

CR 99/11

International Court
of Justice

THE HAGUE

Cour internationale
de Justice

LA HAYE

YEAR 1999

Public sitting

held on Tuesday 2 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 mardi 2 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. Professor Chayes.

Mr. CHAYES: Thank you Mr. President.

20. SCIENCE & NAVIGABILITY

May it please the Court:

Mr. President, distinguished Members of the Court. I will be speaking to you twice this morning — first to reply to Botswana's arguments on the scientific and navigability questions, and then, after Professor Delbrück's speech, to sum up this round of oral pleadings. I have no doubt that this will be much harder on you than on me.

1. I will deal in this presentation with two issues. The first is the nature and characteristics of the Chobe River. The second is the issue of navigability, and, by extension, the uses made of the River at and around Kasikili Island. The two are closely linked. Namibia's approach to these issues is not exceptional or "eccentric" as Botswana would have the Court believe. Throughout these proceedings, Namibia has treated these issues as questions of ordinary fact that can be ascertained by accessible and understandable means. Once established, they can then be given significance within existing international law — not as an exception to it

2. Namibia fully accepts that the international rules for establishing river boundaries should reflect objective criteria. Objective, however, means rooted in reality, not in abstract ideas either of rivers or of navigability that have little to do with the territory under dispute. Botswana's expert has provided an account of the geomorphologic evolution of the Chobe River basin that conforms in many respects to that of Professor Richards. But Botswana makes no effort to connect this account with the operation of the Chobe River today. Botswana makes flow measurements and looks at aerial photographs, but there is little in its case of close observation of the Eastern Caprivi region on the ground. In place of the comprehensive body of evidence Namibia has gathered in support of its identification of the main channel as identified by Namibia's experts in its argument, Botswana relies upon three disconnected propositions.

- (1) a set of depth measurements that, as I will highlight below, may or may not include the deepest or shallowest points in *either* channel;

- (2) a series of flow measurements that should in no way be accepted uncritically, for all the reasons I spelled out in detail in my presentation last week; and
- (3) a selective series of dry season photographs in which the northern channel may or may not appear to be wider than the southern thalweg channel.

On this shaky basis, Botswana rests its case that the main channel of the Chobe River at Kasikili Island is the northern channel.

1. The characteristics of the Chobe River

3. Let me begin by turning once again to the question whether the Chobe River is a perennial river.

4. Let me be clear. Namibia agrees that the Chobe River is the feature referred to in the 1890 Treaty. Thus, as we have stated, Namibia and Botswana are in agreement on the first of the six — or is it nine — propositions on which Botswana rests its case (judges' file, No. 6.1). Namibia is also of the opinion that the *bed* of the Chobe River runs continuously from Kongola in the northwest to Kazungula in the southeast. The only difficulty is that there is no water in the bed for long stretches of the river. In the portion of the Chobe River of interest in this case, the river dries up in the Linyanti swamps and continues dry throughout the year from this point through Lake Liambezi to a point somewhere above Ngoma Bridge — continues dry in that stretch. Further on down, all the way to Serondela, the river is dry every year throughout the dry season, roughly from July to the beginning of February.

5. I think I mentioned in my opening pleading that Botswana had asserted 13 separate times in its Counter-Memorial that the Chobe is a perennial river. For those who are counting, we have an updated figure: in the oral pleadings the assertion was made another eight times. Indeed, I got the impression at one point that Lady Fox thought the river was perennial because red ink flowed through it from one end to the other.

6. But repetition is not the same thing as refutation. No matter how many times Botswana says the Chobe is a perennial river, it cannot refute the picture of Sir Elihu Lauterpacht on the dry bed of Lake Liambezi.

- It cannot refute the picture of Professor Alexander's helicopter landed in the middle of the river bed.
- It cannot refute the 1992 joint statement of the Departments of Water Affairs of Namibia and Botswana that no water has flowed into the lower Chobe River from upstream of Lake Liambezi since 1983¹, or the statement of the Botswana Department of Water Affairs that they could have walked across the dry lake bed all the way into Botswana².
- It cannot refute the statement of the Kalahari Reconnaissance in 1945 that "during the dry season, a trader in the area [downstream from Kachikau] travel[led] by car across the Linyanti to Katima Mulilo on the Zambezi without crossing open water"³.
- It cannot refute the statement of the Lohnro report that the bed of Lake Liambezi was under cultivation "by the local peoples" during the 1940s⁴ or of the 1925 Kalahari Reconnaissance that the river was drying up at that time⁵.
- It cannot refute the statement in Thomas and Shaw, an authority relied on by both Parties, most recently by Lady Fox in her oral pleading (CR 99/8 para. 9.2), that Lake Liambezi is "an ephemeral lake"⁶, which means that the Chobe River, which runs through that lake, cannot be a perennial river.

In short, Botswana cannot refute — and Botswana has not refuted — the obdurate facts: the Chobe is not and has not been for most of this century, at the very least, a river that never dries up. It is not a perennial river.

¹*Hydrology of the Kwando/Linyanti/Chobe and Zambezi River Systems: Proposals on Future Joint Namibian/Botswanan Co-operation*, June 1992, Reply of Namibia, Ann. 26, Second Supp. Rep., App. 2, p. A2/5.

²*Ibid.*, Botswana Attachment, App. 2, p. A2/23.

³L. A. Mackenzie, *Report on the Kalahari Reconnaissance* (1945), Government Printer, Pretoria, p. 5; Reply of Namibia, Ann. 32.

⁴*Report of the Lohnro Namibia Caprivi Sugar Project* (1990); Reply of Namibia, Ann. 26.

⁵See *Namibian Department of Water Affairs 1985 Report*.

⁶Thomas, D. S. G. and Shaw, P. A., *The Kalahari Environment* (Cambridge University Press 1991), p. 132.

7. Indeed, perhaps unbeknownst to Botswana's counsel, the Government of Botswana seems to have accepted this fact in its most recent official map published by its Department of Surveys and Lands, Botswana 1:250,000, sheet No. 3, 1988. It is on the screen and it is in your books at No. 6.2. The Court will note that on this map, the river has disappeared from somewhere in the Linyanti Swamp to somewhere above Ngoma Bridge. That is exactly the stretch of the river that Namibia says is dry all year every year, and has been for at least the last 15 years. This map should give the *coup de grace* to Botswana's claim that the Chobe is a perennial river. But it also suggests that perhaps we will be back to see you again.

8. But why all this fuss about whether the river is or is not perennial. Lady Fox asks the question herself: "Why then — she says — is there all this discussion as to whether the Chobe is perennial or ephemeral? Or whether its downstream-flow as it reaches Kasikili/Sedudu Island has been contributed to by waterway links with the Zambezi?"⁷ Professor Brownlie submits that the only thing that matters is that "no observer or official has ever regarded the northern channel as ephemeral in any sense"⁸. Well, it should be remarked in the first place, that it is not Namibia that has raised the fuss. It is Botswana that has repeatedly made the proposition that the Chobe River is a perennial river, a fundamental element underlying its case.

9. The reason for Botswana's tenacious insistence on this proposition, despite all evidence to the contrary, is that unless the Chobe is a perennial river with continuous flow from its upstream catchment, *there can be no flow in the Chobe River around Kasikili Island in the dry months of the year*. If there is no water coming into the river from the west there can be no water going through the channels at Kasikili Island. If the river is dry above Serondela during the dry season, where does the water come from that Botswana says flows through the northern channel? Namibia has asked this question repeatedly: if the Chobe is a river with continuous flow through the northern channel at all seasons of the year — as Botswana has asserted over and over again — where does the water come from in the dry season of the year? Botswana has yet to answer that question. The

⁷CR 99/8, p. 44, para. 11.5.

⁸CR 99/9, p. 47.

reason is simple: there is no answer, because *there is no water*. And if there is no water coming in from the west, there can be no flow through the Chobe River around Kasikili Island.

10. Why is this so important? It is important because it means that comparisons between channels made during the dry season are comparisons made when there is no flow in the river. Moreover, they are necessarily comparisons not between the northern channel and the main channel, but between the northern channel and the thalweg channel of the main channel.

(a) Comparisons in aerial photographs

11. In the first place, let us look at the comparisons in the photographs upon which Botswana places such reliance. Lady Fox quoted from John S. Keats, *Cartographic Design and Production*, (CR 99/8, p. 55, para. 20.1), as to the superior qualities of aerial photographs. In the passage she quoted, he said: "The claimed advantages of the aerial photograph include absolute surface scale, complete information, no subjective generalization, and therefore consistency."

She did not, however, read the next two sentences:

"In fact, the informational detail depends on the scale and resolution of the photography, and the quality of the image. The essential difference is that the photographic image can be interpreted directly by the user, and therefore a *skilled interpreter* can concentrate on the information relevant to the inquiry."⁹

I would suggest that Botswana's analyses of the aerial photographs in this case provides an object lesson in the perils of amateur photographic interpretation.

12. Here is the photograph dated November 1972. Lady Fox says it was taken at "the beginning of the wet season"¹⁰. She says this "photograph is particularly valuable as a record of the actual manner in which the flood waters of the Zambezi enter the Chobe system" (CR 99/8, p. 58, para. 20.10). If the Court will consult the tables for monthly flow in the Zambezi River at No. 6.3 in the judges' file, you will see that the flow for November 1972 (outlined in blue) was 906 million cubic metres, the lowest for the entire hydrological year. It, this photograph, is unlikely therefore, to tell us very much about how the flood waters of the Zambezi actually enter the Chobe system. Moreover, as you can see, any comparisons based on this photograph are comparing the

⁹John S. Keats, *Cartographic Design and Production* (2d ed. 1989), p. 181.

¹⁰CR 99/8, p. 55, para. 20.2.

northern channel with the thalweg channel of a much larger main channel — the small rivulet at the bottom of the stream near my house in the Berkshires, instead of the channel when it was full after the spring rains.

13. Here is the photograph dated May 1972 (No. 6.4 in the judges' file). Lady Fox says this was taken in the dry season. If the Court will consult the tables again, it will see that the flow at Katima Mulilo for May 1972 (outlined in pink) was 5,906 million cubic metres per second, the largest for the entire year. Thus, Botswana is wrong on one count or the other: either it is not a dry season photograph, or it was not taken in May 1972¹¹. As it happens, Namibia agrees that this is a misdated dry season photograph. It shows no signs of surface inundation, which would necessarily have been visible if the photograph had been taken at the peak of the flood. But we can have no idea of the month in which it was actually taken in 1972.

14. Lady Fox found this photograph "very revealing". She said: "The southern channel is dry for half its length; from the bifurcation to a point north of the Chobe National Park Headquarters." (CR 99/8, p. 57, para. 20.9). When Botswana first advanced this thesis in its Counter-Memorial, it appended a footnote pointing out that infestation by Kariba weed was "a possible alternative interpretation"¹². There was no such caveat in the oral pleading. But if the Court will look carefully at this photograph, you will see that the bed is not dry but choked with Kariba weed. As Professor Delbrück explained last Monday¹³, and as Namibia explained fully in its Reply¹⁴, these weeds infested the lower Chobe River and other southern African rivers in the early 1970s and were a particular problem for the then developing tourist industry. They were exterminated by a campaign conducted jointly by Botswana and Namibia. By November, at low water — and we are back now to the November photograph — the weeds have disappeared (No. 6.5 in the judges' file).

¹¹The matter is discussed fully at Reply of Namibia, Second Supp. Rep., paras. 13.3-13.6.

¹²Counter-Memorial of Botswana, para. 412, fn. 9.

¹³CR 99/1, para. 25.

¹⁴Reply of Namibia, Second Supp. Rep., para. 6.12.

15. The fact is that neither the southern nor the northern channel can dry out. As Professor Alexander explained, the level of the water at Kasane is maintained at a minimum of 924.6 m above sea level by the downstream control exercised by the Mambova Rapids. I think Botswana agrees with this figure. This level is above the highest point in the bed of the southern thalweg channel¹⁵. Note that in November — and we are back again to the November photograph — the low water month, there is no doubt that there is water through the whole southern channel. It is not dry. Therefore it could not have been dry in any other month of that year.

15(a). Let me say that these criticisms should come as no surprise to Botswana. All of the material I have just presented to you was in Namibia's Reply, at paragraphs 187 to 189. Botswana has not addressed these criticisms. Perhaps they didn't bother to read the Reply.

16. One more example. Lady Fox says that "The water is relatively high in the August 1985 photograph" on the basis of which she reaches a number of comparative conclusions regarding the two channels. But again, the flow tables at Katima Mulilo show that in that month, the flow (outlined in orange) was only 1,101 m³ per second, the fifth lowest month in the year.

(b) Other observations made in the dry season

17. As a second example of problems with the comparisons made in the dry season, let us look at the two reports on which Botswana places such reliance. The Trollope-Redman report was filed on 19 January 1948, after "examination of the terrain and an examination of the aerial photograph"¹⁶. The flow tables show that in 1948 only five months in the hydrological year had lower flow than January (outlined in yellow). The 1985 survey was made in early July. (Unfortunately the figure outlined in green on your table is not July but January, so you have to move that green outlining of about five months to the right.) Six months in that year had lower flow. Both of these examinations were carried out in the dry season, (although toward one end or the other, of the dry season), when there was little or no flow in the river. The officials conducting them had no opportunity to measure, or even observe the flow in the river. Their opinions,

¹⁵Reply of Namibia, Second Supp. Rep., fig. 14.

¹⁶Memorial of Botswana, Ann. 22.

therefore, are not based on all the facts. Moreover, they did not and could not take into account what both Botswana and Namibia have said is the relevant criterion for the main channel, and I quote Botswana's formulation: "The main channel is the channel which carries the greater amount of water."¹⁷

(c) Dry season flow measurements

18. Finally, let me talk for just a moment about dry season flow measurements. The fact that there is to all intent and purposes no flow in the channels in the dry season undermines the relevance of flow measurements made in that season. As Professor Alexander and I discussed in the first round¹⁸ of oral pleadings, Botswana's dry season measurements of velocity ranged about 0.02 m — 2 cm — per second, in the southern channel, and somewhat larger in the northern channel. Technically and otherwise, they do not provide a reliable basis for comparative estimates of the overall flow in the two channels. I will return to the question of flow measurements later in my remarks.

2. Navigation and navigability

19. Botswana said, in the opening, that "the deep northern channel is of great importance because it offers the potential for further development as economic activities and regional trade increase in scope and scale"¹⁹. We heard much talk about fantasy and fictions last week, but surely this ranks among the most extravagant. The lower Chobe River around Kasikili Island is not now, never has been and — I venture to say — never will be a waterway for significant commercial navigation in boats of large tonnage. As we have now shown conclusively, the Chobe River is dry above Serondela during more than half the year. The southern bank up to Ngoma is in the Chobe National Park and for some distance beyond that is in the Chobe Forest Reserve. On the Namibian side, as Dr. Kawana stated, there is the communal area of Salambala, and further west some of Caprivi's national parks. There is little likelihood that these protected areas will be dismantled, so

¹⁷Counter-Memorial of Botswana, para. 385.

¹⁸CR 99/1, para. 78 and CR 99/2, para. 33.6.

¹⁹CR 99/6, p. 21.

that it is in the last degree unlikely that the region will generate significant commercial or industrial activities.

20. Even from Serondela, 12 km upstream from the Island, the much-mooted "access to the Zambezi" remains out of reach. Two kilometres downstream from Kasikili are the Mambova Rapids. Dr. Talmon told us last week that "Captain Kurt Streitwolf, two days after his arrival in the Caprivi Strip on 27 January 1909, travelled by boat on the River Chobe from Ngoma to Kazungula, which lies at the confluence of the Chobe and the Zambezi." (CR 99/9, p. 43.) Well — yes. But, what kind of boat? A mokoro — or dugout canoe — made by hand by local people and drawing only a few inches of water. And what was the end of his journey? Let him tell you himself: "Toward nine o'clock we arrived at the rapids . . . Here I had to disembark while the natives brought the canoe about 500 m through the rapids, a task which took around one hour."²⁰

21. Botswana has kindly provided us with an excellent representation of the shallowest of the soundings taken by the 1985 survey. I emphasize that this is the shallowest of the soundings taken by the survey, it is not necessarily the shallowest point in either channel, the survey made no effort to determine the shallowest point in either channel, and there is some evidence in the tracks of animals that the shallowest point may be in a different place and may have a different relationship between the two channels. But here is Botswana's representation. It shows that in the northern channel the minimum depth is a little over 2 m. Thus, in the dry season, the Chobe River around Kasikili Island could be characterized as a waterway 15 km long, 6 feet deep, and going from nowhere to nowhere. Hardly an arena "for — to use Botswana's words — further development as economic activities and regional trade increase in scope and scale".

(a) The Zambezi Queen

22. Now, Mr. President, in response to your fifth question about the *Zambezi Queen*, may I call the Court's attention to Annex 22 in Namibia's Reply, the affidavit of Mr. G. J. Visagie, the owner of the King's Den Lodge and the *Zambezi Queen*. I quote from page 2 of the affidavit:

"The *Zambezi Queen* was built in Katima Mulilo (Caprivi Region) in 1990. It draws about 2.3 feet of water. [That is not very much draught but still as we will see,

²⁰K. Streitwolf, *Der Caprivi Zipfel* (1911) pp. 57-58, Memorial of Namibia, Ann. 141, p. 243.

it permits the *Queen* from navigating in the northern channel.] Because the *Zambezi Queen* is too large to navigate the northern channel, it could only be brought to the King's Den (via the Kassaia channel, an anabranch channel of the Zambezi River) by first travelling down the Zambezi River from Katima Mulilo, during the height of the flood season. During the early 1990s, the *Zambezi Queen* navigated from Katima Mulilo to King's Den only on three occasions but because of the difficulties in navigating the Kassaia channel, I abandoned the venture.

Since then, it has been moored at its present location adjacent to the King's Den lodge. This location was chosen for the convenience of using the ship for additional guest accommodation in connection with the business of the land-based hotel. The mooring is in the spur channel and not in the northern channel."

Mr. President, Namibia reserves the right to expand this answer, but I think that you will find it a fairly full response to your question.

The Kassaia channel, through which the *Queen* sailed, is shown on the slide — there it is (judges' file, No. 6.6). There is another label — this is a Botswana photograph from the Botswana Memorial — that says Kassaia channel over there but that is not the Kassaia channel; the Kassaia channel is the one that is being shown by the pointer. As you see, the *Queen* came down the Kassaia channel into the Chobe just above the Mambova Rapids, upstream to the juncture with the northern channel, through the eastern limb of the northern channel and then to its berth right there at Kabuta: never passed through the northern channel even on the three occasions when it came down from Katima Mulilo.

(b) The Ker episode

23. Finally, let us turn for a moment to the redoubtable Mr. Ker. Again, Namibia reserves its right to amplify this answer, but we do have a little more information that may be of interest to the Court. He was hoping to transport lumber by barge from the Chobe concession at Serondela to the Zambezi. He sought permission from Trollope to travel through the northern channel because he, like everyone else, assumed that the boundary was in the southern channel and the northern channel was in the Caprivi Strip. Moreover, as we shall see in a moment, if he was to reach the Zambezi, he could not go directly to the confluence at Kazangula, because, as you will recall, the Mambova Rapids are in the way. Thus, like the *Zambezi Queen*, he too contemplated using the anabranch channels to reach the Zambezi, and they also were in the Strip. All this appears in a letter dated 14 November 1947 from an official of the Central African Council (an

intergovernmental organization whose members were Northern Rhodesia, Southern Rhodesia and Nyasaland) to J. M. Wallace of the Colonial Office in London (No. 6.6a in the judges' file). With your permission, I will read from it at some length: "As you will remember, a lad called Ker started running river transport from Katima Mulilo down the Zambesi to near Livingstone some time ago." The core, then, of Ker's business is in the Zambezi. "He is full of initiative and energy, and has had some success. He is now using *five landing craft*" — that is World War II landing craft, surplus — "*towing dumb barges*, and running a shuttle service between the rapids at Kasane and Katambora" — that is up and down, again, the Zambezi.

"His costs are about threepence per ton mile and he is carrying about 40-45 tons per weekly trip, mostly, I gather, timber from Sesheke. He is hoping eventually to get a large contract from the Chobe Concessions in Bechuanaland, but this depends on whether it proves possible to by-pass the rapids with canals.

Ker has done a lot of the preliminary investigation in connection with the possibility of by-passing the rapids, and so opening up the river for over 100 miles. As a matter of fact, the Northern Rhodesia and Southern Rhodesia Governments are refunding him p/s 400 for his expenses in the investigations. Debenham,"— who, I think, was Professor Richards' predecessor at Cambridge, as Head of the Geography Department — "as you know, considered the scheme feasible and recommended an accurate survey. This has now been done by a firm called Grinakers — at a cost of £900 — who have put up two alternative schemes costing respectively £82,000 and £32,000. The more expensive scheme covers the construction of canals and the cheaper, mechanical portage. The Upper Zambesi Canals Committee of this Council will shortly be considering the economic justification."

As I said, the surplus World War II landing craft were designed to offload troops and supplies on beaches and were thus of minimum draught.

24. If the Court will indulge me, I will read one more quote from a letter (at No. 6.6b of your file). Earlier, the Council — this is the Central African Council — wrote to Trollope in support of Ker's application. The letter contains the following information:

"I have the honour to inform you that this Council is investigating on behalf of the Southern and Northern Rhodesia Governments the possibilities of improving navigation on the Zambesi River above the Victoria Falls. It has been suggested that the Katambora and Kasane rapids might be by-passed by canals *with a minimum depth of three feet*, thus opening the Zambesi River to barges and shallow-draft craft for 110 miles from roadhead near Livingstone as well as for 12-20 miles of the Chobe above the Kasane rapids."

From this it may be deduced that Mr. Ker's barges, if they were to pass through the proposed canal, must have had a draught of less than 3 feet.

25. Two other comments are pertinent. Even this project, conceived at the height of post-World War II entrepreneurial ambition, would have opened the Chobe River only some "12-20 miles" upstream — that is, back to Serondela. There is no hint of any more extensive commerce. And second — perhaps most important — the canal was never built, then or since. During the century since the Treaty, the prospects for commerce in the region have never been sufficient to attract the relatively small investment needed to build a 3-foot deep canal around Mambova Rapids.

26. As Botswana's chart shows us, the depth of the southern channel at its lowest is 1.5 m — about 5 feet, sufficient to permit the passage of Mr. Ker's barges with 2 feet to spare. Thus, as Namibia has consistently maintained, there is nothing to choose in terms of navigability in the practical sense, between the northern and the southern channel.

27. As for Mr. Ker — as I said, Namibia will respond fully in writing. On the basis of our present information, Mr. Ker seems to have dropped out of sight after this episode. We do not even know whether he ever actually transported lumber through the northern channel. The Chobe Concession seems to have been a lumber concession operating near Serondela. It was active for a few years before the war and was revived for some time thereafter. The enterprise petered out in the early 1950s.

28. As Namibia has shown in both its written and oral pleadings — and I do not want to go through this at any length — in a concrete sense, the primary traffic in the area consists of tourist boats. Given the configuration of the area, with large reserved tracts on either side of the river, and the growing importance of eco-tourism, this is likely to be the case for the indefinite future. If we are to judge navigability and use in the light of the needs of the regional economy, as Botswana proposes, it is the tourist boats that constitute the bulk, indeed the whole of the navigation, other than small-boat traffic for domestic needs. These boats can operate freely in either channel at all times of the year. Mr. President, in accordance with your request, Namibia will provide quantitative data on the size of this traffic and its distribution between the northern and southern channels. For

the present, however, Namibia can confidently say that the great bulk of this traffic is in the southern channel and, indeed, in the opening phase of the oral argument, I believe Botswana acknowledged that.

3. The identification of the main channel

29. Now let us turn, or perhaps return, to the question where does the water come from when the river is in flow around Kasikili Island? This implicates another of Botswana's basic propositions: that "the Chobe is a river independent of the Zambezi River"²¹. I note in passing, that when Lady Fox wanted to identify the years of high water at Kasikili Island, she used a table showing flows of the Zambezi at Katima Mulilo²². That doesn't exactly support the thesis that the Chobe is independent of the Zambezi.

30. But the point is more fundamental. If the river is dry all through the year from the point above Ngoma to the point above Lake Liambezi, then the channels around Kasikili Island can draw no water from the western catchment. The only other possible source of any significance is overbank flow from the Zambezi, since local rainfall is insignificant. And as Namibia has shown — in the video, the satellite images and the figure from Mendelsohn and Roberts (1997) — not only is the lower Chobe not independent of the Zambezi, but when there is significant flow in the river, substantially all of it comes from the Zambezi. In fact, the thesis that the Chobe River is independent of the Zambezi is the corollary of the thesis that it is a perennial river with continuous flow through the northern channel in a downstream direction. All of these propositions must fall together.

31. As the Court will recall, and I repeat it again, both Botswana and Namibia have acknowledged the criterion that "the main channel is the channel that carries the greatest amount of water" (Counter-Memorial of Botswana, para. 385). Thus it remains only to decide where the bulk of this flow goes when it reaches the Island — to the south of it or to the north. There are

²¹CR 99/8, para. 2.1.

²²"Mean Annual Flows in the Zambezi at Victoria Falls, Big Tree Station, (Data from Botswana Reply, App. 4, Table 6)", Tab 20, Botswana judges' file.

of course competing flow measurements taken by each of the parties during the high flow season. Botswana reported a high of 271 m³ per second in the northern channel and 133 in the southern thalweg channel²³. While Professor Alexander for Namibia measured 153 m³ per second in the northern channel and 247 in the southern channel²⁴. You will recall this aerial photograph on which the four sites are displayed (judges' file, No. 6.8).

32. Botswana's measurements repeat the characteristic Botswana mistake: they compare the northern channel not with the main channel shown here, but with the thalweg channel of the main channel. As you can see, Botswana's site, B2, measures only the flow going through the southern thalweg channel, because the width of the cross-section is limited to that channel. To get some idea of the amount of the shortfall in Botswana's measurements, may I draw the Court's attention to the information and cross-section on the screen. The highest flow reported by Botswana in the southern channel was 132.9 m³ per second on 8 May 1998²⁵. The volume of flow or discharge is computed by multiplying the cross-section area — that is the width of the channel times the mean depth — by the mean velocity (judges' file, No. 6.9). On 8 May, the width of the southern thalweg channel as measured by Botswana was 77 m, and the mean depth was 3.92 m. Thus, the cross-section area of the southern thalweg channel was 298 m². These figures are shown across the top of the slide.

33. A visual inspection of the previous slide — which is at No. 6.8 in your books — a visual inspection of that photograph, shows that the width of the main channel from bank to bank at B2 is perhaps ten times greater than that of the thalweg channel. We measured this distance with a slide and it came to about 900 m. Mean depth was computed on the basis of the spot heights in the vicinity of the cross-section. It came out to 1.88 m — and these figures are displayed in the second row on the slide. Thus, the cross-section area of the main channel at B2 is on the order of 1,695 m², more than five times the cross-section of the thalweg channel. These relationships are shown visually in the cross-section depicted on the slide.

²³Reply of Botswana, App. 2, p. 154.

²⁴Reply of Namibia, Second Supp. Rep., para. 7.2.

²⁵Reply of Botswana, Ann. 2.

34. Namibia does not, of course, assert that the actual flow in the main channel is five times what Botswana's tables show. The remaining factor in the equation — mean velocity — is a fraction. Nevertheless, — and it is very hard to calculate the mean velocity here in The Hague — Namibia regards this as a useful exercise in getting some general approximation of the order of magnitude of the understatement in Botswana's measurements.

