.» (Contre-mémoire du Botswana, annexe 26.)

Trollope reconnaissait à l'évidence que les arrangements locaux s'entendaient sans préjudice de la situation juridique. Sa réponse à la lettre de Dickinson adressée à son successeur, McLaren se lit (pour ce qui est des passages pertinents) comme suit :

«1. J'ai l'honneur d'accuser réception de la lettre de M. Dickinson X/5 du 3 septembre 1951.

2. Il me semble réellement très peu probable qu'il y ait à l'avenir des débats ou des controverses au sujet de l'île de Kasikili. Après tout, la position concrète actuelle, à laquelle nous sommes heureux de revenir, a existé pendant des générations sans qu'il y ait eu le moindre différend – de fait, à mon avis, même le contretemps récent n'était pas nécessaire.

3. Néanmoins, si les circonstances devaient faire ressurgir une controverse, la mise en garde de Dickinson est maintenant consignée. Il ne serait peut-être pas inopportun que, de même, je déclare officiellement que, dans toute controverse qui pourrait surgir au sujet de cette île, la bande de Caprivi insistera tout autant pour affirmer la légalité de la possession de fait de l'île et de son utilisation par elle pendant de si nombreuses années.» (Contre-mémoire du Botswana, annexe 27.)

Le troisième point sur lequel je voudrais attirer l'attention est que le Gouvernement de la Namibie a expressément reconnu que les échanges de vues de cette période s'entendaient sans préjudice des positions britanniques quant à la situation juridique. Ce passage, extrait du mémoire de la Namibie, l'atteste clairement. Le Gouvernement de la Namibie déclare dans son mémoire :

014 «Les fonctionnaires britanniques n'avaient au fond aucun intérêt à l'égard de l'île. Bien loin de la revendiquer, ils auraient été contents de régler une fois pour toute la question frontalière sur la base de la position sud-africaine s'il n'y avait pas eu les «complications» liées à la tutelle de l'ONU. Cela ressort clairement de la correspondance échangée entre services au sein de la partie britannique. Il est d'ailleurs dit, dans une lettre du 24 août 1949 adressée par le bureau du haut commissaire au premier ministre de l'Afrique du Sud, que la «légère modification proposée semble n'avoir en soi guère d'importance» et le ministère des relations avec le Commonwealth utilise la même formule dans la lettre qu'il adresse au haut commissaire le 20 octobre 1949. Ces fonctionnaires mentionnent évidemment «un léger aménagement de la frontière septentrionale du protectorat du Bechuanaland». *Ils n'étaient pas disposés à faire des concessions juridiques, comme l'indique clairement l'échange de lettres examiné antérieurement*, mais il est également manifeste qu'ils n'ont jamais envisagé de protester ou de formuler des objections directement auprès du Gouvernement sud-africain au sujet de la situation existante et qu'ils n'ont jamais pensé à l'avertir de toute autre manière d'une revendication officielle.» (Mémoire de la Namibie, p. 103-104, par. 278.)

Dans cette présentation très tendancieuse des documents, la Namibie admet à tout le moins que les fonctionnaires britanniques «n'étaient pas disposés à faire des concessions juridiques».

A la lumière des documents eux-mêmes, tels qu'analysés dans son contre-mémoire, ainsi que du paragraphe 278 du mémoire de la Namibie, le Botswana ne considère pas que l'analyse proposée par la Namibie dans sa réplique (p. 92-97) appelle de quelconques réserves quant à l'interprétation qu'il donne lui-même de la correspondance échangée de 1948 à 1951.

Monsieur le président, avant d'en finir avec l'épisode de 1948 à 1951, il serait utile à la Cour que j'attire son attention sur les origines exactes de cette correspondance.

Celle-ci débute avec la lettre ci-après de M. Redman, commissaire de district adjoint à Maun (protectorat du Bechuanaland), au major Trollope, le magistrat chargé de la bande de Caprivi oriental (comprise dans le territoire du Sud-Ouest africain aux termes du mandat de la Société des Nations) :

«J'ai l'honneur de vous informer que j'ai reçu une lettre de la Zambezi Transport & Trading Company, dans laquelle cette société déclare qu'elle souhaite reprendre le transport de bois par voie fluviale à partir de Serondela, mais que vous l'avez informée que le chenal entre Kasane et Serondela — chenal que la société a l'intention d'utiliser — était situé dans la bande de Caprivi.»

Serondela se situe en amont à une douzaine de kilomètres de l'île; si la Cour veut bien se reporter à la pièce n° 3 de son dossier, elle parviendra aisément à situer cette localité.

«2. Je crois savoir qu'en période de basses eaux, ce chenal est le seul lien fluvial entre Kasane et Serondela. Je suggère donc que si ce chenal s'avère passer dans la bande de Caprivi à partir du Chobe — le long duquel se trouve notre frontière —, il serait bon — à la fois dans notre intérêt à tous et pour considérations d'ordre pratique — de parvenir à un accord arbitraire selon lequel la moitié de ce chenal est incluse du Territoire aux fins de transports de bois de la Zambezi Transport & Trading Company.

015

3. Toutefois, si le chenal en question fait partie intégrante du Chobe et n'en est pas un simple bras, alors il semble probable que la frontière soit en fait formée par le chenal à eau profonde — ce qui signifierait que la société susvisée ne pénétrerait pas votre Territoire.

4. J'aimerais avoir votre avis sur la question.» (Lettre datée du 18 décembre 1947; contre-mémoire du Botswana, annexe 18; le paragraphe 5 a été omis.)

Monsieur le président, cette lettre datant de décembre 1947 doit être rapprochée des déclarations figurant dans le contre-mémoire de la Namibie selon lesquelles, à la saison sèche, «il n'y a pratiquement aucun écoulement dans le Chobe, y compris dans les secteurs situés aux environs de l'île» (contre-mémoire de la Namibie, p. 12, par. 31).

La Zambezi Transport and Trading Company était une entreprise appartenant à un certain M. William C. Ker. L'entreprise de M. Ker était tributaire de la navigabilité du chenal nord du Chobe. Ker n'a cessé d'utiliser le cours d'eau pour expédier du bois par péniches, comme Trollope l'indique clairement dans sa lettre à Dickinson en date du 4 août 1951 (mémoire de la Namibie, annexe 71). Dans cette lettre, Trollope donnait son opinion en ces termes :

«Jamais dans le passé aucune difficulté ne s'est posée – de fait, même la question de l'utilisation du chenal nord n'a jamais vraiment posé de problème. Jamais un seul bateau, une seule embarcation ni une seule personne n'a été gêné dans l'utilisation de ce chenal. Même le redoutable A.C. Ker l'a utilisé pendant tout le temps qu'a duré son exploitation jusqu'à Sirondellas, sans la moindre gêne ou obstacle. Cependant, ce personnage loquace et tendancieux n'était jamais content s'il ne vivait pas les histoires les plus incroyables, et cela en invoquant largement les traités de Barcelone, les règles concernant les cours d'eau internationaux, etc. C'est lui qui, absolument sans aucune nécessité, a persuadé Redman de soulever la question.»

Monsieur le président, lors du deuxième tour des plaidoiries, peut-être la partie adverse sera-t-elle moins prolixes au sujet des bateaux ou pontons de touristes, dont le tirant est pratiquement nul, et s'étendra-t-elle un peu plus sur les chargements de bois de M. Ker, qui empruntent le chenal principal.

Par conséquent, le point de vue exprimé par la Namibie dans son mémoire, sur la base de son hypothèse d'un cours d'eau éphémère, est contredit par les faits locaux, et par les opinions et l'expérience locale de Ker, Redman et Trollope. C'est la conclusion de la Namibie qui est éphémère, non le Chobe.

Dans sa réponse du 3 janvier 1948, le major Trollope propose d'«examin[er] ensemble la question officiellement» et de faire ensuite rapport aux deux gouvernements (mémoire de la Namibie, annexe 59). Suite à cette lettre, Trollope et Redman ont rédigé un rapport commun, signé

le 19 janvier 1948 (mémoire du Botswana, annexe 22). Les paragraphes clés de ce rapport se lisent comme suit :

«2. Une ébauche de carte (qui n'a pas été établie à échelle) de l'île de Kasikili sur le Chobe et des cours d'eau attenants est jointe au présent rapport.

3. Après avoir examiné séparément le terrain et une photographie aérienne, nous concluons que le «chenal principal» ne suit pas le cours d'eau généralement indiqué sur les cartes comme constituant la frontière entre les deux territoires.

4. Notre opinion est que le «chenal principal» se trouve dans le cours d'eau qui plaçait l'île en question à l'intérieur du protectorat du Bechuanaland.

Et enfin, le paragraphe 8 du rapport :

«8. Nous consignons les faits ci-dessus en soulignant particulièrement que nous n'avons ni formé, ni formulé la moindre opinion commune concernant les incidences de ces faits sur la propriété de l'île.»

Le rapport commun a été ensuite transmis aux deux gouvernements. Dans sa lettre de couverture, Noel Redman, commissaire de district à Kasane (protectorat du Bechuanaland), dit clairement que c'est Trollope qui a insisté pour que l'affaire soit portée à la connaissance des autorités supérieures. Redman écrit ceci :

«4. Il s'agit là d'une affaire qui, à mon sens, aurait pu être réglée entre nous, mais je doute fort que le commissaire autochtone concerné acceptera un accord reconnaissant l'île comme faisant partie de ce territoire, même si les autochtones du Caprivi sont autorisés à y demeurer. C'est pourquoi il en a référé au secrétaire des affaires autochtones à Pretoria en suggérant qu'une décision devrait être prise entre les gouvernements concernés.» (Mémoire du Botswana, annexe 22.)

La lettre adressée par Trollope au secrétaire au affaires autochtones à Pretoria le 21 janvier 1948 contient les remarques révélatrices suivantes :

«3. Il ne fait pas de doute que le libellé du traité de 1890 concerne des faits géographiques tels qu'ils existent actuellement et que la véritable frontière entre les deux territoires doit se situer à l'intérieur du cours d'eau septentrional et placer l'île de Kasikili à l'intérieur du protectorat.»

Cela, c'est l'opinion personnelle de Trollope, dont il fait part à son employeur, le Gouvernement de l'Afrique du Sud. Et Trollope écrit ensuite, au paragraphe 4 de sa lettre :

«4. Il existe cependant une possibilité : celle que, depuis 1890, année du traité, le cours d'eau se soit déplacé, mais cette hypothèse ne peut reposer que sur une supposition car il n'en existe aucune preuve directe.»

Il propose alors différentes solutions. Puis, au paragraphe 12, Trollope écrit ceci :

017

«12. *La situation géographique et la situation contractuelle sont manifestement en faveur du Bechuanaland* mais il me semble que je manquerais à mes devoirs envers les tribus si je recommandais la solution n° I, étant donné qu'elles utilisent l'île depuis longtemps sans être gênées. S'il est cependant impossible de ne pas accepter les prétentions du Bechuanaland, alors je recommanderais la solution n° II.» (Les italiques sont ajoutés; mémoire de la Namibie, annexe 61.)

Trollope admet par conséquent que le chenal principal est le chenal nord. Ses autres considérations exposées à d'autres endroits de sa lettre que les passages que je viens de lire ne sont que suppositions d'un profane au sujet d'une éventuelle revendication fondée sur la prescription. A cet égard, l'argument selon lequel l'administration du Bechuanaland s'est abstenue de protester contre la mise en valeur agricole de l'île par «des membres de tribus du Caprivi» repose sur une prémisse fautive, à savoir que cette mise en valeur agricole avait des conséquences juridiques et appelait donc quelque objection.

