

CR 99/10

International Court  
of Justice

THE HAGUE

Cour internationale  
de Justice

LA HAYE

YEAR 1999

*Public sitting*

*held on Monday 1 March 1999, at 10 a.m., at the Peace Palace,  
President Schwebel presiding  
in the case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*

---

VERBATIM RECORD

---

ANNEE 1999

*Audience publique*

*tenue le lundi 1<sup>er</sup> mars 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
	Guillaume
	Ranjeva
	Herczegh
	Shi
	Fleischhauer
	Koroma
	Vereshchetin
	Higgins
	Parra-Aranguren
	Kooijmans
	Rezek

Registrar	Valencia-Ospina
-----------	-----------------

---

*Présents :*

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

---

*The Government of the Republic of Botswana is represented by:*

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

*as Agent, Counsel and Advocate;*

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

*as Co-Agent;*

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

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

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

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

*as Counsel and Advocates;*

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

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

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

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

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

*as Counsel;*

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

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

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

***Le Gouvernement du Botswana est représenté par :***

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

*comme agent, conseil et avocat;*

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

*comme coagent;*

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

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

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

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

*comme conseils et avocats;*

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

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

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

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

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

*comme conseils;*

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

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

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

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

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

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

*as Scientific and Technical Advisers;*

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

*as Information Adviser;*

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

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

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

*as Administrators.*

***The Government of the Republic of Namibia is represented by:***

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

*as Agent, Counsel and Advocate;*

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

*as Deputy-Agent;*

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

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

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

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

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

*as Counsel and Advocates;*

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

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

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

*comme conseillers scientifiques et techniques;*

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

*comme conseiller à l'information;*

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

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

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

*comme administrateurs.*

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

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

*comme agent conseil et avocat;*

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

*comme agent adjoint;*

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

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

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

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

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

*comme conseils et avocats;*

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

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

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

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

*as Advocates;*

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

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

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. Judge Bedjaoui regrets his absence this week. With the permission of the Court he is in Algeria serving as President of the Independent National Commission for supervision of the presidential elections.

A question has been raised about when answers to the questions asked by Members of the Court last week should be given. They may be given in the course of the second round this week, fully or partially. In the latter event, they may be supplemented thereafter. It may be that Members of the Court will put further questions in the course of the week or at the end of the oral hearings. The Parties will have two weeks from the date of the closure of the oral hearings to give or supplement answers to any questions asked by Members of the Court. We now enter upon the second round and I call upon the distinguished Agent of Namibia, Dr. Kawana.

Mr. KAWANA:

## **16. REPLY OF THE AGENT OF NAMIBIA**

### **A. Introduction**

1. Thank you, Mr. President. Mr. President, distinguished judges, it is once again a great honour and privilege to address this honourable Court as Agent of Namibia.

2. During the first round of the oral proceedings we were accorded the opportunity to state Namibia's case. The second round of the oral proceedings will, where necessary, be devoted to responding to arguments and statements made by Botswana. The rest of Namibia's response will be dealt with by my learned colleagues.

### **B. Date of occupation of Kasikili Island by the Botswana Defence Force (BDF)**

3. Mr. President, Botswana made statements regarding the date of the occupation of Kasikili Island by the Botswana Defence Force (BDF). The position of the Namibian Government is that the BDF occupied Kasikili Island in 1991 after Namibia's independence — in other words, 101 years after the conclusion of the 1890 Treaty. Botswana gives three conflicting dates to the Court. The first was given as 1986<sup>1</sup>. The second was given as "at least since 1987"<sup>2</sup>. The third

---

<sup>1</sup>CR 99/6, p. 51.

was given as 1989<sup>3</sup>. Even if the 1989 date is accepted, it is clear that this was the year in which South Africa withdrew from the territory as part of the United Nations-supervised independence process for Namibia. It was 99 years after the 1890 Anglo-German Treaty was concluded.

4. It may be recalled that Namibia took steps to ensure that the Kasikili Island dispute was resolved by peaceful means. It initiated discussions both at bilateral and regional level. The discussions took place at places such Gaborone (Botswana) and Arusha (Tanzania) before the Kasane meeting took place in May 1992.

5. The Kasane meeting took certain decisions, *inter alia*, maintenance of a reduced presence of BDF on the Island solely for anti-poaching purposes. The Government of Botswana is fully aware that at the earlier meetings I have referred to, Namibia demanded the immediate and unconditional withdrawal of BDF units from the disputed area. This was rejected by Botswana. Proposals were also made to, at least, have a joint Namibian and Botswana defence force unit on the Island. This, too, Botswana rejected. Namibia only agreed to a reduced presence of BDF units because of its desire to maintain peace between the two countries. But Namibia observes that there has actually been an increased presence of the BDF on the Island, contrary to an understanding that there should be a reduction of BDF units on the Island. Additional military structures were built, and an additional Botswana flag was hoisted on the Island! These developments can hardly be said to have been done within the spirit of the Kasane Communiqué. In Namibia's view, they are unilateral acts.

6. Mr. President, at the Harare meeting referred to by both Parties, called to receive the report of the Joint Team of Technical Experts (JTTE), the presence of the BDF on the Island was once again raised. The position of the Namibian Government was that since the Parties agreed to refer the dispute to this honourable Court, it was not proper for one Party to occupy the disputed area.

---

<sup>2</sup>CR 99/6, p. 15.

<sup>3</sup>Reply of Namibia, Vol. III, Ann. 10.

7. Prior to the filing of the Special Agreement with this honourable Court, a diplomatic protest note was sent to the Government of Botswana by the Government of Namibia. It was the view of my Government that:

"[I]f the need is felt that, consistent with proviso to paragraph (f) of the aforementioned 'Kasane Communiqué', there must be a military presence on the disputed island pending the outcome of the International Court of Justice proceedings, then good neighbourliness, African brotherhood and principles of international law dictate that our two Governments meet urgently to work out the modalities and other requirements necessary to station on the disputed island a joint contingent of troops drawn from our two countries."<sup>4</sup>

This, Mr. President, is still the view of the Namibian Government.

### **C. Free and equitable access to the resources of the Chobe River**

8. Paragraph 434 of the Reply of the Republic of Namibia contains an extended discussion of the eight principles that Namibia took to the Kasane meeting. One of these principles is that "normal communal activities" on and around Kasikili Island should continue. This is intended to enable rural Masubia communities to eke out a living by utilizing the resources of the Chobe River as they have done for generations. We now know that the main economic activity of the Masubia is fishing.

9. Namibia wishes to point out that during the JTTE oral hearings, witnesses who live at Kasika testified that fishing nets were confiscated by Botswana authorities. One example will suffice. This is the testimony of a 71-year old Councillor, Honourable Mr. Simson Mbanga Ntonga, a Senior Induna. Here is what he had to say:

"the Botswana authorities, even now they are still taking our fishing nets away from us. Right now as I'm speaking other fishing nets are on the side of Botswana. Yesterday they took other fishing nets from our people."<sup>5</sup>

10. It cannot be denied that to a Subia peasant, the loss of fishing nets is like the loss of an entire stock of cattle to a Masai in Kenya and Tanzania, or a Herero in Namibia. These possessions constitute their entire life savings. Indeed, some of the distinguished colleagues who were members

---

<sup>4</sup>Reply of Namibia, Vol. III, Ann. 10.

<sup>5</sup> Memorial of Namibia, Vol. II, p. 22. Mr. Ntonga is the third in rank from the Chief at Bukalo Khuta, Masubia Traditional Authority. See also pp. 43, 46, 131 and 143-144.

of the Botswana component of the JTTE and are now representing Botswana in these proceedings are familiar with the desperate appeal of these witnesses regarding confiscation of their fishing nets.

11. Peasants complain of confiscation of their fishing nets. Botswana contends that they are laid across the River and therefore hinder BDF patrols and tourist navigation. The letter from the then President of Botswana was made available to this Court by Botswana. It states: "My officials are under instructions to untie such nets on the Botswana side of the border and proceed with their boat trips." In Namibia's view, it is clear that a problem does exist. Both parties have put forward conflicting views. Namibia has proposed, as I have said, that in order to effectively address the problem, joint mechanisms be established by the two countries.

#### **D. Game management and conservation issue**

12. Mr. President, it is opportune to correct certain impressions created by Botswana during the first round of the oral proceedings. Botswana made a number of assertions regarding conservation. With the permission of the Court, it is necessary for Namibia to refer to relevant parts of Botswana's submission. On page 21 of the Verbatim Record of the proceedings held on 22 February 1999 it is asserted as follows: "the future of wildlife species [on Kasikili Island] whose survival depends on the active anti-poaching patrols of the Botswana authorities, would be endangered". On page 22 the assertion continues:

*"The Namibian side of the border, in the Caprivi, has been cleared of virtually all wildlife, by poachers and systematic slaughter by the occupying apartheid South African army before independence. The situation has not changed much. The Caprivi has lost its wildlife population . . . If the Court were to rule in favour of Namibia, the decision would immediately remove the Island from the range of the wildlife, as they would be hunted down on the Island, as was done in the rest of the Caprivi. Thus, in the interest of conservation . . . I respectfully submit that the Court should rule in favour of Botswana. By so doing, the Court would make a clear statement on conservation to all mankind, including Namibians." (Emphasis added.)*

13. To the uninformed, such an unfounded allegation can easily be understood to mean that the people and the Government of Namibia have no regard for conservation. Another impression that has been created is that Namibia is a nation of poachers. In order to appreciate Namibia's response, I would like to refer to the Constitution of the Republic of Namibia. Article 95 (1) of the said Constitution states:

"The State shall actively promote and maintain the welfare of the people by adopting, *inter alia*, policies aimed at the following:

maintenance of ecosystems, essential ecological processes and biological diversity of Namibia and utilization of living natural resources on a sustainable basis for the benefit of all Namibians, both present and future . . ."

14. Botswana made these wild allegations when it is fully aware that there are, as I speak, five, I repeat *five*, fully operational national game parks in the Caprivi Region. These are:

- Mahango Game Park,
- Popa Game Reserve,
- Caprivi Game Park,
- Mudumu National Park, and
- Mamili National Park.

15. The game reserves I have referred to cover an area of approximately 6,916 km<sup>2</sup> that is to say 34.6 per cent of the Caprivi Region<sup>6</sup>. Since the independence of Namibia in 1990, the Caprivi's potential as a wildlife resource base has received considerable attention from both the Government and non-governmental organizations (NGOs) — both national and international. Three of these NGOs can be singled out, that is Integrated Rural Development and Nature Conservation (IRDNC), World Wildlife Fund (WWF), and Namibia Nature Foundation (NNF). These organizations together with the Government are co-operating to develop effective programmes aimed at managing, monitoring and utilizing Caprivi's natural resources in a sustainable manner, and in accordance with acceptable international standards.

16. The policy of the Government soon after independence was to zone the Caprivi between areas where management of wildlife was reserved to the Government. High density wildlife areas such as Mudumu and Mamili were proclaimed as National Parks in 1990. In addition, areas of focus for community-based conservation were identified. These are the areas which fall under a communal land tenure system. These areas were reserved by the Government for the establishment of communal area conservancies. One of the shining examples of such conservancies is Salambala,

---

<sup>6</sup>John Mendelsohn and Carole Roberts, *An Environmental Profile and Atlas of Caprivi*, Directorate of Environmental Affairs, Project funded by the Kingdom of the Netherlands, 1997, p. 9.

situated near Lake Liambezi along the Chobe River. It is currently one of the most successful conservancies in Namibia. As pointed out in my previous statement at the commencement of these oral proceedings, the communities of Ngoma, Kasika, and Impalila want to establish their own conservancy but this is being held over due to the Kasikili Island boundary dispute. Kasikili Island would be part of this conservancy.

17. Contrary to Botswana's assertion, there are between 5,000 and 6,000 elephants in Caprivi<sup>7</sup>. Most of these are found in areas near large rivers in the dry, winter months. During the summer, they move away from the rivers. Many move south into Northern Botswana. Some move north into Angola, Zambia and Central Caprivi. In Namibia it is a very serious criminal offence to kill animals like elephants which are classified as endangered species. Namibia, like Botswana, is a signatory to the Convention on the International Trade in Endangered Species (CITES). It must be mentioned that tourists and road users of the Trans-Caprivi Highway are now very much familiar with elephant crossing signs. Indeed, elephant sightings on the Highway I have referred to is as common as in any game park where elephants are densely populated.

18. Namibia, like Botswana, is particularly well-known for its wildlife. Tens of thousands of tourists from all over the world visit our game parks every year. The Etosha National Game Park, one of the largest in the world, is the best example. It covers about 22,700 km<sup>2</sup>, and is home to 144 mammal species. Indeed, Namibia prides itself as being the home to the largest concentration of cheetahs in the world. Namibia's population of the black rhino is second only to South Africa's; its population of the white rhino is third after South Africa's and Zimbabwe's in Africa. All these mammals are endangered species.

19. Namibia is a signatory to CITES, and therefore its population of endangered species is subject to periodic audit. Those who doubt our commitment to conservation can easily verify our rating status with CITES. It shows that we render maximum co-operation to Interpol in the protection of endangered species.

---

<sup>7</sup>*Idem.*, p. 32.

20. Apart from the Constitution and the CITES Convention I have referred to, Namibia is one of those countries which was represented at the Heads of State level at the Rio Earth Summit and adopted Agenda 21. This is a programme of action for sustainable development world-wide. It is also known as the Rio Declaration on Environment and Development.

21. Since the Earth Summit, Namibia has taken concrete steps to ratify numerous conventions at the international level, such as the Convention to Combat Desertification, the Ramsar Convention, and the CITES that I have already referred to.

22. At the national level, the Government has implemented various policies and innovative environmental programmes, such as Namibia's community-based Natural Resource Management Programme that I referred to in my opening statement.

23. Mr. President, it is true that during the war of national liberation, the South African Defence Force (SADF) did great damage to Namibia's wildlife, especially in Caprivi. The sins of a colonial and occupying Power cannot be visited upon the colonized people. But right from independence, Namibia, through such programmes as the Communal Area Conservancies, has gone a long way to address the injustice done to the country and poor rural communities. The Masubia people, like other indigenous peoples of Namibia, have lived with animals for generations. There was mutual relationship between man and beast. This is documented by European explorers of the 18th century.

24. I wish to point out that the Namibian Government has put in place additional and effective measures to curb the menace of poaching. Namibia has stated its willingness to undertake joint anti-poaching measures with Botswana. Apart from our commitment to conservation, we believe that such joint anti-poaching measures would greatly enhance mutual trust and co-operation between the people of Namibia and Botswana. Countries with wildlife are victims of international criminal syndicates. To blame Namibia for this common problem is therefore most unfortunate.

25. Mr. President, Namibia is fully aware of the need to preserve our environment and the management of our natural resources. This is what the President of Namibia had to say on the occasion of the launch of Communal Area Conservancies and the Gift to the Earth award ceremony:



"The earth is the most precious gift that we can give or bequeath to our children. Our decisions and actions of today will shape our earth of tomorrow. Short-term approaches, over-exploitation and unsustainable use of our environment and our resources will leave us with an unhealthy planet."

26. This level of commitment to conservation effectively repudiates the assertion or inference that Namibia's conservation measures do not meet the required international standards. In addition, the population of some endangered species in Namibia that I have mentioned also destroys Botswana's unproven assertion that the Caprivi "has been cleared of virtually all wildlife".

#### **E. Relations between Namibia and Botswana**

27. Mr. President, during the first round of the oral pleadings a great deal was said by both Parties about the relations between Namibia and Botswana. I wish to reiterate the statement I made in my opening statement to the effect that the people of Namibia and Botswana share a long historical bond of friendship. Unfortunately, certain aspects of this long historical bond of friendship were strained after Namibia's independence. One such aspect is the Kasikili Island boundary dispute.

28. Our distinguished Botswana colleagues touched on many aspects of our relationship during the first round of the oral proceedings. Owing to the more important issue before this Court, I will not respond point by point to all the issues raised. Namibia, like Botswana, is an established democracy in Africa. This fact is generally accepted worldwide. Both countries have been stable and peaceful, and have maintained this record ever since attaining independence. The relationship between Namibia and Botswana is fully discussed in Namibia's Reply.

29. We have built a strong, impartial and independent judiciary, nurtured by one of the greatest legal brains of Namibia, the late Honourable Chief Justice Hans Bekker, a Namibian citizen and the first Chief Justice of an independent Namibia.

30. Periodic presidential, National Assembly, and regional and municipal council elections are held as prescribed by the Constitution. We have maintained freedom of expression by enabling our citizens to air their views freely without fear through newspapers and programmes on our radio

and television. These include Open Line, Chat Show, Prime Minister's Question Time, Feed Back, and Cross Fire. Similar programmes have been introduced in local languages.

31. We are also fully satisfied that the rule of law and democracy has taken root. Towards the end of last year, the whole nation was therefore greatly surprised to learn that a prominent opposition politician had had contacts with a former South African army general from the apartheid era. This general was in charge of military operations in the Caprivi during the war of national liberation. The aim of the politician was to secede the Caprivi Region from the rest of Namibia. The opposition party called a general meeting and expelled him from the leadership of the party. To our shock, a highly disturbing message was received by the Government of Namibia from Botswana that 92 people "claiming to be Namibians and carrying an assortment of military weapons crossed into Botswana" from the Linyanti area. This is more than 100 kilometres from Kasikili Island area. Namibia was further advised that the people were going to face charges in Botswana for "possession of weapons of war". The information from Botswana was highly appreciated in Namibia. This was seen by many Namibians as an encouraging sign of the good relationship between the two countries.

32. Namibia immediately requested the Botswana Government to allow it to send security officers to work with their Botswana counterparts to establish the identity of the people. Botswana's response was that "such a move would not be appropriate". Botswana only offered to facilitate access to the people by the Namibian High Commissioner. Investigations in Namibia revealed that a military base had been established close to the Chobe River which forms the boundary between Namibia and Botswana. The position of Namibia on this issue is clear. These are innocent people who were misled. I am happy to note that moves are under way to facilitate the voluntary return of these people to their motherland without any fear of arrest. The Namibian Government hopes that a durable solution will be found. Our policy of national reconciliation is still in place.

33. Mr. President, Namibia has listened with keen interest to the statement made by our Botswana colleagues that Botswana harbours no territorial ambitions towards any part of Namibian territory, including the Caprivi Region. Given the statements made in the 1960s, this message from

our colleagues is most welcome to the Namibian nation in general and to the inhabitants of the Caprivi Region in particular.

34. I must state that in the economic realm, Namibia and Botswana have succeeded in forging co-operation, particularly in the sphere of communications. Closer co-operation has also been achieved in the social sphere. Namibia provides access to its school facilities along the Namibia-Botswana border to school children from Botswana<sup>8</sup>.

35. I will sum up with the words of the President of Namibia when he acknowledged the historical bonds of friendship between the two countries and Botswana's role in the independence of Namibia. He had this to say:

"Our two countries and peoples share long-standing bonds of history, ethnicity and culture. We are neighbours whose welfare and destiny have become inseparable . . . Two generations of Namibian patriots were welcomed . . . by the great Botswana leaders who supported our people's struggle for freedom, self-determination and national independence . . .

These are not only historical facts but also the very kernel of our people's interdependence and co-operation in an atmosphere of peaceful co-existence."

### Conclusion

36. Mr. President, in spite of the problems which affect cordial relations between the two countries, there is a need to consolidate peace and stability between us. The biggest single asset between the two countries is our belief and conviction in the peaceful settlement of disputes. To us this is an achievement that the two countries have succeeded in bringing the dispute before this honourable Court.

37. Mr. President, nations of the world are standing in the final hours of this millennium. Africa should not drift back to the Stone Age. We must stand firm and be counted among proud nations entering the new millennium with programmes that will benefit humankind. This goal can only be achieved if we work for peace at home and abroad. Conflict must be avoided at any cost.

38. Mr. President, it is now my pleasure to introduce counsel and advocates who will be putting the case of Namibia to the Court during the second round of oral proceedings.

---

<sup>8</sup>Reply of Namibia, paras. 412-413.

Professor Chayes will follow me next to discuss a general overview of Namibia's presentation. Professor Cot will discuss subsequent practice in relation to the Masubia. He will be followed by Professor Faundez who will discuss subsequent practice under the Treaty. Tomorrow Professor Chayes will address you on Namibia's scientific evidence. He will be followed by Professor Delbrück who will deal with the textual interpretation of the Anglo-German Treaty. Thereafter, Professor Chayes will present Namibia's closing reply.

Mr. President, this concludes my statement.

I thank you and Members of the Court for your attention.

Mr. President, may you call Professor Chayes to make his presentation.

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

Mr. CHAYES:

#### 17. OPENING PRESENTATION

May it please the Court:

Mr. President, Members of the Court,

1. As I rise to open this final round of oral pleadings on behalf of Namibia, I find myself at something of a loss. I listened carefully to the distinguished counsel for Botswana for four days last week. I heard a good deal of scattershot criticism of Namibia's arguments. But I have yet to hear a developed statement of Botswana's affirmative case. In fact, a colleague on our team sent an e-mail home to his family entitled "the mystery of Botswana's missing case".

2. The nearest thing to a statement of a case came toward the end of Professor Brownlie's pleading on Thursday, when he said:

"The key propositions of law and fact are as follows:

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

*Secondly:* the thalweg is determined by 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." (CR 99/9, p. 53.)

3. With respect, these are merely "propositions", as Professor Brownlie calls them, conclusory assertions, rather than a developed case at law. And in any case, as Professor Delbrück will show tomorrow, all of them are wrong.

As to Professor Brownlie's first proposition: the Anglo-German Treaty does not define the boundary in terms of the thalweg. It places the boundary "in the centre (or thalweg) of the main channel".

As to the second proposition: in a non-navigable river like the Chobe, the thalweg is not determined by the line of deepest soundings in the river or the axis of the most accessible channel for ships of largest tonnage in descending the river — there are no such ships.

As to the third proposition: the Joint Survey Report did not establish that the thalweg lies in the northern channel. It had no legal significance whatsoever.

As to the fourth proposition: there is, therefore, no Q.E.D.

4. I spend some time on this, because I believe it is characteristic of Botswana's methodology in this case. It has proceeded by means of broad assertions, unsupported by either legal argument or evidentiary basis and by simply ignoring the arguments and evidence arrayed against it. Here are some examples:

Botswana says the Anglo-German Treaty vested title in Great Britain; therefore the occupation of Kasikili Island by the Masubia under their colonial rulers could not possibly have any legal effect<sup>9</sup>.

Again the Anglo-German Treaty vested title in Great Britain; therefore, Britain had no need to protest or object to the activities of the Masubia and their colonial rulers on the Island<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup>CR 99/6, p. 12.

<sup>10</sup>CR 99/9, p. 51.

A third example: the northern boundary of the Chobe Game Reserve and later the Chobe National Park follows the international boundary. Therefore, Kasikili Island is within Chobe National Park<sup>11</sup>. Those are just three examples.

5. I hesitate to suggest that my distinguished friend Professor Brownlie could be guilty of an elementary logical fallacy. But I think the above propositions are all recognizable as examples of *petitio principii* — question begging. They all assume the answer to the question to be proved. And the question that is begged is the very issue in this case: to which party *did* the Anglo-German Treaty assign the Island? Where *does* the international boundary run?

6. Moreover, in each of the examples given, Botswana's conclusion to the question begged is in error.

As to the first example: wherever the Treaty draws the boundary line, the activities of the Masubia under their colonial rulers were legally significant, either by way of subsequent practice showing that the Treaty in fact assigned the Island to Namibia, or as prescriptive action, if it should turn out that the Treaty assigned it to the United Kingdom.

As to my second example: if British officials believed the Island belonged to the United Kingdom under the Treaty they were certainly under an obligation to protest or object to the activities of the Masubia on the Island, which were inconsistent with that position. They did not take casual or permissive attitudes toward transboundary agricultural activities anywhere else in the region. In this case, the obligation was stronger than usual. As Lady Fox has pointed out, the boundary established by the Treaty was not a boundary between sovereign States initially, but between spheres within which the influence of the parties would be exercised — in short, between spheres of influence. Thus, the Treaty did not award sovereignty over the allotted areas, but only a kind of inchoate title, which had to be perfected by acts of occupation<sup>12</sup>. If, as Professor Brownlie

---

<sup>11</sup>CR 99/6, p. 20.

<sup>12</sup>J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Vol. III, Leyden, 1970, p. 495.

maintained the Treaty was signed in 1890 and then nothing happened<sup>13</sup>, the result is that Great Britain failed to protect any title it may have acquired.

As to the third example: when it drew the border of the Crown Reserve Lands on a map, the Bechuanaland Office of Public Works demonstrated that Kasikili Island was not in the Crown Reserve and not in Botswana. The Island was therefore equally outside the wildlife reserve or the national park that later occupied the same territory.

7. Perhaps the prime example of Botswana's approach in this respect is its obfuscation of the issue of prescription in this case. Indeed, it is hard to follow Botswana's argument because its assertions are so confused and even contradictory. At times, Botswana seems to be saying that the claim of prescription is precluded by the terms of the Special Agreement submitting the case to the Court. At times, it seems to be saying that by pleading prescription, Namibia has forfeited its claim under the Treaty. And sometimes it seems to be saying that Namibia has pleaded nothing but prescription.

8. All of these three propositions are also wrong.

9. The Special Agreement does not confine the Court to the interpretation of the Anglo-German Treaty of 1890. It invokes also "the rules and principles of international law" and asks the Court not only to determine the boundary around Kasikili Island, but also "the legal status of the Island". Botswana relies on the terms of reference for the JTTE to support its view of the limited competence conveyed by the Special Agreement. But the language I have quoted from the Special Agreement departs markedly from the JTTE terms of reference. Far from supporting Botswana's position, the language of the MOU quoted by Professor Brownlie (CR 99/9 p. 51), demonstrates that when the Parties wanted to confine the issue to treaty interpretation, they knew very well what language to use. They did not use it in the Special Agreement.

10. Second, it is crystal clear from all the pleadings, written and oral, that Namibia's claim of prescription is asserted in the alternative. There is no rule of the Court or in other legal systems against pleading in the alternative — even inconsistent pleading. Professor Brownlie is a common

---

<sup>13</sup>CR 99/6, p. 52.

lawyer. He must, like all of us, have been entertained when he was a law student by the case of the broken pot. The plaintiff complained that the defendant had borrowed a pot and returned it in damaged condition. The defendant pleaded that he had not borrowed the pot, that if he had, he returned it in perfect shape, and if not — it was broken when he took it. The court permitted the defendant's plea. Thus are law students, at least in common law countries, even today, introduced to the mysteries of alternative pleading. Professor Brownlie seems finally to admit that Namibia has the right to plead in the alternative in the abstract<sup>14</sup>. But he insists that negative inferences can be drawn from one claim against the other. But surely the very meaning of the ability to plead in the alternative is that each claim is to be considered in its own right, and no inference is to be taken against one claim because an inconsistent claim has been pleaded.

11. Finally, and most important, prescription is not and never has been the core of Namibia's case<sup>15</sup>. It has been advanced as a claim in the alternative, As I pointed out in closing the first round of oral pleadings, Namibia spent three days on the issue of treaty interpretation, and only an hour on the question of prescription. The written pleadings are divided in about the same proportion. And that proportion reflects Namibia's views on the comparative weight of the two claims.

12. While I am talking about prescription, however, let me take one more moment to say that Namibia considers it has proved its case for prescriptive title under the applicable rules of international law. It has shown open and notorious possession of the Island by the Masubia for a suitably long period, dating from the conclusion of the Treaty of 1890. It has shown the exercise of sovereignty by the colonial rulers, directly and through the modalities of indirect rule. The Masubia did not regard themselves as squatters, but as in possession as of right. Similarly the German and later South African colonial rulers believed themselves to be exercising sovereign rights granted by the Treaty. Thus there was possession *à titre de souverain* And Namibia has shown

---

<sup>14</sup>CR, 99/6, p. 35.

<sup>15</sup>Memorial of Namibia, paras. 14, 165; Counter-Memorial of Namibia, para. 2; Reply of Namibia, paras. 3-8.



acquiescence — the failure to protest or object — on the part of the Bechuanaland authorities throughout this period.

13. Mr. President, Professor Brownlie questioned Namibia's tactics the other day. Let me speculate for a bit on his own. Why does he insist that Namibia's main claim is prescription, when that clearly isn't true? What is he afraid of? What is his hidden agenda?