35. As to the site in the northern channel, Namibia contends that it is in the entrance of the main channel so that it measures not only flow in the northern channel, but also includes water flowing across the entrance to the northern channel and into the southern channel. Botswana again has been very generous because this phenomenon is nicely illustrated in the materials distributed by Botswana at tab 2, page 8 — that is No. 6.10 in your file and it appears on the screen. Site B1, where Botswana took its measurements, is just to the right of the right-hand yellow arrow. The arrows on the slide show the path of the flow across the entrance to the northern channel and into the main channel, just as Namibia has argued. This same movement at this same spot was seen in the video and is discussed in Professor Alexander's report.²⁶

36. Botswana disparages Namibia's depiction of the main channel with all sorts of pejorative labels, the nicest of which, perhaps, is "flood zone"²⁷. But the main channel as defined by Namibia is not at all an undifferentiated inundated area without clearly demarcated limits. It is not conjured up out of Professor Alexander's head, but reflects visible and identifiable topographical features. Let me show again the slide with seven aerial photographs dating from 1925 to 1998 (judges' file, No. 6.11). All of them show the main channel clearly. The red arrows, of course, are not the channel — any more than the red ink was the water in the Chobe. But in this case, the arrows point to a clearly defined feature. Its right edge is marked by the tree-lined right bank of the Chobe River. Its left edge by the distinctly visible line of high ground proceeding across the channel from west-to-east.

²⁶Reply of Namibia, Second Supp. Rep., paras. 16.3-16.5.

²⁷CR 99/6, p. 45.

37. There is of course no water in the main channel in most of these images, because, as we know, they were taken in the dry season, when there is no flow in the river — if you took pictures of the Rio Grande in Arizona in the dry season there would be no water in the Rio Grande. But the July 1997 photograph and the 1998 photograph shows the main channel full from bank to bank. Just so, each year at the high flow season the channel fills from bank to bank, and sometimes even beyond (judges' file, No. 6.12). Here, I think, is a helicopter shot of the channel flow from bank to bank. And it remains "bankfull", to use a hydrological term, for a considerable period. It is at this stage, when the river is actually flowing at Kasikili Island, that the flows in the channels should be compared. In Namibia's view, the same relationships between the flow in the two channels would prevail, whatever the source of the flow. Even if it came down the Chobe from its upstream reaches, it would flow through this channel, because that is dictated by the hydrology and geography of the area.

38. Botswana purports to exhibit great surprise that its contour map shows that some of the highest ground on the Island is in the main channel as Namibia defines it²⁸ (judges' file, No. 6.12a). The "contour" of the contour map that appeared originally as Figure 8 in Professor Sefe's report²⁹ is not very discriminating. The variation in altitude over the entire Island is only a couple of metres. The highest ground is along the north edge of the contour. It is the left bank. The BDF have no difficulty recognizing it. They have built their barracks and watchtowers there, because it, not the area within the main channel, is the highest ground on the Island. Here is a view from ground level. You can see the southern channel and the BDF watchtower and barracks up there on the left bank of the main channel (judges' file, No. 6.13). As to the high ground shown on the contour map within the channel, it is a common feature of low energy rivers that the bed builds up, sometimes to levels above the surrounding flood plain.

"Vertical accretion, . . . is accomplished by in-channel and over-bank deposits, during and immediately after floods. As the river overtops its channel banks and spreads out, its ability to transport material is lessened. Thus, some of the coarser particles are dropped near the edge of the channel and, if they remain there, they build

²⁸CR 99/8, pp. 46-47, para. 153.

²⁹Counter-Memorial of Botswana, App. 2, Fig. 8, p. 33.

up a natural levee . . . As the floodwaters recede, more material is deposited in these areas as well as in the channel itself. Thus, it is commonly thought that both the *river bed* and its floodplain *are built upward by sedimentation during and right after peak flows.*"³⁰

Now the watchtower is on such a natural levee. Far from being an impenetrable ridge, this levee is a series of slight rises separated by many gaps through which the water passes from the upstream reaches of the northern channel into the main channel, as you saw in the photograph at No. 6.10.

39. Finally, Botswana derides, but does not answer, Professor Richards' analysis showing that Kasikili Island was formed by an avulsion across the neck of a meander bend, and that the northern channel is a cut off meander. A series of three large meanders appear in the Chobe River below Kabulabula. Kasikili was originally the fourth of these bends, or rather the northern channel as Kasikili was originally the fourth of these bends. Indeed, Botswana asked with some sarcasm and another infusion of red ink, why, if the Chobe could move away from the ridge and around the bend at Serondela, it could not move away from the ridge and around Kasikili Island through the northern channel. The answer is that until about 1,000 years ago it did just that. Then, as Professor Richards has shown, the river broke through the neck of the bend and cut off the meander of the northern channel. The breakthrough channel then became the main channel.

40. Avulsion is a common phenomenon, especially in low energy rivers with pronounced meander bends. The Court may recall that the Chamizal, which gave rise to a famous international law arbitration, was originally land within a meander bend in the Rio Grand River. The bend looped to the south and the land lay to the north of the river, in the United States — in El Paso, Texas to be precise. The river broke through the base of the bend forming an island, which was on the Mexican side of the new main channel of the river. As you know, the arbitrator awarded the newly-created island to Mexico, although unfortunately the United States did not comply with the award for 50 years. In our case, the avulsion occurred 1,000 years ago, and, since the Treaty of 1890, Kasikili has always been on the Namibian side of the river.

³⁰M. Morisawa, *Streams: Their Dynamics and Morphology* (1968), p. 87, Reply of Namibia, Ann. 30.

4. The applicable law

42. Lady Fox dealt with the *Palena* and *Laguna del Desierto* cases in her oral pleading. In Namibia's view the holdings of these cases is clear. When an instrument names a geographical feature to mark a boundary it is the actual facts as they exist on the ground — "it's true configuration", in the words of *Laguna del Desierto* — that is significant, not what may have been known to or speculated by the drafters of the instrument.

43. Lady Fox said that these cases are distinguishable because, in *Palena* unlike the present case, "the task for the Court of Arbitration, was to decide which of several candidates qualified as the geographical feature in the Award" (CR 99/8, para. 10.6). Similarly, in *Laguna del Desierto*, "The task of the arbitral tribunal was to identify which of the candidates for 'the local water parting' should be selected." (CR 99/8, para. 10.8.) In our case, however, according to Lady Fox, "there is no confusion about the treaty feature, the 'Chobe River'". Again, in distinguishing *Laguna del Desierto* she says that in the present case "there is no doubt as to the factual phenomenon, the River Chobe, to which the description in the governing instrument applies".

44. I may be deficient in my understanding of this case, but I had thought that the entire litigation is about the factual phenomenon, — "the main channel of the Chobe River" — to which the description in the governing instrument applies. And the task of the Court is to decide which of several candidates qualifies as the geographical feature described in the Treaty, "the main channel of the Chobe River". So the position in this case is exactly what it was for the arbitral tribunals in *Palena* and *Laguna del Desierto* as described by Lady Fox. Therefore, the holding of those cases applies here: what counts is the "true configuration" of the main channel as it exists today, not what ideas, based on inadequate knowledge, might have been in the minds of the negotiators.

45. It may be objected that such a rule would not provide a stable boundary, because the "true configuration" might change from time to time, and the boundary would change with it. Namibia concedes that this is true. But it is equally true of any criterion that might be used to establish river boundaries, whether it be the thalweg, the mid-line, the channel of greatest flow or greatest traffic or any other standard. Indeed, it is frequently remarked that if the thalweg is the line of the deepest soundings, that line will change over time as the river changes. A river is a

dynamic entity, constantly shifting and changing in its bed, its banks, its course, and its uses. A boundary identified by any of these riverine features will necessarily have to change with this dynamic hydrological development. Indeed, much of the law of river boundaries is concerned with how to accommodate such changes. River boundaries are inherently not stable boundaries.

Conclusion

46. Now let me conclude my remarks as follows: on Wednesday morning, Botswana recited nine propositions that, it said, summarized its case in relation to the scientific evidence (CR 99/8, p. 32, para. 2.1). By way of conclusion, I would like to comment on each of these propositions, in the light of the facts as we now know them.

(i) "The Chobe is the geographical feature in Article III of the 1890 Agreement"

As already stated, Namibia agrees with this proposition and also agrees that a continuous line marking the river-bed from Kongola in the north-west to Kazangula in the south-east appears on the Treaty map and most other maps of the area (though not on the Botswana 1983 map).

(ii) "The Chobe is a river independent of the Zambezi River"

This is shown to be false. When there is significant flow in the Chobe River at Kasikili Island, almost all of it consists of overbank flow from the Zambezi River.

(iii) "The Chobe has a stable profile as a perennial mature river"

This is shown to be false. The Chobe River is not perennial. It is dry for most of its length much of the time.

(iv) "The Chobe is a perennial river with visible and stable banks"

This is shown to be false. As noted, the Chobe is not a perennial river. And, as shown in the video and Professor Alexander's photographs, in many places it does not have visible and stable banks. On this point, too, consult the Botswana 1983 map.

(v) "There is an absence of zones of sedimentation in the northern channel"

This proposition is true. The conclusion to be drawn from it is that the flow in the northern channel is limited, because otherwise erosion and zones of sedimentation would appear.

(vi) "The Chobe is a river with continuous flow"

This is shown to be false. The flow in the Chobe River around Kasikili Island is interrupted every year during the dry season, when no water enters the river from west of Serondela. During this period the water in both channels around the Island is essentially stagnant.

These six propositions were taken verbatim from Botswana's Counter-Memorial, paragraphs 329 to 334. Four of them are false and a fifth, though true, supports Namibia's rather than Botswana's position. In Namibia's submission, this demonstration essentially disposes of Botswana's scientific case.

47. Botswana added three more propositions in the oral pleadings, none of them strictly scientific, on which I will comment briefly.

(vii) "The thalweg of the Chobe River runs through the northern channel"

This is not a scientific but a legal proposition, and is the subject of my colleague Professor Delbrück's talk in a few moments.

(viii) "The depth is the criterion of the thalweg, and of the navigability of the channel, and the northern channel is the deeper channel"

The criterion of navigability must be minimum depth, not average depth, since a boat traversing the channel must clear the shallowest point in it. On this score the two channels are essentially indistinguishable. When navigability is assessed in relation to the needs of the regional economy, it is apparent that most of the navigation takes place in the southern channel and it is therefore the navigable channel.

(ix) "Capacity to carry the larger flow is a second criterion to establish the main channel . . . flow in a channel being the product of the cross-section (the width and depth of the channel) and the mean velocity through the cross-section"

The criterion accepted by both Botswana and Namibia is "the channel that carries the larger portion of the flow". The size of a pipe cannot reveal much about the volume of flow. A very large pipe will carry very little flow if no water is coming into it.

48. Mr. President, Members of the Court, this concludes my presentation. I ask you, Mr. President, to call on Professor Delbrück, who will tell us about the thalweg.

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

Mr. DELBRÜCK:

21. TREATY LANGUAGE AND THE THALWEG CONCEPT

May it please the Court.

Mr. President, distinguished judges of the Court.

Once again, it is my privilege to address this Court on behalf of the Government of the Republic of Namibia.

Introduction

1. Mr. President, it will not be of a great surprise to the Members of the Court, of course, that the subject matter I shall deal with will not be altogether a new one. I have to respond to some of Botswana's propositions relating (1) to the genesis and the literal interpretation of Article III (2) of the 1890 Treaty, (2) to their assertions with regard to the thalweg concept and (3) to the object and purpose of the 1890 Treaty. All these subjects have been dealt with through the almost three weeks we have been together in this hall.

I. The text of Article III (2)

1. Botswana's errors with regard to the genesis of Article III (2)

2. True, Botswana has put before the Court a meticulous account of the drafting history of Article III (2) of the 1890 Treaty. However, for the sake of setting the record straight, Namibia likes to point out a few inaccuracies and a misrepresentation by Botswana of the Namibian position on this matter.

3. First, Botswana has created the impression that there was no official translation of the initialled 17 June 1890 document recording the general agreement of the two Governments. "No translation [that is, of this document] into German could be found in the German diplomatic documents, which until 28 June 1890 contain only English and French texts." In fact, such a translation does exist. It was done by Count Hatzfeld, and it is this translation which was then published in the Official Gazette, the *Reichs-Anzeiger und Königlich Preußischer Staats-Anzeiger*

No. 145 on 17 June 1890³¹. The reference to the handwritten translation by Hatzfeld will appear in the transcripts of the Court.

4. Second, Botswana has taken great pains to prove that there has never been a German version of the draft Convention into which the words "*des Hauptlaufes*" could have been inserted as a first step in adjusting the German text to the amendment of the English Draft Articles of 21 June 1890. It is true, no German version of the Draft Articles existed. And it is certainly true that Germany could not have made a German insertion into a non-existent document. In fact, however, Namibia has never claimed that such a venture was undertaken or attempted. The reason for this confusion is that Botswana repeatedly has misrepresented Namibia's account of the drafting history³² with regard to the amendments to the Draft Articles suggested by Lord Salisbury.

5. In its Reply at paragraph 60, Botswana makes the following statement: "In its Counter-Memorial, Vol. I, p. 22, fn. 55, Namibia gives the wrong impression that the English text of the Agreement was translated into German in *two stages*." I repeat, in two stages. In fact, however, the text in the Namibia Counter-Memorial referred to, mentions *two changes* that were made to meet the new full English formula "centre of the main channel of that river".

6. In its oral argument Botswana continues along that line of misrepresentation in stating:

"While it is true that the words 'of the main channel' were inserted into the existing English language Draft Articles of Agreement, '*des Hauptlaufes*' could not be inserted into a German language draft Agreement, as no such text existed before 28 June 1890." (CR 99/9, p. 39.)

Botswana then engages in speculations about the likely textual consequences that the "insertion" of these "words" would have had for the 17 June 1890 German text of the general agreement. All these astonishing assertions culminate in the conclusion — if not to say the verdict — that Namibia's uncontestable observation that "the words 'of the main channel' and '*des Hauptlaufes*' were *inserted* into the text of Article III (2) at a very late stage of the negotiations"; the conclusion

³¹Bundesarchiv (Federal Archive), Auswärtiges Amt, Abteilung A. Geheime Akten betreffend : Deutschland Bo. 159 Geheim Band I (= R 2493), no page; see *ibid.*, A.S. 1150, Telegramm, London, 17 June 1890, No. 116 Hatzfeld: "Die Veröffentlichung erfolgt heute Abend in der gemeldeten Form."

³²See Reply of Botswana, Vol. I, para. 60; Botswana oral argument, CR 99/9, p. 35.

is that these words were "completely misleading". One wonders how these magic words did ever get into the German text of the Treaty — one is inclined to believe that this most likely happened in the same clandestine way through which they are to be manipulated out of the German text if the Botswana treatment of the words *des Hauptlaufes* would be allowed to prevail.

7. But there is no mystery and no misleading involved on the part of Namibia. The *two changes* in the text that was to become the German version of the 1890 Treaty were indeed inserted into the final German text at a "very late stage of the negotiations" (on or shortly after 28 June 1890) and these insertions concerned the term "*Thalweg*" and "*des Hauptlaufes*". The facts are that simple and the words of Article III (2) of the 1890 Treaty "the centre of the main channel of [that river]" or "*im Thalweg des Hauptlaufes dieses [Flusses]*" are thus the object of interpretation — no more — no less.

2. The requirement of the prior determination of the "main channel"

(a) Botswana's disregard for the words of the 1890 Treaty

8. As Namibia has maintained from the beginning, the text of Article III (2) requires the determination of the "main channel" or "*des Hauptlaufes*" as a first step. However, Botswana is still adhering to its position that the text does not allow for such prior determination. While the words — in the English text, according to Botswana — "of the main channel" are to be given meaning only in conjunction with the word "centre", they are denied having any independent meaning, namely that the centre is to be located in the "main" channel. The words "*des Hauptlaufes*" in the German text fare even worse. The Court is asked to simply disregard them as a "pleonasm". With the words "*des Hauptlaufes*" thus out of the way and the English words "of the main channel" stripped of any meaning of their own, any prior determination of the "main channel" is inadmissible under the Treaty. As Namibia has shown earlier, such approach to the interpretation of Article III (2) would violate basic rules of treaty interpretation. The text has to be read as it stands. Nothing that is not in it may be read into it³³ and, inversely, nothing that

³³See *Oppenheim/Jennings/Watts*, International Law, 9th ed., Vol. I/2, p. 1271; see also references in Reply of Namibia, Vol. I, para. 95, and Nos. 9 and 10.

is in it may be read out of it. This is particularly so when — as in the present case — words are to be disregarded that the parties intentionally added to the text at a very late stage of the negotiations.

9. The Court will recall that, according to Botswana, the English text of Article III (2) of the Treaty would be distorted if the words "of the main channel" were given a distinct meaning. Namibia has shown that such is not the case. At no point did Namibia insinuate that Article III (2) should be interpreted in such a way that the English text should read "in the centre of the river". On the contrary, Namibia has clearly emphasized that once the "main channel" has been determined, the boundary must follow the centre or thalweg of that channel.

10. Namibia reaffirms that this interpretation is the only one that does justice to both the English and the German text of the 1890 Treaty. No words have to be read out of the text as "pleonasms" nor is the meaning of either text distorted. According to Namibia's approach, the boundary would exactly follow the line described in Article III (2), that is, the centre or thalweg of the main channel of the Chobe River. Also, there is no discrepancy between the two texts and therefore no need to refer to Article 33 (3) of the Vienna Convention.

11. However, Botswana still objects to a prior determination of the main channel on the ground that a river can have only one thalweg and therefore only one main channel. It rejects Namibia's position that where there are two channels each channel has its own thalweg. If this were correct — so runs Botswana's argument — treaty makers would have been guilty of grave negligence because of not having specified the one thalweg that they had in mind. Great confusion and a great number of lawsuits would ensue if Namibia's view should prevail. The flaw of this argument is that it ignores the fact that "thalweg" connotes not only a legal concept but also an empirical one that describes a certain feature of a given river. In order to determine which of the thalwegs is that of the main channel, the geographical and hydrological features of the channels involved must be established. This is common practice. In fact, the Treaty, introduced by Botswana during the oral argument, between France and the Grand Duchy of Baden of 1827 (reconfirmed by the Treaty of 1840) is a pertinent example. Article IX reads in the relevant part:

*"En cas de contestation entre deux bras du fleuve, celui des deux qui, dans le cours de l'axe de son Thalweg particulier, offre la sonde la plus profonde, sera considéré comme le bras du Thalweg du fleuve."*³⁴

The German text is even more revealing:

*"Im Fall dass über zwei Aarme des Flusses Streit entstehen sollte, so wird derjenige der beiden Aarme, welcher im Lauf der Achse seines eignen Thalwegs die fortlaufende grösste Tiefe hat, als ein Arm des Hauptthalwegs angesehen."*³⁵

These provisions clearly indicate that a choice must be made on the basis of the specific traits of the two channels — in that case, of the Rhine.

(b) Botswana's admission that a prior determination of the "main channel" is required

12. Moreover, Namibia's insistence on a prior determination of the "main channel" as required by Article III (2) is not so outlandish as it may appear from Botswana's linguistic argument. Proof of this may be found in Botswana's own approach once it leaves the linguistic terrain and enters the realm of science and the practical application of Article III (2). No less than 13 times (or thereabouts) Botswana deals in its oral argument "with the identification of the main channel" — as it had already done in its Counter-Memorial. But Botswana does not only speak about the "identification of the main channel". It offers criteria for such identification — and it applies them to the facts on the ground around Kasikili Island. These are depth and the capacity to carry the greatest volume of water. Thus, as Professor Chayes has shown, in the list of nine criteria for the identification of the main channel of the Chobe River, read out by Lady Fox, depth as "the criterion of the thalweg, and of the navigability of the channel" figures prominently. Therefore, the question of whether the determination of the main channel is required as a first step, could be seen as settled between the Parties, were it not for the second strand of argument that Botswana has advanced with regard to the thalweg concept.

³⁴Quoted from de Clercq (ed.), *Recueil des Traités de la France*, t. 3, 1816-1830, p. 432 (1880).

³⁵Quoted from Martens, Reply of Namibia, Vol. II.1. (reprint 1882), 123, at 126-127.

3. The thalweg concept and the identification of the main channel

(a) Botswana's case with regard to the relevance of the thalweg concept for the identification of the main channel

13. Botswana's argument with regard to the identification of the main channel based on the thalweg concept is, on the face of it, simple. As Botswana has put it in its closing argument in the first round:

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

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

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

Therefore: the northern channel is the boundary in accordance with the Anglo-German Agreement.³⁶

14. On a closer look, matters are not so simple as these categorical statements imply. First of all, the Anglo-German Treaty does not define the boundary in terms of the thalweg. It says that the boundary follows the centre or thalweg of the main channel. Secondly, it is an oversimplification and an inaccurate restatement of the definition of the thalweg concept if such definition is reduced to the criterion of depth. Thirdly, even if depth is accepted as the dominant criterion it is — as is also emphasized by Botswana — linked to navigability. Navigability, in turn, is not a matter of abstract reasoning, but has to be determined on the ground. Namibia will comment on these issues in turn.

15. As to the first point, Namibia wishes to recall that State practice and international legal doctrine with regard to the thalweg concept at the time of the 1890 Treaty were much too diverse as to allow for a categorical, sweeping assertion as it is put forward by Botswana. As Namibia has elaborated at length in its written pleadings³⁷, State practice showed a wide range of different uses

³⁶CR 99/9, p. 53.

³⁷Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, paras. 56-57.

of the thalweg concept and was applied to navigable and non-navigable rivers alike³⁸. Views on the thalweg concept differed considerably. Moreover, *definitions* of the thalweg itself varied widely. Thus, there was little solid ground in the international law and State practice at the time of the 1890 Treaty to base such a sweeping argument on it as Botswana's first proposition contains. Apart from these doctrinal considerations, Botswana ignores the fact that in a non-navigable river like the Chobe the thalweg is not determined in terms of the line of deepest soundings, not to speak of the "axis of the most accessible channel for ships of largest tonnage in descending the river".

16. Secondly, contrary to the impression Botswana wants to create, depth is certainly not the only criterion that is determinative of the characterization of a channel as the main channel. In fact, an analysis of a representative number of leading authorities³⁹ writing on the thalweg concept shows few definitions that refer to depth only⁴⁰. The majority define the thalweg as the middle line which boats follow when descending the river. This definition is often amended by reference to the strongest current, not accidentally by the way, but strongest current also stands by itself as a defining criterion⁴¹. Finally, some publicists also point out that the deepest channel may, for whatever reasons, be unfit for navigation and that therefore boats take another channel. The thalweg then is the middle line of the channel actually used⁴². The same approach is taken by the United States Supreme Court⁴³. From these sources it is clear that if the thalweg concept is used for the determination of a river boundary, it is because of the concern of the parties to secure equal access to the navigable channel or the one that is most used. They were not concerned with depth for depth's sake, but because depth is linked to navigability — a navigability that is understood in

³⁸Reply of Namibia, Vol. III, Ann. 5.

³⁹For documentation of these authorities see Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 9.

⁴⁰Publicists to be included in this group are W. E. Hall, P. Resch, C. Gareis, Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 9, at pp. 83, 86 and 90 respectively.

⁴¹See, for example, J. C. Bluntschli, E. v. Carathodory, A. Chrétien, J. Westlake, C. C. Hyde, A. S. Hershey, L. v. Neumann, E. P. Engelhardt, Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 9, at pp. 83, 84, 86, 87, 88.

⁴²See H. W. Halleck, E. S. Creasy, Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 9, at pp. 82, 83.

⁴³See reference in Namibia's oral argument, CR 99/1, p. 53.

concrete terms. It is the navigability of a river that real boats use for actual river transport and not a navigability of a river that never saw and in all likelihood will never see any traffic by vessels of largest tonnage.

17. Yet, navigability is relied upon by Botswana as the determinative criterion in identifying the thalweg. As in Botswana's written pleadings, both Lady Fox and Dr. Talmon untiringly hammered away on navigability as the criterion of the thalweg. In fact, Professor Brownlie, in his closing statement, drew a picture of the potential of the western and northern channel as an important, indeed, a vital traffic artery that could give rise to a vision of the area as a humming commercial centre. But as Namibia has shown before and most impressively Professor Chayes this morning, this is *not* the potential of the northern channel, nor is it that of the southern channel.

18. As Botswana itself has pointed out, the uses of the Chobe River have to be established in the light of the needs of the regional and certainly of the local economy. That is correct since the navigability, whatever there is, in both channels around the Island is limited to a range of some 15 km. By no stretch of imagination is there the potential of a large-scale river traffic with "ships of largest tonnage" travelling the Chobe River. Moreover, as Dr. Kawana explained, the disputed area would form part of the communal area conservancy programme which excludes any such drastic developments.

19. Thirdly, Botswana erroneously asserts that the Joint Survey Report established "that the thalweg lies in northern channel". This report, as Professor Brownlie has shown, had no legal significance, in the first place. Moreover, Namibia has demonstrated in its Main and Supplementary Reports by Dr. Alexander that the tests and measurements that were undertaken were not valid. Also, the surveyors did not actually carry out their assignment. They were to measure the flow of the main channel. However, what they measured was depth⁴⁴.

20. From the foregoing considerations an important conclusion must be drawn. Neither the text of Article III (2) by itself nor the criterion of depth as such is determinative of the question of which of the two channels around Kasikili Island or the three channels is the main channel.

⁴⁴See minutes of the Pretoria meeting of 19 December 1984, Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 46, p. 377, where Mr. Fitschen is recorded as stating "that the flow of the Main Channel can be determined by the surveyors".

Moreover, navigability of the western and northern channel cannot be established in terms of large-scale transregional or regional river traffic by vessels "of largest tonnage". As Botswana has itself suggested, the uses of the Chobe River including navigation must be established in the light of the regional and local needs of the economy and of the people concerned. And these uses of the River are the resources to which in accordance with the underlying rationale of a river boundary regulation equal access has to be secured.

A final short remark on object and purpose.

III. The object and purpose of the 1890 Treaty and its Article III (2)

21. Only a few remarks on this subject are pertinent at this time, because Namibia has put forward its case on this matter. As stated before, the overall objective of the Treaty was a large-scale determination of spheres of influence by the colonial powers. Moreover, it is also clear that both parties to the Treaty had an interest in access to the Zambezi River. Botswana argues that it was also an object of the Treaty to secure access for both parties to navigation on the Chobe River. In support of this Botswana refers to Germany's well-known desire for access to the Zambezi. And thus Botswana seeks further support in the fact that an earlier draft of Article III (2) called for German access to the Zambezi "by the Chobe". In fact, Professor Brownlie is so committed to the navigational aspirations of the parties that he simply ignores the fact that the "access by the Chobe"-formula was replaced by the final text which provides for access "by a strip of territory". Dr. Talmon is more cautious and recognizes the change of the words from the draft to the Treaty. However, he interprets the clear change from fluvial to land access as a reinforcement of Germany's access to the Zambezi and not a detraction from the access by water. However, whether the final text of Article III (2) strengthens or weakens Germany's access to the Zambezi River is rather immaterial with regard to the importance of the Chobe as an access route. At minimum, the change from the fluvial to the land access in the Treaty de-emphasizes the role of the Chobe River.

22. All of these considerations, however, are beside the point. It is agreed between the Parties to this case that the negotiators had little or no specific knowledge of the area around

Kasikili Island. On the other hand, it has become clear, after the conclusion of the 1890 Treaty and further on in the century since then that whatever the negotiators may have had in mind the objective circumstances are such that river traffic in the sense of large-scale transregional communication never materialized. As Professor Chayes has shown this morning, contemporaries like Streitwolf travelled the Chobe River by dugout canoes and even that not without meeting major obstacles. Thus, the task is to establish what the river boundary regulation of Article III (2) in the light of its object and purpose means today. Namibia maintains its position that it is securing equal access to the uses and resources of the Chobe River as they have emerged over time. Amongst these the tourist business figures prominently today and will do so for the foreseeable future.

23. As Namibia has shown, the principal place where tourists' interests are best served is the southern channel. This is the main channel as the most used one. In the light of the object and purpose of the 1890 Treaty and its Article III (2), that is to secure equal access to the resources and uses of the Chobe River, it is along the centre or thalweg of the channel to the south of Kasikili Island that the boundary must be located. Redrawing the boundary according to Botswana's claims would be incompatible with the objectives of the Treaty. It would also subvert the general principle of equitable sharing of the resources of a boundary river as enunciated by this Court in the case concerning the *Gabčíkovo-Nagymaros Project*.

Mr. President, this concludes my presentation. Next would be Professor Chayes, but I wonder whether you would like to call for a coffee break.

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

The Court adjourned from 11.30 to 11.45 a.m.

