

CR 99/9

International Court
of Justice

THE HAGUE

Cour internationale
de Justice

LA HAYE

YEAR 1999

Public sitting

held on Thursday 25 February 1999, at 10 a.m., at the Peace Palace,

President Schwebel presiding

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

VERBATIM RECORD

ANNEE 1999

Audience publique

tenue le jeudi 25 février 1999, à 10 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de M. Schwebel, président

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

COMPTE RENDU

Present:

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

Deputy-Registrar Arnaldez

Présents :

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

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

Ms. Tonya Putnam, Harvard Law School,

as Counsel and Advisers;

Mr. Peter Clark, Former Chief Map Research Officer, Ministry of Defence, United Kingdom,

as Technical Adviser;

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,

Mr. Peter Denk, Reporter,

Mr. Muyenga Muyenga, Reporter,

as Information Advisers.

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,

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,

comme conseils et conseillers;

M. Peter Clark, ancien chef de la division de la recherche cartographique au ministère de la défense du Royaume-Uni;

comme conseiller technique,

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,

M. Peter Denk, journaliste,

M. Muyenga Muyenga, journaliste,

comme conseillers pour l'information.

The PRESIDENT: Please be seated. Lady Fox.

Lady FOX:

III. A SELECTION OF MAPS

1. Mr. President, distinguished Members of the Court, in this third section — the shortest of this oral submission — I propose to address the Court in respect of five maps, to enable the Court to evaluate Namibia's case relating to the map evidence.

2. Both Parties have categorized the maps by reference to the country which produced them, and have set them out in chronological order. Following this scheme, my selection will include:

- one map prepared by the German colonial authorities — the von Frankenberg map of 1912;
- two British maps — the 1965 Ordnance Survey map and the 1968 Joint Operations Graphic map; and
- two South African maps, the JARIC (which appears in two editions, 1978 and 1982), and the Military Intelligence map of 1984.

A complete list of the maps relied upon by Botswana, with references to the relevant atlases, can be found in the judges' folder at tab 27.

3. On all these five maps, the northern channel is depicted as the main channel, in accordance with Article III of the Anglo-German Agreement; in the von Frankenberg map the northern channel is depicted as the course of the Chobe, with the southern channel separately labelled as a side channel or a side branch. In the British and South African maps the boundary line is clearly drawn, in conformity with Article III, along the centre of the Chobe River, and at the bifurcation it is clearly depicted by a line drawn along the centre of the northern channel.

4. A selection of maps

I now will turn to consider my selection of maps.

The 1912 von Frankenberg map

The first map, issued in 1912, is the von Frankenberg map of the Caprivi Strip, Blatt 1 at a scale of 1:100,000. It is to be found in the Botswana Supplementary Atlas, map 5 and reproduced at Botswana Counter-Memorial, page 233. It is also to be found at tab 28 in the judges' folder.

5. The first fact of relevance to note is that this map was produced on the basis of a survey and with the authority of the German District Chief and Resident in the Eastern Caprivi. As von Frankenberg himself informed the Resident Commissioner of Ngamiland, he held "the full qualifications and licence as a Cape land surveyor"¹. His map clearly depicts the state of knowledge and information available to the German colonial authorities in 1912. His map is to be contrasted with that of Seiner of 1909, who did not personally visit the Island and who, in his map, adopted the unsurveyed line of the northern channel, which Bradshaw in his 1880 sketch map had indicated by a pecked line.

6. The second fact to note is the scale of this map, which permits the inclusion of topographical detail and the location and labelling of a fair amount of human activity. A considerable number of place and feature names are written in, but no boundary between German and British territory is depicted. Namibia argues that localities named indicate their inclusion within German territory. But observation of the map shows this to be incorrect, with "Engl. Station", "Kazungula" and other place-names east of the Zambezi entered on the map. Consequently, no inference as to the boundary can be drawn from the territory in which the labelling of settlements is placed.

7. Of particular interest is the naming of villages or settlements by reference to the tribal chief or headman; where the Chief lives and has his kraal or cattle pound is named "kraal". So one reads "Sundano's Kraal", "Kajuwa's Kraal" and, at Kasika, "Schikatamondo's Kraal". Significantly no kraal is located on Kasikili/Sedudu Island. Unlike the mainland kraals, no settlement is recorded on the Island.

8. Kasikili/Sedudu Island is depicted on the von Frankenberg map in approximately its correct position on the Chobe. Of the two waterways around the Island, the broad loop of the northern channel is fairly accurately depicted, suggesting that the German surveyor was familiar with and observed it from the left-hand Caprivi bank. Its width is also depicted as greater than that of the

¹Reply of Namibia, III, Ann. 3, letter dated 6 July 1911.

southern channel; less familiarity with the detail of the southern channel is shown. The pronounced sinuosity of this channel is not shown.

9. The word "*Insel*" appears written across the centre of the Island; other islands depicted are given names, Serombe Island, Kassika Island, Impalira Insel, but this is not the case here. Namibia in its Memorial, but *not*, be it noted, Mr. Rushworth, its map expert, suggests that "Insel Kassikiri" is the designation of the Island. Botswana says that such a label is not in accordance with von Frankenberg's usual practice of putting the name before the word "Insel"; it has dealt at some length in its Reply with the use of the proper name of an island and how both idiomatically and in von Frankenberg's own use the name precedes the designation of "Insel"².

10. Namibia makes this point in order to separate the name "Kassikiri" from the lesser southern channel designated "*Flussarm*", depicted on the map. Along the length of the southern channel are written the words "Kassikiri *Fluss*" with "arm" written along the Bechuanaland side of this channel. Again Botswana in its Reply has fully investigated the meaning of "*Flussarm*", and also its similar use to mean a "side stream", by von Frankenberg in relation to the Mabusu *Flussarm*, which he shows on this same map, around Mangonda Island on the Zambezi River³.

11. It is Botswana's submission that "Kassikiri *Flussarm*", meaning the Kassikiri side stream, is the name given to the southern channel and indicates its status as a side stream of the main river which flows through the northern channel. No name is given to the northern channel, this being unnecessary since it is the continuation of the main Chobe River.

12. I draw the Court's attention to this early map issued three years after the German authorities first established an administrative post in the Eastern Caprivi, to show how they recognized the northern channel as the superior "main" channel. It is, in fact, the only map to make a specific comparison in respect of the two channels.

My next maps are British.

²Reply of Botswana, para. 214, fn. 19.

³Reply of Botswana, paras. 210-218.

13. The 1965 Bechuanaland map

I draw attention first to the 1965 Bechuanaland map at a scale of 1:500,000, prepared by the Ordnance Survey and reproduced in the folder of additional maps accompanying the Botswana Reply, and also at tab 29 in the judges' folder.

I am aware that the scale of this map is smaller than that from which Botswana in general advocates useful information is obtainable. My purpose in bringing it to the Court's attention is to offer it as an early example of a boundary line placed *in* the River and one following the northern channel around the Island.

14. The boundary line here, unlike the previous British 1933 map, is here represented as a line of black crosses superimposed over and along the blue line of the Chobe River. Although the scale is small, the river clearly follows the northern channel around the Island before it passes Kasane on the southern bank, and the black line of crosses follows along this northern loop. The southern channel is not depicted, although it was shown in the Print Laydown (1752 C), derived from aerial photography, from which the map was compiled.

15. The British 1933 map, upon which Namibia places some reliance, differs from this map in that it places the boundary symbol the whole length of the Chobe River along the south bank. The accurate location of the boundary in the Chobe River in this 1965 map to a scale of 1:500,000, produced by the British Ordnance Survey, contradicts Namibia's assertion that "on medium or small scale maps . . . it is most unusual to attempt to show in what part of a river channel a boundary falls"⁴. This map, and the British and South African Defence maps later to be discussed, all place the boundary in the river. To assert — as does Namibia — "Certainly an offset boundary does not imply a boundary along a bank" is surely too broad a proposition when the reader of the map has no independent information concerning the precise location of the boundary. Namibia's map expert effectively qualifies his own generalization by adding: "In this case where it has always been clear that the boundary is somewhere in the river, any boundary symbol that follows the river is intended to convey that it is in the river." This qualification assumes that the reader of the map is

⁴Reply of Namibia, III, Ann. 1, pp. 6-7.

independently informed about the terms of Article III and has reached a conclusion as to its interpretation in relation to the riverine features. But Namibia's case is that the maps without external evidence clearly indicate the precise location of the boundary. How is it possible to say a boundary running along the south or north bank of a river ought properly to be read as following "the centre of the main channel"? It is particularly difficult to make such an assumption in respect of a boundary fixed by the Anglo-German Agreement of 1890, because the treaty-makers did not adopt a consistent choice of location of the boundary along the course of a river. On occasion the 1890 Agreement expressly provides that the boundary shall follow a bank of a particular river; thus Article I (3) (2) of the 1890 Agreement speaks of a line to "the north bank of the mouth of the River Juba, thence it ascends that bank of the river"; and Article III (1) of the same Agreement speaks of a "line commencing at the mouth of the Orange River, and ascending the north bank of that river . . .". Again, in respect of the River Dchawe or Shavoe, Article IV (1) provides that the boundary shall follow the right bank of that river till it reaches a designated point⁵.

16. The 1968 British Joint Operations Graphic ground and air maps

The next British series of maps are the Joint Operations Graphic maps produced by the Directorate of Military Surveys, Ministry of Defence, and dated 12 July 1968.

This map is produced in both a ground and air version, the latter being identical to the ground map except that it has air zones entered and the elevation is marked in feet, and not in metres as in the ground map. Copies of the two versions of this map are to be found at maps 7 and 8 in the Botswana Supplementary Atlas, and the ground map is illustrated at tab 30 of the judges' folder.

17. The scale is 1:250,000, and sufficiently large to depict the course of the Chobe by a double blue line. The Island and the two channels are clearly shown with correct orientation. The double blue line continues at the bifurcation along the whole length of the northern channel and downstream to the river's confluence with the Zambezi.

⁵Memorial of Botswana, Ann. 12.

18. The western sector of the southern channel is indicated by a single blue line widening to a small circle at the lagoon after the meander loop. Only the eastern section of the southern channel is shown with a double line of narrower width than that shown for the northern channel.

19. The international boundary is a red line filling the width between the double blue line of the river and is drawn along the northern channel, with a black pecked line placed at intervals in the centre of the red band of colour.

20. The significance of these two British maps, the 1965 Bechuanaland and the 1968 Joint Operations Graphic maps, lies in their accurate depiction, throughout the 1960s and over the period of Botswana gaining independence, of the two channels around Kasikili/Sedudu Island, and in their clear location of the international boundary between the mandated territory of South West Africa and Botswana in the river, and in particular in the northern channel. They establish that the British authorities, predecessors in title to Botswana (not third parties as Namibia alleges), recognized the northern channel to constitute the international boundary.

21. I now come to the last maps in my selection, the military maps of the region prepared by the South African Defence Force. The Court will be mindful that in the late 1970s and 1980s South Africa was faced with increasing unrest in the Caprivi Strip and confronted by the activities of SWAPO, following the United Nations General Assembly's termination of the Mandate in October 1966. In these conditions maps, for the use of the South African Defence Force, showing the whereabouts of the international boundaries in the regions where they would be operating, were essential.

22. Two maps come within this category.

The JARIC map 1978

First, the JARIC map of Caprivi at a scale of 1:100,000. (The acronym is short for the Joint Air Reconnaissance Intelligence Centre; HLVS being the Afrikaans equivalent.) This map is reproduced at map 22 in the Botswana Atlas, and illustrated at tab 31 in the judges' folder.

23. Two versions of this map have come to hand. One bears no date, but the information as to its preparation and internal evidence (the table for magnetic variations gives the correction for 1974) indicates that it was in use in 1978. This 1978 map is an official map compiled by the

cartographic unit of the South African Defence Force, fully plotted from air photography taken by the South African Air Force in 1977 in accordance with a Working Plan (this plan and the accompanying report is reproduced in map 26 of the Botswana Supplementary Atlas and in the Counter-Memorial of Botswana, Ann. 32). Extracts of the map and the flight plan are to be found at pages 245 and 246 of the Counter-Memorial of Botswana. Namibia challenges the use of the 1977 air photography for the preparation of this JARIC map, saying they were prepared in the production of a 1982 civilian map⁶. Yet the report, headed by the name and signed by an officer of 46 Survey Squadron, indicates involvement in the production of a military, rather than a civilian, map. The work plan and report were obtained from the South African Ministry of Defence, and not the National Mapping Organization. Both the density and quality of the photo-control points surveyed are totally inadequate for the control of a contoured civilian 1982 map to a scale of 1:50,000, as Namibia alleges.

24. However, whatever the manner of its production, there is no doubt that the information this map contains completely destroys Namibia's alleged consistency of the official maps in locating the boundary in the southern channel. The boundary is shown by a firm black pecked line and, in the vicinity of Kasikili/Sedudu Island, it clearly follows the centre of the northern channel.

25. In its Counter-Memorial⁷ Namibia criticized this map as "showing not two channels in the relevant stretch of water, but one". This is not completely accurate. The eastern section of the southern channel is depicted, and had the South African authorities accepted the view, now advanced by Namibia, that the true course of the southern channel in its western sector is across the Island, it would have been perfectly possible to place the black pecked boundary symbol along the water in the eastern sector of the southern channel and then turn it north-westwards to run across the Island and join up with the upstream commencement of the bifurcation. Instead, the map clearly indicates that the boundary throughout follows the northern channel.

⁶Reply of Namibia, Ann. 1, p. 18, para. 23 (b).

⁷Counter-Memorial of Namibia, Vol. 1, p. 77.

Revised edition of the JARIC map 1982

26. A revised edition of this map to the same scale, 1:100,000 by the 47 Survey Squadron was carried out in 1982, and a printed note at the foot of the map states "Updated by 47 Squadron 1982". A copy of this map is to be found in the Folder of Additional Maps provided by Botswana, and at tab 32 of the judges' folder. The position of the boundary was not changed. This contradicts Namibia's assertion that the only occasion on which the South African Defence Forces issued a map showing the boundary in the northern channel was after the November 1984 incident when they did so "not to define the boundary but to place a limit on the activities of SADF patrols in order to avoid further incidents"⁸. This explanation is in fact highly damaging to Namibia's case, as I shall show later.

27. It is to be noted that both the first and the 1982 version of the JARIC map not only marked the riverine boundary between South West Africa and Botswana, but also the riverine boundary in the thalweg of the Zambezi between Zambia and South West Africa. This suggests that the map was used for general information relating to *all* international boundaries in the region.

28. The 1984 South African Military Intelligence map

The second military map produced by the South African Defence Forces is the Military Intelligence map of 1984, at a scale of 1:50,000; it is reproduced in the Botswana Supplementary Atlas as map 15 and illustrated in the judges' folder at tab 33.

29. This is an updated annotation of the third edition in full colour of the South Africa map 1982, sheet 1725 CC. In similar fashion to the revised version of the JARIC map, a note, this time in handwriting in red ink, states in Afrikaans "*Opdatering gedoen deur 47 Opmetings Eskadron Opdatering Sept 83-Jan 84*". This translates into English as "Updated by the 47th Survey Squadron Sept. 83-Jan. 84".

30. This map is a restricted issue, and was produced at the height of the war against the SWAPO freedom fighters in Eastern Caprivi. It is heavily annotated with information not given on the civilian issue relating to stores, schools, clinics and the names of village headmen.

⁸Reply of Namibia, Vol. III, Ann. 1, p. 21.

31. No boundary is shown on the civilian 1982 version from which this map is derived — a fact which puzzles Mr. Rushworth⁹. An even further puzzling fact is the late discovery, only in 1998 in time for inclusion in the Namibian Reply, of a map to a scale of 1:100,000 dated 1982, produced from the South African Defence Force Archives, Pretoria, which shows a black broken line as boundary and which follows the southern channel around the Island. If in fact the South African Defence Forces over the period 1978 to 1984 were working

- (i) from maps which showed the boundary in the northern channel, such as the JARIC in its two versions and the 1984 Military Intelligence map; and
- (ii) from maps which showed the boundary in the southern channel, as this "recently discovered" 1982 map; and
- (iii) were working also from maps which showed no boundary (such as the 1982 1:50,000 civilian map),

this surely establishes that one arm of government and a most important arm, the Department of Defence, had no certainty or coherence of knowledge as to where the boundary was truly located. This late discovery provides just one more piece of evidence that maps issued by South Africa did not show the "usual uniformity and coherence", whether usual or unusual, which Namibia likes to assert¹⁰.

32. On the Military Intelligence map of 1984, a clear dash dot line in red ink is shown down the centre of the river and in the vicinity of Kasikili Island this red line follows along the centre of the northern channel. The red line is annotated "*SWA/BOTSWANA GRENS*" which, translated, reads "SWA (i.e. South West Africa)/Botswana Boundary". There is no boundary disclaimer clause on this map.

33. These military maps are of great significance. They were produced at a time when South Africa was still illegally in possession of Namibia in the context of patrolling and other military activities. If, as Namibia now rather belatedly suggests, their information as to the location of the

⁹Reply of Namibia, III, Ann. I, p. 20, para. 26 (a).

¹⁰Reply of Namibia, p. 122, para. 281.

international boundary was contradicted by a 1982 map, also in use by the South African Defence Forces, at the very least they suggest uncertainty and confusion as to the accurate location of the boundary.

34. They clearly present an embarrassment to Namibia, which has been busy in developing explanations to reduce their impact. The latest of these is to suggest that the 1984 Military Intelligence map was the direct consequence of the November 1984 incident which led to discussions between South Africa and Botswana and the briefing of the Joint Team Survey. The Namibian map expert suggests:

"a probable explanation is that the (1984) map was produced after the incident; in say November 1984, in order to implement the agreement of the two Defence Forces that 'Patrols by the respective forces would operate to the north and south of the Sidudu Island'"¹¹.

35. This suggested explanation is immediately disproved by the fact that the 1984 map is itself dated "Jan. 1984", January, typed onto a white label on the map.

36. But the Namibians' suggestion is revealing. It admits that the map was the outcome of an agreement between the South African and Botswana Defence Forces; and that it was used to separate the two Forces. When we remember that it expressly stated in capitals that the line drawn in the northern channel was the "SWA/Botswana boundary", it is surely a clear confirmation that the relevant South African authorities acknowledged that the boundary ran in the northern channel, an acknowledgement which was merely confirming the position shown for the past five years on its JARIC maps. As already noted, these maps showed the riverine boundary between Zambia and South West Africa as well as the boundary between Botswana and South West Africa. So does the 1984 Military Intelligence map spelling out the boundary with the words "*SWA/ZAMBIA GRENS*". In the light of this, surely the maps must be accepted as purporting to give information as to the whereabouts of *all* the international boundaries in the region. Nothing can obscure the proven fact that the South African Defence Forces produced and had in their possession at the height of the SWAPO campaign the 1978 and 1982 versions of the JARIC map and the 1984 Military

¹¹Reply of Namibia, III, Ann. 1, p. 20.

Intelligence map, which clearly showed the international boundary between Botswana and the Eastern Caprivi in the northern channel around Kasikili/Sedudu Island.

37. Namibia cannot plead that these internal military maps have no evidential value. International tribunals have shown a willingness to rely on military mapping: see the *Frontier Land case*¹². In the *Temple case* (Merits), the International Court referred to a Thai official map of 1937 and observed: "That this map may have been intended for internal military use does not seem to the Court to make it any less evidence of Thailand's state of mind."¹³

38. Mr. President, to conclude this review of selected maps, I respectfully make the following submissions on behalf of Botswana.

- (i) None of these maps, or indeed any other map relied upon by Namibia, depict the conjectural channel across the Island which Namibia advances as the main channel.
- (ii) The von Frankenberg map, alone of the early maps, makes a direct comparison of the features of the northern and southern channels, and clearly indicates, by naming the southern channel as a side branch or "*fluss arm*", that the Chobe River descends through the northern channel as the main channel.
- (iii) The British 1965 and 1968 maps are two of the few maps which, before and shortly after Botswana became independent, depict the boundary within the Chobe River, and they do so by clearly showing the boundary following the northern channel around the Island.
- (iv) The South African Defence Force had in their possession and in use in their operations against SWAPO two military maps — the JARIC map in its 1978 and 1982 versions, and the Military Intelligence map of 1984 which clearly depicted and stated that the boundary between Botswana and the Eastern Caprivi was located in the channel to the north and west of Kasikili/Sedudu Island.

¹²*I.C.J. Reports 1959*, p. 209 at 227.

¹³*I.C.J. Reports 1962*, p. 6 at p. 28.

- (v) These five maps, by showing the northern channel to be the main channel, make nonsense of Namibia's assertion that there is "a remarkable general consistency" or an "unbroken sequence" of official maps showing the boundary in the southern channel of the Chobe.

39. This concludes my submissions in the first round, and I thank the President and the distinguished Members of the Court for their courtesy in attending to my arguments. I would now ask the President to invite Dr. Talmon to address the Court.

The PRESIDENT: Thank you Lady Fox. Dr. Stefan Talmon, please.

Mr. TALMON: Mr. President, distinguished Members of the Court. I am greatly honoured by this opportunity to address the Court for the first time.

I. Introduction

I will present Botswana's submissions on the wording of the Anglo-German Agreement of 1890 and the concept of *thalweg* in international law in this context.

My colleague, Professor Brownlie, showed in his speech three days ago that the provisions of the Anglo-German Agreement constitute the applicable law for the purpose of determining the present dispute. It may be convenient to recall that in the provisions of Article I of the Special Agreement of 15 February 1996, the Court is asked to determine the boundary around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the island: "on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 and the rules and principles of international law".

1. The wording of the Anglo-German Agreement

The Agreement was signed in Berlin on 1 July 1890. It was authenticated in two languages, English and German, which are equally authoritative. The words relevant to the present dispute appear in Article III, paragraph 2, which deals with the boundary of the German sphere of influence in South West Africa. In English these words are as follows:

"a line [meaning the line of demarcation of the German sphere of influence] . . . runs eastward along that parallel [meaning the 18° 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." (Memorial of Namibia, IV, Ann. 4; Memorial of Botswana, II, Ann. 12; (emphasis added).

In German the corresponding passage reads:

"ein Linie . . . läuft dann in östlicher Richtung diesem Breitengrade entlang, bis er den Tschobe-Fluss erreicht und setzt sich dann im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses bis zu dessen Mündung in den Zambese fort, wo sie ihr Ende findet." (Memorial of Namibia, IV, Ann. 4, Memorial of Botswana, II, Ann. 11; emphasis added).

The present dispute centres around the meaning of the words "in the centre of the main channel of that river" and "*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*".

The parties are in general agreement that these words have the same meaning in the two authentic texts. They disagree, however, on what the meaning of these words exactly is.

2. Namibia's argument

Namibia contends that the English word "centre" corresponds to the German word "*Thalweg*" and the English words "main channel" correspond to the German word "*Hauptlauf*" and that therefore the "main channel" or "*Hauptlauf*" of the Chobe must be identified first and only then its "centre" or "*Thalweg*" can be determined (Memorial of Namibia, I, para. 117). Namibia thus follows a two step approach: first, identify the main channel, then determine the centre or thalweg of that channel and the boundary line will emerge.

In Botswana's view this divorce of the expressions "centre of the main channel of that river" and "*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*", is artificial and distorts the ordinary meaning of the terms used in their context and in the light of the object and purpose of the Anglo-German Agreement. It also totally disregards the concept of thalweg which finds expression both in the English and the German texts of the Agreement. By dividing the expressions "the centre of the main channel of that river" and "*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*" into two parts, and by attributing — in the words of Namibia — a "dominant position" (Memorial of Namibia, I, para. 117) to the main channel and "a subordinate role" (Memorial of Namibia, I, para. 117) to the centre, Namibia tries to escape the thalweg of the Chobe agreed upon as the boundary line in the Anglo-German Agreement.

3. Botswana's view

Mr. President, Botswana is of the opinion that the two expressions "centre of the main channel of that river" and "*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*" must be looked at as a whole to establish their correct meaning. I will show in the following section that both expressions refer to the thalweg of the Chobe as the boundary line.

4. Scheme of presentation

I have divided my presentation into four parts: first, I will examine the ordinary meaning of the terms used in the Anglo-German Agreement. I shall then give a chronology of the drafting process and the terminology employed at the different stages of the negotiations of the Agreement. Third, I will show that Botswana's interpretation of the treaty is the only reasonable interpretation in the light of its object and purpose. Last, but not least, I will briefly deal with the question of plurilingual treaties.

II. The ordinary meaning of the terms used

Mr. President, according to Article 31, paragraph 1, of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which may be considered as a codification of existing customary international law: "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." (Emphasis added.)

Botswana submits that the ordinary meaning of the expression used both in the English and the German text is that the boundary line runs in the thalweg of the River Chobe.