14. I believe Professor Brownlie is trying to distract the attention of the Court. He is trying, by engaging in doctrinal casuistry, to turn the Court's attention away from the hard facts: peaceful and uninterrupted occupation of the Island from 1890 to 1966, with its legal consequences in terms of subsequent practice. The truth of the matter is that Namibia was there. Botswana was not there. Lady Fox valiantly tried to prove the contrary. But, as Professor Cot will show in a moment, she didn't quite succeed. Professor Brownlie said that "nothing happened" on the Island from 1890 to 1948. In a sense, I suppose he is correct. The Masubia of Caprivi were peacefully occupying the Island, with the acknowledgment and acceptance of the British authorities. Professor Brownlie may call that "nothing". But that "nothing" is bound to have legal consequences that he would like the Court not to think about. So much for prescription.

15. Mr. President and Members of the Court, Professor Brownlie, in closing last Thursday, said that I had "mounted a sustained assault on the Treaty". And he was good enough to quote a long passage from my closing argument<sup>16</sup>. Of course, the Treaty produced some beneficent results, most particularly by ultimately giving birth to the two great States before this Court in this case. But I plead guilty to attacking the Treaty of 1890 — as a political act. Indeed, I did not believe there was anyone left who would defend it — as a political act. I had thought it was generally agreed that — as political acts — the 1890 Treaty and others like it and the historical movement of which they were a part, were indefensible.

16. But as a legal act, the 1890 Treaty is an entirely different matter. Showing a certain talent for selective quotation, Professor Brownlie omitted the last two paragraphs of my closing. Let me read them:

---

<sup>16</sup>CR 99/9, p. 47.

"The boundary defined by the Treaty left the Masubia people intact and in full possession of their traditional homeland — including Kasikili Island. It would be ironic, not to say tragic, if 100 years later a decision of this Court were to disturb that integral relationship.

In Namibia's view there is no need to do so. The Treaty, interpreted in accordance with the ordinary meaning of its terms and the long-standing practice of the parties, places the boundary in the channel running to the south of Kasikili Island and establishes the sovereignty over the Island in Namibia."<sup>17</sup>

As a legal act, the 1890 Treaty is just fine.

17. Namibia stands on the position that it has taken throughout this litigation: its primary claim is that its title is treaty-based. Botswana's refusal to acknowledge this fact reflects an impoverished understanding of the conception of "subsequent practice" as embodied in the Vienna Convention, Article 31 (3) (b). Starting from the point when it first addressed this question in its Counter-Memorial, Botswana has consistently asserted that subsequent practice requires some kind of joint agreement among treaty partners. As Namibia has shown, however, Botswana's position is contradicted by the writers and the jurisprudence, notably the *Beagle Channel* arbitration<sup>18</sup>.

18. Subsequent practice comprehends what people — ordinary citizens as well as officials — were doing on the ground. And it includes how officials of the other treaty party reacted — what they did and failed to do. The fact is that Namibia's predecessors in title were on the ground at Kasikili Island for at least the first three-quarters of a century after the Treaty was concluded. Botswana's predecessors in title were not — and made no effort to be.

19. Namibia will therefore devote the remainder of this round of oral pleadings to the treaty aspects of the case. As I said above, Namibia considers that it has established a prescriptive claim and need say nothing further about it. The next presentation will be by Professor Jean-Pierre Cot, who will make it abundantly clear who was on the ground and who was not as a matter of subsequent practice.

---

<sup>17</sup>CR, 99/5, p. 63.

<sup>18</sup>*Beagle Channel* case, 52 *International Law Reports* (1979).

20. Professor Faundez will then review the record of official action — and inaction — of the treaty parties during the relevant period. British and Bechuanaland officials, with full knowledge of the facts, accepted the occupation and use of the Island by Namibia's predecessors and even took important actions of affirmative recognition of this state of affairs.

21. As I said a moment ago, these two elements — continued presence of the Masubia on the ground under colonial rule plus the acceptance of the situation by Botswana's predecessors — add up to subsequent practice under the 1890 Treaty. From these two elements can be deduced the agreement of the Parties that the Treaty is to be interpreted as defining the boundary in the centre or thalweg of the channel flowing to the south of Kasikili Island.

22. Tomorrow, I will address the factual issues relating to the identification of the main channel, including particularly (1) the flow of the water and (2) the navigation in the Chobe River around Kasikili Island. Professor Delbrück will then reply on the issues of treaty text and the object and purpose of the Treaty, dealing along the way with the applicability of the thalweg concept. Finally, I will conclude by summing up our reply and restating the position of Namibia.

23. Mr. President, this concludes my opening presentation. I ask you to call on Professor Cot.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Chayes. Professor Cot. please.

M. COT :

**18. Subsequent practice: Evidence of the occupation of Kasikili Island by the Masubia**

Monsieur le président, Madame, Messieurs de la Cour.

Il me revient la charge d'établir, en réplique, l'occupation effective, pacifique et exclusive de l'île de Kasikili par les Masubia de Caprivi, ceci de 1890 à 1966. Et, ceci dans le cadre de l'interprétation du traité anglo-allemand de 1890, de la prise en considération de la pratique subséquente des parties au titre de l'article 31, paragraphe 3 *b*) de la convention de Vienne sur le droit des traités.

Le professeur Chayes vient de vous expliquer pourquoi nous ne répondrons pas sur le point de la prescription. Nous avons le sentiment d'avoir répondu par avance à la plaidoirie orale du professeur Brownlie, point par point, et nous nous permettons respectueusement de vous renvoyer au compte rendu du jeudi 18 février<sup>19</sup>.

En revanche, il nous faut revenir sur la pratique subséquente des parties au traité en tant que moyen d'interprétation du traité. J'examinerai pour ma part la situation sur le terrain et répondrai, pour l'essentiel, à l'argumentation développée à ce sujet par lady Fox. Le professeur Faundez analysera les positions des Parties et l'existence ou non d'un accord intergouvernemental sur l'interprétation du traité.

Monsieur le président, je pensais que nous étions au moins d'accord sur le fait de l'occupation exclusive par la Namibie et ses ressortissants, sinon sur les conséquences à en tirer de l'île de Kasikili. Ceci ressortait, me semblait-il, des éléments de preuve acceptés en commun par les deux Parties, notamment des déclarations incontestées faites par le chef Moraliswani à la commission mixte d'experts techniques, notamment des constatations faites par les administrateurs locaux britanniques et botswanais, le tout confirmé par les photographies aériennes y compris celles présentées par la Partie adverse.

Le Botswana remet en cause ces éléments par une démonstration sans doute pleine de grâce et d'elegance. Mais elle nous oblige de ce fait à une mise au point.

Je commencerai, après le professeur Chayes, par souligner le caractère, oserais-je dire, légèrement ethnocentrique de la perspective adoptée de l'autre côté de la barre. De même que le Chobe n'est pas la Tamise, les villages de Caprivi ne sont pas les villages des Cotswolds, installés depuis des siècles dans leur écrin de verdure, regroupés autour de la petite église et du cimetière.

En voici un ravissant exemple, que vous voyez maintenant sur l'écran, avec ses maisons de pierre de taille, avec l'église, avec cette petite rivière bien sage qui ne déborde point de ses berges.

[N° 5.1]

Ce n'est pas franchement le modèle d'un village africain.

---

<sup>19</sup>CR 99/5, p. 10 à 35.

J'invite donc la Cour à une relecture des éléments de preuve produits dans leurs écrits par les Parties à la lumière de la spécificité sociale et culturelle des populations concernées et d'abord du peuple masubia. En commençant par les témoignages produits devant la commission mixte d'experts techniques. Tous les témoignages, ceux du côté namibien comme ceux du côté botswanais car il n'y a pas de raison de suspecter davantage les uns que les autres.

Ces deux forts volumes, qui ont été annexés à nos plaidoiries, constituent en effet un témoignage important sur la société Masubia. Encore faut-il les comprendre, encore faut-il ne pas les lire à l'heure du clocher des Cotswolds.

Qu'y voyons-nous dans ces deux volumes et dans ces témoignages produits de part et d'autre ? Un peuple du fleuve, avec son mode de vie. Et je vais citer, Monsieur le président, je précise que je ferai ces citations en anglais, pour leur conserver leur fraîcheur et leur authenticité. Vous trouverez évidemment en note de bas de page au procès-verbal les traductions françaises correspondantes. Je cite Madame Malabo :

*"You know, when it's time of floods in our language we call it 'kuomboka'. You know, you move out from a flooded area and you go to a dry area. That's how they used to do, but if there wasn't flood those people used to plough there, I mean to stay there."<sup>20</sup>*

Ce rythme de vie Masubia marqué par la crue du fleuve, qui fait sentir ses effets sur toute la plaine du Zambèze, c'est une photo que nous avons déjà vue, ce n'est pas un village des Cotswolds.

La notion de village est liée, pour le peuple masubia, à la notion de communauté villageoise. Elle est liée à la crue du fleuve. Le village se déplace avec la communauté, suivant le mouvement des eaux. Lors du reflux, la communauté de Kasika reprend possession de l'île de Kasikili. Un

---

<sup>20</sup>Traduction :

«Vous savez, quand vient la période de crue, dans notre langue, nous l'appelons la «kuomboka». Vous savez, vous quittez la région inondée pour gagner une région à pied sec. C'est ce qu'ils faisaient naguère, mais s'il n'y avait pas d'inondation, les gens continuaient à labourer, je veux dire à rester sur place.» (Vol. II, p. 100, Mme Malabo.)

témoin, M. Sibungu, l'a fort bien exprimé : "*Kasikili was our village. When it's flooded we used to move from there going to Kasika. That's just one area.*"<sup>21</sup> (M. M. Sibungu.)

Aussi, la question posée par le Botswana quant à l'existence d'un village sur l'île n'a-t-elle pas de sens quelque part. Un village permanent ? Mais c'est enfoncer une porte ouverte, lady Fox, que de prouver l'absence d'un village permanent trois cent soixante-cinq jours par an. Nous ne l'avons jamais dit. Un village, sans doute. Mais un village masubia, non un village des Cotswolds. C'est ce qui ressort des témoignages. Un village aux structures légères, fait pour durer la saison des labours, en attendant d'être enlevé par les flots.

Les observateurs ont noté les caractéristiques de cette architecture éphémère, adaptée aux contraintes de la vie du fleuve. Dès 1912 le capitaine Eason faisait remarquer : «Ces villages n'ont pas un caractère permanent ... les Basubia ne s'embarrassent pas à construire des huttes, mais vivent sur des paillasses avec quelques brassées d'herbe en guise de toiture.»<sup>22</sup>

Nous sommes loin de la pierre de taille des Cotswolds. Il s'agit de structures temporaires, destinées à être emportées par l'inondation annuelle du Zambèze, puis reconstruites l'année suivante. Comme le précise Mme Malabo : "*There were houses, those mud houses, you take mud and then you do the thatched house and then you put a courtyard. They were houses.*"<sup>23</sup> (Mme. R. M. Malabo.)

L'école ? La vision que nous propose le Botswana de l'école me semble curieusement bureaucratique. Il n'y a pas trace d'une école à Kasikili dans la correspondance administrative, soit. C'est vrai que l'école est officiellement installée à Kasika. Mais c'est vrai aussi que l'école suit la communauté fluviale. Lorsque les gamins sont sur l'île, eh bien, les instituteurs suivent. Puis, avec

---

<sup>21</sup>Traduction :

«Kasikili était notre village. Quand venait la crue, nous le quittions pour aller à Kasika. C'était une seule région.» (*Ibid.*, p. 128.)

<sup>22</sup>Traduction :

"There is no permanency of these [villages] ... the Basubia do not trouble to build huts but live under reed mats with a few bundles of grass thrown on tops (sic)." (Mémoire de la Namibie, p. 81, par. 209 et annexe 47, p. 470.)

<sup>23</sup>*Ibid.*, p. 101.

l'inondation, tout le monde se retrouve les hauteurs de Kasika<sup>24</sup>. Écoutons M. Masuka : "*The school was built in Kasika, but when there's no water in the Island the school goes to Kasikili Island.*" (M. M. Masuka; *ibid.* p. 106.)

Les champs ? Ils sont cultivés par les paysans masubia jusqu'en 1958, personne ne le conteste sérieusement.

La Partie adverse a sans doute cherché à tirer argument d'une déclaration du chef Moraliswani devant la commission mixte pour prétendre que l'île fut abandonnée après 1937. Mais le même chef Moraliswani déclara ensuite que c'est bien en 1958 que l'île fut abandonnée, après une crue exceptionnelle<sup>25</sup>.

Cette seconde date correspond avec tous les témoignages faits devant la commission mixte. Elle est, du reste, corroborée par les tableaux de crue présentés par lady Fox comme par la photographie aérienne de 1943.

Les morts. Les morts sont-ils enterrés sur l'île de Kasikili ? Et les avocats du Botswana d'opposer l'inondation régulière de l'île, la difficulté de creuser le sol. C'est vrai, ce ne sont pas les pierres tombales des Cotswolds, regroupées autour de l'église pour des siècles. Mais, Monsieur le président, le rapport à la mort, le rapport à la sépulture, le rapport à l'au-delà n'est pas le même dans une société fluviale où l'eau emporte tout, balaie tout. Oui, les chefs sont enterrés à Kasika, sur la hauteur. Les autres, là où ils sont morts. Interrogé par la partie botswanaise, un vieux pêcheur a cette réponse :

*"Botswana component : Would he explain why some people are not buried on the high ground in Kasika, but in the low ground on Kasikili.*

*Witness : Those people could be buried because those people are different. The chiefs are the chiefs and the commoners are the commoners.*<sup>26</sup> (M. I. S. Sundano.)

---

<sup>24</sup>Traduction :

«L'école a été construite à Kasika, mais quand l'île n'était pas inondée, l'école était installée sur l'île de Kasikili.» (M. M. Masuka; *ibid.* p. 106.)

<sup>25</sup>Mémoire de la Namibie, vol. I, p. 150, par. 356-57.

<sup>26</sup>Traduction :

Selon que vous serez puissants ou misérables, comme le disent les fabulistes.

Alors, on nous oppose les photos aériennes. Pas trace d'un village, pas trace d'une occupation permanente, vous l'avez entendu.

Je vous propose de reprendre ces photos. D'abord pour écarter les photos aériennes qui ne sont pas pertinentes. Les photos aériennes de mai 1972 (projetée deux fois), de novembre 1972, de 1981, de 1985 et de 1997 (projetée deux fois aussi avec des indications différentes). Ces photos, Monsieur le président, ne nous apprennent rien, car l'île est cultivée jusqu'en 1958, mais pas au-delà. Tout le monde en est d'accord, tout le monde le déclare, les témoins sont unanimes. La grande crue de 1958 a chassé les agriculteurs, qui ont trouvé éléphants et babouins à leur retour et ont dû renoncer à labourer leurs champs. Les Parties sont d'accord, au moins sur ce point. Dès lors, les photos postérieures ne nous apprennent rien sur l'occupation ou l'absence d'occupation de l'île de Kasikili.

Reprenons donc, Monsieur le président, les photos antérieures.

#### **Restent les photos antérieures. Celle de 1925**

[No. 5.3]

La première, est remarquable pour l'époque. Mais elle est floue et ne permet pas de déceler les détails. Il est d'ailleurs difficile de voir des détails sur ces photos aériennes, même sur les photos les plus contemporaines, et je voudrais vous demander, Mademoiselle Putnam, de projeter une photo de 1997 qui a été prise en période sèche.

Elle date de 1997 et a été prise en période sèche, dans des conditions de bonne visibilité et avec des appareils d'une précision supérieure à 1925.

[No. 5.4]

Or, je constate que vous n'y trouverez pas trace des deux tours de guet botswanaise des forces de défense, alors que ces tours existent bel et bien et nous le savons, sauf des superstructures assez

---

*«Partie botswanaise : Le témoin peut-il expliquer pourquoi certaines personnes ne sont pas enterrées sur les hauts de Kasiki, mais dans la plaine de Kasikili ?*

*Témoin : Ces personnes peuvent être enterrées parce que ces personnes sont différentes. Les chefs sont les chefs, le peuple est le peuple.» (Ibid., p. 169.)*



visibles en principe à l'oeil nu. Si vous voulez bien montrer ces tours et le bateau au pied de la tour, vous voyez qu'il s'agit là quand même d'une structure qui devrait ressortir de la photo.

[No. 5.5]

Il n'est pas étonnant dans ces conditions que la photo de 1947, que vous pouvez projeter, soit aussi floue et donne aussi peu d'informations.

[No. 5.5a]

Et nous en venons maintenant à la photographie de 1943. La photo de 1943, vous vous en souvenez, c'est cette photo qui a été abondamment commentée par lady Fox pour prouver l'absence de village sur l'île. Cette photo est en effet d'une précision tout à fait remarquable pour l'époque, et même pour aujourd'hui. Que pouvons-nous y observer ? Elle se trouve aussi dans votre dossier de plaidoiries.

Voyons d'abord la photo telle qu'elle a été projetée par lady Fox. C'est celle-ci.

[No. 5.6]

Lady Fox a attiré notre attention sur les champs situés au sud-ouest de l'île, elle a examiné leurs caractéristiques. Elle a même projeté, d'ailleurs, un agrandissement dont je vous fais grâce, sur uniquement la partie sud-ouest de l'île pour appuyer son analyse.

Elle en a tiré plusieurs conclusions dont la principale est que : il n'y a pas de village sur l'île.

Monsieur le président, cette photographie n'est pas la photo qui a été publiée dans le contre-mémoire botswanais. C'est la photo qui est annexée dans l'album du Botswana.

Voyons maintenant la même photographie publiée dans le contre-mémoire du Botswana à la page 163 du volume I.

[No. 5.7]

Vous voyez qu'ici cette photo est agrémentée d'un certain nombre de fléchettes qui permettent d'attirer l'attention sur des détails qui ne sont pas sans importance pour la question, y a-t-il un village sur l'île ? Et si lady Fox avait eu la curiosité de se reporter à son propre contre-mémoire, celui publié par le Botswana, si elle avait eu la curiosité de feuilleter notre propre dossier de plaidoirie, si oserai-je même le dire, elle avait eu la curiosité d'écouter nos explications du premier

tour, elle n'aurait pas manqué d'observer l'existence de ces fléchettes, insérées par le rédacteur du contre-mémoire du Botswana pour aider le lecteur à mieux comprendre la photographie aérienne.

Ces fléchettes attirent l'attention sur les champs, en particulier sur ces champs du sud-ouest (*fields*). Mais aussi sur ce kraal au centre de l'île. Ce kraal qu'on voit à l'œil nu. Ce kraal que l'on voit d'ailleurs mieux avec une simple loupe, comme celle-ci. Et du reste, Monsieur le président, si vous le permettez, je souhaiterais faire cadeau à lady Fox de cette petite loupe en souvenir de notre joute. Ce n'est pas de la haute technologie, mais cela peut servir quelquefois.

Ce kraal qui, le disais-je, est assez évident et vous conviendrez avec moi qu'il y a là une curieuse omission quand on utilise une photographie aérienne pour démontrer l'absence de village sur l'île de Kasikili, que de ne pas retenir une structure évidemment construite de main d'homme. Une structure relativement importante. Une structure libellée «kraal» dans la légende.

Qu'est qu'un kraal Monsieur le président ? Je prends la définition de Logan de 1972 : «un kraal est un ensemble de huttes et de structures associées entourées d'un mur ou d'une palissade»<sup>27</sup>. J'ajoute la définition donnée par lady Fox elle-même, jeudi 25 février dernier, je cite : «Là où vit le chef, où se trouve son kraal ou enclos à bétail, on utilise l'appellation «kraal»<sup>28</sup>.

Cela vaut donc bien la peine, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, d'y regarder de plus près, vous en conviendrez. Et cela interdit au moins de conclure hâtivement à partir de cette photographie qu'il n'y a pas de village sur l'île de Kasikili.

Alors, village ou pas village ? Pas village, au sens où lady Fox l'entend. Pas de petites chaumières en pierre de taille regroupées autour de l'église. Mais village pour les Masubia, village pour cette collectivité d'hommes, de femmes, d'enfants, regroupée, partageant les mêmes activités, vivant suivant le même rythme, sous le même abri, vivant suivant les crues du fleuve.

Occupation de l'île par les Masubia. Occupation publique, au vu et au su de tous. Cette occupation n'est en rien clandestine. Elle se déroule sous le nez et à la barbe du poste de police

---

<sup>27</sup>Traduction : "A kraal is a group of huts and related structures surrounded by a common wall or palisade." (R. F. Logan.) "The People of the Eastern Caprivi." (SWA Annual 1972, p. 151; mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 130, p. 204.)

<sup>28</sup>CR 99/9, p. 11, par. 7.

de Kasane. Les chasseurs chargés par les autorités namibiennes à l'époque d'abattre le trop-plein d'éléphants le notent : le bruit du fusil se fait entendre jusqu'à Kasane<sup>29</sup>. Pourtant, les autorités du Bechuanaland ne bronchent pas. Et cette paysanne, interrogée par la partie namibienne, a cette exclamation :

*"Namibian component : I would like to find out whether in her young years when they were ploughing at Kasikili Island the authorities in Kasane knew of their presence and whether they tried to prevent them from ploughing there.*

*Witness : They saw us when we were ploughing and we were not stealing when we were ploughing but we were ploughing in our fields, we were ploughing openly.*<sup>30</sup>  
(Mme N. Siyomundi.)

Cette occupation de l'île est donc une occupation publique. C'est une occupation aussi permanente que le permet la nature. C'est bien assez, au regard des critères du droit international.

D'autant plus qu'en face, il n'y a rien.

D'autant plus que cette occupation namibienne est en effet exclusive, contrairement à ce que voudrait nous faire croire le Botswana.

Le Botswana prétend que l'île était occupée par les deux Parties, simultanément : «Labourages et pâturages intermittents par les populations des deux rives du Chobe sur l'île de Kasikili/Sedudu pendant les quatre à cinq mois où l'île n'était pas submergée...»<sup>31</sup>

La thèse avancée par le Botswana fait fi de la notion de propriété communale dans la structure rurale masubia. La terre y était sans doute collective. Mais elle était réservée strictement au peuple masubia et plus précisément ici aux habitants du village de Kasika. Les parcelles étaient allouées par le chef, comme l'attestent de nombreux témoignages recueillis lors des auditions de la

---

<sup>29</sup>Témoignage S. M. Ntonda (*ibid.*, p. 25).

<sup>30</sup>Traduction :

*«Partie namibienne : Je voudrais savoir si, dans sa jeunesse, quand ils labouraient sur l'île de Kasikili, les autorités de Kasane étaient au courant et si elles tentaient de les empêcher de labourer ?*

*Témoin : On nous voyait quand nous labourions et nous n'étions pas des voleurs quand nous labourions. Nous labourions nos propres champs, ouvertement.»* (*Ibid.*, p. 135.)

<sup>31</sup>Traduction : "(ii) Intermittent ploughing and grazing by people from both banks of the Chobe occurred on Kasikili/Sedudu Island for four or five months when it was not under water ..." (CR 99/8, p. 30, par. 17.4.)

commission mixte. A la question «la terre était-elle allouée par le chef ou par le district administratif ?», le témoin Mayanga Songa précise : *"It was the chief who used to give land, because they were his family and they were his people."*<sup>32</sup>

J'en profite pour apporter un élément de réponse à Monsieur le juge Ranjeva qui interrogeait les Parties sur les titres juridiques relatifs aux terrains de culture. La Namibie transmettra bien entendu une réponse écrite circonstanciée dans les délais que vous venez de fixer tout à l'heure, Monsieur le président.

S'agissant d'un système d'allocation coutumière des terres, il n'y a pas à ma connaissance de titres écrits. Mais les études produites par les deux Parties ou publiées dans les revues savantes sur l'allocation des terres masubia confirment les déclarations des témoins. La propriété foncière est communautaire, l'usage des parcelles cultivables étant décidé par l'autorité traditionnelle.

Un ancien administrateur du territoire, Kruger, a analysé le système foncier dans son étude de 1963 sur le Caprivi oriental<sup>33</sup>, étude que nous avons citée dans nos écrits. Mais surtout, Monsieur le président, l'administration de Pretoria elle-même a décrit avec précision les compétences des autorités traditionnelles. Ainsi, le commissaire aux affaires bantoues de Katima Mulilo, dans une lettre du 13 mars 1962, lettre adressée au secrétaire à l'administration et au développement bantous de Pretoria, énumère les attributions de la Kuta, ou conseil, je cite :

«Les fonctions principales de la Kuta sont :

- a) la compétence juridictionnelle pour les petits affaires civiles et pénales;
- b) le règlement des différends domestiques et matrimoniaux;
- c) l'allocation des terres;
- d) l'administration des affaires tribales;

---

<sup>32</sup>Traduction : «C'est le chef qui distribuait la terre, puisque c'était sa famille, puisque c'était son peuple.» (*Ibid.*, p. 62.) Il semble que l'*induna* avait aussi, par délégation, ce pouvoir d'allocation des terres (Cf. témoignage de Mme. Mate, *ibid.*, p. 192).

<sup>33</sup>The Eastern Caprivi Zipfel by C. E. Kruger. 4/1/63 (mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 126, pp. 184-185).

e) la gestion des fonds tribaux.»<sup>34</sup>

L'idée qu'un individu appartenant à un autre peuple puisse venir tranquillement s'installer sur le territoire de propriété communale pour défricher un champ et le cultiver, cette idée est proprement extravagante, compte tenu de la rareté des terres cultivables et de la structure juridique et sociale en présence. Au demeurant, vous le savez bien, l'attachement à la propriété foncière, qu'elle soit individuelle ou collective, est bien un trait commun à tous les paysans du monde.

Dans cette perspective, les champs seraient cultivés par des ressortissants du Botswana parce qu'ils se trouvent en rive du chenal méridional ? Je ne parlerai pas de fiction, car j'ai le respect de mes adversaires. Mais d'hypothèse ne reposant sur aucun fondement.

Quant à la proximité qui a été alléguée, ce n'est pas un argument. Reprenons les choses dans leur juste perspective, il s'agit de 2 kilomètres au plus, c'est-à-dire une vingtaine de minutes à pied pour aller, en période sèche, d'un bout de l'île à l'autre.

Alors, qu'y a-t-il en face ? Je reprends la question. Le Botswana a distribué des statistiques, que nous reproduisons dans votre dossier de plaidoirie<sup>35</sup> et dans lesquelles je lis en particulier : sept cases à Sedudu en 1943.

Une précision, Monsieur le président : Sedudu, ce n'est pas, comme on pourrait le croire, l'île de Kasikili. Ici, c'est le vallon qui débouche un peu en amont de l'île (je dois cette carte à l'amabilité de nos adversaires : vous voyez Sedudu Island d'un côté et Sedudu Valley un peu plus bas), et ici c'est bien le vallon qui débouche un peu en amont de l'île, sur le Chobe, que vous trouverez aussi dans votre dossier de plaidoirie. Du reste, je fais observer que l'appellation «Sedudu» ne s'appliquait pas à l'époque, en 1943, à l'île de Kasikili. Elle fait sa première

---

<sup>34</sup>Traduction :

*"The main functions of the Kuta are :*

- (a) to try minor criminal and civil cases.*
- (b) To settle domestic and matrimonial disputes.*
- (c) The allocation of lands.*
- (d) Administration of other tribal affairs.*
- (e) Administration of tribal funds."* (Réplique de la Namibie, vol. III, annexe 16 (e), p. 148.)

<sup>35</sup>Dossier de plaidoirie, onglet 15, nombre de cases dans le district de Chobe.

apparition sur les cartes du Botswana dans les années soixante-dix. Tout cela va évidemment sans dire. Tout cela aurait été encore mieux en le disant. Et cette petite ambiguïté sur l'homonymie ne trompe personne j'espère.

Or ces sept cases, ce sont des Barotse, des Batoka. Des pasteurs, et non des gens du fleuve. Ce sont des Tswana, ce ne sont pas des Subia. Ce sont des bergers, ce sont des éleveurs. Les témoins présentés par le Botswana d'ailleurs ne sont pas des cultivateurs. Pour l'essentiel, ce sont des bergers qui convoient les troupeaux du Bechuanaland jusqu'à la Rhodésie du Nord de l'époque. Or, ce n'est pas du tout le même peuple. Ecoutez Simpson Mbanga Ntonda, un *senior induna*, interrogé par la commission mixte : "*Mr. Chairman, we Subias, are people living in water, or from an area of water and there is no Tswana person who knows how to paddle a canoe.*"<sup>36</sup>

Le thème revient avec fréquence : parlant des bushmen ou des Maruwa, "*those people who don't want to touch water*", «ces gens-là qui ne veulent pas se mouiller»<sup>37</sup>.