Par conséquent les autorités locales et autres parties intéressées reconnaissaient en 1948, tout comme Eason en 1912, que le chenal nord était le chenal principal pour la raison première qu'il était navigable y compris durant la saison sèche. Ces documents s'inscrivent tout simplement en faux contre les assertions factuelles et scientifiques avancées au nom de la Namibie.

En 1973, le commissaire de police de Kasane, dans un rapport à son supérieur, a fait observer que la partie septentrionale de l'île de Kasikili/Sedudu était le chenal principal du Chobe (réplique du Botswana, annexe 11, liasse de documents additionnels, p. 45). Ce rapport était accompagné d'un «croquis» de la région (que vous voyez à présent sur l'écran et qui figure sous l'onglet 14 dans le dossier de la Cour), où est indiqué ce que son auteur appelle le chenal principal, et où sont aussi indiqués deux bancs de sable situés dans le chenal sud.

Cette conception du chenal principal a été bien entendu, confirmée une fois encore par les autorités du Botswana et de l'Afrique du Sud dans le rapport sur le levé commun de 1985.

Faiblesse des revendications de la Namibie fondées sur la prescription

Il nous faut à présent examiner les prétentions de la Namibie à un titre fondé sur la prescription. Monsieur le président, ces prétentions sont extrêmement fragiles.

Il me faut tout d'abord rappeler quelles sont les conditions requises pour que la prescription puisse jouer.

018

Les critères de la prescription

Les parties semblent s'entendre de façon générale sur les éléments essentiels de la prescription. Le Botswana juge acceptable les critères énoncés par Johnson dans l'article qu'il a publié dans le *British Year Book of International Law*. Ces critères, formulés dans le mémoire de la Namibie (vol. I, p. 68, par. 185, citant D.H.N. Johnson, *British Year Book of International Law*, vol. 27 (1950), p. 353-354), sont les suivants :

1. la possession de l'Etat qui bénéficie de la prescription doit être exercée à titre de souverain;
2. la possession doit être paisible et ininterrompue;
3. la possession doit être publique;
4. la possession doit se prolonger pendant un certain temps.

Monsieur le président, je voudrais insister sur la condition d'une possession qui s'exerce à titre de souverain et qui n'est pas simplement contraire de façon générale. Il me faut insister sur ce point car cette condition est omise dans un certain nombre de formulations retenues par la Namibie. C'est ainsi que dans un autre passage tiré du mémoire de la Namibie, nous trouvons cet énoncé qui pêche par un certain manque de rigueur :

«La conduite des parties au cours du siècle qui a suivi 1890 démontre que la Namibie est en droit d'exercer sa souveraineté sur l'île de Kasikili par l'effet des doctrines de la prescription, de l'acquiescement et de la reconnaissance de manière tout à fait indépendante de sa revendication fondée sur le traité. Bien que les auteurs se soient livrés à maintes exégèses pour élaborer des distinctions entre ces trois doctrines, les éléments fondamentaux qui entrent en ligne de compte pour leur application sont les faits qui seront établis dans les chapitres ultérieurs de la présente partie du mémoire : 1) l'occupation et l'utilisation continues, publiques et notoires du territoire en question durant une longue période; 2) l'exercice de la souveraineté sur ce territoire et 3) le défaut pour l'autre partie, ayant connaissance de ces faits, d'élever des objections ou protestations ou de faire valoir ses droits.» (Mémoire de la Namibie, vol. I, p. 66, par. 180.)

Dans ce passage ainsi qu'ailleurs dans l'argumentation présentée par la Namibie on constate une nette tendance à amalgamer les notions de prescription et d'acquiescement.

Cette amalgame ne saurait se justifier. L'acquiescement joue un rôle sensiblement différent. C'est ainsi que, par exemple, l'acquiescement peut entraîner la perte du titre même si l'Etat qui l'acquiert ainsi n'a pas rempli les conditions de la prescription, comme la possession à titre de souverain.

0 1 9 Et, Monsieur le président, il n'y a aucune preuve que le Botswana ou son prédécesseur en titre, le Royaume-Uni, ait acquiescé à une prétendue possession par la Namibie. Comme le Botswana l'a démontré, il existe de solides éléments de preuve contredisant l'hypothèse d'un acquiescement de sa part. Aucun différend ne s'est élevé avant 1948-1951 et à cette époque le Gouvernement britannique a défendu sa position juridique. Lorsque le différend a ressurgi en 1984, le Gouvernement botswanais a lui aussi défendu sa position juridique.

Pour le Botswana, les conditions de la prescription n'ont jamais été remplies par la Namibie ni ses prédécesseurs.

L'irrecevabilité du moyen tiré de la prescription

Il me faut toutefois à titre préliminaire signaler l'irrecevabilité même du moyen que la Namibie tire de la prescription. Dans le passage de son mémoire que je viens de citer, la Namibie insiste sur le fait que la conduite des parties «[après] 1890 démontre que la Namibie est en droit d'exercer sa souveraineté» (mémoire, p. 66, par. 180).

Cette affirmation suppose que, dès le jour même de la conclusion de l'accord anglo-allemand, la validité du nouveau tracé établi pouvait immédiatement être attaquée. Cette hypothèse, Monsieur le président, n'est guère séduisante du point de vue tant juridique que diplomatique.

Le mécanisme de la prescription tel que la Namibie l'envisage dans ses écritures ne protège pas les valeurs de l'ordre international et de la stabilité internationale qui manifestement justifient la prescription et garantissent sa compatibilité avec le principe de la primauté du droit.

Les conditions de la prescription n'ont pas été remplies

Toujours est-il, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, que la Namibie ou ses prédécesseurs n'ont pas rempli les conditions de la prescription.

En premier lieu, il n'a pas été satisfait à l'exigence de la possession, de l'exercice paisible de l'autorité étatique. Les écritures de la Namibie font preuve dans ce contexte d'une ambition remarquable. On y invoque la possession à partir de 1890 ou à d'autres moments à partir de 1900. Mais aucune preuve de l'exercice de l'autorité étatique, que ce soit par l'Allemagne, l'Afrique du Sud ou la Namibie, n'est fournie.

L'absence de cette preuve ne saurait guère surprendre. Les fortes inondations annuelles empêche d'occuper l'île de façon permanente. La Namibie reconnaît ce fait dans sa réplique. Et comme le montrera lady Fox, le village de Kasika n'est pas situé sur l'île.

020

Les administrateurs locaux estimaient que la frontière était située dans le chenal nord conformément à l'accord anglo-allemand.

Les autochtones pratiquaient parfois l'agriculture sur l'île, mais ces activités n'emportaient pas possession exclusive de quelque genre que ce soit.

Dans son contre-mémoire, le Botswana a présenté comme suit les éléments de preuve supposés prouver l'occupation de l'île par la Namibie :

«671. Les documents que la Namibie juge pertinents sont présentés dans un ordre dispersé tant dans la section de son mémoire intitulée «Le contrôle et l'utilisation de l'île de Kasikili par la Namibie» (p. 73-85) que dans la section intitulée «L'exercice de la souveraineté» (p. 86-100)...

672. La présentation des documents supposés prouver «le contrôle et l'utilisation» de l'île par la Namibie se caractérise par son imprécision et par le fait qu'elle se fonde sur un grand nombre d'éléments qui se révèlent fondamentalement dépourvus de pertinence, comme la section intitulée «Le régime colonial allemand : de 1890 à 1914». Cette section est intéressante à lire, mais on n'y trouve aucune mention de l'exercice de l'autorité étatique sur l'île de Kasikili/Sedudu. Elle est également caractérisée par une certaine ambiguïté et par un phénomène de transfert sur le plan géographique. Il est ainsi affirmé que les personnes qui «habit[aient] sur l'île de Kasikili et se livr[aient] à des activités agricoles» payaient l'impôt à Schuckmannsburg (dans le Caprivi oriental). Le problème est que ces gens n'habitaient pas sur l'île, qui est inondée pendant quatre mois de l'année, mais à Kasika, village établi de longue date dans le Caprivi oriental. Ils payaient donc l'impôt en tant qu'habitants de Kasika.» (Contre-mémoire du Botswana, p. 275-276.)

Les autres éléments de preuve produits au nom de la Namibie ne valent pas grand-chose.

L'absence de preuves conduit le Gouvernement namibien à adopter la thèse remarquable faisant essentiellement des chefs du Caprivi oriental des agents de l'administration allemande, ayant le pouvoir de se livrer à des activités susceptibles d'établir un titre au nom de l'Etat allemand.

Or, il n'a été produit aucune preuve de l'existence d'un tel pouvoir. Celui-ci existerait apparemment comme corollaire du principe de l'administration indirecte.

De toute façon, cette proposition manque de crédibilité. On ne connaît aucun exemple d'un tel pouvoir susceptible d'établir un titre où que ce soit en Afrique coloniale, comme l'a souligné le Botswana dans son contre-mémoire (p. 278, par. 685). La Namibie n'a pas été en mesure de réfuter cette affirmation dans sa réplique.

Il n'y a évidemment aucune preuve de l'exercice par les chefs de telles activités susceptibles d'établir un titre. Mais, Monsieur le président, que voici donc une proposition surprenante : dès 1890, les chefs auraient pu par leurs activités modifier l'accord exprès conclu par les parties en 1890 et compromettre ainsi l'issue de longues négociations serrées entre Londres et Berlin.

021

Monsieur le président, au milieu de cette vague de suppositions avancées par la Namibie, il nous faut concentrer notre attention sur deux faits. En premier lieu, rien n'indique que le Gouvernement allemand ou ses successeurs aient conféré le prétendu pouvoir d'établir un titre. En deuxième lieu, rien n'indique non plus que les chefs du Caprivi oriental aient voulu exercer ce pouvoir.

Les activités militaires exercées par l'Afrique du Sud de 1966 à 1990 sont l'autre élément de preuve qu'avance la Namibie. Voici les passages pertinents du mémoire de la Namibie :

«247. La région est devenue une zone importante de combat pendant la guerre d'indépendance de la Namibie. Il est difficile de trouver des documents de première main concernant cette période car la plupart de ceux-ci demeurent classés secret. On trouve cependant dans les débats du Parlement sud-africain de fréquentes mentions d'actes de «terrorisme» perpétrés dans les régions septentrionales. Même si les principaux accrochages pendant la guerre de libération semblent être survenus plus à

l'ouest, le Caprivi a également été affecté par le conflit. Même avant qu'il soit mis fin au mandat, l'Afrique du Sud avait établi un centre d'entraînement militaire dans la bande de Caprivi. En 1975, des unités de la police et des forces de défense sud-africaines ont été envoyées dans la région...