1. The German word "*Thalweg*"

It is important to recall at the outset that "*Thalweg*" is a term of German origin first used by boatmen on the River Rhine. The *German Colonial Encyclopaedia* (the manuscript for which was completed in 1914) states:

"Because of its frequent use in inter-State treaties which the political division of Africa has produced during the last 25 years, the term '*Talweg*', which in many cases is identical with the term 'deepest channel', has acquired citizenship in most civilized languages. Most of them are lacking an expression as short and precise as this term." (*Deutsches Kolonial-Lexikon*, III (1920), p. 454; B BAD No. 7.)

The word "*Thalweg*" linguistically means "the way downward". Dr. Kercea wrote in 1916 in his book *Die Staatsgrenze in den Grenzflüssen* [State Borders in Boundary Rivers]:

"Amongst boatmen the '*Talweg*' is therefore rightly deemed to be that course of a river which boats usually follow in order to get most quickly from the source of the river to its mouth. 'The way downward' thus does not only mean the way in the direction of the mouth of the river, but also, as it is to be the best way for shipping, the way '*of greatest depth*' of the river, in order to move ships with the heaviest cargo and thus greatest draught most quickly." (Pp. 126-127; Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 9; emphasis added.)

However, as Dr. Kercea rightly points out, the *thalweg* is not identical with the channel of the river, which is used as the most suited for shipping and which is sometimes referred to as the "main channel" or in French, the "*bras principal*". The *thalweg* is only one part of that channel. In legal literature and treaties it is geographically somewhat imprecisely defined as "the centre of the deepest channel" (Josef Kohler (ed.), *Encyklopädie der Rechtswissenschaft* [Encyclopaedia of Jurisprudence] (1904), p. 1010; Reply of Botswana, II, Ann. 3) or as the "centre of the navigable main channel" (Heilborn, "*Talweg*" in Karl Strupp (ed.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie* [Encyclopaedia of Public International Law and Diplomacy], II (1925), p. 704; B BAD No. 10).

To be geographically precise, the *thalweg* is a line at the bottom of the river-bed connecting the points of maximum depth, which *may* be in the centre of the channel but, more often, will meander through the bed of the river, sometimes to the left, sometimes to the right of centre.

It is important to point out that "*Talweg*" is not just a German word. Since the beginning of the 19th century it has become an international legal principle of boundary demarcation in navigable rivers. States may agree on the principle without expressly using the word. Charles Cheney Hyde, writing in 1916 in the *American Journal of International Law* on Rivers as Boundaries, states:

"After that Treaty [meaning the Treaty of Luneville of 1801] states having become familiar with the principle of *thalweg*, seem to have employed either that term or some other clearly synonymous with it whenever the new mode of demarcation was intended. The principal boundary treaties concluded since the beginning of the nineteenth century afford abundant evidence of the fact that states have generally taken great care to express their acceptance of the principle of *thalweg*, and have avoided the use of words the literal meaning of which might encourage the inference that the

contracting parties sought to retain the old method of establishing a frontier." (Reproduced in Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 8.)

While the German text of the Anglo-German Agreement — perhaps not surprisingly — expressly uses the word "*Thalweg*", the English text speaks of the "centre of the main channel" as the boundary line.

2. The English Expression "the centre of the main channel" means the "thalweg"

(a) Linguistic developments

Botswana submits that the English expression "centre of the main channel" also means the thalweg. The fact that the English text does not expressly speak of "thalweg" may be explained by the fact that the German word "*thalweg*" only gradually found its way into other languages. It is not unusual for linguistic developments to follow legal developments. Two examples from the German experience are to be found in the adoption of the terms "soft law" and "self-executing" treaties. The ideas for which these English terms stand were well known and discussed in Germany long before the terms found entry into the German legal language and dictionaries.

The Swiss scholar Schulthess pointed out in his book *Das Internationale Wasserrecht* [International Water Law], published in 1915, that: "the term '*Talweg*' . . . is used . . . interchangeably with partly imprecise and sometimes even incorrect national terms" (*Das Internationale Wasserrecht* [International Water Law] (1915), p. 15; Reply of Botswana, II, Ann. 5).

The expression "centre of the main channel" is a precise English paraphrase of the meaning of the German word "*thalweg*". It corresponds with the definitions of "thalweg" found in the legal literature and treaties I have mentioned, namely "centre of the deepest channel" and "centre of the navigable main channel".

It is a common phenomenon for a national term which has no equivalent in another language and which cannot be translated literally, to have to be paraphrased in that second language. In this connection another German word which has found its way into the English vocabulary and for which there is no English equivalent immediately springs to mind: the word "*Schadenfreude*". In English, to express the meaning of *Schadenfreude* without using the German word one has to

paraphrase the mood of *Schadenfreude*. According to the *Shorter Oxford English Dictionary*, "*Schadenfreude*" may be paraphrased as "malicious enjoyment of another's misfortune".

Botswana submits that one paraphrase for "thalweg" in English is "the centre of the main channel" of the river. Other expressions that have frequently been used in treaties to paraphrase the thalweg concept include "the centre of the channel of the river" (Convention between Great Britain and Portugal concerning their respective territories in Africa, signed in London on 20 August 1890: Martens, NRG, 2nd series, Vol. 18, p. 154; reproduced in B BAD No. 3), "the deepest channel of the river", "the middle of the channel of the river", and "the centre of the chenal (*sic*) of the river" (K. Schulthess, *Das internationale Wasserrecht* [The International Water Law] (1915), p. 12; reproduced in Reply of Botswana, II, Ann. 5). In Article IV, paragraph 1, of the Anglo-German Agreement of 1890, another paraphrase of thalweg may be found: "mid-channel of the river". Both "mid-channel of the river" and "centre of the main channel of the river" are translated in the German text of the Anglo-German Agreement by the term "*thalweg*".

In contrast, no support can be found either in treaties or the literature for Namibia's assertion that the "centre of the river" stands for the thalweg.

(b) State practice

Botswana's submission that the English expression "centre of the main channel" (taken as a whole) corresponds to the German word "*thalweg*", that is to say that both may be used as synonyms, is also supported by the treaty practice of States. An example is to be found in the Treaty of 11 April 1908 between the United States of America and Great Britain concerning the demarcation of the international boundary between the United States and the Dominion of Canada. Article II of this Treaty reads, in the relevant part, as follows:

"the line of boundary through the said river [St. Croix] shall be a water line throughout and shall follow the *centre of the main channel or thalweg* as naturally existing, except where such course would change or disturb, or conflict with the national character of an island as already established by mutual recognition and acquiescence, in which case the line shall pass on the other side of such island, following *the middle of the channel* nearest thereto . . ." (Martens, NRG, 3rd series, Vol. 4, p. 195; reproduced in B BAD No. 4; emphasis supplied).

Mr. President, it is noteworthy that the treaty distinguishes between "the centre of the main channel or thalweg" on the one hand and "the middle of the channel" on the other. "The centre of the main channel" and "thalweg" are used as synonyms as indicated by the word "or" between the "centre of the main channel" and "thalweg". This speaks against Namibia's claim that the word "centre" (on its own) corresponds to thalweg.

(c) Decisions of national courts

That "centre of the main channel" means the thalweg has also been accepted, for example, in several decisions of the Supreme Court of the United States which, recognizing the doctrine of thalweg, has declared that in the case of navigable boundary rivers the boundary line follows the "middle of the main channel of the stream" (Charles Cheney Hyde, "Notes on Rivers as Boundaries" (1912) 6 *AJIL* 901-908 at 903 and the decisions there given, reproduced in Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 8).

3. Namibia's assertion that "centre" is synonymous with "thalweg"

Namibia has tried to portray the English word "centre" as the counterpart of the German "*thalweg*", and the English expression "main channel" as the counterpart of the German "*Hauptlauf*" (Reply of Namibia, p. 7, fn. 23). By dividing the English phrase "the centre of the main channel of" the River Chobe into two parts, that is to say "the centre of" and "the main channel of", the Namibian Government overlooks the fact that only the expression as a whole has the same meaning as "thalweg".

The following example shows that Namibia's approach cannot be right (tab 34 in the judges' folder).

According to Namibia the English word "centre" is synonymous with the German word "*thalweg*" and the English phrase "the main channel of" is the counterpart of the German "*des Hauptlaufes*". If one omitted respectively from the English and the German text the words "the main channel of" and "*des Hauptlaufes*", the boundary according to the English text would run in the "centre" of the River Chobe, while according to the German text the boundary would still follow the "*thalweg*" of that river. This result runs contrary to the principle of customary international law, embodied in Article 33, paragraph 3, of the Vienna Convention on the Law of

Treaties, according to which the terms of a plurilingual treaty "are presumed to have the same meaning in each authentic text".

The term "centre" on its own does not, however, equate with "thalweg" and is more reminiscent of the median line principle than of the thalweg principle. In this connection it may be recalled that, geographically speaking, the thalweg will not, as a general rule, be in the centre or middle of the river.

This shows that — contrary to Namibia's contention — no separate meaning, and even less a "dominant position", can be attributed to "the main channel" in the English expression "the centre of the main channel". It is therefore incorrect if Namibia claims that a "main channel" has to be found first.

Botswana does not suggest — as implied by Namibia (Reply of Namibia, I, 17, 98) — that the words "the main channel of" in the English text should be omitted or ignored. On the contrary, as has been shown these words are essential to express the thalweg concept in English, as the words "the centre of" the river on their own cannot be regarded as meaning the thalweg.

Botswana, however, submits that the words "*des Hauptlaufes*" in the German text could in principle have been omitted without changing the meaning of the German text.

As the thalweg is defined as a part of (or, more precisely, a line in) the main navigable channel, the words "*des Hauptlaufes*" in the German text were not really necessary. The thalweg is by definition situated in the main channel. Both expressions, "*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*" and "*im Thalweg dieses Flusses*", mean that the boundary descends the thalweg of the River Chobe. Why the words "*des Hauptlaufes*" have nevertheless found entry into the German text, I will — with your permission Mr. President — examine later in connection with the chronology of the drafting process of the Anglo-German Agreement.

4. Subsequent practice of the parties to the Anglo-German Agreement

(a) Germany

For the moment let me just say that the German side in its subsequent practice never referred to the "*Thalweg des Hauptlaufes*" (that is to say the thalweg of the main channel) of a river but

only to the "Thalweg" of a river. Two German documents closely related to the present dispute may illustrate this:

On 30 April 1910 the German Foreign Office addressed a note to the British Government with respect to the eastern boundary of the Caprivi Strip — meaning a boundary along the Zambezi — which reads in part as follows:

"The agreement of July 1st, 1890, contains no definite provision as to the eastern boundary of the German Zambezi territory. The Imperial Government presumes that the Government of Great Britain will agree to the eastern boundary of the German territory being formed by a line . . . following *the thalweg of the Zambezi* upstream to the point where the river meets the Katima-Mulilo Rapids." (Quoted in Maria Fisch, *Der Caprivizipfel während der deutschen Zeit [The Caprivi Strip During the German Time] 1890-1914* (1996), p. 24; parts from this book, but not this passage, are reproduced in Memorial of Namibia, V, Ann. 119; for the present quote, see B BAD No. 7).

Although there are numerous islands in this section of the Zambezi (which as late as July 1933 were allocated to the two riparian States) the German Government referred only to "the thalweg of the Zambezi" and not to "the thalweg of the main channel of the Zambezi".

Mr. President, the second document I would like to draw your attention to is even more relevant to the meaning of the Anglo-German Agreement of 1890. It is the draft of the letter just quoted. The draft, which is dated (Berlin) 25 April 1910, contains the following passage:

"The Agreement of 1 July 1890 contains no specific rules on the boundary of the German Zambesi territory. The German Government shares the opinion that the boundary of the territory is formed by a line which from *the Thalweg of the Chobe* turns into the Zambesi and follows *the Thalweg of the Zambesi* up the river to its junction with the Katima-Molilo rapids." (Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 5).

Apart from the fact that the document speaks of the thalweg of the rivers Chobe and Zambezi and not of the thalweg of the main channel of these rivers, this document clearly shows that in the German Government's opinion the southern boundary of the German Zambezi territory was formed by "*the Thalweg of the Chobe*".

(b) Great Britain

Mr. President, I may add that the British Government was of the same opinion. This is shown by the agreement, effected by Exchange of Notes on 4 and 25 July 1933, between the

Government of the Union of South Africa, acting in their capacity as Mandatory Power over South West Africa, and the British Government of Northern Rhodesia. The agreement which concerns the boundary in the Zambezi and the allocation of the islands in that river reads, in the relevant part as follows:

"[The Governments] are prepared to recognize that the *thalweg of the Zambesi* to its junction with the *thalweg of the Chobe* or Linyanti should be regarded as the eastern boundary of the Caprivi Strip . . ." (136 BFSP 520, reproduced in B BAD No. 5; emphasis added).

The fact that the treaty links the eastern boundary, that is to say, the "thalweg of the Zambezi", with the "thalweg of the Chobe or Linyanti" clearly demonstrates that the parties regarded the *thalweg of the Chobe* as the southern boundary of the Caprivi Strip.

This is underlined by the fact that the agreement also deals with the island of "Kankumba" (or Kakumba) which is situated directly at the confluence of the Chobe and the Zambezi. As it may be seen, for example on map 11 of Botswana's Supplementary Atlas, by far the larger part of the island of Kankumba is situated in the River Chobe. As a simplified extract from that map shows, the island was allocated by the Agreement of 1933 to South West Africa on the basis of its geographical position to the *thalwege* of the Rivers Chobe and Zambezi and not by its position in relation to any main channel. Both graphics appear at tab 35 in the judges' folder.

No reference was necessary to the main channel of either river as the *thalweg by definition* is always in the main channel. Thus, the agreement itself refers to a report "by commissioners appointed to define the *thalweg* or main channel of the Zambesi river". (136 BFSP 520; B BAD No. 5.)

"Thalweg" and "main channel" are clearly used as synonyms in this context. In this connection it is also important to note that the ownership of the islands in the Zambezi was decided on the basis of their geographical position in relation to the "thalweg of the Zambezi". The Governments of South Africa and Northern Rhodesia agreed that: "the islands lying on the Caprivi side of the *thalweg* should belong to South West Africa, while those on the Northern Rhodesia side should belong to Northern Rhodesia." (*Ibid.*)

5. A river legally has only one thalweg

(a) The thalweg in cases of bifurcation

This shows that the concept of thalweg applies without difficulty to cases of bifurcation. This, of course, is so because each river has only one thalweg, that is to say, one *deepest* channel in which vessels of largest tonnage descend the river. Logic precludes two "deepest" channels. Where there are two navigable channels, the deeper of the two channels is to be regarded as the channel which contains the thalweg. Thus the Boundary Treaty of 5 April 1840 between France and the Grand Duchy of Baden provides in Article II:

"En cas de contestation à l'égard de deux bras du fleuve, celui qui, dans le cours de l'axe de son Thalweg particulier, offrira la sonde la moins profonde, ne pourra être considéré comme le bras du Thalweg du fleuve." (Recueil des Traités de la France, T. 4: 1831-1842 (Paris, 1880), p. 517; reproduced in B BAD No. 2).

Namibia itself in its Counter-Memorial gives several authorities for the rule that "where there are two navigable channels, the deepest is to be considered the *thalweg*" (Counter-Memorial of Namibia, I, para. 71).

(b) Namibia's contention that a river has as many *Thalwege* as channels

(aa) Namibia's contention is based on speculative assumptions

In its Reply, however, Namibia, which treats the words "thalweg" and "centre" as synonymous (Reply of Namibia, I, para. 79), maintains that each main or side channel of a river has its own thalweg or centre (Reply of Namibia, I, paras. 13, 99, 115), and that by inserting the words "the main channel of" it was the intention of the parties to make the text more precise in geographical terms (Reply of Namibia, I, para. 17). Namibia speculates in its Reply:

"The parties to the Treaty may have referred to the centre or the thalweg of the main channel because contemporary witnesses had observed that there were islands in the Chobe, which meant that there could be more than one channel and, therefore, more than one centre or thalweg along which the border would descend." (Reply of Namibia, I, para. 94 [underlining in the original], similar Memorial of Namibia, I, para. 110.)

Much seems to depend on this speculation. Namibia's Reply continues:

"*If so*, Namibia is correct: in interpreting the Treaty the task is first, to determine which of the two channels around Kasikili Island is the main channel and then to find the centre or *thalweg* of that channel." (Reply of Namibia, I, para. 94 [emphasis added, underlining in the original].)

As Namibia rightly points out, her approach would only be correct, *if* her speculative assumption was true. However, it is not.

Apart from the fact that Namibia's approach totally neglects the ordinary meaning of the expression "centre of the main channel", which in English is used to describe the thalweg, it is also incompatible with the concept of thalweg in international law, as it presupposes the existence of two or more *thalwege* of a river.

(bb) Namibia's contention is contrary to the treaty practice of States

If, indeed, both the main channel *and* the side channel(s) of a river had each its own thalweg, boundary treaties would have, in order to be precise, to stipulate that the boundary runs in "the thalweg of the main channel of the river" or that it runs in a specific side channel of the river. However, boundary treaties, as a rule, refer only to the "thalweg of the river" and not to "the thalweg of the main channel of the river", even if there are islands in the river. For example, all the treaties concerning river boundaries listed in Annex 5 of Namibia's Reply (Reply of Namibia, III, Ann. 5, pp. 63-66) speak of the thalweg of the river in question and not of the thalweg of any specific channel, although almost all of these rivers — because there are islands — have more than one channel. Thus, these treaties speak of: "*le Thalweg de cette rivière*", "*la ligne frontière suit le thalweg de la rivière*", "*le thalweg de la Drina*", "*le thalweg de l'Adige servant de ligne de délimitation*", "*le thalweg du Rhin*".

The "*thalweg concept à la Namibia*" (according to which a river may have as many *thalwege* as it has channels) is thus far removed from any reality. This is also shown by the following example. Article V, paragraph 4 of the Peace Treaty of Friedrichshain between Sweden and Russia of 5/17 September 1809 concerning the River Muonio (listed by Namibia in its Reply, Vol. III, Ann. 5, p. 64, as one of ten treaties determining river boundaries running along the thalweg) provides that: "*les Isles situées à l'Est du Thalweg appartiendront à la Russie*".

According to Namibia's understanding of the thalweg concept this formula would be problematic and imprecise, as there are at least two channels around islands, each channel with its own thalweg. According to Namibia, the question whether or not the islands belonged to Russia would depend on whether the thalweg in the channel to the right or the thalweg in the channel to

the left of the island was chosen. However, the treaty contains not a single clue as to which of the two channels is the correct one. The parties to that treaty, however, saw no problem in allocating the islands by reference to the thalweg, as in their understanding the River Muonio, like all other rivers, had only one thalweg.

States have regularly allocated islands on the basis of whether they are situated to the right or to the left of the thalweg, without referring to a thalweg in a specific channel. Let me just give one further example, the Treaty between the Kings of Prussia and Westphalia of 14 May 1811 concerning the delimitation of their boundary along the River Elbe. This treaty provides in Article III that:

"Les Iles, Ilots, Bas-lieux et pâturages qui se trouvent dans l'Elbe du côté gauche du Thalweg . . . appartiendront à la Westphalie, ceux du côté droit appartiendront à la Prusse." (Martens, NRG, Vol. 1, 383; B BAD No. 1.)

If Namibia were correct that each channel (main and side) had its own thalweg, almost all draughtsmen since the beginning of the 19th century would be guilty of gross negligence in providing that the boundary follows "the thalweg of the river" instead of "the thalweg of the main channel of the river". If the Court adopted Namibia's understanding of the thalweg concept, I am sure the Court's docket would fill up very quickly. As early as 1915, the Swiss scholar Schulthess recorded more than 150 treaties providing for the thalweg of a river as boundary.

(cc) Namibia's contention is inconsistent with the legal literature

For completeness, Mr. President, I may add that Namibia's view that each channel of a river (around an island) has its own thalweg is not supported by the legal literature either. The literature treats navigable rivers as having only one thalweg. Not a single author distinguishes between the different channels of a river with respect to the thalweg or speaks of "the thalweg of the main (or side) channel" (see the authorities supplied in Memorial of Botswana, I, para. 138; Counter-Memorial of Botswana, III, Anns. 2 and 3; Reply of Botswana, I, para. 64; Reply of Botswana, II, Ann. 5; and Counter-Memorial of Namibia, II, Ann. 9, pp. 82-97).

Charles Cheney Hyde in his "Notes on Rivers as Boundaries" wrote in 1916: "Islands existing or arising within a boundary river belong to the domain of the state on whose side of the

thalweg . . . they may be located." (*AJIL*, 6 (1912), p. 906; Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 8.)

Namibia seems to realize that it cannot escape the ordinary meaning of the terms used in the Agreement and accepts that the boundary is "in the thalweg channel of the main channel" (Reply of Namibia, I, paras. 13, 81, 88). While Namibia cannot ignore the term "thalweg", it tries to invent a new thalweg concept by suggesting that a river has as many *thalwege* as it has channels. For the reasons I have just given, this cannot be right.

Mr. President, I have reached the end of the first part of my presentation. I wonder whether it might be convenient for you to break for coffee now.

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

The Court adjourned from 11.20 to 11.35 a.m.

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

Mr. TALMON:

III. The chronology of the drafting process and the terminology employed

Mr. President, distinguished Members of the Court, let me now turn to the chronology of the drafting process of the Anglo-German Agreement and the terminology employed at the different stages of the negotiations. Botswana has drawn up a survey of the terminology employed at the different stages of the negotiations. This is to be found at tab 36 of the judges' folder.

1. The "centre of the main channel" was translated into German as a single expression

Botswana's submission is that the two expressions "centre of the main channel of that river" and "*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*" must be examined as a whole to establish their correct meaning. This submission is supported by the drafting history of the Anglo-German Agreement.

(a) Namibia distorts the history of the negotiations

Namibia gives the wrong impression that the Anglo-German Agreement was negotiated in French and then *each side* produced a version in its own language (Reply of Namibia, I, p. 6, fn. 21). Furthermore, it implies that an existing German text of the Agreement was altered twice to correspond to the English text. Namibia says:

"This alteration of the previous German text shows two changes. The first is that in view of the full English phrase 'centre of the main channel of that river', the German text had to insert a word to refer to the notion of 'centre' which the German text of 17 June 1890 did not do. This reference to the centre was expressed by the term *Thalweg*, which is quite in line with general use of the term in other boundary treaties. A second change was introduced into the German text by adding the words *des Hauptlaufes* to the term *Thalweg* . . ." (Counter-Memorial of Namibia, I, p. 22, fn. 55.)

While this view of events may serve Namibia's claim that the "thalweg" is the counterpart of "centre" and "the main channel of" is the counterpart of "*des Hauptlaufes*" (Reply of Namibia, I, p. 7, fn. 23), it is not consistent with the drafting history of the Agreement. In order to refute Namibia's claim, I will give a brief chronology of the drafting.

(b) The chronology of the drafting history of the Agreement

(aa) The negotiators

Mr. President, let me begin by saying that the Agreement was drafted in the course of intense negotiations in Berlin and in London over a relatively short period of time, from the beginning of March to the end of June 1890. The main players involved in the negotiations were, on the British side: the British Prime Minister and Foreign Secretary, the Marquis of Salisbury; Sir Edward Malet, the British Ambassador in Berlin; and Sir Percy Anderson, Chief of the African Department of the Foreign Office. Their counterparts on the German side were: Count Georg von Caprivi, the Chancellor of the German Empire, Count Paul Hatzfeld, the German Ambassador to London; and Dr. Friedrich Krauel, Privy Counsellor in the Foreign Office and Director of the Colonial Department.

(bb) The negotiations

From the English and German diplomatic documents the following picture of the negotiations emerges:

15/20 May 1890: first mention of Chobe River as boundary

The river Chobe was first mentioned as a possible boundary between the English and German spheres of influence in a letter of Sir Percy Anderson to Sir Edward Malet. On 15 May 1890, Sir Percy wrote:

"As regards Lake Ngami, I anticipate little difficulty. He [Dr. Krauel] has assured me that he personally is prepared to accept the line suggested . . . which . . . runs eastward to the Chobé River, which it follows to its junction with the Zambezi." (Memorial of Namibia, IV, Ann. 15, p. 98.)

Recording the state of the negotiations, Dr. Krauel for his part wrote five days later on the eastern boundary of the German South West Africa Protectorate:

"At my request to specify the line of demarcation, he [Sir Percy] defined the same as follows: The line is to run . . . eastward *along the course of the River Chobe [dem Lauf des Tschobiflusses entlang]* to its junction with the Zambezi. . . . Personally, I am of the opinion that it would be in our interest to accept the English proposal . . ." (Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 1.)

The Germans, for whom South West Africa was only of secondary importance, did not challenge the English proposal. Indeed, the Chobe boundary never played any role in the negotiations after 20 May 1890.

10-11 June 1890: document recording general agreement

On 10 June 1890, Count Hatzfeld, the German Ambassador to London, noted in a minute prepared in French and communicated to the British Prime Minister Lord Salisbury on that day, that general agreement between the two Governments had officially been recorded, *inter alia*, on the frontier between the territories of the two countries in the south-west of Africa. With respect to the River Chobe the minute said: "*la ligne de démarcation se portera à l'est longeant le centre du fleuve Tcholi (sic) jusqu'à son embouchure dans le Zambèse*" (Memorial of Namibia, IV, Ann. 19, p. 108).