Y eut-il des instances de pâturage par ces troupeaux qui n'appartenaient pas aux Masubia de Caprivi ? Les témoins présentés à l'audition par la Partie botswanaise ne sont pas très précis. On remarquera d'ailleurs, je l'ai indiqué il y a un instant, qu'il y a peu de Masubia du Botswana parmi ces témoins et aucune autorité traditionnelle des Masubia du Botswana n'est venue se présenter devant la commission mixte d'experts techniques.

Dans ces témoignages, on relève une allusion à des «bœufs gouvernementaux» qui auraient pâture au début des années vingt, puis auraient été retirés en 1925. Par ailleurs, les frères Susman, éleveurs et maquignons, auraient acheté et vendu des bêtes. Mais leurs activités semblaient se concentrer dans la vallée de Sedudu et non sur l'île de Kasikili. Un seul témoin Masubia affirme que les Susman auraient fait pâture leurs bêtes sur l'île, mais avec l'autorisation du chef masubia<sup>38</sup>. Et en tout état de cause, il semble bien qu'il s'agisse au mieux de passage, de transhumance.

---

<sup>36</sup>Traduction :

«Monsieur le président, nous, peuple Subia, sommes un peuple qui vit dans l'eau, dans les régions inondées et il n'y a pas un Tswana qui est capable de manoeuvrer un canot.» (*Ibid.*, p. 20.)

<sup>37</sup>*Ibid.*, témoignage Kachele, p. 236.

<sup>38</sup>Mémoire de la Namibie, vol. II, p. 179 et vol. III, p. 126.

Au demeurant, les témoignages sont souvent flous et contradictoires. Ainsi, un témoin affirme avoir fait paître du bétail sur l'île de Kasikili au mois de mai, c'est-à-dire en pleine inondation<sup>39</sup>.

Et j'en viens maintenant, Monsieur le président, à un témoin capital, le chef Moraliswani. Le Botswana reconnaît que son témoignage fut «impressionnant»<sup>40</sup>. Je citais ce témoignage dans ma première plaidoirie, certain de ne pas être contredit par nos adversaires après ce qualificatif. Mais il semble que nos amis aient la mémoire un peu courte et qu'il faille donc la leur rafraîchir, quitte à me répéter et à lasser l'attention de la Cour. Je la prie de m'en excuser. Interrogé sur l'occupation de l'île par ses sujets, le chef Moraliswani répond :

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

Le chef Moraliswani rappelle que son aïeul avait ses jardins d'hiver sur l'île. Il précise que les Masubia de Kasane ne pouvaient cultiver un lopin de terre sur l'île que s'ils étaient parents des Masubia de Caprivi et s'ils avaient obtenu une autorisation spéciale. Je cite :

*"Question : As he was part of the Royal family, does he know whether there were some people ploughing on Kasikili from the Botswana side ?*

*Réponse : There was no ploughing there unless those people who were working at Kasane, then he come and ask land from his family who are ploughing there and they give him a place to plough.»<sup>41</sup>*

Mais, Monsieur le président, Madame, Messieurs de la Cour, écoutons surtout les administrateurs. Écoutons surtout les fonctionnaires. La Partie Botswanaise est restée

---

<sup>39</sup>*Ibid.*, vol. III, p. 16.

<sup>40</sup>*Ibid.*, vol. III, p. 16.

<sup>41</sup>*Traduction :*

«*Question* : Puisqu'il faisait partie de la famille royale, sait-il si des gens du côté botswanais cultivent des terres sur Kasikili.

*Réponse* : Il n'y avait aucune culture possible, sauf si les gens de Kasane demandaient à leur famille installée sur l'île l'autorisation de leur céder un lopin de terre pour la culture.» (Mémoire de la Namibie, vol. III, p. 205.)

singulièrement silencieuse sur ce point. Or, je constate que tous les administrateurs britanniques, je dis bien *tous* les administrateurs britanniques, constatent l'exclusivité de l'occupation de l'île par les Masubia. Et puisqu'il le faut, je cite à nouveau :

Eason en 1912 : « Les indigènes vivent à Kasika, en territoire allemand, cultivent les terrains sur l'île. »<sup>42</sup>

Redman et Trollope en 1948 signent ensemble ce constat :

«5. Par ailleurs, nous avons vérifié, après enquête, que l'île a bien été occupée depuis au moins 1907 par des tribus de la bande de Caprivi orientale et que cette situation perdure à ce jour, 1948.»

Et ils ajoutent :

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

Et ils terminent :

«7. Nous constatons cependant que les terres du côté du Bechuanaland de la frontière ne font pas l'objet, à toutes fins utiles, d'une occupation tribale par les Africains.»<sup>43</sup>

Un constat fait par les deux administrateurs territorialement compétents, MM. Redman et Trollope en 1948, on ne saurait être plus net, on ne saurait être plus clair dans ce constat. J'en viens d'ailleurs à cette dernière précision.

Je vous le rappelle, les terres du côté du Bechuanaland ne font pas l'objet à toutes fins utiles d'une occupation tribale par les Africains. Car cette précision a son importance. La rive sud du

---

<sup>42</sup>Traduction :

"The natives living at Kasika in German territory are at present growing crops on it." (Ibid., p. 21.)

<sup>43</sup>Traduction :

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

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

7. We record, however, the fact that the country on the Bechuanaland side of the boundary is for all practical purposes not tribally occupied by Africans." (CR 99/5, p. 21.)



Chobe n'est pas «occupée tribalement». Juridiquement, cela veut dire qu'elle ne fait pas l'objet de droits tribaux, qu'elle n'est pas sujette à l'appropriation juridique collective, contrairement à la rive nord, contrairement à l'île de Kasikili. Redman et Trollope connaissaient trop bien leur droit coutumier africain et n'introduisent pas cette précision par hasard.

Je viens d'ailleurs de nommer Redman. On notera qu'il s'agit bien de Noël Redman, le même que le professeur Brownlie citait jeudi dernier dans sa péroraison en ajoutant : "*Here is clear evidence, emanating from an experienced observer ...*"<sup>44</sup>.

Voilà en effet un élément de preuve incontestable, émanant d'un observateur chevronné. On ne saurait mieux dire, M. Brownlie.

Continuons à écouter un instant les administrateurs. Renew en 1965. Je cite :

- «b) Depuis l'établissement de l'administration allemande sur la bande de Caprivi en 1907, les tribus originaires de Caprivi ont cultivé l'île et, plus généralement, joui d'un usage incontesté de l'île.
- c) Il n'y a aucun élément de preuve permettant de conclure à l'usage ou à la revendication de l'île par les tribus du Bechuanaland.»<sup>45</sup>

Enfin Raffle, en 1985, note la présence épisodique de bétail namibien, sans relever la moindre activité du côté botswanais.

Or ces administrateurs, Monsieur le président, vivent sur le terrain. Ils connaissent les populations qu'ils fréquentent quotidiennement. Ils se battent pour améliorer leurs conditions de vie, pour assurer le fonctionnement des services publics de base, pour arracher les crédits nécessaires auprès de l'administration centrale.

Que disent ces tous ces administrateurs ? Deux choses.

1. Les Masubia de Caprivi occupent seuls l'île.

---

<sup>44</sup>CR 99/9, p. 54.

<sup>45</sup>Traduction :

“(b) *Since the assumption of the German administration of the Caprivi strip in 1907, Caprivi Tribesmen have cultivated lands and generally had the undisputed use of the Island.*

“(c) *There was no evidence of the Island having been made use of, or claimed, by Bechuanaland Tribesmen.*” (Mémoire de la Namibie, vol. II, p. 21-22.)

2. Les ressortissants du Botswana sont absents et n'avancent même pas de prétention à occuper l'île.

C'est pourquoi, Monsieur le président, je dis que l'hypothèse avancée par la Partie adverse, celle de la culture de ces champs par des ressortissants botswanais venant de la vallée de Sedudu, cette hypothèse est invraisemblable. Elle ne repose sur aucun fondement. Elle va directement à l'encontre des déclarations formelles de ces observateurs officiels qu'étaient MM. Eason, Redman, Renew et Raffle.

Au demeurant, le Botswana connaît sa faiblesse sur ce point. Il sait que, s'il s'agit de comparer la présence sur le terrain, il ne fait pas le poids.

Et le professeur Brownlie de sortir l'ultime argument : «De toute façon, nous n'avons pas à prouver de présence sur le terrain, puisque nous avons le traité pour nous.» M. Chayes le rappelait.

Et M. Brownlie de préciser d'ailleurs, et cette fois-ci je le cite :

«le Botswana et ses prédécesseurs ont conservé leur titre en vertu des dispositions du traité anglo-allemand et de l'application du principe *uti possidetis juris*. Dans ces conditions, le Botswana n'a pas à supporter la charge de la preuve en ce qui concerne le titre. Le Botswana n'est pas le demandeur en cette affaire, mais le défendeur face à une action récente pour l'essentiel.»<sup>46</sup>

Cet argument, Monsieur le président, cache un formidable aveu de faiblesse.

Il s'agit toujours de la même pétition de principe : «Le traité nous donne raison. Nous sommes donc propriétaires légitimes. A vous de prouver le contraire.»

Monsieur le président, vous savez que nous contestons formellement cette démarche. Nous estimons, pour notre part, que le traité nous attribue l'île. Mais nous considérons que, face à deux revendications contradictoires, il appartient au juge et non pas à chacune des parties, de soupeser les mérites respectifs des arguments de l'une et l'autre partie. M. Chayes vous a fort bien dit cela tout à l'heure. Je n'y reviens pas.

---

<sup>46</sup>Traduction :

"Botswana and her predecessors retained title in accordance with the provisions of the Anglo-German agreement and the operation of the principle of *uti possidetis juris*. In these circumstances, Botswana has no burden of proof in respect of title. Botswana is not the claimant in this case but is resisting a claim which is essentially a recent invention." (CR 99/7, p. 23.)

En revanche, je veux souligner l'aveu de faiblesse que constitue cette affirmation. La vérité, c'est que M. Brownlie n'a rien à offrir en matière de conduite subséquente. Lorsqu'il déclare que «l'accord frontalier a été conclu, puis que rien ne s'est passé pendant cinquante-huit ans, jusqu'en 1948»<sup>47</sup>, il avoue que l'Allemagne, puis l'Afrique du Sud occupaient tranquillement l'île et que la Grande-Bretagne n'y voyait rien à redire.

Cette passivité des autorités responsables pour le Bechuanaland, puis le Botswana, pèsera lourd, Monsieur le président, dans l'appréciation globale que vous aurez à porter, soit au titre de l'interprétation du traité de 1890 par la prise en considération de la pratique subséquente, soit au titre, alternatif, de la prescription. Mais il y a davantage, comme vous le montrera dans un instant M. Faundez. Les autorités responsables n'ont pas seulement consenti passivement. Elles ont approuvé, elles ont acquiescé.

Monsieur le président, Madame, Messieurs de la Cour, j'en ai ainsi terminé. Je vous remercie pour votre attention. Monsieur le président, je vous prie de passer la parole au professeur Faundez, à moins que vous jugiez utile d'interrompre la séance pour quelques instants.

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

*The Court adjourned from 11.30 to 11.45 a.m.*

The PRESIDENT: Please be seated. Professor Faundez, please.

---

<sup>47</sup>*Traduction :*

*"the boundary agreement is concluded and then nothing happens until 58 years later, in 1948" (CR 99/6, p. 52).*

Mr. FAUNDEZ:

**19. SUBSEQUENT PRACTICE: (A) OFFICIAL ACTS; AND  
(B) THE IRRELEVANCE OF THE 1984 "AGREEMENT"**

Mr. President, distinguished judges.

1. My presentation this morning will be divided into two parts. First, I will reply to Botswana's contention that in 1984 Botswana and South Africa entered into a binding international agreement that resolved the present dispute. In the second part I will respond to Botswana's statements about subsequent practice.

**The 1984-1986 discussions at Pretoria**

2. Mr. President, Mr. Tafa, Botswana's distinguished Agent and Advocate, argued last Tuesday that at Pretoria in 1984, Botswana and South Africa concluded a binding agreement regarding the application of the 1890 Anglo-German Treaty<sup>48</sup>. Namibia dealt extensively with Botswana's contention in its Counter-Memorial and in its Reply. Moreover, I devoted the last section of my speech on 17 February to this contention.

3. Briefly stated, Namibia's position is that there is no evidence that such an agreement was concluded. In any event, even if an agreement had been concluded, it would have had no effect under international law. For at the time of the Pretoria meeting in 1984, neither Botswana nor South Africa had the international legal capacity to enter into any form of treaty relation in respect of Namibia's boundaries. Thus, such agreement would have been *void ab initio* and without any consequence under international law.

4. As Mr. Tafa has restated Botswana's interpretation of the Pretoria meetings, I will respond to some of his assertions.

***The alleged authorization by the United Nations***

5. Last Tuesday, Mr. Tafa told the Court that Botswana officials met with United Nations officials. He said:

---

<sup>48</sup>CR 99/7, p. 39.

"In the aftermath of the shooting incident which gave rise to the Pretoria meeting, the Government of Botswana immediately adopted a correct legal perspective. The issue involved a boundary question and accordingly it was necessary to consult 'before we can approach the South African authorities'."<sup>49</sup>

6. Mr. President, the available evidence shows that Botswana was not authorized by the competent organs of the United Nations to negotiate, conclude or bring into force any agreement regarding Namibia's boundaries.

7. Botswana's consultations with SWAPO of Namibia were legally irrelevant. As a liberation movement, SWAPO did not have the standing to authorize Botswana or any other State to act in a manner inconsistent with the international legal rules in force in respect of Namibia. SWAPO was recognized by the United Nations General Assembly as the sole authentic representative of the Namibian people. This recognition, though politically significant, did not give SWAPO jurisdiction over boundary matters<sup>50</sup>.

8. The Botswana delegation also met the President of the United Nations Council for Namibia and the United Nations Commissioner for Namibia. But these officials did not purport to authorize Botswana to enter into negotiations with South Africa, nor were they empowered to do so, still less to authorize Botswana to conclude a treaty with South Africa in respect of Namibia's boundaries.

9. The President of the United Nations Council for Namibia met the Botswana delegation on 27 November 1984. The head of the delegation, Attorney General M. D. Mokama, said: "Before meeting with the South Africans Botswana wished to consult with the UN Council for Namibia which is the legal authority in Namibia." Mr. Lusaka, the President of the United Nations Council for Namibia said he would "consult with members of the Council before giving a reply"<sup>51</sup>. There is no record of any reply being given.

10. The next day, on 28 November, the Botswana delegation met Mr. Mishra, the United Nations Commissioner for Namibia. In its Memorial Botswana asserts that Mr. Mishra gave its

---

<sup>49</sup>CR 99/7, p. 40, para. 19.5.

<sup>50</sup>Memorial of Botswana, Ann. 42.

<sup>51</sup>*Ibid.*

blessing to the proposed talks with South Africa<sup>52</sup>. What Mr. Mishra told the Botswana delegation was that he did not think the United Nations Council for Namibia could object to the proposed talks with South Africa. This statement was mere speculation on the part of Mr. Mishra and if it could indeed be construed as a blessing, it would be only that, a blessing without legal relevance<sup>53</sup>.

***No agreement could have been concluded without  
General Assembly authorization***

11. Botswana describes the so-called Pretoria Agreement as an intergovernmental agreement between the parties regarding the application of the Anglo-German Treaty of 1890. Under this characterization the so-called Pretoria Agreement would be a boundary treaty in respect of what was then the international territory of Namibia. As such, the so-called Pretoria Agreement could not have come into effect without the approval of the General Assembly of the United Nations.

12. As I explained in my speech on 17 February, during the period that the Mandate was in force South Africa had treaty-making powers in respect of Namibia. Treaties affecting boundaries, however, required prior approval by the Council of the League of Nations before coming into force. This was because the Mandatory power did not have sovereignty over the mandated territory. The requirement of prior approval by the Council derived from Article 7 of the Mandate which provided: "The consent of the Council of the League of Nations is required for any modification of the terms of the present Mandate."<sup>54</sup> In turn, Article 1 of the Mandate defined the territorial extent of the Mandate as comprising "the territory which formerly constituted the German Protectorate of South-West Africa"<sup>55</sup>.

13. After the termination of the Mandate in 1966 South Africa no longer had treaty-making power in respect of Namibia. The responsibilities that the international community had towards Namibia were assumed by the United Nations and exercised by the General Assembly. Hence, the

---

<sup>52</sup>Memorial of Botswana, para. 171.

<sup>53</sup>Memorial of Botswana, Ann. 43.

<sup>54</sup>Counter-Memorial of Namibia, Ann. 18.

<sup>55</sup>*Ibid.*

safeguard with respect to boundaries contained in the Mandate remained in force, and any agreement affecting the boundary would have required prior approval by the United Nations General Assembly.

14. Thus, even if the parties in Pretoria had concluded an agreement, it would not have come into force in respect of Namibia because it was never submitted to the United Nations General Assembly for approval. In any event, Mr. President, it must be noted that Botswana did not report back to the United Nations on the outcome of the Pretoria meeting.

*The exchanges between Botswana and South Africa did not result in an agreement concerning the location of the boundary at Kasikili Island*

15. On 19 December 1984, representatives of Botswana and South Africa met in Pretoria to discuss the problems arising from the shooting incident of October of that year. In the course of their discussions they decided to conduct a survey of the Chobe River. The survey was conducted by officials of the Botswana Department of Surveys and Lands and the South African Directorate of Surveys and Mapping. The conclusion of the Survey, reported on 2 July 1985, was that "the main channel of the Chobe River now passes Sedudu/Kasikili Island to the west and to the north of it"<sup>56</sup>.

16. Mr Tafa argued last Tuesday that

"[t]he result of the Pretoria meeting was a binding intergovernmental agreement relating to a legal subject matter and concluded with senior lawyers in attendance. The parties clearly intended to achieve an effective and therefore binding outcome to their deliberations."<sup>57</sup>

Botswana has difficulties, however, identifying the instrument of the agreement. In the words of Mr. Tafa, "[T]he evidence of the legal character of the Pretoria Agreement derives from a whole series of documents and inferences to be drawn from the circumstances."<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup>Memorial of Botswana, Ann. 48.

<sup>57</sup>CR 99/7, p. 40, para. 22.

<sup>58</sup>*Ibid*, p. 39, para. 19.

17. Mr. President, the documents of the Pretoria meeting provide no support for Botswana's contention. Botswana's Minutes of the meeting show that most of the time of the meeting was devoted to a discussion of general security issues along the border. The parties did agree to carry out a survey. Yet, there is nothing in the Minutes to suggest that the survey was anything but a step taken in an inconclusive round of diplomatic talks. As such, it did not resolve, nor was it meant to resolve, the question regarding the location of the main channel.

18. It is revealing that Botswana cannot point to any language in the Minutes of the meeting that imports any agreement as to the consequences to be attributed to the joint survey. It is also highly unlikely that the parties would have entrusted the decision as to the location of the boundary in a dangerous area to the outcome of a mere technical survey.

19. In any event there is no evidence that the delegations present at the meeting represented their States "for the purpose of expressing the consent of the State to be bound by a treaty", within the meaning of Article 7 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Neither delegation exhibited full powers as required by Article 7 (1), and neither included officials who, under Article 7 (2), may have had the authority to express consent to be bound.

20. Mr. President, it is clear that in this case, there is not the slightest indication of an intergovernmental agreement. By contrast, in the *Qatar/Bahrain Delimitation case*<sup>59</sup>, in which the Court was asked to determine whether there was such an agreement, the facts were quite different. In that case, there was an *instrumentum*, specifically, the Doha Minutes of 25 December 1990, signed by the Foreign Ministers of the two countries, that spelled out the obligations of the parties.

As the Court stated:

"the Minutes are not a simple record of a meeting, similar to those drawn up within the framework of the Tripartite Committee; they do not merely give an account of discussions and summarize points of agreement and disagreement. They enumerate the commitments to which the Parties have consented. They thus create rights and obligations in international law for the Parties. They constitute an international agreement."<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup>*I.C.J. Reports, 1994, p. 120.*

<sup>60</sup>*Ibid.*, p. 121, para. 25.



The contrast between that situation and Botswana's interpretation of the Pretoria meeting is quite obvious. By no standard, could the 1984 meeting be considered to have resulted in an intergovernmental agreement.

21. Incidentally, I should also note that Botswana has not yet registered the so-called Pretoria "Agreement" with the United Nations. But, Mr. President, does the conduct of the parties — Botswana/South — Africa confirm Botswana's interpretation of the so-called Pretoria Agreement?

*The subsequent conduct of the parties confirms that no agreement was concluded at Pretoria*

22. Botswana's Memorial contains several references suggesting that both Botswana and South Africa regarded the result of the Pretoria meeting and the Joint Survey Report of 1985 as binding<sup>61</sup>. Botswana's first reaction to the Joint Survey Report took the form of a note dated 4 November 1985 enclosing the Report and enquiring "whether or not the South African side wishes to have a meeting to adopt the Report formally"<sup>62</sup>. Botswana thus explicitly recognized that further action was required to give legal effect to the Report.

23. South Africa, for its part, did not reply to Botswana's note of 4 November. A year later, on 13 October 1986, Botswana changed its position. At a meeting between the two countries devoted to security issues, Botswana argued for the first time that the survey was binding<sup>63</sup>.

24. South Africa did not agree with Botswana. At that 13 October meeting the South African delegate stated that Botswana's position amounted to changing an international boundary and as such it could not be done without the involvement of the transitional Government in Windhoek<sup>64</sup>.

25. A few weeks later South Africa formally rejected Botswana's interpretation of the legal effect of the Joint Survey Report. Its statement reads as follows:

---

<sup>61</sup>Memorial of Botswana, paras. 193, 194, 199.

<sup>62</sup>Memorial of Botswana, Ann. 50.

<sup>63</sup>Memorial of Botswana, Ann. 51.

<sup>64</sup>Counter-Memorial of Namibia, Ann. 28.

"According to international law such cases should be discussed between the two countries concerned. It is therefore suggested that the Cabinet of South West Africa/Namibia should be approached by the Botswana Government for a proper resolution of the matter under consideration."<sup>65</sup>

26. It should be acknowledged that one of South Africa's objective was to secure international recognition for its puppet régime in Windhoek. Nonetheless, South Africa, did not accept the Survey.

27. The conduct of Botswana and South Africa shows that they did not agree that either the Pretoria meeting or the Joint Survey Report of 1985 had created a binding agreement between them.

#### **The Joint Survey Report is entitled to no weight**

28. Mr. Tafa argued that the Joint Survey Report of 1985

"has legal significance quite apart from its status as an intergovernmental agreement resulting from the Pretoria Agreement. It constitutes expert opinion evidence on the key questions of law and fact, that is, the identification of the main channel of the Chobe in the vicinity of Kasikili/Sedudu Island"<sup>66</sup>.

Thus, Mr. Tafa distinguishes between the legal and the factual aspects of the Joint Survey Report.

29. Botswana's argument that the Joint Survey Report has the status of an expert opinion on a question of law is nothing but an extension of the argument that the so-called Pretoria Agreement was a binding international agreement. As Namibia has shown, neither Botswana nor South Africa had the legal capacity to take any decision regarding Namibia's boundaries. The Joint Report of 1985, as a document that is part of the Pretoria meeting, is thus also *void ab initio* and as such is not an expert opinion on any question of law related to the present case.

30. Moreover, the Joint Survey Report cannot be relied on as scientific evidence as to the location of the main channel. The conclusion reached by the authors of the Report is summarized in a single sentence and is not backed by proper analysis. The methodology of the Joint Survey Report is faulty and the scientific basis of its conclusions is incorrect. It was carried out by surveyors who had no specialist knowledge of river hydraulics, hydrology or geomorphology. As

---

<sup>65</sup>Memorial of Namibia, Ann. 86.

<sup>66</sup>CR 99/7, p. 42, para. 27.

a consequence, the methodology that they employed could only yield results which are neither scientific nor relevant to the issue that they were asked to determine<sup>67</sup>. Therefore the Joint Survey Report is entitled to no weight as expert opinion either.

*Namibia's alleged adoption of the Joint Survey Report*

31. Mr. President, Botswana surely must know that its argument about the legal effect of the Pretoria discussion has no basis in fact or law. Aware of the weakness of its argument, Botswana has now put forward a new argument. On Tuesday, Mr. Tafa stated that Namibia has adopted the "transactions" of 1984-1985<sup>68</sup>. This assertion involves two propositions: one, that Namibia adopted the so-called transactions during the JTTE proceedings of 1992-1994; and two, that Namibia has adopted those transactions in the current pleadings. Both propositions are wrong.

32. The JTTE was a bilateral diplomatic process that failed to resolve the dispute over Kasikili Island. As such statements made by Namibian delegates in the course of those negotiations cannot be regarded as binding or in any other way opposable to Namibia. In any event, Namibia did not adopt the so-called 1984-1985 transactions. If it had the matter would have been resolved.

33. In this context it is pertinent to recall the following passage from the *Factory at Chorzów*, case

"the Court would observe that, for the purposes of this statement of reasons, as also for the purpose of its future judgment on the merits, it cannot take account of declarations, admissions or proposals which the Parties may have made in the course of direct negotiations which have taken place between them . . ."<sup>69</sup>

34. As for Botswana's allegation that Namibia has adopted the so-called 1984-1985 transactions Namibia respectfully refers the Court to our pleadings. The Court will form its own views.

35. Finally, it should be noted that Botswana has said nothing about Namibia's argument that the so-called Pretoria "Agreement" has no force under international law, because it is void *ab initio*.

---

<sup>67</sup>Counter-Memorial of Namibia, para. 36.

<sup>68</sup>CR, 99/7, p. 45.

<sup>69</sup>*P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 19.*

**Subsequent practice: official activity**

36. Mr. President, I now turn to the question of subsequent practice under the Anglo-German Treaty of 1890, or, more precisely, to the *second* half of the question. Professor Cot has examined the situation on the ground: uninterrupted and peaceful occupation of Kasikili Island by the Masubia of the Eastern Caprivi until sometime in the 1960s. But that is only part of the story of subsequent practice.

37. The Court will recall that in my speech in the first round of these hearings I explained that the temporal scope of my enquiry into subsequent practice stretched from 1890 to 1966. My enquiry ends in 1966 because in that year Botswana became independent and by virtue of the operation of the principle of *uti possidetis* the boundary between Namibia and Botswana became firmly established. Moreover, as explained in the first part of this speech, after the General Assembly terminated the Mandate for South West Africa, in 1966, neither Botswana nor South Africa had any right to enter into any type of treaty relationship in respect of Namibia. Thus, the conduct most relevant in assessing the practice of the parties under the 1890 Treaty is between 1890 and 1966.

38. This part of my presentation will be divided into three parts: first, I will restate Namibia's position on subsequent practice. Second, I will make some general comments about Botswana's approach to subsequent practice; and third, I will examine specific aspects of the practice of the parties under the 1890 Treaty.

***Namibia's views on subsequent practice***

39. There is no need to repeat Namibia's argument on subsequent practice. It is clearly stated in our pleadings<sup>70</sup> and in my speech in the first round of these hearings I offered a summary of our position. Briefly stated, Namibia's position is that the record of subsequent practice shows that Kasikili Island is and has always been regarded as part of Namibia's territory and that the boundary

---

<sup>70</sup>Memorial of Namibia, paras. 165-179, 195-250, 287-335; Counter-Memorial of Namibia, paras. 82-91, paras. 138-175; Reply of Namibia, paras. 24-45, 212-328.

is in the channel that runs to the south of the Island. Namibia's position is supported by three related and undisputed facts:

- First, the long and unchallenged use of Kasikili Island by the Masubia of the Caprivi for a period of nearly three quarters of a century.
- Second, the continuous use of Kasikili Island by the Masubia carried out under the authority of successive colonial administrations.
- And third, that throughout this 70-year period, British authorities not only did not oppose, but affirmatively accepted and recognized the exercise of jurisdiction in the area.

*Botswana's views on subsequent practice*

40. I will now make some general comments on Botswana's views on subsequent practice.

41. Mr. President, our opponents have said very little about subsequent practice. They have made my task quite easy and I am grateful to them. Their reticence stems from their misconception of the notion of subsequent practice.