248. L'île elle-même se trouvait dans la zone d'intervention militaire. Des témoins ont relaté des cas où des Capriviens se trouvant sur l'île ont été arrêtés et sanctionnés. Selon l'annexe 84, la République d'Afrique du Sud et le Botswana ont eu des entretiens en 1974-1975 au cours desquels il a été convenu que l'île faisait partie du Caprivi. Lors d'une deuxième série d'entretiens qui s'est tenue à Katima Mulilo en 1984 entre les deux gouvernements au sujet de questions frontalières, le Botswana n'a pas soulevé cette question, indiquant ainsi qu'il était disposé à acquiescer à la situation existante. Les échanges de coups de feu — dont il est question au paragraphe 284 ci-après — entre une vedette des forces de défense sud-africaines et une unité des forces de défense botswanaises en octobre 1984 indiquent que l'Afrique du Sud exerçait sa juridiction sur l'île en effectuant des patrouilles militaires dans le chenal sud.» (Mémoire de la Namibie, vol. I, p. 99-100, sans les notes de bas de page.)

A ces affirmations clairement fondées sur les activités militaires exercées par l'Afrique du Sud, le Botswana oppose les arguments qui suivent.

En premier lieu : Il est extrêmement peu probable que les activités de patrouille exercées par l'Afrique du Sud puissent être considérées comme un exercice de juridiction. Ces activités étaient des opérations antiguérillas et rien de plus.

En deuxième lieu : L'Afrique du Sud à l'époque en question était connue pour violer les frontières internationales et se livrer à des agressions armées contre ses voisins.

En troisième lieu : Le Gouvernement botswanais n'a retrouvé aucune trace des discussions qui auraient eu lieu de 1974 à 1975.

En quatrième lieu : L'incident de l'échange des coups de feu survenu en octobre 1984 a mené aux discussions tenues à Pretoria le 19 décembre 1984. Au cours de cette réunion, un membre de la délégation sud-africaine a parlé de : «jeunes troupes impétueuses et sans expérience» (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 44, par. 11; annexe 46, p. 4).

Ces incidents, pour le Botswana, ne sont pas des indices d'une possession paisible aux fins de la prescription.

Dans son contre-mémoire (p. 42-43), la Namibie n'avance qu'un seul épisode sous la rubrique «Exercice de la juridiction de l'Afrique du Sud sur l'île de Kasikili dans les années soixante-dix». Il s'agit de l'arrestation de trois Capriviens sur l'île de Sedudu en 1972 par des gardes-chasse au service du Gouvernement botswanais. Cet incident a donné lieu à des récits très différents de la part des Parties. Le Gouvernement botswanais a examiné ces questions en détail dans sa réplique (vol. I, p. 36-39, par. 99-107).

Le Botswana estime donc que le Gouvernement namibien n'a pas produit de preuves convaincantes de possession sur l'île de Kasikili/Sedudu au regard de l'application des règles juridiques en matière de prescription.

Mais toujours est-il que même si la preuve d'une telle possession avait été rapportée, celle-ci n'aurait pu s'exercer à titre de souverain.

La première difficulté à laquelle se heurte la Namibie est l'impossibilité d'affirmer sa conviction sincère en l'existence d'un titre qui par hypothèse est *indépendant* de l'accord anglo-allemand mais dont l'origine serait *contemporaine* de cet accord en 1890. Monsieur le président, quel serait l'autre titre que viserait cette conviction sincère ?

La Namibie n'indique pas le titre qui appuierait la possession censée avoir existé depuis 1890 indépendamment de l'accord anglo-allemand.

De plus, de 1890 à 1948, aucun différend ne s'est élevé et aucun fonctionnaire allemand ou sud-africain n'a donné à entendre que l'île faisait partie du Sud-Ouest africain.

Aussi la conclusion doit-elle être — et c'est ce que je soutiens au nom du Botswana — que la Namibie ou ses prédécesseurs n'ont à aucun moment acquis un titre par prescription. Les conditions pour acquérir un titre par prescription n'ont jamais été remplies.

0 2 3

Le Botswana et son prédécesseur ont conservé le titre

Il en découle que le Botswana et ses prédécesseurs ont conservé le titre conformément aux dispositions de l'accord anglo-allemand et par l'effet du principe de *l'uti possidetis juris*.

Dans ces conditions, la charge de la preuve quant au titre n'incombe pas au Botswana. Celui-ci n'est pas le demandeur en l'espèce, il s'oppose à une prétention qui est d'origine très récente. Au cours des négociations tenues en 1984 et 1985, la position de l'Afrique du Sud a été de reconnaître que l'interprétation de l'accord anglo-allemand soulevait une question qu'il fallait résoudre. *Aucune prétention n'a été élevée à l'égard de l'île en tant que telle.* L'Afrique du Sud a d'ailleurs attendu jusqu'en 1992 avant de tenter de désavouer le rapport sur le levé commun de 1985 (mémoire de la Namibie, commission mixte d'experts techniques, annexe 12, note de l'Afrique du Sud à la Namibie).

Ce n'est en fait qu'en 1987 qu'une prétention est élevée pour la première fois dans le mémoire de la Namibie à l'égard de l'île *en tant que telle*, même si dans une certaine mesure cette prétention apparaissait déjà en filigrane au cours des travaux de la commission mixte d'experts techniques en 1993 et 1994 (voir le mémoire présenté à la commission mixte d'experts techniques sur le différend frontalier entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili, ministère des affaires étrangères, Windhoek, le 2 février 1994).

Compte tenu de ces réserves quant à la charge de la preuve et à l'origine récente de la prétention élevée à l'égard de l'île, prétention en gestation depuis plus de cent ans, le Botswana affirme lui son titre licite sur l'île pendant toute la période qui nous intéresse.

Et malgré les affirmations que nous avons entendues la semaine passée de la bouche de nos éminents contradicteurs, les éléments de preuve ne manquent pas pour établir que le Botswana a conservé son titre sur l'île.

Nous passerons maintenant brièvement en revue les épisodes pertinents.

1. Premier épisode : le chef du Caprivi demande l'autorisation de labourer sur l'île en 1924

Nous disposons de preuves solides indiquant qu'en 1924 le chef des Basubia, le chef Liswaninyana, a jugé nécessaire de demander au commissaire adjoint de district britannique à Kasane d'accorder à son peuple l'autorisation d'utiliser l'île pour y cultiver des terres et y faire paître du bétail.

024

Dans une lettre du 26 janvier 1948, M. Redman, le commissaire de district à Kasane a fait parvenir le rapport suivant au secrétaire du gouvernement à Mafeking :

«5. Depuis l'établissement du rapport ci-joint, j'ai reçu d'autres renseignements d'un habitant de l'île, selon lesquels, en 1924, un chef du Caprivi nommé Liswaninyana s'est adressé au capitaine Neale, le magistrat résident à Kasane, afin d'obtenir, pour son peuple, l'autorisation de labourer des terres de l'île et d'y faire paître le bétail. Il est manifeste que cette autorisation a été accordée oralement, car on n'a connaissance d'aucun accord écrit. A cette époque les bœufs de l'administration paissaient sur l'île, mais ils ont été retirés en 1925. Avant 1924 le même informateur m'a dit qu'il y avait une famille du Caprivi qui labourait la terre, mais sans y être habilitée.

6. A l'appui de la revendication de propriété fondée sur la prescription, il serait donc possible de présenter des preuves afin d'établir que le gouvernement [du protectorat du Bechuanaland] a occupé l'île en 1925. Si l'on ajoute à ce fait que les gens reconnaissent qu'ils ont sollicité l'autorisation d'utiliser l'île en 1924, cela devrait entraîner le rejet de toute réclamation alléguant des droits issus de la prescription.

7. Pour conclure, il convient de dire que l'abandon de cette île empêcherait le présent territoire de bénéficier de la libre utilisation du Chobe, qui peut devenir un jour une voie navigable extrêmement importante.» (Mémoire du Botswana, annexe 22.)

Cette lettre de Redman, Monsieur le président, confirme donc la situation. Comme le capitaine Eason l'a indiqué en 1912, l'île ne faisait pas partie du territoire allemand. Or, douze ans plus tard, le chef des Basubia, Lyswaninyana, assume que l'île relève de la juridiction de la Grande-Bretagne. C'est à Kasane qu'il soumet sa demande visant à l'autoriser à labourer sur l'île.

Dans la même lettre le fonctionnaire britannique faisant rapport déclare : «A l'époque, les bœufs du gouvernement paissaient sur l'île mais ils furent évacués en 1925.»

2. Deuxième épisode : le témoignage du chef Moraliswani lors des audiences tenues en 1994 par la commission mixte d'experts techniques

Au cours de ces audiences, le chef Moraliswani, chef des Basubia du Caprivi oriental, a exprimé l'avis catégorique que les Capriviens avaient cessé de cultiver des terres sur l'île en 1937.

Voici la question en cause et la réponse qui lui a été donnée :

«Très bien, merci. Peut-il nous aider en nous indiquant à quelle date les gens ont cessé de labourer dans l'île de Kasikili ?»

Honorable chef : «C'était en 1937, des quantités d'éléphants s'introduisaient à ce moment-là dans le Caprivi et alors, quand les gens labouraient, on constatait que ces éléphants détruisaient leurs champs et c'est à ce moment-là qu'ils ont décidé d'aller s'installer de l'autre côté, ici au Caprivi.» (Mémoire de la Namibie, vol. III; annexe 2; compte rendu d'audition, vol. II, p. 107.)

025

3. Le troisième élément : aucune démarche n'a été entreprise au sujet de l'île par les autorités du Caprivi oriental avant le 6 mars 1992

Le Gouvernement namibien cherche à donner l'impression que les autorités britanniques ont illicitement expulsé de l'île les gens de Kasika pratiquant une agriculture de subsistance.

Cette impression ne correspond pas à la réalité. Les agriculteurs de Kasika n'étaient pas des agents du gouvernement, ils avaient obtenu une autorisation des autorités britanniques installées à Kasane. Le chef Moraliswani ne dit pas qu'il y a eu expulsion.

Selon lui, son peuple cessa d'utiliser l'île en 1937. Certains de ses sujets parlent de 1958 dans leur témoignage. Mais ni les autorités en territoire britannique ni le Gouvernement du Botswana n'ont jamais été saisis d'une plainte relative à ces modifications de l'usage de l'île. Aucun droit n'a été revendiqué et, fait remarquable, il n'a pas été fait mention de l'utilisation de l'île par des agriculteurs du Caprivi oriental lors de la démarche entreprise *en 1992*. Cet épisode est relaté dans un rapport établi à l'époque par M. Mayane, commissaire de district à Kasane (contre-mémoire du Botswana, annexe 43).

4. Le quatrième élément : aucun groupe n'avait l'usage exclusif de l'île à des fins agricoles

Dans ses écritures, la Namibie ne cesse de répéter que les agriculteurs de Kasika cultivaient des terres sur l'île. Ces assertions appellent des réserves importantes; lady Fox brosera en temps utile un portrait complet de la situation. Qu'il me suffise pour l'instant de signaler que d'autres personnes que les agriculteurs de Kasika utilisaient l'île.

En particulier, sept familles de migrants barotse vivaient dans le secteur de Sedudu dans les années quarante. Leur présence y est établie par les archives officielles de l'époque, et notamment par les *rapports annuels du district de Chobe* pour 1942 et 1943 (réplique du Botswana, annexes 7 et 8; tableaux, onglet n° 15 du dossier des juges). Le rapport annuel pour 1942 signale la présence

de deux familles résidant à «Sedudu». De même, l'année suivante, le rapport annuel pour 1943 indique qu'il y avait sept familles de Barotse. Le terme Batoka était le nom donné dans la région du Chobe à ceux venant de ce qui est aujourd'hui la Zambie.