The next day, Count Hatzfeld sent a letter to Chancellor von Caprivi informing him of the state of the negotiations. The letter contained three annexes, two of which expressly refer to the River Chobe. Annex 2, which in the original is in English, reads as follows:

"1. South West Africa. Sir Percy Anderson agrees that the line of demarcation proposed by him to Dr. Krauel should run along [certain co-ordinates and then] . . .

following the centre of the Tschobi river until its junction with the Zambese."
(Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 1 and B BFD No. 3, p. 12.)

Annex 3, which is in French, reads in the relevant part as follows: "*la ligne de démarcation se portera à l'est longeant le centre du fleuve Tschobe jusqu'à son embouchure dans le Zambesi*"
(Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 1 and B BFD No. 3, p. 15).

17 June 1890: document recording general agreement

On 17 June the Marquis of Salisbury and Count Hatzfeld initialled a one-page document in London officially recording the general agreement between the two Governments as to their respective possessions in Africa and the island of Heligoland. The text of the document was drawn up in French. In that language the relevant words are: "*la ligne de démarcation se portera à l'est longeant le centre du Fleuve Tschobi jusqu'à son embouchure dans le Zambési*" (Memorial of Namibia, IV, Ann. 21, p. 112).

In the British Foreign Office documents an official English translation of the French text may be found. It reads: "the line of demarcation shall be carried to the east *along the centre of the River Tschobi*, up to the point where it flows into the Zambesi" (Memorial of Namibia, IV, Ann. 21, p. 113).

No translation into German could be found in the German diplomatic documents, which until 28 June 1890 contain only English and French texts. Namibia, which asserts in its Memorial (Memorial of Namibia, I, paras. 104, 109) that such a translation was prepared by Count Hatzfeld, does not provide any evidence for its assertion. Indeed, in a despatch, dated 18 June 1890, Count Hatzfeld informed the German Chancellor von Caprivi that he and Lord Salisbury had initialled the document on 17 June. The text of the document attached to the despatch is in French (Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 1 and B BFD No. 4, pp. 18-19).

A German translation of the initialled one-page document may be found in the Official Gazettes of the German Empire and the Kingdom of Prussia of 17 June 1890. In relation to the Chobe it says: "*Die Grenze zwischen der deutschen und englischen Interessensphäre führt . . . nach Osten längs dem Tschobifluß bis zu dessen Mündung in den Zambesi.*" (Memorial of Namibia, IV, Ann. 22, p. 116.)

In the British diplomatic documents an official translation into English of this text in the *Official Gazette* may be found. It reads as follows:

"The boundary-line between the German and English spheres of interest in South West Africa is drawn . . . eastward *along the River Tchobi* up to its junction with the Zambesi." (Memorial of Namibia, IV, Ann. 23, p. 117.)

It is to be noted that in the German translation of the document, the words "the centre of" are absent. The German text speaks of length, meaning "along" the River Chobe. However, this German text never formed the basis of any negotiations between the parties.

21 June 1890: Draft Articles of Agreement

The Draft Articles of Agreement drawn up by Sir Percy and Dr. Krauel in Berlin on 21 June 1890 were (only) in English. No German translation could be found in the diplomatic documents. Article III, paragraph 2, of these Draft Articles reads in the relevant part as follows:

"a line [meaning the line of demarcation of the German sphere of influence in South-West Africa] . . . runs eastward along that parallel [meaning the 18° parallel] till it reaches the River Chobe; and descends *the centre of that river* to its junction with the Zambesi, where it terminates" (Memorial of Namibia, IV, Ann. 26; Memorial of Botswana, II, Ann. 9, p. 102; emphasis added).

25 June 1890: modifications of the text of the Agreement suggested by Lord Salisbury

On 25 June 1890 Lord Salisbury instructed the British Ambassador in Berlin to make several alterations to the Draft Articles of Agreement, one of which read: "In paragraph 2 of Article III, after the words 'the River Chobe, and descends the centre of', the words 'the main channel of' should be inserted." (Memorial of Namibia, IV, Ann. 29; Memorial of Botswana, II, Ann. 9, p. 113.) This insertion was accepted by the German side.

On or after 28 June 1890: The drafts of the Anglo-German Agreement

As late as 28 June 1890 still no German text of the Draft Agreement had come into existence. The Draft Agreement, enclosed with a report by Dr. Krauel for the Under-Secretary of State, Freiherr Marschall von Bieberstein, dated (Berlin) 28 June 1890, was in English. It spoke of: "The centre of the main channel (*sic*) of that river [Chobe]." (Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 1 and B BFD No. 5.)

The German diplomatic file entitled "File Containing The Drafts of the Anglo-German Agreement of 1 July 1890" contains only two drafts of the Agreement: one in English and one in German. The English text is identical with the "Draft Articles of Agreement" of 21 June 1890, but several modifications (along the lines of Lord Salisbury's instructions) had been made to it, one of which was the insertion of "the main channel of" after "the centre of". The German text reads "*in der Thal-Linie des Hauptlaufes dieses Flusses*". No insertions or modifications were subsequently made to the German text apart from replacing the word "Thal-Linie" by the word "Thalweg" (Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 1 and B BFD No. 6). In particular, *no* addition was made to the German text, adding the words "*des Hauptlaufes*".

This shows that the full English language text of the treaty ("centre of the main channel of that river") was translated as a whole on or after 28 June 1890 first into "*Thal-Linie des Hauptlaufes dieses Flusses*" and then into "*Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*". It is thus impossible to equate "Thalweg" with "centre" and "*des Hauptlaufes*" with "the main channel of". On the contrary, the English expression "centre of the main channel of that river" must be seen as a composite expression which was translated as such.

This sequence of events shows that it is completely misleading for Namibia to state in its Reply that: "the words 'of the main channel' and '*des Hauptlaufes*' were inserted into the text of Article III (2) at a very late stage of the negotiations" (Reply of Namibia, I, para. 102 [underlining added]).

While it is true that the words "of the main channel" were inserted into the existing English language Draft Articles of Agreement, "*des Hauptlaufes*" could not be inserted into a German language draft Agreement, as no such text existed before 28 June 1890. It should be remembered that the only German text in existence at the time was a translation of a document recording general agreement published in the Official Gazettes of the German Empire and the Kingdom of Prussia on 17 June 1890. It spoke of "*längs dem Tschobifluß*" or in English "along the River Tchobi". If the words "*des Hauptlaufes*" had been inserted into this text, the text would have read "*längs dem Hauptlauf des Tschobiflusses*" or in English "along the main channel of the

River Chobe". However, the German text of the Agreement *in fact* reads "*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*".

2. The German text is a translation of the full English language text

The drafting process also clearly shows that Namibia is mistaken if it treats the word "centre" as a synonym for "thalweg". The German text is a translation of the English text. The German word "*Thalweg*" must therefore be seen as a translation of the English word "centre". However, the German word "*Thalweg*" is not the correct translation for "centre", which is normally translated into German as "*Mitte*" (*The Collins German Dictionary*, 1980). Namibia itself correctly points out that "the German word '*Thalweg*' could not properly be applied to the geometric centre of the river" (Reply of Namibia, I, para. 79). The English word "centre" on its own, however, does not have the meaning of thalweg. From this it must be concluded that the word "thalweg" translated more than the word "centre", namely the words "the centre of the main channel", as submitted by Botswana.

3. The words "*des Hauptlaufes*" in the German text

Mr. President, I pointed out earlier that the words "*des Hauptlaufes*" in the German text could have been omitted without changing the meaning of the German text (while the English words "of the main channel" could not). As the thalweg is defined as a part of (or, more correctly, a line in) the main navigable channel, the words "*des Hauptlaufes*" in the German text were not necessary. This view seems to be shared by the Namibian Government when it states in its Counter-Memorial that adding the words "*des Hauptlaufes*" to the term "Thalweg" was "quite unusual in German State practice" (Counter-Memorial of Namibia, I, p. 22, fn. 55).

In fact, the Government of Botswana is not aware of any other German treaty concerning a river boundary which speaks of the "*Thalweg des Hauptlaufes*". The reason is, of course, that the thalweg *by definition* is situated in the main channel. "*Thalweg des Hauptlaufes*" thus constitutes a kind of pleonasm.

The fact that the words "*des Hauptlaufes*" have nevertheless found their way into the German text can be explained by the drafting history of the Agreement. As shown, the German text was a translation of the final English language text of the treaty. As correctly pointed out by Namibia:

"The only plausible reason for adding the words *des Hauptlaufes* is that the German side, in order to follow the English-language text of the British proposal as accurately as possible, came forward with a literal translation." (Counter-Memorial of Namibia, I, p. 22, fn. 55.)

IV. The object and purpose of the Anglo-German Agreement

With your permission Mr. President, I turn now to the question of the object and purpose of the Anglo-German Agreement.

Botswana submits that its interpretation of the Agreement, which places the boundary line in the thalweg of the Chobe is also in accord with the object and purpose of the treaty.

1. The general object and purpose

The object and purpose of the Anglo-German Agreement was in the first instance to divide several important regions of Africa into spheres of influence of Great Britain and Germany respectively, with some territorial "compensation" for Germany elsewhere.

2. German access to the Zambezi

However, the relevant diplomatic documents and the Agreement itself also indicate another — related — purpose, which was to give Germany access to the Zambezi. A Memorandum of Instruction to Sir Percy Anderson, dated 30 April 1890, speaks of: "The River Chobe, *down which* the Germans should have access to the Zambezi." (Memorial of Botswana, II, Ann. 9, p. 2; emphasis added).

Article III, paragraph 2 of the Draft Articles of Agreement drawn up on 21 June 1890 by Sir Percy and Dr. Krauel states: "It is understood that, under this agreement, Germany will have free access from her Protectorate to the Zambesi *by the Chobe*." (Memorial of Botswana, II, Ann. 9, p. 54; emphasis added.)

The Anglo-German Agreement finally states in Article III, paragraph 2 that:

"It is understood that under this arrangement Germany shall have free access from her Protectorate to the Zambezi by a strip of territory which shall at no point be less than 20 English miles in width."

Access to the Zambezi was of major importance for Germany (Memorial of Botswana, I, paras. 131-135). It was the main, if not the only, reason for the creation of the Caprivi Strip. The

German Memorandum on the Motives for the Anglo-German Agreement, published on 29 July 1890, says that:

"This delimitation fully safeguards the interests of the German [South West African] Protectorate, by guaranteeing it *access to the River Zambezi*, which may be of importance *for the future development of trade*" (*Erste Beilage zum Deutschen Reichs-Anzeiger und Königlich Preußischen Staats-Anzeiger [First Supplement to the Gazette of the German Empire and the Kingdom of Prussia]*, No. 181, Berlin, Tuesday, 29 July 1890; B BAD No. 8 emphasis added).

Two conclusions may be drawn from the statements just quoted. First, that the parties clearly regarded the Chobe as navigable and, second, that possible future developments of trade and commerce played a role in the negotiation and conclusion of the Agreement. Any interpretation of the treaty which would have made access to the Zambezi more difficult for Germany, or which would have denied the parties the chance of benefiting from future developments in trade and commerce, would be contrary to the object and purpose of the treaty.

Namibia claims that the replacement of "access . . . by the Chobe" with "access . . . by a strip of territory" indicates the recognition by the parties that the route of access for Germany to the Zambezi was not to be fluvial but rather territorial (Reply of Namibia, I, paras. 21, 106; Counter-Memorial of Namibia, I, para. 39). This is neither the only possible conclusion nor a necessary one.

The formulation that Germany was to have free access to the Zambezi "by a strip of territory", together with the fact that the boundary of that strip of territory is situated in the centre of the main channel or thalweg of the River Chobe, does not exclude the option of access to the Zambezi via the River Chobe. Rather than replacing one access route by another, the new formulation opened an additional route of access to the Zambezi. Access "by a strip of territory" which included the River Chobe up to the centre of its main channel gave Germany both modes of access: by land and by water.

Bearing in mind that according to Namibia most of the Eastern Caprivi was inundated for up to six months a year (Memorial of Namibia, I para. 16), access to the Zambezi by land during this period was difficult, if not impossible. German access to the Zambezi by land only would thus have run contrary to the object and purpose of the Anglo-German Agreement.

In this connection, it may be recalled that the first German Imperial Resident in the Caprivi, Captain Kurt Streitwolf, two days after his arrival in the Caprivi Strip on 27 January 1909 travelled by boat on the River Chobe from Ngoma to Kazungula, which lies at the confluence of the Chobe and the Zambezi (Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 6).

Fluvial access to the Zambezi by the Chobe was, however, best served by a boundary line running in the thalweg of that river, giving both riparian States equal access to the navigable channel and thus enabling them to use the Chobe as a route of access to the Zambezi and as a future route for trade and commerce.

The British Prime Minister Lord Salisbury seems to have been particularly concerned with equal Anglo-German (and primarily with British) access to the navigable channel of the Chobe and other navigable rivers dealt with in the Agreement. In his instructions to Sir Edward Malet of 25 June 1890, Lord Salisbury not only asked for the insertion of the words "the main channel of" after the "centre of" with respect to the River Chobe but also for the insertion of the expression "mid-channel" before the words "of that river" with respect to two other boundary rivers referred to in the Anglo-German Agreement (Memorial of Botswana, II, Ann. 9, p. 63).

According to the Swiss scholar Schulthess, who in 1915 examined some 170 treaties concerning boundaries in rivers, "mid-channel" is another expression in English used to express the thalweg concept (*Das internationale Wasserrecht* [International Water Law] (1915), p. 12, reproduced in Reply of Botswana, II, Ann. 5). This is also shown by the fact that the word "mid-channel" is translated, in the German text of the Agreement, as "*Thalweg*".

3. Namibia's speculative contention as to the object and purpose of the Agreement

Namibia contends that "the objective of the Agreement was the establishment of firm and stable boundaries between the spheres of influence of the two powers, so as to avert further friction between them." (Memorial of Namibia, I, para. 82.) On the basis of this objective, Namibia then states:

"In principle, the parties must have wished to agree upon a fixed and readily identifiable boundary, rather than one that for about five months of the year would be invisible or obscure. For this reason, the selection of the line of the northern channel rather than the line of the southern channel would have been inconsistent with the basic object and purpose of the Treaty." (Memorial of Namibia, I, para. 83.)

Namibia explains why the southern channel is more consistent with the object and purpose, as follows:

"Had they known that Kasikili Island was annually covered for a period of five months by water spilling over from the Zambezi (and that therefore the very existence of the northern channel would be obscured to the point of invisibility, whereas the course of the southern channel could always be identified by its contiguity with the southern bank and the adjacent sand ridge) they could hardly have reached any other conclusion than that use should be made of such permanently visible natural feature for the purpose of identifying the 'main' channel in which the boundary should be drawn." (Memorial of Namibia, I, para. 116.)

This is pure speculation as is revealed by the language used. Namibia says: "Had they [meaning the negotiators] known that Kasikili Island was annually covered for a period of five months by water . . . they could hardly have reached any other conclusion . . ."

With respect, one may ask this: What if they had not known that the Island was covered by water for several months? Nowhere in the diplomatic documents is there any indication that the negotiators knew that Kasikili/Sedudu Island was covered by water, or that they were even concerned with the Island as such.

The text of the Agreement refers to the centre of the main channel or thalweg and not to any adjacent sand ridge. To define a main channel (a concept itself unknown to the treaty) by reference to the sand ridge or any other geographical feature outside the river is flatly to disregard the ordinary meaning of the treaty text.

It was the object of the negotiators to define boundaries determinable by objective criteria rather than permanently visible boundary lines. This is obvious from the fact that they resorted to degrees of latitude and longitude to define the boundaries. Unquestionably, the concept of the thalweg is one such objective criterion for the determination of boundaries in navigable rivers.

V. There is no discrepancy between the meanings of the English and German texts of the Agreement

Finally, Mr. President, let me briefly say something about the question of plurilingual treaties. Namibia claims that in treaties which do not specify the governing language, where there is a discrepancy between the meanings of the two texts, each party is bound by the text in its own

language and cannot claim the benefit of the text in the language of the other party. According to Namibia, Botswana, as the successor to Great Britain, could not "hang its case on the German text" (Reply of Namibia, I, p. 6, fn. 21).

First of all, there is no discrepancy between the two texts. Namibia does not claim that the German and English language texts differ. According to Botswana, both "the centre of the main channel of that river" and "*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*" have the same meaning, namely that the boundary line follows the thalweg of the River Chobe.

Namibia's argument may be easily turned against it. Namibia — being the successor to Germany — relies on the English text, namely the words "the centre of" and "the main channel of", rather than on the German term "*thalweg*".

Botswana fully relies on the English expression "in the centre of the main channel", using the German translation (which chronologically followed the English text) only to establish the ordinary meaning of the English expression. Since the German translation of the English expression used the word "*thalweg*" without encountering British objections, there is a strong presumption that the British side also considered the boundary to be in the thalweg of the River Chobe (without, however, expressly using the term). The fact that the British Government did not object to the use of the word "*thalweg*" in the German text supports Botswana's argument that both the German and the British Governments considered the boundary to be in the thalweg of the Chobe.

VI. Conclusion

Mr. President, to sum up: according to both the English and the German texts, the boundary follows the *thalweg of the Chobe*. This interpretation of the Agreement is supported both by the ordinary meaning of the terms used and by the object and purpose of the Agreement. The thalweg is defined as the line at the bottom of the river-bed connecting the points of maximum depth, or as the centre of the deepest navigable channel. As has been shown by my colleague, Lady Fox, the thalweg or the deepest channel of the Chobe in the vicinity of Kasikili/Sedudu Island runs in the northern and western channel of that river. From this it follows that according to the

Anglo-German Agreement of 1890 the boundary runs in the northern and western channel. Consequently, title to Kasikili/Sedudu Island vests in Botswana.

Mr. President, that completes my presentation. I would invite you to call upon Professor Brownlie to present Botswana's conclusions. Thank you, Mr. President.

The PRESIDENT: Thank you, Dr. Talmon. Professor Brownlie, please.

Mr. BROWNLIE: Thank you, Mr. President.

Mr. President, with your permission, I shall present the concluding observations of Botswana at the close of the first round, and then I shall ask you, Mr. President, to give the floor to our distinguished Agent.

At this stage in the argument it is appropriate to stand back and to indicate the main elements.

First of all, what is the general character of the Namibian case? Its boldness is striking. Were the context different, the elements of invention and even fantasy would be creative and admirable. But the context is not that of literature or ballet or opera. The context is that of adversarial proceedings and the peaceful settlement of a troublesome dispute.

Given this context, it is most unfortunate that Namibia has sought to distract the Court with a series of essays in unreality.

As my colleagues have demonstrated, the first essay in unreality concerns the Island itself. Our opponents have constantly avoided using images of the real Island. Instead, the Court has been presented with a work of imagination, tricked out with red arrows, which leave the Island severely truncated.

The second essay in unreality relates to the Namibian fantasy of a "main channel" which appears on no map and appears in the pleadings as a graphic accompanying Professor Alexander's Report (Memorial of Namibia, VI, Part 2, Expert Report, Apps., sheet 17, diagram 4; judges' folder, tab. 11). It is not at all surprising that the image of diagram 4 is not to be found on the aerial photographs.

Mr. President, diagram 4 is a work of pure fiction. Professor Alexander describes it not as a map but as a diagram. It is not even a sketch-map. It is a main channel the location of which

would astonish anyone familiar with the area. Lacking a scale and any indication of co-ordinates, it does not provide an appropriate basis for determining the boundary.

The third essay in unreality concerns the river itself, which, it is asserted, is ephemeral. No observer or official has ever regarded the northern channel as ephemeral in any sense. As Redman, District Commissioner at Kasane, pointed out in 1947, it is the northern channel which remains navigable even at low water (Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 18). And, in this connection, it is unsurprising when modern South African map-makers find it unnecessary to indicate the southern channel as a distinct feature. As my colleagues have shown, the Chobe itself is not an ephemeral river.

The fourth essay in unreality concerns the applicable law. The real applicable law is the Anglo-German Agreement. In the Namibian written pleadings this applicable law is replaced by prescription as a process which began at the date of conclusion of the Anglo-German Agreement or, in some passages, even before that.

As I had occasion to point out in my first speech in this round, it is impossible to reconcile the operation of the Agreement and the conditions for the application of prescription. How could the hypothetical adverse possession be *à titre de souverain*? What had been the point of the carefully negotiated Agreement?

In the Namibian Reply, and in the oral argument, our distinguished opponents claim that they have not marginalized the 1890 Agreement. But in their speeches Professor Faundez and Professor Cot have made it clear that prescription is in the front line, though sometimes disguised as "subsequent practice".

Moreover, on the fourth day Professor Chayes mounted a sustained assault on the Anglo-German Agreement itself. Counsel for Namibia had this to say:

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

practice, laying out boundaries in accordance with the pattern of European political and commercial claims. In South West Africa, as we know, the lines proceeded for hundreds of kilometres along arbitrary parallels of latitude and meridians of longitude in accordance with the presumed strategic or commercial interests of Great Britain in Lake Ngami or Germany in access to the Zambezi." (CR 99/5, pp. 62-63, para. 70.)

Mr. President, Members of the Court, this statement is directly at odds with previous Namibian adherence to the OAU Declaration of 1964 and affirmation of the principle of *uti possidetis* elsewhere in the Namibian pleadings (Memorial of Namibia, I, pp. 69-72, paras. 189-94).

Apart from this, what is the point of this emphatic attack on the alignment defined in the 1890 Agreement? Namibia has at no stage challenged its validity and has at no stage challenged its inheritance of the boundary as defined by the Agreement. The belated attack on the Agreement constitutes further evidence in our submission, of the lack of confidence on the part of our opponents in the Treaty-based argument. Namibia is afraid of the provisions of the Agreement with its legal criteria related to the thalweg and thus to the question of navigability by normal river traffic.

The fifth element of unreality relates to the task of the Court. The Special Agreement defines the task of the Court in clear terms as follows:

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

This real task of the Court has been replaced by other tasks not to be found in the Special Agreement. There are two such tasks alleged. The first appears in the submissions in Namibia's Reply, in which the Court is asked to adjudge and declare as follows:

1. The channel that lies to the south of Kasikili/Sedudu Island is the main channel of the Chobe River.
2. The channel that lies to the north of Kasikili/Sedudu Island is not the main channel of the Chobe River.
3. Namibia and its predecessors have occupied and used Kasikili Island and exercised sovereign jurisdiction over it, with the knowledge and acquiescence of Botswana and its predecessors since at least 1890.

4. The boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island lies in the centre (that is to say, the *thalweg*) of the southern channel of the Chobe River.
5. The legal status of Kasikili/Sedudu Island is that it is a part of the territory under the sovereignty of Namibia."

Mr. President, these requests fail to invoke the Anglo-German Agreement even in a subsidiary capacity.

The second version of the task of the Court is to be found in Professor Chayes' closing argument. His formulation is in these terms:

"Namibia has shown that a central principle of river boundary law is the assurance of equal access to the resources of the river for both riparians. Indeed, Botswana asserts, and Namibia agrees, that such equal access was one of the objects and purposes of the Treaty of 1890. As a practical matter, the navigational resources of the Chobe River at Kasikili Island are to be found in the southern channel. Thus, the only way of vindicating the object of equal access . . . is to determine that the boundary is in the southern channel." (CR 99/5, p. 62, para. 69.)

Here at least the Anglo-German Agreement has been given a *subsidiary* role.

The sixth element of unreality concerns the insistence by Namibia that there was a village on the Island. My colleague, Lady Fox, has patiently provided the Court with the real picture. As she has pointed out, it is impossible to ignore the evidence and, in particular, the evidence provided by the long series of aerial photographs.

The seventh element of unreality consists of the Namibian policy of ignoring the Joint Survey Report of 1985. This is a new policy which dates only from the beginning of these proceedings.

During the work of the Joint Team of Technical Experts the Namibian Government relied upon the Joint Survey Report whenever it saw fit. No challenge was made to its technical status and reliability.

However, in the expert report of Professor Alexander forming part of the Namibian Memorial, the reliability of the Joint Survey Report is attacked on technical grounds (Memorial, Vol. VI, Part. 1, pp. 30-32).

Then, in the Counter-Memorial, Namibia seeks to challenge the legal status of the Pretoria Agreement of 1984 which was the foundation of the Joint Survey Report (Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, pp. 49-59, paras. 107-135).

Several points must be made. The first is this. Namibia has adopted the Joint Survey Report as a result of her conduct in the Joint Team proceedings. Secondly, Namibia has not hitherto objected to the Report and only objects now because it wishes to avoid the relevance of the Report as expert opinion evidence.

Namibia has relied upon South African transactions and activities at various junctures in these proceedings. Thus, South African military patrolling has been relied upon for purposes of Namibia's prescription argument (Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, pp. 42-44). And the relevant section of the Counter-Memorial is headed: "Exercise of Jurisdiction over Kasikili Island by South Africa in the 1970's."