42. Botswana ignores the practice during the first six decades after the conclusion of the 1890 Treaty because during this period there was no dispute over Kasikili Island. As Professor Brownlie stated during the first round of these hearings, in 1890 "the boundary agreement is concluded and then nothing happens until 58 years later, in 1948"<sup>71</sup>. During the period that, according to our distinguished opponent, "nothing happens", the Masubia of the Caprivi peacefully occupied Kasikili Island under the authority of the colonial administrators. Yet, according to our opponents, this fact is irrelevant. Why is it irrelevant? Lady Fox asked this question and, conveniently, she also answered it:

"Botswana maintains that Namibia's assertion of the use of the Island as a village, for a period terminating in 1937 or at the latest 1958, is wholly irrelevant to the ascertainment of a boundary laid down by treaty between the two States. Even supposing there was some use of the Island by Masubian tribesmen prior to 1890, how can it be of any relevance after 1890? That is precisely the purpose of a boundary treaty — to establish a clear boundary without regard to tribal lands."<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup>CR 99/6, p. 52.

<sup>72</sup>CR 99/8, p. 16.

43. This statement reveals a misconception about the nature of colonial rule in the Caprivi, as well as a serious misunderstanding of subsequent practice as a method of treaty interpretation.

44. As Namibia has shown in its Memorial and Reply, unilateral acts by one party that are met by silence or inaction by the other when circumstances call for a response are admissible as evidence of the parties' interpretation of a treaty. This view was confirmed by the Court of Arbitration in the *Beagle Channel* case. It was also the view of the Special Tribunal in the Guatemala/Honduras Boundary Arbitration of 23 January 1933:

"While no State can acquire jurisdiction over territory in another State by mere declaration on its own behalf, it is equally true that these assertions of authority by Guatemala (and other acts on her part disclosed by the evidence), . . . were public, formal acts and show clearly the understanding of Guatemala that this was her territory. This assertion invited opposition on the part of Honduras if they were believed to be unwarranted."<sup>73</sup>

45. This is precisely what happened at Kasikili Island during the 58-year period that Botswana chooses to ignore because there was no dispute. During this period the Masubia of the Caprivi occupied the Island peacefully and with the knowledge of the British authorities. The fact that there was no dispute between the parties to the 1890 Treaty shows that they were in agreement regarding the location of the boundary to the south of the Island and the allocation of the Island to Namibia.

46. A significant feature of Botswana's approach to subsequent practice is its tendency to disregard the historical context. On Wednesday, Lady Fox stated categorically that the purpose of a boundary treaty is to establish a clear boundary without regard to tribal lands<sup>74</sup>. Mr. President, this is indeed an original theory about the object and purpose of boundary treaties. It is a misplaced generalization designed to discredit Namibia's overwhelming evidence that the Masubia of the Caprivi have continuously and exclusively used Kasikili Island. The historical record shows, however, that Lady Fox's generalization does not apply to the Caprivi boundaries. The controversy between Britain and Germany in 1912 over the land boundary in the area south of Andara was

---

<sup>73</sup>UNRIAA, Vol. 2, p. 1327.

<sup>74</sup>CR 99/7, para. 6.2.

prompted precisely because the Bechuanaland authorities had discovered that the 1890 Anglo-German Treaty split the tribal lands of the Batawana, a tribe from northern Botswana.

47. Likewise, South Africa's assertion of sovereignty over Kasikili Island in 1948 was based both on the practice of the parties and its concern that the Masubia of the Caprivi would be deprived of an Island that they had used since before the conclusion of the Anglo-German Treaty.

48. Another example of Botswana's disregard of the historical context is that when Botswana referred to events that took place during the period that the Bechuanaland authorities administered the Caprivi as delegates of South Africa, it consistently fails to mention this crucially important fact. Thus, for example, on Wednesday 24 February Lady Fox quoted from a letter written by the Acting Resident Magistrate at Kasane concerning the salary of the school teacher at Kasika. These are the conclusions that she drew from that letter:

"This letter is revealing, in that it states clearly that Chief Liswaninyana was living at Kasika, not on the Island, and that the school was at Kasika, not at the Island."<sup>75</sup>

49. As Professor Cot has shown, these two conclusions are neither revealing nor especially relevant. But Lady Fox continues:

"It [the letter] also shows that the Chief had regular dealings with the administrative authorities at Kasane. He met the High Commissioner, the Earl of Athlone, on his visit to Kasane in 1927."<sup>76</sup>

Lady Fox does not mention, however, that at the relevant time, Bechuanaland authorities were administering the Caprivi as delegates of South Africa. It was thus perfectly normal that matters concerning the administration of the Caprivi under the system of indirect rule should have been referred to British authorities.

50. Botswana's allegation that in 1924 the Chief of the Masubia requested permission to cultivate the Island is yet another illustration of Botswana's disregard of the historical context. As Namibia explained in its Reply, Botswana offers no substantive evidence for this claim. The only

---

<sup>75</sup>CR 99/8, p. 28, para. 15.5.

<sup>76</sup>*Ibid.*

evidence that Botswana offers is mere hearsay, indeed double hearsay<sup>77</sup>. But for present purposes the important point is that Botswana fails to mention that the Bechuanaland official who granted the alleged permission had a dual role. He was both District Commissioner for Kasane and administrator of the Eastern Caprivi. Thus, in the absence of proof to the contrary, the alleged authorization should be regarded as exercise of jurisdiction by the Caprivi administration.

51. The reason why Botswana interprets the rule of subsequent practice so narrowly and often disregards the historical record stems from the fact that the practice of the parties under the 1890 Treaty overwhelmingly supports Namibia's case.

52. Mr. President, I will now refer in more detail to three instances of subsequent practice, all of which reaffirm Namibia's position: the Eason Report; the Bechuanaland Map of 1933 and the Trollope/Dickinson Arrangement of 1951.

#### *The Eason Report*

53. I begin with the Eason Report.

54. In 1912 Captain Eason carried out a reconnaissance of the Chobe River. Eason's expedition was prompted by a request from London. At the time, the Colonial Office envisaged the possibility that the boundary along the Chobe River could be included in the proposed arbitration with Germany. (Incidentally, Mr. President, the Colonial Office's request for a survey of the Chobe River shows that — contrary to Botswana's contemporary interpretation of the 1890 Treaty — the Colonial Office did not regard the Treaty as self-executing.) But let me go back to Eason.

55. The Eason Report noted two facts in the sector of the River around Kasikili Island: that the northern channel was wider and deeper than the southern channel; and that the people from Kasika — that is, the Masubia — were cultivating on the Island.

56. Eason's findings about the channels cannot be given any weight. He was a Captain of the Bechuanaland Protectorate Police, not an expert on rivers. His survey was commissioned in anticipation of litigation with Germany. His instructions were — in Lord Harcourt's words — to

---

<sup>77</sup>Memorial of Botswana, Ann. 22.



collect information "in support of the view that the northern channel is the main channel"<sup>78</sup>. Eason's views are thus not the views of an independent expert.

57. In any event, the important point is that while Eason recommended that "the North should be claimed as the main channel"<sup>79</sup>, Britain did nothing. Botswana attempts to dismiss the importance of Britain's silence, pointing out that Eason's Report did not give rise to correspondence between the two countries<sup>80</sup>. It also argues that no response was required as there was no dispute over the Island. This argument is wrong. Eason's expedition was carried out in the context of negotiations between Germany and Britain over the southern boundary of the Caprivi in the area south of Andara. The British Government anticipated that the Chobe River boundary would be included in the arbitration process. Eason specifically pointed out that, in his view, there was a basis for claiming the northern channel. Yet Britain remained silent. Britain's silence is all the more revealing since only three years earlier, in 1909, it had received from Germany a copy of Seiner's semi-official German map depicting the boundary along the southern channel. The Court is by this point quite familiar with this map, but for your convenience it has been reproduced at No. 5.10 in the judges' file. Upon receiving Seiner's map, Britain responded by sending to the German Foreign Office the Bechuanaland Protectorate map of 1909. The reason for this is explained in a letter of 13 March 1909 from the Colonial Office to the Foreign Office. The letter says:

"Lord Crewe [the British Colonial Secretary] would suggest that it would be advisable to communicate to the German Government copies of the enclosed map . . . which indicates the view which His Majesty's Government have held with regard to the proper position of the boundary"<sup>81</sup>.

Britain was well aware of the consequences of failing to protest, but Britain did not protest.

---

<sup>78</sup>Memorial of Namibia, Ann. 44, para. 4.

<sup>79</sup>Memorial of Namibia, Ann. 47.

<sup>80</sup>CR 99/6, p. 11.

<sup>81</sup>Memorial of Namibia, Ann. 36.

58. In his report Eason also points out that people from Kasika were cultivating on the Island. Botswana attempts to dismiss the importance of this observation, arguing that chiefs were not licensed to engage in title-generating activities. In the process, Botswana attempts to trivialize the notion of indirect rule<sup>82</sup>.

59. Mr. President, Eason's findings regarding the use of Kasikili Island by the people from the Caprivi is significant. Land use in the Caprivi was subject to strict legal and political controls under the system of indirect rule. The following extract from a Report on the Eastern Caprivi by C. E. Kruger, Magistrate for the Eastern Caprivi in 1965, explains the land tenure system in the Caprivi:

"New villages and fields are established with the permission of the chief after the village head and his men have sought out a place and approached the local headman, who in turn introduces the matter to the Kuta. The member having jurisdiction makes an inspection and demarcates if other people already established are in close proximity."

And Kruger continues:

"A newcomer to the village would also have his field allocated by the village head without reference to higher authority, once permission has been given for entry to the headman's area."<sup>83</sup>

60. Kruger's account confirms that agricultural activities of the Masubia are relevant to the issue of subsequent conduct. The political and legal significance of the use of the Island by the Masubia did not escape Eason either. The use of Kasikili Island by the Masubia confirms their title under the Treaty. This was the Court's approach in the *Minquiers and Ecrehos* case. In that case, as a Chamber of this Court recently observed, the Court "was not assimilating the islands to *terra nullius*, but examining evidence of possession as confirmatory of title"<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup>CR 99/7, p. 20; Counter-Memorial of Botswana, paras. 23, 685, 712-715.

<sup>83</sup>Reply of Namibia, paras. 237-238.

<sup>84</sup>*Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)*, I.C.J. Reports 1992, p. 565, para. 344.

*The British Bechuanaland map of 1933 and its derivatives*

61. I turn now to the Bechuanaland Protectorate map of 1933, GSGS 3915. I do so because this map shows that our case on subsequent practice is not just based on Britain's acquiescence. It is also based on Britain's affirmative recognition that Kasikili Island was not part of the Bechuanaland Protectorate and that the boundary is in the channel that runs to the south of the Island. The evidence for this is found in the Bechuanaland Protectorate map of 1933, which is No. 5.11 in the judges' file. It should be noted also that this map is referred to in the 1985 Joint Survey Report, thus indicating that 50 years later it was still in use<sup>85</sup>.

62. In this map, Kasikili Island is clearly shown. The boundary symbol, shown by a pecked dash-and-cross symbol, unequivocally puts Kasikili Island in Namibia.

63. This is an important map. It was the first attempt to produce a comprehensive map of the area. It has recently been described as "a significant milestone in the cartographic history of Botswana"<sup>86</sup>. It had its origins in a request by the Colonial Office in 1927 to the High Commissioner for a map to be included in the Annual Report on the Protectorate. The British authorities were aware that a good British map of the area was lacking. The project thus became a major map compilation exercise. The High Commissioner took a special interest in the project and was especially concerned to ensure the accuracy in the depiction of the Protectorate's boundaries<sup>87</sup>. In his speech during the first round Colonel Rushworth stated, referring to this map: "The evidence shows that great care was taken with this map and testing shows that it is very accurate."<sup>88</sup>

64. A copy of the 1933 map, at the scale of 1:1,250,000, but with its details unchanged, was published in 1935 by the Bechuanaland Survey Department. Again, the boundary symbol appears on the south side of the River clearly following the southern channel. Both this map and the

---

<sup>85</sup>Memorial of Botswana, Ann. 48.

<sup>86</sup>Counter-Memorial of Namibia, Ann. 8, p. 71.

<sup>87</sup>*Ibid.*

<sup>88</sup>CR 99/3, p. 46.

1933 map were widely used in all forms of research, planning and operational activities of the Bechuanaland Protectorate. Examples of this include the Water Development map of 1963, the Geological Information map dated sometime after 1955, the Bechuanaland GSGS 3915 with Veterinary Information and the Crown Reserve map of 1957. I discussed all these derivative maps in my speech during the first round of these hearings. I will now note two points: first, that all these thematic maps show the boundary running to the south of the Island, thus clearly excluding Kasikili from the Bechuanaland Protectorate; and second, that the High Commissioner's Proclamation of 1960 establishing the boundary of the Chobe Game Reserve carries over the boundaries of the Crown Reserve. Hence, it also excludes Kasikili Island from the newly established Chobe Reserve<sup>89</sup>.

65. Mr. President, as I have explained, the High Commissioner, at the time of the compilation of the 1933 Bechuanaland Protectorate map, took a special interest in the project. Accordingly, the following description of Kasikili Island by one of his successors, Sir Evelyn Baring, deserves close attention:

"About 10 miles west of its junction with the Zambesi, the Chobe River encloses Kasikile Island, a small strip of land about 1 and ½ square miles in area; this has hitherto been regarded as part of the Caprivi Zipfel, since maps show that the main channel passes to the south of the island."<sup>90</sup>

66. For the next three decades, and until the eve of Botswana's independence, British maps continued to show the boundary to the south of the Island. There can, therefore, be no doubt that Britain regarded Kasikili Island as part of Namibia's territory.

### *The Exchanges of 1947-1951 and their aftermath*

67. Mr. President, the 1947-1951 Exchanges are undoubtedly important. Accordingly, we have extensively examined them in our pleadings and I devoted a major part of my speech during the first round of the oral hearings to this issue<sup>91</sup>. As Namibia has already shown, the 1947-1951

---

<sup>89</sup>Memorial of Botswana, Ann. 32.

<sup>90</sup>Memorial of Namibia, Ann. 66.

<sup>91</sup>CR 99/3, pp. 29-34.

Exchanges confirm that Britain and South Africa agreed that Kasikili Island and the northern channel are part of the territory of Namibia. The outcome of the negotiations was the Trollope/Dickinson Arrangement of 4 August 1951. This Arrangement confirmed the *status quo ante* at Kasikili Island. It thus reaffirmed the practice that the parties had established regarding the interpretation of the 1890 Agreement.

68. At this stage, I would like to highlight some aspects of Namibia's interpretation of these Exchanges.

69. As Namibia has repeatedly shown, Britain accepted South Africa's view that Kasikili Island was part of Namibia. This is why the solution it envisaged was to issue a formal declaration stating that Kasikili Island was not part of the Bechuanaland Protectorate. Britain did not regard this declaration as a cession of territory, but, "as a confirmation for legal purposes of existing facts"<sup>92</sup>. In the event, however, political and legal complications arising from South Africa's refusal to accept United Nations jurisdiction over the supervision of the Mandate, caused Britain to change its mind. Instead of a formal declaration stating that Kasikili Island was not part of the Bechuanaland Protectorate, Britain proposed entering into an administrative arrangement. This is the Trollope/Dickinson Arrangement of 4 August 1951. Its text is contained in a letter from Trollope, the Magistrate for the Eastern Caprivi, to V. E. Dickinson, the District Commissioner for Kasane. The Trollope/Dickinson Arrangement confirmed the long-standing practice of the parties whereby Kasikili Island would continue to be used by the Masubia of the Caprivi and the northern channel would continue to be used as a "free-for-all" thoroughfare.

70. The Trollope/Dickinson Arrangement as contained in Trollope's letter to Dickinson reads as follows:

"(a) That we agree to differ on the legal aspect regarding Kasikili Island, and the concomitant question of the Northern Waterway;

(b) That the administrative arrangements which we hereafter make are entirely without prejudice to the rights of the Protectorate and the Strip to pursue the legal question mentioned in (a) should it at any time seem desirable to do so and will not

---

<sup>92</sup>Memorial of Namibia, Ann. 66.

be used as an argument that either territory has made any admissions or abandoned any claims, and

(c) That having regard to the foregoing, the position revert to what it was *de facto* before the whole question was made an issue in 1947 — i.e. that Kasikili Island continue to be used by Caprivi Tribesmen and that the Northern Waterway continue to be used as a 'free for all' thoroughfare."<sup>93</sup>

71. Botswana argues that the Trollope/Dickinson Arrangement confirms the legal status quo at Kasikili Island. Mr. President, how can this arrangement confirm the legal status quo when both parties expressly reserved the right to pursue the legal question at issue and agreed to revert to the *de facto* position that existed before the question arose in 1947? The Trollope/Dickinson Arrangement is undoubtedly a confirmation of the status quo. Britain, as the extensive correspondence shows, decided not formally to declare that Kasikili Island was in Namibia because of the political embarrassment caused by South Africa's defiance of the United Nations. The administrative arrangement — or gentleman's agreement, as Trollope called it — proposed by Britain offered a practical solution to the problem. On the one hand, it enabled Britain and South Africa effectively to resolve the issue in the same way as if Britain had issued a formal declaration regarding Kasikili Island. On the other hand, because of its confidential nature, the administrative arrangement avoided the political embarrassment that a formal declaration would have caused.

72. Mr. President, both Parties to these proceedings are agreed that the Trollope/Dickinson Arrangement was not a binding international agreement.

73. It is pertinent, however, to ask whether the Trollope/Dickinson Arrangement had any legal effect. Namibia's position is that although it was not a binding international instrument, it nonetheless had legal consequences. It crystallized the practice of the parties under the 1890 Anglo-German Treaty. It established a territorial settlement. Britain did not exercise the right it had reserved under the Arrangement. Upon independence and by virtue of the principle of *uti possidetis*, Botswana succeeded to the boundary line recognized by the Trollope/Dickinson Arrangement.

---

<sup>93</sup>Memorial of Namibia, Ann. 71.

74. That the Trollope/Dickinson Arrangement confirmed the practice of the parties at Kasikili Island is beyond dispute. This practice is acknowledged in numerous documents. I will refer to one such document: the Trollope-Redman Report of 1948.

75. The Report acknowledges that people from the Eastern Caprivi had made continuous use of the Island "since at least 1907". The Report adds that there is no evidence of the Island "having made use of, or claimed by Bechuanaland Tribesmen or authorities or of any objection to the use thereof of Caprivi Tribesmen".

76. Between 1951 and 1966, Britain and South Africa continued to follow the practice as embodied in the Trollope/Dickinson Arrangement. Indeed, as Namibia has shown, all the important operational activities carried out by Botswana were based upon a recognition of this practice. Britain did not exercise the option of reopening the legal question left open under the Trollope/Dickinson Arrangement. Britain's failure to reopen the issue is significant since the opportunity to do so arose on the eve of Botswana's independence.

77. On 18 October 1965 — Botswana's independence was in 1966 — the Department of Public Works asked the Surveyor General of the Bechuanaland Protectorate for information about Kasikili Island. In his reply the Surveyor General confirmed that Kasikili Island continued to be used and cultivated by the Masubia. He also advised the Department of Public Works as follows: "If we now wish to use the island we have no alternative but to reopen the matter."<sup>94</sup> Britain did not reopen the matter. This is how the situation was on the eve of Botswana's independence.

78. Upon independence Botswana succeeded to the boundary line, as acknowledged by the Trollope/Dickinson Arrangement. The Trollope/Dickinson Arrangement, though not a binding international agreement, established a territorial settlement which upon independence attached to the territory. In the words used by the Chamber of this Court in the *Frontier Dispute* case, the photograph of the territorial situation then existing in the Bechuanaland Protectorate was that acknowledged by the Trollope/Dickinson Arrangement: Kasikili Island was not in the territory of

---

<sup>94</sup>Memorial of Namibia, Ann. 107.

the Bechuanaland Protectorate and the boundary between the two territories was in the southern channel of the Chobe River.

79. That Botswana accepted that it had no rights under the Trollope/Dickinson Arrangement is evidenced by the fact that Botswana never invoked it. In 1984, when Botswana made its first claim to Kasikili Island, it did not refer to the Arrangement. Moreover, through its occupation of the Island, Botswana has demonstrated that it did not regard the Arrangement as having survived beyond 1966. Otherwise it would have invoked it instead of resorting to unilateral occupation.

80. Mr. President, as I conclude my presentation I would like to make one further observation. As Namibia has demonstrated, the practice of the parties under the 1890 Anglo-German Treaty shows unequivocally that Kasikili Island is part of the territory of Namibia. Indeed, as Dr. Kawana, our distinguished Agent, and my colleague Professor Hangula, have so eloquently stated, there is no one in the Caprivi today who would consider Kasikili Island as anything but Namibian territory. In this context it is important once again to recall the Exchanges of 1947-1951. Mr. President, there is one thing that the evidence we have discussed during these three weeks shows without any shadow of doubt. It is this: if at the time of these exchanges South Africa had not chosen to ignore its obligations under the Mandate and had behaved in accordance with the principles of the Charter of the United Nations, we would not be arguing this case today. The matter would have been resolved promptly. The resolution would have been fair and would have allotted Kasikili Island to Namibia. Unfortunately, this did not happen. Today, however, we are fortunate that the political régime in South Africa has changed and that the political circumstances that in 1948 prevented Britain from declaring that Kasikili Island is part of Namibia have disappeared. Today we rely on the rule of international law that clearly establishes that Kasikili Island belongs to Namibia. Thus, Mr. President, this case offers the Court yet another opportunity to show that international law can and does express principles of justice. Kasikili Island is and has always been part of Namibia's territory.

81. This concludes my presentation and I thank the Court for its attention.



The PRESIDENT: Thank you Professor Faundez. The Court will resume tomorrow morning.

Thank you.

*The Court rose at 12.50 p.m.*

---

Non-Corrigé  
Uncorrected

Traduction  
Translation

**CR 99/10 (traduction)**

**CR 99/10 (translation)**

**Lundi 1<sup>er</sup> mars 1999**

**Monday 1 March 1999**

010

Le PRESIDENT : Veuillez prendre place. M. Bedjaoui regrette d'avoir dû s'absenter cette semaine. Avec la permission de la Cour il est en Algérie, où il exerce les fonctions de président de la commission nationale indépendante de surveillance des élections présidentielles.

On a demandé quand devraient être données les réponses aux questions posées la semaine dernière par les membres de la Cour. Elles peuvent être données, en tout ou en partie, pendant le second tour, cette semaine. En partie, elles peuvent être complétées par la suite. Il se peut que des membres de la Cour posent d'autres questions pendant la semaine ou à la fin des plaidoiries. Les Parties auront deux semaines à compter de la date de la clôture de la procédure orale pour donner ou compléter les réponses à toutes questions posées par des membres de la Cour. Nous commençons maintenant le deuxième tour et je donne la parole à l'éminent agent de la Namibie, M. Kawana.

M. KAWANA :

## 16. RÉPLIQUE DE L'AGENT DE LA NAMIBIE

### A. Introduction

1. Je vous remercie Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, c'est une nouvelle fois un grand honneur et un grand privilège que de prendre la parole devant vous en qualité d'agent de la Namibie.

2. Pendant le premier tour des plaidoiries, nous avons eu la possibilité de présenter la cause de la Namibie. Le deuxième tour des plaidoiries sera consacré, en tant que de besoin à répondre aux arguments et déclarations du Botswana. Mes éminents collègues assureront le reste de la réponse de la Namibie.

### B. La date de l'occupation de l'île de Kasikili par les forces de défense du Botswana (BDF)

3. Le Botswana a fait des déclarations relatives à la date de l'occupation de l'île de Kasikili par les forces de défense du Botswana (BDF). La position du Gouvernement de la Namibie est que les forces de défense du Botswana ont occupé l'île de Kasikili en 1991 après l'indépendance de la

Namibie : en d'autres termes, cent une années après la conclusion du traité de 1890. Le Botswana donne à la Cour trois dates incompatibles entre elles. La première est 1986<sup>1</sup>. La seconde date est «au moins depuis 1987»<sup>2</sup>. La troisième 1989<sup>3</sup>. Même si l'on accepte la date de 1989, il est clair que ce fut l'année pendant laquelle l'Afrique du Sud s'est retirée du territoire dans le cadre du processus de l'indépendance de la Namibie sous le contrôle de l'ONU, soit quatre-vingt-dix-neuf ans après la conclusion du traité anglo-allemand de 1890.

4. On se souviendra que la Namibie a pris des mesures pour garantir que le différend relatif à l'île de Kasikili soit réglé par des moyens pacifiques. Elle a mené des discussions à une échelle à la fois bilatérale et régionale. Ces discussions se sont déroulées à des endroits tels que Gaborone (Botswana) et Arusha (Tanzanie) avant la réunion de Kasane, qui est intervenue en mai 1992.

5. La réunion de Kasane a pris certaines décisions, notamment de maintenir une présence réduite des forces de défense du Botswana sur l'île à seule fin de lutter contre le braconnage. Le Gouvernement du Botswana se rend parfaitement compte que, lors des premières réunions que j'ai évoquées la Namibie a exigé le retrait immédiat et inconditionnel des unités des forces de défense du Botswana de la zone litigieuse. Le Botswana a rejeté cette exigence. Des propositions ont été faites aussi pour établir, à tout le moins, une unité de défense conjointe namibienne et botswanaise sur l'île. Cela aussi le Botswana l'a rejeté. La Namibie n'a accepté qu'une présence réduite d'unités des forces de défense du Botswana à cause de son désir de maintenir la paix entre les deux pays. Cependant la Namibie fait observer qu'il y a eu en réalité une présence accrue des forces de défense du Botswana sur l'île, contrairement à un accord prévoyant une réduction de la présence des forces de défense du Botswana sur l'île. Des constructions militaires supplémentaires ont été édifiées et

---

<sup>1</sup>CR 99/6, p. 51.

<sup>2</sup>CR 99/6, p. 15.

<sup>3</sup>Réplique de la Namibie, vol. III, annexe 10.

un autre drapeau du Botswana a été hissé sur l'île ! On ne saurait guère dire que ces faits aient été accomplis dans l'esprit du communiqué de Kasane. Du point de vue de la Namibie, ce sont des actes unilatéraux.

6. Lors de la réunion de Harare mentionnée par les deux parties et au cours de laquelle la commission mixte d'experts techniques (JTTE) devait leur remettre son rapport, la question de la présence des forces de défense du Botswana sur l'île a été soulevée une fois encore. Pour le Gouvernement namibien, étant donné que les parties étaient convenues de porter le différend devant la Cour, il n'était pas approprié que l'une des parties occupe la zone litigieuse.

0 1 2

7. Avant le dépôt du compromis auprès de la Cour, une note de protestation diplomatique a été envoyée au Gouvernement du Botswana par le Gouvernement de la Namibie, qui déclarait notamment :

«S'il est jugé nécessaire, en conformité avec la disposition du paragraphe f) du «communiqué de Kasane» mentionné ci-dessus, qu'une présence militaire soit instaurée sur l'île en question en attendant le résultat du procès de la Cour internationale de Justice, alors les relations de bon voisinage, la fraternité africaine et les principes de droit international engagent nos deux gouvernements à se réunir de toute urgence afin de travailler sur les modalités et autres conditions nécessaires au stationnement, à l'endroit litigieux d'un contingent mixte, puisées dans les forces de nos deux pays.»<sup>4</sup>

Tel reste le point de vue du Gouvernement de la Namibie.

### **C. L'accès libre et équitable aux ressources du Chobe**

8. Le paragraphe 434 de la réplique de la République de la Namibie contient une discussion étendue des huit principes que la Namibie a faire valoir lors de la réunion de Kasane. L'un de ces principes était que des «activités communales normales» doivent continuer sur l'île de Kasikili et autour de celle-ci, cela afin que les collectivités rurales Masubia puissent subvenir à leurs besoins en utilisant les ressources du Chobe comme elles le faisaient depuis des générations. Nous savons maintenant que la principale activité des Masubia est la pêche.

---

<sup>4</sup>*Ibid.*

9. La Namibie tient à faire observer que lors des audiences orales de la commission mixte d'experts techniques des témoins qui vivent à Kasika ont déclaré que leurs filets de pêche avaient été confisqués par les autorités du Botswana. Un exemple suffira. Il s'agit de la déposition d'un conseiller âgé de soixante et onze ans, l'honorable M. Simpson Mbanga Ntonda, un *Induna* supérieur. Voici ce qu'il a déclaré : «les autorités botswanaises même maintenant, nous prennent encore nos filets de pêche. En ce moment même, pendant que je parle, d'autres filets sont du côté du Botswana. Hier ils ont pris d'autres filets à notre peuple»<sup>5</sup>.

