

CR 99/13

International Court  
of Justice

THE HAGUE

Cour internationale  
de Justice

LA HAYE

YEAR 1999

*Public sitting*

*held on Friday 5 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 vendredi 5 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. I call on Mr. Issac Muzila, please.

Mr. MUZILA:

#### INTRODUCTION

Mr. President, distinguished Members of the Court:

I am greatly honoured by the opportunity to address the Court on behalf of the Republic of Botswana on the operational aspects of the 1985 Joint Hydrographic Survey as part of Botswana's case in the Kasikili/Sedudu border dispute before this Court.

I am a professionally qualified hydrological engineer with a BSc degree in civil engineering. I have considerable experience in river hydraulics and engineering. Currently, I am the principal hydrological engineer and Head of the Hydrology Division, in the Department of Water Affairs of Botswana, and accountable for the water resources of the country.

I was a member of the Botswana team that undertook the 1985 Joint Hydrographic Survey with South Africa.

Mr. President, Professor Sefe has dealt with the criticisms levelled against the 1985 Joint Hydrographic Survey in his presentation yesterday<sup>1</sup>. In this presentation, I would like to inform the Court about some additional issues relating to the Survey. Specifically, I would like to address the following issues.

- (i) Authority to Survey
- (ii) Objective of the Survey
- (iii) Composition of the teams
- (iv) Methodology
- (v) The results

#### AUTHORITY TO SURVEY

Mr. President, I now wish to discuss the authority to survey. Following the shooting incident in July 1984, an intergovernmental meeting was held in Pretoria on 19 December 1984 between

---

<sup>1</sup>CR 99/12.

Botswana and South Africa. At that meeting the Governments of the Republic of Botswana and the Republic of South Africa resolved to set up a joint survey team to determine whether the main channel of the Chobe River is located to the north or south of the Kasikili/Sedudu Island. The survey was scheduled to take place on the 2 July 1985 and the terms of reference were provided to the team. It was clear to the team members from each country that the task we embarked upon originated from the 1984 shooting incident and that the authority to survey emanated from the meeting in Pretoria following that incident.

#### **OBJECTIVE OF THE SURVEY**

From the brief given to the Botswana Department of Water Affairs by the Government of Botswana, we understood that there was only one objective for the survey. That objective was to determine whether the main channel of the Chobe River is located to the north or south of Kasikili/Sedudu Island. Our counterparts from South Africa also understood the objective of the survey similarly. This objective was reflected in the terms of reference which formed the basis of our work.

#### **COMPOSITION OF THE SURVEY TEAM**

The team was composed of seven members. There were four members forming the Republic of South Africa delegation, and three forming the Botswana delegation. On the South African side there were two high level officers from the Directorate of Surveys and Mapping, namely Messrs. D. J. Grundlingh and J. H. E. Fitschen. The other two were hydrologists and water engineers from the Department of Water Affairs, and presumably known to Professor Alexander, who had just retired from that Department. The two were Messrs. J. H. Botha and G. R. Van der Merwe.

On the Botswana side, like the Republic of South Africa, there were two officials from the Department of Surveys and Mapping. They were Mr. Howells, the then Director of the Department, and Mr. J. A. Raffle, who at that time held the position of Assistant Director. The third person on the Botswana delegation was myself, representing the Department of Water Affairs in my capacity

as a senior hydrological engineer. This representation from both parties of the team was a high level one indeed, and reflected the significance of the matter in question.

Mr. President, I was involved in the survey, and to my knowledge, all the people who were assigned to this mission were very able and knowledgeable in the required fields of hydrology and surveying, with appropriate qualifications and long-term experience. Under normal circumstances, these types of duties are carried out by ordinary cartographic surveyors who usually work under directors. In the southern African region, where Botswana, Namibia, and South Africa are located, directors of government departments, such as those who took part in the survey, are considered high level officers with high responsibilities, and contribute at the highest level to decisions of governments.

In this assignment, there was no need to undertake further activities such as geomorphology, since the two parties had a common understanding that the determination of the main channel of the Chobe River around Kasikili/Sedudu Island would be effected by tracing the thalweg of the two channels as provided for in the terms of reference. The instructions as given to both authorities were clear in that regard.