Now, in the oral hearings, Namibian Counsel adopts the position that South Africa's occupation of Namibia was illegal after 1966 and that transactions involving South Africa would have been void *ab initio* (CR 99/4, pp. 38-39, paras. 77-80, per Professor Faundez).

Perhaps in the second round Namibia will be prepared to provide the Court with the necessary clarifications.

These seven forms of unreality are accompanied by a number of fictions.

The first such fiction concerns the allegation of British and later Botswana acquiescence. No such acquiescence occurred. No British or, for that matter, German official in the colonial period would regard the agricultural activities of local farmers as title-generating in terms of international law and relations. No protest was made because no British administrator saw any need.

In any event, the use of the Island by people from the Caprivi had never been exclusive. British Government oxen had grazed on the Island in the 1920s and residents of British Bechuanaland had used the Island in the 1940s. Since 1960 the Island has formed part of the Chobe Game Reserve and National Park.

When Trollope raised the issue in 1947 the British Government maintained its view on the legal position at every level.

There was no British acquiescence.

Nor was there any subsequent acquiescence by Botswana.

When the Botswana and South African Governments agreed to resolve the issue in 1984 by resort to a Joint Survey, it did not occur to the South African Government to assert that the question had already become moot as a consequence of acquiescence by either the United Kingdom or Botswana.

Moreover, those who drafted the Memorandum of Understanding (Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 57) in 1992 did not consider that the operation of the 1890 Agreement had been superseded by either prescription or acquiescence.

If I can read the pertinent preambular paragraphs once again:

"WHEREAS a Treaty between Britain and Germany respecting the spheres of influence of the two countries in Africa was signed on 1st July, 1890;

WHEREAS Article III (2) of the said Treaty between Britain and Germany respecting the spheres of influence of the two countries in Africa, signed at Berlin on 1st July 1890 describes the boundary line defining the sphere in which the exercise of influence was reserved to Britain and Germany in the south-west of Africa;

WHEREAS the Territory of the British Bechuanaland Protectorate achieved Independence on 30th September 1966 as the sovereign Republic of Botswana which succeeded to the rights and obligations under the aforementioned Treaty between Britain and Germany;

WHEREAS the Territory of South West Africa achieved Independence on 21st March 1990 as the sovereign Republic of Namibia which succeeded to the rights and obligations under the said Treaty;

WHEREAS a dispute exists relative to the boundary between the Republic of Botswana and the Republic of Namibia as described by Article III (2) of the said Treaty; . . ."

Thus the preamble of the MOU gives an exclusive role to the Anglo-German Agreement.

No reference was made to an independent issue related to prescription.

Those who negotiated the Memorandum of Understanding included distinguished officials of the Botswana and Namibian Governments forming part of the two delegations presently sitting in front of the Court.

Thus the acquiescence alleged on the part of Botswana and its predecessor in title is a fiction.

And, Mr. President, there is a second fiction, which is to the effect that the British Government and, or, the Botswana Government, have expelled the small farmers of the Caprivi from the Island.

Nothing could be further from the truth. When the Game Reserve was created in 1960 there were no people from either side of the Chobe either grazing cattle or carrying on agricultural activity on the Island. Those who had, at an earlier period, been using the Island to plant crops, had ceased to do so in 1937 according to the Caprivi Chief Moraliswani.

At the beginning of the first round speeches on behalf of Botswana, Mr. Selepeng gave a detailed account of the incident on 6 March 1992 and I shall not repeat his account. It is only necessary to make two points. In the first place, this was the first time any representation had been made from a source in the Eastern Caprivi concerning the Island. No complaint had been made in the course of the talks at Katima Mulilo in 1981 between a delegation of Caprivian residents headed by Chief Moraliswani and a delegation from the Chobe District of Botswana (Minutes of the Meeting, Memorial of Botswana , Vol. III, Ann. 39).

The second point to be made about the 1992 incident is this. To the knowledge of the Government of Botswana the impetus and leverage lying behind the initiative from the Namibian side in March 1992 was entrepreneurial. A private interest established already in the Caprivi wished to carry out a development on the Island involving the construction of chalets for tourists. The initiative had nothing to do with the interests of small farmers.

As Chief Moraliswani explained very clearly at the Joint Team meetings, the people concerned stopped using the Island for cultivation in 1937 and did so then for reasons unrelated to the policies of the British authorities.

No village existed on the Island as Lady Fox has demonstrated. The Island remained at all times at the disposal of the British Government and, subsequently, the Government of Botswana.

I turn now to the scientific evidence. The Namibian version of the "main channel" is unacceptable for the following reasons:

1. Whether average or minimum depth is taken as the criterion, the Joint Survey observations establish the northern channel to be the deeper.

2. The total failure of officials charged with the task of determining the main channel — Eason, Redman/Trollope, and the Joint Survey itself — even to note the possibility that a channel might cut across the Island (that is, the real Island depicted in all the aerial photographs).
3. The flawed methodology of Namibia's scientific experts, most recently exhibited in the isolated readings of flow taken by Professor Alexander in a six-week period of high flow, makes questionable the scientific reliability of any of the theories advanced.
4. The Court is asked to ascertain the features of a main channel by application of a constantly shifting time-scale, thousands of years for the evolution of a flood plain, the last 18 years for the characterization of the Chobe River as ephemeral or perennial.

Returning to the legal argument, the final key propositions of law and fact are as follows:

First: the Anglo-German Agreement defines the boundary in terms of the thalweg.

Secondly: the thalweg is determined by reference to the line of deepest soundings of the river or the axis of the most accessible channel for ships of largest tonnage in descending the river.

Thirdly: the Joint Survey Report establishes that the thalweg lies in the northern channel.

Therefore: the northern channel is the boundary in accordance with the Anglo-German Agreement.

The final word should be given to Noel Redman, the District Commissioner at Kasane.

Writing to his superiors on 26 January 1948, Redman had this to say:

"I have the honour to attach a joint report by the Native Commissioner, Eastern Caprivi Strip and myself concerning a dispute which has arisen over the ownership of the island shown on the enclosed sketch map.

2. The question has arisen as a result of an application by Mr. Ker to transport timber by barge from Serondela to Katombora, which necessitates the use of the channel running to the North of Kasikili Island since the Southern Channel is not navigable by his Barges when the river is not in flood, and it is even difficult for small craft to navigate it.

3. The only claim which the Caprivi can have to this Island is through Prescription as according to the Treaty of 1890 between Great Britain and Germany it is clear that the boundary must run along the Northern Channel since this is undoubtedly the main Channel of the Chobe River. It must be stated that the map, which shows the boundary to follow the Southern Channel, is therefore inaccurate and was probably drawn by some-one who had not examined the river to determine the main Channel." (Memorial of Botswana, III, Ann. 22.)

Here is clear evidence, emanating from an experienced observer, a document involving a report forming part of the discharge of his official duties, to the effect that ships of largest tonnage can only use the northern channel.

Thus the Joint Survey Report of 1985, the opinions of officials over a long period of years, and the further scientific data provided by Botswana, confirm that the boundary is in the northern channel.

Mr. President, I should like to thank the Court for its patience in listening to me again this morning. I would ask you to give the floor to the Agent for Botswana.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Brownlie. I call upon the distinguished Agent for Botswana.

Mr. Tafa: May it please the Court.

Mr. President, distinguished Members of the Court,

I rise, as a matter of formality, to bring the oral presentations of the Republic of Botswana, in the first round of pleadings, to a close.

I wish to express my deep gratitude to you and your distinguished colleagues on the Bench for your patience and forbearance. I wish also to recognize the indulgence and dexterity of all those members of your staff in the Court who have contributed in their respective capacities to facilitate your work and our presentation. This humble recognition goes to all those we can see through the panes of the cubicles on my right and even those who have laboured behind the scenes. I wish to thank them all.

Last, but not least, I wish to commend our distinguished opponents for their positive disposition throughout these proceedings.

It now remains for me to wish you all a recreational interval before we can engage you again, in what will be the second and final round of oral pleadings next week.

Mr. President, distinguished Members of the Court, I thank you for your indulgence.

The PRESIDENT: Thank you, Mr. Tafa. There are some questions that Members of the Court wish to put this morning and there may be some more next week. May I call on Judge Ranjeva.

M. RANJEVA: Merci bien, Monsieur le président. Ma question s'adresse principalement à la délégation du Botswana et la délégation namibienne a la liberté de contribuer à apporter une réponse.

Ma question se lit comme suit: Lorsque Monsieur l'agent du Botswana et lady Fox ont commenté, la photographie aérienne (dossier des juges, onglet 7, n° 3), mention a été faite de terrains de culture. Serait-il possible de communiquer à la Cour les titres juridiques relatifs à ces terrains de culture, s'il en existe ? Je vous remercie, Monsieur le président et je remercie les délégations.

The PRESIDENT: Thank you. Judge Fleischhauer.

Judge FLEISCHHAUER: Thank you, Mr. President. I have two questions which I address to both delegations.

Question No. 1: is anything known, and if so what, about navigation on the Chobe River at the time of the conclusion of the 1890 Treaty, or between 1890 and 1914?

Question No. 2: Professor Alexander, in his presentation on 16 February (CR 99/2, p. 31, para. 23.4) said, "the fact that the Chobe River is not perennial has been known for more than half a century". That means that the particularities of the Chobe River were not known at the time of the conclusion of the 1890 Treaty?

I thank you, Mr. President.

The PRESIDENT: Thank you. I have some further questions for both Parties.

First, how many vessels and of what tonnage navigated the north channel in 1998; annually, since 1947; in which months?

Second, how many vessels and of what tonnage navigated the south channel in 1998; annually since 1947; in which months?

Third, did barges that carried timber navigate the northern channel throughout the year, or only in certain months and if the latter, which? Where did the shipments originate and terminate? Did timber shipments cease because of navigational problems, or for other reasons?

Fourth, how many tourist boats were in use in the waters of Kasikili/Sedudu Island in 1998 and in which months? What is their home port? What routes do tourist boats follow?

Fifth, what were the navigational routes followed by the *Zambesi Queen* since it went into service in Kasikili/Sedudu waters?

Sixth, Namibia contends that the depth of the northern channel at one point is so shallow that it significantly limits navigation in the northern channel. Where is that point and what is the depth of the northern channel at that point? When and by what means was this depth established? How does the depth at that point compare with the shallowest point of the southern channel?

That completes the questions of the Court for the time being and the Court stands adjourned until the second round next week. Thank you.

The Court rose at 1.00 p.m.

Non-Corrigé
Uncorrected

Traduction
Translation

CONFIDENTIAL - INFORMATION CONTAINED HEREIN IS UNCLASSIFIED EXCEPT WHERE SHOWN OTHERWISE

CR 99/9 (traduction)

CR 99/9 (translation)

Jedi 25 février 1999

Thursday 25 February 1999

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. Lady Fox.

Lady FOX :

III. UN CHOIX DE CARTES

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, dans la troisième partie — la plus courte — de la présente plaidoirie j'ai l'intention de donner des explications à la Cour à propos de cinq cartes, pour lui permettre d'apprécier l'argumentation de la Namibie relative aux éléments de preuve cartographiques.

2. Les deux Parties ont classé les cartes par référence au pays qui les a produites et elles les ont présentées dans l'ordre chronologique. Selon ce système, mon choix va inclure :

- une carte préparée par les autorités coloniales allemandes, la carte von Frankenberg de 1912;
- deux cartes britanniques : la carte d'ordonnance de 1965 et la carte dite «graphique d'opérations conjointes» de 1968; et
- deux cartes sud-africaines, la carte JARIC, qui paraît en deux éditions, de 1978 et 1982, et la carte des services de renseignement militaires de 1984.

Une liste complète des cartes invoquées par le Botswana, avec les références aux atlas pertinents, se trouve dans le dossier des juges à l'onglet n° 27.

3. Sur ces cinq cartes le chenal nord est présenté comme le chenal principal, conformément à l'article III de l'accord anglo-allemand; sur la carte von Frankenberg le chenal nord est présenté comme le cours du Chobe, tandis que le chenal sud est marqué à part comme un chenal latéral ou un bras latéral. Sur les cartes britanniques et sud-africaines, la ligne-frontière est tracée de façon claire, conformément à l'article III, le long du centre du Chobe et, au point de la bifurcation, elle est indiquée de façon claire par une ligne qui suit le centre du chenal nord.

4. Un choix de cartes

Je vais maintenant examiner mon choix de cartes.

La carte von Frankenberg de 1912

La première, publiée en 1912, est la carte von Frankenberg de la bande de Caprivi (feuillet 1) à l'échelle de 1/100 000. Elle se trouve dans l'atlas supplémentaire du Botswana (carte 5) et elle est reproduite dans le contre-mémoire du Botswana page 233. Elle figure aussi sous l'onglet n° 28 dans le dossier des juges.

0 1 1

5. Le premier fait pertinent à relever, c'est que cette carte a été publiée sur la base d'un levé et sous l'autorité du chef de district et résident allemand du Caprivi oriental. Comme von Frankenberg lui-même en a informé le commissaire résident de Ngamiland, il était «un topographe du Cap qualifié, détenait le permis nécessaire à l'exercice de ses fonctions»¹. Sa carte représente clairement l'état des connaissances et informations dont les autorités coloniales allemandes disposaient en 1912. Sa carte doit être opposée à celle de 1909 de Seiner, qui ne s'est pas rendu personnellement sur l'île et a repris la ligne du chenal nord alors qu'elle ne se fondait sur aucun relevé et que Bradshaw l'avait indiquée par une ligne en pointillé sur sa carte-croquis de 1880.

6. Le deuxième fait à relever est l'échelle de cette carte, qui permet d'inclure des détails topographiques, ainsi que de situer et répertorier une masse appréciable d'activités humaines. Un nombre important de noms de lieux et de caractéristiques y figurent, mais aucune frontière entre le territoire allemand et le territoire britannique. La Namibie soutient que les localités désignées indiquent leur inclusion en territoire allemand. Cependant, si l'on observe la carte on voit que cela n'est pas correct, car les désignations «Engl. Station», «Kazungula» et d'autres noms de lieux à l'est du Zambèze sont portés sur la carte. Il n'est possible de tirer aucune conséquence quant à la frontière en se fondant sur le territoire dans lequel est placé le nom des établissements.

7. Un intérêt particulier s'attache au nom des villages ou des agglomérations qui se réfèrent au chef tribal ou au personnage principal; le lieu où le chef vit et a son kraal ou garde son bétail est appelé «kraal». Ainsi lit-on «Sundano's Kraal», «Kajuwa's Kraal» et, à Kasika,

¹Réplique de la Namibie, vol. III, annexe 3, lettre en date du 6 juillet 1911.

«Schikatamondo's Kraal». Il est significatif qu'aucun kraal ne soit situé sur l'île de Kasikili/Sedudu. A la différence des kraals continentaux, aucun établissement n'est constaté sur l'île.

0 1 2

8. Sur la carte von Frankenberg, l'île de Kasikili/Sedudu est représentée à peu près là où elle se trouve effectivement sur le Chobe. Des deux voies d'eau qui entourent l'île, la vaste boucle du chenal nord est reproduite de façon assez fidèle, ce qui permet de penser que l'arpenteur allemand la connaissait et l'observait depuis la rive gauche, celle du Caprivi. Elle est aussi représentée comme plus large que le chenal sud; on constate une moindre familiarité avec les détails du chenal sud, dont les nombreux méandres ne sont pas représentés.

9. Le mot «*Insel*» est écrit en travers du centre de l'île; d'autres îles représentées reçoivent des noms, «Serombe *Insel*», «Kasika *Insel*», «Impalira *Insel*», mais tel n'est pas ici le cas. La Namibie dans son mémoire et *non pas*, qu'on le relève bien, M. Rushworth, son expert cartographique, donne à entendre que «*Insel Kasikiri*» est la désignation de l'île. Le Botswana déclare qu'une telle désignation n'est pas conforme à la pratique habituelle de von Frankenberg, qui consiste à mettre le nom avant le mot «*Insel*»; le Botswana a examiné assez en détail dans sa réplique l'utilisation du nom propre d'une île et de quelle façon idiomatique et caractéristique de l'usage de von Frankenberg lui-même le nom précède la désignation «*Insel*»².

10. La Namibie présente cette considération afin de séparer le nom de «Kasikiri» du chenal sud moins important appelé «*Flussarm*», tel qu'il figure sur la carte. Sur la longueur du bras sud sont écrits les mots «Kasikiri *Fluss*» avec «*arm*» inscrit le long du côté du Bechuanaland de ce chenal. Cette fois encore le Botswana dans sa réplique a examiné de façon exhaustive le sens de «*Flussarm*» et aussi son emploi semblable pour désigner un «cours latéral» par von Frankenberg à propos du *Flussarm* de Mabusu autour de l'île de Mangonda sur le Zambèze³.

11. Selon le Botswana ce «Kasikiri *Flussarm*», c'est-à-dire le cours latéral de Kasikiri, constitue le nom donné au chenal sud et indique son statut de bras latéral du cours d'eau principal

²Réplique du Botswana, par. 214, note 19.

³Réplique du Botswana, par. 210-218.

qui s'écoule par le chenal nord. Aucun nom n'est donné au chenal nord, car cela n'est pas nécessaire puisqu'il constitue la suite du Chobe principal.

12. J'attire l'attention de la Cour sur cette carte ancienne, dressée trois ans après que les autorités allemandes ont pour la première fois établi un poste administratif au Caprivi oriental, afin de montrer qu'elles reconnaissaient le chenal nord comme le chenal «principal» supérieur. C'est en fait la seule carte qui fasse une comparaison précise entre les deux chenaux.

Mes cartes suivantes sont britanniques.

0 1 3

13. La carte du Bechuanaland de 1965

J'attire l'attention, en premier lieu, sur la carte du Bechuanaland de 1965, établie à l'échelle de 1/500 000 par le service cartographique et reproduite dans le dossier des cartes supplémentaires qui accompagne la réplique du Botswana, ainsi qu'à l'onglet n° 29 du dossier des juges.

Je me rends compte que l'échelle de cette carte est inférieure à celle à partir de laquelle le Botswana en général recommande de se procurer des renseignements utiles. Quand je la soumetts à l'attention de la Cour, je me propose de la présenter comme un exemple ancien d'une ligne-frontière placée *sur* le cours d'eau et qui suit le chenal nord autour de l'île.

14. Ici la ligne-frontière, à la différence de celle de la carte britannique précédente de 1933, se trouve représentée comme une ligne de croix noires imprimées par dessus la ligne bleue du Chobe et le long de celle-ci. Bien que l'échelle soit petite, il est clair que le cours d'eau suit le chenal nord autour de l'île avant de franchir Kasane sur la rive sud et la ligne de croix noires suit ce méandre septentrional. Le chenal sud n'est pas représenté, tandis qu'il apparaissait sur le *Print Laydown* (1752C) établi à partir de la photographie aérienne qui a permis de compiler la carte.

15. La carte britannique de 1933, sur laquelle la Namibie se fonde dans une certaine mesure, diffère de cette carte parce qu'elle situe le symbole de la frontière sur toute la longueur du Chobe le long de la rive sud. L'emplacement exact de la frontière le long du Chobe sur cette carte de 1965 à l'échelle de 1/500 000 établie par les services topographiques britanniques contredit l'affirmation de la Namibie selon laquelle «sur des cartes d'échelle moyenne et réduite, ... il est exceptionnel

014

d'essayer de montrer la partie du segment de la rivière dans laquelle se trouve la frontière»⁴. Cette carte, ainsi que les cartes britanniques et celles des forces de défense sud-africaines sur lesquelles je me pencherai ultérieurement, situent toutes la frontière sur le cours d'eau. Déclarer : «Il est certain que la représentation d'une frontière décalée n'implique nullement une frontière le long d'une rive» constitue sans aucun doute une proposition trop générale quand le lecteur de la carte ne dispose d'aucune information indépendante sur l'emplacement précis de la frontière. De fait, l'expert cartographique namibien limite la généralité de sa proposition à sa propre généralisation en ajoutant : «Dans ce cas, lorsqu'il a toujours été clair que la frontière se trouve quelque part dans la rivière, tout symbole de frontière qui suit la rivière est prévu pour stipuler que la frontière passe dans cette rivière.» Cette restriction suppose que le lecteur de la carte possède des informations indépendantes relatives aux termes de l'article III et soit parvenu à une conclusion sur son interprétation du point de vue des caractéristiques fluviales. Or l'argumentation de la Namibie consiste à soutenir que les cartes indiquent l'emplacement précis de la frontière sans aucun élément de preuve extérieur. Comment est-il possible de dire qu'une frontière qui suit la rive sud ou nord d'un cours d'eau doit être dûment interprétée comme suivant «le centre du chenal principal» ? Il est particulièrement difficile de formuler une telle supposition quand il s'agit d'une frontière fixée par l'accord anglo-allemand de 1890, car les auteurs du traité n'ont pas adopté un choix cohérent de l'emplacement de la frontière le long du chenal d'un cours d'eau. A l'occasion, l'accord de 1890 prévoit en termes exprès que la frontière doit suivre une rive d'un cours d'eau déterminé; ainsi l'alinéa 2 du paragraphe 3 de l'article 1 de l'accord de 1890 parle-t-il d'une ligne «sur la rive septentrionale du fleuve Djouba» qui «remonte ladite rive»; et le paragraphe 1 de l'article III parle d'une «ligne partant de l'embouchure du fleuve Orange et remontant la rive septentrionale de ce fleuve». Une fois encore à propos de la rivière Dchawe ou Shavoe, le paragraphe 1 de l'article IV déclare que la frontière suit la rive droite dudit fleuve jusqu'à ce qu'elle atteigne un point déterminé⁵.

⁴Réplique de la Namibie, III, annexe 1, p. 6/7.

⁵Mémoire du Botswana, annexe 12.

16. Les cartes graphiques terrestres et aériennes britanniques des opérations conjointes de 1968

La série suivante de cartes britanniques est constituée par les cartes graphiques des opérations conjointes établies par la direction des relevés militaires du ministère de la défense, en date du 12 juillet 1986.

Cette carte est publiée dans une version terrestre et une version aérienne : cette dernière est identique à la carte terrestre, sauf que des zones aériennes y sont inscrites et que l'altitude est marquée en pieds, non pas en mètres comme sur la carte terrestre. Des copies des deux versions de cette carte se trouvent sous les numéros 7 et 8 de l'atlas supplémentaire du Botswana et la carte terrestre figure sous l'onglet n° 30 du dossier des juges.

17. L'échelle est de 1 250 000, assez grande pour représenter le cours du Chobe par une double ligne bleue. L'île et les deux chenaux sont indiqués avec clarté et leur orientation est correcte. La double ligne bleue continue à la bifurcation sur toute la longueur du chenal nord et en aval jusqu'au confluent du cours d'eau avec le Zambèze.

0 1 5 18. Le secteur ouest du chenal sud est indiqué par une ligne bleue unique qui s'élargit pour former un petit cercle à l'emplacement de la lagune après la boucle du méandre. Seule l'extrémité est du chenal sud est figurée par une ligne bleue double moins large que celle qui est utilisée pour le chenal nord.

19. La frontière internationale est une ligne rouge qui remplit la largeur dans la double ligne bleue du cours d'eau et elle est tracée le long du chenal nord, avec une ligne de points noirs placés à des intervalles au centre de la bande de couleur rouge.

20. La portée de ces deux cartes britanniques, de la carte du Bechuanaland de 1965 et des cartes graphiques des opérations conjointes de 1968, tient à l'exactitude avec laquelle elles représentent, pour toutes les années 1960 et la période de l'accession à l'indépendance du Botswana, les deux chenaux autour de l'île de Kasikili/Sedudu, ainsi qu'à la clarté avec laquelle elles situent la frontière internationale entre le territoire sous mandat du Sud-Ouest africain et le Botswana dans le cours d'eau, en particulier dans le chenal nord. Elles établissent que les autorités britanniques,

les prédécesseurs en titre du Botswana et non pas, comme l'allègue la Namibie, des tierces parties, reconnaissaient que le chenal nord constituait la frontière internationale.

21. J'en viens maintenant aux dernières cartes de mon choix, les cartes militaires de la région préparées par les forces de défense sud-africaines. La Cour se souviendra qu'à la fin des années 1970 et dans les années 1980, l'Afrique du Sud affrontait une agitation croissante dans la bande de Caprivi et se trouvait en présence des activités de la SWAPO après que l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies avait mis fin au mandat en octobre 1966. Dans ces conditions, les cartes destinées aux forces de défense sud-africaines, qui indiquaient l'emplacement des frontières internationales dans les régions où ces forces allaient opérer, présentaient un caractère essentiel.

22. Deux cartes entrent dans cette catégorie.

La carte JARIC de 1978

En premier lieu, la carte JARIC du Caprivi à une échelle de 1/100 000. (JARIC est l'acronyme de *Joint Air Reconnaissance Intelligence Centre*; HLVS est l'acronyme correspondant en Afrikaans). Cette carte est reproduite comme la carte 22 de l'atlas du Botswana et elle figure à l'onglet n° 31 du dossier des juges.