0 2 6 Les photographies aériennes sont également utiles à cet égard. Il est remarquable de constater que, de toute la série de photographies prises depuis 1925, ce n'est que sur celle de 1943 qu'on constate des signes d'activités humaines sur l'île. On y aperçoit clairement deux champs à l'extrémité sud de l'île au bout du chenal est, en face du siège du parc national du Chobe; c'est la seule partie de l'île où on voit des champs (photographies, onglet n° 7 du dossier des juges). Nous avons donc la preuve de la présence de petits champs dans une partie de l'île qui n'est pas particulièrement facile d'accès à qui vient du côté de l'île jouxtant le Caprivi ou Kasika.

On voit facilement que ces champs sont regroupés, et qu'ils sont situés dans la partie de l'île se trouvant à proximité immédiate du district du Chobe au Botswana. Il est donc raisonnable de déduire que ces Barotse ou Batoka vivaient sur les bords du chenal sud situé à proximité et qu'ils relevaient manifestement de l'administration britannique. Sur aucune des photographies aériennes on ne relève des indices de la présence de champs sur le côté de l'île proche du Caprivi.

*

Au cours des audiences tenues à Kasane par la commission mixte d'experts techniques, des témoins cités par le Gouvernement botswanais ont signalé que quelques Barotse ou Batoka avaient vécu pendant un certain temps dans la vallée de Sedudu et utilisé l'île pour s'y livrer à des activités agricoles au début des années quarante. Ces témoignages sont donc corroborés par la preuve de la photographie aérienne de 1943 (voir réplique du Botswana, p. 45-46, par. 125).

5. Le cinquième élément de preuve : la correspondance de 1948 à 1951 : maintien du statu quo

Le cinquième élément de preuve à cet égard est l'échange de correspondance de 1948 à 1951. L'échange qui a eu lieu au cours de cette période n'a eu aucune incidence importante sur la situation. Il a précisément débouché sur un accord visant à maintenir le statu quo, mais le Gouvernement britannique n'a cédé aucun droit.

027

6. Le sixième épisode : la création par les autorités britanniques de la réserve animalière du Chobe en 1960

En 1960, l'administration britannique a créé la réserve animalière du Chobe, devenue par la suite le parc national du Chobe.

La réserve animalière du Chobe a été créée par l'ordonnance n° 65 de 1960 du haut-commissaire (mémoire du Botswana, annexe 32). Cette mesure ainsi que les textes ultérieurement adoptés prévoyaient que la limite septentrionale de la réserve animalière correspondait à la frontière internationale séparant le protectorat du Bechuanaland du Botswana. Les textes adoptés par la suite sont :

- i) la proclamation de 1961 sur la conservation de la faune (mémoire du Botswana, annexe 33, annexe 1),
- ii) la communication n° 86 de 1964 du gouvernement (mémoire du Botswana, annexe 34),
- iii) la loi de 1967 sur les parcs nationaux (mémoire du Botswana, annexe 37, art. 3 de l'annexe; voir aussi le contre-mémoire du Botswana, annexe 31),
- iv) le décret de 1980 sur le parc national du Chobe (modification des limites) (contre-mémoire du Botswana, annexe 33),
- v) le décret de 1987 sur la création des parcs nationaux (contre-mémoire du Botswana, annexe 38).

Il n'y a eu aucune culture sur l'île après 1960 et l'agriculture y avait en fait presque certainement cessé bien des années auparavant.

Le fait que l'île faisait partie de la réserve animalière du Chobe et, par la suite, du parc national du Chobe est confirmé par des documents officiels (sous forme de plans) publiés respectivement en 1975, 1980 et 1983 (voir le contre-mémoire du Botswana, atlas supplémentaire, cartes 19-24). Ces plans incluent clairement l'île dans le parc national du Chobe. Le plus ancien remonte à 1975 et la présomption de continuité doit s'appliquer. Rien n'indique qu'il s'agisse du premier plan, mais c'est le premier que nous ayons pu trouver.

028

La version du plan publiée en 1975 (dossier des juges, onglet n° 16) indique clairement la frontière internationale et inclut manifestement l'île dans les limites du parc national du Chobe. Les plans ont été établis pour accompagner la description juridique du parc national dans les textes réglementaires pertinents, comme expressément indiquée sur le plan de 1980, et comme l'atteste également le mémorandum d'avril 1983 sur la délimitation du parc national du Chobe, qui se réfère au plan BP 179 a) déposé auprès du directeur du service cartographique et topographique (contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 34).

Le statut de l'île en tant que partie intégrante du parc national du Chobe est confirmé par le témoignage d'anciens conservateurs du parc national. Les divers gardes-chasse et autres fonctionnaires nommés pour lutter contre le braconnage dans la réserve animalière, qui étaient installés à Kasane, considéraient que l'île faisant partie de la réserve animalière et relevait de leur autorité.

7. Le septième épisode : la visite du président du Botswana à proximité de l'île en 1972

En août 1972, S. Exc. le président du Botswana s'est rendu dans le district du Chobe à l'occasion d'une tournée d'inspection officielle. Bien qu'il n'existe aucune preuve directe que le président ait effectivement mis le pied sur l'île, il est manifeste que les services locaux de sécurité s'attendaient à ce qu'il se trouvât dans ses environs immédiats à un moment ou à un autre.

Un témoin de cette visite fut M. Slogrove, alors chef du service des gardiens du parc national du Chobe. Dans son rapport du 22 mars 1973, M. Slogrove fait observer :

«Le débarquement sur l'île d'une escouade dotée d'un armement complet de l'unité mobile de police du Botswana en août 1972 pendant la visite du président afin de la fouiller par mesure de sécurité a renforcé ma conviction que cette île était considérée comme faisant partie du territoire botswanais. Des membres de ce même détachement de l'unité mobile de police ont également tenté de construire dans le chenal sud une estacade flottante entre les deux rives à titre de mesure de sécurité complémentaire. Il m'a été demandé de fournir les matériaux nécessaires à son édification.» (Réplique du Botswana, vol. II, annexe 10.)

Cette visite, qui n'a suscité ni protestation ni réserve de la part de qui que ce soit, constitue un indice solide d'une possession paisible s'exerçant conformément au statu quo établi depuis longtemps sur la base de l'accord anglo-allemand. Il est peu probable, pour ne pas dire plus, que l'unité mobile de force aurait fouillé l'île si celle-ci avait été considérée comme faisant partie de la Namibie.

8. Le huitième épisode : la rencontre des délégations à Katima Mulilo en 1981

029

En novembre 1981, une conférence s'est tenue à Katima Mulilo dans le Caprivi entre une délégation de Capriviens et une délégation botswanaise. Les Capriviens avaient à leur tête le chef Moraliswani et la délégation botswanaise le commissaire de district à Kasane, M. Gambule. L'ordre du jour portait essentiellement sur les liens entre le Caprivi et le district du Chobe au Botswana. Le procès-verbal de la conférence se trouve à l'annexe 39, volume III, mémoire du Botswana.

Le procès-verbal de la rencontre ne fait état d'aucun problème concernant l'île ni d'aucune plainte formulée au nom des agriculteurs de Kasika.

Que cette question, comme nous le verrons, surgisse brusquement en 1992 est d'autant plus remarquable à la lumière de cet aspect de la rencontre de 1981.

9. Le neuvième épisode : l'accord de Pretoria de 1984 et la note du 22 octobre 1986 adressée à l'Afrique du Sud par le Botswana

Comme le démontrera mon collègue, M. Tafa, le Botswana et l'Afrique du Sud sont convenus en 1984 de résoudre la question de l'emplacement du «chenal principal» du Chobe au regard de l'accord anglo-allemand, et ce au moyen d'un levé commun. Le rapport sur le levé commun a confirmé que le chenal nord était le «chenal principal».

Le Gouvernement sud-africain n'a pas tenté de désavouer le rapport sur le levé commun qui était un instrument juridique obligatoire découlant de l'accord de Pretoria de 1984. De manière assez bizarre, ce n'est qu'en 1994 que le Gouvernement botswanais a appris que l'Afrique du Sud avait refusé de reconnaître ses obligations. Il l'a appris à l'occasion des travaux de la commission mixte d'experts techniques quand le Gouvernement namibien a fourni le texte d'une note adressée à la Namibie en 1992 par l'Afrique du Sud, sous la plume de son ministre des affaires étrangères, dans laquelle figurait ce qui suit :

«J'ai l'honneur de me référer à votre lettre du 19 mars 1992 et je dois vous informer qu'à aucun moment la République d'Afrique du Sud n'a «donné des encouragements et son acquiescement» à la revendication du Botswana sur l'île de Sedudu.»

Et M. Botha de poursuivre :

«Le levé commun que vous mentionnez dans votre lettre, dont je joins une copie, a en effet permis d'aboutir à certaines conclusions, mais, selon l'opinion juridique en Afrique du Sud à cette époque, il n'a pas établi de manière irréfutable que l'île de Sidudu appartenait au Botswana. Les autorités sud-africaines ont donc proposé au Botswana, dans un télex en date du 17 novembre 1986, que la question soit examinée avec le gouvernement d'une Namibie indépendante. Cette proposition n'a pas été jugée acceptable par le Botswana, car celui-ci considérait le rapport sur le levé commun comme concluant et il a exprimé, en fait, l'avis «qu'aucune nouvelle discussion de cette question n'est nécessaire.»

La question n'a donc pas été résolue, car l'Afrique du Sud n'a jamais reconnu officiellement la revendication du Botswana sur l'île de Sedudu.

030

Je suis convaincu que l'explication qui précède situera l'affaire dans sa juste perspective et vous aidera dans vos négociations avec le Gouvernement du Botswana.» (Mémorandum de la Namibie présenté à la commission mixte d'experts techniques, annexe 12.)

Cette lettre envoyée en 1992 par le ministre sud-africain des affaires étrangères en réponse à une demande de la Namibie pour connaître son avis exprimait pour la première fois clairement la position de l'Afrique du Sud, *sept ans* après le rapport sur le levé commun.

Le 22 octobre 1986, se fondant sur l'accord de Pretoria et le rapport sur le levé commun, le Botswana a fait parvenir le télex suivant à Pretoria (onglet n° 17 du dossier des juges) :

«Pula a l'honneur de se référer aux discussions qui ont eu lieu le 13 octobre 1986, à Gaborone, entre des fonctionnaires des ministères des affaires étrangères des deux parties et, en particulier, à la question de la situation de l'île de Sedudu/Kasikili dans la République du Botswana.

On se souvient que la partie botswanaise a soutenu que l'île de Sedudu/Kasikili fait partie du territoire du Botswana, ce qu'a confirmé la commission mixte d'experts du Botswana et de l'Afrique du Sud dans son rapport aux deux gouvernements en juillet 1985. Pula tient à informer Secextern que, depuis lors, le Gouvernement du Botswana a occupé l'île de Sedudu/Kasikili et compte que le Gouvernement sud-africain respectera la souveraineté et l'intégrité territoriale de la République du Botswana sur l'île.» (Mémoire du Botswana, annexe 52.)

Monsieur le président, il y a lieu de noter que la Namibie a pour la première fois émis une protestation officielle dans une lettre du 14 février 1996 (mémoire de la Namibie, annexe 90). La Cour voudra bien prendre acte du fait que l'affirmation, figurant dans le mémoire de la Namibie (p. 2, par. 5), selon laquelle le Botswana a fait hisser son drapeau et construit des postes d'observation militaires en 1991, n'est pas exacte.