10. On ne peut pas contester que, pour un paysan subia, la perte de ses filets de pêche soit comme la perte de la totalité d'un troupeau de bétail pour les Masai au Kenya et en Tanzanie ou pour un Herero en Namibie. Ces possessions représentent l'épargne de toute une vie. En réalité certains des éminents collègues qui étaient membres de l'élément botswanais de la commission mixte d'experts techniques et qui maintenant représentent le Botswana dans la présente instance connaissent bien l'appel désespéré de ces témoins relatif à la confiscation de leurs filets de pêche.

11. Les paysans se plaignent de la confiscation de leurs filets de pêche. Le Botswana soutient que ceux-ci ont été posés en travers du cours d'eau et font donc obstacle aux patrouilles des forces de défense du Botswana ainsi qu'à la navigation des touristes. La lettre de celui qui était alors le président du Botswana a été versée aux débats par le Botswana. Elle déclare : «mes fonctionnaires ont reçu des instructions pour détacher de tels filets du côté botswanais de la frontière et continuer leurs déplacements en bateau». Du point de vue de la Namibie, il est clair qu'un problème se pose. Les deux parties ont proposé des opinions en conflit. Comme je l'ai dit, la Namibie a proposé que les deux pays établissent des mécanismes conjoints pour affronter le problème de façon efficace.

---

<sup>5</sup>Mémoire de la Namibie, vol. II, p. 22. M. Ntonda est le troisième par son rang à partir du chef de la *Bukalo Khuta*, l'autorité traditionnelle Masubia; voir aussi p. 43, 46, 131 et 143-144.

#### D. La gestion animalière et la question de la conservation

12. Il échet de corriger certaines impressions qui ont été suscitées par le Botswana pendant le premier tour des plaidoiries. Le Botswana a formulé un certain nombre d'allégations relatives à la conservation. Avec la permission de la Cour, la Namibie se référera aux parties pertinentes de l'exposé du Botswana. L'affirmation suivante figure à la page 21 du compte rendu de l'audience tenue le 22 février 1999 : «l'avenir d'espèces sauvages [sur l'île de Kasikili], dont la survie dépend des patrouilles des autorités botswanaises actives dans la lutte contre le braconnage, serait compromis». Cette affirmation continue à la page 22 :

«Du côté namibien de la frontière, *dans le Caprivi*, les braconniers et les massacres systématiques commis avant l'indépendance par l'armée d'occupation de l'Afrique du Sud de l'apartheid *ont pratiquement éliminé toute vie sauvage*. La situation n'a pas beaucoup évolué. *Les espèces sauvages ont disparu du Caprivi*. Si la Cour devait se prononcer en faveur de la Namibie, cette décision aurait pour effet immédiat de faire disparaître les espèces sauvages de l'île, *car elles y seraient chassées comme elles l'ont été dans le reste du Caprivi*. Ainsi, dans l'intérêt de la conservation, et pour toutes les autres raisons avancées par le Botswana en l'espèce, je fais respectueusement valoir que la Cour devrait se prononcer en faveur du Botswana. Ce faisant, *la Cour adresserait à toute l'humanité, y compris aux Namibiens, un message clair relatif à la conservation.*» (Les italiques sont de nous.)

13. Pour les personnes qui ne sont pas informées, il est aisé d'interpréter une telle allégation dépourvue de fondement en ce sens que le peuple et le Gouvernement de la Namibie ne se soucient pas de conservation. On a aussi donné une autre impression, celle que la Namibie est une nation de braconniers. Pour apprécier la réponse de la Namibie, je voudrais me référer à la Constitution de la République de Namibie. Le paragraphe 1 de l'article 95 de la dite Constitution déclare :

«L'Etat favorise et sauvegarde activement la prospérité de la population en adoptant, notamment, des politiques qui tendent aux fins suivantes :

le maintien des écosystèmes, des processus écologiques essentiels et de la diversité biologique de la Namibie, ainsi que l'utilisation durable des ressources biologiques naturelles dans l'intérêt de tous les Namibiens, présents et futurs...»

14. Le Botswana a formulé ces allégations outrancières, alors qu'il se rend parfaitement compte qu'il y a, à l'heure actuelle, *cinq* parcs animaliers nationaux tout à fait opérationnels dans la région du Caprivi. Ce sont :

- Le parc animalier de Mahango,
- la réserve animalière de Popa,
- le parc animalier du Caprivi,
- le parc national de Mudumu, et
- le parc national de Mamili.

15. Les réserves animalières que je viens de mentionner s'étendent sur une zone d'environ 6916 kilomètres carrés, c'est-à-dire 34,6 % de la région du Caprivi<sup>6</sup>. Depuis l'indépendance de la Namibie en 1990, les possibilités du Caprivi en tant que base de ressources de faune sauvage ont bénéficié d'une attention considérable à la fois de la part du gouvernement et d'organisations non gouvernementales (ONG), tant nationales qu'internationales. Trois de ces organisations non gouvernementales méritent d'être nommées : l'Integrated Rural Development and Nature Conservation (IRDNC), le World Wildlife Fund (WWF) et la Namibia Nature Foundation (NNF). Ces organisations coopèrent avec le gouvernement pour organiser des programmes efficaces qui ont pour but de gérer, suivre et utiliser les ressources naturelles du Caprivi d'une manière durable et conforme aux normes acceptées au plan international.

16. La politique du gouvernement peu après l'indépendance a consisté à définir au Caprivi des zones dans lesquelles la gestion de la faune sauvage était réservée au gouvernement. Les régions à forte densité de faune sauvage, telles que Mudumu et Mamili, ont été proclamées parcs nationaux en 1990. De surcroît, des zones de conservation, fondées par les communautés, ont été définies, à savoir les zones où le régime foncier est communal, et qui ont été réservées par le gouvernement pour établir des zones de conservation communales. L'un des exemples les plus brillants de telles zones de conservation est Salambala, à proximité du lac Liambezi, le long du Chobe. C'est actuellement l'une des zones de conservation les plus réussies de Namibie. Comme je l'ai fait observer dans ma déclaration précédente au début des présentes plaidoiries, les

015

---

<sup>6</sup>John Mendelsohn et Carole Roberts, *An Environmental Profile and Atlas of Caprivi*, Directorate of Environmental Affairs, projet financé par le Royaume des Pays-Bas, 1997, p. 9.



collectivités de Ngoma, Kasika et Impalila veulent établir leur propre zone de conservation, mais ce projet est ajourné à cause du différend relatif à l'île de Kasikili; l'île ferait en effet partie de cette zone.

17. Contrairement à l'allégation du Botswana, il y a entre cinq mille et six mille éléphants au Caprivi<sup>7</sup>. La plupart se trouvent dans des régions situées à proximité des grands cours d'eau pendant les mois secs d'hiver. Pendant l'été, ils s'écartent des cours d'eau. Nombre d'entre eux vont vers le sud au nord du Botswana. Certains se déplacent vers le nord, en Angola, en Zambie et dans le Caprivi central. En Namibie, c'est une infraction très grave que de tuer des animaux comme les éléphants, déclarés d'espèce menacée. La Namibie, comme le Botswana, est signataire de la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES). Il convient de signaler que les touristes et les utilisateurs routiers de la Trans-Caprivi Highway sont maintenant tout à fait habitués aux panneaux qui annoncent le passage d'éléphants. De fait, l'observation des éléphants sur la grande route que je viens d'indiquer est aussi fréquente que dans n'importe quel parc animalier où vit une forte population d'éléphants.

18. La Namibie, comme le Botswana, est particulièrement connue pour sa faune sauvage. Des dizaines de milliers de touristes du monde entier visitent nos parcs animaliers chaque année. Le parc animalier national d'Etosha, l'un des plus grands du monde, en est le meilleur exemple. Il s'étend sur près de 22 700 kilomètres carrés et il abrite cent quarante-quatre espèces de mammifères. La Namibie est fière d'abriter la plus grande concentration de guépards dans le monde. La population de rhinocéros noirs de Namibie occupe le second rang après celle de l'Afrique du Sud; sa population de rhinocéros blancs est la troisième après celle de l'Afrique du Sud et celle du Zimbabwe en Afrique. Tous ces mammifères sont des espèces menacées.

---

<sup>7</sup>*Ibid.*, p. 32.

19. La Namibie est signataire de la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages, et sa population d'espèces menacées fait donc l'objet d'un contrôle périodique. Ceux qui doutent des engagements de conservation que nous avons pris peuvent vérifier sans difficulté notre classement du point de vue de la convention. Il atteste que nous coopérons au maximum avec Interpol pour protéger les espèces menacées.

0 1 6

20. En dehors de la Constitution et de la convention que j'ai mentionnée, la Namibie est l'un des pays qui ont été représentés au niveau des chefs d'Etat lors du sommet mondial de Rio, qui a adopté le programme agenda 21. Il s'agit d'un programme d'action au service du développement durable à l'échelle mondiale. Il est aussi connu sous le nom de déclaration de Rio sur l'environnement et le développement.

21. Depuis le sommet mondial, la Namibie a pris des mesures concrètes pour ratifier nombre de conventions au niveau international, par exemple la convention sur la lutte contre la désertification, la convention relative aux zones humides d'importance internationale (RAMSAR) et la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages que j'ai déjà mentionnée.

22. Au niveau national, le gouvernement a mis en œuvre des politiques et programmes novateurs en matière d'environnement, par exemple le programme de gestion des ressources naturelles, un programme communautaire, que j'ai mentionné dans ma déclaration liminaire.

23. Il est vrai que pendant la guerre de libération nationale, les forces de défense sud-africaines (SADF) ont causé de graves dommages à la faune sauvage de la Namibie, surtout au Caprivi. Les fautes d'une puissance coloniale et occupante ne sauraient être imputées au peuple colonisé. Cependant, dès l'indépendance, la Namibie a beaucoup fait, par des programmes tels que les zones de conservation communales, pour remédier aux injustices causées au pays et aux collectivités rurales pauvres. Le peuple Masubia, comme les autres peuples autochtones de Namibie, vit avec des animaux depuis des générations, et y a toujours eu des relations entre l'homme et l'animal. C'est ce qu'illustrent les explorateurs européens du XVIII<sup>e</sup> siècle.

24. Je voudrais signaler que le Gouvernement namibien a mis en place des mesures supplémentaires et efficaces pour réduire la menace du braconnage. La Namibie s'est déclarée prête à prendre des mesures conjointes contre le braconnage avec le Botswana. Outre que nous sommes attachés à la conservation, nous pensons qu'une action conjointe contre le braconnage renforcerait la confiance et la coopération entre les peuples de Namibie et du Botswana. Les pays qui ont une faune sauvage sont victimes d'organisations criminelles internationales. Il est donc des plus regrettables de blâmer la Namibie pour ce problème commun.

25. La Namibie se rend tout à fait compte de la nécessité de sauvegarder son environnement et de gérer ses ressources naturelles. C'est ce que le président de la Namibie a dit à l'occasion du lancement des zones de conservation communales et de la cérémonie de l'attribution du don à la terre:

017

«La terre est le don le plus précieux, que nous puissions donner ou léguer à nos enfants. Nos décisions et nos actes d'aujourd'hui donneront sa forme à notre terre de demain. Les attitudes à court terme, la surexploitation, l'usage qui n'est pas durable de notre environnement et de nos ressources nous laisseront une planète malsaine.»

26. Ce niveau de l'engagement en faveur de la conservation réfute de façon efficace l'allégation ou la conclusion selon laquelle les mesures de conservation de la Namibie ne satisfont pas aux normes internationales. De plus, la population de certaines espèces menacées en Namibie, que j'ai indiquée, réfute aussi l'allégation non corroborée du Botswana selon laquelle «les espèces sauvages ont disparu du Caprivi».

#### **E. Les relations entre la Namibie et le Botswana**

27. Pendant le premier tour des plaidoiries, les deux Parties ont beaucoup parlé des relations entre la Namibie et le Botswana. Je voudrais répéter la déclaration que j'ai faite dans mon exposé liminaire, c'est-à-dire que les peuples de Namibie et du Botswana partagent le lien historique d'une longue amitié. Malheureusement ce lien historique d'une longue amitié a, à certains égards, subi des tensions après l'indépendance de la Namibie, le différend frontalier de Kasikili.

28. Nos éminents collègues du Botswana ont évoqué nombre d'aspects de nos relations pendant le premier tour des plaidoiries. Compte tenu de la question plus importante dont la Cour est saisie, je m'abstiendrai de répondre point par point. Le Botswana, comme la Namibie, est une démocratie établie en Afrique. Ce fait est admis de façon générale dans le monde entier. Les deux pays ont toujours été stables et pacifiques et ils le sont demeurés depuis leur accès à l'indépendance. Les relations entre la Namibie et le Botswana font l'objet d'un examen complet dans la réplique de la Namibie.

29. Nous avons édifié un pouvoir judiciaire fort, impartial et indépendant, sous l'impulsion de l'un des plus grands juristes de la Namibie, le regretté *Honorable Chief Justice* Hans Bekker, citoyen namibien et qui fut le premier *Chief Justice* de la Namibie indépendante.

30. Des élections aux fonctions présidentielles, à l'Assemblée nationale, ainsi qu'aux conseils régionaux et municipaux ont lieu périodiquement comme la Constitution le prescrit. Nous avons maintenu la liberté d'expression en permettant à nos citoyens d'exprimer leurs opinions librement et sans crainte dans la presse et sur les ondes de la radiotélévision nationale, notamment dans le cadre des programmes *Open Line, Chat Show, Prime Minister's Question Time, Feed Back et Cross Fire*. Des programmes semblables ont été créés dans des langues locales.

31. Nous sommes aussi tout à fait certains que la primauté du droit et la démocratie se sont enracinées. Vers la fin de l'année dernière, la nation entière a donc été très étonnée d'apprendre qu'un éminent politicien de l'opposition avait eu des rapports avec un ancien général sud-africain de l'époque de l'apartheid. Ce général était chargé des opérations militaires au Caprivi pendant la guerre de libération nationale. Le politicien voulait amener la sécession de la région du Caprivi de la Namibie. Le parti d'opposition a convoqué une réunion générale et l'a exclu de la direction du parti. Le Gouvernement de la Namibie s'est fortement ému lorsqu'il a reçu du Botswana un message selon lequel quatre-vingt-douze personnes «qui se déclaraient des Namibiens et portaient un assortiment d'armes militaires avaient pénétré au Botswana» en provenance de la région du Linyanti. Cela se trouve à plus de 100 kilomètres de la région de l'île de Kasikili. La Namibie a

été avertie, en outre, que ces personnes allaient être poursuivies au Botswana pour «possession d'armes de guerre». Ces informations émanant du Botswana ont été considérées par nombre de Namibiens comme un signe encourageant des bonnes relations entre les deux pays.

32. La Namibie a aussitôt demandé au Gouvernement du Botswana de lui permettre d'envoyer des officiers de ses services de sécurité pour coopérer avec leurs homologues du Botswana afin d'établir l'identité des intéressés. Le Botswana a répondu «qu'une telle mesure ne serait pas appropriée». Le Botswana a seulement proposé d'aider le haut-commissaire de Namibie à rendre visite aux intéressés. Des investigations effectuées en Namibie ont révélé qu'une base militaire avait été établie à proximité du Chobe qui forme la frontière entre la Namibie et le Botswana. La position de la Namibie sur cette question est claire. Il s'agit là de personnes innocentes qui ont été induites en erreur. Je suis heureux de relever que des mesures sont en cours pour faciliter le retour volontaire de ces personnes dans leur patrie sans qu'elles aient à craindre d'être arrêtées. Le Gouvernement de la Namibie espère qu'une solution durable sera trouvée. Notre politique de réconciliation nationale reste en place.

0 1 9

33. La Namibie a écouté avec un vif intérêt la déclaration de nos collègues du Botswana selon laquelle le Botswana ne nourrit d'ambitions territoriales sur aucune partie du territoire namibien, y compris la région du Caprivi. Compte tenu des déclarations faites dans les années soixante, ce message de nos collègues est tout à fait le bienvenu pour la nation namibienne en général et les habitants du Caprivi en particulier.

34. Je dois déclarer que, dans le domaine économique, la Namibie et le Botswana ont réussi à forger une coopération, en particulier dans le domaine des communications. Une coopération plus étroite a été réalisée aussi dans le domaine social. La Namibie accueille des enfants du Botswana dans ses établissements scolaires le long de la frontière avec le Botswana<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup>Réplique de la Namibie, par. 412-413.

35. Je résumerai en me servant des termes dont s'est servi le président de la Namibie quand il a reconnu les liens d'amitié historiques entre les deux pays et le rôle du Botswana dans l'indépendance de la Namibie. Il a déclaré :

«Nos deux pays et nos deux peuples sont liés de longue date par l'histoire, l'ethnie et la culture. Nous sommes des voisins dont la prospérité et le destin sont devenus inséparables... Deux générations de patriotes namibiens ont été accueillies ... par les grands dirigeants du Botswana qui ont appuyé la lutte de notre peuple pour la liberté, l'autodétermination et l'indépendance nationale...

Ce ne sont pas là seulement des faits historiques, mais c'est aussi le noyau même de l'indépendance et de la coopération de nos peuples dans une atmosphère de coexistence pacifique.»

### Conclusion

36. Malgré les problèmes qui ont une incidence sur les relations cordiales entre les deux pays, il faut consolider entre nous la paix et la stabilité. Le plus gros atout commun de nos deux pays est notre foi dans le règlement pacifique des différends et notre attachement à ce principe. Il n'est pas rien pour nous que les deux pays aient réussi à porter le présent différend devant la Cour.

37. Les nations du monde vivent les dernières heures d'un millénaire. L'Afrique ne doit pas retourner par une dérive à l'âge de la pierre. Nous devons rester fermes et être parmi les nations qui entreront fièrement dans le nouveau millénaire avec des programmes bénéfiques pour l'humanité. Nous ne pouvons atteindre ce but que si nous travaillons pour la paix chez nous et au dehors. Les conflits doivent être évités à tout prix.

38. Monsieur le président, j'ai maintenant le plaisir de présenter les conseils et avocats qui exposeront la cause de la Namibie devant la Cour lors du second tour des plaidoiries. M. Chayes me fera suite pour vous donner un aperçu général de l'exposé de la Namibie. M. Cot examinera la pratique ultérieure par rapport aux Masubia, et il sera suivi de M. Faundez qui se penchera sur la pratique ultérieure en vertu du traité. Demain, M. Chayes vous présentera les éléments de preuve scientifiques de la Namibie. Il sera suivi par M. Delbrück qui examinera l'interprétation du texte du traité anglo-allemand. Ensuite, M. Chayes présentera la réplique finale de la Namibie.

Monsieur le président, ainsi s'achève mon exposé.

Je vous remercie, ainsi que Madame et Messieurs les Membres de la Cour, pour votre attention.

Puis-je vous demander de donner la parole à M. Chayes pour son exposé ?

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

M. CHAYES :

### 17. EXPOSÉ LIMINAIRE

Plaise à la Cour :

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour,

1. Au moment de prendre la parole pour ouvrir ce dernier tour de plaidoiries au nom de la Namibie, je suis quelque peu déconcerté. La semaine dernière, j'ai écouté attentivement, pendant quatre jours, les éminents conseils du Botswana. J'ai entendu de nombreuses critiques tous azimuts contre les arguments namibiens. Mais je n'ai pas encore entendu un exposé développé du contenu positif de la thèse botswanaise. De fait, un collègue de notre équipe a envoyé un message électronique à sa famille intitulé «le mystère de la thèse invisible du Botswana».

2. C'est M. Brownlie qui s'est approché le plus d'un exposé de la thèse botswanaise lorsqu'il a dit jeudi dernier, à la fin de son exposé :

«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» (CR 99/9, p. 53).

3. Avec tout le respect dû, je dois dire qu'il ne s'agit là que de simples «propositions», comme M. Brownlie les appelle lui-même, des affirmations présentées en guise de conclusions plutôt qu'une thèse juridique étoffée. En tout état de cause, comme M. Delbrück le montrera demain, elles sont toutes erronées.

Pour ce qui est de la première proposition de M. Brownlie : le traité anglo-allemand ne définit pas la frontière par rapport au thalweg. Il place la frontière au «centre du chenal principal».

Quant à la deuxième proposition : dans un cours d'eau non navigable comme le Chobe, le thalweg n'est pas déterminé par la ligne de sonde maximale du cours d'eau ni par l'axe du chenal le plus accessible pour les navires du plus fort tonnage qui descendent le cours d'eau : il n'y a pas de navires de ce genre.

Concernant la troisième proposition : le rapport sur le levé commun n'a pas établi que le thalweg suivait le chenal nord. Il ne revêt aucune signification juridique.

Pour ce qui est de la quatrième proposition : il n'y a donc pas lieu de considérer que quelque chose a été démontré.

4. Je m'attarde quelque peu sur cette question, parce que je la trouve caractéristique de la méthode du Botswana en l'espèce. Celui-ci a procédé par affirmations générales, sans les étayer par des arguments juridiques ou des éléments de preuve, et en feignant tout simplement d'ignorer les arguments et les éléments de preuve avancés à leur rencontre. Voici quelques exemples.

Le Botswana affirme que le traité anglo-allemand a conféré un titre à la Grande-Bretagne; par conséquent, l'occupation de l'île de Kasikili par les Masubia, sous l'autorité de la puissance coloniale, ne pouvait avoir d'effet juridique<sup>9</sup>.

Il dit aussi que le traité anglo-allemand a conféré un titre à la Grande-Bretagne; celle-ci n'était donc pas tenue de protester contre les activités des Masubia et de leur puissance coloniale sur l'île ou d'y faire objection<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup>CR 99/6, p. 12.

<sup>10</sup>CR 99/9, p. 51.



Un troisième exemple : la limite nord du parc animalier du Chobe, et plus tard celle du parc national du Chobe, suit la frontière internationale. En conséquence, l'île de Kasikili est située dans le parc national du Chobe<sup>11</sup>. Il ne s'agit là que de trois exemples.

5. J'hésite à dire que mon éminent ami M. Brownlie pourrait avoir commis une erreur élémentaire de logique. Mais j'estime que les propositions que je viens d'énoncer sont toutes manifestement des exemples de pétitions de principe. Elles partent toutes du principe que les réponses à la question sont prouvées. Or, les questions qui font l'objet des pétitions de principe sont au cœur même de cette affaire : à *quelle partie* le traité anglo-allemand a-t-il attribué l'île ? *Où* passe la frontière internationale ?

6. En outre, dans chacun des exemples donnés, la réponse du Botswana à la question qui fait l'objet de la pétition de principe est erronée.

Pour ce qui est du premier exemple : quelle que soit la ligne de frontière tracée par le traité, les activités des Masubia, sous l'autorité de la puissance coloniale, revêtaient une signification juridique : soit en tant que pratique ultérieure établissant que le traité attribuait effectivement l'île à la Namibie, soit en tant qu'action prescriptive, s'il devait apparaître que le traité a attribué l'île au Royaume-Uni.

Pour ce qui est du deuxième exemple : si les représentants officiels britanniques pensaient que le traité avait conféré l'île au Royaume-Uni, ils étaient certainement tenus de protester contre les activités des Masubia sur l'île, qui étaient contraires à cette position, ou d'y objecter. Nulle part ailleurs dans la région ils n'ont adopté une attitude souple ou permissive envers les activités agricoles transfrontières. En l'espèce, cette obligation était plus forte que d'habitude. Comme lady Fox l'a souligné, la frontière établie par le traité ne séparait pas à l'origine des Etats souverains, mais des zones au sein desquelles l'influence des parties pouvait s'exercer : en somme, des sphères d'influence. Ainsi, le traité n'a pas conféré de souveraineté sur les territoires attribués, mais seulement un genre de titre en cours d'acquisition, qui devait être parachevé par des actes

---

<sup>11</sup>CR 99/6, p. 20.

d'occupation<sup>12</sup>. Si, comme M. Brownlie l'a soutenu, «plus rien ne s'est produit» après la signature du traité en 1890<sup>13</sup>, il en résulte que la Grande-Bretagne a omis de protéger le titre qu'elle aurait pu acquérir.

Quant au troisième exemple : lorsqu'il a tracé sur une carte les limites des terres de la réserve de la Couronne, le bureau des travaux publics du Bechuanaland a démontré que l'île de Kasikili ne faisait partie ni de la réserve de la Couronne ni du Botswana. L'île était donc également en dehors de la réserve naturelle ou du parc national qui ont été ultérieurement créés sur le même territoire.

7. L'exemple le plus frappant de l'approche botswanaise à cet égard est sans doute la manière dont le Botswana obscurcit la question de la prescription en l'espèce. En effet, il est difficile de suivre son argumentation parce que ses affirmations sont très confuses, voire contradictoires. Par moments, le Botswana semble dire que la thèse de la prescription est exclue par les termes du compromis portant l'affaire devant la Cour. A d'autres moments, il semble dire qu'en plaçant la prescription, la Namibie a perdu le droit de faire valoir ses prétentions fondées sur le traité. Et à d'autres moments encore, il semble dire que la Namibie n'a rien plaidé si ce n'est la prescription.

8. Une fois de plus, ces trois propositions sont fausses.

9. Le compromis n'a pas limité la tâche de la Cour à l'interprétation du traité anglo-allemand de 1890. Il invoque aussi les «règles et principes du droit international» et prie la Cour de déterminer non seulement la frontière autour de l'île de Kasikili, mais aussi «le statut juridique de cette île». Le Botswana se fonde sur le mandat de la commission mixte d'experts techniques pour étayer son point de vue sur la compétence limitée que le compromis conférerait à la Cour. Mais les extraits du compromis que je viens de lire se démarquent nettement du mandat de la commission mixte d'experts techniques. Loin d'étayer la position du Botswana, les termes du mémorandum

---

<sup>12</sup>J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, vol. III, Leyde, 1970, p. 495.

<sup>13</sup>CR 99/6, p. 52.

d'accord cité par M. Brownlie (CR 99/9, p. 51) démontrent que, lorsque les parties voulaient confiner la question à l'interprétation du traité, elles savaient pertinemment quels termes utiliser. Or, elles ne les ont pas employés dans le compromis.

024

10. Deuxièmement, il ressort très clairement de toutes les pièces écrites et des plaidoiries que la thèse namibienne de la prescription n'est avancée qu'à titre d'alternative. Rien, dans les règles de la Cour ni dans les autres systèmes juridiques, n'interdit d'avancer des arguments à titre d'alternatives, voire des arguments incompatibles. M. Brownlie est un juriste de *common law*. Comme nous tous, il a dû être amusé, lorsqu'il étudiait le droit, par l'affaire du pot cassé. Le demandeur se plaignait de ce que le défendeur lui avait emprunté un pot et qu'il le lui avait rendu abîmé. Le défendeur plaidait qu'il n'avait pas emprunté le pot; que, s'il l'avait emprunté, il l'avait rendu en parfait état; et sinon que le pot était déjà cassé lorsqu'il l'avait emprunté. Le tribunal a admis ce système de défense. C'est ainsi que les étudiants en droit, du moins dans les pays du *common law*, sont aujourd'hui encore initiés au mystère de la plaidoirie subdivisée en thèses présentées à titre d'alternatives. M. Brownlie semble finalement admettre, dans l'abstrait, que la Namibie a le droit de présenter des arguments à titre d'alternatives<sup>14</sup>. Mais il persiste à dire que la confrontation des thèses l'une par rapport à l'autre permet de tirer des conclusions négatives. Or, il va de soi que le sens même de la possibilité de plaider sous la forme de thèses présentées à titre d'alternatives est que chacune des thèses doit être considérée de façon autonome et que l'on ne peut tirer aucune conclusion contre une thèse du simple fait qu'une thèse contradictoire a également été plaidée.

11. Enfin, et c'est le plus important, la prescription n'est pas, et n'a jamais été, au cœur de la thèse namibienne<sup>15</sup>. Elle a été avancée à titre d'alternative. Comme je l'ai souligné à la fin du premier tour de plaidoiries, la Namibie a consacré trois jours à la question de l'interprétation du

---

<sup>14</sup>CR 99/6, p. 35.

<sup>15</sup>Mémoire de la Namibie, par. 14 et 165; contre-mémoire de la Namibie, par. 2; réplique de la Namibie, par. 3 à 8.

traité et une heure seulement à la question de la prescription. Ses pièces écrites sont divisées dans des proportions semblables. Or, ces proportions reflètent le point de vue de la Namibie sur le poids relatif des deux thèses.