The PRESIDENT: Please be seated. Professor Chayes.

Mr. CHAYES: Thank you, Mr. President.

22. CONCLUSION

May it please the Court.

Mr. President, distinguished judges.

1. Since this is the last time I will be addressing you in this case, let me take the opportunity to thank you all for the unfailing courtesy and attention with which you have listened to me — for many long hours, I fear — and for your graciousness in indulging my occasional unorthodoxies.

2. It is the traditional duty of counsel in closing argument to restate the party's case, summarizing the main lines of argument, hopefully in well-organized and cogent form, and perhaps with some concluding rhetorical flourish. Namibia has, of course, presented its case in this systematic way a number of times in the written pleadings, first in its Memorial and again in its Counter-Memorial and Reply, particularly in the introductory sections. I did so once more in my opening speech in these oral proceedings. Here, I give only an abridged version.

3. The account begins with the question submitted to the Court by the Parties:

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

This takes us to the relevant portion of the Treaty, Article III (2), which places the boundary in "the centre of the main channel of [the River Chobe]" — in German, "*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*". Namibia contends that this language plainly requires a two-step process: first, identify the main channel around Kasikili Island, and then determine the centre.

4. The treaty text offers no clue to the meaning of the words "the main channel", so Namibia resorts to the traditional rules of treaty interpretation. The first of these is the ordinary meaning of the terms of the treaty. Namibia contends that the ordinary meaning of the words "the main channel" is the channel that carries most of the water in the river or the channel that carries most of the traffic or both. Namibia has produced extensive factual evidence showing that, both in terms of contemporary hydrology of the river and its geomorphologic origins, when there is flow in the Chobe River, the largest proportion of it goes through the channel to the south of the Island. We

have also shown, on the basis of photographic evidence and eyewitness testimony, that the great bulk of the river traffic, which consists of shallow-draught boats carrying tourists to view the game in the Chobe National Park, uses the southern channel. Thus, in Namibia's submission, on the basis of the plain meaning of the words, the main channel of the Chobe River around Kasikili Island flows to the south of the Island.

5. The relevant object and purpose of the Treaty, as you have just heard, was to provide equal access for both riparian States to the navigational and other resources of the river. Since these are concentrated in the southern channel, this interpretative methodology also places the boundary to the south of the Island.

6. Namibia has also sought support for its interpretation in the subsequent practice of the parties under the Treaty. As we conceive it, such practice consists of two components: first, the conduct of the people in the area who were living under the Treaty régime, and secondly, the actions, reactions and inaction of officials of the parties with respect to the situation on the ground. Pursuing this analysis, Namibia has shown that the Masubia people of the Eastern Caprivi occupied the Island from 1890 to at least the mid-1960s. It was universally regarded as part of the traditional land of the Masubia of the Kasika district. In the early part of the period, they lived on the Island during the dry season, planting their crops and carrying on their daily lives. During the annual inundation of the Island, they repaired to the higher ground at Kasika, to return again after the waters receded. Long after they stopped maintaining their dry-season homes on the Island, they continued to plough its fields and graze their cattle there.

7. These activities were carried on under the rule of the indigenous Masubia authorities — the chief, his *kuta* and the *indunas*, or local representative. They had broad political authority, including judicial jurisdiction over disputes between members of the community and over the allotment of land for farming, the principal resource of the community. From the time the German officials first arrived in 1909, they and their successors incorporated these local institutions into the structure of colonial governance, using them as instruments for implementing their suzerainty. All these facts were well known to the Bechuanaland authorities just across the river in Kasane. But they made no objection or protest, at least until 1948, more than half a century after the conclusion

of the Treaty. From this interactive pattern, it can be seen that the parties were in agreement that the Treaty, properly interpreted, attributed Kasikili Island to Namibia.

8. The maps used by the responsible political authorities in the area confirms this interpretation. The official maps of Germany, Great Britain, South Africa and the United Nations all place the boundary in the southern channel or otherwise show Kasikili Island inside Namibia.

9. Finally, and in the alternative, these same facts fulfil the requirements for prescriptive title: open and notorious occupation of the territory over a long period, the exercise of sovereignty over it and the acceptance or acquiescence of the other party.

10. I could develop this sequence in detail once again, at this point. But the Court has read or heard it at least three times already, and that is perhaps enough. So I propose to adopt a different approach, a new perspective, on the same material. This will unfortunately also require some repetition, for which I sincerely beg the Court's indulgence. Strange as it may seem, the exchanges of written and oral pleadings in this case have performed the functions assigned to them in theory. They have identified a number of key issues that the Parties agree are crucial to the outcome and on which they have taken opposing positions. I believe I can be of most assistance to the Court by stating these issues and reviewing the evidence and arguments on either side. From this, the Court may, as it surely will, draw its own conclusions as to which Party prevails on each.

11. I propose to discuss the following nine key issues:

1. The character of the river.
2. The text of the 1890 Treaty.
3. The criteria for identifying the main channel.
4. Occupation and use of Kasikili Island.
5. The cartographic record.
6. The opinions of local officials.
7. The significance to be attributed to the Trollope-Dickinson arrangement.
8. The significance to be attached to the 1984-1986 discussions between Botswana and South Africa relating to the shooting incident in the southern channel.

9. Where is "the centre"?

* * *

1. The character of the river

12. We have gone through this once already this morning, so there is no need to do it again. In sum, Botswana claims that the Chobe is a perennial river with continuous downstream flow at all seasons of the year, from Kongola in the north-west to its confluence with the Zambezi. Namibia maintains that the river is dry for long stretches at all seasons of the year and cannot be classified as a perennial river.

13. The evidence adduced by Botswana in support of its position is that the Chobe is depicted by a continuous line on all maps, including the Treaty map. (They have not yet had an opportunity to respond to the 1983 map, which shows an interruption in the line of the river upstream and downstream from Lake Liambezi.) Namibia relies on photographic evidence showing dry portions of the river-bed and on reports from water affairs departments of both States, reciting that the river has been dry in this same stretch since at least 1983 and for similar periods almost from the beginning of the century. These conclusions are confirmed by independent reports, and Professor Richards says that similar dry periods occurred in remoter times, dating back at least to the 18th century. There seems little doubt that, on this issue, the evidence is overwhelmingly in Namibia's favour.

14. A corollary issue is the characteristics of the river around Kasikili Island. Botswana maintains that there is continuous downstream flow through the northern channel throughout the year. Namibia's position is that both channels around the Island are stagnant during the dry season. In support of this position, Namibia points out that there is no water coming into the river from upstream during this period. And if there is no water coming in, there can be no water passing through the channel. The channels are maintained in their stagnant state at a uniform level by the downstream control exercised by the Mambova Rapids. Botswana has identified no alternative source for the water it claims flows through the channels in the dry season. It has, however, taken

flow measurements in some dry season months. As I said earlier, these velocities range from about 0.02 m per second in the southern channel and somewhat higher in the northern. Namibia has challenged the reliability of these measurements, among other reasons because they are at or beyond the extreme limit of reliability of the measuring instrument. In any event, Namibia contends that velocities in the range of 2 cm per second fit the definition of substantially stagnant. Again, I submit, the weight of the evidence favours Namibia.

2. The text of the 1890 Treaty

15. This point has also just been dealt with by Professor Delbrück, so I will try to be brief. Namibia believes the formula used in Article III (2) of the Treaty — "the centre of the main channel" or in German "*im Hauptlauf dieses Flusses*" — contains two separate elements: "main channel" or "*hauptlauf*", and "centre" or "thalweg". Each of these must be given an independent meaning. This can be accomplished in a straightforward manner by conceiving the task of applying the formula as a two-step process. First, identify the main channel; then determine the "centre" or "thalweg" of that channel. Botswana, on the other hand, has maintained that the English expression "centre of the main channel", taken as a whole, means the thalweg of the river. This has the inconvenient consequence of requiring the Court to disregard the words "*im Hauptlauf*", in the German version. Namibia says that the rules of treaty interpretation require that meaning be attributed to all the words of the treaty, and that none be discarded. This rule has special relevance in the present case, because the preparatory work shows that the critical words were introduced into the text deliberately at the very last moment. Thus, to read them out of the Treaty, even if only in the German version, would be to read out the very words that the drafters deliberately put in. Again, the balance seems to be in favour of Namibia. The practical significance of this may be small, however, since in the oral pleadings, Botswana seems to have accepted the Namibian position that the Treaty establishes a two-step process, in which the main channel has first to be identified, and then the centre or thalweg thereof⁴⁵.

⁴⁵CR 99/9, p. 22.

3. The criteria for identifying the main channel

16. The Parties at first seemed to be in agreement that "the main channel is the channel that carries the greater amount of water"⁴⁶, and Namibia has repeated that point very many times. Botswana, however, has also stressed the importance both of depth and of navigability in determining the main channel. In practice, both Parties have addressed all three criteria. And in practice, they seem to interact. It is appropriate therefore to address all three here.

(a) The channel that carries the greater amount of flow

17. Botswana says that a greater proportion of the flow passes through the northern channel at all times of the year. Namibia says that the relevant period is the high-water period, when overbank flow from the Zambezi River travels south across the flood plain and into the bed of the Chobe River on the reach that stretches from the Island to Ngoma Bridge. This is the only time when there is significant flow in the river. During this period, Namibia maintains, the bulk of the water flows in a channel defined on the right by the tree-lined bank at the base of the Chobe Ridge, and on the left bank by a stretch of high ground, traversing the lower part of the Island from west to east. This, says Namibia, is the main channel. The southern channel, as it appears on dry season aerial photographs and maps derived therefrom, is the thalweg channel of the main channel.

18. In support of its position, Namibia introduces several factors:

(1) *The general configuration of the river as it approaches Kasikili Island from the west.* The flow in the river just upstream of the Island during the wet, high-flow season is manifestly too large to be contained in either the northern or the southern thalweg channel. On the other hand, the main channel, as I defined it a moment ago, is an extension of the channel of the river as it approaches the Island, of similar width and direction, and containing sediment bars in its bed of similar orientation to the sediment bars in the river just upstream of the Island.

(2) *The overall geography of the area.* The Zambezi flood plain slopes in a generally southerly direction until it comes up against a down-faulted trough at the base of the Chobe Ridge, which in general marks the bed of the Chobe River. Intuitively, it seems that the overbank flow

⁴⁶Counter-Memorial of Botswana, para. 385; see also Memorial of Namibia, para. 157.

from the Zambezi would follow the slope of the flood plain until it reaches this feature as it passes to the south of the Island.

(3) *Aerial photographs taken in both the dry and the high-flow season.* Namibia argues that those taken from the dry season display a configuration across the southern third of the Island that matches the path of the main channel as identified just a moment ago — and, of course, I showed you the slide with those photographs before Professor Delbrück's speech. Namibia interprets high-flow season photographs from 1997 and 1998 as showing the channel full from bank to bank. They also, in Namibia's view, show gaps in the right bank of the northern channel through which water flows out of the northern channel and into the main channel. In times of very high water, the banks of both channels are overtopped.

(4) *Visual observation.* It is the fourth factor that Namibia adduces to show that most of the flow is in the southern channel. Photographs, particularly the video, show strong downstream flows in the southern channel during the high-water season of 1998 and calm waters in the northern channel at the same time. The video and ground observations also confirm the gaps in the right bank of the northern channel seen on the aerial photographs. Dye-tracer tests taken during the same period show little movement in the northern channel, except just to the east of Kasika/Kabuta where the overbank flow comes directly from the Zambezi flood plain into the eastern limb of the northern channel. Namibia contends that this increment should not be counted as flow in the northern channel, since it was not flow from and through the Chobe River upstream of the Island.

(5) *Erosion and sedimentation.* Professor Alexander points to areas of erosion and deposition in the southern channel, which he identifies as indicia of an active flowing channel. There are no such signs of erosion or deposition in the northern channel beyond the area around the entrance to it, where the main channel flows over it. Professor Alexander says this indicates absence of flow in the northern channel. Botswana agrees that there is no evidence of deposition or erosion in the northern channel, but argues that this, together with the more regular configuration of the northern channel, indicates higher flow there.

(6) *The geomorphology of the region.* Namibia's expert, Professor Richards, relying in part on data exhibited in the Annexes to the Botswana Memorial and the core sample study of the Island conducted by Botswana's expert, Dr. Sefe, reaches the following conclusions:

- First, that the present channel of the Chobe River downstream of Kabulabula was formerly occupied by the Zambezi River, which migrated to its present bed to the north about 1,000 years ago.
- Second, that while it was in its original southern alignment, the Zambezi River generated the series of large meander bends that mark the present configuration of the river below Kabulabula.
- Third, that the northern channel at Kasikili Island was originally the fourth in this series of meander bends. At that time, the river went to the north of the present Island, first via the spur channel and thereafter via the western limb of the present northern channel.
- Fourth, some time shortly before the Zambezi moved to its present alignment, there was an avulsion across the neck of the Kasikili meander bend, creating Kasikili Island. The breakthrough channel became the main channel, establishing the course of that channel across the southern third of the Island, as already described.
- Fifth, that the northern channel then became a cut-off meander and is in the process of slowly silting up at its downstream end. It therefore cannot be the main channel.

19. Those six factors are the factors that Namibia has adduced in support of its argument that the southern channel carries the larger flow. Botswana, apart from the flow measurements to be discussed in a moment, bases its position on comparisons of the northern channel and the southern thalweg channel in satellite images and dry season aerial photographs. It asserts that they show differences in width, erosion and other characteristics indicative of greater flow in the northern channel. The most comprehensive of these comparisons is to be found in the Counter-Memorial of Botswana, paragraphs 390 to 453. Botswana however has provided no evaluation of these photographs or satellite images by an expert in the interpretation of these materials.

20. Both Parties took flow measurements around the Island, as you know in the high-flow season. Each has criticized the measurements of the other, primarily on the basis that the sites were

improperly chosen. Professor Alexander outlined Namibia's critique in his oral presentation⁴⁷ and I reviewed it in my opening statement⁴⁸ and again earlier this morning. The same material is contained in greater detail in Professor Alexander's Second Supplementary Report at paragraphs 6.27 to 6.29. Botswana's criticisms of Namibia's measurements was given by Lady Fox and is to be found at CR 99/8, page 53.

21. The following considerations may be pertinent to an evaluation of these divergent sets of measurements. The Botswana Counter-Memorial and Professor Sefe's reports contained extensive discussion of the geomorphologic evolution of the Chobe region, often using the same sources as those relied on by Professor Richards. However, nowhere was there any effort to link this remoter history to the present character and functioning of the lower Chobe River in the vicinity of Kasikili Island. To support the conclusions about its flow measurements, Botswana offers only the unrevealing, and I would submit, superficial comparison of aerial photographs and satellite images I have already mentioned. By contrast, Namibia's flow measurements are supported by the wealth of corroboratory data and analysis described above. The account of the geomorphologic origins of the lower Chobe is linked positively to the features of the river as they exist today and provides additional support for the view that, at times of significant flow, the greater proportion of the river passes to the south of the Island

22. The Court will ultimately have to assess the reliability of the competing flow measurements and the weight to be accorded to them. This may be an appropriate point to recall the *Malta/Libya* case, cited to the Court by Professor Brownlie in his opening argument at CR 99/6, pages 48 to 49. The burden of Professor Brownlie's song was that the Court, in deciding boundary cases, should not get mixed up in the evaluation of scientific data. With all respect, may I suggest that the lesson Professor Brownlie draws from the *Malta/Libya* case is far too sweeping. In the first place, the Court in that case *did* examine the scientific data, and was perfectly well able to reach a conclusion about it. The conclusion was that Libya had failed to sustain its burden of proof. In

⁴⁷CR 99/2, pp. 37-39.

⁴⁸CR 99/1, pp. 43-45.

the second place, the scientific issue in *Malta/Libya* was the existence of a "rift zone" constituted by a "tectonic plate boundary" creating a "fundamental discontinuity" in the depths of the bed of the Mediterranean Sea. With all due respect to the experts on both sides in this case, I venture to suggest that tectonic plate behaviour is a far more recondite, uncertain and speculative subject than measuring the flow in a river — or even analysing the hydrological structure of a river system. The Court, along with modern courts everywhere, has shown itself fully capable of dealing with difficult scientific issues⁴⁹. How could it be otherwise, if the Court is to play its proper role in an increasingly scientific and technological international society.

Now you recall I said that in identifying the main channel the Parties had identified three criteria: one is the volume of flow, and the second was depth as a criterion of the main channel, to which I now return.

(b) Depth as a criterion of the main channel

23. On the facts, Botswana avers that the northern channel is *on average* slightly over 1 m deeper than the southern channel, based on the measurements taken by the Joint Survey of 1985. On the law, it argues that in a navigable river, the thalweg constitutes the boundary, and the thalweg is in the deeper channel, either as a matter of law or as a surrogate for navigability.

24. Namibia makes a multifaceted reply. First, it says there was no rule of law in 1890 that the thalweg of the river identifies the main channel or the boundary, especially in non-navigable rivers like the Chobe⁵⁰. Second, it says that the thalweg concept was not concerned exclusively with comparative depth, but also took into consideration the elements of volume of flow and volume of traffic⁵¹. The ordinary meaning of the words "main channel" also points to these elements. Third, it points out that if depth is treated as a surrogate for navigability, the critical measure is not average depth but minimum depth.

⁴⁹See, for example, the decisions in the case concerning the *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, *I.C.J. Reports 1997*, and *Laguna del Desierto (Argentina/Chile)*, 113 *ILR*.

⁵⁰The authorities are discussed at Counter-Memorial of Namibia, paras. 54-58; see also Counter-Memorial of Namibia, Ann. 9.

⁵¹The authorities are discussed at Counter-Memorial of Namibia, paras. 59-66.

25. At the shallowest points in each channel measured by the 1985 survey, the northern channel measured about 2.5 m deep and the southern thalweg channel about 1.6 m deep, a difference in favour of Botswana of about 1 m. To this Namibia replies, first, that it is not clear that the shallowest survey measurements were taken at the shallowest points in the river. The surveyors were not seeking to find the shallowest points in the river. There is some evidence, based on the routes taken by animals in crossing the two channels, that there are still shallower crossing points and that the relationship between the two channels there is reversed, and the reference to that evidence is given in the margin⁵². In any event, Namibia argues, the traffic that actually uses the river in this area — very shallow-draught tourist boats — can navigate equally well in either channel, and most of that traffic operates in the southern channel. In these circumstances, says Namibia, it would be arbitrary to let the location of the boundary turn on an absolute difference of 1 m between the two channels.

26. Thus it is clear that this set of issues between the Parties cannot be resolved without consideration of the questions of navigability. And so I turn to the third criterion for identification of the main channel, navigation and use of the river.

(c) Navigation and use of the river

27. Botswana maintains that access to the navigable rivers of the region was a principal object and purpose of the Treaty of 1890. The navigable channel of a river, it asserts, is the one followed by boats of the largest tonnage going downstream. This formulation is used by a number of 19th century writers. Botswana also argues that the decision as to the navigable channel must take into account the possibility of future commercial and industrial development in the region.

28. The largest vessels that are alleged to have travelled in this portion of the Chobe are the *Zambezi Queen* and, perhaps, the lumber barges towed by Mr. William Ker's Zambezi Transport and Timber Company. I have shown this morning that the *Zambezi Queen* is not really a boat at all, but a floating hotel moored at the King's Den Lodge.

⁵²Reply of Namibia, Second Supp. Rep., Section 11 and fig. 13.

29. As to Mr. Ker, he was granted permission to operate his barges through the northern channel in 1947. They were towed by surplus World War II landing craft and drew less than 3 feet of water. It is not known whether he ever exercised the permission and, if so, how often. In any case, the lumber operation that he planned to serve ended in the early 1950s. We have found no record of any commercial traffic of any kind at any time since then in the lower Chobe River upstream from Kasane.

30. Namibia, on the other hand, maintains that the lower Chobe can in no sense be regarded as a navigable river, as has been amply shown this morning. There is no prospect, moreover, of large-scale river traffic. On the contrary, as has also been repeatedly shown, the chief industry in the region is tourism and most of the tourist traffic is in the southern channel. Indeed, Botswana concedes, that the tourist boats can safely navigate the shallow southern channel that (see CR 99/6, p. 21).

31. On this basis, Namibia maintains that the southern channel is the most used channel in relation to the needs of the regional economy, and therefore the navigable channel. Moreover, in Namibia's view, the jurisprudence and writings on river boundaries place great emphasis on the principle of equal access of both riparians to the navigational and other resources of the river. In this sense, Namibia agrees that an object and purpose of the Treaty was to secure the access of both parties to the navigational resources of the boundary river. At present, tourist boats from Namibia are prohibited from travelling in the southern channel by BDF patrols. There is no reason to think that this will change if the boundary were to be drawn in the northern channel. Botswana denies that there is any prohibition, but has not produced any legislative or administrative documentation in substantiation of its position. A boundary in the northern channel, according to Namibia, would thus deny it equal access to the navigational resources of the river. On the other hand, Namibia regards itself as committed by the status quo agreement of 1951 to keep the northern channel open "as a free for all" to all comers.

32. The Court will no doubt resolve these issues by a balanced consideration of the complex of legal and factual elements involved. Namibia believes that its case showing that the greatest proportion of the flow goes through the channel to the south of the Island is strong. As a practical

matter, the criterion of use and of access to the true resources of the river weighs heavily in Namibia's favour. The only response Botswana has is the criterion of depth, in the absolute sense, but that has an extremely arbitrary quality. Thus, in Namibia's view, the balance is significantly in its favour. My fourth issue, fourth out of nine, the others are shorter.

4. Occupation and use of Kasikili Island

33. Here the Parties have taken diametrically opposite stands. Namibia says that the Masubia of the Caprivi occupied and used Kasikili Island under the governance of their indigenous institutions, peacefully and unopposed from the time of the Treaty until at least the early 1960s. As I said earlier, in the first part of this period, during the dry season there was a village on the Island, which was a part of the Kasika community. Around that time, the members of the community no longer inhabited the Island, but they continued to use it for agricultural and grazing purposes until at least around 1960. Later uses of the area by the Masubia are recorded, though with less frequency.

34. Botswana takes the position that there was no Masubia village on Kasikili Island, that there was sporadic and intermittent farming, but this was carried out by people from both sides of the river.

35. The evidence on this point, I believe, is well nigh conclusive in favour of Namibia. In addition to extensive eyewitness testimony from Masubian inhabitants before the JTTE, the exclusive occupation and use of Kasikili Island by the Masubia of the Kasika district is confirmed by a series of European observers. One you have not heard from before is Richard Rothe, a German explorer who visited the area in 1904. He found that: "On the islands coming after Mpalera, although smaller than Mpalera, there was lively activity, on each island there were approximately 100 [natives] with women and children."⁵³ Kasikili is one of the first of those islands above Mpalera.

36. The other testimony from European observers as to the exclusive occupation and use, without abjection from across the river, has been rehearsed so many times that I shall not quote it

⁵³Memorial of Namibia, Ann. 33, pp. 20-21.

again: Captain Eason in 1912; the Trollope-Redman report, in 1948; Sir Evelyn Baring, High Commissioner of Bechuanaland in 1951; the Bechuanaland Surveyor General in 1965. The list ends with the 1985 Joint Survey Report acknowledging that cattle from the Caprivi were still being grazed in that year from time to time on the Island.

37. Against this sizeable accumulation of evidence, Botswana had little to offer. I believe Professor Cot yesterday disposed of Botswana's photographic evidence purporting to show that the Island was not significantly occupied. He certainly disposed of the 1943 photograph and the local census reports of the early 1940s as well. Professor Faundez refuted the hearsay claim that Chief Liswaniyani had sought permission of Bechuanaland authorities to cultivate the Island.

38. There remains, however, the important question of what this evidence signifies. For Namibia, it is one element of the subsequent practice of the parties within the meaning of the Vienna Convention, Article 31 (3) (b). The occupation and use by the Masubia took place under the governance of their indigenous institutions — chief, *kuta*, *indumas*. And this indigenous governmental structure was used by the German Residents and their successors to implement their rule. There can be no doubt that Kasikili Island was within the jurisdiction of the chiefs in the area, some of whom actually live and carry out their functions on the Island from time to time.

39. Botswana's answer is that these were not "title-generating activities". But that reflects a failure — it seems almost deliberate — to understand the argument as to subsequent practice. From Namibia's point of view, there was no need to "generate" title. The Treaty of 1890 did that. The activities of the Masubia on the Island and their colonial rulers, all without objection from the Bechuanaland authorities, simply reflected the understanding of both parties as to the proper interpretation of the Treaty.

5. The cartographic record

40. As the Court has seen, for such a small and remote Island, Kasikili has generated a large number of maps. I have often wondered why, and it occurred to me that it may be because there is a quadrupoint, or possible quadrupoint, in the Zambezi at the confluence of the Zambezi and the Chobe, and so people may have been interested in that. Namibia produced a cartographic expert

of impeccable credentials to analyse these maps for the Court. There are a large number of maps that show the boundary and also show Kasikili Island. Almost all of these support Namibia's position. In recent exchanges, Namibia has tended to focus on four of these because they are all political maps issued at the highest level by authorities that had political responsibility over the area over the hundred years after the conclusion of the Treaty. Again, these maps have become, I hope, familiar old friends. But to refresh the Court's recollection, they are the Seiner map (1909) for Germany, GSGS 3915 (1933) for Great Britain; TSO 400/556 (1949) for South Africa, and UN Map 3158 (1985) for the United Nations. All of these place the boundary around Kasikili Island in the southern channel, or otherwise indicate that Kasikili Island is in Namibia. Namibia has regarded this as overwhelming evidence of the understanding of the parties as to where the Treaty placed the boundary. In the case of GSGS 3915, Namibia finds in it affirmative recognition by the British authorities of the true dispositions of the 1890 Treaty.

41. Namibia also attaches considerable importance to the series of derivative maps from GSGS 3915 that were used in routine administrative activities of bureaucratic departments in Bechuanaland. They are all in one way or another designed to indicate the area of responsibility for the particular department, which in every case stopped short of Kasikili Island. Among these derivative maps, Namibia particularly emphasizes the Crown Reserve map, produced in 1957, on two grounds: first, it was produced by senior Bechuanaland officials in response to a request from the Colonial Office in London particularly stressing the need for an accurate depiction of the boundaries of the Crown Reserve Lands. And second, the boundaries it reflected were carried over into the Chobe Game Reserve and the Chobe National Park, so that they too did not comprehend Kasikili Island within their borders.

42. Again, with respect, the Botswana response is extraordinarily weak. It did not present the views of an expert cartographer to the Court, although, of course, Professor Brownlie has considerable experience with maps himself. There is an extended discussion of the map evidence in the Counter-Memorial of Botswana, paragraphs 534 to 646. This discussion questions whether the Seiner map and GSGS 3915 actually show Kasikili Island in Namibia. Namibia counters, among other things, by pointing out that the 1985 Joint Survey Report, much relied on by

Botswana, recognizes that both of these maps "show the boundary to be in the channel to the south of Kasikili/Sududu Island"⁵⁴. In the oral pleadings, Botswana did not address in any way the significance of the four major maps nor of the GSGS 3915 derivatives — unless, of course, they plan to do so in the second round, this week.

43. Instead, Lady Fox presented the Court with "A selection of five maps". They all show, or purport to show, the boundary in the northern channel. Except for the von Frankenberg map, the significance of which depends on the meaning to be attributed to the German word "*Flussarm*", they are all exceedingly late maps, not close to the time when the Treaty was concluded. Two of them, the 1965 Bechuanaland map and the JARIC map, do not show Kasikili Island at all, but only a stretch in the river that resembles the northern channel. One, the Joint Operations Graphics map of 1968, is a third-party map. The 1984 South African Military Intelligence map is, at best, anomalous. In October 1984, SADF troops in the area were carrying maps showing the boundary in the southern channel, as we know from the discussion Botswana held at the United Nations and the talks between Botswana and South Africa. In preparation for those exchanges, SADF instructed the South African negotiators to "confirm that the border lies south of Sededu Island"⁵⁵.