23. Deux versions de cette carte sont disponibles. L'une ne porte aucune date, mais les renseignements relatifs à son établissement et des éléments de preuve internes (la table des variations magnétiques donne la correction pour 1974) indiquent qu'elle était utilisée en 1978. Cette carte de 1978 est une carte officielle établie par l'unité cartographique des forces de défense sud-africaines, entièrement dressée à partir d'une photographie aérienne prise par les forces aériennes d'Afrique du Sud en 1977 conformément à un plan de travail (ce plan et le rapport joint se trouvent reproduits avec la carte 26 de l'atlas supplémentaire du Botswana et dans le contre-mémoire du Botswana, annexe 32). Des extraits de la carte et le plan de vol se trouvent aux pages 245 et 246 du contre-mémoire du Botswana. La Namibie conteste l'utilisation de la photographie aérienne de 1977 aux fins de la préparation de la carte JARIC et dit que la préparation en a été effectuée lors

de l'établissement d'une carte civile de 1982⁶. Cependant le rapport, dont l'en-tête porte le nom d'un officier du 46^e escadron de reconnaissance et qui est revêtu de sa signature indique la participation à l'établissement d'une carte militaire, plutôt que civile. On s'est procuré le plan de travail et le rapport auprès du ministère de la défense sud-africain et non de l'organisation cartographique nationale. La densité et la qualité des points de contrôle photographiques qui font l'objet du relevé sont tout à fait insuffisantes pour le contrôle du tracé d'une carte civile de 1982 d'une échelle de 1/50 000, comme l'allègue la Namibie.

24. Cependant, quelles que soient les modalités de sa production, il n'y a pas de doute que les renseignements inclus dans cette carte détruisent en totalité la prétendue cohérence, alléguée par la Namibie, avec laquelle les cartes officielles situeraient la frontière dans le chenal sud. La frontière est représentée par une solide ligne de pointillés noirs et, à proximité de l'île de Kasikili/Sedudu, elle suit nettement le centre du chenal nord.

25. Dans son contre-mémoire⁷, la Namibie critique cette carte en déclarant qu'elle «indique non pas deux chenaux dans la partie de la rivière qui nous intéresse, mais un seul». Cela n'est pas tout à fait exact. La section est du chenal sud est représentée et, si les autorités sud-africaines avaient admis, ce que soutient maintenant la Namibie, que le cours véritable du chenal sud dans son secteur ouest traverse l'île, il aurait été parfaitement possible de placer le symbole frontalier de points noirs le long de l'eau dans le secteur est du chenal sud, puis de l'orienter vers le nord-ouest pour qu'il traverse l'île et rejoigne le point de départ de la bifurcation en aval. Au lieu de cela, la carte indique clairement que la frontière suit le chenal nord d'un bout à l'autre.

L'édition révisée de la carte JARIC de 1982

26. Une édition révisée de cette carte, à la même échelle de 1/100 000, a été effectuée par le 47^e escadron de reconnaissance en 1982 et une note imprimée au pied de la carte indique «mise à jour par le 47^e escadron, 1982». Une copie de cette carte se trouve dans le dossier de cartes supplémentaires fourni par le Botswana et à l'onglet n° 32 du dossier des juges. La position de la

⁶Réplique de la Namibie, annexe 1, p. 18, par. 23 b).

⁷Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 77.

frontière n'a pas été modifiée. Cela contredit l'allégation de la Namibie selon laquelle la seule fois où les forces de défense d'Afrique du Sud ont produit une carte où la frontière figure dans le chenal nord fut après l'incident de novembre 1984, quand leur objectif «n'aurait pas alors été de définir la frontière internationale, mais simplement de positionner une limite aux activités des patrouilles des forces de défense sud-africaines, afin de prévenir tout incident à l'avenir»⁸. En réalité, cette explication nuit très gravement à l'argumentation de la Namibie, comme je l'indiquerai plus loin.

27. Il convient de relever qu'à la fois la première version de la carte JARIC et la version de 1982 non seulement marquaient la frontière riveraine entre le Sud-Ouest africain et le Botswana, mais aussi la frontière riveraine dans le thalweg du Zambèze entre la Zambie et le Sud-Ouest africain. Cela donne à penser que la carte était utilisée à des fins d'information générale relatives à *toutes* les frontières internationales dans la région.

28. La carte des services de renseignement militaires sud-africains de 1984

La deuxième carte militaire établie par les forces de défense sud-africaines est la carte des services de renseignement militaires de 1984, à l'échelle de 1/50 000; elle est reproduite dans l'atlas supplémentaire du Botswana comme la carte 15 et figure à l'onglet n° 33 dans le dossier des juges.

29. Nous avons ici une annotation de mise à jour sur la troisième édition tout en couleur de la carte d'Afrique du Sud de 1982, feuille 1725CC. Comme pour la version révisée de la carte JARIC, une note, cette fois manuscrite à l'encre rouge, indique en Afrikaans «*Opdatering gedoen deur 47 Opmetings Eskadron Opdatering Sept 83 - Jan 84*». Cela signifie «mise à jour par le 47^e escadron de reconnaissance septembre 83 - janvier 84.»

30. Cette carte a été publiée en distribution restreinte et au moment le plus violent de la guerre contre les combattants de la liberté de la SWAPO au Caprivi oriental. Elle est lourdement annotée avec des renseignements qui ne sont pas donnés sur l'édition civile et qui se rapportent aux boutiques, écoles, cliniques, ainsi qu'aux noms des chefs de village.

⁸Réplique de la Namibie, vol. III, annexe 1, p. 21.

31. Aucune frontière n'est indiquée sur la version civile de 1982 dont cette carte a été tirée, un fait qui surprend M.Rushworth⁹. Un fait plus surprenant encore est la découverte tardive, faite seulement en 1998, à temps pour l'inclure dans la réplique de la Namibie, d'une carte à l'échelle de 1/100 000 de 1982, extraite des archives des forces de défense sud-africaines à Pretoria, qui indique comme frontière une ligne noire hachée qui suit le chenal sud autour de l'île. Si, en réalité, les forces de défense sud-africaines, pendant la période de 1978 à 1984, travaillaient

- i) à partir de cartes qui indiquaient la frontière dans le chenal nord, par exemple la carte JARIC dans ses deux versions et la carte des services de renseignement militaire de 1984, et
- ii) à partir de cartes qui indiquaient la frontière dans le chenal sud, comme cette carte de 1982 «récemment découverte» et
- iii) si elles se servaient aussi de cartes qui n'indiquaient aucune frontière (par exemple la carte civile à l'échelle de 1/50 000 de 1982),

cela établit sans aucun doute que le gouvernement et un de ses organes les plus importants, le ministère de la défense, n'avaient aucune connaissance certaine ou cohérente de l'emplacement véritable de la frontière. Cette dernière découverte n'apporte qu'un élément de preuve supplémentaire pour établir que les cartes publiées par l'Afrique du Sud ne montraient pas «l'uniformité et la cohérence habituelles» que la Namibie se plaît à affirmer¹⁰.

32. Sur la carte des services de renseignement militaires de 1984, une ligne claire de points et de tirets à l'encre rouge figure le long du centre du cours d'eau et, à proximité de l'île de Kasikili, cette ligne rouge suit le centre du chenal nord. La ligne rouge est annotée «*SWA-BOTSWANA GRENS*», ce qui signifie en traduction «frontière SWA (c'est-à-dire Sud-Ouest africain)-Botswana». Il n'y a pas sur cette carte de note d'avertissement concernant la frontière.

33. Ces cartes militaires sont très importantes. Elles ont été établies à une époque où l'Afrique du Sud occupait encore illégalement la Namibie, patrouillant le territoire et s'y livrant à

⁹Réplique de la Namibie, III, annexe I, p. 21, par. 26 a).

¹⁰Réplique de la Namibie, p. 122, par. 281.

d'autres activités militaires. Si, comme la Namibie le donne à entendre maintenant, un peu tard, les informations que donnent ces cartes quant à l'emplacement de la frontière internationale ont été contredites par une carte de 1982, elle aussi utilisée par les forces de défense sud-africaines, elles indiquent à tout le moins qu'il y avait incertitude et confusion en ce qui concerne l'emplacement précis de la frontière.

34. Ces cartes sont assurément une cause d'embarras pour la Namibie, qui s'est efforcée de mettre au point des explications pour en réduire la portée. La plus récente consiste à dire que la carte des services de renseignement militaires de 1984 était la conséquence directe de l'incident de novembre 1984 qui a amené des pourparlers entre l'Afrique du Sud et le Botswana et la mission confiée à la commission mixte topographique. L'expert en cartographie de la Namibie indique :

«une explication probable est que la carte (de 1984) aurait été produite après l'incident, disons en novembre 1984, afin de donner suite à l'accord des deux forces de défense qui dit que «les patrouilles des forces respectives opéreront au nord et au sud de l'île de Sidudu»¹¹.

35. Cette explication proposée est aussitôt démentie par le fait que la carte de 1984 porte elle-même la date «janvier 1984» dactylographiée sur une étiquette blanche sur la carte.

36. Cependant, l'explication des Namibiens est révélatrice. Elle admet que la carte constituait le résultat d'un accord entre les forces de défense d'Afrique du Sud et du Botswana et qu'elle était utilisée pour séparer les deux forces. Quand nous nous souvenons qu'elle déclarait expressément en majuscules que la ligne tracée dans le chenal nord était la «frontière SWA/Botswana», cela confirme assurément avec clarté que les autorités sud-africaines compétentes reconnaissaient que la frontière suivait le chenal nord, une reconnaissance qui ne fait que confirmer la position consignée pendant les cinq dernières années sur les cartes JARIC. Comme on l'a déjà fait observer, ces cartes montrent la frontière fluviale entre la Zambie et le Sud-Ouest africain, ainsi que la frontière entre le Botswana et le Sud-Ouest africain. Il en va de même de la carte des services de renseignement militaires de 1984, qui indique la frontière avec les mots «*SWA/ZAMBIA GRENS*». Compte tenu de cela, il est certain que l'on doit accepter les cartes comme destinées à donner des renseignements sur l'emplacement de toutes les frontières internationales de la région. Rien ne

¹¹Réplique de la Namibie, vol. III, annexe 1, p. 20.

0 2 0
saurait escamoter le fait avéré que les forces de défense sud-africaines ont produit et possédaient, au plus fort de la campagne contre la SWAPO, les versions de 1978 et de 1982 de la carte JARIC et la carte des services de renseignement militaires de 1984, qui plaçaient clairement la frontière internationale entre le Botswana et le Caprivi oriental dans le chenal nord autour de l'île de Kasikili/Sedudu.

37. La Namibie ne peut pas plaider que ces cartes militaires internes n'ont aucune valeur probante. Les tribunaux internationaux se sont montrés disposés à se fonder sur des cartes militaires (voir l'affaire des *Parcelles frontalières*)¹². Dans l'affaire du *Temple (fond)*, la Cour internationale s'est référée à une carte officielle thaïlandaise de 1937 et elle a fait observer : «Que cette carte ait été destinée à des fins internes d'ordre militaire ne paraît pas à la Cour de nature à en affaiblir la valeur comme preuve de l'état d'esprit de la Thaïlande»¹³.

38. Monsieur le président, pour conclure mon examen des cartes choisies, je présente respectueusement les conclusions suivantes au nom du Botswana.

- i) Aucune de ces cartes, ni du reste aucune autre carte invoquée par la Namibie, ne représente le chenal hypothétique tracé à travers l'île que la Namibie invoque comme chenal principal.
- ii) La carte von Frankenberg, seule parmi toutes les cartes anciennes, fait une comparaison directe entre les caractères des chenaux nord et sud et elle indique avec clarté, en qualifiant le chenal sud de bras latéral ou «*fluss arm*», que le Chobe descend le chenal nord en tant qu'il est le chenal principal.
- iii) Les cartes britanniques de 1965 et 1968 sont deux des rares cartes qui, avant ou peu après l'accession du Botswana à l'indépendance, représentent la frontière dans le Chobe et elles montrent clairement que la frontière suit le chenal nord autour de l'île.
- iv) Les forces de défense sud-africaines avaient en leur possession et utilisaient lors de leurs opérations contre la SWAPO deux cartes militaires, la carte JARIC dans ses

¹²C.I.J. Recueil 1959, p. 227.

¹³C.I.J. Recueil 1962, p. 28.

versions de 1978 et 1982, et la carte des services de renseignement militaires de 1984, qui représentaient et indiquaient clairement la frontière entre le Botswana et le Caprivi oriental comme située dans le chenal au nord et à l'ouest de l'île de Kasikili/Sedudu.

0 2 1

- v) Ces cinq cartes, qui montrent que le chenal nord est le chenal principal, établissent l'ineptie de l'allégation de la Namibie selon laquelle il existe une «cohérence générale remarquable» ou une «suite ininterrompue » de cartes officielles qui représenteraient la frontière dans le chenal sud du Chobe.

39. Ainsi s'achèvent mes plaidoiries du premier tour; je remercie le président ainsi que Madame et Messieurs les éminents Membres de la Cour pour la courtoisie avec laquelle ils ont suivi mon argumentation.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, lady Fox. Monsieur Stefan Talmon, je vous prie.

M. TALMON : Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour. C'est un grand honneur pour moi d'avoir l'occasion de prendre la parole pour la première fois devant la Cour.

I. Introduction

Je présenterai l'argumentation du Botswana sur le libellé de l'accord anglo-allemand de 1890 et sur la notion de thalweg en droit international dans le contexte de cet accord.

Mon collègue, M. Brownlie, a montré dans son exposé, il y a trois jours, que les dispositions de l'accord anglo-allemand constituent le droit applicable aux fins du règlement du présent différend. Il est peut-être indiqué de rappeler que l'article I du compromis du 15 février 1996 prie la Cour de déterminer la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu ainsi que le statut juridique de cette île : «sur la base du traité anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890 et des règles et principes du droit international».

1. Le libellé de l'accord anglo-allemand

L'accord a été signé à Berlin le 1^{er} juillet 1890. Il a été authentifié en deux langues, l'anglais et l'allemand, qui font également foi. Le passage se rapportant au présent différend figure au

paragraphe 2 de l'article III, qui concerne la limite de la sphère d'influence allemande dans le Sud-Ouest africain. Le texte anglais est ainsi rédigé :

0 2 2

«a line [la ligne délimitant la sphère d'influence allemande] ... runs eastward along that parallel [le 18° parallèle] 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.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 4; mémoire du Botswana, vol. II, annexe 12; les italiques sont de moi.)

[«une ligne [la ligne délimitant la sphère d'influence allemande] ... suit ce parallèle [à savoir le 18° parallèle] vers l'est jusqu'à la rivière Chobe; et suit *le centre du chenal principal de cette rivière* jusqu'à son confluent avec le Zambèze, où elle s'arrête.»] [Traduction du Greffe.]

Le passage correspondant en allemand est ainsi libellé :

«eine linie ... läuft dann in östlicher Richtung diesem Breitengrade entlang, bis er den Tschobe-Fluss erreicht und setzt sich dann im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses bis zu dessen Mündung in den Zambese fort, wo sie ihr Ende findet.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 4; mémoire du Botswana, vol. II, annexe 11; les italiques sont de nous.)

Le présent différend porte sur le sens des mots «*the centre of the main channel of that river*» et «*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*» [le centre du chenal principal de cette rivière].

Les Parties s'accordent dans l'ensemble pour dire que ces mots ont le même sens dans les deux textes qui font foi. Elles sont toutefois en désaccord sur le sens exact.

2. La thèse de la Namibie

La Namibie soutient que le mot anglais «*centre*» correspond au terme allemand «*Thalweg*», que l'expression anglaise «*main channel*» (chenal principal) correspond au mot allemand «*Hauptlauf*» et que, partant, il faut d'abord identifier le «*main channel*» ou «*Hauptlauf*» [chenal principal] du Chobe pour ensuite être en mesure de déterminer son «*centre*» ou «*Thalweg*» (mémoire de la Namibie, vol. I, par. 117). La Namibie adopte donc une démarche en deux temps : il faut d'abord identifier le chenal principal, puis déterminer le centre ou thalweg de ce chenal, pour que la frontière se trouve définie.

Selon le Botswana, ce découpage des expressions «*centre of the main channel of that river*» et «*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*» [le centre du chenal principal de cette rivière] est artificiel et déforme le sens ordinaire des termes utilisés dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'accord anglo-allemand. Il ne tient absolument pas compte non plus de la notion de

«thalweg» qui trouve expression dans les deux textes, anglais et allemand, de l'accord. En scindant en deux parties les expressions «*the centre of the main channel of that river*» et «*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*» [le centre du chenal principal de cette rivière] et en attribuant — pour reprendre les termes employés par la Namibie — une «fonction prépondérante» (mémoire de la Namibie, vol. I, par. 117) au chenal principal et «un rôle secondaire» (mémoire de la Namibie, vol. I, par. 117) au centre, la Namibie tente de s'affranchir du thalweg du Chobe reconnu comme la frontière dans l'accord anglo-allemand.

0 2 3

3. Le point de vue du Botswana

Monsieur le président, le Botswana estime que les deux expressions «*centre of the main channel of that river*» et «*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*» [centre du chenal principal de cette rivière] doivent être examinées comme formant un tout pour déterminer leur sens exact. Je montrerai dans la section suivante que ces deux expressions visent le thalweg du Chobe en tant que frontière.

4. Plan de mon exposé

J'ai divisé mon exposé en quatre parties : j'examinerai d'abord le sens ordinaire des termes utilisés dans l'accord anglo-allemand, puis retracerai l'historique de la rédaction de ce document et de la terminologie employée aux différents stades de la négociation de l'accord. Je montrerai ensuite que l'interprétation du traité retenue par le Botswana est la seule qui soit raisonnable à la lumière de son objet et de son but. Enfin, dernier point mais non le moindre, j'examinerai brièvement la question des traités plurilingues.

II. Le sens ordinaire des termes utilisés

Monsieur le président, selon le paragraphe 1 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités qui peut être considéré comme une codification du droit international coutumier existant : «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.» (Les italiques sont de nous.)

Le Botswana soutient que, selon le sens ordinaire des termes utilisés aussi bien dans le texte anglais que dans le texte allemand, la frontière suit le thalweg du Chobe.

1. Le terme allemand «Thalweg»

Il importe de se rappeler d'emblée que «*Thalweg*» est un mot d'origine allemande utilisé d'abord par les bateliers du Rhin. L'encyclopédie coloniale allemande (dont la rédaction a été terminée en 1914) précise :

«En raison de son usage fréquent dans les traités entre Etats auxquels le partage politique de l'Afrique a donné lieu au cours de ces dernières vingt-cinq années, le terme «talweg» qui, dans de nombreux cas, est synonyme de l'expression «chenal le plus profond», a acquis droit de cité dans la plupart des langues civilisées, qui ne disposaient pas d'une expression aussi brève et précise.» (*Deutsches Kolonial-Lexikon*, III (1920), p. 454; série de documents additionnels du Botswana, n° 7.)

0 2 4 D'un point de vue linguistique, le mot «*Thalweg*» désigne «le chemin qui descend». M. Kercea a écrit en 1916, dans son ouvrage *Die Staatsgrenze in den Grenzflüssen* [Les frontières d'Etats dans les fleuves frontaliers] :

«Chez les bateliers, le «Talweg» devient donc, à juste titre, le bras de fleuve généralement emprunté par les bateaux pour parcourir le plus rapidement ce fleuve d'amont en aval. «Le chemin qui descend» n'est donc plus seulement la voie menant à l'embouchure du fleuve. Dans la mesure où ce doit être la voie la mieux adaptée à la navigation, il est également le cours «*le plus profond*» du fleuve, permettant aux bateaux les plus chargés, et donc ceux ayant les tirants d'eau les plus importants, de se déplacer à la plus grande allure possible.» (P. 126-127; contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 9; les italiques sont de nous.)

Cependant, comme le signale à juste titre M. Kercea, le thalweg ne correspond pas au chenal du cours d'eau qui est utilisé comme la voie la mieux adaptée à la navigation et qui est parfois désigné en anglais par les mots «*main channel*» et en français par l'expression «bras principal». Le thalweg n'est qu'une partie de ce chenal. Dans la doctrine juridique et les traités on lui donne une définition géographique un peu imprécise : «le centre du chenal le plus profond» (Josef Kohler (dir. publ.), *Encyklopädie der Rechtswissenschaft* [Encyclopédie de la jurisprudence] (1904), p. 1010; réplique du Botswana, vol. II, annexe 3) ou : le «centre du principal chenal navigable» (Heilborn, «*Talweg*» dans Karl Strupp (dir. publ.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie* (Encyclopédie du droit international public et de la diplomatie, vol. II (1925), p. 704; série de documents additionnels du Botswana, n° 10).

Si l'on veut être précis du point de vue géographique, le thalweg est, au fond du lit du cours d'eau, une ligne reliant les points de profondeur maximale, qui *peut* se trouver au centre du chenal mais qui, le plus souvent, serpentera dans le lit du cours d'eau, parfois à gauche, parfois à droite du centre.

Il est important de relever que «*Talweg*» n'est pas qu'un terme allemand. Depuis le début du XIX^e siècle il en est venu à constituer un principe juridique international de délimitation des frontières dans les cours d'eau navigables. Les Etats peuvent s'entendre sur le principe sans employer expressément le terme. Charles Cheney Hyde, dans un article consacré aux cours d'eau frontaliers, publié en 1916 dans l'*American Journal of International Law*, a écrit :

«Après ce traité [le traité de Lunéville de 1801], les Etats s'étant familiarisés avec le concept de thalweg, semblent avoir utilisé soit ce terme soit quelque autre terme manifestement synonyme à chaque fois que l'intention était d'appliquer le nouveau mode de démarcation. Les principaux traités de délimitation conclus depuis le début du XIX^e siècle fournissent des preuves abondantes attestant du fait que les Etats ont généralement pris grand soin d'exprimer leur acceptation du principe du thalweg, et ont évité d'employer des termes dont le sens littéral pourrait inciter à en déduire que les parties contractantes ont voulu s'en tenir à l'ancienne méthode d'établissement des frontières.» (Reproduit dans le contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 8.)

0 2 5

Alors que le texte allemand de l'accord anglo-allemand — ce qui n'est peut-être pas surprenant — emploie expressément le mot «*Thalweg*», le texte anglais parle du «*centre of the main channel*» [centre du chenal principal] comme constituant la frontière.

2. L'expression anglaise «*the centre of the main channel*» [le centre du chenal principal] désigne le «*thalweg*»

a) Evolution linguistique

Le Botswana soutient que l'expression anglaise «*centre of the main channel*» [centre du chenal principal] désigne également le thalweg. L'absence du terme «*thalweg*» dans le texte anglais peut s'expliquer par le fait que ce mot ne s'est acclimaté que progressivement dans d'autres langues. Il n'est pas rare de constater que l'évolution de la langue suit celle du droit. On en trouvera deux exemples en allemand avec l'adoption des expressions «*soft law*» [droit indicatif] et traités que l'on qualifie de «*self-executing*» [directement applicables]. Les idées qu'elles véhiculent étaient

connues et discutées en Allemagne bien avant que ces expressions anglaises entrent dans la langue et les dictionnaires juridiques allemands.

L'auteur suisse Schulthess a signalé dans son ouvrage *Das Internationale Wasserecht* [Le droit international de l'eau], publié en 1915, que : «le terme «*Talweg*» ... est employé ... alternativement avec des termes nationaux en partie vagues et parfois même inexacts» (*Das Internationale Wasserecht* [Le droit international de l'eau] (1915), p. 15; réplique du Botswana, vol. II, annexe 5).

L'expression «*centre of the main channel*» [centre du chenal principal] est une périphrase rendant de façon précise en anglais le sens du terme allemand «*thalweg*». Elle correspond aux définitions du «*thalweg*» figurant dans les ouvrages de doctrine et les traités que j'ai mentionnés, notamment «le centre du chenal le plus profond» et «le centre du principal chenal navigable».

Il est courant qu'un terme national qui n'a pas d'équivalent dans une autre langue et qui ne peut se traduire littéralement doive être rendu par une périphrase dans cette langue. A cet égard un autre terme allemand qui s'est glissé dans le vocabulaire anglais et n'a aucun équivalent anglais vient immédiatement à l'esprit : le mot «*Schadenfreude*». Pour rendre en anglais le sens de *Schadenfreude* sans utiliser ce mot, il faut recourir à une périphrase. Selon le *Shorter Oxford English Dictionary*, «*Schadenfreude*» peut se rendre par une périphrase telle que : «*malicious enjoyment of another's misfortune*» [joie maligne suscitée par le malheur d'autrui].