12. Puisque je parle de prescription, permettez-moi de m'attarder encore un instant pour dire que la Namibie considère qu'elle a prouvé le bien-fondé de sa thèse relative au titre prescriptif conformément aux règles applicables du droit international. Elle a établi une possession manifeste et notoire de l'île par les Masubia pour une période suffisamment longue à compter de la conclusion du traité de 1890. Elle a montré que les puissances coloniales avaient exercé la souveraineté, soit directement soit par le biais de l'administration indirecte. Les Masubia ne se considéraient pas comme des *squatters*, mais comme étant en possession de l'île de plein droit. De même, la puissance coloniale allemande, puis sud-africaine, a considéré qu'elle exerçait les droits souverains accordés par le traité. Il y avait donc une possession à titre de souverain. Enfin, la Namibie a établi l'acquiescement — le défaut de protestation ou d'objection — de la part des autorités du Bechuanaland tout au long de cette période.

025

13. Monsieur le président, M. Brownlie a mis en cause l'autre jour la tactique de la Namibie. Permettez-moi de m'interroger un peu sur la sienne. Pourquoi s'obstine-t-il à dire que la thèse principale de la Namibie est la prescription, alors que ce n'est manifestement pas le cas ? De quoi a-t-il peur ? Quels desseins nourrit-il ?

14. Il me semble que M. Brownlie cherche à détourner l'attention de la Cour. En se lançant dans une casuistique doctrinale, il cherche à détourner l'attention de la Cour des faits concrets : l'occupation pacifique et ininterrompue de l'île de 1890 à 1966, avec toutes les conséquences juridiques que cela suppose en ce qui concerne la pratique ultérieure. C'est un fait que la Namibie était sur les lieux. Le Botswana n'y était pas. Lady Fox a vaillamment essayé de prouver le contraire mais, comme M. Cot le montrera dans un instant, elle n'y est pas vraiment parvenue. M. Brownlie a dit que «rien ne s'[était] produit» sur l'île de 1890 à 1948. En un sens, je suppose qu'il a raison. Les Masubia du Caprivi occupaient pacifiquement l'île, ce que les autorités

britanniques savaient et acceptaient. M. Brownlie est libre d'appeler ceci «rien». Mais ce «rien» est lourd de conséquences juridiques auxquelles il préférerait que la Cour ne pense pas. J'en ai fini avec la question de la prescription.

15. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, M. Brownlie, lors du dernier exposé jeudi, a dit que j'avais «monté un assaut en règle contre l'accord». Et il a eu la bonté de citer un long passage de mon exposé de clôture<sup>16</sup>. Bien entendu, le traité a produit certains résultats bénéfiques, tout particulièrement en donnant naissance, en fin de compte, aux deux grands Etats qui se présentent aujourd'hui devant la Cour. Je plaide coupable pour avoir attaqué le traité de 1890, en tant qu'acte politique. En fait, je ne pensais pas qu'il puisse encore avoir des partisans, en tant qu'acte politique. Je pensais qu'il était généralement convenu qu'en tant qu'actes politiques, le traité de 1890 et les autres traités de ce genre, ainsi que le mouvement historique dans lequel ils s'inscrivaient, n'étaient pas défendables.

16. Mais en tant qu'acte juridique, le traité de 1890 se présente sous un jour tout à fait différent. Manifestant un certain talent pour les citations sélectives, M. Brownlie a omis les deux derniers paragraphes de mon intervention finale. Permettez-moi de les lire :

026

«La frontière définie par le traité laissait le peuple masubia du district de Kasika du Caprivi oriental intact et en pleine possession de sa patrie traditionnelle — y compris l'île de Kasikili. Il serait paradoxal, pour ne pas dire tragique, que cent années plus tard une décision de la Cour internationale de Justice trouble cette relation harmonieuse.

Selon la Namibie, il n'est pas nécessaire de le faire. Le traité, interprété conformément au sens ordinaire de ses termes et à la pratique des parties établie de longue date, situe la frontière dans le chenal principal qui s'écoule au sud de l'île de Kasikili et c'est en faveur de la Namibie qu'il établit la souveraineté sur l'île.»<sup>17</sup>

En tant qu'acte juridique, il n'y a rien à redire au traité de 1890.

---

<sup>16</sup>CR 99/9, p. 47.

<sup>17</sup>CR 99/4, p. 63.

17. La Namibie maintient la position qui a été la sienne tout au long de ce différend : sa thèse principale est que son titre est d'origine conventionnelle. Le refus du Botswana de le reconnaître relève d'une représentation limitée du concept de «pratique ultérieure» au sens du paragraphe 3 b) de l'article 31 de la convention de Vienne. A partir du moment où il a pour la première fois traité cette question dans son contre-mémoire, le Botswana n'a cessé d'affirmer que la pratique ultérieure requérait une espèce d'accord entre les parties au traité. Toutefois, comme la Namibie l'a montré, la position du Botswana est contredite par la doctrine et par la jurisprudence, notamment la sentence arbitrale relative au *Canal de Beagle*<sup>18</sup>.

18. La pratique ultérieure comprend ce que les personnes — les citoyens ordinaires tout comme les représentants officiels — faisaient sur le terrain. Elle inclut aussi la manière dont les représentants officiels de l'autre partie au traité ont réagi : ce qu'ils ont fait et n'ont pas fait. Le fait est que les prédécesseurs de la Namibie, pour ce qui est du titre, étaient présents sur l'île de Kasikili pendant au moins les soixante-quinze premières années qui ont suivi la conclusion du traité. Les prédécesseurs du Botswana, pour ce qui est du titre, n'y étaient pas et n'ont rien fait pour y être.

19. La Namibie va donc consacrer le reste de son tour de plaidoiries aux aspects conventionnels de l'affaire. Comme je l'ai déjà dit, la Namibie considère qu'elle a établi sa thèse relative à la prescription et qu'elle n'a pas besoin d'en dire davantage. Le prochain exposé sera celui de M. Jean-Pierre Cot, qui démontrera avec toute la clarté nécessaire qui se trouvait sur le terrain et qui ne s'y trouvait pas, dans la perspective de la pratique ultérieure.

027

20. M. Faundez passera en revue l'historique des actions — et des inactions — officielles des parties au traité au cours de la période pertinente. Les représentants officiels de la Grande-Bretagne et du Bechuanaland, qui étaient pleinement au courant des faits, ont accepté l'occupation et l'utilisation de l'île par les prédécesseurs de la Namibie et ont même accompli des actes positifs importants de reconnaissance de cette situation.

---

<sup>18</sup>*Affaire du Canal de Beagle, International Law Reports*, vol. 52 (1979).

21. Comme je l'ai dit il y a un instant, ces deux éléments — présence continue des Masubia sur le terrain sous l'autorité de la puissance coloniale et acceptation de la situation par les prédécesseurs du Botswana — équivalent à une pratique ultérieure fondée sur le traité de 1890. On peut déduire de ces deux éléments que les parties s'accordaient à reconnaître que le traité devait être interprété comme définissant la frontière au centre du chenal (thalweg) du bras qui entoure l'île de Kasikili au sud.

22. Demain, je traiterai des questions factuelles relatives à l'identification du chenal principal, notamment et tout particulièrement : 1) le débit de l'eau, et 2) la navigation dans le Chobe autour de l'île de Kasikili. M. Delbrück prendra ensuite la parole sur les questions du libellé, de l'objet et du but du traité et évoquera en passant l'applicabilité du concept de thalweg. Enfin, je conclurai en résumant nos arguments en réponse et en réaffirmant la position de la Namibie.

23. Monsieur le président, ainsi s'achève mon exposé liminaire. Je vous prie de bien vouloir donner la parole à M. Cot.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Chayes. Monsieur Cot, vous avez la parole.

Mr. COT:

**18. SUBSEQUENT PRACTICE: EVIDENCE OF THE OCCUPATION OF KASIKILI ISLAND  
BY THE MASUBIA**

Mr. President, Members of the Court.

It is my task, by way of reply, to establish the effective, peaceful and exclusive occupation of Kasikili Island by the Caprivi Masubia, from 1890 to 1966. I do this in connection with the interpretation of the Anglo-German Treaty of 1890 and in order to throw light on the subsequent practice of the Parties within the meaning of Article 31, paragraph 3 (b), of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

028

Professor Chayes has just explained to you why we shall not reply on the prescription point. We feel that we have already replied in advance, point by point, to Professor Brownlie's oral presentation, and we would respectfully refer you to the CR of Thursday 18 February<sup>19</sup>. On the other hand, we do need to look again at the practice of the Parties subsequent to the Treaty in order to assist us in interpreting that Treaty. For my part, I shall examine the situation on the ground and, in essence, will reply to the argument put forward in this regard by Lady Fox. Professor Faundez will analyse the respective positions of the Parties and the issue of the existence of an intergovernmental agreement on the interpretation of the Treaty.

Mr. President, I thought that we were at least agreed on the fact of the exclusive occupation of Kasikili Island by Namibia and its nationals, even if not on the consequences to be drawn from that occupation. That was clear, it seemed to me, from the evidence accepted by both Parties, in particular the undisputed statements made by Chief Moraliswani to the Joint Technical Team of Experts, and the statements of local British and Botswanan officials, all of which was confirmed by aerial photographs, including those presented by our opponents.

Botswana throws all of this into doubt with a demonstration which we can but admire for its grace and elegance. However, it does therefore now oblige us to put matters straight.

I shall begin this follow-up to Professor Chayes' presentation by emphasizing the somewhat ethnocentric character — if I dare call it that — of the perspective adopted by our opponents. Just as the Chobe is not the Thames, so the Caprivi villages are not Cotswold villages, nestled for centuries in their bosky bower, clustered around the little church and the graveyard.

Here is a delightful example, which you see now on the screen, with its stone cottages, its church, its obedient little river which never overflows its banks.

[No. 5.1]

This, frankly, is not the model of an African village.

---

<sup>19</sup>CR 99/5, pp. 10-35.



0 2 9

I would therefore invite the Court to look again at the evidence presented by the Parties in their written pleadings in light of the specific social and cultural features of the peoples concerned, and in particular of the Masubia people. Let us begin with the oral evidence given to the Joint Technical Team of Experts. All of the evidence, both from the Namibian and from the Botswanan side, for there is no reason to regard one as less reliable than the other.

These two fat tomes, annexed to our written pleadings, do indeed constitute a significant body of evidence on Masubian society. However, they have to be properly understood, and certainly not read to the sound of Cotswold church bells.

What do we find in these two volumes and in the oral evidence from both sides? A riverine people, with their own way of life. And I am going to quote, Mr. President, and I am going to read you these quotations in English, in order to preserve their freshness and authenticity. You will find French translations in footnotes to the CR. I quote Mrs. Malabo:

"You know, when it's time of floods in our language we call it '*kuomboka*'. You know, you move out from a flooded area and you go to a dry area. That's how they used to do, but if there wasn't flood those people used to plough there, I mean to stay there."<sup>20</sup>

This Masubia rhythm of life, dictated by the flooding of the river, the effects of which are felt right across the Zambezi plain, is an image that we have already seen; it is not a village in the Cotswolds.

0 3 0

For the Masubia people, the notion of the village is bound up with the notion of the village community. It is bound up with the flooding of the river. The village moves with the community, following the movement of the waters. When the waters fall, the Kasika community regains possession of Kasikili Island. One witness, Mr. Sibungu, expressed it particularly well: "Kasikili was our village. When it's flooded we used to move from there going to Kasika. That's just one area."<sup>21</sup> (Mr. M. Sibungu.)

---

<sup>20</sup>[*French translation.*] (Memorial of Namibia, Vol. II, p. 100, Mrs. Malabo.)

<sup>21</sup>[*French translation.*] (*Ibid.*, p. 128.)

So, does the question posed by Botswana with regard to the existence of the village on the Island have any meaning at all? Are they talking here of a permanent village? You are pushing at an open door, Lady Fox, in seeking to establish that there was no permanent village, in existence 365 days of the year. We never said this. A village, without doubt. But a Masubia village, not a Cotswold village. This is what the oral evidence tells us. A village of temporary structures, created to last through the ploughing season, to be subsequently swept away by the flood waters.

Observers noted the characteristics of this temporary architecture, adapted to the constraints of a riverine life. Back in 1912 Captain Eason had commented: "There is no permanency of these [villages] . . . the Basubia do not trouble to build huts but live under reed mats with a few bundles of grass thrown on tops (sic)."<sup>22</sup>

We are a very long way here from Cotswold stone. These were temporary structures, destined to be washed away by the annual Zambezi flood, then rebuilt the following year. As Mrs. Malabo put it: "There were houses, those mud houses, you take mud and then you do the thatched house and then you put a courtyard. They were houses."<sup>23</sup> (Mrs. R. M. Malabo.)

The school? The image that Botswana presents us of the school strikes me as a curiously bureaucratic one. There is no trace of a school at Kasikili in the official correspondence, we accept that. It is true that the school was officially established at Kasika. But it is also true that the school follows the riverine community. When the kids are on the Island, then the teachers come with them. And then when the flood waters arrived, everyone returned to the high ground at Kasika. Listen to Mr. Masuka: "The school was built in Kasika, but when there's no water in the Island the school goes to Kasikili Island."<sup>24</sup>

031

The fields? They were cultivated by Masubia farmers up to 1958, no one seriously disputes this.

---

<sup>22</sup>[Original English.] (Memorial of Namibia, p. 81, para. 209 and Ann. 47, p. 470.)

<sup>23</sup>Memorial of Namibia, Vol. II, p. 101.

<sup>24</sup>[French translation.] (Mr. M. Masuka: *ibid.*, p. 206.)

Our opponents have apparently sought to argue from a statement by Chief Moraliswani to the Joint Technical Team of Experts that the Island was abandoned after 1937. But the same Chief Moraliswani later stated that it was indeed in 1958 that the Island was abandoned, after an exceptional flood<sup>25</sup>.

This second date accords with all of the oral evidence given to the Joint Team. Moreover, it is corroborated by the flood tables presented by Lady Fox and by the aerial photograph of 1943.

The dead. Are the dead buried on Kasikili Island? Botswana's lawyers refer to the regular flooding of the Island, the difficulty of digging the ground. True enough, these were not the gravestones of the Cotswolds, clustered for centuries around the church. But, Mr. President, the relationship with death, the relationship with the place of burial, the relationship with the hereafter — these are not the same in a riverine society, where the waters carry everything away, sweep everything before them. Yes, the chiefs are buried at Kasika, on the high ground. The others, there where they died. Questioned by the Botswanan representatives, an old fisherman gave the following reply:

"Botswana component: Would he explain why some people are not buried on the high ground in Kasika, but in the low ground on Kasikili.

Witness: Those people could be buried because those people are different. The chiefs are the chiefs and the commoners are the commoners."<sup>26</sup> (Mr. I. S. Sundano.)

032

One fate for the powerful, one fate for the poor, as the fable-writers tell us.

Then they confront us with the aerial photographs. No trace of a village, no trace of permanent occupation — you heard them say it.

Let us return to these photos. And begin by discarding those which are not relevant: the aerial photographs of May 1972 (projected twice), of November 1972, of 1981, of 1985 and of 1997 (also projected twice, with different labels). These photographs, Mr. President, tell us nothing, for

---

<sup>25</sup>Memorial of Namibia, Vol. I, p. 150, paras. 356-357.

<sup>26</sup>[*French translation.*] (*Ibid.*, p. 169.)

the Island was cultivated up to 1958, but not thereafter. Everyone agrees, everyone says so, the witnesses are unanimous. The great flood of 1958 drove out the farmers, and when they returned they found the area full of elephants and baboons and had to give up ploughing their fields. The Parties are at least in agreement on this point. It follows that photographs subsequent to that date can tell us nothing about the occupation or lack of occupation of Kasikili Island.

Let us now turn again, Mr. President, to the earlier photographs.

**We are left with the earlier photographs. That of 1925**

[No. 5.3]

This is the first of the series and it is remarkable for the period. However, it is not sharp enough for us to make out any details. In fact it is difficult to see the detail on any of these aerial photographs, even on the most recent ones, and I would now ask you, Miss Putnam, to project a 1997 photograph, taken during the dry season.

It dates from 1997 and was taken during the dry season, in conditions of good visibility and with equipment of a precision superior to that used in 1925.

[No. 5.4]

033

Yet I note that you will find no trace there of the two BDF watchtowers, even though they certainly exist, as we know, with superstructures visible in principle to the naked eye. If you could just show the towers and the boat at the foot of the tower, we can see that this is effectively a structure which ought to show up on the photograph.

[No. 5.5]

It is hardly surprising in these circumstances that the 1947 photograph, which I should like you to project for us now, is not particularly clear and gives us so little information.

[No. 5.5a]

And now we come to the 1943 photograph. That 1943 photo, as you will recall, is the one so extensively commented upon by Lady Fox in order to establish that there was no village on the Island. This photo is indeed of a remarkable clarity for the period, and even for today. And what can we see on it? You will find it also in your folder.

Let us first look at the photograph as it was projected by Lady Fox. Here it is.

[No. 5.6]

Lady Fox drew our attention to the fields situated in the south-western part of the Island, and examined their characteristics. In support of her analysis, she even projected an enlargement, which I won't show you again, covering only the south-west part of the Island.

She drew a number of conclusions from this photograph, of which the principle one is: there is no village on the Island.

Mr. President, this photograph is not the photograph that was published in Botswana's Counter-Memorial. It is the photograph annexed to Botswana's folder.

Let us now look at the same photograph as it was published in Botswana's Counter-Memorial at page 163 of Volume I.

[No. 5.7]

You will see that, here, the photograph has been embellished by a number of arrows drawing attention to details which are not without relevance to the question whether there was a village on the Island. And if Lady Fox had had the curiosity to refer to her own Counter-Memorial, that published by Botswana, if she had had the curiosity to leaf through our own judges' folder, and if — dare I say it? — she had had the curiosity to listen to what we had to say in the first round, she would not have failed to note the existence of these arrows, inserted by the editor of Botswana's Counter-Memorial in order to assist the reader to a better understanding of the aerial photographs.

These arrows direct our attention to the fields, in particular to the fields in the south-west ("*fields*"). But also to the kraal in the centre of the Island. A kraal that can be seen with the naked eye. A kraal that can be seen even better with a simple magnifying glass, like this one. What is

more, Mr. President, if you will allow me, I should like to make a gift of this small magnifying glass to Lady Fox, as a souvenir of our passage of arms. There is nothing hi-tech about it, but it does sometimes have its uses.

A kraal which, as I was saying, is quite visible, and I think you will agree that it is a somewhat curious omission, when relying on an aerial photograph to demonstrate the absence of any village on Kasikili Island, to make no reference to a structure that is quite clearly man-made. A relatively sizeable structure. A structure labelled "kraal" on the photograph.

What is a kraal, Mr. President? I will cite Logan's definition of 1972: "A kraal is a group of huts and related structures surrounded by a common wall or palisade."<sup>27</sup> I will add the definition given by Lady Fox herself, last Thursday, 25 February, and I quote: "Where the Chief lives and has his kraal or cattle pound is named 'kraal'."<sup>28</sup>

I think you will agree, Mr. President, Members of the Court, that it is well worth taking the trouble to look into this a bit more closely. And it will at least prevent us concluding in haste from this photograph that there is no village on Kasikili Island.

So, village or no village? No village, in the sense that Lady Fox understands it. No little stone cottages clustered around the church. But a village for the Masubia, a village for this community of men, women and children, living together, sharing the same activities, living according to the same rhythm, under the same roofs, a rhythm dictated by the ebb and flow of the waters of the river.

Occupation of the Island by the Masubia. A perfectly open and public occupation, nothing secret or clandestine about it. It took place under the very noses of the police in their outpost at Kasane. The point was noted by the hunters hired by the Namibian authorities at the time to

035

---

<sup>27</sup>[Original English.] (R. F. Logan, "The People of the Eastern Caprivi," SWA Annual 1972, p. 151; Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 130, p. 204.)

<sup>28</sup>CR 99/9, p. 11, para. 7.

control the elephant population: the noise of the guns could be heard in Kasane<sup>29</sup>. However, the Bechuanaland authorities did not react. And then we have the old lady who, in reply to a question by the Namibian side, had this to say:

"Namibian component: I would like to find out whether in her young years when they were ploughing at Kasikili Island the authorities in Kasane knew of their presence and whether they tried to prevent them from ploughing there.

Witness: They saw us when we were ploughing and we were not stealing when we were ploughing but we were ploughing in our fields, we were ploughing openly."<sup>30</sup>  
(Mrs. N. Siyomundi.)

The occupation of the Island was thus a public one. It was an occupation as permanent as nature would allow. This is quite sufficient in light of the criteria of international law.

All the more so, in that on the other side there is nothing at all.

All the more so in that this Namibian occupation was indeed exclusive, contrary to what Botswana would have us believe.

Botswana claims that the Island was occupied by both Parties simultaneously: "Intermittent ploughing and grazing by people from both banks of the Chobe occurred on Kasikili/Sedudu Island for four or five months when it was not under water . . ."<sup>31</sup>

Botswana's argument rides roughshod over the notion of communal property in Masubia rural society. The land there was doubtless held in common. But it was strictly reserved for the Masubia people and, more precisely, in this area for the inhabitants of the village of Kasika. The plots were allocated by the chief, as numerous statements by witnesses at the Joint Team oral hearings confirm.

036

---

<sup>29</sup>Oral evidence of S. M. Ntonda (Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, p. 25).

<sup>30</sup>[*French translation.*] (*Ibid.*, p. 135.)

<sup>31</sup>[*Original English.*] (CR 99/8, p. 30, para. 17.4.)

To the question "Was this land allocated by the chief or the District Administration?", the witness Mayanga Songa replies: "It was the chief who used to give land, because they were his family and they were his people."<sup>32</sup>

That enables me to help answer the question put to the Parties by Judge Ranjeva about legal titles to the cultivable land. Namibia will of course provide a detailed written reply within the time-limit which you fixed a short while ago, Mr. President.

Since this system is one of customary allocation of land, there are not to my knowledge any written titles. However, the studies presented by the two Parties or published in learned journals on the allocation of Masubia land confirm the witnesses' statements. Land ownership is communal, with the use of cultivable plots being decided by the traditional authority.

A former territorial administrator, Kruger, analysed the land tenure system in his 1963 study on the Eastern Caprivi<sup>33</sup>, which we cited in our pleadings. But above all, Mr. President, the Pretoria Administration itself gives a detailed description of the powers of the traditional authorities. For example, the Bantu Affairs Commissioner in Katima Mulilo, in a letter dated 13 March 1962 to the Secretary, Bantu Administration and Development in Pretoria listed the functions of the Kuta, or council, and I quote:

"The main functions of the Kuta are:

- (a) to try minor criminal and civil cases;
- (b) to settle domestic and matrimonial disputes;
- (c) the allocation of lands;
- (d) administration of other tribal affairs;
- (e) administration of tribal funds."<sup>34</sup>

037

---

<sup>32</sup>[*French translation.*] (Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, p. 62.) It would appear that the *induna* also had delegated power to allocate land (see statement of Mrs. Mate, *ibid.*, p. 192).

<sup>33</sup>The Eastern Caprivi Zipfel by C. E. Kruger. 4/1/63 (Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 126, pp. 184-185).

<sup>34</sup>[Original English text.] (Reply of Namibia, Vol. III, Ann. 16 (e), p. 148.)



The idea that a person from a different people can quietly come and settle down on communally owned territory so as to clear and cultivate a field, this idea is quite absurd, bearing in mind the scarcity of cultivable land and the legal and social structure of the area. What is more, as you well know, attachment to the land one owns, whether individually or collectively, is fully characteristic of farmers throughout the world.

Looked at from this angle, do inhabitants of Botswana cultivate the fields because they are on the bank of the southern channel? Let me not talk of a fiction, because I respect my opponents, but of a hypothesis for which there is no basis.

As to the proximity argument, this is not an argument at all. Looking at things in their proper perspective, at the most there are 2 km, in other words 20 minutes or so to go from one end of the Island to the other on foot in the dry season.

And in the face of this? To revert to this point, Botswana has circulated statistics, which we reproduce in your folder<sup>35</sup>, and where I read in particular: seven huts at Sedudu in 1943.

A clarification, Mr. President: Sedudu is not, as one might think, Kasikili Island. In this case it is the valley which emerges a little above the Island (I must thank my opponents for this map: you can see Sedudu Island at one point and Sedudu Valley a little lower down) — in this case it is definitely the valley which emerges somewhat above the Island, on the Chobe, as you will also find in your folder. I would also point out that the name "Sedudu" did not apply to Kasikili Island at the time, in 1943. It makes its first appearance on Botswana's maps in the 1970s. All of this is self-evident, and would have been better had it been said. I trust this little ambiguity about one and the same name will not deceive anyone.

038 These seven huts, they are Barotse, Batoka. Grazers and not river folk. They are Tswana, they are not Subia. They are herdsmen, cattle-raisers. The witnesses presented by Botswana were not in fact cultivators. In the main they were herdsmen driving cattle from Bechuanaland to the Northern Rhodesia of the time. So they are not from the same people at all. Listen to

---

<sup>35</sup>Judges' folder, tab 15, Number of huts in Chobe District.

Simpson Mbanga Ntonda, a senior *induna*, when questioned by the Joint Team: "Mr. Chairman we Subias, are people living in water, or from an area of water and there's no Tswana person who knows how to paddle a canoe."<sup>36</sup>

This theme is a persistent one: the Bushmen or Maruwa are "those people who don't want to touch water"<sup>37</sup>.

Were there instances of grazing by these herds which did not belong to the Caprivi Masubia? The witnesses presented at the hearings by the Botswana Party are not very precise. We also find, as I said a moment ago, that there were few Botswana Masubia among the witnesses and no traditional authority of the Botswana Masubia came before the Joint Team of Technical Experts.

We find in the oral evidence a reference to "Government Oxen" said to have grazed at the beginning of the 1920s and then to have been moved away in 1925. There are also the Susman brothers, cattle breeders and dealers, who are said to have bought and sold cattle. But their activities appear to have concentrated on Sedudu Valley and not Kasikili Island. Only one Masubia witness asserts that the Susman grazed their cattle on the Island, but with the authorization of the Masubia chief<sup>38</sup>. At all events, it seems clear that at the most this involved droving — transhumance.

039

What is more, the evidence is often vague and contradictory. For example, one witness states that he grazed cattle on Kasikili Island in May, in other words at the height of the flood<sup>39</sup>.

And now I come, Mr. President, to a crucial witness, Chief Moraliswani. Botswana acknowledges that his evidence was "impressive"<sup>40</sup>. I cited this evidence in my first statement, in the certainty of not being contradicted by our opponents after that description of it. It seems,

---

<sup>36</sup>[Original English text.] (Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, p. 20.)

<sup>37</sup>*Ibid.*, Kachele evidence, p. 236.

<sup>38</sup>Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 1, p. 179 and Vol. III, Ann. 2, p. 126.

<sup>39</sup>*Ibid.*, Vol. II, Fourth Round, p. 16.

<sup>40</sup>Counter-Memorial of Botswana, p. 207, para. 484.

though, that our friends' memory is somewhat short and therefore needs refreshing, even if I have to repeat myself and test the Court's patience. I trust the Court will forgive me. When questioned about the occupation of the Island by his subjects, Chief Moraliswani replied:

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

Chief Moraliswani recalled that an ancestor of his had his winter gardens on the Island. He said that the Kasane Masubia could not cultivate any single bit of land on the Island unless they were related to the Caprivi Masubia and had obtained a special authorization. I quote:

*Question:* "As he was part of the Royal family, does he know whether there were some people ploughing on the Kasikili from the Botswana side?"

*Reply:* "There was no one ploughing there unless those people who were working at Kasane, then he come and ask land from his family who are ploughing there and then they give him a place to plough."<sup>41</sup>

040 However, Mr. President, Members of the Court, let us listen above all to the officials. Let us hear the officials first and foremost. The Botswana Party has remained peculiarly silent on this point. Yet I note that all the British officials, and I say *all* the British officials, found that the Island was occupied exclusively by Masubia. And because I must, let me quote again:

Eason in 1912: "The natives living at Kasika in German territory are at present growing crops on it."<sup>42</sup>

In 1948 Redman and Trollope were joint signatories to the following statements:

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

They went on:

---

<sup>41</sup>[*French translation.*] (Memorial of Namibia, Vol. III, Ann. 2, p. 205.)