D'un point de vue pratique, la situation doit être minutieusement examinée. Comme nous le savons, l'île ne peut pas subvenir aux besoins d'une population à cause des crues saisonnières. Depuis 1960, elle fait partie de la réserve animalière du Chobe (devenue aujourd'hui le parc national du Chobe). Il est notoire que des braconniers, venus de Namibie et de Zambie, fréquentent le Chobe. Pour lutter contre les activités des braconniers sur l'île, *depuis 1987* les forces de défense du Botswana ont maintenu une présence intermittente sur l'île.

Dans ces conditions, le fait de hisser le drapeau du Botswana et la construction de postes d'observation par l'armée botswanaise ont été le moyen de réaffirmer le titre et le besoin de maintenir l'ordre public dans le but pratique de protéger les animaux sauvages qui fréquentent l'île.

0 3 1 Quelques conclusions sur l'interprétation et l'application de l'accord anglo-allemand

Monsieur le président, je terminerai la tâche qui m'était assignée en revenant à l'accord anglo-allemand de 1890.

A cet égard, la démarche adoptée par nos contradicteurs namibiens au cours de ces audiences a été pour l'essentiel cohérente. Aussi bien dans ses écritures que dans ses plaidoiries, la Namibie a remplacé les dispositions de l'accord anglo-allemand par un vaste éventail de succédanés au rang desquels on trouve :

1. des études de laboratoire effectuées récemment aux Etats-Unis et mentionnées par M. Alexander (CR 99/2, p. 22),
2. l'invocation d'éléments scientifiques conjecturaux renforcés par l'insertion de flèches rouges sur des photographies ou diagrammes,
3. la large place accordée à des éléments non fluviaux, tout particulièrement l'arête du Chobe,
4. le grand intérêt porté à l'état de la rivière certains mois de l'année, notamment en mars, en avril et en mai,
5. l'accent mis sur les zones d'inondation plutôt que sur la situation normale du Chobe,
6. l'importance accordée à l'inversion de l'écoulement dans le Chobe,
7. la prééminence reconnue non aux points de vue des négociateurs mais aux opinions de MM. Alexander et Richards,
8. l'affirmation selon laquelle le Chobe, dans la zone qui nous intéresse n'a pas un cours normal et n'est pas une rivière pérenne, faits que les documents contredisent,
9. la prise continue de photographies sous des angles faussés et exagérés.

Monsieur le président, je voudrais formuler une autre observation supplémentaire.

Si l'on devait prendre au sérieux le concept du «chenal principal» adopté par la Namibie — que l'on peut voir, onglet n° 11, page 1, c'est le fameux diagramme 4 de la feuille 17 —, la plus grande partie de l'île cesserait d'exister et les nombreuses indications de l'île figurant sur des douzaines de cartes seraient d'une flagrante inexactitude.

Abstraction faite des substitutions opérées en ce qui concerne l'accord anglo-allemand, que je viens de mentionner, la thèse de la Namibie demeure fondée sur le double pilier de la preuve scientifique et du moyen tiré de la prescription.

032

J'ai déjà insisté sur le caractère central que revêt l'accord anglo-allemand dans la présente instance. Je terminerai maintenant mon exposé par quelques observations sur les dispositions de l'accord.

En tout premier lieu, quels étaient ses objets et ses buts ? Il ressort clairement des travaux préparatoires qu'il avait trois objets liés. Le premier était d'assurer à l'Allemagne un accès au Zambèze par la rivière.

Le deuxième était d'établir un tracé commode, c'est-à-dire une frontière politique.

Le troisième but, qui se rattachait aux autres, était de déterminer un tracé qui assurerait une égalité d'accès à la section navigable de la rivière. La solution à l'époque était d'utiliser le thalweg dont l'objet même était d'assurer un accès égal au chenal navigable.

Dans ce contexte, mon ancien étudiant et aujourd'hui collègue, M. Talmon, examinera le mécanisme précis des négociations et le rôle du thalweg dans les dispositions de l'accord anglo-allemand.

La notion qui relie les trois objets de l'accord est celle de la navigabilité.

«Il est admis depuis longtemps que lorsqu'un cours d'eau navigable constitue la frontière entre deux Etats, la ligne de partage suit le *thalweg* de ce cours d'eau. Le *thalweg*, comme l'indique l'origine du terme, est le chemin descendant ou la voie empruntée par les navires descendant le cours d'eau qui ont le plus fort tonnage. Il est fréquent, voire habituel, que cette voie corresponde au chenal le plus profond. Il peut toutefois en être autrement en raison de circonstances particulières. Quel que soit l'endroit par où elle passe, cette voie est nécessairement la principale artère empruntée pour le commerce et c'est pourquoi c'est elle qui détermine le *thalweg*.» [Traduction du Greffe.] (Les italiques sont de nous; *American Journal of International Law*, vol. 6 (1912), p. 902-903; contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 8).

Hyde n'est pas le seul auteur à insister sur le critère de la navigation et à faire état de l'usage par les navires de plus fort tonnage.

Tel était également l'avis de M. Lauterpacht dans l'article qu'il a publié en 1960. Selon M. Lauterpacht :

«Le terme *thalweg* utilisé [dans la disposition pertinente du traité] n'y est pas défini. C'est malheureux, car *thalweg* n'est pas un terme technique dont la signification ne saurait susciter aucun doute. D'ailleurs, comme l'a montré de Lapradelle, le terme a été utilisé à l'occasion pour décrire la ligne du courant principal du fleuve

033

habituellement suivie par le trafic descendant, la ligne des sondes les plus profondes dans le cours d'eau ou l'axe du chenal le plus sûr et le plus accessible aux navires de plus fort tonnage.» (*International and Comparative Law Quarterly*, vol. 9 (1960), p. 216-217.)

M. Elihu Lauterpacht se fonde sur Paul de Lapradelle, auteur français faisant autorité. Dans son ouvrage *La Frontière*, publié en 1928, de Lapradelle exprime l'opinion suivante :

«L'apparition du thalweg est généralement reportée au début du XIX^e siècle. Klüber et Bluntschli l'énoncent dans leurs ouvrages comme un procédé de délimitation récent. A la vérité, l'adoption du thalweg, et sa formule même, se rencontre dès la fin du XVII^e siècle. Au traité de Münster (1648) le thalweg du Rhin forme limite de souveraineté entre l'Alsace et l'Empire Germanique.

Adopté par la suite dans la plupart des traités de limites comme une clause de style, sa définition n'en est pas moins restée le plus souvent vague. Les expressions, si fréquentes jusque dans les traités contemporains, de «bras principal», «cours principal», «milieu du chenal principal», peuvent à l'occasion se révéler insuffisantes et peu précises.

Et de Lapradelle de poursuivre :

«Trois définitions du thalweg, successivement apparues, s'offrent, en l'absence de toute précision, pour l'interprétation des conventions.

Dans une définition *coutumière*, le thalweg est le chemin variable suivi par les bateliers qui descendent le cours du fleuve frontière. Cette définition est généralement adoptée, à l'époque où écrit Klüber (1819). Bluntschli (1868) l'introduit également dans son droit international codifié. Au cas de doute entre deux chemins, le critère de détermination sera obtenu par une comparaison des tonnages respectifs passant par chacun d'eux.

Dans une définition scientifique, le thalweg est déterminé à l'époque des basses eaux par la ligne des sondes les plus profondes, procédé qui semble le plus propre à résoudre ou éviter les contestations.»

Et de conclure en ces termes :

«Dans une définition technique, à tendance pragmatique, le thalweg est l'axe du chenal le plus sûr et le plus accessible aux navires les plus grands.» (Paul de Lapradelle, *La Frontière*, 1928, p. 202-203, sans les notes de bas de page.)

0 3 4

Ainsi donc, Monsieur le président, nous disposons de trois avis éminents, s'étageant sur une période de quarante-huit ans et émanant d'auteurs de renom de trois nationalités différentes. Et tous les trois insistent sur le cours suivi par les navires de plus fort tonnage en descendant le cours d'eau.

Il me faut dans ce contexte aborder un point subsidiaire. Nos éminents contradicteurs ont accordé une grande importance à la présence de bateaux de tourisme au voisinage de l'île. Le très faible tirant d'eau de ces bateaux fait qu'ils peuvent naviguer dans les deux chenaux. Leur mobilité ne saurait donc être un critère pour privilégier un chenal plutôt que l'autre. Comme le reconnaît la Namibie, les exploitants des bateaux ne se soucient pas de savoir où se trouve le chenal principal. Ce n'est pas ce qui les intéresse.

Le thalweg, tant dans la pratique des Etats en 1890 que de façon plus générale, est un instrument commode pour établir un tracé, une frontière réelle, se rattachant au cours d'eau lui-même et liée également à la tâche dont la Cour doit effectivement s'acquitter selon le compromis. En écoutant nos contradicteurs le deuxième jour du premier tour de plaidoiries, on aurait pu croire que le compromis avait prié la Cour de délimiter la frontière en amont du pont de Ngoma.

La position adoptée par le Gouvernement de la Namibie s'écarte de manière significative des objets de l'accord anglo-allemand et des intentions des négociateurs. Elle met également délibérément de côté la pratique suivie ultérieurement par les parties et leurs successeurs.

Monsieur le président, je vous remercie ainsi que la Cour de votre attention. M. Tafa, notre éminent agent, est à votre disposition.

035

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Brownlie. L'audience est suspendue pour quinze minutes.

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

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

M. Tafa : Je vous remercie, Monsieur le président.

L'ACCORD DE PRETORIA DE 1984 ET LE RAPPORT SUR LE LEVÉ COMMUN DE 1985

Introduction

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je voudrais exposer l'argumentation du Botswana relative à l'accord de Pretoria de 1984 et au rapport sur le levé commun de 1985.

2. A la fin de mon exposé, je m'efforcerai de répondre à la critique tardive et quelque peu boiteuse formulée à l'encontre des plaidoiries du Botswana par la République de Namibie.

3. Je qualifie cette critique de tardive parce que dans les documents qu'elle a soumis à la commission mixte d'experts techniques, la Namibie n'a nulle part cherché à dénigrer l'accord de Pretoria de 1984 et le levé commun de 1985. Dans son mémorandum du 2 février 1994 à la commission mixte, le Gouvernement de la Namibie a notamment déclaré (p. 2, par. 2) :

«Il sera peut-être utile de retracer brièvement l'histoire de l'île de Kasikili. Un rapport rédigé conjointement en 1948 par le Sud-Ouest africain et le protectorat du Bechuanaland et un levé commun effectué en 1985 par le Botswana et l'Afrique du Sud fournissent une confirmation factuelle de l'exploitation de l'île par les habitants du Caprivi depuis 1907 au moins.»

Il s'agit là d'un exemple manifeste de recours par la Namibie au rapport sur le levé commun de 1985, lequel a été effectué par des fonctionnaires de la République du Botswana et de l'Afrique du Sud.

4. En octobre 1984, les forces de défense du Botswana ont ouvert le feu sur des soldats sud-africains qui naviguaient sur un petit chenal du Chobe passant au sud de l'île de Kasikili/Sedudu. Trois soldats sud-africains ont été blessés et l'Afrique du Sud a allégué qu'ils avaient essuyé des coups de feu alors qu'ils se trouvaient du côté de la frontière appartenant au Sud-Ouest africain (maintenant la Namibie).