44. However, giving this selection of maps their full weight, they do no more — and I think Lady Fox did not claim they did more — than refute Namibia's assertion that there was an "unbroken sequence" of maps in support of its position (CR 99/9, p. 21). It would not, however, come close to disturbing the "preponderance" of map evidence, which, according to the *Beagle Channel* Opinion, is sufficient⁵⁶.

6. The opinions of local officials

45. An element of prime importance in Botswana's case is the opinions of local administrators that the main channel was the northern channel. There are three such instances. The first is Eason,

⁵⁴Memorial of Botswana, Ann. 48, p. 2.

⁵⁵Memorial of Namibia, Ann. 84, Letter, Chief of the South African Defence Force to Director General of Foreign Affairs, South Africa, 27 Nov. 1984, and translation thereof.

⁵⁶52 *ILR*, p. 84.

who says "undoubtedly the northern channel should be claimed as the main channel". Trollope-Redman: "The main channel lies in the waterway that would include the island in question in the Bechuanaland Protectorate." And the 1985 Joint Survey: "[t]he main channel of the Chobe River now passes Sidudu/Kasikili Island to the west and to the north of it."

46. Namibia replies that, after all, this really amounts to the opinions of five officials over a period of a century, as against all the others — administrators, cartographers, and ordinary people — who thought the boundary was in the southern channel. But Namibia makes a more far-reaching attack on the position of these officials as "experts". It seems that in this case, all the observers were equating the main channel with the deepest channel. Thus, viewed as testimony on the facts, all three reports reduce to the statement that the northern channel is the deeper channel. The question whether the deeper channel is "the main channel" within the meaning of the Treaty is an inference of law, as to which the officials have no particular expertise. If, as Namibia contends, the criterion of depth is not the correct one for identifying the main channel, then the reports of the officials are of no assistance in determining the main channel.

7. The significance to be attributed to the Trollope-Dickinson arrangement

47. The Trollope-Dickinson arrangement is clearly one of the major issues in the case. The arrangement, a "gentleman's agreement" reached after four years of correspondence, both at the political and administrative level, confirmed the *status quo ante* at Kasikili Island. The Masubia were to continue to use the Island; the northern waterway was to remain "free for all", as it had been *de facto* in light of Trollope's liberal policy on use. Trollope, of course, had assumed that the southern channel, as the international boundary, was open to both parties all along.

48. Both sides reserved their legal position. Botswana says this shows that Britain still believed that the Island was rightfully theirs. Namibia says, on the contrary, that fundamentally Britain wanted to confirm the existing situation in which Kasikili Island was in Namibia. It was prevented from doing so formally because of "political complications" arising out of South Africa's refusal to comply with the terms of the mandate for South West Africa. Thus, says Namibia, although Great Britain reserved its rights, the truth was it didn't have any rights to reserve. It

argues further that this is demonstrated by the series of Bechuanaland administrative maps already mentioned. All of them show Kasikili Island in Namibia, and all of them were prepared post-Trollope-Dickinson. In any case, says Namibia, the practice until 1948 — a practice of almost 60 years — was itself sufficient to establish the understanding of the parties that Kasikili Island belonged to Namibia. Finally, Namibia points out, Great Britain did not exercise its rights before 1966, and the independence of Botswana, when the operation of *uti possidetis* attaches.

8. The significance to be attached to the 1984-1986 discussions between Botswana and South Africa relating to the shooting incident in the southern channel

49. Botswana says that these discussions led to an international agreement to conduct a joint survey to determine the location of the main channel around Kasikili Island and to treat the results of the survey as decisive on the location of the boundary. The survey concluded that the main channel was the northern channel. Therefore — says Botswana — the parties had made a binding agreement that there the boundary lay.

50. Namibia's position, on the other hand, is that these were political discussions dealing with the security situation in the Chobe area. The decision to conduct a survey was but one step in an ongoing negotiation and no agreement, in fact, was concluded. But, of overriding importance, in 1984 to 1986, neither South Africa nor Botswana had competence to conclude an international agreement with respect to Namibia. This lack of competence was in consequence of the actions of the United Nations in revoking the mandate over South West Africa and the decisions of the Security Council and the Advisory Opinion of the Court. If an agreement in fact had been made, therefore, it was void *ab initio* and of no effect.

51. Botswana has never made any reply to this argument of lack of competence in the parties to conclude an international agreement — not in its written pleadings and not in its oral pleadings. Instead, in his speech, the Agent for Botswana, Mr. Tafa, argued that Namibia had "adopted" the asserted 1985 agreement by its conduct in the JTTE and in the present proceedings. Both of these proceedings were directed to the determination of the border between Botswana and Namibia around Kasikili Island. It is highly incongruous to suppose that Namibia would have "adopted" by a voluntary and consensual act, an agreement that foreclosed the issue. On this issue, also, the

balance is overwhelmingly in Namibia's favour. I find it hard to believe that the Court would give legal effect to an "international agreement" that was made in contravention of the strictures imposed by the Security Council and its own Advisory Opinion in aid of the struggle against apartheid.

9. Where is "the centre?"

52. Botswana has not given any attention to the second step in the process of determining the boundary around Kasikili Island, that is, the location of the "centre" of the main channel. Presumably it would place the boundary in the thalweg, or line of deepest soundings in the northern channel. Namibia, on the other hand, regards the southern channel, as it appears on dry season aerial photographs, as the thalweg channel of the main channel. The boundary would lie on the line of deepest soundings in that thalweg channel. This is the line that is shown on most of the maps of the area. This issue — although it is necessary to be decided for the answer to the Parties' question — gives rise to no difficulty, however, because, as Namibia said in the first place, the basic question is the definition of the main channel. That will determine the attribution of sovereignty over Kasikili Island.

53. Now, Mr. President and Members of the Court, I have been examining the issues in this case seriatim, trying to give the Court an appreciation of the legal and factual elements in each, in something of a fair and balanced way — although with considerable allowance to be made for adversary zeal. Now I would like to step back a moment and look at the case of each side in perspective — as a whole. On Namibia's side, I should like to recall what I said in my closing speech at the end of the first week of the oral proceedings. We have presented a wide range of arguments. We have invoked the text of the Treaty, the preparatory work, the ordinary meaning of the words, the scientific data, economic evidence, the subsequent practice of the parties, the cartographic record, the history of the Island and its people, the requirements of equity. In reviewing the case with you, I am struck again by the integrated and organic character of the Namibian case. Its elements, I believe, are individually strong, but they gain in strength because they are woven together — each supports and is supported by the others.

54. By contrast, Botswana's position, overall, appears to me at least, as I said earlier this morning, to consist of disconnected propositions — rather scattered and abstract, unrelated to each other or to real life. In Botswana's conception, there is no subsequent practice in which the treaty becomes a reality, shaping the lives of men and women and administrators in the region. "The treaty is signed — and nothing happens." Botswana's river is not the scene of a bustling and busy life with tourist boats scurrying back and forth, the source of sustenance for people and animals. It is a remote and austere place, where vessels of large tonnage ply above the depths of the thalweg.

55. Mr. President, Members of the Court, we sometimes think of judicial settlement and even of international law itself in such remote and abstract terms, divorced from the concerns of real people. The present case is, of course, about a boundary — a line on a map. I am confident that when it comes to deliberate upon the case, the Court will remember that it is also about the patrimony of a people. It is a small island, but there are those that love it.

56. Mr. President, Members of the Court, that concludes my presentation. I invite you to call on Dr. Kawana to close this round of argument and to present Namibia's submissions.

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

Mr. KAWANA:

23. FINAL STATEMENT ON BEHALF OF THE REPUBLIC OF NAMIBIA

Mr. President, distinguished Members of the Court,

1. I rise to conclude Namibia's arguments in this case.

2. I would like to take this opportunity to renew my thanks to you, Mr. President, as well as to your distinguished Members of the Court, for having listened with patience to Namibia's arguments in this matter.

3. I wish once again to express our thanks to the Registrar and his staff and to the interpreters for the unfailing support they have given us. I would also like to thank our distinguished colleagues from Botswana for their patience.

4. During the past two weeks we have candidly put Namibia's case before this Court.

5. This is not the first time that the interests of Namibia have been considered by this honourable Court, except that, in the present proceedings, Namibia has appeared as an independent and sovereign State.

6. Today, we are proud to appear before you to find a peaceful solution to the dispute between Botswana and Namibia over Kasikili Island. We believe in the rule of law, and therefore we have full confidence that justice and equity will be done in this case.

7. Mr. President, distinguished Members of the Court, I will now read Namibia's final submission.

8. In accordance with the facts and arguments set forth in Namibia's Memorial, Counter-Memorial, Reply and the oral pleadings, Namibia makes the following submission:

Submission

May it please the Court, rejecting all claims and submissions to the contrary, to adjudge and declare:

1. The channel that lies to the south of Kasikili/Sedudu Island is the main channel of the Chobe River.
2. The channel that lies to the north of Kasikili/Sedudu Island is not the main channel of the Chobe River.
3. Namibia and its predecessors have occupied and used Kasikili Island and exercised sovereign jurisdiction over it, with the knowledge and acquiescence of Botswana and its predecessors since at least 1890.
4. The boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island lies in the centre (that is to say, the thalweg) of the southern channel of the Chobe River.
5. The legal status of Kasikili/Sedudu Island is that it is a part of the territory under the sovereignty of Namibia.

Mr. President, this concludes my statement.

I thank you.

The PRESIDENT: Thank you, Dr. Kawana. The Court will adjourn until Thursday morning, when it will hear the second round presentation of Botswana. Thank you.

The Court rose at 1 p.m.

Non-Corrigé
Uncorrected

Traduction
Translation

CR 99/11 (traduction)

CR 99/11 (translation)

Mardi 2 mars 1999

Tuesday 2 March 1999

Le PRESIDENT : Veuillez prendre place. Monsieur Chayes.

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

20. LA SCIENCE ET LA NAVIGABILITÉ

Plaise à la Cour.

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je vais prendre la parole devant vous deux fois ce matin : d'abord pour répondre aux arguments du Botswana sur les questions scientifiques et celle de la navigabilité, puis, après l'exposé de M. Delbrück, pour résumer ce tour des plaidoiries. Je suis certain que cela sera beaucoup plus ardu pour vous que pour moi.

1. Dans le présent exposé, je vais examiner deux questions. La première est celle de la nature et des caractéristiques du Chobe. La seconde, est celle de la navigabilité et, par extension, des utilisations qui sont faites du cours d'eau à la hauteur de l'île de Kasikili et autour d'elle. Ces deux questions sont étroitement liées. L'attitude de la Namibie à leur égard n'est ni exceptionnelle, ni «excentrique» comme le Botswana voudrait en persuader la Cour. Tout au long de la présente instance, la Namibie a traité ces questions comme des points de fait ordinaires, susceptibles d'être déterminés par des moyens accessibles et compréhensibles. Une fois établis, on peut alors leur attribuer une signification dans le cadre du droit international existant et non comme une exception à ce droit.

2. La Namibie admet tout à fait que les règles internationales qui régissent l'établissement des frontières dans des cours d'eau doivent se fonder sur des critères objectifs. Cependant, objectif signifie enraciné dans la réalité, et non dans des conceptions abstraites des cours d'eau ou de la navigabilité, qui n'ont pas grand-chose à voir avec le territoire faisant l'objet du différend. L'expert du Botswana a donné une description de l'évolution géomorphologique du bassin du Chobe qui est à bien des égards conforme à celle de M. Richards. Mais, le Botswana ne fait aucun effort pour la relier au fonctionnement du Chobe aujourd'hui. Le Botswana effectue des mesures de débit et regarde des photographies aériennes, mais son argumentation ne contient que peu d'observations faites de près, sur le terrain, dans la région du Caprivi oriental. Au lieu de l'ensemble complet

d'éléments de preuve que la Namibie a rassemblés à l'appui de sa détermination du chenal principal tel que ses experts l'ont identifié dans son argumentaire, le Botswana se fonde sur trois propositions dépourvues de lien entre elles :

- 1) une série de mesures de profondeur qui peut, comme je l'expliquerai plus tard, inclure ou non les points les plus profonds ou les moins profonds de *chacun des deux* chenaux;
- 2) une série de mesures de débit que l'on ne doit aucunement accepter sans critique, pour toutes les raisons que j'ai exposées en détail la semaine dernière; et
- 3) une série sélective de photographies prises en saison sèche sur lesquelles le chenal nord peut sembler ou non plus large que le chenal sud de thalweg.

C'est sur cette base mal assurée que le Botswana fonde sa thèse selon laquelle le chenal principal du Chobe à la hauteur de l'île de Kasikili est le chenal nord.

1. Les caractéristiques du Chobe

3. Permettez-moi de commencer en revenant une fois encore à la question de savoir si le Chobe est un cours d'eau permanent.

4. Soyons clairs. La Namibie admet que le Chobe est la caractéristique géographique mentionnée dans le traité de 1890. Comme nous l'avons dit, la Namibie et le Botswana sont donc d'accord sur la première des six — ou peut-être neuf — propositions sur lesquelles le Botswana fonde sa thèse (onglet n° 6.1 du dossier des juges). La Namibie considère aussi que le *lit* du Chobe est continu de Kongola au nord-ouest à Kazungula au sud-est. La seule difficulté, c'est qu'il n'y a pas d'eau dans le lit sur de longs tronçons de la rivière. Dans la partie du Chobe qui nous intéresse en l'espèce, le cours d'eau s'assèche dans les marais du Linyanti et reste à sec pendant toute l'année de ce point jusqu'à un point situé au-delà du lac Liambezi, quelque part en amont du pont de Ngoma. Plus en aval, sur tout le trajet jusqu'à Serondela, le cours d'eau est à sec chaque année pendant toute la saison sèche, c'est-à-dire en gros de juillet au début de février.

5. Je pense avoir mentionné dans ma plaidoirie liminaire que le Botswana avait affirmé à treize reprises dans son contre-mémoire que le Chobe est un cours d'eau permanent. Pour ceux qui font le compte, nous avons un chiffre à jour : pendant les plaidoiries, cette affirmation a été répétée encore huit fois. J'ai même eu un moment l'impression que lady Fox pensait que la rivière était permanente parce que de l'encre rouge y coulait d'une extrémité à l'autre.

6. Mais répéter n'est pas réfuter. Peu importe combien de fois le Botswana dit que le Chobe est un cours d'eau permanent, il ne peut pas réfuter la photographie de sir Elihu Lauterpacht sur le fond asséché du lac Liambezi.

0 1 2

- Il ne peut pas réfuter la photographie de l'hélicoptère de M. Alexander qui a atterri au milieu du lit du cours d'eau.
- Il ne peut pas réfuter la déclaration conjointe de 1992 des départements namibien et botswanais des ressources en eau selon laquelle aucune eau ne s'est écoulée dans le cours inférieur du Chobe en provenance des régions situées en amont du lac Liambezi depuis 1983¹, ou la déclaration du département botswanais des ressources en eau selon laquelle ils auraient pu traverser à pied le lit asséché du lac jusqu'au Botswana².
- Il ne peut pas réfuter la déclaration de l'expédition au Kalahari de 1945 selon laquelle «pendant la saison sèche, un commerçant de cette région peut traverser, à sec, en voiture, le Linyanti pour se rendre à Katima Molilo, situé sur le Zambèze»³.

¹*Hydrology of the Kwando/Linyanti/Chobe and Zambezi River Systems: Proposals on Future Joint Namibian/Botswanan Cooperation* (Hydrologie des réseaux hydrographiques du Kwando/Linyanti/Chobe et du Zambèze : Propositions de coopération future entre le Botswana et la Namibie), juin 1992, réplique de la Namibie, annexe 26, deuxième rapport supplémentaire, app. 2, p. A2/5.

²*Ibid.*, pièce jointe du Botswana, app. 2, p. A2/23.

³L. A. McKenzie, *Report on the Kalahari Reconnaissance* (Rapport de l'expédition au Kalahari) (1945), Government Printer, Pretoria, p. 5; réplique de la Namibie, annexe 32.

- Il ne peut pas réfuter la déclaration du rapport Lohnro selon laquelle le fond du lac Liambezi était cultivé «par les populations locales» pendant les années quarante⁴, ou celle de l'expédition au Kalahari de 1925 selon laquelle le cours d'eau s'asséchait à cette époque⁵.
- Il ne peut pas réfuter la déclaration figurant dans l'ouvrage de Thomas et Shaw, auteur dont se réclament les deux parties et tout récemment lady Fox dans sa plaidoirie (CR 99/8, par. 9.2), selon laquelle le lac Liambezi est «un lac épisodique»⁶, ce qui signifie que le Chobe, qui traverse ce lac, ne peut pas être un cours d'eau permanent.

Bref, il ne peut pas réfuter — et il n'a pas réfuté — certains faits têtus : le Chobe n'est pas et n'a pas été pendant la plus grande partie de ce siècle, à tout le moins, un cours d'eau qui n'est jamais à sec. Ce n'est pas un cours d'eau pérenne.

0 1 3

7. En réalité, peut-être à l'insu de son conseil, le Gouvernement du Botswana semble avoir accepté ce fait sur la plus récente des cartes officielles publiées par son ministère de l'aménagement du territoire (Botswana 1/250 000, feuille n° 3, 1988, n° 6.2). La Cour relèvera que, sur cette carte, la rivière a disparu d'un point situé quelque part dans le marais du Linyanti jusqu'à un point situé quelque part en amont du pont de Ngoma. C'est exactement le tronçon du cours d'eau qui, selon la Namibie, est à sec toute l'année, tous les ans, depuis au moins quinze ans. Cette carte devrait donner le coup de grâce à l'allégation du Botswana selon laquelle le Chobe est un cours d'eau permanent. Mais il semble également en découler que nous nous reverrons peut-être.

8. Mais pourquoi toute cette agitation pour savoir si le Chobe est ou n'est pas permanent ? Lady Fox pose elle-même la question :

⁴*Report of the Lohnro Namibia Caprivi Sugar Project* (Rapport du projet sucrier Caprivi, Lohnro, Namibie) (1990); réplique de la Namibie, annexe 26.

⁵Voir le rapport pour 1985 du département des ressources en eau.

⁶Thomas, D.S.G. et Shaw, P.A., *The Kalahari Environment* (L'environnement du Kalahari), Cambridge University Press 1991, p. 132.

«Pourquoi dans ces conditions, dit-elle, toute cette discussion pour savoir si le Chobe est permanent ou épisodique ? Ou si son écoulement vers l'aval lorsqu'il atteint l'île de Kasikili/Sedudu provient en partie d'apports du Zambèze ?»⁷

M. Brownlie fait valoir que la seule chose qui compte, c'est qu'«aucun observateur ou fonctionnaire n'a jamais considéré le chenal nord comme éphémère en aucun sens»⁸. Eh bien, il convient de faire observer, en premier lieu, que ce n'est pas la Namibie qui est à l'origine de cette agitation. C'est le Botswana qui a affirmé à maintes reprises que le Chobe est un cours d'eau permanent. Affirmation qui constitue un des éléments fondamentaux sur lesquels repose sa thèse.

9. La raison pour laquelle le Botswana insiste tant sur ce point malgré toutes les preuves contraires, est que si le Chobe n'est pas un cours d'eau permanent où l'écoulement est continu depuis les régions d'amont de son bassin versant, *il ne peut pas y avoir d'écoulement dans le Chobe autour de l'île de Kasikili pendant la saison sèche*. S'il n'y a pas d'eau qui pénètre dans la rivière à l'ouest, il est impossible que de l'eau coule dans les chenaux à hauteur de l'île de Kasikili. Si le cours d'eau est à sec en amont de Serondela pendant la saison sèche, d'où vient l'eau qui, selon le Botswana, coule dans le chenal nord ? La Namibie a posé cette question à maintes reprises : si le Chobe est une rivière dont l'eau coule dans le chenal nord en toutes saisons de l'année — comme le Botswana n'a cessé de l'affirmer — d'où vient l'eau pendant la saison sèche ? Le Botswana n'a toujours pas répondu à cette question. La raison en est simple : il n'y a pas de réponse, car *il n'y a pas d'eau*. Et s'il n'y a pas d'eau venant de l'ouest, il ne peut y avoir d'écoulement dans le Chobe autour de l'île de Kasikili.

10. Pourquoi est-ce si important ? Parce que cela signifie que les comparaisons entre les chenaux pendant la saison sèche sont des comparaisons faites alors qu'il n'y a aucun écoulement dans le cours d'eau. De plus, ce sont nécessairement des comparaisons qui ne portent pas sur le chenal nord et le chenal principal, mais sur le chenal nord et le thalweg du chenal principal.

⁷CR 99/8, p. 44, par. 11.5.

⁸CR 99/9, p. 47.

a) Les comparaisons entre les photographies aériennes

11. Pour commencer, comparons les photographies sur lesquelles le Botswana se fonde avec tant d'insistance. Lady Fox a cité le passage suivant de l'ouvrage de John S. Keats, *Cartographic Design and Production* (Conception et production de cartes) (CR 99/8, p. 55, par. 20.1), relatif aux qualités supérieures des photos aériennes :

«Au nombre des avantages revendiqués par la photographie aérienne figurent la précision absolue de l'échelle de surface, le caractère exhaustif de l'information, l'absence de généralisation subjective et, partant, la cohérence.»

Mais, elle n'a pas donné lecture des deux phrases qui viennent ensuite :

«En fait, la perception des détails dépend de l'échelle et de la résolution de la photographie, ainsi que de la qualité de l'image. La différence essentielle, c'est que l'image photographique peut être interprétée directement par l'utilisateur et donc qu'un *interprète qualifié* peut se concentrer sur les informations utiles pour la recherche.»⁹

Permettez-moi d'exprimer l'opinion que les analyses des photographies aériennes faites en l'espèce par le Botswana illustrent les dangers de l'interprétation de photographies faites par des amateurs.

12. Voici la photographie datée de novembre 1972. Lady Fox dit qu'elle a été prise «au début de la saison des pluies»¹⁰. Elle ajoute que cette «photographie est un témoignage particulièrement précieux de la manière réelle dont les eaux de crue du Zambèze pénètrent le système du Chobe» (CR 99/8, p. 58, par. 20.10). Si la Cour veut bien consulter les tableaux donnant les débits mensuels du Zambèze au n° 6.3 du dossier des juges, vous verrez que le débit de novembre 1972 (souligné en bleu) était de 906 millions de mètres cubes, le plus faible de toute l'année hydrologique. Il est donc improbable que la photographie nous en apprenne beaucoup sur la façon dont les eaux de crue du Zambèze pénètrent effectivement dans le réseau hydrographique du Chobe. De plus, comme vous voyez, toute comparaison fondée sur cette photographie est une

⁹John S. Keats, *Cartographic Design and Production* (2^e éd., 1989), p. 181.

¹⁰CR 99/8, p. 55, par. 20.2.

015

comparaison entre le chenal nord et le chenal du thalweg d'un chenal principal beaucoup plus grand — le ruisseau qui coule dans le lit de la rivière près de laquelle se trouve ma maison dans le Berkshire, au lieu du chenal rempli par les pluies du printemps.

13. Voici la photographie datée de mai 1972 (onglet n° 6.4 du dossier des juges). Lady Fox dit qu'elle a été prise pendant la saison sèche. Si la Cour veut bien consulter une nouvelle fois les tableaux, elle verra que le débit à Katima Mulilo en mai 1972 (souligné en rose) était de 5906 millions de mètres cubes par seconde, le plus important de toute l'année. Le Botswana commet donc une erreur sur un point ou sur l'autre : ou ce n'est pas une photographie correspondant à la saison sèche, ou elle n'a pas été prise en mai 1972¹¹. En l'occurrence, la Namibie admet qu'il s'agit d'une photographie prise en saison sèche dont la date est fautive. L'image ne montre aucun signe d'une inondation en surface, qui aurait été nécessairement visible si la photographie avait été prise au plus haut de la crue. Mais il est impossible de savoir en quel mois de 1972 elle a été réellement prise.

14. Lady Fox trouve cette photographie «très révélatrice». «Le chenal sud», dit-elle, «est à sec sur la moitié de sa longueur, depuis la bifurcation jusqu'à un point situé au nord du siège du parc national du Chobe» (CR 99/8, p. 57, par. 20.9). Quand le Botswana a pour la première fois fait cette remarque dans son contre-mémoire, il a indiqué dans une note de bas de page que l'infestation par l'herbe de kariba constituait «une autre interprétation possible»¹². La plaidoirie n'a comporté aucune mise en garde de ce genre. Cependant, si la Cour veut bien examiner cette photographie avec attention, elle verra que le lit n'est pas à sec mais obstrué par de l'herbe de kariba. Comme M. Delbrück l'a indiqué lundi dernier¹³, et comme la Namibie l'a complètement expliqué dans sa réplique¹⁴, cette herbe a infesté le cours inférieur du Chobe et d'autres cours d'eau

¹¹La question est examinée de manière exhaustive dans la réplique de la Namibie, deuxième rapport supplémentaire, par. 13.3-13.6.

¹²Contre-mémoire du Botswana, par. 412, note 9.

¹³CR 99/1, par. 25.

¹⁴Réplique de la Namibie, deuxième rapport supplémentaire, par. 6.12.

d'Afrique australe au début des années soixante-dix et a posé un problème particulier pour l'industrie du tourisme qui se développait alors. Elle a été éliminée dans le cadre d'une campagne menée en commun par le Botswana et la Namibie. En novembre, période de basses eaux, nous revenons maintenant à la photographie de novembre, l'herbe a disparu (onglet n° 6.5 du dossier des juges).

016

15. Le fait est que ni le chenal sud ni le chenal nord ne peuvent s'assécher. Comme M. Alexander l'a expliqué, le niveau d'eau à Kasane est maintenu à un minimum de 924,6 mètres au-dessus du niveau de la mer par le contrôle qu'exercent en aval les rapides de Mambova. Je pense que le Botswana est d'accord sur ce chiffre. Ce niveau est supérieur à l'altitude du point le plus élevé du lit du chenal du thalweg au sud¹⁵. Relevez qu'en novembre — et nous revenons à la photographie du mois de novembre — le mois des basses eaux, il est incontestable qu'il y a de l'eau dans tout le chenal sud. Il n'est pas à sec. Il ne pouvait donc avoir été sec à aucun autre mois de l'année.

15 a). Permettez-moi de dire que ces critiques ne devraient pas constituer une surprise pour le Botswana. Tous les documents que je viens de vous présenter figuraient dans la réplique de la Namibie, aux paragraphes 187 à 189. Le Botswana n'a pas évoqué ces critiques. Peut-être n'a-t-il pas pris la peine de lire la réplique.

16. Encore un exemple. Lady Fox dit que «[l]e niveau des eaux est relativement élevé sur la photographie de 1985», et elle en tire un certain nombre de conclusions pour la comparaison entre les deux chenaux. Mais, encore une fois encore, les tableaux des débits à Katima Mulilo indiquent que, pendant ce mois, le débit (souligné en orange) n'a été que de 1101 mètres cubes par seconde, le cinquième mois de l'année si on les classe en mettant le plus bas en premier.

¹⁵Réplique de la Namibie, deuxième rapport supplémentaire, fig. 14.

b) *Autres observations faites pendant la saison sèche*

017 17. Comme deuxième exemple des problèmes que posent les comparaisons concernant la saison sèche, examinons les deux rapports que le Botswana met tellement en avant. Le rapport Trollope/Redman a été déposé le 19 janvier 1948 après «examen effectué sur le terrain et examen d'un cliché photographique aérien»¹⁶. Les tableaux des débits indiquent qu'en 1948 seuls cinq mois de l'année hydrologique ont eu un débit inférieur à celui de janvier (souligné en jaune). Le levé de 1985 a été effectué au début de juillet. (Malheureusement, le chiffre souligné en vert sur votre tableau ne correspond pas à juillet mais à janvier, et il faut donc que vous déplaciez la marque verte d'environ cinq mois sur la droite.) Six mois de cette année ont eu un débit moindre. Ces deux examens ont été effectués pendant la saison sèche (bien que l'un au début et l'autre à la fin), alors qu'il n'y avait guère de courant dans la rivière. Les fonctionnaires qui les ont réalisés n'ont donc pas eu la possibilité de le mesurer, ni même de l'observer. Leurs opinions ne sont donc pas fondées sur la totalité des faits. De plus, il n'ont pas pris en compte (ni ne pouvaient le faire) ce qui, pour le Botswana comme pour la Namibie est le critère à considérer pour déterminer le chenal principal — et je cite le contre-mémoire du Botswana : «le chenal principal est le chenal qui transporte la plus grande quantité d'eau»¹⁷.

c) *Mesures de débit en saison sèche*

18. Enfin, permettez-moi de dire un mot des mesures de débit en saison sèche. Le fait qu'il n'y ait à toutes fins utiles aucun écoulement dans les chenaux en saison sèche fait perdre de leur intérêt aux mesures de débit effectuées en cette saison. Comme M. Alexander et moi-même l'avons rappelé pendant le premier tour de plaidoiries¹⁸, la vitesse mesurée par le Botswana en saison sèche était d'environ de 0,02 mètre — 2 centimètres — par seconde dans le chenal sud et un peu plus

¹⁶Mémoire du Botswana, annexe 22.