<sup>42</sup>[*Original English text.*] (CR 99/5, trans., p. 12.)

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

And they concluded:

"7. We record, however, the fact that the country on the Bechuanaland side of the boundary is for all practical purposes not tribally occupied by Africans."<sup>43</sup>

What was reported in 1948 by the two officials responsible for the territory, Mr. Redman and Mr. Trollope, could not be clearer, nothing could be clearer than that. I come to this last point.

11 Let me repeat, that the land on the Bechuanaland side is for all practical purposes not tribally occupied by Africans. This is a point of importance. The south bank of the Chobe is not "tribally occupied". At law, this means that it is not the object of tribal rights, that it is not subject to collective legal appropriation, unlike the northern bank, unlike Kasikili Island. Redman and Trollope were all too well acquainted with their African customary law and did not make this point by chance.

I have just spoken of Redman. The Court will note that we are talking of Noel Redman, the same person as Professor Brownlie mentioned in his peroration, adding: "Here is clear evidence, emanating from an experienced observer . . ."<sup>44</sup>

Here indeed is an indisputable piece of evidence, emanating from an experienced observer. One could not put it better, Professor Brownlie.

Let us continue to listen for a moment to the officials. Renew in 1965. I quote:

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

(c) There was no evidence of the Island having been made use of, or claimed, by Bechuanaland Tribesmen.<sup>45</sup> (Memorial of Namibia, Vol. II, pp. 21-22.)

---

<sup>43</sup>[Original English text.] (*Ibid.*, pp. 12-13.)

<sup>44</sup>CR 99/9, p. 54.

<sup>45</sup>[Original English text.] (CR 99/5, trans., p. 13.)

Lastly Raffle, in 1985, noted the episodic presence of Namibian cattle, but found not the slightest activity on the Botswana side.

These officials, Mr. President, lived in the area. They knew the inhabitants, with whom they were in contact on a daily basis. They exerted themselves to better their conditions of living, ensure the working of basic public services, and wring the necessary credits out of the central authorities.

What do these various officials say? Two things.

1. The Caprivi Masubia alone occupy the Island.
2. Botswana's inhabitants are absent and do not even claim to occupy the Island.

042

That is why, Mr. President, I say that the argument put forward by the opposing Party about the cultivation of these fields by inhabitants of Botswana from the Sedudu Valley, this argument is highly improbable. It has no basis. It conflicts directly with the formal statements made by Captain Eason and Messrs. Redman, Renew and Raffle, who were official observers.

What is more, Botswana is aware of its weakness here. It knows that, when it comes to comparing presence on the ground, the argument carries no weight.

So Professor Brownlie brings forth the final argument: "At all events, we do not have to prove presence on the ground, since we have the treaty on our side." Professor Chayes has referred to this.

Professor Brownlie also states, and this time I quote him:

"Botswana and her predecessors retained title in accordance with the provisions of the Anglo-German agreement and the operation of the principle of *uti possidetis juris*. In these circumstances, Botswana has no burden of proof in respect of title. Botswana is not the claimant in this case but is resisting a claim which is essentially a recent invention."<sup>46</sup>

This argument, Mr. President, conceals a formidable confession of weakness.

Once again it begs the same question: "The Treaty justifies our case. We are therefore lawful owners. It is up to you to prove the opposite."

---

<sup>46</sup>[Original English text.] (CR 99/7, p. 23.)

Mr. President, you are aware that we formally challenge that approach. We for our part believe that the treaty attributes the Island to us. But we consider that, faced with two contradictory claims, it is for the judge and not each of the parties to weigh up the respective merits of the arguments of one and the other party. Professor Chayes put this to you very well just now and I shall not revert to it.

043

On the other hand, I wish to draw attention to the confession of weakness which this assertion represents. The truth, the truth is that Professor Brownlie has nothing to offer in regard to subsequent practice. When he states that "the boundary agreement is concluded and then nothing happens until 58 years later, in 1948"<sup>47</sup> he admits that Germany and then South Africa peacefully occupied the Island and that Great Britain found nothing to take exception to.

This passive attitude of the authorities responsible for Bechuanaland, and then of Botswana, will weigh heavily, Mr. President, in your forthcoming appreciation of the entire matter, either by way of interpretation of the 1890 Treaty and regard to subsequent practice, or alternatively by reference to prescription. But there is more, as Professor Faundez will show you in a moment. The responsible authorities did not only consent passively. They approved, they acquiesced.

Mr. President, Members of the Court, I have concluded. I thank you for your attention. Mr. President, I would invite you to call on Professor Faundez, unless you feel it appropriate to adjourn for a few minutes.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Cot. L'audience est suspendue pour un quart d'heure.

*L'audience est suspendue de 11 h 30 à 11 h 45.*

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

---

<sup>47</sup>[Original English text.] (CR 99/6, p. 52.)

M. FAUNDEZ :

**19. LA PRATIQUE ULTÉRIEURE : A) LES INSTRUMENTS OFFICIELS;  
B) ABSENCE DE PERTINENCE DE L'«ACCORD» DE 1984**

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour.

1. Mon exposé ce matin comprendra deux parties. Dans un premier temps, je répondrai à l'affirmation du Botswana selon laquelle le Botswana et l'Afrique du Sud auraient conclu en 1984 un accord international ayant force obligatoire qui réglait le présent différend. Puis, je répondrai aux déclarations du Botswana en ce qui concerne la pratique ultérieure.

**Les discussions de Pretoria de 1984-1986**

2. Monsieur le président, M. Tafa, l'éminent agent et avocat du Botswana, a fait valoir mardi dernier que le Botswana et l'Afrique du Sud avaient conclu en 1984 à Pretoria un accord ayant force obligatoire relative à l'application du traité anglo-allemand de 1890<sup>48</sup>. Dans son contre-mémoire et sa réplique, la Namibie s'est longuement étendue sur la thèse du Botswana. De plus, j'y ai moi-même consacré la dernière partie de mon intervention du 17 février.

3. En peu de mots, la position de la Namibie est qu'il n'est nullement prouvé qu'un tel accord a été conclu. De toute manière, même si un accord avait été conclu, il aurait été sans effet au regard du droit international. En effet, au moment de la réunion de Pretoria, en 1984, ni le Botswana, ni l'Afrique du Sud n'avaient la capacité juridique internationale de contracter une quelconque obligation conventionnelle concernant les frontières de la Namibie. Un tel accord aurait donc été *void ab initio* et dénué de toute conséquence au regard du droit international.

4. Puisque M. Tafa a donné une nouvelle formulation de l'interprétation que le Botswana fait de la réunion de Pretoria, je me propose de répondre à quelques-unes de ses affirmations.

---

<sup>48</sup>CR 99/7, p. 39.

*L'allégation selon laquelle l'Organisation des Nations Unies aurait donné son autorisation*

5. Mardi dernier, M. Tafa a déclaré à la Cour que les autorités botswanaises avaient rencontré des fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies. Je le cite :

045

«Après l'incident ayant donné lieu à la réunion de Pretoria, le Gouvernement du Botswana a immédiatement adopté une perspective juridique correcte. Le problème posé concernait une frontière et il était donc nécessaire de consulter avant de se mettre en rapport avec les autorités sud-africaines.»<sup>49</sup>

6. Monsieur le président, il ressort des éléments dont nous disposons que le Botswana n'avait pas reçu des organes compétents de l'Organisation des Nations Unies l'autorisation de négocier, conclure ou mettre en application un quelconque accord touchant les frontières de la Namibie.

7. Les consultations entre le Botswana et la SWAPO représentant la Namibie n'avaient aucune valeur juridique. En tant que mouvement de libération, la SWAPO n'avait pas qualité pour autoriser le Botswana ou tout autre Etat à agir de manière incompatible avec les règles juridiques internationales en vigueur concernant la Namibie. L'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies a reconnu la SWAPO comme étant le seul représentant authentique du peuple namibien. Cette reconnaissance, quel qu'en soit le poids politique, ne conférait pas à la SWAPO une compétence en matière de problèmes frontaliers<sup>50</sup>.

8. La délégation du Botswana a également rencontré le président du conseil des Nations Unies pour la Namibie et le commissaire des Nations Unies pour la Namibie. Mais ces fonctionnaires n'ont pas prétendu autoriser le Botswana à engager des négociations avec l'Afrique du Sud, et ils n'en avaient du reste pas le pouvoir, et moins encore celui d'autoriser le Botswana à conclure un traité avec l'Afrique du Sud touchant les frontières de la Namibie.

---

<sup>49</sup>CR 99/7, p. 40, par. 19.5.

<sup>50</sup>Mémoire du Botswana, annexe 42.



9. Le président du conseil des Nations Unies pour la Namibie a rencontré la délégation du Botswana le 27 novembre 1984. Le chef de cette délégation, l'*Attorney-General* M. D. Mokama, a déclaré : «Avant de rencontrer les autorités sud-africaines, le Botswana souhaitait consulter le conseil des Nations Unies pour la Namibie qui exerce l'autorité juridique sur ce territoire.» M. Lusaka, président du conseil des Nations Unies pour la Namibie, a dit qu'il : «consulterait les membres du conseil avant de donner une réponse»<sup>51</sup>. Nous n'avons aucune trace d'une réponse quelconque.

0 4 6 10. Le lendemain, 28 novembre, la délégation du Botswana a rencontré M. Mishra, commissaire des Nations Unies pour la Namibie. Dans son mémoire, le Botswana affirme que M. Mishra a donné sa bénédiction aux pourparlers qu'il était proposé d'engager avec l'Afrique du Sud<sup>52</sup>. En réalité, ce que M. Mishra a dit à la délégation du Botswana, c'est qu'il ne pensait pas que le conseil des Nations Unies pour la Namibie pourrait s'opposer aux pourparlers proposés avec l'Afrique du Sud. Cette déclaration n'était que pure spéculation de la part de M. Mishra et, à supposer même que l'on puisse y voir une bénédiction, on ne pourrait y voir que cela — une bénédiction dénuée de portée juridique<sup>53</sup>.

*Aucun accord ne pouvait être conclu sans l'autorisation de l'Assemblée générale*

11. Le Botswana présente le prétendu accord de Pretoria comme un accord intergouvernemental entre les parties portant sur l'application de l'accord anglo-allemand de 1890. Selon cette interprétation, le prétendu accord de Pretoria serait un traité frontalier relatif à ce qui était alors le territoire international de la Namibie. En tant que tel, le prétendu accord de Pretoria n'aurait pu prendre effet sans l'approbation de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies.

---

<sup>51</sup>*Ibid.*

<sup>52</sup>Mémoire du Botswana, par. 171.

<sup>53</sup>Mémoire du Botswana, annexe 43.

12. Comme je l'ai expliqué dans ma plaidoirie du 17 février, durant la période où elle exerçait son mandat, l'Afrique du Sud était habilitée à conclure des traités intéressant la Namibie. Toutefois, les traités touchant les frontières devaient, pour prendre effet, avoir été approuvés au préalable par le conseil de la Société des Nations. La raison en était que la puissance mandataire n'exerçait pas la souveraineté sur le territoire sous mandat. Cette exigence d'une approbation préalable du conseil découlait de l'article 7 du mandat qui stipulait que : «Le consentement du conseil de la Société des Nations est requis pour apporter toute modification aux termes du présent mandat.»<sup>54</sup> Or, l'article premier définissait le territoire assujéti au mandat comme englobant «le territoire qui constituait antérieurement le protectorat allemand du Sud-Ouest africain»<sup>55</sup>.

13. Après l'expiration du mandat en 1966, l'Afrique du Sud a perdu toute capacité de conclure des traités concernant la Namibie. Les responsabilités de la communauté internationale à l'égard de ce territoire ont été assumées par l'Organisation des Nations Unies et exercées par l'Assemblée générale. De ce fait, les garanties touchant les frontières qui étaient incluses dans le mandat restaient en vigueur et tout accord relatif aux frontières aurait dû être préalablement approuvé par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies.

14. Par conséquent, quand bien même les parties réunies à Pretoria auraient conclu un accord, celui-ci n'aurait pu entrer en vigueur pour ce qui concernait la Namibie puisque n'ayant jamais été soumis à l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies pour approbation. Quoi qu'il en soit, Monsieur le président, il convient de noter que le Botswana n'a pas informé l'Organisation des Nations Unies de l'issue de la réunion de Pretoria.

---

<sup>54</sup>Contre-mémoire de la Namibie, annexe 18.

<sup>55</sup>*Ibid.*

*Les consultations entre le Botswana et l'Afrique du Sud n'ont pas débouché sur un accord concernant la localisation de la frontière à la hauteur de l'île de Kasikili*

15. Le 19 décembre 1984, des représentants du Botswana et de l'Afrique du Sud se sont rencontrés à Pretoria pour débattre des problèmes que soulevait l'incident survenu en octobre de la même année. Au cours de ces discussions, ils sont convenus d'entreprendre un levé de la rivière Chobe. Ce levé a été mené à bien par des fonctionnaires du service de la cartographie et de la topographie du Botswana et du service topographique et cartographique d'Afrique. Ceux-ci ont conclu dans leur rapport, publié le 2 juillet 1985, que : «le chenal principal du Chobe contourne à présent l'île de Sedudu/Kasikili par l'ouest et par le nord»<sup>56</sup>.

16. M. Tafa a affirmé mardi dernier que :

«[L]a réunion de Pretoria a débouché sur un accord intergouvernemental obligatoire concernant une question juridique et conclu avec la participation de juristes de haut niveau. Les parties comptaient manifestement aboutir à l'issue de leurs discussions à un résultat ayant un effet juridique et donc contraignant.»<sup>57</sup>

Le Botswana éprouve toutefois des difficultés à identifier l'instrument prenant acte d'un tel accord. Comme l'a dit M. Tafa, «Les preuves du caractère juridique de l'accord de Pretoria procèdent de toute une série de documents et de déductions tirées des circonstances.»<sup>58</sup>

048 17. Monsieur le président, les documents relatifs à la réunion de Pretoria ne livrent aucun élément à l'appui des affirmations du Botswana. Il ressort des minutes de la réunion dressées par le Botswana que cette réunion a été en grande partie consacrée à débattre de problèmes de sécurité d'ordre général le long de la frontière. Les parties ont certes convenu de procéder à un levé. Mais rien dans les minutes ne laisse entendre que ce levé ait été autre chose qu'une mesure décidée au terme de pourparlers diplomatiques n'ayant produit aucun résultat concluant. En tant que tel, il n'a pas réglé — et ne visait pas à régler — la question de la localisation du chenal principal.

---

<sup>56</sup>Mémoire du Botswana, annexe 48.

<sup>57</sup>CR 99/7, p. 40, par. 22.

<sup>58</sup>*Ibid.*, p. 39, par. 19.

18. Il est révélateur que le Botswana ne puisse citer aucun passage dans les minutes de la réunion qui suggère un quelconque accord quant à la portée à attribuer au levé commun. Il est en outre hautement improbable que les parties s'en soient remises aux conclusions d'une étude technique pour décider de l'emplacement de la frontière dans un secteur dangereux.

19. Quoi qu'il en soit, rien ne prouve que les délégations présentes à la réunion représentaient leur Etat «pour exprimer le consentement de l'Etat à être lié par un traité» au sens de l'article 7 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Ni l'une ni l'autre n'ont produit des pleins pouvoirs comme exigé au paragraphe 1 de l'article 7, ni ne comptaient dans leurs rangs des représentants officiels qui, au sens du paragraphe 2 de l'article 7, auraient été habilités à exprimer le consentement de leur Etat à être lié.

20. Monsieur le président, il est clair qu'en cette affaire, il n'existe pas la moindre indication de l'existence d'un accord intergouvernemental. En l'affaire de la *Délimitation maritime (Qatar/Bahrein)*<sup>59</sup>, où il était demandé à la Cour de dire s'il existait un tel accord, il en allait en revanche tout autrement. En l'espèce, il existait un *instrumentum*, à savoir les minutes de Doha du 25 décembre 1990, signées par les ministres des affaires étrangères des deux pays, où étaient énoncées les obligations des parties. Comme l'a dit la Cour :

«cet instrument n'est pas un simple compte rendu de réunion, analogue à ceux établis dans le cadre de la commission tripartite. Il ne se borne pas à relater des discussions et à résumer des points d'accord et de désaccord. Il énumère les engagements auxquels les Parties ont consenti. Il crée ainsi pour les Parties des droits et des obligations en droit international. Il constitue un accord international»<sup>60</sup>.

**049** La différence entre ce cas de figure et l'interprétation que le Botswana propose de la réunion de Pretoria tombe sous le sens. On ne saurait, à quelque titre que ce soit, considérer que la réunion de 1984 a abouti à un accord intergouvernemental.

---

<sup>59</sup>C.I.J. Recueil 1994, p. 120.

<sup>60</sup>*Ibid.*, p. 121, par. 25.

21. Incidemment, je me dois aussi de noter que le Botswana n'a pas encore déposé le prétendu «accord» de Pretoria auprès de l'Organisation des Nations Unies. Mais, Monsieur le président, la conduite des parties — Botswana/Afrique du Sud — confirme-t-elle l'interprétation qu'avance le Botswana du prétendu accord de Pretoria ?

*La conduite ultérieure des Parties confirme qu'aucun accord n'a été conclu à Pretoria*

22. Le mémoire du Botswana contient plusieurs passages laissant entendre que tant le Botswana que l'Afrique du Sud se considéraient liés par les résultats de la réunion de Pretoria et le rapport sur le levé commun de 1985<sup>61</sup>. La première réaction du Botswana après la publication du rapport sur le levé commun a pris la forme d'une note, en date du 4 novembre 1985, reproduisant le texte du rapport et demandant si «la partie sud-africaine souhaite ou non qu'une réunion soit organisée aux fins d'adopter officiellement le rapport»<sup>62</sup>. Le Botswana a donc explicitement reconnu qu'une action supplémentaire était requise pour que le rapport prenne juridiquement effet.

23. Pour sa part, l'Afrique du Sud n'a pas répondu à la note du Botswana du 4 novembre. Un an plus tard, le 13 octobre 1986, le Botswana a modifié sa position. Lors d'une réunion entre les deux pays consacrée à des problèmes de sécurité, il a prétendu pour la première fois que le levé obligeait les parties<sup>63</sup>.

24. L'Afrique du Sud n'a pas partagé ce point de vue. Au cours de la réunion du 13 octobre, le délégué de l'Afrique du Sud a déclaré que la position du Botswana revenait à modifier une frontière internationale, ce qui ne pouvait être fait sans la participation du gouvernement de transition mis en place à Windhoek<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup>Mémoire du Botswana, par. 193, 194 et 199.

<sup>62</sup>Mémoire du Botswana, annexe 50.

<sup>63</sup>Mémoire du Botswana, annexe 51.

<sup>64</sup>Contre-mémoire de la Namibie, annexe 28.

25. Quelques semaines plus tard, l'Afrique du Sud a officiellement rejeté l'interprétation botswanaise des conséquences juridiques du rapport sur le levé commun. Sa déclaration se lit comme suit :

050

«Selon le droit international, ces affaires devraient faire l'objet de discussions entre les deux pays intéressés. Aussi est-il proposé que le Gouvernement du Botswana entreprenne des démarches auprès du cabinet du Sud-Ouest africain/Namibie pour régler comme il se doit la question dont il s'agit.»<sup>65</sup>

26. Certes, l'un des objectifs de l'Afrique du Sud était d'obtenir la reconnaissance par la communauté internationale du régime fantoche installé par elle à Windhoek. Il n'en reste pas moins que l'Afrique du Sud n'a pas accepté le levé commun.

27. La conduite du Botswana et de l'Afrique du Sud montre que ces pays étaient en désaccord quant au fait que la réunion de Pretoria ou le rapport sur le levé commun de 1985 constituait entre eux un accord contraignant.

#### **Le rapport sur le levé commun ne saurait se voir accorder un quelconque poids**

28. M. Tafa a fait valoir que le rapport sur le levé commun de 1985

«[1]ndépendamment de son statut d'instrument intergouvernemental résultant de l'accord de Pretoria, ... revêt une importance sur le plan juridique. En effet, il constitue un élément de preuve en tant qu'opinion d'experts sur la question essentielle en fait et en droit, à savoir la détermination du chenal principal à proximité de l'île de Kasikılı Sedudu.»<sup>66</sup>

M. Tafa établit donc une distinction entre les aspects juridiques du rapport sur le levé commun et ses aspects factuels.

29. L'argument du Botswana selon lequel ce rapport constitue une opinion d'experts sur une question de droit ne fait que prolonger l'argument qui veut que le prétendu accord de Pretoria soit un accord international ayant force obligatoire. Comme la Namibie l'a montré, ni le Botswana, ni l'Afrique du Sud n'avaient la capacité juridique de prendre une quelconque décision touchant les

---

<sup>65</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 86.

<sup>66</sup>CR 99/7, p. 42, par. 27.

frontières de la Namibie. En tant que document s'inscrivant dans le cadre de la réunion de Pretoria, le rapport sur le levé commun de 1985 est donc également nul *ab initio* et, de ce fait, ne constitue pas une opinion d'experts sur un quelconque point de droit en rapport avec la présente affaire.

051 30. De plus, le rapport sur le levé commun ne constitue pas un élément de preuve scientifique valide en ce qui concerne la localisation du chenal principal. La conclusion à laquelle sont parvenus ses auteurs tient en une seule phrase et n'est pas étayée par une analyse appropriée. Le rapport sur le levé commun utilise une méthodologie fautive et fonde ses conclusions sur des bases scientifiquement incorrectes. Il est le fait de géomètres n'ayant aucune connaissance spécialisée de l'hydraulique, de l'hydrologie ou de la géomorphologie des cours d'eau. En conséquence de quoi, la méthodologie employée par ces géomètres ne pouvait que donner des résultats dénués à la fois de validité scientifique et de pertinence quant à la question sur laquelle il leur était demandé de se prononcer<sup>67</sup>. Le rapport sur le levé commun ne peut donc se voir accorder non plus le moindre poids en tant qu'opinion d'experts.

*L'allégation selon laquelle la Namibie aurait avalisé le rapport sur le levé commun*

31. Monsieur le président, le Botswana doit certainement savoir que son argumentation concernant les effets juridiques des discussions de Pretoria sont sans fondement sur le plan des faits comme du droit. Conscient de la faiblesse de cette argumentation, le Botswana lui en substitue à présent une nouvelle. Mardi dernier, M. Tafa a déclaré que la Namibie avait avalisé les «négociations» de 1984-1985<sup>68</sup>. Cette déclaration sous-entend deux propositions : premièrement, que la Namibie a adopté lesdites négociations dans le cadre des travaux de la commission mixte d'experts techniques; et deuxièmement, que la Namibie a avalisé ces négociations dans le cadre de la présente procédure. Ces deux propositions sont fausses l'une et l'autre.

---

<sup>67</sup>Contre-mémoire de la Namibie, par. 36.

<sup>68</sup>CR 99/7, p. 45.

32. La commission mixte d'experts techniques a été créée dans le cadre d'un processus diplomatique bilatéral qui n'a pas permis de régler le différend relatif à l'île de Kasikili. En conséquence, aucune déclaration faite par des délégués namibiens au cours de ces négociations ne peut être considérée comme liant la Namibie ou susceptible de lui être opposée de quelque autre façon. Quoi qu'il en soit, la Namibie n'a pas approuvé les soi-disant négociations de 1984-1985. L'eût-elle fait, l'affaire aurait été réglée.

33. A cet égard, il est utile de rappeler le passage suivant de l'arrêt rendu en l'affaire de l'*Usine de Chorzów* :

«La Cour ... constate qu'aux fins de cet exposé, comme aux fins de son futur jugement sur le fond, elle ne saurait faire état des déclarations, admissions ou propositions qu'ont pu faire les Parties au cours des négociations directes qui ont eu lieu entre elles...»<sup>69</sup>

34. Quant aux allégations du Botswana selon lesquelles la Namibie aurait approuvé les soi-disant transactions de 1984-1985, la Namibie prie respectueusement la Cour de se reporter à nos écritures. La Cour se formera sa propre opinion.

35. Il convient enfin de noter que le Botswana est resté muet au sujet de l'argument de la Namibie selon lequel le prétendu «accord de Pretoria » serait dénué d'effet au regard du droit international, parce que nul *ab initio*.

## 6 3 2 La pratique ultérieure : les activités officielles

36. Monsieur le président, j'en viens à présent à la question de la pratique ultérieure en ce qui concerne le traité anglo-allemand de 1890 ou, plus précisément, au *second* aspect de cette question. M. Cot a dit ce qu'il en était de la situation sur le terrain : occupation ininterrompue et pacifique de l'île de Kasikili par les Masubia du Caprivi oriental jusqu'à une date indéterminée dans les années soixante. Mais ce n'est là qu'un aspect de la pratique ultérieure.

---

<sup>69</sup>C.P.J.I. série A n° 8, p. 19.



37. La Cour se souviendra que, lors du premier tour des présentes plaidoiries, j'ai expliqué que mon examen de la pratique ultérieure couvrait la période allant de 1890 à 1966. Mon examen s'arrête en 1966 parce que c'est à cette date que le Botswana a accédé à l'indépendance et qu'en vertu du principe de *l'uti possidetis*, la frontière entre la Namibie et le Botswana a acquis son tracé définitif. De plus, comme je l'ai expliqué dans la première partie de mon exposé, après que l'Assemblée générale eut, en 1966, prononcé l'expiration du mandat sur le Sud-Ouest africain, ni le Botswana ni l'Afrique du Sud n'avaient plus le moindre droit de contracter une quelconque obligation conventionnelle concernant la Namibie. Par conséquent, la période qui présente la plus grande pertinence aux fins d'apprécier la pratique des parties en ce qui concerne le traité de 1890 se situe entre 1890 et 1966.

38. Cette partie de mon exposé se divisera en trois volets. Pour commencer, je réaffirmerai la position de la Namibie concernant la pratique ultérieure. Ensuite, je formulerai quelques observations de caractère général sur le point de vue du Botswana en la matière; enfin, j'examinerai certains aspects particuliers de la pratique des parties en ce qui concerne le traité de 1890.

#### *Les conceptions de la Namibie au sujet de la pratique ultérieure*

39. Point n'est besoin de répéter l'argumentation de la Namibie au sujet de la pratique ultérieure. Elle a été clairement exposée dans nos écritures<sup>70</sup> et, dans mon intervention lors du premier tour des plaidoiries, j'ai tenté de résumer notre position. En bref, la position de la Namibie est qu'au vu des documents pouvant nous renseigner sur la pratique ultérieure, l'île de Kasikili est et a toujours été considérée comme faisant partie du territoire de la Namibie, et la frontière longe le chenal passant au sud de l'île. Cette position s'appuie sur trois faits qui sont liés entre eux et que nul ne conteste :

— premièrement, l'utilisation incontestée de l'île de Kasikili par les Masubia du Caprivi durant près de trois quarts de siècle,

---

<sup>70</sup>Mémoire de la Namibie, par. 165-179, 195-250, 287-335; contre-mémoire de la Namibie, par. 82-91, 138-175; réplique de la Namibie, par. 24-45, 212-328.

- deuxièmement, l'utilisation continue de l'île de Kasikili par les Masubia sous l'autorité des administrations coloniales successives,
- et troisièmement, le fait que, durant cette période de soixante-dix ans, les autorités britanniques, non seulement ne se sont pas opposées à l'exercice de la juridiction dans cette région, mais l'ont expressément accepté et reconnu.

### *Le point de vue du Botswana sur la pratique ultérieure*

40. Je voudrais à présent faire quelques observations de caractère général concernant le point de vue du Botswana sur la pratique ultérieure.

41. Monsieur le président, nos adversaires n'ont guère été prolixes sur le chapitre de la pratique ultérieure. Ils m'ont grandement facilité la tâche et je leur en sais gré. Leur réticence résulte de leur conception erronée de la notion de pratique ultérieure.