Le Botswana soutient que «*the centre of the main channel*» [le centre du chenal principal] du cours d'eau est en anglais une périphrase pour «*thalweg*». Parmi d'autres expressions fréquemment utilisées dans les traités pour rendre la notion de *thalweg* figurent : «*the centre of the channel of the river*» [le centre du chenal du cours d'eau] (convention entre la Grande-Bretagne et le Portugal relative à leurs territoires respectifs en Afrique, signée à Londres le 20 août 1890 : Martens, NRG, deuxième série, vol. 18, p. 154; reproduit dans la série de documents additionnels du Botswana, n° 3), «*the deepest channel of the river*» [le chenal le plus profond du cours d'eau] «*the middle of the channel of the river*» [le milieu du chenal du cours d'eau] et «*the centre of the chenal (sic) of the river*» [le centre du chenal du cours d'eau] (K. Schulthess, *Das Internationale Wasserrecht* [Le droit international de l'eau] (1915), p. 12; reproduit dans la réplique du Botswana, vol. II, annexe 5). On trouve une autre périphrase au paragraphe 1 de l'article IV de l'accord

anglo-allemand de 1890 : «*mid-channel of the river*» [milieu du chenal du cours d'eau]. Les deux expressions «*mid-channel of the river*» et «*centre of the main channel of the river*» sont rendues par le terme «*thalweg*» dans le texte allemand de l'accord anglo-allemand.

L'affirmation de la Namibie selon laquelle le «centre du cours d'eau» équivaut à thalweg n'est par contre aucunement corroborée par les traités ou par la doctrine.

b) La pratique des Etats

La thèse du Botswana selon laquelle l'expression anglaise «*centre of the main channel*» [centre du chenal principal] (considérée comme un tout) correspond au terme allemand «*thalweg*», ou autrement dit que cette expression et ce terme peuvent être utilisés comme des synonymes, est également étayée par la pratique conventionnelle des Etats. On en trouvera un exemple dans le traité du 11 avril 1908 entre les Etats-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne concernant la délimitation de la frontière internationale entre les Etats-Unis et le dominion du Canada. Le passage qui nous intéresse de l'article II de ce traité se lit comme suit :

«la frontière dans ladite rivière [St. Croix] empruntera sur toute sa distance le cours de celle-ci et suivra le *centre du chenal principal ou thalweg* existant naturellement sauf lorsque ce tracé modifierait, affecterait, ou contredirait le caractère national d'une île déjà établie par reconnaissance et acquiescement réciproques, auquel cas la limite passera de l'autre côté de cette île et suivra le *milieu du chenal* le plus proche de celle-ci...» (Martens, NRG, troisième série, vol. 4, p. 195; reproduit dans la série de documents additionnels du Botswana, annexe 4; les italiques sont de nous).

027

Monsieur le président, il convient de relever que ce traité fait une distinction entre «le centre du chenal principal ou le thalweg» d'une part et «le milieu du chenal» d'autre part. Les expressions «le centre du chenal principal» et «le thalweg» sont utilisées comme des synonymes ainsi que l'indique la conjonction «ou» liant ces deux expressions. Cela va à l'encontre de la thèse de la Namibie selon laquelle le mot «*centre*» (par lui-même) correspond à thalweg.

c) La jurisprudence des tribunaux nationaux

L'emploi de l'expression «*centre of the main channel*» [centre du chenal principal] dans le sens de thalweg a également été admis, par exemple, dans plusieurs décisions de la cour suprême des Etats-Unis qui, reconnaissant la doctrine du thalweg, a déclaré que, dans le cas des fleuves frontières navigables, la ligne suit le «milieu du chenal principal du cours d'eau» (Charles Cheney Hyde, «*Notes on Rivers as Boundaries* (Notes sur les fleuves frontières)»,

American Journal of International Law, vol. 6 (1912), p. 903, et les décisions qui y sont citées; reproduit dans le contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 8).

3. L'assertion de la Namibie selon laquelle «*centre*» est synonyme de «*thalweg*»

La Namibie a tenté de présenter le mot anglais «*centre*» comme l'équivalent du terme allemand «*thalweg*» et l'expression anglaise «*main channel*» [chenal principal] comme l'équivalent du terme allemand «*Hauptlauf*» (réplique de la Namibie, p. 7, note de bas de page 23). En scindant l'expression anglaise «*the centre of the main channel of*» [le centre du chenal principal de] la rivière en deux parties, c'est-à-dire «*the centre of*» et «*the main channel of*», le Gouvernement de la Namibie oublie que seule l'expression considérée comme un tout a le même sens que «*thalweg*».

L'exemple suivant montre que le point de vue de la Namibie ne saurait être le bon (onglet n° 34 du dossier des juges).

Selon la Namibie, le mot anglais «*centre*» est synonyme du terme allemand «*thalweg*» et l'expression anglaise «*the main channel of*» est l'équivalent des mots allemands «*des Hauptlaufes*». Si l'on enlevait respectivement des textes anglais et allemand les mots «*the main channel of*» et «*des Hauptlaufes*», la frontière selon le texte anglais suivrait le «*centre*» du Chobe tandis qu'elle continuerait, selon le texte allemand, à suivre le «*thalweg*» de cette rivière. Ce résultat est contraire au principe du droit international coutumier consacré au paragraphe 3 de l'article 33 de la convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel les termes d'un traité plurilingue «sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques».

Le terme «*centre*» à lui seul ne correspond toutefois pas à «*thalweg*» : il évoque plutôt le principe de la ligne médiane que celui du *thalweg*. On se rappellera à cet égard que, du point de vue géographique, le *thalweg* ne se trouve généralement pas au centre ou au milieu du cours d'eau.

Cela montre qu'on ne saurait — contrairement à ce qu'affirme la Namibie — attribuer une signification distincte et encore moins une «fonction prépondérante» aux mots «*the main channel*» [le chenal principal] dans l'expression anglaise «*the centre of the main channel*» [le centre du chenal principal]. C'est donc à tort que la Namibie prétend qu'il faut d'abord localiser un «chenal principal».

Le Botswana ne suggère pas — comme le donne à penser la Namibie (réplique de la Namibie, vol. I, par. 17, 98) — que les mots «*the main channel of*» du texte anglais devraient ne pas y figurer ou être ignorés. Bien au contraire, comme nous venons de le montrer, ces mots sont indispensables pour exprimer la notion de thalweg en anglais, car les mots «*the centre of*» [le centre de] la rivière ne sauraient à eux seuls être considérés comme l'équivalent de thalweg.

Le Botswana soutient par contre que les mots «*des Hauptlaufes*» du texte allemand auraient pu en principe ne pas y figurer sans que le sens de ce texte soit modifié.

Le thalweg étant défini comme faisant partie du principal chenal navigable (ou, pour être plus précis, comme une ligne située dans ce chenal), les mots «*des Hauptlaufes*» du texte allemand n'étaient pas réellement nécessaires. Le thalweg se situe par définition dans le chenal principal. Les deux expressions «*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*» et «*im Thalweg dieses Flusses*» veulent dire que la frontière suit le thalweg du Chobe vers l'aval. J'examinerai plus tard — avec votre permission, Monsieur le président —, en analysant la chronologie du processus de rédaction de l'accord anglo-allemand, les raisons pour lesquelles les mots «*des Hauptlaufes*» se sont néanmoins glissés dans le texte allemand.

4. La pratique ultérieure des parties à l'accord anglo-allemand

a) L'Allemagne

Permettez-moi de me borner pour l'instant à indiquer que la partie allemande n'a jamais parlé ultérieurement de «*Thalweg des Hauptlaufes*» (c'est-à-dire de thalweg du chenal principal) d'un cours d'eau, mais uniquement du «*Thalweg*» du cours d'eau. Deux documents allemands ayant un lien étroit avec le présent différend en témoignent :

Le 30 avril 1910, le ministère allemand des affaires étrangères a adressé au Gouvernement britannique au sujet de la frontière orientale de la bande de Caprivi le long du Zambèze une note comportant un passage ainsi rédigé :

«L'accord du 1^{er} juillet 1890 ne contient aucune disposition spécifique concernant la frontière orientale du territoire allemand du Zambèze. Le Gouvernement impérial présume que le Gouvernement britannique acceptera que la frontière orientale du territoire allemand soit constituée par une ligne ... suivant *le thalweg du Zambèze* vers l'amont jusqu'à l'endroit où le fleuve atteint les rapides de Katima-Mulilo.» (Cité dans l'ouvrage de Maria Fish, *Der Caprivizipfel während der deutschen Zeit* [La bande du Caprivi à l'époque allemande] 1890-1914 (1996), p. 24; des extraits de ce livre, mais

non ce passage, sont reproduits dans le mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 119; pour le passage cité ci-dessus, voir la série de documents additionnels du Botswana, n° 7.)

Bien qu'il y ait de nombreuses îles sur ce tronçon du Zambèze (attribuées tardivement — en juillet 1933 — aux deux Etats riverains), le Gouvernement allemand n'a mentionné que «le thalweg du Zambèze» et non «le thalweg du chenal principal du Zambèze».

Monsieur le président, le deuxième document sur lequel je voudrais attirer votre attention est encore plus pertinent du point de vue du sens de l'accord anglo-allemand de 1890. C'est une première version de la lettre que je viens de citer. Ce texte, daté du 25 avril 1910 à Berlin, contient le passage suivant :

«L'accord du 1er juillet 1890 ne contient aucune disposition spécifique concernant la frontière du territoire allemand du Zambèze. Le Gouvernement allemand est d'avis que la frontière de ce territoire est constituée par une ligne qui, partant du *thalweg du Chobe*, tourne pour rejoindre le Zambèze, puis suit le *thalweg du Zambèze* en remontant le fleuve jusqu'à sa jonction avec les rapides de Katima-Molilo.» (Contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 5.)

Ce document, indépendamment du fait qu'il parle du thalweg du Chobe et du Zambèze et non du thalweg du chenal principal de ces cours d'eau, montre clairement que le Gouvernement allemand estimait que la frontière méridionale du territoire allemand du Zambèze était constituée par «*le thalweg du Chobe*».

b) La Grande-Bretagne

0 3 0 J'ajouterai, Monsieur le président, que le Gouvernement britannique était du même avis. C'est ce que montre l'accord, conclu par échange de notes les 4 et 25 juillet 1933, entre le Gouvernement de l'Union sud-africaine, agissant en sa qualité de puissance mandataire à l'égard du Sud-Ouest africain, et le Gouvernement britannique de la Rhodésie du nord. Cet accord, qui concerne la frontière dans le Zambèze et l'attribution des îles de ce fleuve, comporte le passage suivant :

«[Les gouvernements] sont disposés à reconnaître que le *thalweg du Zambèze* jusqu'à sa jonction avec le *thalweg du Chobe* ou Linyanti devrait être considéré comme la frontière orientale de la bande de Caprivi...» (*British and Foreign State Papers*, vol. 136, p. 520, reproduit dans la série de documents additionnels du Botswana, n° 5; les italiques sont de nous).

Le fait que le traité établit un lien entre la frontière orientale, c'est-à-dire le «thalweg du Zambèze», et le «thalweg du Chobe ou Linyanti» démontre clairement que les parties considéraient le *thalweg du Chobe* comme la frontière méridionale de la bande de Caprivi.

On en trouve confirmation dans le fait que l'accord vise également l'île de «Kankumba» (ou Kakumba) qui se situe au confluent même du Chobe et du Zambèze. Comme on peut le voir par exemple sur la carte 11 de l'atlas supplémentaire du Botswana, la partie de loin la plus importante de l'île de Kankumba est située dans le Chobe. Ainsi que le montre un extrait simplifié de cette carte, l'île a été attribuée par l'accord de 1933 au Sud-Ouest africain sur la base de sa position géographique par rapport aux thalwegs du Chobe et du Zambèze et non par rapport à tel ou tel chenal principal. Ces deux cartes figurent sous l'onglet n° 35 du dossier des juges.

Point n'était besoin de se référer au chenal principal du Chobe ou du Zambèze, car le thalweg se situe toujours *par définition* dans le chenal principal. Ainsi, l'accord lui-même mentionne un rapport établi «par des commissaires chargés de déterminer le *thalweg* ou chenal principal du Zambèze». (*British and Foreign State Papers*, vol. 136, p. 520, série de documents additionnels du Botswana, n° 5.)

Les termes «thalweg» et «chenal principal» sont manifestement utilisés comme des synonymes dans ce contexte. Il importe également à cet égard de relever que la question de la propriété des îles situées dans le Zambèze a été tranchée sur la base de leur position géographique par rapport au «thalweg du Zambèze». Les Gouvernements de l'Afrique du Sud et de la Rhodésie du Nord ont convenu que : «les îles situées du côté du Caprivi du *thalweg* appartiendraient au Sud-Ouest africain et celles situées du côté de la Rhodésie du Nord appartiendraient à celle-ci.» (*Ibid.*)

0 3 1 5. Du point de vue juridique, un cours d'eau n'a qu'un thalweg

a) Le thalweg en cas de bifurcation

On voit ainsi que le concept de thalweg s'applique sans difficulté en cas de bifurcation. Cela s'explique, manifestement, par le fait que chaque cours d'eau n'a qu'un thalweg, c'est-à-dire qu'un chenal, chenal *le plus profond* qu'empruntent les navires ayant le plus fort tonnage pour descendre le cours d'eau. L'existence de deux chenaux «les plus profonds» serait contraire à la logique.

Lorsqu'il y a deux chenaux navigables, le plus profond est considéré comme celui où se trouve le thalweg. Ainsi, l'article II du traité de délimitation du 5 avril 1840 entre la France et le Grand-Duché de Bade prévoit :

«En cas de contestation à l'égard de deux bras du fleuve, celui qui, dans le cours de l'axe de son Thalweg particulier, offrira la sonde la moins profonde, ne pourra être considéré comme le bras du Thalweg du fleuve.» (Recueil des traités de la France, t. 4 : 1831-1842 (Paris, 1880) p. 517; reproduit dans la série de documents additionnels du Botswana, n° 2.)

La Namibie indique elle-même dans son contre-mémoire que plusieurs auteurs se prononcent pour la règle selon laquelle «dans le cas où il y a deux chenaux navigables, c'est le plus profond qui doit être considéré comme le thalweg» (contre-mémoire de la Namibie, vol. I, par. 71).

b) L'affirmation de la Namibie selon laquelle un cours d'eau a autant de *thalwege* que de chenaux

aa) L'affirmation de la Namibie repose sur des spéculations

Dans sa réplique, toutefois, la Namibie, qui traite les mots «thalweg» et «centre» comme des synonymes (réplique de la Namibie, vol. I, par. 79), soutient que chaque chenal principal ou latéral d'un cours d'eau possède son propre thalweg ou centre (réplique de la Namibie, vol. I, par. 13, 99 et 115) et que, si les parties ont inséré les mots «*the main channel of*», c'était dans l'intention de rendre le texte plus précis du point de vue géographique (réplique de la Namibie, vol. I, par. 17).

La Namibie se livre dans sa réplique à la spéculation suivante :

«Il est possible que les parties au traité aient mentionné le centre ou le thalweg du *chenal principal* parce que des témoins contemporains avaient observé qu'il y avait des îles dans le Chobe, ce qui signifiait qu'il pouvait y avoir plus d'un chenal et donc plus d'un centre ou thalweg que la frontière pouvait suivre.» (Réplique de la Namibie, vol. I, par. 94 [les italiques sont dans l'original], de même, mémoire de la Namibie, vol. I, par. 110.)

Cette hypothèse paraît lourde de conséquences. Dans sa réplique, la Namibie poursuit en ces termes :

«*Dans ce cas* [les italiques sont de nous], la position de la Namibie est la bonne : en interprétant le traité, il faut *d'abord* décider lequel des deux chenaux contourne l'île de Kasikili et le chenal principal, *puis* déterminer le centre ou *thalweg* de ce chenal.» (Réplique de la Namibie, vol. I, par. 94; les italiques sont dans l'original.)

0 3 2 Comme la Namibie le fait observer à juste titre, sa position ne serait la bonne que *dans le cas* où ses suppositions seraient justes. Or, il n'en est rien.

En dehors du fait que la Namibie ne fait aucun cas du sens ordinaire de l'expression «*centre of the main channel*», qui est utilisée dans le texte anglais pour désigner le thalweg, son interprétation est également incompatible avec le concept de thalweg tel qu'il est utilisé en droit international, car elle présuppose l'existence de deux ou plusieurs *thalwege* dans un cours d'eau.

bb) L'affirmation de la Namibie est contraire à la pratique des Etats en matière de traités

Si, effectivement, le chenal principal d'un cours d'eau *et* son/ses chenal/chenaux latéral/latéraux avaient chacun son propre thalweg, les traités frontaliers, pour être précis, devraient stipuler que telle frontière passe dans «le thalweg du chenal principal du cours d'eau» ou dans tel ou tel de ses chenaux latéraux. Or, en règle générale, les traités frontaliers ne parlent que du «thalweg du cours d'eau» et non du «thalweg du chenal principal du cours d'eau», même lorsqu'il se trouve des îles au milieu du cours d'eau. C'est ainsi que tous les traités relatifs à des frontières fluviales qui sont énumérés à l'annexe 5 de la réplique de la Namibie (réplique de la Namibie, vol. III, annexe 5, p. 63-66) se réfèrent au thalweg du cours d'eau en question et non au thalweg d'un quelconque chenal particulier, même si, dans leur quasi-totalité, ces cours d'eau — du fait de la présence d'îles — ont plusieurs chenaux. Voici ce qu'on y lit : «*le thalweg de cette rivière*», «*la ligne frontière suit le thalweg de la rivière*», «*le thalweg de la Drina*», «*le thalweg de l'Adige servant de ligne de délimitation*», «*le thalweg du Rhin*».

Le concept de thalweg «à la namibienne» (qui veut qu'un cours d'eau ait le cas échéant autant de *thalwege* que de chenaux) est donc fort éloigné de cette réalité. C'est ce que confirme l'exemple qui suit. Le paragraphe 4 de l'article 5 du traité de paix de Friedrichshain entre la Suède et la Russie du 5-17 septembre 1809, relatif à la rivière Muonio (cité par la Namibie à l'annexe 5, p. 64, du volume III de sa réplique, au nombre de dix traités situant le tracé d'une frontière fluviale le long du thalweg), dispose ceci : «*les îles situées à l'est du thalweg appartiendront à la Russie*».

Selon l'interprétation namibienne du concept thalweg, cette formulation est problématique et imprécise, puisque toute île est au moins entourée de deux chenaux, chacun ayant son propre thalweg. Selon la Namibie, les îles appartiendraient ou non à la Russie selon que l'on choisirait le thalweg du chenal de droite ou celui du chenal de gauche. Or, le traité ne contient pas une seule

indication qui permette de savoir lequel des deux chenaux est le bon. Pourtant, les parties à ce traité n'ont eu aucune difficulté à attribuer les îles par référence au thalweg, étant donné qu'à leurs yeux la rivière Muonio, comme tous les cours d'eau, n'avait qu'un seul thalweg.

De tout temps, les Etats ont attribué des îles selon qu'elles étaient situées à droite ou à gauche du thalweg, sans mentionner le thalweg d'un chenal particulier. Permettez-moi de donner encore un exemple, celui du traité relatif à la délimitation de leur frontière le long de l'Elbe, signé par les rois de Prusse et de Westphalie le 14 mai 1811. L'article III de ce traité dispose :

«Les îles, îlots, bas-lieux et pâturages qui se trouvent dans l'Elbe du côté gauche du thalweg ... appartiendront à la Westphalie, ceux du côté droit appartiendront à la Prusse.» (Martens, NRG, vol. I, p. 383; B BAD, N° 1.)

Si la Namibie avait raison de dire que chaque chenal (principal ou latéral) a son propre thalweg, presque tous les rédacteurs de traité depuis le début du XIX^e siècle se seraient rendus coupables de graves négligences en indiquant que la frontière suivait «le thalweg du cours d'eau» et non «le thalweg du chenal principal du cours d'eau». Si la Cour faisait sienne l'interprétation namibienne du concept de thalweg, très vite, j'en suis certaine, elle ne saurait plus où donner de la tête. Dès 1915, le chercheur suisse Schulthess dénombrait plus de cent cinquante traités désignant le thalweg d'un cours d'eau comme tracé frontalier.

cc) L'affirmation de la Namibie est en contradiction avec les sources juridiques

Pour faire le tour de la question, Monsieur le président, je me dois d'ajouter que la conception de la Namibie selon laquelle chaque chenal d'un cours d'eau (contournant une île) a son propre thalweg ne trouve non plus aucun fondement dans les sources juridiques. Celle-ci considère que les cours d'eau navigables n'ont qu'un seul thalweg. Il ne se trouve pas un seul auteur pour distinguer les différents chenaux d'un cours d'eau en matière de thalweg ou pour parler du «thalweg du chenal principal (ou latéral)» (voir les sources pertinentes citées dans le mémoire du Botswana, vol. I, par. 138; contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexes 2 et 3; réplique du Botswana, vol. I, par. 64; réplique du Botswana, vol. II, annexe 5; et contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 9, p. 82-97).

Dans ses «notes sur les cours d'eau frontaliers», Charles Cheney Hyde écrivait en 1916 : «Les îles préexistant sur un cours d'eau frontalier ou qui viendraient à s'y former appartiennent à tout

territoire de l'Etat du côté duquel elles sont situées, par rapport au thalweg...» (*AJIL*, vol. 6 (1912), p. 906; contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 8.)

La Namibie semble s'être rendu compte qu'elle ne pouvait faire fi du sens ordinaire des termes utilisés dans l'accord, et elle admet que la frontière suit «le chenal du thalweg du chenal principal» (réplique de la Namibie, vol. I, par. 13, 81 et 88). Dans l'impossibilité de ne tenir aucun compte du terme «thalweg», la Namibie tente de forger une nouvelle conception du thalweg en suggérant qu'un cours d'eau a autant de *thalwege* que de chenaux. Pour les raisons que je viens d'exposer, cette conception ne peut être correcte.

Monsieur le président, me voici parvenue au terme de la première partie de mon exposé. Peut-être souhaitez-vous que nous marquions à présent une pause.

Le PRESIDENT : Je vous remercie. La Cour reprendra ses audiences dans 15 minutes.

L'audience est suspendue à 11 h 20 et reprise à 11 h 35.

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

M. TALMON :

III. Chronologie des travaux de rédaction et terminologie employée

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, permettez-moi d'exposer à présent la chronologie des travaux de rédaction de l'accord anglo-allemand et la terminologie employée aux différents stades des négociations. Le Botswana a procédé à une étude des termes et expressions utilisés à chacune des étapes des négociations. La Cour trouvera un récapitulatif sous l'onglet 36 du dossier des juges.

1. L'expression «centre du chenal principal» a été traduite en allemand de façon globale.

Le Botswana est d'avis qu'il convient d'examiner globalement les deux expressions «*centre of the main channel of that river*» et «*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*» si l'on veut en établir la signification correcte. Ce point de vue est confirmé par les différents épisodes de la rédaction de l'accord anglo-allemand.

a) La Namibie donne une vision déformée de l'histoire des négociations

La Namibie donne l'impression fautive que l'accord anglo-allemand a été négocié en français, puis que *chaque partie* en a produit une version dans sa propre langue (réplique de la Namibie, vol. I, p. 6, note 21). De plus, elle laisse entendre qu'une rédaction préexistante de l'accord en langue allemande a été modifiée à deux reprises pour la faire correspondre avec le texte anglais. La Namibie écrit ceci :

« Cette modification du texte allemand indique deux changements. Premièrement, compte tenu du membre de phrase complet du texte anglais *centre of the main channel of that river*, il a fallu insérer dans le texte allemand un mot exprimant la notion de *centre*, qui était absente dans le texte allemand du 17 juin 1890. Cette référence à la notion de centre a été exprimée par le terme *thalweg*, qui est tout à fait conforme à l'usage général de ce terme dans d'autres traités sur les frontières. Un second changement a été introduit dans le texte allemand en ajoutant les mots *des Hauptlaufes* au terme *Thalweg ...* » (Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 20, note 55.)

Sans doute cette vision des événements sert-elle l'affirmation de la Namibie selon laquelle le mot « thalweg » est l'équivalent du mot « centre » et l'expression « *the main channel of* » l'équivalent de « *des Hauptlaufes* » (réplique de la Namibie, vol. I, p. 7, note 23), mais elle est contredite par l'histoire de la rédaction de l'accord. Aux fins de réfuter les allégations de la Namibie, je me propose de retracer brièvement la chronologie des faits.

b) Chronologie des travaux de rédaction de l'accord

aa) Les négociateurs

Monsieur le président, permettez-moi de dire pour commencer que l'accord a été rédigé à Berlin et à Londres au cours de négociations intenses et relativement courtes, du début du mois de mars à la fin de juin 1890. Ces négociations avaient pour principaux protagonistes du côté britannique : le premier ministre et ministre des affaires étrangères britannique, le marquis de Salisbury; sir Edward Malet, ambassadeur britannique à Berlin; et sir Percy Anderson, chef du département des affaires africaines au Foreign office. Leurs homologues du côté allemand étaient : le comte Georg von Caprivi, chancelier de l'empire germanique, le comte Paul Hatzfeld, ambassadeur d'Allemagne à Londres et le Dr Friedrich Krauel, conseiller privé auprès du Foreign office et directeur du département des affaires coloniales.

bb) Les négociations

L'image des négociations qui se dégage des documents diplomatiques anglais et allemands est la suivante :

0 3 6

15-20 mai 1890 : première mention du Chobe en tant que frontière

La première mention du Chobe en tant que possible frontière entre les sphères d'influence anglaise et allemande apparaît dans une lettre de sir Percy Anderson à sir Edward Malet. Le 15 mai 1890, sir Percy écrivait :

«Je ne m'attends guère à des difficultés en ce qui concerne le lac Ngami. Il [M. Krauel] m'a assuré qu'il était personnellement prêt à accepter la ligne proposée ... qui ... se dirig[e] ... vers l'est jusqu'au Chobe qu'elle suit jusqu'à sa confluence avec le Zambèze.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 15, p. 72.)