¹⁷Contre-mémoire du Botswana, vol. 1, par. 385.

¹⁸CR 99/1, par. 78 et CR 99/2, par. 33.6.

grande dans le chenal nord. D'un point de vue technique et à tout autre point de vue, ces mesures ne fournissent pas une base fiable pour des estimations comparatives de l'écoulement global dans les deux chenaux. Je reviendrai ultérieurement sur la question des mesures de débit.

2. La navigation et la navigabilité

19. Le Botswana a dit dans son exposé liminaire que «le chenal nord, plus profond, est très important en raison du potentiel qu'il représente pour le développement à venir, au fur et à mesure que les activités économiques et le commerce régional gagneront en diversité et en ampleur»¹⁹. Nous avons entendu la semaine dernière beaucoup de propos fantaisistes et irréalistes mais cette déclaration figure sûrement parmi les plus extravagantes. Le cours inférieur du Chobe autour de l'île de Kasikili n'est pas maintenant, n'a jamais été et, je me hasarde à le dire, ne sera jamais celui d'une rivière qui se prête au transport de marchandises par des navires de fort tonnage. Comme nous l'avons établi maintenant de façon concluante, le Chobe est à sec en amont de Serondela pendant plus de la moitié de l'année. La rive sud jusqu'à Ngoma se trouve dans le parc national du Chobe et sur une certaine distance au-delà, dans la réserve forestière du Chobe. Du côté namibien, comme l'a déclaré M. Kawana, on trouve la zone communautaire de Salambala et plus à l'ouest, certains des parcs nationaux du Caprivi. Il est peu probable que ces zones cessent d'être protégées, et donc hautement improbable que la région suscite des activités commerciales ou industrielles importantes.

018

20. Même à partir de Serondela, à 12 kilomètres en amont de l'île, «l'accès au Zambèze» dont on parle tant reste hors de portée. A 2 kilomètres en aval de Kasikili se trouvent les rapides de Mambova. M. Talmon nous a dit la semaine dernière que «M. Kurt Streitwolf, deux jours après son arrivée dans la bande de Caprivi, le 27 janvier 1909, s'est déplacé par bateau sur le Chobe de Ngoma à Kazungula, qui se trouve situé au confluent du Chobe et du Zambèze» (CR 99/9, p. 43). Eh bien — oui. Mais quelle sorte de bateau ? Un mokoro — une pirogue construite par les

¹⁹CR 99/6, p. 21.

autochtones, dont le tirant d'eau est limité à une dizaine de centimètres. Et quelle a été la fin de son voyage ? Permettez-lui de vous le dire lui-même : «Nous sommes arrivés aux rapides vers 9 heures... J'ai dû débarquer ici tandis que les autochtones faisaient franchir environ 500 mètres de rapides au canot, une tâche qui leur prit environ une heure.»²⁰

21. Le Botswana nous a aimablement gratifié d'une excellente présentation des sondages les moins profonds effectués dans le cadre du levé de 1985. Je souligne que si c'est là le moins profond des sondages du levé, ce n'est pas forcément le point le moins profond des deux chenaux que les personnes qui ont effectué le levé n'ont pas cherché à déterminer, et les traces des animaux semblent indiquer que le point le moins profond peut être ailleurs et que le rapport entre les deux chenaux peut être différent. Mais voici ce que déclare le Botswana. Il en ressort que dans le chenal nord la profondeur minimale est d'un peu plus de 2 mètres. Pendant la saison sèche, le Chobe autour de l'île de Kasikili pourrait donc être caractérisé comme un cours d'eau d'une longueur de 15 kilomètres, d'une profondeur de 1,80 mètre, et qui provient de nulle part et ne mène nulle part. Ce n'est guère l'instrument qui convient pour — je reprends à nouveau la formulation du Botswana — «un développement à venir, au fur et à mesure que les activités économiques et le commerce régional gagneront en diversité et en ampleur».

a) Le Zambezi Queen

22. Monsieur le président, pour répondre à votre cinquième question relative au *Zambezi Queen*, puis-je attirer l'attention de la Cour sur l'annexe 22 à la réplique de la Namibie, la déclaration sous serment de M. G. J. Visagie, propriétaire de King's Den Lodge et du *Zambezi Queen*. Je cite un passage de la page 2 de cette déclaration sous serment :

²⁰K. Streitwolf, *Der Caprivi Zipfel*, (1911), p. 57-58; mémoire de la Namibie, annexe 141, p. 243.

019

«Le *Zambezi Queen* a été construit à Katima Mulilo (région de Caprivi) en 1990. Il a un tirant d'eau de 69 centimètres d'eau. [Ce tirant d'eau n'est pas très important, mais, comme nous le verrons, il permet au *Queen* de naviguer sur le chenal nord.] Vu que le *Zambezi Queen* est trop grand pour naviguer sur le canal septentrional, il ne restait plus qu'à le transporter à King's Den (par le chenal de Kassaia, un chenal qui est une ramification du Zambèze) en descendant tout d'abord la rivière Zambezi à partir de Katima Mulilo, en pleine saison d'inondation. Au début des années quatre-vingt-dix, le *Zambezi Queen* a seulement navigué trois fois, de Katima Mulilo à King's Den, mais, vu les difficultés de navigation dans le canal de Kassaia, j'ai abandonné cette aventure.

Depuis cette époque-là, il est amarré à son emplacement actuel, à proximité du complexe vacancier *King's Den*. Cet emplacement a été choisi pour les facilités qu'il offre, notamment celles d'utiliser le bateau comme logement supplémentaire pour les hôtes séjournant dans l'hôtel situé au bord de la rivière. Le *Zambezi Queen* est amarré dans le chenal en épis, et non dans le chenal nord.»

Monsieur le président, la Namibie se réserve le droit de développer encore ce point et je pense que vous trouverez là une réponse assez complète à votre question.

Le chenal de Kassaia, sur lequel a vogué le *Queen*, apparaît sur la diapositive, le voilà (onglet n° 6.6 du dossier des juges). Il y a une autre indication : c'est une photographie du Botswana tirée de son mémoire, selon laquelle le chenal de Kassaia serait là-bas, mais ce n'est pas le chenal de Kassaia; le chenal de Kassaia est celui que montre la flèche lumineuse. Comme vous le voyez, le *Queen* a suivi vers l'aval le chenal de Kassaia pour entrer dans le Chobe juste au-dessus des rapides de Mambova, continuer vers l'amont jusqu'à la jonction avec le chenal nord, par le bras est de ce chenal, puis jusqu'à son mouillage, ici même à Kabuka; il n'est jamais passé par le chenal nord même les trois fois où il est venu de Katima Mulilo.

b) L'épisode Ker

23. Enfin, abordons un moment le redoutable M. Ker. Une fois encore la Namibie se réserve le droit de développer cette réponse, mais là nos renseignements vont un peu au-delà de ce qui est susceptible d'intéresser la Cour. M. Ker espérait transporter du bois par péniche de la concession du Chobe à Serondela, jusqu'au Zambèze. Il a demandé à Trollope la permission de passer par le chenal nord parce qu'il supposait, comme tout le monde, que la frontière se trouvait dans le chenal sud et que le chenal nord était dans la bande de Caprivi. De plus, comme nous le verrons dans un moment, s'il voulait atteindre le Zambèze, il ne pouvait pas aller directement jusqu'au confluent à

020

Kazangula, car, vous vous en souviendrez, les rapides de Mambova sont sur le passage. Comme le *Zambezi Queen*, il a donc lui aussi envisagé d'utiliser les chenaux anabranchés — également situés au Caprivi — pour atteindre le Zambèze. Tout cela ressort d'une lettre datée du 14 novembre 1947 qu'un fonctionnaire du *Central African Council* (organisation intergouvernementale dont les membres étaient la Rhodésie du Nord, la Rhodésie du Sud et le Nyassaland) a écrite à M. J. M. Wallace du Colonial Office à Londres (onglet n° 6.60 du dossier des juges). Avec votre permission, je donnerai lecture d'un passage assez long : «Comme vous vous en souviendrez, un jeune homme appelé Ker a commencé, il y a un certain temps, à effectuer des transports fluviaux de Katima Mulilo au Zambèze, près de Livingstone.» Les opérations de Ker avaient donc leur centre au Zambèze. «Il est plein d'initiative et d'énergie et connu une certaine réussite. Il utilise maintenant *cinq péniches de débarquement* provenant des surplus de la seconde guerre mondiale *qui remorquent des chalands* et il exploite un service de navette entre les rapides à Kasane et Katambora» — autrement dit, là aussi, en remontant et en descendant le Zambèze.

«Ses coûts sont d'environ 3 pence par tonne transportée sur environ 1,5 kilomètre et il achemine environ 40 ou 45 tonnes par voyage hebdomadaire, surtout, si je comprends bien, du bois en provenance de Sesheke. Il espère obtenir finalement un important contrat des concessions du Chobe au Bechuanaland, mais encore faut-il qu'il s'avère possible de contourner les rapides par des canaux.

Ker a fait beaucoup de recherches préliminaires pour déterminer s'il était possible de contourner les rapides et d'ouvrir ainsi le cours d'eau sur plus de 150 kilomètres. En fait, les Gouvernements de la Rhodésie du Nord et de la Rhodésie du Sud lui remboursent 400 p/s pour les dépenses qu'il consacre à ces recherches. Comme vous le savez, Debenham» [qui était, je pense, le prédécesseur de M. Richards à Cambridge comme directeur du «département de géographie»] a jugé le projet réalisable et recommandé un levé précis. Cela a maintenant été fait par une société appelée Grinakers — pour un coût de 900 £ — qui a proposé deux variantes, d'un coût de 82 000 £ et 32 000 £ respectivement. La variante la plus coûteuse comporte la construction de canaux et l'autre un système de transport mécanique. La commission des canaux du haut Zambèze de notre conseil [le Central African Council] examinera bientôt la justification économique.»

Comme je l'ai dit les péniches de débarquement de la seconde guerre mondiale étaient conçues pour débarquer des troupes et du matériel sur des plages et avaient donc un tirant d'eau très faible.

24. Si la Cour veut bien me le permettre, je donnerai encore lecture d'un passage d'une lettre, le n° 6.6b de votre dossier. Le conseil — toujours le Central African Council — avait auparavant écrit à Trollope pour appuyer la demande de Ker. La lettre contient les renseignements suivants :

«J'ai l'honneur de vous informer que le conseil examine pour les Gouvernements de la Rhodésie du Sud et du Nord la possibilité d'améliorer la navigation sur le Zambèze en amont des chutes Victoria. Il a été indiqué que les rapides de Katambora et de Kasane pourraient être contournés par des canaux *d'une profondeur minimum de 90 centimètres*, ce qui ouvrirait le Zambèze à des péniches et à des embarcations à faible tirant d'eau sur une distance de 175 kilomètres à partir d'un point situé près de Livingstone ainsi que sur une distance d'une vingtaine ou une trentaine de kilomètres sur le Chobe en amont des rapides de Kasane.»

0 2 1

On peut en conclure que les péniches de M. Ker, pour passer par le canal envisagé, auraient dû avoir un tirant d'eau inférieur à 90 centimètres.

25. Deux autres observations sont pertinentes. Même ce projet, envisagé au moment où après la seconde guerre mondiale l'esprit d'entreprise était à son zénith, n'aurait ouvert le Chobe qu'en le remontant sur une «vingtaine ou une trentaine de kilomètres» jusqu'à Serondela. Aucune allusion n'est faite à des activités commerciales plus vastes. Deuxièmement, et peut-être surtout le canal n'a jamais été construit, ni alors ni depuis. Au cours du siècle qui s'est écoulé depuis le traité, les perspectives de commerce dans la région n'ont jamais été suffisantes pour attirer les investissements relativement faibles nécessaires pour construire un canal d'une profondeur de 90 centimètres contournant les rapides de Mambova.

26. Comme nous le montre la carte du Botswana, la profondeur du chenal sud en son point le plus faible est de 1, 50 mètre, ce qui suffisait pour permettre le passage des péniches de M. Ker avec une marge d'une cinquantaine de centimètres. Comme la Namibie n'a cessé de le soutenir, le chenal nord et le chenal sud ne sont, dans la pratique, pas plus navigables l'un que l'autre.

27. Quant à M. Ker, la Namibie fera par écrit, comme je l'ai dit, une réponse complète. Sur la base des renseignements dont nous disposons à l'heure actuelle, M. Ker semble avoir disparu après cet épisode. Nous ne savons même pas s'il a jamais réellement transporté du bois par le

chenal nord. La concession du Chobe semble avoir concerné l'acheminement de bois près de Serondela pendant quelques années avant la guerre et avoir été réactivée durant quelque temps après celle-ci. Les opérations ont cessé vers le début des années cinquante.

28. Comme la Namibie l'a montré dans ses écritures et plaidoiries, et je ne veux pas m'étendre là-dessus, la région est concrètement surtout parcourue par des bateaux de touristes. Eu égard au fait qu'elle comporte de vastes réserves de part et d'autre du cours d'eau et l'importance croissante de l'écotourisme, il en sera probablement ainsi dans tout l'avenir prévisible. Si nous devons juger de la navigabilité de l'utilisation du cours d'eau du point de vue des besoins de l'économie régionale, comme le propose le Botswana, ce sont les bateaux de touristes qui constituent l'essentiel, voire la totalité de la navigation, en dehors d'un trafic de petites embarcations pour des besoins locaux. Ces bateaux peuvent circuler librement sur l'un ou l'autre chenal à tout moment de l'année. Monsieur le président, comme vous l'avez demandé, la Namibie fournira des données quantitatives sur l'ampleur de ce trafic et sa répartition entre les chenaux nord et sud. Mais, pour l'instant, la Namibie peut dire sans crainte de se tromper que ce trafic se concentre essentiellement dans le chenal sud et d'ailleurs, je pense que le Botswana l'a reconnu dans la phase initiale des plaidoiries.

0 2 2

3. La détermination du chenal principal

29. Venons en maintenant ou peut-être revenons à la question de savoir d'où vient l'eau quand il y a un écoulement dans la rivière autour de l'île de Kasikili. Cela met en cause une autre des propositions fondamentales du Botswana, selon laquelle «le Chobe est un cours d'eau indépendant du Zambèze»²¹. Je relève en passant que quand lady Fox a voulu déterminer les années de hautes eaux à la hauteur de l'île de Kasikili, elle a eu recours à un tableau indiquant les débits du Zambèze à Katima Mulilo²². Cela ne corrobore pas vraiment la thèse de l'autonomie du Chobe par rapport au Zambèze.

²¹CR 99/8, par. 2.1.

²²«Mean Annual Flows in the Zambezi at Victoria Falls, Big Tree Station» [données de la réplique du Botswana, app. 4, tableau 6] (onglet n° 20 du dossier des juges).

30. Mais la question est plus fondamentale. Si le cours d'eau est à sec pendant toute l'année depuis un point situé en amont de Ngoma jusqu'à un point situé en amont du lac Liambezi, les chenaux contournant l'île de Kasikili ne peuvent tirer de l'eau du bassin versant de l'ouest. Les pluies locales étant insignifiantes, la seule possibilité de source notable est donc l'eau qui déborde. Et comme la Namibie l'a montré — par son film vidéo et grâce aux images satellites et à la figure tirée de Mendelsohn et Roberts (1997) — non seulement le cours inférieur du Chobe n'est pas indépendant du Zambèze, mais quand il y a un débit appréciable dans le cours d'eau, c'est de là qu'il provient presque exclusivement. En fait, la thèse de l'autonomie du Chobe par rapport au Zambèze est le corollaire de la thèse selon laquelle c'est un cours d'eau permanent avec un écoulement continu vers l'aval par le chenal nord. Toutes ces propositions doivent s'effondrer en même temps.

31. Ainsi que la Cour s'en souviendra, et je le répète, le Botswana comme la Namibie ont admis le critère selon lequel «le chenal principal est le chenal qui transporte la plus grande quantité d'eau» (contre-mémoire du Botswana, par. 385). Il ne reste donc qu'à décider où la plus grande partie de cet écoulement va quand il atteint l'île, au sud ou au nord. Bien entendu, des mesures de débit qui se contredisent ont été effectuées par chacune des parties en période de hautes eaux. Le Botswana a relevé un débit de 271 mètres cubes par seconde dans le chenal nord et de 133 dans le chenal du thalweg au sud²³, tandis que M. Alexander, pour la Namibie, a mesuré 153 mètres cubes par seconde dans le chenal nord et 247 dans le chenal sud²⁴. Vous vous souviendrez de cette photographie aérienne sur laquelle les quatre sites sont indiqués (n° 6.8 du dossier des juges).

32. Les mesures du Botswana répètent l'erreur caractéristique du Botswana : elles ne comparent pas le chenal nord avec le chenal principal indiqué ici, mais avec le chenal du thalweg du chenal principal. Comme vous le voyez, le site du Botswana, B2, ne mesure que l'écoulement qui franchit le chenal du thalweg au sud, car la largeur de la section transversale se limite à ce

²³Réplique du Botswana, app. 2, p. 154.

²⁴Réplique de la Namibie, deuxième rapport supplémentaire, par. 7.2.

chenal. Pour donner une idée de l'insuffisance des mesures du Botswana, permettez-moi d'appeler l'attention de la Cour sur les informations et la section transversale qui figurent à l'écran. Le débit le plus élevé indiqué par le Botswana dans le chenal sud était de 132,9 mètres cubes par seconde le 8 mai 1998²⁵. On calcule le volume de l'écoulement ou du débit en multipliant la superficie de la section transversale — c'est-à-dire la largeur du chenal multipliée par la profondeur moyenne — par la vitesse moyenne (onglet n° 6.9 du dossier des juges). Le 8 mai, la largeur du chenal du thalweg mesurée par le Botswana au sud était de 77 mètres et sa profondeur moyenne, de 3,92 mètres. La superficie de la section transversale du chenal du thalweg au sud était donc de 298 mètres carrés. Ces chiffres figurent en haut de la diapositive.

33. En regardant la diapositive précédente (onglet n° 6.8 du dossier des juges) en regardant cette photographie on voit que la largeur du chenal principal d'une rive à l'autre à B 2 est peut-être dix fois supérieure à celle du chenal du thalweg. Nous avons mesuré cette distance avec une règle elle est d'environ 900 mètres. La profondeur moyenne a été calculée sur la base des hauteurs des emplacements à proximité de la section transversale. Elle est de 1,88 mètre et ces chiffres sont indiqués sur la deuxième ligne de la diapositive. La superficie de la section transversale à B 2 est donc de l'ordre de 1695 mètres carrés, soit plus de cinq fois la section transversale du chenal du thalweg. La section transversale apparaissant sur la diapositive le montre.

0 2 4

34. Certes, la Namibie ne prétend pas que le débit réel dans le chenal principal est cinq fois supérieur à ce que montrent les tableaux du Botswana. Le dernier facteur de l'équation — la vitesse moyenne — est une fraction. Cependant, et il est très difficile de calculer la vitesse moyenne ici à La Haye, la Namibie considère cet exercice comme utile pour obtenir une certaine approximation générale de l'ordre de grandeur de la sous-évaluation des mesures du Botswana.

35. Quant au site dans le chenal nord, la Namibie soutient qu'il est à l'entrée du chenal principal, si bien qu'il mesure non seulement le débit dans ce chenal, mais aussi de l'eau qui, par l'entrée du chenal nord, passe dans le chenal sud. Le Botswana a été de nouveau très généreux car

²⁵Réplique du Botswana, annexe 2.

ce phénomène est bien illustré dans la documentation qu'il a distribuée à l'onglet n° 2, page 8, c'est-à-dire le n° 6.10 de votre dossier, et il est visible sur l'écran. Le site B1, où le Botswana a effectué ses mesures, se trouve juste à droite de la flèche jaune de droite. Les flèches sur la diapositive montrent le chemin suivi par l'eau à travers l'entrée du chenal nord pour gagner le chenal principal, tout comme la Namibie l'a soutenu. Ce même mouvement à ce même endroit est visible sur le film vidéo et est analysé dans le rapport de M. Alexander²⁶.

36. Le Botswana dénigre la description du chenal principal par la Namibie en utilisant toutes sortes d'expressions péjoratives, dont la plus gentille est peut-être celle de «zone d'inondation»²⁷. Mais le chenal principal tel que l'a défini la Namibie n'est pas du tout une zone inondée non différenciée dépourvue de limites nettement tracées. Loin d'être une invention de M. Alexander, il correspond à des caractéristiques topographiques visibles et repérables. Permettez-moi de montrer encore la diapositive où l'on voit sept photographies aériennes datant de 1925 à 1998 (onglet n° 6.11 du dossier des juges). Elles indiquent toutes clairement le chenal principal. Bien entendu, les flèches rouges ne sont pas le chenal — pas plus que l'encre rouge n'était l'eau dans le Chobe. Mais, en l'occurrence, les flèches indiquent une caractéristique nettement définie, Son extrémité droite est marquée par la rive droite bordée d'arbres du Chobe. Son extrémité gauche, par la ligne nettement visible de terrains élevés qui traverse l'île d'ouest en est.

25

37. Bien entendu il n'y a pas d'eau dans le chenal principal sur la plupart de ces photographies : en effet, nous le savons, elles ont été prises pendant la saison sèche, alors qu'il n'y a pas de courant dans la rivière. Si vous preniez des photographies du rio Grande dans l'Arizona pendant la saison sèche, il n'y aurait pas d'eau dans le rio Grande. Mais la photographie de juin 1997 et celle de 1988 montrent le chenal principal plein d'une rive à l'autre. Effectivement, chaque année, à la saison des crues, le chenal se remplit d'une rive à l'autre et parfois même au-delà (onglet n° 6.12 du dossier des juges). Vous voyez ici, si je ne me trompe, une photographie prise

²⁶Réplique de la Namibie, deuxième rapport supplémentaire, par. 16.3-16.5.

²⁷CR 99/6, p. 45.

d'un hélicoptère montrant le chenal entièrement plein. Il le reste longtemps. C'est alors quand l'eau coule effectivement dans le Chobe à hauteur de l'île de Kasikili, qu'il convient de comparer le débit dans les chenaux. Selon la Namibie, le rapport entre le débit dans les deux chenaux doit rester le même quelle que soit l'origine de l'eau. Même si elle suivait le cours du Chobe vers l'aval depuis les régions d'amont de son bassin versant, elle s'écoulerait par ce chenal, car c'est ce que dictent l'hydrologie et la géographie de la région.

38. Le Botswana feint une grande surprise parce que sa carte hypsométrique indique que certains des terrains les plus élevés de l'île se trouvent dans le chenal principal tel que la Namibie le définit²⁸ (onglet n° 612a du dossier des juges). Les «courbes de niveau» de cette carte qui était à l'origine la figure 8 du rapport de M. Sefe²⁹ n'indiquent guère de différence. La variation d'altitude sur la totalité de l'île se limite à 2 ou 3 mètres. Le terrain le plus élevé se trouve le long de l'extrémité nord. C'est la rive gauche. Les forces de défense du Botswana n'ont pas de peine à le reconnaître. Elles ont construit là leurs baraquements et tours de guet parce que c'est là et non dans la zone située à l'intérieur du chenal principal, que se trouve la zone la plus élevée de l'île. Voici une vue du niveau du sol. Vous voyez le chenal sud, avec la tour de guet et les baraquements des forces de défense botswanaïses en haut ici sur la rive gauche du chenal principal (onglet n° 6.13 du dossier des juges). Quant au terrain élevé figuré sur la carte hypsométrique à l'intérieur du chenal, c'est un trait commun à tous les cours d'eau à faible courant : le lit se remplit, parfois jusqu'à des niveaux supérieurs à ceux de la plaine d'inondation environnante.

«La croissance verticale ... est accompagnée par des dépôts dans le lit et sur les rives, pendant et immédiatement après les crues. Quand la rivière sort de son lit et s'élargit, sa capacité de transport des matériaux diminue. Les particules plus grossières sont déposées au bord du chenal et, si elles restent là, elles construisent une digue naturelle... Quand la crue baisse, des matériaux sont encore déposés dans ces zones et dans le chenal lui-même. On considère donc couramment que *le lit de la rivière et sa laisse sont formés par la sédimentation pendant et juste après les crues importantes.*»³⁰

0 2 6

²⁸CR 99/8, p. 46-47, par. 153.

²⁹Contre-mémoire du Botswana, app. 2, fig. 8, p. 33.

³⁰M. Morisawa, *Streams : Their Dynamics and Morphology* (1968), p. 87, réplique de la Namibie, annexe 30.

Or, la tour de guet est sur une telle digue naturelle. Loin de constituer une arête impénétrable, cette digue consiste en une série de légères élévations séparées par de nombreux intervalles à travers lesquels l'eau passe des tronçons d'amont du chenal nord dans le chenal principal, comme vous l'avez vu sur la photographie n° 6.10.

39. Enfin le Botswana tourne en dérision, mais sans y répondre, l'analyse de M. Richards montrant que l'île de Kasikili a été formée par une avulsion à travers le col d'une boucle de méandre, si bien que le chenal nord est un méandre recoupé. Une série de trois grands méandres apparaît sur le Chobe en aval de Kabulabula. A l'origine, Kasikili était le quatrième de ces coudes ou plutôt le chenal nord à Kassikili était à l'origine le quatrième de ces coudes. En fait le Botswana a demandé sur un ton assez sarcastique et en rajoutant de l'encre rouge pourquoi, si le Chobe pouvait s'écarter de l'arête et dessiner un coude à Serondela, il ne pouvait pas s'écarter de l'arête et contourner l'île de Kasikili par le chenal nord. La réponse, c'est que jusque vers l'an 1000, il faisait précisément cela. Puis, comme l'a montré M. Richards, il a franchi le col de la boucle et recoupé le méandre du chenal nord. Le chenal recoupé est alors devenu le chenal principal.

40. L'avulsion est un phénomène courant, surtout dans le cours d'eau de faible énergie qui dessine des méandres marqués. La Cour se souvient peut-être que le Chamizal, qui a fait l'objet d'un arbitrage célèbre en droit international, était à l'origine une terre située à l'intérieur de la courbe d'un méandre du rio Grande. La courbe formait une boucle vers le sud et le terrain s'étendait au nord du cours d'eau, aux Etats-Unis, à El Paso, au Texas pour être précis. Le cours d'eau a franchi la base de la courbe pour former une île, qui se trouvait du côté mexicain du nouveau chenal principal du cours d'eau. Comme vous le savez, l'arbitre a attribué l'île nouvellement formée au Mexique, bien que, malheureusement, les Etats-Unis ne se soient pas conformés à la sentence pendant cinquante ans. Dans la présente affaire l'avulsion s'est produite il y a 1000 ans et, depuis le traité de 1890, Kasikili s'est toujours trouvée du côté namibien du cours d'eau.

027 4. Le droit applicable

42. Lady Fox a évoqué les affaires du *Palena* et de la *Laguna del desierto* dans sa plaidoirie. Pour la Namibie, les positions prises dans ces affaires sont claires. Quand un instrument désigne une caractéristique géographique comme frontière, ce sont les faits réels, tels qu'ils existent sur le terrain — «sa configuration véritable» selon les termes de *Laguna del desierto* — qui sont significatifs, et non pas ce que les auteurs de l'instrument ont pu savoir ou supposer.