5. Avant d'engager des pourparlers avec les autorités sud-africaines au sujet de cet incident, le Botswana a envoyé une délégation à New York pour consulter l'Organisation des Nations Unies qui était en droit l'autorité chargée de la Namibie. Cette délégation a rencontré le président

du conseil des Nations Unies pour la Namibie, M. Paul Lusaka, le 27 novembre 1984 (le compte rendu de cette réunion fait l'objet de l'annexe 42 au mémoire du Botswana, vol. III). La délégation du Botswana se composait de M. M. D. Mokama, *attorney general*, M. G. G. Garebamoto, secrétaire aux affaires extérieures et de M. L. J. M. J. Legwaila, représentant permanent auprès de l'Organisation des Nations Unies. M. Mokama a rappelé que le Botswana avait dans le passé évité de s'entretenir de la Namibie sans consultation préalable du conseil des Nations Unies pour la Namibie.

6. En réponse, M. Lusaka a remercié la délégation du Botswana d'associer le conseil des Nations Unies pour la Namibie aux affaires concernant celle-ci. Tout en indiquant que le conseil était bien disposé envers le Botswana, M. Lusaka a dit qu'il consulterait ses membres avant de répondre. La délégation du Botswana a laissé les cartes sud-africaines et les cartes botswanaises à M. Lusaka pour lui permettre de s'y reporter aisément.

7. La délégation du Botswana a également rencontré des responsables de la South West Africa People's Organization (SWAPO) (le compte rendu de la réunion fait l'objet de l'annexe 41 au mémoire du Botswana, vol. III). La délégation de la SWAPO se composait d'Andimba Toivo Ja Toivo, secrétaire général, Peter Mueshihange, secrétaire aux affaires extérieures, et Theo-Ben Gurirab, observateur permanent auprès de l'Organisation des Nations Unies. Soit dit en passant, M. Theo-Ben Gurirab est actuellement ministre des affaires étrangères de la Namibie. M. Garebamoto a indiqué que, au cours du sommet de l'Organisation de l'unité africaine tenu à Addis-Abeba du 12 au 15 novembre 1984, la ministre des affaires extérieures du Botswana, Mme Chiepe, avait rencontré M. Sam Nujoma, président de la SWAPO et actuel président de la République de Namibie, et l'avait informé du différend entre le Botswana et l'Afrique du Sud au sujet de la frontière entre le Botswana et la Namibie. Elle a expliqué qu'une délégation du Botswana se rendrait à New York pour consulter la SWAPO et le conseil pour la Namibie avant de rencontrer des Sud-Africains pour discuter du problème de frontière.

8. M. Nujoma a fait observer que c'est le «chenal principal» d'un cours d'eau qui est considéré au niveau international comme la frontière. M. Toivo a ajouté que la SWAPO, en tant que parti et mouvement de libération, n'avait pas compétence pour les questions de frontière. Il a demandé si le président du conseil des Nations Unies pour la Namibie avait été consulté sur cette question.

037

M. Mokama a confirmé que cela avait été fait. M. Toivo a donc convenu que le Botswana pouvait engager des pourparlers avec les Sud-Africains sur la question de la frontière. Les participants à la réunion se sont ensuite entretenus d'autres questions non liées à la frontière. Enfin, les cartes botswanaises et sud-africaines en cause ont été remises à la délégation de la SWAPO pour son information et ses archives. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a également été avisé par le bureau de son représentant spécial pour la Namibie de l'intention du Botswana d'engager des conversations avec l'Afrique du Sud (réplique de la Namibie, annexe 6, note d'information).

9. A son dixième sommet, en 1973, l'Organisation de l'unité africaine a accordé à certains mouvements nationaux de libération, dont la SWAPO, un statut leur permettant de se faire représenter à ses réunions. La position de la SWAPO vis-à-vis du Sud-Ouest africain — maintenant la Namibie — était donc que la SWAPO était reconnue comme déléguée par le peuple du Sud-Ouest africain pour lutter en son nom afin d'obtenir le droit à l'autodétermination. Or, la SWAPO ne s'est pas opposée à l'intention du Botswana d'engager des pourparlers avec l'Afrique du Sud au sujet du différend frontalier autour de l'île de Kasikili/Sedudu. L'approbation du commissaire des Nations Unies pour la Namibie a également été obtenue (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 43).

10. Une réunion a ensuite été organisée par les délégations du Botswana et de l'Afrique du Sud. Elle s'est tenue à Pretoria le 19 décembre 1984. La délégation du Botswana se composait de M. Mokama, *attorney general*, M. G. G. Garebamono, secrétaire aux affaires extérieures, le colonel Rankhudu, des forces de défense botswanaises, et M. J. A. Raffle, du ministère du cadastre et de l'aménagement du territoire.

11. La délégation sud-africaine se composait de M. A. S. Maree (affaires étrangères, président), M. W. Hugo (affaires étrangères), M. D. W. Steward (affaires étrangères), M. J. Rautenbach (département juridique), M. J. F. Kirsten (affaires étrangères), M. E. Fitschen (travaux publics et aménagement du territoire), du général de brigade J. A. Klopper (forces de défense sud-africaines), du général de brigade G. Nel (forces de défense sud-africaines), du général de brigade A. N. Heur (police sud-africaine) et du lieutenant-colonel G. J. Richter (police sud-africaine).

0 3 8 12. Au cours de la réunion, il a été découvert que les cartes utilisées par les Sud-Africains figuraient l'île de Kasikili/Sedudu du côté Sud-Ouest africain de la frontière parce qu'elles postulaient que le chenal sud du cours d'eau constituait celle-ci. Sur les cartes utilisées par le Botswana, le chenal principal, celui du nord-ouest, était indiqué comme frontière.

13. M. Mokama a déclaré que le Botswana ne souhaitait pas agrandir son territoire et que le contexte historique de la frontière était bien documenté et fondé sur l'accord anglo-allemand de 1890. Il a ensuite indiqué que la question du thalweg et de la navigation ainsi que l'idée initiale du comte von Caprivi d'un accès à l'océan Indien par le cours d'eau devaient être prises en considération. M. Mokama a déclaré que le «segment principal» passait au nord de l'île de Kasikili/Sedudu (le compte rendu de cette réunion fait l'objet de l'annexe 44 au mémoire du Botswana).

14. M. Fitschen a dit que sa direction avait coopéré étroitement avec le ministère du cadastre et de l'aménagement du territoire du Botswana au sujet des questions concernant la frontière commune et qu'une excellente relation de travail s'était instaurée en raison du haut niveau de professionnalisme dont on avait fait preuve de part et d'autre. Il a indiqué ensuite que les frontières fluviales pouvaient changer et que cela posait des problèmes d'ordre technique.

15. M. Rautenbach a exprimé l'opinion que le problème de l'île devait d'abord être étudié et que des instructions devaient être données pour qu'un levé puisse être effectué ultérieurement. M. Raffle, secondé de façon très compétente par M. Kirsten, a montré la feuille en cause de la carte

du Botswana à l'échelle de 1/50.000 ainsi que des photographies aériennes de l'île datant de 1925, 1972 et 1981. M. Garebamoto a proposé d'examiner les cartes pour se rendre compte du problème en question. La réunion a été suspendue pour permettre aux participants d'étudier les documents, après quoi les délégués de l'Afrique du Sud ont semblé avoir compris ce qu'il en était réellement — autrement dit que la frontière se trouvait dans le chenal nord.

16. Les participants ont convenu qu'un levé commun devait être effectué d'urgence pour déterminer si le «chenal principal» du Chobe passait au nord ou au sud de l'île de Kasikili/Sedudu. Il a en outre été décidé que des fonctionnaires du ministère du cadastre et de l'aménagement du territoire du Botswana et de la direction principale du cadastre et de la cartographie d'Afrique du Sud prendraient dès que possible des dispositions pour ce levé.

0 3 9

17. Dans une note datée du 6 février 1985 (n° 18 EA.6/4 VII (94) A) (mémoire du Botswana, III, annexe 47), le ministère des affaires extérieures de la République du Botswana a accusé réception de la note du ministère des affaires étrangères de la République d'Afrique du Sud (n° 87/5, 1/160/3/1) datée du 28 janvier 1985 (mémoire du Botswana, III, annexe 45), sous couvert de laquelle était adressé un compte rendu succinct de la réunion tenue entre les représentants du Gouvernement du Botswana et ceux du Gouvernement de l'Afrique du Sud le 19 décembre 1984 à Pretoria pour discuter de la frontière dans la zone du Chobe. Le ministère des affaires extérieures du Botswana a indiqué que le compte rendu était exact dans l'ensemble mais que, du fait de sa brièveté, il omettait certains détails essentiels comme les renvois aux cartes et aux photographies aériennes apportées à la réunion par la délégation du Botswana et utilisées au cours des entretiens.

Le caractère juridique de l'accord de Pretoria de 1984

18. L'accord intergouvernemental conclu à Pretoria le 19 décembre 1984 constitue un accord entre les parties relatif à l'application des dispositions de l'accord anglo-allemand de 1890.

19. Les preuves du caractère juridique de l'accord de Pretoria procèdent de toute une série de documents et de déductions tirées des circonstances.

19.1. Si cet accord intergouvernemental ne figure pas dans un instrument unique, il résulte clairement d'une série de négociations, notamment la réunion de Pretoria du 19 décembre 1984. Le compte rendu de cette réunion est disponible en deux versions, rédigées respectivement au Botswana et à Pretoria. Il ne constitue pas en soi un accord mais apporte la preuve qu'un accord intergouvernemental a été conclu. Les deux versions du compte rendu fournissent indiscutablement la preuve d'un accord pour effectuer un levé commun afin de déterminer le chenal principal du Chobe.

19.2. La réunion a eu lieu au ministère des affaires étrangères avec la participation de deux délégations de haut niveau. Elles comprenaient toutes deux un juriste de rang élevé, ce qui est très significatif aux fins actuellement considérées. La délégation du Botswana comprenait l'*Attorney General* de la République.

19.3. Comme le compte rendu le montre, la réunion de Pretoria était axée sur la question du chenal principal du Chobe. Dans son allocution liminaire, M. Maree a indiqué qu'«il fallait
0 4 0 maintenant examiner» cette question. En réponse, M. Mokama, pour le Botswana, a abordé le même point, à savoir la détermination du chenal principal au voisinage de l'île de Kasikili/Sedudu.

19.4. Le texte du rapport sur le levé commun comprend le passage suivant sous le titre «Compétence pour l'étude» :

«La réunion intergouvernementale tenue à Pretoria le 19 décembre 1984 a décidé qu'une étude conjointe serait réalisée afin de déterminer si le segment principal de la rivière Chobe se situe au nord ou au sud de l'île Sidudu/Kasikili. Des représentants des deux organisations nationales d'étude accompagnés par des collègues du département des affaires fluviales se sont maintenant rendus à l'endroit en question pour inspecter le «thalweg» aux abords de l'île. Une référence spéciale est d'ailleurs faite au thalweg dans l'accord de 1890 entre l'Angleterre et l'Allemagne.» (Mémoire du Botswana, annexe 48, p. 386-387; trad. fr., p. 386.)

Ce passage confirme qu'une réunion intergouvernementale a eu lieu et «a décidé» qu'un levé commun serait effectué dans un but directement lié à l'application des dispositions de l'accord anglo-allemand de 1890.