Notant l'état d'avancement des négociations, le Dr Krauel écrivait pour sa part cinq jours plus tard au sujet de la frontière orientale du protectorat allemand du Sud-Ouest africain :

«A ma demande visant à ce qu'il précise la ligne de démarcation proposée, il [sir Percy] a défini ladite ligne comme suit : elle ... s'orient[er]ait ... vers l'est *le long du cours du Chobe [dem Lauf des Tschobiflusses entlang]*, jusqu'à la jonction avec le Zambèze ... Personnellement, je suis d'avis qu'il serait dans notre intérêt d'accepter la proposition anglaise...» (Contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 1.)

Les Allemands, pour qui le Sud-Ouest africain ne présentait qu'un intérêt secondaire, ne contestèrent pas la proposition anglaise. De fait, le tronçon de la frontière coïncidant avec le Chobe n'a jamais joué aucun rôle dans les négociations après le 20 mai 1890.

10-11 juin 1890 : document prenant acte d'un accord général

Le 10 juin 1890, le comte Hatzfeld, ambassadeur de l'Allemagne à Londres, notait dans des minutes rédigées en français et communiquées ce même jour au premier ministre lord Salisbury, qu'il avait été officiellement pris acte d'un accord général entre les deux gouvernements au sujet, notamment, de la frontière entre les territoires des deux pays dans le sud-ouest de l'Afrique. S'agissant du Chobe, les minutes contiennent la phrase suivante : «la ligne de démarcation se portera à l'est *longeant le centre du fleuve Tcholi (sic)* jusqu'à son embouchure dans le Zambèze» (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 19, p. 108).

Le lendemain, le comte Hatzfeld envoya une lettre au chancelier von Caprivi pour l'informer de l'état d'avancement des négociations. La lettre comportait trois annexes, dont deux font

expressément mention du Chobe. L'annexe 2, dont le texte original est en anglais, se lit comme suit:

0 3 7 «1. Sud-Ouest africain. Sir Percy Anderson convient que la ligne de démarcation que lui a proposée le Dr Krauel doit longer [certaines coordonnées puis] ... *suivant le centre de la rivière Tschobi jusqu'à sa jonction avec le Zambèse.*» (Contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 1, et série de documents nouveaux produits par le Botswana N° 3, p. 12 de l'original.)

L'annexe 3, rédigée en français, contient le passage ci-après : «la ligne de démarcation se portera à l'est *longeant le centre du fleuve Tschobe* jusqu'à son embouchure dans le Zambesi» (contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 1 et série de documents nouveaux produits par le Botswana N° 3, p.15 de l'original).

17 juin 1890 : document prenant acte d'un accord général

Le 17 juin, le marquis de Salisbury et le comte Hatzfeld paraphèrent à Londres un document d'une page prenant officiellement acte d'un accord conclu entre les deux gouvernements au sujet de leurs possessions respectives en Afrique et dans l'île d'Heligoland. Le texte de ce document fut rédigé en français. Le passage pertinent est ainsi libellé dans cette langue : «la ligne de démarcation se portera à l'est *longeant le centre du fleuve Tschobi* jusqu'à son embouchure dans le Zambesi» (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 21, p. 112).

On trouve dans les archives du Foreign office britannique une traduction officielle en anglais du texte français. Elle se lit comme suit : «*the line of demarcation shall be carried to the east along the centre of the River Tschobi, up to the point where it flows into the Zambesi*» (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 21, p. 113).

Il n'a pas été possible de trouver une quelconque traduction en allemand dans les archives diplomatiques de l'Allemagne qui, avant le 28 juin 1890, ne contiennent que des textes en anglais ou en français. La Namibie affirme dans son mémoire (vol. I, par. 104-109) que le comte Hatzfeld a rédigé une telle traduction, mais ne fournit aucune preuve à l'appui. De fait, dans une dépêche datée du 18 juin 1890, le comte Hatzfeld informe le chancelier allemand von Caprivi que lui-même et lord Salisbury ont paraphé le document le 17 juin. Le texte joint à la dépêche est en français (contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 1 et série de documents nouveaux produits par le Botswana, n° 4, p. 18-19 de l'original).

Une traduction en allemand du document paraphé d'une page figure dans les journaux officiels de l'Empire allemand et du Royaume de Prusse le 17 juin 1890. Le passage concernant le Chobe est libellé de la façon suivante : «*Die Grenze zwischen der deutschen und englischen Interessensphäre führt ... nach Osten längs dem Tschobifluss bis zu dessen Mündung in den Zambesi*» (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 22, p. 116).

0 3 8 On trouve dans les archives diplomatiques britanniques une traduction officielle en anglais parue dans *The Official Gazette*. Elle se lit comme suit : «*The boundary-line between the German and English spheres of interest in South West Africa is drawn ... eastward along the river Tchobi up to its junction with the Zambesi.*» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 23, p. 117.)

Il y a lieu de noter que les mots «*the centre of*» sont absents de la traduction allemande de ce document. Le texte allemand utilise le mot «*längs*», qui signifie «le long» du Chobe. Ce texte n'a toutefois jamais servi de base à quelque négociation que ce soit entre les parties.

21 juin 1890 : Draft Articles of Agreement

Les *Draft Articles of Agreement* (projet d'articles de l'accord) rédigés à Berlin le 21 juin 1890 par sir Percy et M. Krauel sont (uniquement) en anglais. Aucune traduction en allemand n'a pu en être retrouvée dans les archives diplomatiques. Les passages pertinents du paragraphe 2 de l'article 3 de ce projet se lisent comme suit :

«une ligne [c'est-à-dire la ligne de démarcation de la sphère d'influence allemande dans le Sud-Ouest africain] ... se dirige vers l'est le long de ce parallèle [c'est-à-dire le 18° parallèle] jusqu'à ce qu'elle atteigne la rivière Chobe; et suit *le centre de cette rivière* jusqu'à sa jonction avec le Zambèze, où elle s'arrête» (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 26; mémoire du Botswana, annexe 9, p. 102; les italiques sont de nous).

25 juin 1890 : modifications du texte de l'accord proposés par lord Salisbury

Le 25 juin 1890, lord Salisbury a donné pour instruction à l'ambassadeur britannique à Berlin d'apporter plusieurs modifications au *Draft Articles of Agreement*, dont celle-ci : «Au paragraphe 2 de l'article III, après les mots «la rivière Chobe, et suit le centre», il convient d'insérer les mots : «du chenal principal» (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 29; mémoire du Botswana, vol. II, annexe 9, p. 113). Cet ajout a été accepté par la partie allemande.

28 juin 1890 ou postérieurement : projets d'accord anglo-allemand

Le 28 juin 1890, il n'existait encore aucune version allemande de projet d'accord. Le texte de ce dernier, joint à un rapport adressé par le docteur Krauel au sous-secrétaire d'Etat, Freiherr Marschall von Bieberstein est daté (de Berlin) le 28 juin 1890, est en langue anglaise. Il contient les mots : «*The centre of the main channel (sic) of that river [Chobe].*» (Contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 1 et série de documents nouveaux produits par le Botswana, n° 5.)

0 3 9 Le dossier diplomatique allemand intitulé : «Dossier contenant le texte des projets de l'accord anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890» ne contient que deux versions préliminaires de cet accord : la première en anglais et la seconde en allemand. Le texte anglais est celui des *Draft Articles of Agreement* du 21 juin 1890, modifié en plusieurs endroits (conformément aux instructions de lord Salisbury), les mots «de cette rivière» étant notamment précédés par «du chenal principal». La version allemande dit : «*in der Thal-Linie des Hauptlaufes dieses Flusses*». Aucune insertion ou modification n'a été ultérieurement effectuée dans le texte allemand, à ceci près que l'expression «Thal-Linie» a été remplacée par le mot «Thalweg» (contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 1 et série de documents nouveaux produits par le Botswana, n° 60. En particulier, ce texte allemand n'a fait l'objet d'aucun ajout visant à y insérer les mots «*des Hauptlaufes*».

Par conséquent, l'expression complète figurant dans le texte anglais du traité («*centre of the main channel of that river*») a été traduite globalement le 28 juin 1890 ou à une date ultérieure, d'abord par «*Thal-Linie des Hauptlaufes dieses Flusses*», puis par «*Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*». Il est donc impossible de faire correspondre «Thalweg» à «centre» et «*des Hauptlaufes*» à «the main channel of». Au contraire, l'expression anglaise «*centre of the main channel of that river*» doit être considérée comme une expression composite qui a été traduite comme telle.

Il ressort de cette séquence chronologique qu'il est totalement fallacieux de la part de la Namibie de déclarer dans sa réplique que «les mots «*of the main channel*» et «*des Hauptlaufes*» ont été *insérés* dans le texte du paragraphe 2 de l'article 3 à un stade très tardif des négociations» (réplique de la Namibie, vol. I, par. 102; les italiques sont de nous).

S'il est vrai que les mots «of the main channel» ont été insérés dans le texte déjà existant en anglais des *Draft Articles of Agreement*, les mots «*des Hauptlaufes*» ne pouvaient être insérés de

même dans une version en langue allemande du projet d'accord, puisqu'il n'existait aucun texte de la sorte avant le 28 juin 1890. Il convient de ne pas oublier que le seul texte allemand existant à cette date était une traduction d'un document prenant acte d'un accord général publiée dans les journaux officiels de l'Empire allemand et du Royaume de Prusse le 17 juin 1890. Il y était dit «*längs dem Tschobifluß*», soit en français «le long de la rivière Tchobi». Si les mots «*des Hauptlaufes*» avaient été insérés dans le texte, la formulation en aurait été «*längs dem Hauptlauf des Tschobiflusses*», soit en français «le long du chenal principal de la rivière Chobe». Toutefois, le texte allemand de l'accord est rédigé en fait comme suit : «*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*».

0 4 0

2. Le texte allemand est une traduction de la version complète en langue anglaise

Le déroulement des travaux de rédaction montre en outre clairement que la Namibie a tort de traiter le mot «centre» comme un synonyme de «thalweg». Le texte allemand est une traduction du texte anglais. Le mot allemand «*Thalweg*» doit donc être considéré comme traduisant le mot anglais «centre». Toutefois, le mot allemand «*Thalweg*» n'est pas une traduction correcte de «centre», qui se traduit généralement en allemand par «*Mittle*» (*The Collins German Dictionary*, 1980). La Namibie note elle-même avec raison que «l'emploi du mot allemand «*Thalweg*» pour désigner le centre géométrique de la rivière n'aurait pas été correct» (réplique de la Namibie, vol. I, par. 79). Le mot anglais «centre» ne rend toutefois pas en lui-même le sens de thalweg. On doit donc conclure que le mot «thalweg» a été utilisé pour traduire davantage que le mot «centre», c'est-à-dire l'expression «the centre of the main channel», comme le prétend le Botswana.

3. Les mots «des Hauptlaufes» dans le texte allemand

Monsieur le président, j'ai fait observer tout à l'heure qu'il aurait été possible d'omettre les mots «*des Hauptlaufes*» dans le texte allemand sans que le sens de ce texte en soit modifié (alors que l'on n'aurait pas pu omettre les mots «of the main channel» dans le texte anglais). Puisque thalweg désigne une partie du chenal navigable principal (ou, plus précisément, une ligne à l'intérieur de ce chenal), les mots «*des Hauptlaufes*» étaient superflus dans le texte allemand. Le Gouvernement de la Namibie semble partager cet avis puisqu'il affirme dans son contre-mémoire

que le fait d'ajouter les mots «*des Hauptlaufes*» au terme «Thalweg» était «très inhabituel dans la pratique de l'Etat allemand» (contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 22, note 55).

En fait, le Gouvernement du Botswana n'a connaissance d'aucun autre traité allemand relatif à une frontière fluviale dans lequel figure l'expression «*Thalweg des Hauptlaufes*». La raison en est, bien sûr, que le thalweg se situe *par définition* dans le chenal principal. «*Thalweg des Hauptlaufes*» constitue donc une sorte de pléonasme.

Le fait que les mots «*des Hauptlaufes*» se soient néanmoins glissés dans le texte allemand peut s'expliquer par les péripéties qui ont présidé à la rédaction de l'accord. Nous l'avons vu, le texte allemand est une traduction de la version finale du traité en langue anglaise. Comme l'a observé à juste titre la Namibie :

0 4 1

«La seule raison plausible de l'adjonction des mots *des Hauptlaufes* est que la partie allemande, afin de suivre avec la plus grande précision possible le texte anglais de la proposition britannique, a retenu une traduction littérale.» (Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 20, note 55.)

IV. L'objet et le but de l'accord anglo-allemand

Avec votre permission, Monsieur le président, je passe maintenant à la question de l'objet et du but de l'accord anglo-allemand.

Le Botswana soutient que son interprétation de l'accord, qui situe la ligne frontière dans le thalweg du Chobe, est conforme à l'objet et au but du traité.

1. L'objet et le but généraux

L'objet et le but de l'accord anglo-allemand étaient pour commencer de partager plusieurs régions importantes de l'Afrique en sphères d'influence de la Grande-Bretagne et de l'Allemagne respectivement, avec certaines «compensations» territoriales pour l'Allemagne ailleurs.

2. L'accès allemand au Zambèze

Cependant, les documents diplomatiques pertinents et l'accord lui-même indiquent aussi une autre finalité — connexe — celle de donner à l'Allemagne un accès au Zambèze. On peut aussi lire dans un compte rendu des instructions données à sir Percy Anderson, en date du 30 avril 1890 : «Le Chobe *par lequel* les Allemands ont accès au Zambèze.» (Mémoire du Botswana, vol. II, annexe 9, p. 2; les italiques sont de nous.)

Le paragraphe 2 de l'article III du projet d'articles d'accord élaboré le 21 juin 1890 par sir Percy et M. Krauel déclare : «Il est entendu qu'aux termes du présent accord l'Allemagne aura librement accès au Zambèze depuis son protectorat *par le Chobe*» (mémoire du Botswana, vol. II, annexe 9, p. 54; les italiques sont de nous).

Pour finir, l'accord anglo-allemand déclare au paragraphe 2 de l'article III :

«Il est entendu qu'en vertu de cet accord, l'Allemagne aura librement accès au Zambèze depuis son protectorat à travers une bande de territoire dont la largeur ne pourra à aucun point être inférieure à 20 milles anglais.»

0 4 2 L'accès au Zambèze présentait une importance capitale pour l'Allemagne (mémoire du Botswana, vol. I, par. 131-135). Il constituait la raison principale, sinon la seule, de l'établissement de la bande de Caprivi. Le mémorandum allemand relatif aux motifs de l'accord anglo-allemand, publié le 29 juillet 1890 déclare :

«La présente délimitation assure pleinement les intérêts du protectorat allemand [Sud-Ouest africain] en garantissant son *accès au Zambèze*, qui peut présenter de l'importance *pour le développement futur du commerce.*» (*Erste Beilage zum Deutschen Reichs-Anzeiger und Königlich Preussischen Staats-Anzeiger [Premier supplément au journal officiel de l'empire allemand et du royaume de Prusse]*, N° 181, Berlin, mardi 29 juillet 1890; B BAD N° 8; les italiques sont de nous.)

Deux conclusions peuvent être tirées des déclarations que l'on vient de citer. Premièrement, à l'évidence les parties considéraient le Chobe comme navigable et, deuxièmement, les éventuels développements futurs des affaires et du commerce ont joué un rôle dans la négociation et la conclusion de l'accord. Toute interprétation du traité qui aurait rendu l'accès au Zambèze plus difficile pour l'Allemagne ou qui aurait dénié aux parties l'occasion de bénéficier de développements futurs des affaires et du commerce aurait été contraire à l'objet et au but du traité.

La Namibie allègue que la substitution de «l'accès par une bande de territoire» à «l'accès ... par le Chobe» indique que les parties reconnaissaient que la voie d'accès de l'Allemagne au Zambèze ne devait pas être fluviale mais terrestre (réplique de la Namibie, vol. I, par. 21, 106; contre-mémoire de la Namibie, vol. I, par. 39). Cela n'est ni la seule conclusion possible, ni une conclusion nécessaire.

Le libellé selon lequel l'Allemagne devait avoir un libre accès au Zambèze «par une bande de territoire», du fait que la frontière de cette bande de territoire se trouve située au centre du chenal

principal ou thalweg du Chobe, n'exclut pas la possibilité d'un accès au Zambèze par l'intermédiaire du Chobe. Au lieu de remplacer une voie d'accès par une autre, la formulation nouvelle a ouvert une voie d'accès supplémentaire au Zambèze. L'accès «par une bande de territoire» qui incluait le Chobe jusqu'au centre de son chenal principal donnait à l'Allemagne deux possibilités d'accès : par la terre et par voie fluviale.

Si l'on se souvient que, selon la Namibie, la plus grande partie du Caprivi oriental était inondée pendant une période qui atteignait six mois par an (mémoire de la Namibie, vol. I, par. 16), l'accès terrestre au Zambèze pendant cette période était difficile, sinon impossible. Ainsi, l'accès de l'Allemagne au Zambèze par le terre seule aurait-il été contraire à l'objet et au but de l'accord anglo-allemand.

0 4 3 A cet égard il est permis de rappeler que le premier résident impérial allemand au Caprivi, le capitaine Kurt Streitwolf, deux jours après son arrivée dans la bande de Caprivi, le 27 janvier 1909, s'est déplacé par bateau sur le Chobe de Ngoma à Kazungula, qui se trouve situé au confluent du Chobe et du Zambèze (contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 6).

Cependant, le meilleur moyen de servir l'accès fluvial au Zambèze par le Chobe était une ligne frontière suivant le thalweg de ce cours d'eau, qui donnait aux deux Etats riverains un accès égal au chenal navigable et leur permettait donc d'utiliser le Chobe comme une voie d'accès au Zambèze et comme une voie future des affaires et du commerce.

Le premier ministre britannique, lord Salisbury, semble s'être préoccupé en particulier d'un accès égal anglo-allemand (et surtout britannique) au chenal navigable du Chobe et des autres cours d'eau navigables dont il s'agit dans l'accord. Dans ses instructions du 25 juin 1890 à sir Edward Malet, lord Salisbury demandait l'insertion, pour le Chobe, non seulement des mots «le chenal principal du» après le «centre du», mais aussi celle de l'expression «le milieu du chenal» avant les mots «de ce cours d'eau» pour les deux autres cours d'eau frontaliers mentionnés dans l'accord anglo-allemand (mémoire du Botswana, vol. II, annexe 9. p. 63).

Selon le savant suisse Schulthess, qui a examiné en 1915 environ cent soixante-dix traités concernant les frontières dans des cours d'eau, les mots «le milieu du chenal» est une autre expression dont on se sert en anglais pour exprimer la notion du thalweg (*Das internationale*

Wasserrecht [le droit international des eaux] (1915), p. 12, reproduit dans la réplique du Botswana, vol. II, annexe 5). Cela ressort aussi du fait que le mot «le milieu du chenal» est traduit, dans le texte allemand de l'accord, par «thalweg».

3. L'allégation spéculative de la Namibie relative à l'objet et au but de l'accord

La Namibie soutient que «l'objet de l'accord était d'établir des frontières solides et stables entre les sphères d'influence des deux puissances, afin d'éviter toutes nouvelles tensions entre elles».

(Mémoire de la Namibie, vol. I, par. 82.) Sur la base de cet objectif, la Namibie déclare ensuite:

«On doit en principe supposer que les parties ont voulu convenir d'une frontière fixe et facilement identifiable plutôt que d'une frontière qui serait invisible ou occultée pendant à peu près cinq mois de l'année. C'est pour cette raison que le choix de la limite formée par le chenal nord plutôt que celle formée par le chenal sud aurait été incompatible avec l'objet et le but fondamentaux du traité.» (Mémoire de la Namibie, vol. I, par. 83.)

0 4 4

La Namibie explique pourquoi le chenal sud est plus compatible avec l'objet et le but dans les termes suivants :

«S'ils avaient su que l'île de Kasikili était submergée chaque année pendant cinq mois par les eaux refluant du Zambèze (et que la présence même du chenal nord serait occultée au point que celui-ci devenait invisible alors que le cours du chenal sud pouvait toujours être identifié du fait qu'il est contigu à la rive sud et à l'arête sablonneuse adjacente), il n'auraient pu que conclure qu'il convenait d'utiliser cet élément topographique naturel, permanent et visible pour identifier le chenal «principal» où devait être tracée la frontière.» (Mémoire de la Namibie, vol. I, par. 116.)

Il s'agit là d'une pure spéculation, comme le montrent les termes utilisés. La Namibie déclare : «S'ils avaient su [c'est-à-dire les négociateurs] que l'île de Kasikili était submergée chaque année pendant cinq mois par les eaux ... ils n'auraient pu que conclure ... »

Me sera-t-il permis de poser respectueusement cette question : Que serait-il arrivé s'ils n'avaient pas su que l'île était submergée chaque année pendant plusieurs mois ? Rien dans les documents diplomatiques n'indique que les négociateurs aient su que l'île de Kaskili/Sedudu était submergée, ou même qu'ils se soient préoccupés de l'île comme telle.

Le texte de l'accord se réfère au centre du chenal principal ou thalweg et non à une arête de sable adjacente. Définir un chenal principal (un concept lui-même inconnu du traité) par référence à l'arête de sable ou à une autre caractéristique géographique extérieure au cours d'eau équivaut à méconnaître purement et simplement le sens ordinaire du texte du traité.

Les négociateurs avaient pour but de définir des frontières susceptibles d'être déterminées par des critères objectifs plutôt que des lignes frontières visibles en permanence. Cela ressort à l'évidence du fait qu'ils ont eu recours à des degrés de latitude et de longitude pour définir les frontières. Incontestablement, la notion du *thalweg* est un tel critère objectif pour déterminer les frontières sur des cours d'eau navigables.

V. Il n'y a pas de différence entre les significations respectives des textes anglais et allemand de l'accord

045

Enfin, permettez-moi de dire quelques mots de la question des traités en plusieurs langues. La Namibie soutient que, dans les traités qui ne précisent pas quelle langue fait foi, s'il y a une différence entre les significations respectives des deux textes, chaque partie est tenue par le texte de sa propre langue et ne peut pas se prévaloir du texte rédigé dans la langue de l'autre partie. Selon la Namibie, le Botswana, successeur de la Grande-Bretagne, ne pouvait pas «s'appuyer sur le texte allemand» (réplique de la Namibie, I, p. 6, note 21).

En premier lieu, il n'y a pas de différence de sens entre les deux textes. La Namibie n'argue pas que les textes anglais et allemand diffèrent. Selon le Botswana les deux formules «le centre du chenal principal de ce cours d'eau» et «*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*» ont la même signification, c'est-à-dire que la ligne-frontière suit le *thalweg* du Chobe.

Il est facile de retourner l'argument de la Namibie contre elle. La Namibie — successeur de l'Allemagne — se fonde sur le texte anglais, c'est-à-dire sur les mots «*the centre of*» et «*the main channel of*», plutôt que sur le terme allemand «*thalweg*».

Le Botswana se fonde pleinement sur l'expression anglaise «*in the centre of the main channel*» et ne se sert de la traduction allemande (qui vient chronologiquement après le texte anglais) que pour établir le sens ordinaire de l'expression anglaise. Puisque la traduction allemande de l'expression anglaise s'est servie du mot «*thalweg*» sans susciter d'objections britanniques, il y a de fortes raisons de présumer que, du côté britannique aussi, on considérait que la frontière se trouvait dans le *thalweg* du Chobe (même sans se servir expressément de ce terme). Le fait que le Gouvernement britannique n'ait pas soulevé d'objections contre l'emploi du mot «*thalweg*» dans

le texte allemand corrobore l'argument du Botswana selon lequel les Gouvernements allemand et britannique considéraient tous deux que la frontière était dans le thalweg du Chobe.