43. Lady Fox a dit que ces affaires doivent être distinguées de la présente espèce, car dans l'affaire du *Palena*, à la différence de la présente espèce, «la cour d'arbitrage a dû décider quel était, parmi plusieurs candidats, celui qui devait être considéré comme la caractéristique géographique de la sentence» (CR 99/8 par. 10.6). De même dans la *Laguna del desierto* «le tribunal arbitral avait pour tâche de déterminer lequel des candidats au statut de «ligne locale de partage des eaux» il convenait de retenir» (CR 99/8 par. 10.8). En revanche dans notre affaire, toujours selon lady Fox, «il n'y a pas de confusion au sujet de la caractéristique mentionnée dans le traité, à savoir le Chobe». Faisant une distinction avec l'affaire de la *Laguna del desierto*, elle déclare encore qu'en l'espèce «il n'y a aucun doute» sur la caractéristique factuelle, le Chobe, auquel la description s'applique dans l'instrument de base».

44. Il se peut que je comprenne mal la présente affaire, mais j'avais pensé que toute l'instance portait sur la caractéristique factuelle — «le chenal principal du Chobe» — auquel s'applique la description donnée dans l'instrument de base. La Cour a pour tâche de décider lequel, parmi plusieurs candidats, remplit les conditions requises pour constituer la caractéristique géographique décrite dans le traité, «le chenal principal du Chobe». La position en l'espèce est donc exactement la même que pour les tribunaux arbitraux dans les affaires du *Palena* et de la *Laguna del desierto* évoquées par lady Fox. Les positions prises dans ces affaires s'appliquent par conséquent : ce qui compte c'est «la configuration véritable» du chenal principal tel qu'il existe aujourd'hui et non pas les idées, fondées sur une connaissance insuffisante, que les négociateurs pouvaient avoir eu en tête.

028 45. L'on peut objecter qu'une telle règle ne garantirait pas une frontière stable, car la «configuration véritable» pourrait changer de temps à autre et la frontière changerait avec elle. La Namibie l'admet. Mais, c'est également vrai de n'importe quel critère susceptible d'être utilisé pour établir une frontière dans un cours d'eau, que ce soit le thalweg, la ligne médiane, le chenal ayant le plus grand débit ou par où passe le plus fort trafic, ou tout autre critère. En réalité, on fait souvent observer que si le thalweg est la ligne des sondages les plus profonds, cette ligne changera avec le temps lors des modifications du cours d'eau. Un fleuve ou une rivière est une entité dynamique dont le lit, les rives, le cours et les utilisations se modifient sans cesse. Une frontière déterminée par l'un quelconque de ces caractéristiques des cours d'eau devra nécessairement changer avec cette évolution des facteurs hydrologiques. En fait, une bonne partie du droit relatif aux frontières fluviales concerne la manière de prendre en compte ces changements. Les frontières fluviales ne sont pas, du fait de leur nature même, des frontières stables.

Conclusion

46. Permettez-moi de conclure mes observations comme suit : dans son exposé de mercredi matin, le Botswana a énuméré neuf propositions qui, selon lui, résument son argumentation relative aux éléments de preuve scientifiques (CR 99/8, p. 32, par. 2.1). En guise de conclusion je voudrais formuler des remarques sur chacune de ces propositions, compte tenu des faits tels que nous les connaissons maintenant.

i) «Le Chobe est la caractéristique géographique retenue à l'article III de l'accord de 1890.»

Comme nous l'avons déjà indiqué, la Namibie souscrit à cette proposition et admet elle aussi qu'une ligne continue marquant le lit de la rivière de Kongola au nord-ouest à Kazangula au sud-est figure sur la carte du traité et la plupart des autres cartes de la région (mais pas sur la carte botswanaise de 1983).

ii) «Le Chobe est un cours d'eau indépendant du Zambèze.»

Nous avons montré que c'est faux. Lorsque le débit du Chobe est important à la hauteur de l'île de Kasikili, la quasi-totalité de l'eau qui s'écoule a débordé du Zambèze.

iii) «Le Chobe a un profil stable en tant que cours d'eau permanent parvenu à son plein développement.»

Nous avons montré que c'est faux. Le Chobe n'est pas un cours d'eau permanent. Il est souvent à sec sur la plus grande partie de son cours.

iv) «Le Chobe est un cours d'eau permanent doté de berges visibles et stables.»

Nous avons établi que c'est faux. Comme nous venons de le dire, le Chobe n'est pas un cours d'eau permanent. Et ainsi que le montrent le film et les photographies de M. Alexander, il est loin d'avoir toujours des rives visibles et stables. Voir aussi à ce sujet la carte botswanaise de 1983.

v) «Il n'y a pas de zone de sédimentation dans le chenal nord.»

C'est vrai. La conclusion à en tirer, c'est que l'écoulement dans le chenal nord est limité car autrement des marques d'érosion et des zones de sédimentation apparaîtraient.

029

vi) «Le Chobe est un cours d'eau à écoulement continu.»

Nous avons montré que c'est faux. L'écoulement dans le Chobe se tarit chaque année autour de l'île de Kasikili pendant la saison sèche, quand il n'entre pas d'eau dans la rivière à l'ouest de Serondela. Pendant cette période, l'eau est essentiellement stagnante dans les deux chenaux qui contournent l'île.

Ces six propositions sont reprises mot pour mot du contre-mémoire du Botswana (par. 329-334). Quatre d'entre elles sont fausses et la cinquième, bien que vraie, étaye la position de la Namibie plutôt que celle du Botswana. Selon la Namibie, cette démonstration réfute l'essentiel de l'argumentation scientifique du Botswana.

47. Le Botswana a ajouté dans ses plaidoiries trois autres propositions, dont aucune n'est strictement scientifique et sur lesquelles je présenterai de brèves observations.

vii) «Le thalweg du Chobe passe par le chenal nord.»

C'est une proposition qui n'est pas scientifique mais juridique et elle fera l'objet de l'exposé de mon collègue, M. Delbrück, dans quelques instants.

viii) «La profondeur est le critère de l'existence du thalweg et de la navigabilité du chenal; le chenal nord est le plus profond.»

Le critère de la navigabilité doit être la profondeur minimale et non la profondeur moyenne car un bateau qui traverse le chenal doit en franchir le point le moins profond. A cet égard, il est presque impossible de faire une distinction entre les deux chenaux. Si on évalue la navigabilité par rapport aux besoins de l'économie régionale, il est manifeste que la plus grande partie de la navigation passe par le chenal sud et que celui-ci est donc le chenal navigable.

ix) «L'aptitude à transporter le niveau d'eau le plus important est le second critère pour déterminer le chenal principal ... l'écoulement dans un chenal est fonction de la section transversale (qui tient à la largeur et à la profondeur du chenal) et de la vitesse moyenne à travers cette section transversale.»

Le critère admis à la fois par le Botswana et la Namibie est celui du «chenal qui transporte la plus grande partie de l'écoulement». La dimension d'une canalisation ne peut guère donner d'indication sur la quantité d'eau qui s'écoule. Une très grosse canalisation aura un débit très faible s'il n'y pénètre pas d'eau.

48. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, ainsi s'achève mon exposé. Je vous demande, Monsieur le président, de donner la parole à Monsieur Delbrück, qui s'exprimera au sujet du thalweg.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Chayes. Monsieur Delbrück, s'il vous plaît.

M. DELBRÜCK : Plaise à la Cour.

21. LE LIBELLÉ DU TRAITÉ ET LE CONCEPT DE THALWEG

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, j'ai à nouveau le privilège de m'adresser à la Cour au nom du Gouvernement de la République de Namibie.

Introduction

1. Les membres de Cour ne seront certes pas surpris de constater que la question dont je vais parler n'est pas entièrement nouvelle. Je dois répondre à certaines propositions du Botswana relatives à 1) la genèse et l'interprétation littérale du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, 2) ses affirmations concernant la notion de thalweg, et 3) l'objet et le but du traité de 1890.

I. Le texte du paragraphe 2 de l'article III

1. Erreurs du Botswana concernant la genèse du paragraphe 2 de l'article III

2. Il est vrai que le Botswana a minutieusement retracé devant la Cour l'histoire de la rédaction du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890. Toutefois, pour dissiper tout risque de malentendu, la Namibie tient à signaler quelques inexactitudes et une présentation erronée de sa position sur ce point par le Botswana.

3. Premièrement, le Botswana a donné l'impression qu'il n'existait pas de traduction officielle du document paraphé le 17 juin 1890 constatant l'accord général des deux gouvernements. «Il n'a pas été possible de trouver une quelconque traduction [du document] en allemand dans les archives diplomatiques de l'Allemagne qui, avant le 28 juin 1890, ne contiennent que des textes en anglais et en français.» Pourtant cette traduction existe bel et bien. Elle a été faite par le comte Hatzfeld et c'est celle qui a été publiée à l'époque au journal officiel, le *Reichs-Anzeiger und Königlich Preussischer Staats-Anzeiger* n° 145 du 17 juin 1890³¹. Un renvoi à cette traduction manuscrite figurera dans les comptes rendus de la Cour.

0 3 1

4. Deuxièmement, le Botswana s'est donné beaucoup de peine pour prouver qu'il n'y avait jamais eu de version allemande du projet d'accord où les mots «*des Hauptlaufes*» auraient pu être insérés à titre de première étape de mise en conformité du texte allemand avec l'amendement du 21 juin 1890 au projet anglais d'accord. Il est vrai qu'il n'y eu aucune version allemande de ce

³¹Bundesarchiv (archive fédérale), Auswärtiges Amt, Abteilung A. Geheime Akten betreffend : Deutschland Bo. 159 Geheim Band 1 (= R 2493), pas de numéro de page; voir *ibid.*, A.S. 1150, télégramme, Londres, 17 juin 1890, n° 116 Hatzfeld : «Die Veröffentlichung erfolgt heute Abend in der gemeldeten Form.»

projet d'accord. Et il est assurément vrai que l'Allemagne n'aurait pu insérer des mots en allemand dans un document qui n'existait pas. Mais, en réalité, la Namibie n'a jamais prétendu qu'une telle entreprise avait été menée à bien ou tentée. Cette confusion tient au fait que le Botswana a, de façon répétée, présenté de manière erronée la relation par la Namibie de l'histoire de la rédaction du traité en ce qui concerne les amendements au projet d'accord suggérés par lord Salisbury³².

5. Au paragraphe 60 de sa réplique, le Botswana fait la déclaration suivante : «Dans son contre-mémoire, volume I, page 20, note de bas de page 55, la Namibie donne l'impression erronée que le texte anglais de l'accord a été traduit en allemand *en deux étapes*.» Je répète, en deux étapes. Mais en fait le texte du contre-mémoire de la Namibie visé ici mentionne *deux changements* qui ont été apportés pour traduire l'adjonction anglaise complète "*centre of the main channel of that river*" (centre du chenal principal de cette rivière).

6. Dans ses plaidoiries, le Botswana maintient cette présentation erronée en déclarant :

«S'il est vrai que les mots «*of the main channel*» ont été insérés dans le texte déjà existant en anglais des Draft Articles of Agreement «*des Hauptlaufes*» ne pouvaient être insérés de même dans une version en langue allemande du projet d'accord, puisqu'il n'existait aucun texte de la sorte avant le 28 juin 1890.» (CR 99/9, p. 39.)

Le Botswana se lance ensuite dans des spéculations sur les conséquences que l'«insertion» de ces mots auraient probablement eues pour le texte allemand du 17 juin 1890 de l'accord général. Toutes ces affirmations stupéfiantes aboutissent à la conclusion — pour ne pas dire au verdict — que l'observation incontestable de la Namibie selon laquelle «les mots «*of the main channel*» et «*des Hauptlaufes*» ont été *insérés* dans le texte du paragraphe 2 de l'article III à un stade très tardif des négociations», à la conclusion, donc, que cette observation de la Namibie est «totalement fallacieu[se]». On se demande comment ces mots magiques ont fini par être incorporés dans le texte allemand du traité — le plus probable, est-on porté à croire, est que cela s'est produit clandestinement, de même que c'est clandestinement que ces mots seraient escamotés du texte allemand si c'était la façon dont les traite le Botswana qui était retenue.

032

³²Voir réplique du Botswana, vol. I, par. 60; CR 99/9, p.35.

7. Mais il n'y a en l'occurrence ni mystère ni tromperie de la part de la Namibie. Les *deux changements* apportés au texte qui devait devenir la version allemande du traité de 1890 ont effectivement été introduits dans le texte allemand final «à un stade très tardif des négociations» (le 28 juin 1890 ou peu après) et concernaient l'insertion du terme «thalweg» et des mots «*des Hauptlaufes*». Les faits sont aussi simples que cela et les mots "*the centre of the main channel of [that river]*" ou «*im Thalweg des Hauptlaufes dieses [Flusses]*» (Le centre du chenal principal de [cette rivière]) employés au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 font donc l'objet de l'interprétation — ni plus — ni moins.

2. La nécessité de déterminer au préalable quel est le «chenal principal»

a) *Le Botswana ne tient pas compte des termes employés dans le traité de 1890*

8. Comme la Namibie le soutient depuis le début, le texte du paragraphe 2 de l'article III appelle dans un premier temps la détermination du "*main channel*" ou «*des Hauptlaufes*» (du chenal principal). Toutefois, le Botswana maintient toujours sa position suivant laquelle le texte n'autorise pas une telle détermination préalable. Dès lors que les mots — dans le texte anglais, selon le Botswana — «*of the main channel*» (du chenal principal) n'ont de sens qu'associés au mot «*centre*», tout sens autonome leur est dénié, c'est-à-dire tout sens selon lequel le centre doit être situé dans le chenal «principal». Le sort des mots «*des Hauptlaufes*» du texte allemand est encore pire. La Cour est invitée à les considérer tout simplement comme un «pléonasme». Les mots «*des Hauptlaufes*» ainsi éliminés et les termes anglais «du chenal principal» privés de tout sens qui leur soit propre, toute détermination préalable du «chenal principal» est irrecevable en vertu du traité. Comme la Namibie l'a montré précédemment, cette conception de l'interprétation du paragraphe 2 de l'article III violerait des règles fondamentales d'interprétation des traités. Le texte doit être lu tel qu'il est. Il ne faut y lire aucun mot qui ne s'y trouve pas³³ et, inversement, il ne faut s'abstenir

³³Voir *Oppenheim/Jennings/Watts, International Law*, 9^e éd., vol. I/2, p. 1271; voir aussi les renvois de la réplique de la Namibie, vol. I, par. 95 et notes 9 et 10.

de lire aucun des mots qui s'y trouvent. C'est particulièrement vrai quand — comme en l'espèce — les termes dont il ne serait pas tenu compte ont été délibérément ajoutés au texte par les parties à un stade très tardif des négociations.

9. La Cour se souviendra que, selon le Botswana, le texte anglais du paragraphe 2 de l'article III du traité serait déformé si les mots «*of the main channel*» (du chenal principal) avaient un sens qui leur soit propre. La Namibie a montré que tel n'est pas le cas. Elle n'a jamais insinué que le paragraphe 2 de l'article III devrait être interprété de manière telle que le texte anglais se lise «*in the centre of the river*» (au centre de la rivière). Au contraire, la Namibie a nettement souligné qu'une fois le «chenal principal» déterminé, la frontière doit en suivre le centre ou thalweg.

10. La Namibie réaffirme que cette interprétation est la seule qui corresponde aux deux textes — anglais et allemand — du traité de 1890. Elle ne laisse de côté aucun des mots du texte sous prétexte qu'il s'agirait de «pléonasmes» et ne déforme le sens d'aucun des deux textes. Selon l'approche de la Namibie, la frontière suivrait exactement la ligne décrite au paragraphe 2 de l'article III, c'est-à-dire le centre ou thalweg du chenal principal du Chobe. Il n'y a par ailleurs aucune divergence entre les deux textes et donc aucune nécessité de se référer aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 33 de la convention de Vienne.

11. Toutefois, le Botswana s'oppose encore à une détermination préalable du chenal principal au motif qu'un cours d'eau ne peut avoir qu'un thalweg et donc qu'un chenal principal. Il rejette la position de la Namibie suivant laquelle lorsqu'il y a deux chenaux, chacun d'eux a son propre thalweg. Si cela était exact — fait valoir le Botswana — les auteurs du traité auraient été coupables d'une grave négligence en ne précisant pas quel thalweg ils avaient à l'esprit. Si les vues de la Namibie l'emportaient, cela susciterait une grande confusion et un grand nombre de procès. Cette thèse a une faille : elle méconnaît le fait que le mot «thalweg» ne correspond pas seulement à un concept juridique mais aussi à un concept empirique définissant une certaine caractéristique d'un cours d'eau donné. Pour déterminer lequel des thalwegs est celui du chenal principal, il faut établir les caractéristiques géographiques et hydrologiques des chenaux en question. C'est une pratique

courante. En fait, le traité de 1827 entre la France et le grand-duché de Bade (reconfirmé par le traité de 1840) mentionné par le Botswana pendant les plaidoiries est un exemple pertinent. Le passage en cause de l'article IX se lit comme suit :

0 3 4

"In the event of a dispute as between the two arms of the river, that one of them which, along the line of the axes of its own Thalweg, has the deepest sounding shall be regarded as the arm of the Thalweg of the river."³⁴

Le texte allemand est encore plus révélateur :

«Im Fall dass über zwei Aarme des Flusses Streit entstehen sollte, so wird derjenige der beiden Aarme, welcher im Lauf der Achse seines eignen Thalwegs die fortlaufende grösste Tiefe hat, als ein Arm des Haupthalwegs angesehen.»³⁵

Ces dispositions indiquent clairement qu'il faut faire un choix sur la base des caractéristiques propres aux deux chenaux — en l'occurrence ceux du Rhin.

b) L'aveu du Botswana qu'une détermination préalable du «chenal principal» est nécessaire

12. La demande faite avec insistance par la Namibie d'une détermination préalable du «chenal principal» pour répondre aux exigences du paragraphe 2 de l'article III n'est pas aussi étrange que pourrait le laisser croire l'argumentation d'ordre linguistique du Botswana. On peut en trouver la preuve dans l'approche du Botswana lui-même lorsqu'il quitte le terrain linguistique pour entrer dans le domaine de la science et de l'application pratique des dispositions du paragraphe 2 de l'article III. Pas moins de treize fois (environ) le Botswana évoque dans ses plaidoiries l'«identification du chenal principal» comme il l'avait déjà fait dans son contre-mémoire. Mais le Botswana ne parle pas seulement de l'«identification du chenal principal». Il propose des critères à cet effet et les applique aux faits observés sur le terrain autour de l'île de Kasikili. Il s'agit de la profondeur et de la capacité de transporter le plus grand volume d'eau. Ainsi, comme l'a montré M. Chayes, dans la liste des neuf critères d'identification du chenal principal du Chobe lue par lady Fox, la profondeur occupe une place de premier plan comme «critère du thalweg, et de la navigabilité de

³⁴Citation de Clerq (dir. publ.), *Recueil des traités de la France*, t. 3, 1816-1830, p. 432 (1880). Les italiques sont de nous.

³⁵Citation de Martens, réplique de la Namibie, vol. II.1. (réimpression 1882), p. 126-127.

ce chenal». La question de savoir s'il faut dans un premier temps déterminer quel est le chenal principal pourrait donc paraître réglée entre les parties sans le deuxième volet de l'argumentation du Botswana concernant le concept de thalweg.

035

3. Le concept de thalweg et l'identification du chenal principal

a) *La thèse du Botswana concernant la pertinence du concept de thalweg pour l'identification du chenal principal*

13. L'argumentation du Botswana en ce qui concerne l'identification du chenal principal sur la base du concept de thalweg est à première vue simple. Comme le Botswana l'a indiqué dans sa conclusion du premier tour de plaidoiries :

«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.»³⁶

14. Lorsqu'on examine la question de plus près, elle ne semble pas aussi simple que ces déclarations catégoriques ne le donnent à entendre. Tout d'abord, le traité anglo-allemand ne définit pas la frontière en fonction du thalweg. Il dit que la frontière suit le centre du thalweg du chenal principal. Deuxièmement, on simplifie par trop et on reformule de façon inexacte la définition du concept de thalweg si on la réduit au critère de la profondeur. Troisièmement, même si on admet que la profondeur est le critère prépondérant, elle est — comme le souligne aussi le Botswana — liée à la navigabilité. Celle-ci, quant à elle, n'est pas une question de raisonnement abstrait mais doit être déterminée sur le terrain. La Namibie abordera successivement ces questions.

³⁶CR 99/9, p. 53.

0 3 6

15. En ce qui concerne le premier point, la Namibie tient à rappeler que la pratique des Etats et la doctrine juridique internationale concernant le concept de thalweg étaient en 1890, la date du traité, beaucoup trop diverses pour permettre une affirmation aussi catégorique et radicale que celle du Botswana. Comme la Namibie l'a longuement expliqué dans ses écritures³⁷ la pratique des Etats en matière d'utilisation du concept de thalweg et d'application de ce concept aux cours d'eau aussi bien navigables que non navigables se caractérisait par une grande diversité³⁸. Les opinions différaient beaucoup au sujet du concept lui-même. De plus, les *définitions* du thalweg variaient largement. Le droit international et la pratique des Etats n'offraient donc guère de base solide en 1890, date du traité, pour étayer une thèse aussi radicale que la première proposition du Botswana. Indépendamment de ces considérations doctrinales, le Botswana ne tient pas compte du fait que dans un cours d'eau non navigable comme le Chobe, le thalweg n'est pas déterminé en fonction de la ligne des sondages les plus profonds, sans parler de «l'axe du chenal le plus accessible aux navires du plus fort tonnage pour suivre le cours d'eau vers l'aval».

16. Deuxièmement, contrairement à l'impression que le Botswana veut créer, la profondeur n'est assurément pas le seul critère déterminant qu'un chenal est le chenal principal. En fait, une analyse d'un nombre représentatif d'écrits d'auteurs éminents³⁹ relatifs au concept de thalweg montre que les définitions qui se limitent à la profondeur sont peu nombreuses⁴⁰. La majorité des auteurs définit le thalweg comme la ligne médiane que les navires suivent en descendant le cours d'eau. Cette définition est souvent modifiée par une référence au courant le plus fort, non pas accidentellement soit dit en passant, mais le courant le plus fort est par lui-même présenté aussi

³⁷Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, par. 56-57.

³⁸Réplique de la Namibie, vol. III, annexe 5.

³⁹Pour des indications sur ces auteurs, voir le contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 9.

⁴⁰Parmi les publicistes à classer dans cette catégorie figurent W.E. Hall, P. Resch, C. Gareis, contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 9, p. 83, 86 et 90 respectivement; trad. fr. p. 60, 61 et 64.

comme un critère de définition⁴¹. Enfin, certains publicistes font également observer que le chenal le plus profond peut, pour toutes sortes de raisons, être impropre à la navigation et que, par conséquent, les navires empruntent un autre chenal. Le thalweg est alors la ligne médiane du chenal effectivement utilisé⁴². La même approche est adoptée par la Cour suprême des Etats-Unis⁴³. Il ressort clairement de ces sources que si le concept de thalweg est utilisé pour déterminer une frontière fluviale, c'est en raison du souci des parties de s'assurer un accès égal au chenal navigable ou à celui qui est le plus utilisé. Elles ne s'intéressaient pas à la profondeur pour elle-même mais parce que celle-ci est liée à la navigabilité — à la possibilité concrète de naviguer. C'est la navigabilité d'un cours d'eau qui permet à des navires réels de se livrer à des activités de transport fluvial et non celle de cours d'eau qui n'ont jamais vu et selon toute probabilité ne verront jamais passer aucun navire du plus fort tonnage.

037

17. Pourtant, le Botswana voit dans la navigabilité le critère décisif pour identifier le thalweg. Comme dans les écritures du Botswana, aussi bien lady Fox que M. Talmon ont inlassablement martelé que la navigabilité était le critère du thalweg. En fait, M. Brownlie, dans sa déclaration finale, a décrit le chenal nord-ouest comme susceptible de devenir une artère importante voire vitale, semblant ainsi évoquer pour la région un destin de pôle commercial très actif. Mais ainsi que la Namibie l'a montré auparavant et M. Chayes ce matin de la façon la plus frappante, ni le chenal nord, ni le chenal sud n'ont un tel potentiel.

18. Comme le Botswana lui même l'a fait observer, les utilisations du Chobe doivent être établies à la lumière des besoins de l'économie régionale et, assurément, locale. C'est ce qui s'impose puisque, quelle que soit la navigabilité des deux chenaux qui contournent l'île, les navires ne peuvent parcourir qu'une quinzaine de kilomètres. Même en faisant un gros effort d'imagination,

⁴¹Voir par exemple *J. C. Bluntschli, E. v. Carathodory, A. Chrétien, J. Westlake, C.C. Hyde, A.S. Hershey, L. v. Neumann, E. P. Engelhardt*, contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 9, p. 83, 84, 86, 87, 88; trad. fr., p. 59, 60, 61, 62, 63.

⁴²Voir *H.W. Halleck, E.S. Creasy*, contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 9, p. 82, 83; trad. fr., p. 59, 60.

⁴³Voir la référence dans la plaidoirie orale de la Namibie, CR 99/1, p. 53.

on ne saurait envisager sur le Chobe la possibilité d'un important trafic fluvial impliquant «des navires du plus fort tonnage». De plus, comme M. Kawana l'a expliqué, la zone contestée ferait partie de la zone communautaire couverte par le programme de protection de la nature qui exclut un type de mise en valeur aussi massif.

19. Troisièmement, le Botswana affirme à tort que le rapport sur le levé commun a établi «que le thalweg se situe dans le chenal nord». Ce rapport, M. Brownlie l'a montré, n'avait, pour commencer, aucune portée juridique. En outre, la Namibie a démontré grâce aux différents rapports (principal et supplémentaires) de M. Alexander que les analyses et mesures effectuées alors n'étaient pas valables. Par ailleurs, ceux qui avaient la responsabilité d'effectuer ce levé ne se sont pas vraiment acquittés de leur tâche. Ils devaient mesurer le débit dans le chenal principal. En fait c'est la profondeur qu'ils ont mesurée.⁴⁴

20. Il convient de tirer une conclusion importante des considérations qui précèdent. Ni le texte du paragraphe 2 de l'article III en lui-même ni le critère de la profondeur en tant que tel ne permet de trancher la question de savoir lequel des deux chenaux qui contournent l'île de Kasikili ou des trois chenaux est le chenal principal. De plus, la navigabilité sur le chenal ouest et nord ne peut être établie en termes de trafic fluvial transrégional ou régional important de navires «du plus fort tonnage». Comme le Botswana lui-même l'a laissé entendre, les utilisations du Chobe y compris la navigation doivent être établies en fonction des besoins régionaux et locaux de l'économie et des populations concernées. Et ces utilisations de la rivière sont les ressources auxquelles un accès égal doit être assuré conformément à la logique qui sous-tend les réglementations relatives aux frontières fluviales.

Pour finir, de brèves observations sur l'objet et le but.

⁴⁴Voir les comptes rendus de la réunion de Pretoria du 19 décembre 1984, mémoire du Botswana, volume III, annexe 46, page 377, selon lequel M. Fitschen a déclaré que «les topographes ... peuvent déterminer le courant du segment principal».

III. L'objet et le but du traité de 1890 et du paragraphe 2 de son article III

21. Sur ce point quelques remarques seulement sont pertinentes à ce stade parce que la Namibie a déjà exposé son argumentation à ce sujet. Comme indiqué auparavant, l'objectif global du traité était la détermination sur une grande échelle des sphères d'influence des puissances coloniales. De plus, il est également clair que les deux parties au traité s'intéressaient à l'accès au Zambèze. Le Botswana fait valoir que le traité avait aussi pour objet d'assurer l'accès des deux parties à la navigation sur le Chobe. A l'appui de cette thèse, il mentionne le désir notoire de l'Allemagne d'accéder au Zambèze. Et, donc, le Botswana croit en trouver confirmation dans le fait qu'une version antérieure du paragraphe 2 de l'article III demandait un accès de l'Allemagne au Zambèze «par le Chobe». En fait, M. Brownlie se soucie tellement des aspirations des parties en matière de navigation qu'il oublie simplement que les mots «accès par le Chobe» ont été remplacés par le texte final qui prévoit un accès «par une bande de territoire». M. Talmon est plus prudent et reconnaît que les mots employés dans le traité ne sont pas les mêmes que dans le projet. Il interprète toutefois le changement manifeste du mode d'accès qui de fluvial devient terrestre comme un moyen de renforcer l'accès de l'Allemagne au Zambèze et non d'éliminer l'accès par voie navigable. Mais la question de savoir si le texte final du paragraphe 2 de l'article III renforce ou diminue l'accès de l'Allemagne au Zambèze n'a guère de pertinence pour l'importance du Chobe comme voie d'accès. Au minimum, le remplacement dans le traité de l'accès fluvial par l'accès terrestre réduit le rôle du Chobe.