19.5. Après l'incident ayant donné lieu à la réunion de Pretoria, le Gouvernement du Botswana a immédiatement adopté une perspective juridique correcte. Le problème posé concernait une frontière et il était donc nécessaire de consulter avant de se mettre en rapport avec les autorités sud-africaines.

20. Il en a résulté une réunion de haut niveau à New York entre une délégation du Botswana et une délégation de la SWAPO qui comprenait M. Gurirab, observateur permanent auprès de l'Organisation des Nations Unies. Le compte rendu de cette réunion, à laquelle a participé l'*attorney general* du Botswana, révèle le caractère juridique des problèmes discutés.

21. Au cours de la même période, la délégation du Botswana a également consulté le président du conseil des Nations Unies pour la Namibie et M. Mishra, commissaire des Nations Unies pour la Namibie.

22. Ces diverses considérations, Monsieur le président, ne laissent aucune possibilité de douter que la réunion de Pretoria a débouché sur un accord intergouvernemental obligatoire concernant une question juridique et conclu avec la participation de juristes de haut niveau. Les parties comptaient manifestement aboutir à l'issue de leurs discussions à un résultat ayant un effet juridique et donc contraignant. De fait, l'accord a été mis en œuvre. Le levé commun a été effectué. De plus, ni le Botswana ni l'Afrique du Sud n'ont, logiquement eu égard au caractère obligatoire de ces décisions, cherché à contester la validité du rapport sur le levé commun.

23. Il est donc incontestable qu'avant d'engager des discussions avec l'Afrique du Sud sur l'incident de 1984, le Botswana a pleinement consulté toutes les parties prenantes de l'époque, à savoir le conseil des Nations Unies pour la Namibie, la commission des Nations Unies pour la Namibie, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et la SWAPO.

La convention de Vienne sur le droit des traités

24. Monsieur le Président, Madame et Messieurs de la Cour, le paragraphe 3 a) de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités exprime une règle de droit international coutumier, lorsqu'il énonce la règle générale d'interprétation suivante :

«3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

- a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions.»

25. Monsieur le président, le Gouvernement du Botswana considère l'accord intergouvernemental conclu à Pretoria comme un «accord ... intervenu entre les parties au sujet de ... l'application» des dispositions de l'accord anglo-allemand. Les principes du droit international général ne requièrent aucune formalité particulière pour la conclusion d'un accord international. Le seul critère est l'intention des parties de conclure un accord contraignant, qui peut être déduite des circonstances.

Le rapport sur le levé commun du 5 juillet 1985

26. Le rapport sur le levé commun a été mis au point sous sa forme finale le 5 juillet 1985 (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 48). Il a confirmé que le chenal principal passait au nord de Kasikili/Sedudu et donc que l'île se situait du côté botswanais de la frontière. A aucun moment par la suite, le Gouvernement sud-africain n'a contesté la validité de ce rapport. Le rapport sur le levé commun est lui-même un instrument intergouvernemental. Il a été signé par M. Fitschen «pour le directeur du service topographique de la République d'Afrique du Sud» et par M. Raffle «pour le directeur de la cartographie et de l'aménagement du territoire de la République du Botswana». Les deux équipes de géomètres se sont acquittées du mandat qui leur avait été confié par l'accord **042** de Pretoria du 19 décembre 1984. Au sein de ces équipes, les deux groupes nationaux étaient dirigés par des géomètres dont le rang officiel était équivalent à celui de secrétaire permanent adjoint. Comme il ressort clairement de la note du Botswana du 4 novembre 1985 (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 50), le Gouvernement du Botswana considérait que l'Afrique du Sud était liée par le rapport sur le levé commun.

27. Indépendamment de son statut d'instrument intergouvernemental résultant de l'accord de Pretoria, le rapport sur le levé commun revêt une importance sur le plan juridique. En effet, il constitue un élément de preuve en tant qu'opinion d'experts sur la question essentielle en fait et en droit, à savoir la détermination du chenal principal du Chobe à proximité de l'île de Kasikili/Sedudu.

28. Au cours d'une réunion à un niveau élevé entre les Gouvernements du Botswana et de l'Afrique du Sud, qui s'est tenue à Gaborone le 13 octobre 1986, la délégation botswanaise a fait valoir qu'il n'était pas nécessaire de poursuivre les négociations puisque le rapport intergouvernemental commun «a[vait] confirmé son point de vue selon lequel l'île fait partie du Botswana» (contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 37). A la suite de cette réunion et compte tenu des attermolements constants de l'Afrique du Sud, le Botswana a informé cette dernière, le 22 octobre 1986, qu'il avait repris possession de l'île, étant donné que l'accord de Pretoria et le levé commun avaient confirmé les droits du Botswana, droits que le Gouvernement britannique avait affirmés dans sa correspondance avec le Gouvernement de l'Afrique du Sud, entre 1948 et 1951.

29. Monsieur le président, vous vous souviendrez que, comme M. Brownlie l'avait fait observer avant la pause, le Gouvernement du Botswana a exprimé son point de vue en ces termes :

«Pula [ce qui signifie le Gouvernement du Botswana] a l'honneur de se référer aux discussions tenues le 13 octobre 1986 à Gaborone entre des fonctionnaires des ministères des affaires étrangères des deux parties, et en particulier à la question de l'île de Sidudu/Kasikili dans la République du Botswana.

On se souviendra que la partie botswanaise a considéré que l'île de Sidudu/Kasikili faisait partie du territoire du Botswana, comme cela a été confirmé par l'équipe d'experts Botswana/Afrique du Sud qui a remis le rapport sur le levé commun aux deux gouvernements en juillet 1985. Pula souhaite informer Secextern [*Secretary, External Affairs* : secrétaire d'Etat aux affaires étrangères] que le Gouvernement du Botswana a depuis lors occupé l'île de Sidudu/Kasikili et attend du Gouvernement de l'Afrique du Sud qu'il respecte la souveraineté et l'intégrité territoriale de la République du Botswana à l'égard de l'île.» (Contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 52.)

Il y a lieu de relever ici, à ce stade, que le Botswana se contentait d'affirmer son droit à exercer sa souveraineté puisque l'île faisait déjà partie du parc national du Chobe.

043

30. Le Gouvernement sud-africain a alors répondu dans les termes suivants, le 17 novembre 1986 :

«Secextern a l'honneur d'accuser réception du télex n° 164 que lui a envoyé Pula le 22 octobre 1986 au sujet de la frontière sur le Chobe à proximité de l'île de Sidudu/Kasikili.

«Secextern tient à faire connaître à Pula ce qui suit :

- La question frontalière relative à Sidudu/Kasikili concerne la frontière internationale entre le Botswana et le Sud-Ouest africain/la Namibie;
- Selon le droit international, ces affaires devraient faire l'objet de discussions entre les deux pays intéressés. Aussi est-il proposé que le Gouvernement botswanais entreprenne des démarches auprès du cabinet du Sud-Ouest africain/Namibie pour régler comme il se doit la question dont il s'agit.»
- A défaut, le Gouvernement de l'Afrique du Sud souhaiterait organiser une réunion à laquelle seraient représentés le Botswana, le Sud-Ouest africain/Namibie et l'Afrique du Sud et où la question en cause pourrait être mise au point.

Secextern serait reconnaissant au Gouvernement du Botswana de considérer sérieusement cette proposition et préférerait que cette question depuis longtemps pendante soit résolue dès que possible.» (Mémoire du Botswana, vol. III, annexe 53)

31. Ce raisonnement est dénué de fondement. Premièrement, le Botswana avait eu soin de consulter le Conseil des Nations Unies pour la Namibie et la SWAPO (South West African People's Organization) avant d'engager des pourparlers avec l'Afrique du Sud. Il avait également obtenu l'approbation du commissaire des Nations Unies pour la Namibie. Deuxièmement, le Gouvernement sud-africain était juridiquement lié par l'accord de Pretoria du 19 décembre 1984 et par la conclusion du rapport sur le levé commun. Le Gouvernement du Botswana continue de se fonder sur la validité juridique de ces instruments intergouvernementaux.

La réponse de la Namibie aux conclusions du botswana

32. Dans le volume I de son contre-mémoire, la Namibie déploie des efforts considérables pour s'attaquer à la portée juridique des négociations qui se sont déroulées entre le Botswana et l'Afrique du Sud pendant la période de 1984 à 1986 (contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 49-60). Cette attaque revêt trois formes :

32.1. premièrement, dit-on, ni le Botswana, ni l'Afrique du Sud n'avaient en droit le pouvoir de conclure un accord relatif à la frontière;

32.2. l'accord de Pretoria ne constituait pas un accord juridiquement obligatoire; et

044

32.3. le rapport du levé conjoint ne mérite aucun poids en tant qu'opinion d'experts.

33. La Namibie soutient donc que les discussions de 1984 à 1986 ne pouvaient pas avoir abouti à un accord international obligatoire. Elle argue qu'à l'époque de ces discussions, ni l'Afrique du Sud, ni le Botswana n'avaient en droit la capacité de s'engager dans des relations conventionnelles relatives à la Namibie. L'Assemblée générale des Nations Unies, soutient la Namibie, avait mis fin au mandat sur le Sud-Ouest africain en 1966 et l'Afrique du Sud n'avait donc plus aucun droit d'administrer le territoire, ni de contracter des obligations conventionnelles au nom de la Namibie. De plus, le Conseil de sécurité avait décidé que la présence de l'Afrique du Sud en Namibie était illégale et déclaré que toutes les mesures prises par l'Afrique du Sud au nom de la Namibie ou en ce qui la concernait après la fin du mandat étaient illicites et nulles.

34. La Namibie soutient en outre que la réunion tenue à New York entre la délégation du Botswana, des responsables des Nations Unies et la SWAPO était une réunion d'information et que les discussions ont eu pour l'essentiel un caractère politique et étaient axées sur des questions de sécurité. Elles avaient pour but, continue l'argumentation, de prévenir la répétition des incidents frontaliers le long du Chobe.

Les aspects fallacieux de l'argumentation de la Namibie

35. Le premier argument de la Namibie est que ni le Botswana ni l'Afrique du Sud n'avaient en droit le pouvoir de conclure un accord relatif à la frontière (contre-mémoire de la Namibie, p. 49-55, par. 109-125). Dans le cas de l'Afrique du Sud, la Namibie invoque le caractère illicite de la présence sud-africaine en Namibie après l'achèvement du mandat en 1966. Dans le cas du Botswana, la Namibie invoque l'avis consultatif de la Cour rendu à propos de l'ONU et de la Namibie, ainsi que la résolution subséquente du Conseil de sécurité. Le Gouvernement du Botswana a été sensible aux problèmes des négociations avec l'Afrique du Sud et c'est pourquoi une

délégation du Botswana a tenu trois réunions à New York, avec le président du conseil des Nations Unies pour la Namibie, le secrétaire général de la SWAPO et le commissaire des Nations Unies pour la Namibie respectivement.

36. La situation en droit est déterminée par deux propositions :

Premièrement : le but et la teneur des négociations entre le Botswana et l'Afrique du Sud n'étaient ni illicites, ni contraires à l'ordre public.

045

Deuxièmement : le Gouvernement de la Namibie a avalisé les négociations de 1984 et 1985.