VI. Conclusion

Pour résumer : selon les deux textes, l'anglais et l'allemand, la frontière suit le *thalweg du Chobe*. Cette interprétation de l'accord est confirmée à la fois par le sens ordinaire des termes employés et par l'objet et le but de l'accord. Le thalweg est défini comme la ligne tracée au fond du lit du cours d'eau qui relie les points de profondeur maximum, ou comme le centre du chenal navigable le plus profond. Comme l'a établi ma collègue, lady Fox, le thalweg ou le chenal le plus profond du Chobe à proximité de l'île de Kasikili/Sedudu suit le chenal nord et ouest de ce cours d'eau. Par voie de conséquence, aux termes de l'accord anglo-allemand de 1890, la frontière suit le chenal nord et ouest. L'île de Kasikili/Sedudu appartient donc en titre au Botswana.

046

Monsieur le président, ainsi s'achève mon exposé. Puis-je vous demander de donner la parole à M. Brownlie pour présenter les conclusions du Botswana. Je vous remercie, Monsieur le président.

Le PRESIDENT : Merci M. Talmon. M. Brownlie, je vous prie.

M. BROWNLIE : Merci Monsieur le président.

Avec votre permission je vais présenter les observations finales du Botswana à la fin du premier tour et je vous demanderai ensuite de donner la parole à notre éminent agent.

A ce stade de l'argumentation, il convient de prendre du recul et d'indiquer les éléments principaux.

En tout premier lieu, quel est le caractère général de l'argumentation de la Namibie ? Elle frappe par sa hardiesse. Dans un contexte différent, ses éléments d'invention et même d'imagination seraient créateurs et admirables. Cependant, il ne s'agit pas ici de littérature, ni d'un ballet ou d'un opéra. Il s'agit d'une procédure contentieuse et du règlement pacifique d'un différend pénible.

Dans ce contexte, il est des plus regrettable que la Namibie ait essayé de détourner l'attention de la Cour par une série d'essais dans l'ordre de l'irréel.

Comme mes collègues l'ont démontré, le premier essai dans l'irréel concerne l'île elle-même. Nos adversaires ont évité constamment d'utiliser des images relatives à l'île réelle. A la place ils ont présenté à la Cour une œuvre d'imagination, truquée avec des flèches rouges, qui ont laissé l'île gravement amputée.

Le deuxième essai dans l'irréel porte sur l'invention namibienne d'un «chenal principal» qui ne figure sur aucune carte et apparaît dans les exposés écrits comme un graphique qui accompagne le rapport de M. Alexander (mémoire de la Namibie, VI, deuxième partie, rapport d'expert, appendice, feuille 17, diagramme 4; dossier des juges, onglet 11). Il n'est pas du tout étonnant que l'image du diagramme 4 ne figure pas sur les photographies aériennes.

0 4 7

Le diagramme 4 est un travail de pure fiction. M. Alexander ne le présente pas comme une carte, mais comme un diagramme. Ce n'est même pas une carte-croquis. C'est un chenal principal dont l'emplacement surprendrait quiconque connaît bien la région. Dépourvu d'échelle et de toute indication de coordonnées, il ne constitue pas une base appropriée pour déterminer la frontière.

Le troisième essai dans l'irréel concerne le cours d'eau lui-même, qui est éphémère affirme-t-on. Aucun observateur ou fonctionnaire n'a jamais considéré le chenal nord comme éphémère en aucun sens. Comme Redman, commissaire de district à Kasane, l'a fait observer en 1947, c'est le chenal nord qui reste navigable même lors des basses eaux (contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 18). Or, à cet égard, il n'est pas étonnant que les auteurs de cartes sud-africains modernes n'aient pas estimé nécessaire d'indiquer le chenal sud comme une caractéristique distincte. Comme mes collègues l'ont établi, le Chobe lui-même n'est pas un cours d'eau éphémère.

Le quatrième essai dans l'irréel concerne le droit applicable. Le droit applicable réel est l'accord anglo-allemand. Dans les exposés écrits de la Namibie, ce droit applicable est remplacé par la prescription comme un processus qui a commencé à la date de la conclusion de l'accord anglo-allemand, ou, selon certains passages, même auparavant.

Comme j'ai eu l'occasion de le faire observer dans ma première plaidoirie du présent tour, il est impossible de concilier l'effet de l'accord et les conditions d'application de la prescription.

Comment une possession sans titre hypothétique aurait-elle pu être exercée à titre de souverain ?
Quel aurait été le but de l'accord négocié avec soin ?

Dans la réplique de la Namibie et lors de leurs plaidoiries, nos éminents adversaires allèguent qu'ils n'ont pas marginalisé l'accord de 1890. Or dans leurs plaidoiries, M. Faundez et M. Cot ont indiqué avec clarté que la prescription se trouve en première ligne, bien qu'elle soit parfois déguisée comme une «pratique ultérieure».

De plus, le quatrième jour, M. Chayes a monté un assaut en règle contre l'accord anglo-allemand lui-même. Le conseil de la Namibie a trouvé à dire ce qui suit :

«Enfin : nous savons tous que le traité anglo-allemand de 1890 a constitué un épisode de première importance dans «la mêlée pour l'Afrique». Ce chapitre de la longue histoire des interventions des Européens en Afrique a été condamné à juste titre pour nombre de raisons. La moindre d'entre elles n'est pas que les hommes d'Etat européens se trouvant à Paris, Londres et Berlin traçaient des lignes arbitraires sur des cartes de territoires au sujet desquels ni eux-mêmes ni personne d'autre en Europe ne savaient grand-chose et sans beaucoup se soucier des populations dont les vies et les patries en subiraient les conséquences. Il est résulté de cela que des peuples anciens ont été déchirés dans bien des cas et séparés tant des terres que des ressources qui étaient leurs moyens de subsistance traditionnels et jouaient un rôle central dans leurs vies et leur culture. Le traité de 1890 est un exemple frappant de cette pratique, car il établit des frontières conformes au système des revendications politiques et commerciales européennes. Dans le Sud-Ouest africain, nous le savons, les lignes s'étendaient sur des centaines de kilomètres le long de parallèles de latitude et de méridiens de longitude arbitraires, pour s'accorder avec les intérêts stratégiques ou commerciaux présumés de la Grande-Bretagne au lac Ngami ou de l'Allemagne pour l'accès au Zambèze.» (CR 99/5, p. 62-63, par. 70.)

0 4 8

Cette déclaration est directement incompatible avec l'adhésion antérieure de la Namibie à la déclaration de l'Organisation de l'unité africaine de 1964 et l'affirmation du principe *uti possidetis* ailleurs dans les exposés écrits de la Namibie (mémoire de la Namibie, vol. I, p. 69-72, par. 189-194).

En dehors de cela, à quoi tend cette attaque insistante sur l'alignement défini dans l'accord de 1890 ? A aucun moment la Namibie n'en a contesté la validité et à aucun moment elle n'a nié qu'elle ait succédé à la frontière définie par l'accord. L'attaque tardive contre l'accord constitue, selon nous, une preuve supplémentaire du manque de confiance de nos adversaires dans l'argumentation fondée sur le traité. La Namibie a peur des dispositions de l'accord avec ses critères juridiques liés au thalweg et donc à la question de la navigabilité pour le trafic fluvial normal.

Le cinquième élément d'irréalité se rapporte à la tâche de la Cour. Le compromis définit la tâche de la Cour en des termes clairs que voici :

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

Cette tâche réelle de la Cour a été remplacée par d'autres tâches qui ne figurent pas dans le compromis. Deux tâches de ce genre sont alléguées. La première apparaît dans les conclusions de la réplique de la Namibie, où il est demandé à la Cour de dire et juger ce qui suit :

- «1. que le chenal situé au sud de l'île de Kasikili/Sedudu est le chenal principal du Chobe;
2. que le chenal situé au nord de l'île de Kasikili/Sedudu n'est pas le chenal principal du Chobe;
3. que la Namibie et ses prédécesseurs ont occupé l'île de Kasikili et ont exercé leur juridiction souveraine sur celle-ci au vu et au su et avec l'acquiescement du Botswana et de ses prédécesseurs en titre depuis 1890 au moins;
4. que la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu suit le centre (c'est-à-dire le thalweg) du chenal sud du Chobe;
5. que, au regard de son statut juridique, l'île de Kasikili/Sedudu fait partie du territoire soumis à la souveraineté de la Namibie.»

0 4 9

Ces demandes s'abstiennent d'invoquer l'accord anglo-allemand, même à titre subsidiaire.

La deuxième version de la tâche de la Cour se trouve dans la plaidoirie finale de M. Chayes.

Il la formule en ces termes :

«La Namibie a établi que l'un des principes centraux du droit des frontières situées sur des cours d'eau est la garantie de l'accès égal aux ressources du cours d'eau pour les deux riverains. En réalité, le Botswana affirme et la Namibie admet qu'un tel accès égal constituait l'un des objets et des buts du traité de 1890. D'un point de vue pratique, les ressources de la navigation sur le Chobe à hauteur de l'île de Kasikili se trouvent dans le chenal sud. Le seul moyen de justifier l'objectif d'un accès égal ... consiste à décider que la frontière se trouve dans le chenal sud.» (CR 99/5, p. 62, par. 69.)

Ici du moins un rôle *subsidiaire* a été attribué à l'accord anglo-allemand.

Le sixième élément d'irréalité concerne l'insistance avec laquelle la Namibie allègue qu'il y avait un village sur l'île. Ma collègue, lady Fox, a patiemment présenté à la Cour le tableau réel. Comme elle l'a fait observer, il est impossible de ne pas tenir compte des éléments de preuve et, en particulier, des éléments de preuve fournis par la longue série de photographies aériennes.

Le septième élément d'irréalité se rapporte à la politique de la Namibie qui consiste à ne tenir aucun compte du rapport sur le levé conjoint de 1985. C'est là une politique nouvelle, qui ne date que du début de la présente instance.

Pendant les travaux de la commission mixte d'experts techniques, le Gouvernement namibien a invoqué le rapport sur le levé conjoint chaque fois qu'il l'a estimé opportun. Il n'en a contesté ni la valeur technique, ni la fiabilité.

Or, dans le rapport d'expert de M. Alexander qui fait partie du mémoire de la Namibie, la fiabilité du rapport sur le levé conjoint est attaquée pour des raisons techniques (mémoire de la Namibie, vol. VI, première partie, p. 30-32).

0 5 0

Ensuite, dans le contre-mémoire, la Namibie cherche à contester le régime juridique de l'accord de Pretoria de 1984, qui a constitué le fondement du rapport sur levé conjoint (contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 49-59, par. 107-135).

Plusieurs observations s'imposent. La première est que la Namibie a adopté le rapport sur le levé conjoint par l'effet de son comportement dans le cadre de la commission mixte. Deuxièmement, jusqu'ici la Namibie n'a pas soulevé d'objections contre le rapport et elle n'en soulève maintenant que parce qu'elle souhaite écarter la pertinence du rapport en tant qu'élément de preuve technique.

La Namibie s'est fondée sur les négociations et activités de l'Afrique du Sud en diverses occasions au cours de la présente instance. Par exemple les patrouilles militaires sud-africaines ont été invoquées par la Namibie aux fins de l'argument de la prescription (contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 42-44). La section pertinente du contre-mémoire est intitulée «Exercice de la juridiction de l'Afrique du Sud sur l'île de Kasikili dans les années 70».

Maintenant, dans le cadre des plaidoiries, le conseil de la Namibie adopte la position selon laquelle l'occupation de la Namibie par l'Afrique du Sud était illégale à partir de 1966 et les transactions auxquelles participaient l'Afrique du Sud étaient entachées de nullité absolue (CR 99/4, M. Faundez, p. 38-39, par. 77-80).

Peut être au second tour la Namibie sera-t-elle disposée à apporter à la Cour les éclaircissements nécessaires.

Ces sept formes d'irréalité sont accompagnées par un certain nombre de fictions.

La première de ces fictions concerne l'allégation d'un acquiescement d'abord britannique, puis botswanais. Il n'y a jamais eu d'acquiescement de ce genre. Aucun fonctionnaire britannique, ni du reste allemand pendant la période coloniale, n'aurait considéré les activités agricoles de fermiers locaux comme susceptibles de produire un titre en droit international et dans les relations internationales. Aucune protestation n'a été élevée car aucun administrateur britannique n'a considéré que cela fût nécessaire.

De toute façon, l'utilisation de l'île par des tribus du Caprivi n'a jamais été exclusive. L'île fut un pâturage pour des bœufs du Gouvernement britannique dans les années 20 et des résidents du Bechuanaland britannique se sont servis de l'île dans les années 40. Depuis 1960, l'île fait partie de la réserve animalière et du parc national du Chobe.

Quand Trollope a soulevé la question en 1947, le Gouvernement britannique a maintenu son opinion sur la situation juridique à tous les niveaux.

0 5 1

Il n'y pas eu d'acquiescement britannique.

Il n'y pas eu non plus, ultérieurement, d'acquiescement botswanais.

Quand les Gouvernements botswanais et sud-africain se sont mis d'accord pour régler le problème en 1984 par un levé conjoint, il n'est pas venu à l'idée du Gouvernement sud-africain de dire que le problème avait disparu en raison d'un acquiescement du Royaume-Uni ou du Botswana.

De plus, ceux qui ont rédigé le mémorandum (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 57) en 1992 n'ont pas estimé que la prescription ou l'acquiescement se fussent substitués à l'application de l'accord de 1890. Qu'il nous soit permis de donner lecture une nouvelle fois des paragraphes pertinents du préambule :

«Considérant qu'un traité entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne qui porte sur les sphères d'influence des deux pays en Afrique, a été signé le 1^{er} juillet 1890;

Considérant que le paragraphe 2 de l'Article III dudit traité entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne, qui porte sur les sphères d'influence des deux pays en Afrique, signé à Berlin le 1^{er} juillet 1890, décrit la frontière délimitant la sphère dans laquelle l'exercice d'influence était réservé à la Grande-Bretagne et à l'Allemagne dans le sud-ouest de l'Afrique;

Considérant que le territoire du protectorat britannique de Bechuanaland a accédé à l'indépendance le 30 septembre 1966 en tant que République souveraine du

Botswana, qui succédait aux droits et obligations découlant du traité susmentionné entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne;

Considérant que le territoire du Sud-Ouest Africain a accédé à l'indépendance le 21 mars 1990 en tant que République souveraine de Namibie, qui a succédé aux droits et obligations découlant dudit traité;

Considérant qu'il existe un différend relatif à la frontière entre la République du Botswana et la République de Namibie telle que décrite au paragraphe 2 de l'article III dudit traité...»

Le préambule du mémorandum d'accord attribue donc un rôle exclusif à l'accord anglo-allemand. Il n'est fait mention d'aucun problème distinct relatif à la prescription.

Ceux qui ont négocié le mémorandum d'accord comprenaient d'éminents fonctionnaires des Gouvernements du Botswana et de la Namibie, qui font partie des deux délégations maintenant assises devant la Cour.

L'acquiescement allégué du Botswana et de son prédécesseur en titre est donc une fiction.

0 5 2

Et, Monsieur le président, il y a une deuxième fiction, selon laquelle le Gouvernement britannique et le Gouvernement du Botswana, ou les deux, auraient expulsé de l'île les petits agriculteurs du Caprivi.

Rien ne saurait être plus éloigné de la vérité. Quand la réserve animalière a été créée en 1960, aucune personne, venue de l'un ou l'autre côté du Chobe, ne faisait paître de bétail sur l'île ni n'y menait d'activités agricoles. Ceux qui, à une époque antérieure, s'étaient servis de l'île à des fins agricoles avaient cessé de le faire en 1937 selon le chef du Caprivi Moraliswani.

Au début des premiers tours de plaidoirie du Botswana, M. Selepeng a donné un compte-rendu détaillé de l'incident du 6 mars 1992 et je ne reprendrai pas son récit. Il n'est nécessaire d'indiquer que deux choses. En premier lieu, c'était la première fois qu'une représentation par une source du Caprivi oriental était faite à propos de l'île. Aucune plainte n'a été formulée au cours des entretiens de Katima Mulilo en 1981 entre une délégation de résidents du Caprivi dirigée par le chef Moraliswani et une délégation du district du Chobe du Botswana (procès verbal de la réunion, mémoire du Botswana, vol. III, annexe 39).

Le deuxième point à indiquer à propos de l'incident de 1992 est le suivant. A la connaissance du Gouvernement du Botswana l'impulsion et les moyens qui sous-tendaient l'initiative de la partie

namibienne en mars 1992 relevaient de l'esprit d'entreprise. Un intérêt privé déjà établi au Caprivi souhaitait réaliser sur l'île un projet immobilier qui comportait la construction de chalets pour des touristes. L'initiative n'avait rien à voir avec les intérêts des petits exploitants.

Comme le chef Moraliswani l'a expliqué de façon très claire lors des réunions de la commission mixte, les personnes intéressées ont cessé d'utiliser l'île pour l'agriculture en 1937 et l'ont fait pour des raisons sans aucun rapport avec les politiques des autorités britanniques.

Aucun village n'existait sur l'île, comme l'a démontré lady Fox. L'île est restée en permanence à la disposition du Gouvernement britannique et par la suite, du Gouvernement du Botswana.

Je passe maintenant aux éléments de preuve scientifiques. La version namibienne du «chenal principal» est inacceptable pour les raisons suivantes :

1. que l'on prenne comme critère la profondeur moyenne ou minimum, les observations de la commission mixte établissent que le chenal nord est le plus profond;

0 5 3 2. le fait que les fonctionnaires chargés de déterminer le chenal principal — Eason, Redman/Trollope et la commission mixte elle-même — n'aient même pas relevé la possibilité qu'un chenal traverse l'île (c'est-à-dire de l'île réelle, représentée sur toutes les photographies aériennes);

3. les carences méthodologiques des experts scientifiques de la Namibie, mises en lumière tout récemment dans les mesures de débit isolées prises pendant la période de débit de pointe de six semaines par M. Alexander, rendent discutable la fiabilité scientifique de toutes les théories invoquées.

4. Il est demandé à la Cour de déterminer les caractéristiques d'un chenal principal en appliquant une échelle chronologique qui change constamment, des milliers d'années pour l'évolution d'une plaine d'inondation, les dix-huit dernières années pour qualifier le Chobe d'éphémère ou pérenne.

Pour revenir à l'argumentaire juridique, les propositions clés finales de droit et de fait sont les suivantes :

premièrement : l'accord anglo-allemand définit la frontière par référence au thalweg;

deuxièmement : le thalweg est déterminé par référence à la ligne des sondages les plus profonds effectués dans le cours d'eau, ou comme l'axe du chenal le plus accessible pour les navires du plus fort tonnage qui descendent le cours d'eau;

troisièmement : le rapport sur le levé commun établit que le thalweg suit le chenal nord;

en conséquence, le chenal nord est la frontière conformément à l'accord anglo-allemand.

Il convient de donner la parole en dernier lieu à Noel Redman, le commissaire de district à Kasane. Écrivant à ses supérieurs le 26 janvier 1948, Redman écrivait :

«J'ai l'honneur de joindre aux présentes un rapport conjoint du commissaire autochtone de la bande du Caprivi oriental et de moi-même relatif à un différend qui a surgi à propos de la propriété de l'île représentée sur le croquis ci-joint.

2. La question s'est posée à la suite de la demande présentée par M. Ker afin de transporter du bois par péniche de Serondela à Katombora, ce qui nécessite l'utilisation du chenal qui s'écoule au nord de l'île de Kasikili, car le chenal sud n'est pas navigable pour les péniches en dehors des périodes de crue et il est même difficile à des petites embarcations d'y naviguer.

3. La seule revendication que le Caprivi puisse formuler sur cette île se fonde sur la prescription, car il est clair, aux termes du traité de 1890 entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne, que la frontière doit suivre le chenal nord, qui constitue sans aucun doute le chenal principal du Chobe. Il convient de dire que la carte, qui représente la frontière le long du chenal sud, n'est pas exacte et a probablement été dressée par une personne qui n'avait pas examiné le cours d'eau pour déterminer le chenal principal.» (26 janvier 1948; mémoire du Botswana, vol. III, annexe 22.)

0 5 4 Voilà un élément de preuve clair, émanant d'un observateur expérimenté, faisant un rapport dans l'exercice de ses fonctions officielles, duquel il ressort que les navires du plus fort tonnage ne peuvent utiliser que le chenal nord.

Ainsi le rapport sur le levé conjoint de 1985, les opinions des fonctionnaires pendant une période de longues années, ainsi que les autres données scientifiques fournies par le Botswana confirment-ils que la frontière est le chenal nord.

Monsieur le président, je voudrais remercier la Cour de la patience avec laquelle elle m'a écouté une fois encore ce matin. Je voudrais vous demander de donner la parole à l'agent du Botswana.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Brownlie. Je donne la parole à l'agent du Botswana.

Monsieur Tafa : Avec la permission de la Cour, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je prends la parole, à titre purement formel, pour mettre un terme aux exposés oraux de la République du Botswana dans le premier tour des plaidoiries.

Je tiens à exprimer ma profonde reconnaissance à vous-même et à vos éminents collègues du siège pour votre patience et votre tolérance. Je souhaite aussi rendre hommage à l'indulgence et à la dextérité de tous ceux des membres de votre personnel à la Cour qui ont apporté leur contribution, en leurs capacités respectives, pour faciliter votre travail et notre présentation. Cette modeste reconnaissance s'étend à tous ceux que nous pouvons voir à travers les vitres des cabines à ma droite et même à ceux qui ont travaillé dans les coulisses. Je tiens à les remercier tous.

Enfin, et ce n'est pas le moins important, je souhaite féliciter nos éminents adversaires pour leur attitude positive tout au long de cette procédure.

Il me reste maintenant à vous souhaiter à tous un intervalle de détente avant que nous puissions retenir une nouvelle fois votre attention dans ce qui sera le deuxième et dernier tour des plaidoiries, la semaine prochaine.

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je vous remercie pour votre indulgence.

0 5 5 Le PRESIDENT : Je vous remercie, M. Tafa. Il y a certaines questions que les membres de la Cour souhaitent poser ce matin et il pourra y en avoir quelques autres la semaine prochaine. Puis-je donner la parole à M. Ranjeva ?

Judge RANJEVA: Thank you kindly, Mr. President. My question is directed mainly to the delegation of Botswana; the Namibian delegation is at liberty to contribute towards the answer.

My question is as follows: when the Agent of Botswana and Lady Fox commented on the aerial photograph (judges' folder, tab 7, No. 3), mention was made of cultivable land. Would it be possible for the legal titles relating to this cultivable land, if there are any, to be transmitted to the Court? I thank you, Mr. President, and I thank the delegations.

Le PRESIDENT : Je vous remercie. M. Fleischhauer.

M. FLEISCHHAUER : Merci, Monsieur le président. J'ai deux questions, que je pose aux deux délégations.

Question n° 1 : Sait-on quelque chose et, en ce cas, quoi, au sujet de la navigation sur le Chobe au moment de la conclusion du traité de 1890, ou entre 1890 et 1914 ?

Question n° 2 : M. Alexander a dit, dans son exposé du 16 février (CR 99/2, p. 31, par. 23.4) : «le fait que le Chobe n'est pas pérenne est connu depuis plus d'un demi-siècle». Cela signifie-t-il que les particularités du Chobe n'étaient pas connues lors de la conclusion du traité de 1890 ?

Je vous remercie, Monsieur le président.

Le PRESIDENT : Je vous remercie. J'ai quelques autres questions pour les deux Parties.

Premièrement, combien de navires et de quel tonnage ont-ils navigué sur le chenal nord en 1998; annuellement, depuis 1947; pendant quels mois ?

Deuxièmement, combien de navires et de quel tonnage ont-ils navigué sur le chenal sud en 1998; annuellement, depuis 1947; pendant quels mois ?

Troisièmement, les péniches qui transportaient du bois naviguaient-elles sur le chenal nord toute l'année, ou seulement pendant certains mois et, en ce cas, lesquels ? Où les transports commençaient-ils et finissaient-ils ? Les transports de bois ont-ils cessé à cause de problèmes de navigation ou pour d'autres raisons ?

Quatrièmement, combien de bateaux de touristes ont-ils été utilisés dans les eaux de l'île de Kasikili/Sedudu en 1998 et pendant quels mois ? Quel est leur port d'attache ? Quelles routes les bateaux de touristes suivent-ils ?

Cinquièmement, quelles ont été les routes suivies dans sa navigation par le *Zambesi Queen* depuis qu'il est entré en service dans les eaux de Kasikili/Sedudu ?

Sixièmement, la Namibie soutient que la profondeur du chenal nord à un certain endroit est si faible que cela limite de manière appréciable la navigation dans le chenal nord. Quel est ce point et quelle y est la profondeur du chenal nord ? Quand et de quelle façon cette profondeur a-t-elle

été établie ? Comment la profondeur à ce point se compare-t-elle avec le point le moins profond du chenal sud ?

Ainsi s'achèvent les questions de la Cour pour l'instant et les audiences sont ajournées jusqu'au deuxième tour, la semaine prochaine. Je vous remercie.

L'audience est levée à 13 heures.