0 3 9

22. Toutes ces considérations sont d'ailleurs hors de propos. Les Parties à la présente instance en conviennent, les négociateurs connaissaient mal ou de façon imprécise la zone où se trouve l'île de Kasikili. Par ailleurs, il est devenu clair, après la conclusion du traité de 1890 et au cours du siècle qui s'est écoulé depuis lors que, indépendamment de ce que les négociateurs avaient à l'esprit, les circonstances objectives sont telles qu'il n'y a jamais eu de trafic fluvial au sens d'échanges importants entre régions. Comme M. Chayes l'a montré ce matin, des contemporains tels que Streitwolf ont navigué sur le Chobe en pirogue et, même ainsi, non sans se heurter à de gros

obstacles. Il faut donc établir ce que la disposition relative à la frontière fluviale figurant au paragraphe 2 de l'article III signifie aujourd'hui à la lumière de l'objet et du but de celui-ci. La Namibie maintient sa position selon laquelle il s'agit d'assurer un accès égal aux utilisations et aux ressources du Chobe telles qu'elles se sont concrétisées au fil du temps. Parmi celles-ci, le tourisme occupe maintenant une position de premier plan et il en sera ainsi dans l'avenir prévisible.

23. Comme la Namibie l'a montré, c'est le chenal sud qui répond le mieux aux attentes des touristes. C'est le chenal principal car le plus utilisé. A la lumière de l'objet et du but du traité de 1890 et du paragraphe 2 de son article III — assurer un accès égal aux ressources et aux utilisations du Chobe —, c'est le long du centre ou thalweg du chenal qui contourne l'île de Kasikili par le sud que la frontière doit se situer. Lui donner un nouveau tracé conforme aux revendications du Botswana serait incompatible avec les objectifs du traité. Ce serait également contraire au principe général de partage équitable des ressources des cours d'eau frontaliers tel qu'il a été énoncé par la Cour en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*.

Monsieur le président, telle est la conclusion de mon exposé. M. Chayes doit me succéder, mais je me demande si le moment de faire une pause n'est pas venu.

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

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

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. Monsieur Chayes.

040

M. CHAYES : Merci, Monsieur le président.

22. CONCLUSION

Plaise à la Cour.

Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour.

1. Comme c'est la dernière fois que je prendrai la parole dans la présente affaire, permettez-moi de vous remercier tous de la courtoisie et de l'attention sans faille avec lesquelles vous m'avez écouté — pendant de très longues heures, je le crains — ainsi que de la bienveillance avec laquelle vous avez toléré mes écarts occasionnels.

2. Il est de tradition pour le conseil chargé de présenter l'argumentation finale d'exposer de nouveau la thèse de la partie, en résumant les points principaux de l'argumentation sous une forme, espérons-le, bien structurée et convaincante, avec peut-être quelques envolées lyriques en guise de conclusions. La Namibie a évidemment présenté sa thèse de cette manière systématique un certain nombre de fois dans ses écritures, d'abord dans son mémoire et ensuite dans son contre-mémoire et sa réplique, tout particulièrement dans les introductions de ces documents. C'est ce que j'ai fait une fois de plus dans mon exposé liminaire au cours de la présente procédure orale. Je m'en tiendrai maintenant à l'essentiel.

3. Tout part de la question soumise par les Parties à la Cour :

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

Cet énoncé nous renvoie au passage pertinent du texte du traité, le paragraphe 2 de l'article III, qui place la frontière en anglais «*in the centre of the main channel of [the River Chobe]*» — et en allemand «*im Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*» [au centre du chenal principal du [Chobe]]. La Namibie soutient que cette formulation commande clairement d'adopter une démarche en deux temps : il faut d'abord identifier le chenal principal autour de l'île de Kasikili et ensuite en déterminer le centre.

4. Le texte du traité ne fournit aucun indice quant au sens à attribuer aux mots «le chenal principal», aussi la Namibie fait-elle appel aux règles classiques de l'interprétation des traités. La première de celles-ci est le sens ordinaire des termes du traité. La Namibie fait valoir que les mots «le chenal principal» employés dans leur sens ordinaire visent le chenal qui achemine la plus grande partie des eaux de la rivière ou celui où transite la plus grande partie du trafic ou les deux. La

0 4 1

Namibie a produit une masse importante d'éléments de fait démontrant, tant du point de vue de l'hydrologie actuelle de la rivière que de ses origines géomorphologiques, que, lorsque de l'eau s'écoule dans le Chobe, la plus grande proportion de celle-ci passe par le chenal situé au sud de l'île. Nous avons également établi, au moyen des éléments de preuve photographiques et des dépositions des témoins oculaires, que la plus grande partie du trafic sur la rivière, assuré par des bateaux à fond plat transportant des touristes pour observer les animaux sauvages dans le parc national du Chobe, emprunte le chenal sud. Pour la Namibie donc, si l'on se fonde sur le sens ordinaire des termes, le chenal principal du Chobe autour de l'île de Kasikili passe au sud de l'île.

5. L'objet et le but en cause du traité étaient, comme on vient de vous le dire, d'assurer une égalité d'accès des deux Etats riverains aux ressources de la rivière, qu'il s'agisse de la navigation ou de tout autre aspect. Comme ces ressources sont concentrées dans le chenal sud, cette méthode d'interprétation conduit aussi à situer la frontière au sud de l'île.

6. La Namibie s'est également efforcée de trouver un appui pour cette interprétation dans la pratique ultérieurement suivie par les parties dans le cadre du traité. A nos yeux, cette pratique se compose de deux éléments : en premier lieu, le comportement des gens de l'endroit qui vivaient sous le régime du traité et, en deuxième lieu, les actions, réactions et inactions des fonctionnaires des parties en ce qui a trait à la situation sur place. Dans le droit fil de cette analyse, la Namibie a démontré que les Masubia du Caprivi oriental avaient occupé l'île de 1890 jusqu'au milieu des années soixante au moins. Elle était considérée par tous comme faisant partie du territoire traditionnel des Masubia du district de Kasika. Au début de cette période, ceux-ci vivaient pendant la saison sèche sur l'île, où ils plantaient et semaient et vaquaient à leurs activités quotidiennes. Pendant l'inondation annuelle de l'île, ils se mettaient à l'abri sur les hauteurs à Kasika pour revenir après la décrue des eaux. Longtemps après avoir cessé d'entretenir les habitations qu'ils occupaient sur l'île pendant la saison sèche, ils ont continué de labourer les champs qui s'y trouvaient et d'y faire paître leurs troupeaux.

0 4 2

7. Ces activités se sont exercées sous la férule des autorités masubia indigènes — le chef, son *kuta* et les *indunas*, ou représentants locaux. Ils disposaient d'une large autorité politique, ayant notamment compétence pour connaître des litiges opposant des membres de la collectivité ainsi que le pouvoir d'attribuer des terres en vue de les cultiver, la principale ressource de la collectivité. Dès que les premiers fonctionnaires allemands sont arrivés en 1909, ceux-ci ainsi que leurs successeurs ont incorporé ces institutions locales au régime d'administration coloniale en se servant de ces autorités comme rouages pour exercer leur domination. Tous ces faits sont bien connus des autorités du Bechuanaland, installées à un jet de pierre de l'autre côté de la rivière, à Kasane. Or, celles-ci n'ont élevé ni objections ni protestations du moins jusqu'en 1948, soit près d'un demi-siècle après la conclusion du traité. Il ressort de cette imbrication d'éléments que les parties s'accordaient à reconnaître que le traité, interprété comme il se doit, attribuait l'île de Kasikili à la Namibie.

8. Les cartes utilisées par les autorités politiques responsables de la région confirment cette interprétation. Les cartes officielles établies par l'Allemagne, la Grande-Bretagne, l'Afrique du Sud et l'Organisation des Nations Unies placent toute la frontière dans le chenal sud ou indiquent autrement que l'île de Kasikili est en Namibie.

9. Enfin, et à titre subsidiaire, ces mêmes faits répondent aux conditions voulues pour acquérir un titre par prescription : occupation publique et notoire du territoire pendant une longue période, exercice de la souveraineté sur ce territoire et acceptation ou acquiescement par l'autre partie.

10. Je pourrais de nouveau à ce stade exposer en détail cet enchaînement d'éléments. Mais la Cour a déjà lu ou entendu cet exposé au moins trois fois, c'est peut-être assez. Je me propose donc d'adopter une démarche différente, une nouvelle optique pour examiner ces éléments. Je serai malheureusement contraint à quelques répétitions pour lesquelles je demande sincèrement l'indulgence de la Cour. Aussi étrange que cela puisse paraître, l'échange des pièces écrites et les plaidoiries en l'espèce ont joué le rôle qui leur était assigné en théorie. Elles ont permis d'identifier un certain nombre de points clés que les Parties s'accordent à reconnaître comme capitaux pour l'issue de la présente affaire et à l'égard desquels ils ont adopté des positions opposées. Je crois

qu'il serait fort utile pour la Cour que j'expose ces points et examine les éléments de preuve et moyens présentés de part et d'autre. La Cour pourra alors, comme elle le fera certainement, tirer ses propres conclusions pour décider quelle partie l'emporte sur chacun de ces points.

11. Les points que je me propose d'examiner sont les suivants :

1. les caractéristiques de la rivière;
2. le texte du traité de 1890;
3. les critères pour identifier le chenal principal;
4. l'occupation et l'utilisation de l'île de Kasikili;
5. les cartes;
6. les opinions des fonctionnaires locaux;
7. l'importance qu'il convient d'attribuer à l'accord Trollope/Dickinson;
8. l'importance qu'il convient d'accorder aux pourparlers de 1984-1986 entre le Botswana et l'Afrique du Sud au sujet de l'échange de coups de feu dans le chenal sud;
9. où se trouve «le centre ?»

043

* * *

1. Les caractéristiques de la rivière

12. Nous avons déjà examiné cet aspect ce matin, point n'est donc besoin de le faire à nouveau. En bref, le Botswana prétend que le Chobe est une rivière pérenne avec un écoulement continu vers l'aval en toute saison de l'année, de Kongola au nord-ouest jusqu'à son confluent avec le Zambèze. La Namibie, elle, soutient que la rivière est à sec sur une grande partie de son cours en toutes saisons de l'année et ne saurait être qualifiée de rivière pérenne.

13. Le Botswana avance à l'appui de sa position le fait que le Chobe est représenté par une ligne continue sur toutes les cartes, y compris sur la carte accompagnant le traité. (Il n'a pas encore eu l'occasion de répondre à la carte de 1983, sur laquelle on constate que le tracé de la rivière s'interrompt en amont et en aval du lac Liambezi.) La Namibie se fonde sur des éléments de preuve

photographiques montrant la présence de sections à sec du lit de la rivière ainsi que sur des rapports des services des eaux des deux Etats précisant que la rivière a été à sec sur ce même tronçon depuis au moins 1983 et pendant des périodes de même durée pratiquement depuis le début du siècle. Ces conclusions sont confirmées par des rapports indépendants. M. Richards affirme qu'on a connu des périodes de sécheresse similaires en des temps plus éloignés, remontant au moins au XVIII^e siècle. Il ne semble y avoir guère de doute que, sur ce point, la preuve appuie de façon écrasante la position de la Namibie.

14. Question corollaire : les caractéristiques de la rivière autour de l'île de Kasikili. Le Botswana soutient qu'il y a un écoulement continu vers l'aval dans le chenal nord pendant toute l'année. Pour la Namibie, les deux chenaux autour de l'île sont stagnants pendant la saison sèche. A l'appui de sa position, la Namibie fait remarquer qu'il n'y a aucun apport d'eau en provenance de l'aval au cours de cette période. S'il n'y a pas d'apport d'eau, il ne peut y avoir d'eau qui transite par ce chenal. Les eaux dans les chenaux stagnent au niveau uniforme dicté par la régulation exercée en aval par les rapides de Mambova. Le Botswana n'a identifié aucune autre origine pour les eaux qui, prétend-il, s'écoulent dans les chenaux pendant la saison sèche. Il a toutefois procédé à des mesures de débit au cours de certains mois de la saison sèche. Ces vitesses d'écoulement, comme je l'ai dit plus tôt, avoisinent 0,02 m/s dans le chenal sud et sont légèrement plus élevées dans le chenal nord. La Namibie a contesté la fiabilité de ces mesures, notamment parce qu'elles sont proches ou en deçà du seuil de sensibilité maximale de l'appareil de mesure. Quoi qu'il en soit, la Namibie fait valoir que des vitesses de l'ordre de 2 centimètres par seconde correspondent à la définition d'un chenal essentiellement stagnant. De nouveau, je soutiens que les éléments de preuve penchent en faveur de la Namibie.

0 4 4

2. Le texte du traité de 1890

15. Ce point vient aussi d'être examiné par M. Delbrück, j'essaierai donc d'être bref. La Namibie estime que la formule utilisée au paragraphe 2 de l'article III du traité — "*the centre of the main channel*" ou en allemand «*im Hauptlauf dieses Flusses*» [le centre du chenal

principal] — contient deux éléments distincts : «chenal principal» ou «*hauptlauf*» [chenal principal] et "centre" ou «*thalweg*» [centre]. Il faut donner à chacun de ces éléments une signification indépendante. On peut y parvenir d'une manière simple si l'on conçoit la tâche d'appliquer cette formule comme une démarche en deux temps. Il faut d'abord identifier le chenal principal puis en déterminer le "centre" ou «*thalweg*». Le Botswana soutient par contre que l'expression anglaise "*centre of the main channel*" «centre du chenal principal», considérée comme un tout, vise le *thalweg* de la rivière. Cette démarche présente l'inconvénient d'obliger la Cour à ne pas tenir compte des mots «*im Hauptlauf*» dans le texte allemand. La Namibie affirme que les règles d'interprétation des traités exigent d'attribuer un sens à tous les mots du traité et qu'aucun ne saurait être écarté. Cette règle revêt une importance particulière en l'espèce car il ressort des travaux préparatoires que ces mots capitaux ont été insérés délibérément dans le texte à la toute dernière minute. Les écarter du traité, même s'il ne s'agit que de la version allemande, reviendrait donc à écarter les mots mêmes que les rédacteurs ont délibérément insérés. La balance semble donc de nouveau pencher en faveur de la Namibie. Il se peut que ce fait ne revête qu'une importance pratique restreinte mais le Botswana semble toutefois avoir accepté au cours de la procédure orale la position de la Namibie selon laquelle le traité prévoit une démarche en deux temps : il faut d'abord identifier le chenal principal, puis son centre ou *thalweg*⁴⁵.

045 3. Les critères pour identifier le chenal principal

16. Les Parties semblaient d'abord s'accorder pour dire que «le chenal principal est celui qui transporte la plus grande quantité d'eau»⁴⁶, la Namibie l'a affirmé à de très nombreuses reprises. Le Botswana a toutefois aussi insisté sur l'importance tant de la profondeur que de la navigabilité

⁴⁵CR 99/9, p. 22.

⁴⁶Contre-mémoire du Botswana, par. 385; voir aussi le mémoire de la Namibie, par. 157.

pour déterminer le chenal principal. Les deux Parties ont examiné en pratique ces trois critères. Comme il semble y avoir un lien entre eux en pratique, il convient donc de les examiner tous les trois ici.

a) *Le chenal qui achemine la plus grande partie du débit*

17. Le Botswana affirme qu'une plus grande proportion du débit passe par le chenal nord pendant toute l'année. La Namibie dit, elle, que la période à considérer est celle des hautes eaux, lorsque les eaux de débordement du Zambèze s'écoulent vers le sud à travers la plaine d'inondation pour se déverser dans le lit du Chobe dans sa section qui va de l'île au pont de Ngoma. C'est la seule période où la rivière transporte un volume d'eau important. Pendant cette période, soutient la Namibie, l'essentiel des eaux s'écoule dans un chenal défini sur sa droite par la rive bordée d'arbres au pied de l'arête du Chobe, et sur sa gauche par une bande de terrain surélevée traversant la partie inférieure de l'île d'ouest en est. Pour la Namibie, c'est là le chenal principal. Le chenal sud, tel qu'il apparaît sur les photographies aériennes prises au cours de la saison sèche et sur les cartes qui en sont dérivées, est le thalweg du chenal principal.

18. A l'appui de sa position, la Namibie invoque plusieurs facteurs :

1) *La configuration générale de la rivière aux abords de l'île de Kasikili à l'ouest.* Le volume d'eau de la rivière juste en amont de l'île au cours de la saison humide de la période des hautes eaux est manifestement trop important pour être contenu dans le thalweg nord ou sud. En revanche, le chenal principal, comme je viens de le définir il y a un instant, est un prolongement du chenal de la rivière aux abords de l'île, il a la même largeur et est orienté dans le même sens et comporte dans son lit des barres de sédiments orientées de la même façon que celles qui garnissent la rivière juste en amont de l'île.

2) *La géographie générale de la région.* La plaine d'inondation du Zambèze dessine une pente orientée de façon générale vers le sud jusqu'à ce qu'elle vienne se heurter contre une dépression de type faille normale au pied de l'arête du Chobe qui délimite grosso modo le lit du

046

Chobe. Il semble — c'est l'intuition qui nous guide — que les eaux de débordement du Zambèze suivraient la pente de la plaine d'inondation jusqu'à ce qu'elles atteignent cet accident géographique en passant au sud de l'île.

3) *Les photographies aériennes prises tant au cours de la saison sèche que pendant la période des hautes eaux.* La Namibie soutient que, sur les photographies qui ont été prises au cours de la saison sèche, on aperçoit une configuration s'étendant en travers du tiers sud de l'île, qui correspond au cours du chenal principal que je viens d'identifier il y a quelques instants — je vous ai évidemment montré la diapositive comportant ces photographies avant l'exposé de M. Delbrück. Pour la Namibie, ces photographies prises en 1997 et 1998 au cours de la période des hautes eaux montrent que le chenal est rempli d'eau d'une rive à l'autre. On y voit également, selon la Namibie, des brèches dans la rive droite du chenal nord par lesquelles les eaux sortent de ce chenal pour aller se déverser dans le chenal principal. En période de très hautes eaux, celles-ci débordent les rives des deux chenaux.

4) *Les observations personnelles.* C'est le quatrième facteur que la Namibie avance pour démontrer que la plus grande partie du débit passe par le chenal sud. Les photographies, et tout particulièrement le film vidéo, montrent un fort courant s'écoulant vers l'aval dans le chenal sud au cours de la période des hautes eaux de 1998 et des eaux calmes dans le chenal nord à la même époque. Le film vidéo et les observations faites sur place confirment également la présence des brèches dans la rive droite du chenal nord que nous avons vues sur les photographies aériennes. Les tests effectués à l'aide d'un colorant au cours de la même période montrent que le courant est très faible dans le chenal nord, sauf juste à l'est de Kasika/Kabuta où les eaux de débordement viennent directement de la plaine d'inondation du Zambèze pour se déverser dans le tronçon oriental du chenal nord. La Namibie soutient que ce volume d'eau supplémentaire ne devrait pas être pris en compte pour calculer le débit du chenal nord, car il ne provient pas du Chobe en amont de l'île ni ne s'écoule dans celui-ci.

5) *Erosion et sédimentation*. M. Alexander signale la présence de zones d'érosion et de dépôts dans le chenal sud, qui, pour lui, sont des indices d'un chenal actif. Il n'y a aucun signe d'érosion ou de dépôt dans le chenal nord au-delà de la zone située à proximité de son entrée, là où le chenal principal le submerge. Il s'agit là, selon M. Alexander, d'un indice d'une absence d'écoulement dans le chenal nord. Le Botswana convient qu'il n'y a aucun indice de dépôt ou d'érosion dans le chenal nord, mais fait valoir que ce fait ainsi que la configuration plus régulière de ce chenal indiquent un débit plus élevé à cet endroit.

0 4 7

6) *La géomorphologie de la région*. Se fondant en partie sur les données figurant dans les annexes du mémoire du Botswana ainsi que sur l'étude des carottages effectués sur l'île par M. Sefe, l'expert du Botswana, M. Richards, l'expert de la Namibie, parvient aux conclusions suivantes :

- premièrement, le chenal actuel du Chobe en aval de Kabulabula était occupé auparavant par le Zambèze qui a migré vers son lit actuel situé au nord il y a mille ans environ;
- deuxièmement, dans le cours qu'il suivait à l'origine au sud, le Zambèze a tracé la série de grands méandres qui caractérisent le tracé actuel du fleuve en aval de Kabulabula;
- troisièmement, le chenal nord à hauteur de l'île de Kasikili était à l'origine la quatrième boucle de cette série de méandres. A cette époque, la rivière passait au nord de l'île actuelle, d'abord par le chenal en épi et ensuite par le tronçon occidental de l'actuel chenal nord;
- quatrièmement, peu avant que le Zambèze ne migre vers son cours actuel, il s'est produit une avulsion dans le col du méandre de Kasikili, qui a donné naissance à l'île de Kasikili. Ce nouveau chenal est devenu le chenal principal dont le cours traversait le tiers sud de l'île comme nous l'avons déjà indiqué;
- cinquièmement, le chenal nord est devenu un méandre recoupé qui s'ensable lentement à son extrémité aval. Il ne saurait donc être le chenal principal.

19. Ce sont là les six facteurs que la Namibie avance à l'appui de sa thèse selon laquelle le chenal sud achemine la plus grande partie du débit. Exception faite des mesures de débit dont nous parlerons dans un instant, le Botswana fonde sa position sur des comparaisons du chenal nord et

du thalweg sud d'après des images satellites et des photographies aériennes prises en saison sèche. Il affirme que l'on peut y constater des différences pour ce qui est de la largeur, de l'érosion et d'autres caractéristiques qui sont autant d'indices d'un débit plus élevé dans le chenal nord. Les comparaisons les plus complètes se trouvent aux paragraphes 390 à 453 du contre-mémoire du Botswana. Mais le Botswana n'a fourni aucune évaluation de ces photographies ou images satellites par un expert possédant les compétences voulues pour interpréter ces documents.

048

20. Les deux Parties ont procédé à des mesures de débit autour de l'île, comme vous le savez, en période de hautes eaux. Chacune a critiqué les mesures effectuées par l'autre au motif principal que les sites avaient été mal choisis. M. Alexander a exposé les critiques formulées par la Namibie dans son exposé oral⁴⁷ et je suis revenu sur ce point dans mon exposé liminaire⁴⁸ ainsi que de nouveau ce matin. Ces critiques sont développées de manière plus ample dans le deuxième rapport supplémentaire de M. Alexander, aux paragraphes 6.27 à 6.29. Les critiques exprimées par le Botswana à l'égard des mesures effectuées par la Namibie ont été exposées par lady Fox et figurent à la page 53 du CR 99/8.

21. Les considérations qui suivent peuvent entrer en ligne de compte pour évaluer ces séries de mesures divergentes. Le contre-mémoire du Botswana et les rapports de M. Sefe examinent de façon détaillée l'évolution géomorphologique de la région du Chobe, faisant souvent appel aux mêmes sources que celles que M. Richards a invoquées. Mais aucun effort n'est fait nulle part pour établir un lien entre cette histoire plus ancienne et les caractéristiques et le fonctionnement actuels du cours inférieur du Chobe au voisinage de l'île de Kasikili. A l'appui de ses conclusions sur les mesures de débit qu'il a effectuées, le Botswana n'offre qu'une comparaison peu révélatrice et, selon moi, superficielle de photographies aériennes et d'images satellites dont j'ai déjà parlé. Les mesures de débit effectuées par la Namibie par contre sont étayées par la masse des données et des analyses mentionnées plus haut qui les corroborent. Il est établi un lien positif entre la description des

⁴⁷CR 99/2, p. 37-39.

⁴⁸CR 99/1, p. 43-45.

origines géomorphologiques du cours inférieur du Chobe et les caractéristiques actuelles de la rivière, cette description venant renforcer la thèse selon laquelle la plus grande proportion des eaux de la rivière passe au sud de l'île en périodes de débit important.

22. Il appartiendra en dernière analyse à la Cour d'apprécier la fiabilité de ces mesures de débit qui entrent en conflit et de déterminer la valeur qu'il convient de leur accorder. C'est peut-être le moment à ce stade de rappeler l'affaire *Libye/Malte*, citée à la Cour par M. Brownlie dans ses observations liminaires dans le CR 99/6, aux pages 48 et 49. L'antienne reprise par M. Brownlie était essentiellement que la Cour, pour trancher des différends frontaliers, ne devrait pas se plonger dans l'évaluation de données scientifiques. Vous voudrez bien me permettre de faire remarquer que l'enseignement que M. Brownlie tire de l'affaire *Libye/Malte* a une portée beaucoup trop large. En premier lieu, la Cour a *effectivement* examiné dans cette affaire les données scientifiques et était parfaitement en mesure de parvenir à une conclusion sur ces données, qui était que la Libye ne s'était pas acquittée du fardeau de la preuve qui lui incombait. En deuxième lieu, la question scientifique qui se posait dans l'affaire *Libye/Malte* était l'existence d'une «zone d'effondrement» constituée par une «limite de plaque tectonique» engendrant une «discontinuité fondamentale» au fond de la Méditerranée. Avec tout le respect qui se doit pour les experts des deux Parties en l'espèce, j'oserai émettre l'avis que le comportement d'une plaque tectonique est un sujet bien plus abstrus, incertain et théorique que la mesure du débit d'un cours d'eau, voire l'analyse de l'hydrologie d'un réseau hydrographique. La Cour, tout comme les autres juridictions n'importe où dans le monde aujourd'hui, s'est montrée pleinement capable d'aborder des questions scientifiques difficiles⁴⁹. Comment pourrait-il en être autrement si la Cour veut jouer le rôle qui lui revient au sein d'une société internationale de plus en plus marquée par la science et la technique.

0 4 9

⁴⁹Voir par exemple les décisions dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, et dans l'affaire de la *Laguna del desierto (Argentine/Chili)*, *International Law Reports*, vol. 113.

Vous vous rappellerez que j'avais dit que les Parties avaient retenu trois critères pour identifier le chenal principal : le premier était le volume de débit et le deuxième critère pour déterminer le chenal principal était la profondeur, sur lequel je reviens maintenant.

b) La profondeur en tant que critère permettant d'identifier le chenal principal

23. Sur le plan des faits, le Botswana affirme que la profondeur moyenne dans le chenal nord est supérieure d'un peu plus d'un mètre à celle du chenal sud en se fondant sur les mesures effectuées lors du levé commun de 1985. Sur le plan du droit, il fait valoir que la frontière, le long d'un cours d'eau navigable, suit le thalweg, et que celui-ci se situe dans le chenal le plus profond, du point de vue du droit comme du critère de navigabilité.

24. La réponse de la Namibie est triple. Elle note en premier lieu qu'il n'existait en 1890 aucune règle de droit en vertu de laquelle le thalweg d'un cours d'eau décidait du chenal principal ou de la frontière, en particulier sur un cours d'eau non navigable tel que le Chobe⁵⁰. Deuxièmement, elle dit que le concept de thalweg n'est pas exclusivement lié à la profondeur relative, mais fait aussi intervenir le volume d'écoulement et le volume du trafic⁵¹. C'est ce que suggère également le sens ordinaire des mots «chenal principal». Troisièmement, elle fait observer que, si l'on considère que la profondeur est une indication de la navigabilité, le critère déterminant n'est pas sa valeur moyenne, mais sa valeur minimale.