42. Le Botswana passe sous silence la pratique attestée durant les six premières décennies qui ont suivi la conclusion du traité de 1890 parce que, durant cette période, l'île de Kasikili n'a fait l'objet d'aucune contestation. Comme M. Brownlie l'a déclaré durant le premier tour des présentes plaidoiries, en 1890, «un accord frontalier est conclu, puis rien ne se produit durant cinquante-huit ans, jusqu'en 1948»<sup>71</sup>. Durant la période où, selon notre distingué adversaire, «il ne se produit rien», les Masubia du Caprivi ont pacifiquement occupé l'île de Kasikili sous l'autorité de l'administration coloniale. Pourtant, selon nos adversaires, la chose serait sans intérêt. Pourquoi cela ? Lady Fox a posé la question et y a apporté la réponse commode que voici :

«Le Botswana soutient que l'affirmation de la Namibie selon laquelle l'île a été utilisée comme village pendant une période qui a pris fin en 1937 ou au plus tard en 1958 est totalement dépourvue de pertinence s'agissant de déterminer le tracé d'une frontière définie par un traité entre deux Etats. Même à supposer que des membres des tribus masubia aient fait quelque usage de l'île avant 1890, comment cela peut-il être pertinent après 1890 ? Tel est précisément le but d'un traité frontalier : établir une frontière claire sans tenir compte des terres tribales.»<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup>CR 99/6, p. 52.

<sup>72</sup>CR 99/8, p. 16.

43. Cette déclaration traduit une conception erronée de la nature de l'administration coloniale du Caprivi, ainsi qu'une grave méprise en ce qui concerne la pratique ultérieure des parties en tant qu'elle peut aider à interpréter un traité.

44. Comme la Namibie l'a montré dans son mémoire et dans sa réplique, les actes unilatéraux d'une partie qui ne suscitent aucun commentaire ou acte de l'autre partie alors que les circonstances appellent une réaction constituent des preuves recevables de la manière dont les parties interprètent un traité. Ce point de vue a été confirmé par la Cour d'arbitrage dans l'affaire du *Canal de Beagle*. De même, dans l'arbitrage relatif à la frontière entre le Guatemala et le Honduras, le tribunal spécial a statué le 23 janvier 1933 en ces termes :

«Si nul Etat ne peut acquérir un titre de juridiction sur le territoire d'un autre Etat en vertu d'une simple déclaration faite en son nom propre, il est non moins vrai que ces revendications d'une telle juridiction par le Guatemala (et les autres actes de sa part que révèlent les éléments de preuve), ... étaient des actes publics et officiels et indiquent clairement que le Guatemala considérait ce territoire comme sien. Ces revendications appelaient des protestations de la part du Honduras dans le cas où ce dernier les tenait pour injustifiées.»<sup>73</sup>

45. Tel a précisément été le cas au sujet de l'île de Kasikili au cours des cinquante-huit ans que le Botswana a choisi de passer sous silence parce qu'aucun différend n'a surgi. Durant cette période, les Masubia du Caprivi ont occupé l'île pacifiquement et au su des autorités britanniques. L'absence de tout différend entre les parties au traité de 1890 montre qu'elles étaient d'accord en ce qui concerne la localisation de la frontière au sud de l'île et l'attribution de cette dernière à la Namibie.

46. Un aspect significatif de la conception botswanaise de la pratique ultérieure est sa tendance à ne faire aucun cas du contexte historique. Mercredi dernier, lady Fox a affirmé catégoriquement qu'un traité frontalier a pour objet d'établir clairement un tracé frontalier sans considération des territoires tribaux<sup>74</sup>. Monsieur le président, c'est là assurément une vision originale de l'objet et du but des traités frontaliers. Cette généralisation injustifiée vise à discréditer les

---

<sup>73</sup>UNRILAA, vol. 2, p. 1327.

<sup>74</sup>CR 99/8, par. 6.2.

0 5 5 preuves écrasantes que la Namibie a fournies de l'utilisation continue et exclusive de l'île de Kasikili par les Masubia du Caprivi. Les documents historiques montrent toutefois que la généralisation de lady Fox ne s'applique pas aux frontières du Caprivi. La controverse qui a éclaté entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne en 1912 au sujet des frontières terrestres dans la région située au sud d'Andara avait précisément pour origine le fait que les autorités du Botswana s'étaient avisées que l'accord anglo-allemand de 1890 avait coupé en deux les territoires tribaux des Batawana, une population du nord du Botswana.

47. De même, lorsqu'elle a revendiqué en 1948 la souveraineté sur l'île de Kasikili, l'Afrique du Sud a invoqué la pratique des parties et s'est déclarée préoccupée que les Masubia du Caprivi soient privés d'une île qu'ils utilisaient avant même la conclusion du traité anglo-allemand.

48. Un autre exemple du peu de cas que le Botswana fait du contexte historique est le fait que, tout en se référant à des événements survenus durant la période où les autorités du protectorat du Bechuanaland administraient le Caprivi en qualité de délégués de l'Afrique du Sud, il s'abstient obstinément d'apporter cette précision d'une importance cruciale. C'est ainsi que le mercredi 24 février, lady Fox a cité une lettre du magistrat résident par intérim de Kasane au sujet du salaire de l'instituteur de Kasika. Voici les conclusions qu'elle a tirées de cette lettre :

«Cette lettre est révélatrice puisqu'elle indique clairement que le chef Liswaninyana demeurait à Kasika, et non sur l'île, et que l'école se trouvait à Kasika, et non sur l'île.»<sup>75</sup>

49. Comme l'a montré M. Cot, ces deux conclusions ne sont ni éclairantes, ni particulièrement pertinentes. Mais lady Fox poursuit :

«Il ressort également [de cette lettre] que le chef avait des contacts réguliers avec les autorités administratives à Kasane. Il avait rencontré le haut-commissaire, le comte d'Athlone, lors de sa visite à Kasane en 1927.»<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup>CR 99/8, p. 28, par. 15.5.

<sup>76</sup>*Ibid.*

Lady Fox ne dit toutefois pas qu'à l'époque considérée les autorités du Bechuanaland administraient le Caprivi en qualité de délégués de l'Afrique du Sud. Il était donc parfaitement normal qu'elles en réfèrent aux autorités britanniques pour les questions touchant à la gestion du Caprivi sous le régime de l'administration indirecte.

056

50. Les allégations du Botswana selon lesquelles le chef des Masubia aurait demandé en 1924 l'autorisation de cultiver l'île sont une autre illustration encore de la désinvolture du Botswana à l'égard du contexte historique. Comme la Namibie l'a relevé dans sa réplique, le Botswana ne présente aucune preuve substantielle à l'appui de ses allégations. Tout au plus produit-il de simples témoignages par ouï-dire, en fait doublement indirects<sup>77</sup>. Aux fins qui nous occupent, toutefois, le point important est que le Botswana s'abstient de préciser que le fonctionnaire du Bechuanaland qui a accordé l'autorisation alléguée avait une double attribution. Il était à la fois commissaire de district de Kasane et administrateur du Caprivi oriental. C'est pourquoi, en l'absence de preuve contraire, l'autorisation alléguée devrait être considérée comme l'exercice de sa juridiction par l'administration du Caprivi.

51. Monsieur le président, si le Botswana interprète la règle de la pratique ultérieure de façon aussi étroite et s'il ne tient souvent aucun compte des faits historiques, c'est parce que la pratique des parties en ce qui concerne le traité de 1890 confirme de façon éclatante l'argumentation de la Namibie.

52. Monsieur le président, je vais à présent examiner plus en détail trois exemples de la pratique ultérieure qui, tous, confirment la position de la Namibie : le rapport du capitaine Eason, la carte du Bechuanaland de 1933 et l'accord Trollope/Dickinson de 1951.

---

<sup>77</sup>Mémoire du Botswana, annexe 22.

### Le rapport Eason

53. Je commencerai par le rapport Eason.

54. En 1912, M. Eason a procédé à une reconnaissance du Chobe. Il a entrepris son expédition à la demande de Londres. A l'époque, le ministère britannique des colonies envisageait la possibilité d'inscrire également la frontière le long du Chobe à l'ordre du jour de l'arbitrage proposé avec l'Allemagne. (Soit dit en passant, Monsieur le président, la demande du ministère des colonies tendant à ce qu'il soit procédé à un levé du Chobe montre que le ministère — contrairement à l'interprétation que le Botswana fait aujourd'hui du traité de 1890 — ne considérait pas le traité comme directement applicable.) Mais revenons à Eason.

55. Dans son rapport, Eason a relevé deux faits dans le secteur de la rivière aux alentours de l'île de Kasikili : le chenal nord était plus large et plus profond que le chenal sud et les gens de Kasika — c'est-à-dire les Masubia — cultivaient des terres sur l'île.

56. On ne saurait accorder aucune valeur aux constatations de Eason sur les chenaux. Il était capitaine de la police du protectorat du Bechuanaland et non pas expert en hydrologie fluviale. Il lui était demandé de procéder au levé en prévision du litige avec l'Allemagne. Les instructions qui lui avaient été données — pour reprendre les mots employés par lord Harcourt — consistaient à recueillir des informations «à l'appui de l'opinion selon laquelle le chenal nord est le chenal principal»<sup>78</sup>. Le point de vue de Eason n'est donc pas celui d'un expert indépendant.

57. Quoi qu'il en soit, ce qu'il importe de noter, c'est que la Grande-Bretagne n'a donné aucune suite alors que Eason avait recommandé de «soutenir que le chenal nord est ... le chenal principal»<sup>79</sup>. Le Botswana s'efforce de minimiser l'importance du silence de la Grande-Bretagne en faisant remarquer que le rapport Eason n'a donné lieu à aucun échange de correspondance entre les

---

<sup>78</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 44, par. 44.

<sup>79</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 47.

deux pays<sup>80</sup>. Il fait également valoir qu'aucune réponse ne s'imposait en l'absence de tout différend au sujet de l'île. Cela est inexact. L'expédition d'Eason s'est déroulée dans le contexte de négociations entre l'Allemagne et la Grande-Bretagne au sujet de la frontière méridionale du Caprivi dans la région située au sud d'Andara. Le Gouvernement britannique s'attendait à ce que la frontière du Chobe fasse partie de l'arbitrage. Eason a indiqué expressément qu'il existait selon lui des éléments permettant de soutenir que le chenal nord était le chenal principal. Or, la Grande-Bretagne est demeurée muette. Son silence est d'autant plus révélateur que trois ans plus tôt seulement, en 1909, elle avait reçu de l'Allemagne un exemplaire de la carte allemande semi-officielle de Seiner indiquant la frontière le long du chenal sud. Cette carte est maintenant bien connue de la Cour, mais elle a été reproduite pour une consultation plus commode (onglet n° 5.10 du dossier des juges). Après avoir reçu la carte de Seiner, la Grande-Bretagne a transmis en réponse au ministère allemand des affaires étrangères la carte du protectorat du Bechuanaland de 1909. On trouvera l'explication de cette réponse dans une lettre du 13 mars 1909 adressée au ministère britannique des affaires étrangères par le ministère britannique des colonies, où on lit :

«Selon lord Crewe [le ministre britannique des colonies], il serait souhaitable de communiquer au Gouvernement allemand des exemplaires de la carte ... jointe en annexe, ... qui exprime le point de vue du Gouvernement de Sa Majesté quant à l'emplacement exact de la frontière.»<sup>81</sup>

La Grande-Bretagne était parfaitement consciente des conséquences auxquelles elle s'exposait en ne protestant pas, mais le fait est qu'elle n'a pas protesté.

058

58. Dans son rapport, Eason signale aussi que des gens de Kasika cultivaient des terres sur l'île. Le Botswana tente de minimiser l'importance de cette observation en faisant valoir que les chefs n'étaient pas autorisés à se livrer à des activités susceptibles d'établir un titre. Ce faisant, le Botswana tente d'ôter toute signification à la notion d'administration indirecte<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup>CR 99/6, p. 11.

<sup>81</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 36.

<sup>82</sup>CR 99/7, p. 20; contre-mémoire du Botswana, par, 23, 685, 712-715.

59. Monsieur le président, les constatations de Eason au sujet de l'exploitation de l'île de Kasikili par les Capriviens sont significatives. L'utilisation des terres au Caprivi obéissaient à des règles juridiques et politiques strictes dans le cadre du régime d'administration indirecte. L'extrait suivant, tiré d'un rapport sur le Caprivi oriental rédigé par C. E. Kruger, magistrat pour le Caprivi oriental en 1965, explique le régime foncier au Caprivi :

«L'établissement de nouveaux villages et la mise en exploitation de nouveaux champs sont autorisés par le chef, après que le responsable du village et ses hommes ont repéré un endroit et ont parlé avec le responsable local, qui, de son côté, présente la question au *Kuta*. Le titulaire de la juridiction fait une inspection et effectue la démarcation si d'autres habitants sont déjà établis à proximité.»

Et Kruger de poursuivre :

«Un nouveau venu au village reçoit aussi son champ du responsable, sans qu'il soit besoin d'en référer à une autorité supérieure une fois obtenue la permission de pénétrer dans la zone contrôlée par le responsable local.»<sup>83</sup>

60. Kruger confirme ainsi que les activités agricoles des Masubia entrent en ligne de compte pour apprécier la question de la conduite ultérieure. L'importance politique et juridique de l'utilisation de l'île par les Masubia n'avait pas non plus échappé à Eason. L'exploitation de l'île de Kasikili par les Masubia confirme le titre qu'ils tiennent du traité. C'est la démarche que la Cour a adoptée dans l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous*. Dans cette affaire, comme une chambre de la Cour l'a récemment fait observer, la Cour «n'a pas assimilé les îles à un territoire sans maître, mais a examiné les preuves de la possession en tant qu'elles confirmaient les titres.»<sup>84</sup>

## 0 5 9 *La carte britannique du Bechuanaland de 1933 et les cartes qui en sont dérivées*

61. Je passe maintenant à la carte GSGS 3915 du protectorat du Bechuanaland, de 1933. Cette carte montre en effet que notre argumentation relative à la pratique ultérieure ne repose pas uniquement sur l'acquiescement de la Grande-Bretagne. Elle est aussi fondée sur la reconnaissance positive par la Grande-Bretagne du fait que l'île de Kasikili ne faisait pas partie du protectorat du

---

<sup>83</sup>Réplique de la Namibie, par. 237-238.

<sup>84</sup>*Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, C.I.J. Recueil 1992, p. 565, par. 344.



Bechuanaland et que la frontière est située dans le chenal qui passe au sud de l'île. J'en veux pour preuve la carte du protectorat du Bechuanaland de 1933 (onglet n° 5.11 dans le dossier des juges). Il convient également de noter qu'il est fait état de cette carte dans le rapport sur le levé commun de 1985, ce qui montre qu'elle était encore utilisée cinquante ans plus tard<sup>85</sup>.

62. On voit nettement l'île de Kasikili sur cette carte. Le symbole de la frontière, une ligne constituée de petits traits et de petites croix, place clairement l'île de Kasikili en Namibie.

63. Il s'agit là d'une carte importante, représentant la première tentative d'établissement d'une carte détaillée de la région. Elle a été récemment décrite comme marquant «une étape importante dans l'évolution de la cartographie au Botswana»<sup>86</sup>. Elle fait suite à la demande d'une carte pour le rapport annuel sur le protectorat adressée en 1927 au haut-commissaire par le ministère britannique des colonies. Les autorités britanniques étaient conscientes du fait qu'il n'y avait pas de bonne carte britannique de la région. Le projet s'est ainsi transformé en une vaste entreprise de cartographie. Le haut-commissaire s'y est tout particulièrement intéressé et a spécialement veillé à garantir l'exactitude du tracé des frontières du protectorat<sup>87</sup>. M. Rushworth a déclaré lors du premier tour de plaidoiries : «Il apparaît que cette carte a été réalisée avec beaucoup de soin et des vérifications montrent qu'elle est d'une grande précision.»<sup>88</sup>

64. Le service cartographique du Bechuanaland a publié en 1935 une version de la carte de 1933 à l'échelle de 1/1 250 000 sans modifications des détails. Le symbole de la frontière y figure de nouveau sur la rive sud de la rivière et suit manifestement le chenal sud. Cette carte et celle de 1933 ont été largement utilisées pour toutes sortes d'opérations et d'activités de recherche, d'aménagement du territoire et d'exploitation dans le protectorat du Bechuanaland. On peut citer les exemples de mise en valeur des ressources en eau de 1963, de la carte géologique établie peu

---

<sup>85</sup>Mémoire du Botswana, annexe 48.

<sup>86</sup>Contre-mémoire de la Namibie, annexe 8, p. 71; trad. fr., p. 45.

<sup>87</sup>*Ibid.*

<sup>88</sup>CR 99/4, p. 46.

après 1955, de la carte GSGS 3915 du Bechuanaland de l'administration vétérinaire et de la carte des réserves de la Couronne de 1957. J'ai examiné toutes ces cartes dérivées dans l'exposé que j'ai fait lors du premier tour de plaidoiries. Je formulerai maintenant deux observations : premièrement, toutes ces cartes thématiques situent la frontière au sud de l'île, excluant ainsi clairement Kasikili du protectorat du Bechuanaland. Deuxièmement, la proclamation de 1960 du haut-commissaire fixant la limite du parc animalier du Chobe reprend celle des réserves de la Couronne. Elle exclut donc aussi l'île de Kasikili de la nouvelle réserve du Chobe<sup>89</sup>.

65. Comme je l'ai déjà indiqué, Monsieur le président, le haut-commissaire s'est tout particulièrement intéressé à l'établissement de la carte du protectorat du Bechuanaland de 1933. La description suivante de l'île de Kasikili par l'un de ses successeurs, sir Evelyn Baring, mérite donc un examen attentif :

«A une quinzaine de kilomètres à l'ouest du confluent, on trouve sur le Chobe l'île de Kasikili, étroite bande de terres d'environ 4 kilomètres carrés de superficie; jusqu'à présent, on considérait que cette île faisait partie de la bande de Caprivi car les cartes indiquent que le chenal principal coule au sud de l'île.»<sup>90</sup>

66. Pendant les trente années suivantes et jusqu'à la veille de l'accession du Botswana à l'indépendance, les cartes britanniques ont continué de situer la frontière au sud de l'île. Incontestablement, donc, la Grande-Bretagne considérait que l'île de Kasikili faisait partie du territoire namibien.

#### *Les échanges de correspondance de la période de 1947 à 1951 et leurs suites*

67. Monsieur le président, les échanges de correspondance intervenus de 1947 à 1951 sont sans aucun doute importants. Nous les avons donc examinés de façon détaillée dans nos écritures et j'ai consacré une grande partie de mon exposé lors du premier tour de plaidoiries à cette

---

<sup>89</sup>Mémoire du Botswana, annexe 32.

<sup>90</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 66.

**061** question<sup>91</sup>. Comme la Namibie l'a déjà montré, ces échanges de correspondance confirment que la Grande-Bretagne et l'Afrique du Sud étaient convenues que l'île de Kasikili et le chenal nord faisaient partie du territoire namibien. Ces négociations ont abouti à l'accord Trollope/Dickinson du 4 août 1951, lequel confirmait le statu quo sur l'île de Kasikili. Il réaffirmait donc la pratique établie par les parties au sujet de l'interprétation de l'accord de 1890.

68. Je voudrais à ce stade insister sur certains aspects de l'interprétation que la Namibie fait de cette correspondance.

69. Comme la Namibie l'a montré à maintes reprises, la Grande-Bretagne a admis le point de vue de l'Afrique du Sud selon lequel l'île de Kasikili faisait partie de la Namibie. C'est pourquoi elle a envisagé une solution consistant à publier une déclaration solennelle indiquant que l'île de Kasikili ne faisait pas partie du protectorat du Bechuanaland. La Grande-Bretagne ne considérait pas cette déclaration comme une cession de territoire, mais comme «la confirmation à des fins juridiques de faits existants»<sup>92</sup>. Des complications d'ordre politique et juridique découlant du refus par l'Afrique du Sud de reconnaître la compétence de l'Organisation des Nations Unies pour contrôler l'exercice du mandat ont amené la Grande-Bretagne à changer d'avis. Au lieu de faire une déclaration officielle indiquant que l'île de Kasikili ne faisait pas partie du protectorat du Bechuanaland, la Grande-Bretagne a proposé de conclure un accord administratif. C'est l'accord Trollope/Dickinson du 4 août 1951. Il figure dans une lettre adressée par Trollope, magistrat du Caprivi oriental, à V. E. Dickinson, commissaire de district à Kasane. L'accord Trollope/Dickinson confirmait la pratique établie de longue date entre les parties, selon laquelle l'île de Kasikili continuerait d'être utilisée par les Masubia du Caprivi et le chenal nord continuerait de servir de voie «ouverte à tous».

70. L'accord Trollope/Dickinson figurant dans la lettre adressée par le premier au second est ainsi libellé :

---

<sup>91</sup>CR 99/3, p. 29-34.

<sup>92</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 66.

- 0 6 2
- «a) nous reconnaissons que nous n'avons pas la même opinion sur les aspects juridiques concernant l'île de Kasikili et la question connexe de la voie d'eau septentrionale;
  - b) les arrangements administratifs que nous concluons ci-après sont absolument sans préjudice du droit du protectorat et de la bande de Caprivi de reprendre l'examen de la question juridique mentionnée à l'alinéa a) s'il est jugé souhaitable de le faire à un moment donné et ne pourront être invoqués pour soutenir que l'une ou l'autre des autorités de ces territoires a reconnu certains faits ou a renoncé à ses prétentions, quelles qu'elles soient; et
  - c) compte tenu de ce qui précède, la situation actuelle est la même que celle qui existait *de facto* avant qu'elle ne soulève des difficultés en 1947 — c'est-à-dire que l'île du Caprivi continuera d'être [utilisée] par les membres de tribus du Caprivi et que la voie d'eau septentrionale continuera de servir de «voie ouverte à tous»<sup>93</sup>.

71. Le Botswana soutient que l'accord Trollope/Dickinson confirme le statu quo juridique sur l'île de Kasikili. Monsieur le président, comment cet accord pourrait-il confirmer le statu quo juridique alors que les deux parties se sont expressément réservées le droit de reprendre l'examen du point de droit en cause et se sont mises d'accord pour revenir à la situation de fait qui existait avant que la question ne se pose en 1947 ? L'accord Trollope/Dickinson confirme incontestablement le statu quo. Ainsi que le montre le long échange de correspondance, la Grande-Bretagne a décidé de ne pas faire de déclaration officielle indiquant que l'île de Kasikili se trouvait en Namibie en raison du problème politique embarrassant résultant pour elle du défi lancé par l'Afrique du Sud à l'Organisation des Nations Unies. L'accord administratif proposé par la Grande-Bretagne — un *gentleman's agreement* comme l'appelait Trollope — apportait une solution pratique au problème. Il permettait à la Grande-Bretagne et à l'Afrique du Sud de résoudre effectivement la question comme si la Grande-Bretagne avait fait une déclaration officielle concernant l'île de Kasikili, tout en évitant, étant donné son caractère confidentiel, la situation politiquement embarrassante qu'une déclaration officielle aurait créée.

72. Monsieur le président, les deux Parties à la présente instance conviennent que l'accord Trollope/Dickinson n'était pas un accord international obligatoire.

---

<sup>93</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 71.

73. Il est toutefois pertinent de se demander si l'accord Trollope/Dickinson a produit des effets juridiques. Pour la Namibie, cet accord, même s'il n'était pas un instrument international obligatoire a eu cependant des conséquences juridiques. Il cristallisait la pratique des parties au titre du traité anglo-allemand de 1890. Il constituait un règlement territorial. La Grande-Bretagne n'a pas exercé le droit qu'elle s'était réservé en vertu de l'accord. A son accession à l'indépendance et en vertu du principe de *l'uti possidetis*, le Botswana a succédé à la frontière reconnue par l'accord Trollope/Dickinson.

0 6 3

74. Il est incontestable que l'accord Trollope/Dickinson confirmait la pratique des parties à l'île de Kasikili. Cette pratique est reconnue dans de nombreux documents. Je ferai état de l'un de ceux-ci : le rapport Trollope/Redman de 1948.

75. Il est reconnu dans ce rapport que les gens du Caprivi oriental ont utilisé l'île de façon continue «depuis 1907 au moins». Il y est précisé en outre qu'il n'y a «aucune preuve de l'utilisation ou de la revendication de l'île par des membres des tribus du Bechuanaland ou par les autorités du Bechuanaland ni de leur opposition à l'utilisation de l'île par les membres des tribus du Caprivi».

76. La Grande-Bretagne et l'Afrique du Sud ont continué de 1951 à 1966 de suivre la pratique consacrée dans l'accord Trollope/Dickinson. C'est d'ailleurs sur la base de la reconnaissance de cette pratique, comme l'a montré la Namibie, que le Botswana a exercé toutes ses activités opérationnelles importantes. La Grande-Bretagne n'a pas choisi de reprendre l'examen de la question juridique laissée en suspens par l'accord Trollope/Dickinson. Le fait pour la Grande-Bretagne de ne pas avoir repris l'examen de cette question est important car elle a eu l'occasion de le faire à la veille de l'accession du Botswana à l'indépendance.

77. Le 18 octobre 1965 — le Botswana a accédé à l'indépendance en 1966 — le ministère des travaux publics a demandé au directeur du service cartographique du protectorat du Bechuanaland des renseignements sur l'île de Kasikili. Dans sa réponse, ce dernier a confirmé que l'île de Kasikili continuait d'être utilisée et mise en culture par les Masubia. Il a également informé

le ministère des travaux publics de ce qui suit : «si nous voulons maintenant utiliser l'île, nous n'avons d'autre choix que de revoir la question»<sup>94</sup>. La Grande-Bretagne n'a toutefois pas revu la question. Telle était la situation à la veille de l'accession du Botswana à l'indépendance.

64 78. Par son accession à l'indépendance, le Botswana a succédé à la frontière reconnue par l'accord Trollope/Dickinson. Cet accord, sans être un accord international obligatoire, constituait un règlement territorial qui s'attachait au territoire à l'indépendance. Pour reprendre les termes employés par la chambre de la Cour dans l'affaire du *Différend frontalier*, l'instantané du statut territorial existant à ce moment-là dans le protectorat du Bechuanaland était celui reconnu par l'accord Trollope/Dickinson : l'île de Kasikili ne faisait pas partie du territoire du protectorat du Bechuanaland et la frontière entre les deux territoires était située dans le chenal sud du Chobe.

79. Le fait que le Botswana n'a jamais invoqué l'accord Trollope/Dickinson démontre qu'il reconnaissait n'avoir aucun droit en vertu de cet accord. En 1984, le Botswana, lorsqu'il a revendiqué pour la première fois l'île de Kasikili, n'a pas fait état de cet accord. De plus, par son occupation de l'île, le Botswana a démontré qu'il ne considérait pas que l'accord avait survécu au-delà de 1966. Sans cela, il l'aurait invoqué au lieu de recourir à une mesure unilatérale.

80. Monsieur le président, arrivé au bout de mon exposé, je voudrais formuler une autre observation. Comme la Namibie l'a démontré, la pratique des parties au titre de l'accord anglo-allemand de 1890 établit sans équivoque que l'île de Kasikili fait partie du territoire de la Namibie. D'ailleurs, comme M. Kawana, notre éminent agent, et mon collègue, M. Hangula, l'ont plaidé avec tant d'éloquence, il n'y a personne au Caprivi aujourd'hui qui considérerait l'île de Kasikili comme ne faisant pas partie du territoire namibien. Il est important dans ce contexte de rappeler à nouveau l'échange de correspondance de 1947 à 1951. Monsieur le président, il y a une chose que démontrent sans la moindre ombre d'un doute les éléments de preuve que nous avons examinés au cours de ces trois semaines : c'est que si l'Afrique du Sud n'avait pas décidé en 1948 de méconnaître les obligations que le mandat mettait à sa charge et s'était comportée conformément

---

<sup>94</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 107.

aux principes de la Charte des Nations Unies, nous ne serions pas ici aujourd'hui en train de plaider cette affaire. La question aurait été résolue sans délai. La solution aurait été équitable et aurait attribué l'île de Kasikili à la Namibie. Malheureusement ce n'est pas ce qui s'est passé. Aujourd'hui, toutefois, nous sommes heureux que le régime politique a évolué en Afrique du Sud et que la situation politique qui a empêché la Grande-Bretagne en 1948 de déclarer que l'île de Kasikili faisait partie de la Namibie n'existe plus. Aujourd'hui nous invoquons la règle de droit international qui établit clairement que l'île de Kasikili appartient à la Namibie. La présente affaire, Monsieur le président, offre donc à la Cour une autre occasion de montrer que le droit international peut traduire et traduit effectivement des principes de justice. L'île de Kasikili fait partie et a toujours fait partie du territoire namibien.

81. Ainsi s'achève mon exposé, Je remercie la Cour de son attention.

**065**

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Faundez. La Cour se réunira à nouveau demain matin.  
Merci.

*L'audience est levée à 12 h 50.*

---