The criteria of selection were decided by the parties concerned, individually, but the representation from each side had a similar combination of chief surveyors and senior hydrologists. I thought this selection was reasonable, because the Department of Surveys and Mapping in the Republic of South Africa and the Department of Survey and Lands in Botswana are both responsible for the national boundaries of their respective countries and also have the capacity to delimit it and demarcate the boundaries. Likewise the Departments of Water Affairs of the parties are responsible for the river basins, and their management. In that context, it was clear that the parties found it necessary to involve those fields of expertise in order to achieve results of the highest quality.

This type of surveying could have been carried out by either of the two disciplines, the hydrology or survey departments, but because of the need to show the highest attention and priority to the matter, the two Governments had to select officers of the high calibre I have described.

Mr. President, I had no doubt as to what was required of me in accordance with the terms of reference. My professional qualifications are not different from those of the Namibian experts who are criticizing the 1985 Joint Hydrographic Survey as having been done by a group of unskilled surveyors.

#### **METHODOLOGY**

Mr. President, I now wish to discuss the methodology adopted for the survey. The objective of the survey actually dictated the method that was used. As the objective was to undertake a survey to determine the location of the thalweg of the two channels, the methodology applied was the traditional one of tracing the cross-section depths, by taking soundings at selected intervals. From these traces, the maximum depths could then be established for each cross-section, and joined to produce the line of maximum depth or thalweg.

In that regard, the team decided to use an echo-sounder mounted on a rubber boat. The echo-sounder and boat were brought from South Africa. The cross-sections were taken from the left bank to the right bank at points that were selected at random. As the channels contained water at the time, there was no way any site could have been selected preferentially.

Mr. President, the method we used is a well recognized one that is well used all over the world. It is a method capable of achieving a high level of accuracy.

#### **THE RESULT**

Finally, Mr. President, I would like to say a word about the result of the survey exercise. The result was produced in the forms of charts which came out directly from the plotter attached to the echo-sounder. There was no intermediary processing. Therefore the cross-section images produced were as the equipment sensed them.

#### **CONCLUSION**

To conclude, Mr. President, the 1985 Joint Survey was undertaken by well qualified experts as required by the terms of reference. The conclusion that was drawn from the results is that the main channel of the Chobe River was located to the north of Kasikili/Sedudu Island.

Thank you for your attention. At your convenience, Mr. President, I would like you to call upon Lady Fox.

The PRESIDENT: Thank you so much, Mr. Muzila. Lady Fox, please.

Lady FOX:

**THE SCIENTIFIC AND MAP EVIDENCE: BOTSWANA'S CASE**

Mr. President, distinguished Members of the Court, I again stand to address the Court with a renewed sense of the great privilege and honour in doing so.

I propose to divide my time between a review first of the scientific evidence and second of the map evidence.

I turn first to the scientific evidence.

Yesterday, Professor Sefe made a detailed refutation of the case advanced by Namibia's scientific experts. He has presented to you in some detail the deficiencies and fallacies of the scientific case put forward by Namibia.

But more importantly he has demonstrated that Botswana's case is scientifically sound.

Botswana has always maintained that the discernible physical characteristics of the northern channel, their depiction on maps and photographs and their assessment by all responsible officials, qualify it as the "main channel" in conformity with terms of Article III of the Anglo-German Agreement. But Botswana has backed that conviction with sound scientific research and analysis. Professor Sefe has drawn your attention to the Sedimentological Study in 1996 and to the 1997/1998 flow measurements carried out by Botswana. These are genuine independent scientific studies, and like all research conducted in an impartial spirit of enquiry, do not necessarily produce the results hoped for by the parties to the litigation. This might be said of the low velocities of flow shown by Botswana's flow measurements to take place in the Chobe River. But they are the hard data; they will be used hereafter by other scientists. The Court can rely on the information which they provide.

This morning, Mr. Isaac Muzila has described the scientific manner in which the observations of the 1985 Joint Survey were made. They too constitute soundly-based data upon which the Court may rely.

I will now draw the Court's attention to the various types of visual material put before the Court. In particular, I wish to make an examination of the visual presentation of the evidence relating to Namibia's case as compared with that presented by Botswana. This will lead me to a short explanation of the satellite imagery, a further form of visual evidence relied upon by Botswana. I will then summarize the physical features of the Island, which contradict the supposition of a flood path as the "main channel" across Kasikili/Sedudu Island. I will make a brief overview of the contribution of experts to Namibia's case, and conclude with the summary of Botswana's case on the scientific evidence.