050

25. Au point le moins profond mesuré dans chaque chenal lors du levé de 1985, la profondeur était approximativement de 2,5 mètres dans le chenal nord et de 1,6 mètre dans le chenal du thalweg situé au sud soit une différence en faveur du Botswana d'environ 1 mètre. A cela, la Namibie rétorque, tout d'abord, qu'il n'est pas clairement établi que les mesures de profondeur minimales effectuées lors du levé l'ont été aux points les moins profonds du cours d'eau. Les auteurs du levé n'avaient pas pour but de déterminer l'emplacement de ces points. Certaines

⁵⁰Les sources pertinentes sont analysées dans le contre-mémoire de la Namibie, par. 54-58; voir aussi contre-mémoire de la Namibie, annexe 9.

⁵¹Les sources pertinentes sont analysées dans le contre-mémoire de la Namibie, par. 59-66.

indications, fondées sur les chemins que suivent les animaux pour traverser les deux chenaux, tendent à montrer qu'il existe des points de passage encore moins profonds, où le rapport entre les deux chenaux se trouve à cet égard inversé⁵². Les références sont fournies en marge. Quoi qu'il en soit, de l'avis de la Namibie, les embarcations qui circulent effectivement sur ce tronçon de la rivière — des bateaux de touristes d'un très faible tirant d'eau — peuvent naviguer aussi bien dans l'un ou l'autre chenal, et opèrent pour la plupart dans le chenal sud. Dans ces circonstances, déclare la Namibie, il serait arbitraire de situer la frontière sur la seule base d'une différence absolue de 1 mètre entre les deux chenaux.

26. Il est donc clair que cette série de questions sur lesquelles les Parties s'opposent ne peut être résolue sans prendre en considération le problème de la navigabilité. J'en viens par conséquent au troisième critère permettant d'identifier le chenal principal : la navigation et l'utilisation de la rivière.

c) *Navigation et utilisation de la rivière*

27. Le Botswana soutient que l'un des principaux buts et objets du traité de 1890 était de garantir l'accès aux voies navigables de la région. Le chenal navigable d'un cours d'eau, affirme-t-il, est celui qu'empruntent les bateaux de plus fort tonnage en direction de l'aval. Cette formulation est celle d'un certain nombre d'auteurs du XIX^e siècle. Le Botswana fait aussi valoir que le chenal navigable doit être déterminé en tenant compte de l'éventualité d'un futur développement commercial et industriel de la région.

28. Les plus grosses embarcations qui auraient circulé dans cette section du Chobe sont, nous dit-on, le *Zambezi Queen* et, peut-être, les trains de bois remorqués par la Zambezi Transport and Timber Company de M. Ker. J'ai montré ce matin que le *Zambezi Queen* n'est pas réellement un bateau, mais un hôtel flottant amarré devant le King's Den Lodge.

⁵²Réplique de la Namibie, second rapport complémentaire, sect. 11 et fig. 13.

051

29. Quant à M. Ker, il a obtenu en 1947 l'autorisation de faire circuler ses trains de bois sur le chenal nord. Ces trains de bois étaient remorqués par des péniches de débarquement provenant des surplus de la deuxième guerre mondiale et avaient un tirant d'eau inférieur à 90 centimètres. On ignore si M. Ker a jamais mis à profit cette autorisation et, si oui, avec quelle fréquence. De toute manière, l'exploitation de bois qu'il prévoyait de desservir a fermé ses portes au début des années cinquante. Nous n'avons retrouvé aucune trace d'un quelconque trafic commercial postérieur à cette date sur le cours inférieur du Chobe en amont de Kasane.

30. La Namibie, d'autre part, soutient que le cours inférieur du Chobe ne peut d'aucune façon être considéré comme une voie navigable, ainsi qu'elle l'a amplement démontré ce matin. Qui plus est, il n'offre aucune perspective de trafic fluvial à grande échelle. Au contraire, comme cela a été également démontré à plusieurs reprises, la principale industrie dans la région est le tourisme, et la plus grosse partie du trafic touristique emprunte le chenal sud. De fait, le Botswana admet que les bateaux de touristes peuvent naviguer en toute sécurité dans le chenal sud (voir CR 99/6, p. 14).

31. Sur cette base, la Namibie soutient que le chenal sud est celui qui est le plus utilisé au regard des besoins de l'économie régionale et qu'il constitue donc le chenal navigable. De plus, de l'avis de la Namibie, la jurisprudence et la littérature relatives aux frontières fluviales mettent fortement l'accent sur le principe de l'égalité d'accès des deux Etats riverains aux ressources du cours d'eau, notamment en matière de navigation. En ce sens, la Namibie reconnaît que l'un des buts et objets du traité était de garantir aux deux parties l'accès aux ressources du cours d'eau frontalier en matière de navigation. A l'heure actuelle, les bateaux de touristes venus de la Namibie se voient interdire l'accès du chenal sud par les patrouilles des forces de défense du Botswana. Rien n'autorise à penser qu'il en irait autrement si la frontière devait être déplacée et passer par le chenal nord. Le Botswana nie toute mesure d'interdiction, mais n'a produit aucun document législatif ou administratif à l'appui de sa position. Situer la frontière dans le chenal nord constituerait, selon la

Namibie, un déni de l'égalité d'accès aux ressources de la rivière en matière de navigation. Pour sa part, la Namibie se considère tenue par l'accord de *statu quo* de 1951 de garantir l'accès au chenal nord en tant que «voie de navigation ouverte à tous».

052 32. Nul doute que la Cour tranchera ces questions au terme d'une réflexion équilibrée tenant compte des multiples points de droit et de fait qu'elles soulèvent. La Namibie est convaincue de la solidité de son argumentation montrant que la plus grande proportion des eaux s'écoule par le chenal qui passe au sud de l'île. D'un point de vue pratique, le critère de l'utilisation des véritables ressources du cours d'eau et de l'accès à ces ressources pèse lourdement en faveur de la Namibie. A cela, le Botswana ne peut opposer que le critère de la profondeur, considéré dans l'absolu, mais celui-ci a une dimension profondément arbitraire. La Namibie pense par conséquent que la balance penche nettement de son côté. Je passe au quatrième point, sur les neuf que compte mon exposé; les points suivants seront plus brefs.

4. L'occupation et l'utilisation de l'île de Kasikili

33. En la matière, les Parties ont adopté des positions diamétralement opposées. La Namibie dit que les Masubia du Caprivi ont occupé et utilisé l'île de Kasikili sous l'administration de leurs institutions autochtones, de façon pacifique et sans susciter d'opposition, depuis l'époque du traité jusqu'au moins au début des années soixante. A la saison sèche, durant la première partie de cette période, il y avait — je l'ai dit — sur l'île un village rattaché à la communauté de Kasika. Puis, les membres de la communauté ont cessé d'habiter l'île, tout en continuant de l'exploiter comme terre agricole et comme pâturages jusqu'aux environs de 1960. Des utilisations de cette région par les Masubia, quoique moins fréquentes, sont attestées à des dates plus récentes.

34. La position du Botswana est qu'il n'existe aucun village Masubia sur l'île de Kasikili, que celle-ci n'a fait l'objet d'une exploitation agricole que de façon sporadique et intermittente, et ce par les habitants des deux rives du cours d'eau.

35. Les preuves sur ce point sont, je crois, bien près d'être concluantes en faveur de la Namibie. Outre les nombreux témoignages oculaires de membres de la communauté masubia recueillis par la commission mixte d'experts techniques, toute une série d'observateurs européens confirment l'occupation et l'utilisation exclusives de l'île de Kasikili par les Masubia du district de Kasika. L'un de ces observateurs dont on ne vous a pas encore entretenus est Richard Rothe, un allemand qui a visité la région en 1904. Voici ce qu'il a constaté : «Les îles qui viennent après Mpalera, bien que plus petites que celle-ci, étaient pleines de vie; sur chacune s'étaient installés une centaine d'[autochtones] avec femmes et enfants⁵³.» Kasikili est l'une des premières îles situées après Mpalera.

0 5 3

36. Les autres témoignages d'observateurs européens relatifs à cette occupation et à cette utilisation de l'île, sans objection des occupants de l'autre rive, ont été tant de fois cités que je n'y reviendrais pas : M. Eason en 1912; le rapport Trollope/Redman en 1948; sir Evelyn Baring, haut-commissaire du Bechuanaland en 1951; le directeur du service cartographique du Bechuanaland en 1965. Enfin, dernier de la liste, le rapport sur le levé commun de 1985 qui reconnaissait que, cette année-là, l'on faisait encore de temps à autre paître le bétail du Caprivi sur l'île.

37. Face à cette accumulation assez impressionnante de preuves, le Botswana n'a pas grand-chose à offrir. Hier, M. Cot a montré, je crois, ce qu'il en était vraiment de la photographie produite par le Botswana pour prouver l'absence d'occupation significative de l'île. De même, il a assurément ramené à leurs justes dimensions la photographie de 1943 et les recensements locaux du début des années quarante. M. Faundez a réfuté la preuve indirecte selon laquelle le chef Liswaniyani aurait demandé aux autorités du Bechuanaland la permission de cultiver l'île.

38. Reste toutefois la question importante de savoir ce que ces éléments de preuve nous disent. Aux yeux de la Namibie, ils nous éclairent sur la pratique subséquente des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 b) de la convention de Vienne. Les Masubia ont occupé et utilisé l'île sous la houlette de leurs institutions autochtones — le chef, le *kuta*, les *indunas*. Cette structure

⁵³Mémoire de la Namibie, annexe 33, p. 112.

sous la houlette de leurs institutions autochtones — le chef, le *kuta*, les *indunas*. Cette structure de gouvernement autochtone, les résidents allemands et leurs successeurs l'ont mise à profit pour exercer leur administration. Il ne fait aucun doute que l'île de Kasikili était placée sous la juridiction des chefs locaux, dont certains même vivent et exercent leurs fonctions sur l'île de temps à autre.

39. Le Botswana répond qu'il ne s'agit pas là d'«activités susceptibles d'établir un titre». Mais il révèle ce faisant — de façon qu'on dirait presque délibérée — son incapacité de comprendre l'argument relatif à la pratique subséquente. De l'avis de la Namibie, il n'était nullement besoin d'«établir» un titre. Le traité de 1890 y a pourvu. Les activités sur l'île des Masubia et de leurs administrateurs coloniaux, jamais contestées par les autorités du Bechuanaland, attestent simplement le point de vue des deux parties quant à l'interprétation correcte du traité.

5. Les cartes

40. La Cour a pu le constater, pour une île aussi petite et reculée, Kasikili a donné lieu à quantité de cartes. Je me suis souvent demandé pourquoi, et il m'est venu à l'esprit que c'était peut-être parce qu'il y avait au Zambèze, à la confluence du Zambèze et du Chobe, un quadripoint, réel ou possible, qui aurait pu retenir l'attention. La Namibie a demandé à un expert en cartographie dont les qualifications sont irréprochables d'analyser ces cartes à l'intention de la Cour. Il existe un grand nombre de cartes qui indiquent la frontière, ainsi que l'île de Kasikili. Presque toutes confortent la position de la Namibie. Lors des échanges récents, la Namibie a eu tendance à en privilégier quatre, qui sont toutes des cartes politiques publiées au plus haut niveau par des autorités ayant exercé une responsabilité politique dans la région durant les cent années qui ont suivi la conclusion du traité. Ces cartes, je l'espère, vous sont elles aussi devenues familières. Puis-je vous les remettre en mémoire : la carte de Seiner (1909) établie par l'Allemagne, la carte GSGS 3915 (1933) établie par la Grande-Bretagne, la carte TSO 400/556 (1949) établie par l'Afrique du Sud et la carte UN 3158 (1985) établie par l'Organisation des Nations Unies. Toutes ces cartes situent la frontière autour de l'île de Kasikili dans le chenal sud ou indiquent par quelque autre moyen que

l'île de Kasikili est en Namibie. La Namibie a considéré qu'il y avait là une preuve écrasante de la manière dont les parties interprétaient la localisation de la frontière par le traité. S'agissant de la carte GSGS 3915, la Namibie y voit une reconnaissance expresse, par les autorités britanniques, du sens véritable des dispositions du traité de 1890.

41. La Namibie attache de même une importance considérable aux différentes cartes établies à partir de la GSGS 3915 qui ont été utilisées, dans le cadre de leurs activités de routine, par des services administratifs du Bechuanaland. D'une façon ou d'une autre, ces cartes étaient toutes conçues pour indiquer les territoires relevant du service intéressé, territoires dont les limites excluent chaque fois l'île de Kasikili. Parmi ces cartes secondaires, la Namibie appelle tout spécialement l'attention sur la carte des réserves de terres de la couronne, produite en 1957, et ce pour deux raisons : premièrement, cette carte a été dressée par de hauts fonctionnaires du Bechuanaland à la demande du ministère britannique des colonies, qui avait particulièrement insisté sur la nécessité de représenter les limites des réserves de terres de la couronne avec précision. Et, deuxièmement, parce que les limites qui y sont tracées traversent la réserve animalière et le parc national du Chobe, et n'englobent donc pas l'île de Kasikili.

42. Là encore, sauf le respect que je lui dois, le Botswana ne nous a opposé que des arguments d'une faiblesse insigne. Il s'est abstenu de présenter à la Cour l'avis d'un spécialiste en cartographie, même si, bien sûr, M. Brownlie a lui-même une très grande expérience des cartes. On trouve dans le contre-mémoire du Botswana, aux paragraphes 534 à 646, une longue analyse des preuves cartographiques. Le fait que la carte de Seiner et la GSGS 3915 situent réellement l'île de Kasikili en Namibie y est mis en doute. La Namibie rétorque en faisant, entre autres, observer que le rapport sur le levé commun de 1985, dont le Botswana fait grand cas, reconnaît que cette carte «situe la frontière dans le chenal qui passe au sud de l'île de Kasikili/Sedudu»⁵⁴. Dans ses

0 5 5

⁵⁴Mémoire du Botswana, annexe 48, p. 2.

plaidoiries, le Botswana n'a fait aucun commentaire concernant l'importance des quatre cartes principales ou des cartes établies à partir de la GSGS 3915 — mais peut-être, bien sûr, entend-il le faire cette semaine, durant le second tour.

43. Au lieu de quoi, lady Fox a présenté à la Cour un «choix de cinq cartes». Toutes situent, ou prétendent situer, la frontière dans le chenal nord. A l'exception de la carte de von Frankenberg, dont l'interprétation dépend du sens que l'on attribue au mot allemand «*Flussarm*», ce sont toutes des cartes excessivement récentes, nettement postérieures à la signature du traité. Sur deux d'entre elles — la carte du Bechuanaland de 1965 et la carte du JARIC — ne figure même pas l'île de Kasikili, mais seulement un tronçon du cours d'eau rappelant le chenal nord. La troisième, la carte Joint Operations Graphics de 1968, a été établie par une partie tierce. La carte de 1984 des services de renseignements de l'armée sud-africaine est, au mieux, une anomalie. En octobre 1984, les troupes des forces de défense de l'Afrique du Sud stationnées dans la région étaient munies de cartes situant la frontière dans le chenal sud, comme nous l'apprennent les comptes rendus des discussions auxquelles le Botswana a pris part à l'Organisation des Nations Unies et des pourparlers entre le Botswana et l'Afrique du Sud. A la veille de ces pourparlers, les forces de défense de l'Afrique du Sud ont donné pour instruction aux négociateurs sud-africains de «confirmer que la frontière se situe au sud de l'île de Sedudu»⁵⁵.

44. Toutefois, en donnant tout son poids à ce choix de cartes, on ne peut tout au plus — et je ne pense pas que lady Fox ait prétendu aller au-delà — que réfuter l'affirmation de la Namibie selon laquelle il existait une «série ininterrompue» de cartes à l'appui de sa position (CR 99/9, p. 21). Ce serait cependant loin de remettre en question la «prépondérance» au sein des preuves cartographiques qui a été tenue pour suffisante dans l'opinion rendue en l'affaire du *Canal de Beagle*⁵⁶.

⁵⁵Mémoire de la Namibie, annexe 84, lettre du 27 novembre 1984 adressée au directeur général des affaires étrangères de l'Afrique du Sud par le chef des forces de défense sud-africaines, et traduction de cette lettre.

⁵⁶*ILR*, vol. 52, p. 84.

6. Les opinions des fonctionnaires locaux

0 5 6

45. Dans son argumentation, le Botswana accorde une importance capitale à l'opinion des administrateurs locaux pour qui le chenal principal était le chenal nord. Nous en avons trois exemples. Le premier est le rapport de M. Eason, qui dit «à n'en pas douter, le chenal nord doit être considéré comme le chenal principal». Trollope/Redman : «Le chenal principal se trouve dans la voie fluviale qui situerait l'île en question sur le territoire du protectorat du Bechuanaland.» Et le rapport sur le levé commun de 1985 : «[L]e chenal principal du Chobe contourne à présent l'île de Sedudu/Kasikili par l'ouest et par le nord».

46. La Namibie répond que, somme toute, ce ne sont là que cinq opinions émises en un siècle par cinq fonctionnaires, contre l'avis de tous les autres — administrateurs, cartographes ou simples individus — aux yeux desquels la frontière se situait dans le chenal sud. Mais la Namibie va plus loin encore et conteste la qualité «d'experts» de ces fonctionnaires. Par conséquent, en tant que témoignages quant aux faits, les trois rapports se bornent à déclarer que le chenal nord est le chenal principal. La question de savoir si le chenal le plus profond est le «chenal principal» au sens du traité appelle une déduction sur un point de droit, au sujet duquel les fonctionnaires n'avaient aucune compétence particulière. Si, comme l'affirme la Namibie, la profondeur n'est pas le critère approprié aux fins d'identifier le chenal principal, alors les rapports de ces fonctionnaires ne nous sont d'aucun secours pour déterminer quel est le chenal principal.

7. L'importance qu'il convient d'attribuer à l'accord Trollope/Dickinson

47. L'accord Trollope/Dickinson est manifestement l'une des principales pierres d'achoppement en la présente instance. Cet accord, un «gentleman's agreement» conclu au terme de quatre années d'échanges épistolaires au niveau tant politique qu'administratif, a confirmé le *statu quo ante* sur l'île de Kasikili. Les Masubia conserveraient l'usage de l'île; le chenal nord resterait «ouvert à tous», comme il l'était déjà *de facto* en vertu de la politique libérale de Trollope. Celui-ci tenait, bien sûr, pour acquis que le chenal sud, en tant que frontière internationale, demeurerait comme toujours accessible aux deux parties.

057

48. Celles-ci ont réservé leur position juridique. Le Botswana y voit la preuve que les Britanniques croyaient encore que l'île leur revenait de droit. La Namibie dit, au contraire, qu'ils entendaient essentiellement confirmer la situation existante, selon laquelle l'île de Kasikili était en Namibie. Ils furent empêchés de le faire de façon officielle par les «complications politiques» résultant du refus de l'Afrique du Sud d'appliquer les termes du mandat sur le Sud-Ouest africain. Par conséquent, de l'avis de la Namibie, la Grande-Bretagne a réservé ses droits, mais elle n'avait en réalité aucun droit à réserver. Une preuve supplémentaire nous en est fournie par la série de cartes administratives du Bechuanaland que je viens de mentionner. Toutes situent l'île de Kasikili en Namibie, et toutes sont postérieures à l'accord Trollope/Dickinson. Quoi qu'il en soit, dit la Namibie, la pratique attestée jusqu'en 1948 — soit pendant près de 60 ans — suffisait en elle-même à établir que les parties considéraient l'île de Kasikili comme appartenant à la Namibie. Enfin, fait observer la Namibie, la Grande-Bretagne n'a pas exercé ses droits avant 1966, et l'indépendance du Botswana, date à laquelle s'applique le principe *uti possidetis*.

8. L'importance qu'il convient d'accorder aux pourparlers de 1984-1986 entre le Botswana et l'Afrique du Sud au sujet de l'échange de coups de feu dans le chenal sud

49. Le Botswana affirme que ces discussions ont débouché sur un accord international tendant à entreprendre un levé commun en vue de déterminer la localisation du chenal principal autour de l'île de Kasikili, et à considérer les conclusions du levé comme décisives en ce qui concerne le tracé de la frontière. Le levé a établi que le chenal principal était le chenal nord. Par conséquent — dit le Botswana — les parties ont conclu un accord ayant force obligatoire qui situe la frontière dans ce chenal.

50. La position de la Namibie, d'autre part, est qu'il s'agissait là de discussions politiques portant sur la sécurité dans la région du Chobe. La décision de procéder à un levé n'était qu'une étape dans des négociations destinées à se poursuivre, et aucun accord n'a été, en réalité, conclu. Mais, point capital, durant la période comprise entre 1984 et 1986, ni l'Afrique du Sud, ni le Botswana n'avait compétence pour conclure un accord international intéressant la Namibie. Ce

défaut de compétence découlait des mesures prises par les Nations Unies pour révoquer le mandat sur le Sud-Ouest africain, ainsi que des décisions du Conseil de sécurité et de l'avis consultatif rendu par la Cour. Par conséquent, si accord il y a bien eu, il était *ab initio* nul et non avenue.

51. Le Botswana n'a jamais apporté un quelconque élément de réponse à cet argument selon lequel les parties n'avaient pas compétence à conclure un accord international — ni dans ses écritures, ni dans ses plaidoiries. Au lieu de quoi, l'agent du Botswana, M. Tafa, a fait valoir dans son exposé que la Namibie avait «avalisé» le soi-disant accord de 1985 du fait de sa participation aux travaux de la commission mixte d'experts techniques et à la présente procédure. L'objet de ces deux processus est de déterminer le tracé de la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili. Il est hautement incongru de supposer que la Namibie aurait «avalisé» par un acte volontaire et consensuel un accord qui rendait la question caduque. Sur ce point, aussi, la balance penche très fortement du côté de la Namibie. J'ai peine à croire que la Cour reconnaîtrait une valeur juridique à un «accord international» contrevenant aux prescriptions du Conseil de sécurité et à son propre avis consultatif en faveur de la lutte contre l'apartheid.

0 5 8

9. Où se trouve le «centre» ?

52. Le Botswana n'a fait aucun cas de la deuxième étape du processus de détermination de la frontière autour de l'île de Kasikili, à savoir la localisation du «centre» du chenal principal. Sans doute situerait-il la frontière le long du thalweg, c'est-à-dire de la ligne des sondages les plus profonds effectués dans le chenal. Pour sa part, la Namibie considère le chenal sud, tel qu'il apparaît à la saison sèche sur les photographies aériennes, comme le chenal du thalweg du chenal principal. La frontière coïnciderait avec la ligne des sondages les plus profonds dans ce chenal du thalweg. C'est cette ligne qui figure sur la plupart des cartes de la région. Cet aspect du différend — même s'il importe de le trancher pour répondre à la question posée par les Parties — ne soulève toutefois aucune difficulté, puisque, comme la Namibie l'a dit dès le départ, il s'agit fondamentalement de savoir comment se définit le chenal principal. L'attribution de la souveraineté sur l'île de Kasikili découlera de la définition retenue.

53. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, j'ai examiné les points soulevés par cette affaire l'un après l'autre, en m'efforçant pour chacun de présenter à la Cour ma vision des questions de droit et de fait de manière à peu près équitable et équilibrée — tout en devant concéder beaucoup au zèle de la partie adverse. J'aimerais à présent prendre quelques instants du recul afin de mettre en perspective, de manière globale, les moyens de chaque partie. Du côté de la Namibie, je voudrais rappeler ce que j'ai dit à l'issue de la première semaine d'audiences. Nous avons avancé des arguments très complets. Nous avons invoqué le texte du traité, les travaux préparatoires, le sens ordinaire des mots, les données scientifiques, les réalités économiques, la pratique ultérieure des parties, les documents cartographiques, l'histoire de l'île et de ses habitants, les exigences d'équité. En récapitulant l'affaire devant vous, je suis frappé une fois encore par la cohérence et la cohésion de l'argumentation namibienne. Chacun de ses éléments est, je le crois, solide en lui-même, mais cette solidité est encore renforcée du fait qu'ils s'articulent entre eux — s'appuyant les uns sur les autres.

0 5 9

54. A l'inverse, la position du Botswana, considérée globalement, apparaît, du moins à mes yeux, comme je l'ai dit ce matin, bâtie sur un ensemble hétéroclite de propositions, quelque peu diffuses et abstraites, que rien ne relie entre elles ou ne rattache à la vie réelle. Dans la conception du Botswana, il n'y a place pour aucune pratique ultérieure traduisant le traité dans la réalité, façonnant la vie des femmes et des hommes de la région et des fonctionnaires chargés de les administrer. «Un accord est conclu — puis rien ne se produit». Le cours d'eau botswanais n'est pas le lieu d'une vie animée et industrielle, sillonné par les bateaux de touristes, moyen de subsistance pour les populations humaines et animales. C'est un endroit reculé et austère, où des bateaux de fort tonnage naviguent sur les eaux profondes du thalweg.

55. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, il nous arrive parfois d'envisager le règlement judiciaire, voire le droit international lui-même, en des termes froids et abstraits, en oubliant les préoccupations des êtres de chair et de sang. Certes, la présente instance a trait à une

frontière — un tracé sur une carte. Quand viendra le temps de délibérer, la Cour, j'en suis convaincu, se souviendra qu'il en va aussi du patrimoine d'un peuple. L'île est petite, mais certains ont pour elle de l'amour.

56. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, j'en ai terminé avec mon exposé. Je vous invite à donner la parole à M. Kawana afin qu'il conclue ce tour de plaidoirie et présente les conclusions de la Namibie.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Chayes. Je donne la parole au distingué agent de la Namibie.

Monsieur KAWANA :

23. DÉCLARATION FINALE AU NOM DE LA RÉPUBLIQUE DE NAMIBIE

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour,

1. Je prends la parole afin de conclure les plaidoiries de la Namibie en cette instance.
2. J'aimerais saisir cette occasion pour vous renouveler, Monsieur le président et Madame et Messieurs de la Cour, mes remerciements pour la patience avec laquelle vous avez écouté les arguments de la Namibie en la présente affaire.
3. Je souhaite exprimer une fois encore notre gratitude au greffier et à ses collaborateurs, ainsi qu'aux interprètes, pour le soutien sans faille qu'ils nous ont prodigué. J'aimerais remercier aussi de leur patience nos distingués collègues du Botswana.
4. Durant ces deux dernières semaines, nous avons candidement présenté les moyens de la Namibie devant la Cour.
5. Ce n'est pas la première fois que cette honorable juridiction se penche sur les intérêts de la Namibie — à ceci près qu'en la présente instance, la Namibie a saisi la Cour en qualité d'Etat indépendant et souverain.

6. C'est avec fierté que nous nous présentons ce jour devant vous en vue de trouver une solution pacifique au différend qui oppose le Botswana et la Namibie au sujet de l'île de Kasikili. Nous croyons en la primauté du droit et sommes donc pleinement confiants que la justice et l'équité prévaudront dans cette affaire.

7. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je vais à présent donner lecture des conclusions de la Namibie.

8. Conformément aux faits et arguments exposés par elle dans son mémoire, son contre-mémoire, sa réplique et ses plaidoiries, la Namibie présente les conclusions suivantes :

Conclusions

Plaise à la Cour, rejetant toutes les revendications et conclusions contraires, dire et juger :

1. que le chenal situé au sud de l'île de Kasikili/Sedudu est le chenal principal de la rivière Chobe;
2. que le chenal qui se situe au nord de l'île de Kasikili/Sedudu n'est pas le chenal principal de la rivière Chobe;
3. que la Namibie et ses prédécesseurs ont occupé et utilisé l'île de Kasikili et exercé sur elle leur juridiction souveraine, au su du Botswana et de ses prédécesseurs et avec leur acquiescement depuis au moins 1890;
4. que la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu se situe au centre (c'est-à-dire le long du thalweg) du chenal sud de la rivière Chobe;
5. que le statut juridique de l'île de Kasikili/Sedudu est qu'elle fait partie du territoire placé sous la souveraineté de la Namibie.

Monsieur le président, me voici parvenu au terme de ma déclaration. Je vous remercie.

061

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur Kawana. La Cour reprendra ses audiences jeudi matin pour entendre le second tour des plaidoiries du Botswana. Je vous remercie.

L'audience est levée à 13 heures.