La preuve de l'aval des négociations de 1984 et 1985 par la Namibie est la suivante :

- i) rien n'indique qu'un quelconque responsable de la SWAPO ou du conseil des Nations Unies pour la Namibie, ou le commissaire des Nations Unies pour la Namibie lui-même, ait exprimé par la suite aucune plainte ou réserve au sujet de ces négociations;
- ii) le Gouvernement de la Namibie a expressément avalisé les négociations de 1984 et 1985 dans les documents suivants :
 - le premier est un mémorandum soumis à la commission mixte d'experts techniques à propos du différend frontalier entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu (1994, p. 34-35; cité dans le contre-mémoire du Botswana, p. 61, par. 159). (Le rapport du levé conjoint est inclus comme l'annexe 11 du mémorandum.);
 - le deuxième est un mémorandum supplémentaire présenté à la commission mixte d'experts techniques (1994, p. 22-27, 31);
 - le troisième est un mémoire de la République de Namibie (vol. I, 28 février 1997, p. 116-117, par. 284-286);
 - enfin, le mémoire de la République de Namibie (vol. VI, première partie, p. 30-32, par. 11.1-11.8).

37. D'après ces éléments de preuve, le Gouvernement de la Namibie a adopté les instruments dont il s'agit pendant la période allant du 31 janvier 1994 (c'est-à-dire la date des premiers exposés écrits présentés à la commission mixte d'experts techniques) au 28 février 1997, dans le cadre de

procédures juridiques, d'abord devant la commission mixte d'experts techniques et ensuite devant la Cour. Ce n'est qu'au stade du contre-mémoire, déposé le 28 novembre 1997, que la Namibie a soulevé la question de l'invalidité (même s'il y est fait allusion dans le mémoire de la Namibie, p. 116, par. 285). De plus, à la page 115, paragraphe 282 du mémoire de la Namibie, d'autres négociations officielles avec l'Afrique du Sud de la période de 1974 à 1984 sont invoquées sans réserve.

38. Le Gouvernement de la Namibie est tenu par son acceptation expresse de la validité et de l'opposabilité des négociations impliquant l'Afrique du Sud. La décision de la Cour dans l'affaire ¶ 46 de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne* peut aider à ce propos. La contestation de la validité de la sentence par le Nicaragua n'a pas été accueillie. Comme la Cour l'a expliqué :

«De l'avis de la Cour, le Nicaragua a, par ses déclarations expresses et par son comportement, reconnu le caractère valable de la sentence et il n'est plus en droit de revenir sur cette reconnaissance pour contester la validité de la sentence. Le fait que le Nicaragua n'ait émis de doute quant à la validité de la sentence que plusieurs années après avoir pris connaissance de son texte complet confirme la conclusion à laquelle la Cour est parvenue.» (*C.I.J. Recueil 1960*, p. 213.)

39. Les principes en cause sont pour l'essentiel ceux du consentement (ou de la reconnaissance) et de la bonne foi (l'exigence de la cohérence, ainsi que l'exclusion de l'acte d'approuver et réprouver). Le principe général a été développé par sir Hersch Lauterpacht dans son ouvrage classique : *The Development of International Law by the International Court*, publié en 1958. Selon sir Hersch :

«Peu importe qu'en déclarant que les parties sont tenues par leur propre comportement la Cour se serve ou non de la terminologie de la doctrine de l'*estoppel*. Cela s'applique, par exemple, aux affaires dans lesquelles la Cour se déclare compétente à cause du comportement des parties, ou quand elle interprète un texte juridique par référence aux déclarations du gouvernement dont il s'agit. Ainsi, dans l'avis consultatif sur le *Statut international du Sud-Ouest africain*, la Cour a-t-elle décidé que certaines déclarations faites par le Gouvernement de l'Union sud-africaine constituaient, de sa part, la reconnaissance de son obligation de se soumettre à une supervision continue conformément au mandat et non pas simplement l'indication de son comportement futur. La Cour a déclaré : «L'interprétation d'instruments juridiques donnée par les parties elles-mêmes si elle n'est pas concluante pour en déterminer le sens, jouit néanmoins d'une grande valeur probante quand cette interprétation contient la reconnaissance par l'une des parties de ses obligations en vertu d'un instrument.» C'est une question d'insistance relative de savoir si l'insistance sur la conduite des

parties à un traité après sa conclusion doit être envisagée du point de vue de la doctrine de l'*estoppel*, qui empêche une partie d'alléguer une interprétation incompatible avec son propre comportement, si elle est considérée comme un facteur légitime dans le processus d'interprétation en ce sens que la conduite ultérieure fait la lumière sur ce qu'étaient les intentions des parties lors de la conclusion du traité. Les deux constituent, sur le fond, un principe général de droit.» (P. 170 sans les notes.)

40. Ce raisonnement présente une forte analogie avec la position de la Namibie en tant qu'Etat successeur de l'Afrique du Sud. De façon plus générale, la position de la Namibie est plus contradictoire étant donné que les actes du Gouvernement sud-africain (allégués à propos de l'île de Kasikili/Sedudu) ont été invoqués avec insistance par le Gouvernement de la Namibie comme un élément de son argumentation qui se fonde sur une prétendue possession contraire.

047

40.1. La Namibie allègue ensuite, en ce qui concerne les négociations de 1984 à 1985 que l'accord de Pretoria du 19 décembre 1984 ne constituait pas un accord obligatoire (contre-mémoire de la Namibie, p. 55-59, par. 126-135). Le Gouvernement de la Namibie semble croire que «la décision de faire un levé du chenal principal» était sans importance (*ibid.*, p. 56, par. 127). C'est là une position excentrique, pour le moins. La détermination du chenal principal se trouve au centre du différend, comme le démontrent les exposés de la Namibie elle-même. Il est vraiment étrange que la Namibie témoigne tant d'hostilité à l'égard de toute recherche sur le dossier historique qui concerne l'exploration effective du Chobe, que ce soit par Eason ou par Trollope et Redman, ou par le levé intergouvernemental de 1985. L'accord intergouvernemental de 1984 constituait un effort sérieux pour régler le différend relatif à l'interprétation et à l'application de l'accord anglo-allemand, comme les documents l'indiquent clairement. La Namibie ne fait aucun effort sérieux pour contredire la proposition selon laquelle la forme d'un accord n'est pas une condition de sa validité en droit. Quant à la capacité juridique des deux délégations, la Namibie invoque l'article 7 de la convention de Vienne sur le droit des traités, mais n'explique pas pourquoi il devrait s'appliquer. L'article 3 de la convention déclare que la convention «ne s'applique [pas] ... aux accords internationaux qui n'ont pas été conclus par écrit...»

L'article 11 de la convention précise toutefois :

«Une succession d'Etats ne porte pas atteinte en tant que telle :

- a) à une frontière établie par un traité; ni
- b) aux obligations et droits établis par un traité et se rapportant au régime d'une frontière.»

45. En adoptant cette position, les rédacteurs de la convention souscrivaient en fait à la doctrine de la table rase en matière de succession d'Etats au détriment de la doctrine rivale de la dévolution absolue, tout en reconnaissant que les traités frontaliers constituaient une exception à cette règle générale de non-dévolution. Cette conception répond à la nécessité de préserver la stabilité et la continuité des frontières en tant que condition essentielle applicable en droit international, comme en témoigne le principe reconnu du respect de l'intégrité territoriale des Etats. Certes, l'Organisation des Nations Unies et les responsables de la SWAPO n'ont pas autorisé le Botswana à conclure avec l'Afrique du Sud un traité modifiant les frontières de la Namibie, mais l'accord intergouvernemental de 1984 représente une interprétation de l'accord anglo-allemand de 1890 préexistant, et non un nouveau traité frontalier.

45.1. Par ailleurs, le levé commun de 1985 lie la Namibie du fait qu'il comporte une interprétation et une application de l'accord anglo-allemand de 1890.

46. L'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités dispose : «Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.»

47. L'article III de l'accord anglo-allemand de 1890 stipule en ce qui concerne la frontière entre le Sud-Ouest africain (Namibie) et le protectorat du Bechuanaland (Botswana) ce qui suit :

«Dans le Sud-Ouest africain, la sphère d'influence réservée à l'Allemagne est délimitée comme suit :

.....

0 5 0

2. A l'est, par une ligne qui part du point d'intersection susmentionné [le point d'intersection entre la rive nord du fleuve Orange et le 20° degré de longitude est] et suit le 20° degré de longitude est jusqu'à son intersection avec le 22° parallèle de latitude sud, suit ce parallèle vers l'est jusqu'à son intersection avec le 21° degré de

longitude est; puis suit ce méridien vers le nord jusqu'à son intersection avec le 18^e parallèle de latitude sud; suit ce parallèle vers l'est jusqu'au Chobe, et suit le centre du chenal principal de cette rivière jusqu'à son confluent avec le Zambèze, où elle s'arrête.»

48. Il convient d'interpréter les dispositions du paragraphe 2 de l'article III de l'accord de 1890 à la lumière de ce qui était alors la préoccupation majeure des deux parties à l'accord. L'objet et le but pertinents de ce dernier étaient de faire en sorte que les Etats riverains aient accès aux voies fluviales et, en particulier, aux tronçons navigables des principaux cours d'eau frontaliers de la région. En cas de doute, le chenal qui doit être considéré comme le «chenal principal» est celui qui se prête à la navigation de préférence à tout autre chenal susceptible d'être retenu.

49. Le rapport sur le levé commun représente une opinion d'experts sur la principale question de droit et de fait, à savoir la localisation du «chenal principal» du Chobe au voisinage de l'île de Kasikili/Sedudu. La position du Gouvernement du Botswana est par conséquent que le chenal principal au voisinage de l'île de Kasikili/Sedudu est le chenal ouest et nord, étant entendu que la navigabilité constitue le principal critère à cet égard. A défaut de preuves contraires, il y a lieu de présumer que ce chenal était aussi le chenal principal à l'époque de la conclusion de l'accord anglo-allemand.

Conclusion

50. En conclusion, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, l'accord de Pretoria de 1984 constitue un instrument intergouvernemental juridiquement contraignant entre les parties. Cet accord a été dûment appliqué au moyen du levé commun et du rapport auquel ce dernier a donné lieu en 1985. Les dispositions du paragraphe 2 de l'article III de l'accord anglo-allemand de 1890 doivent être interprétées à la lumière des principales préoccupations des deux parties à l'accord (c'est-à-dire l'accès aux voies fluviales et le problème général de la navigation). Conformément à l'objet et au but de l'accord anglo-allemand, le chenal principal est le chenal navigable en toute période, c'est-à-dire à l'heure actuelle le chenal ouest et nord, de sorte que l'île fait partie du territoire du Botswana. De plus, outre qu'il s'agit d'un instrument

051 intergouvernemental ayant force obligatoire, le rapport sur le levé commun constitue une opinion d'experts sur la question centrale, à savoir la localisation du chenal principal.

51. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, ainsi s'achève mon exposé devant la Cour au sujet de l'accord de Pretoria de 1984 et du rapport sur le levé commun de 1985. Je vous remercie.

Le PRESIDENT : Merci beaucoup, M. Tafa. Nous voici donc parvenus au terme des plaidoiries de ce matin ?

M. Tafa : En effet, Monsieur le président.

Le PRESIDENT : La Cour reprendra ses audiences demain matin.

L'audience est levée à 12 h 45.