**An examination of the visual presentation of the evidence produced by Namibia as compared to that of Botswana**

My examination of the visual presentation of the evidence produced by Namibia excludes any discussion of maps, which I will deal with later.

No independent evidence in visual form is tendered to the Court by Namibia. The photography, still and moving, captions and voice-over commentary in the video used by Namibia were all made for the specific purpose of providing support for its case.

As such, they are clearly open to attack on a number of grounds.

I will briefly examine these grounds and the manner in which visual aids have been deployed by Namibia to advance its case.

*(i) Lack of impartiality*

The camera — its angle, height and the orientation of the shot — is used to present the southern channel and other relevant features in as favourable a light as possible for Namibia, and so as to detract from the merits of the northern channel.

This lack of impartiality is particularly noticeable in the final shots of the video and the voiced final propositions provided by Namibia. Thus a photograph of water ruffled by wind in the southern channel is contrasted to one of calm water in the northern channel, and the

proposition numbered 5 announces: "By April, water is flowing strongly downstream in the southern channel".

Mr. Chayes relies on these pictures in his comparison of the flow in the northern and southern channels<sup>2</sup>. This is just one of many examples where subjective impression is substituted for facts collected by scientifically approved methods.

This lack of impartiality results in the omission of aspects favourable to Botswana's case.

For example, wide-angle views of the southern channel are supplied, but no view of the northern channel is given as the boat proceeds up it.

*(ii) Misrepresentation*

The camera is used to misrepresent features, and, accompanied by caption or commentary, professes to supply information, when in truth it amounts to nothing more than supposition.

Thus, photographs of the ground, such as are to be seen in Professor Alexander's first opinion<sup>3</sup>, on both the Island and the mainland and of water have black arrows superimposed on them — arrows which, without any other indicia, are said to indicate the direction of flow<sup>4</sup>.

*(iii) Visual effect replaces rational understanding*

The second of the final propositions in the video announces: "As late as March, there is little or no movement in the northern channel" and is accompanied by a patch of green dye in an unidentified pool of water. The picture of the dye by itself establishes nothing.

Professor Sefe has already alerted the Court to the unscientific nature of the green dye test.

Similar "dressing up" of unscientific procedures is illustrated with photographs of the geodimeter in an unstable boat, and a "drifting boat"<sup>5</sup> technique.

Assertions and photographs purport to represent a permanent state of affairs. Whereas in reality they apply only to a recent 18-year period of drought. Thus, the first of the final

---

<sup>2</sup>CR 99/2, para. 70-61, pp. 65-71.

<sup>3</sup>Reply of Namibia, Vol. VI, Part 2, sheets 3, 4, and 5.

<sup>4</sup>See also Reply of Namibia, Vol. VI, Part 2, sheets 3, 4, 5.

<sup>5</sup>CR 99/12, p. 46, para. 22.



propositions which conclude the video announces "The bed of the Chobe River is dry from above Liambezi to Ngoma Bridge". It is accompanied by a shot of a dry river bed.

(iv) *The use of a misleading model of the Island*

No source is given from which the three-dimensional model represented on screen in the video has been compiled. The model is said to represent the Island at a time when it is not under water, yet the channels, both the northern and the southern, are shown as full.

Serious distortion is achieved: the sharpness of the bends is flattened, reducing both the curve of the northern channel and the "S" bend of the southern channel. Relief, coloured yellow, is selectively applied; the sediment spit in the southern channel is depicted as high ground, but the spot high elevations on the north-west tip of the Island are left uncoloured.

Yet, despite the deceptive and inaccurate nature of the photography and comments, Namibia is unable to hide the fact that the Chobe is an independent river. The helicopter had no difficulty in following the full length of its course from the 18th parallel of south latitude to the confluence of the river with the Zambezi.

(v) *Absence of any photograph of the "Namibian Construct" or of the village on the Island*

Even more significantly, all visual aids have failed to provide a single photograph of the conjectural "Namibian Construct" (that is, the southern channel in its expanded form) in its actual alleged actuality. All Mr. Chayes produces are two photographs, one showing the BDF watchtower across an expanse of reeds and land which is identified as the channel of the Construct, and one, the second, showing the western, but not the eastern half of the Island — both halves being equally inundated at this season<sup>6</sup>. How can the Court be expected to draw a boundary line when, at ground level, or viewed from 10,000 feet as an aerial photograph or from 700 km as a satellite imagery, or on a map it has never, never been discernible?

---

<sup>6</sup>CR 99/11, pp. 24-25, paras. 36-38.

Nor does Namibia provide any photograph of the village, however we may conceptualize it; whether as Professor Cot's village photographed in the Cotswolds, or as a temporary settlement of mud huts to which the Caprivi witnesses referred in their oral evidence.

(vi) *Selective borrowing of Botswana's evidence*

In making its case Namibia has borrowed and relied, selectively and in an unprincipled way, on the evidence produced by Botswana. This is as true of the internal memoranda between officials of the Bechuanaland Protectorate (and it is not to be forgotten that for some ten years they were responsible for the administration on both sides of the Chobe), as it is of the aerial photographs. Mr. Chayes accuses me of biased presentation of the photographs by the placing of labels on them, although it hardly lies in his mouth to complain when at the same Professor Cot is delightedly making use of our labels on the 1943 aerial photograph<sup>7</sup>.

In fact, on filing its Memorial, Botswana provided the Court with a separate attachment containing all the aerial photographs, unaccompanied by any comment.

The deficiencies, outlined above, of Namibia's treatment of the photography can be summed up in one observation.

Photography produced by Namibia is *manufactured* to advance its case. Such photography should be decisively distinguished from the photography provided by Botswana. Even the short 2 minutes 30 seconds of video to illustrate the differing depths of the northern and southern channels was carefully compiled by Botswana from the data recorded by the Joint Survey of 1985. Unlike Professor Alexander's filmed flights, his extensive photography and the diagrams made by himself<sup>8</sup> and Professor Richards<sup>9</sup>, Botswana's photographs constitute independent documentary evidence. They were produced for a purpose, independent and extraneous to Botswana's case, relating to Kasikili/Sedudu Island.

---

<sup>7</sup>CR 99/5, p. 22, para. 47.

<sup>8</sup>Memorial of Namibia, Vol. VI, Pt. 2, Sheet 17.

<sup>9</sup>Reply of Namibia, Vol. II, pp. 15, 18 and 25.

### **Satellite images**

The same is true of the satellite imagery of the Island produced by Botswana, to which I now wish to direct the attention of the Court.

Contrary to its usual practice, Namibia has been surprisingly restrained in its use of Botswana's satellite imagery.

A full exposition of the satellite imagery is to be found in the Botswana Counter-Memorial (p. 193, paras. 442-456) and Appendix II (p. 39, paras. 70-92). Contrary to Mr. Chayes' understanding, the Department of Environmental Science of the University of Botswana, which has a high academic reputation throughout southern Africa for remote sensor analysis, provided expert analysis of the imagery, with the necessary reservation as to ground truthing.

The two sensor systems, LANDSAT MSS (Multispectral Scanner) and the newer system LANDSAT TM (Thematic Scanner) are carried on board the LANDSAT series of satellites which are in polar orbit some 700 km above the earth's surface. The wave bands and their widths can be interpreted with false colour composites, classified and single band images to detect depth in water, soil moisture and vegetation cover.

In its Counter-Memorial<sup>10</sup>, Botswana analysed satellite imagery for June 1975, March 1995 and June 1996.

In the time available I will confine myself to the classified imagery relating to the dry season of June 1975 and the wet season of March 1995.

The classified image combines a number of bands, in the Multispectral Scanner bands 4, 5, 6 and 7 and in the Thematic Scanner, the three bands, the red (band 3), the near infra-red (band 4), and the mid infra-red (band 5), to show — these bands show — an interpretation of all major features of vegetation types, water bodies and relative soil moisture. The water bodies appear as blue: the firmer the blue, the deeper the channel.

---

<sup>10</sup>P. 194, paras. 445-456.

I take first the June 1975 classified image (LANDSAT MSS bands 4, 5, 6, 7) at tab 18 in the second round judges' folder (also Counter-Memorial of Botswana, App. II, p. 46). The greater continuity of the presence of water in the northern channel is immediately obvious. The meandering line of the Kasai channel appears as intermittent, with gaps in the blue colour. In similar fashion, in the vicinity of the "S" bend of the meander loop in the southern channel there is a discontinuity of the blue colour, indicating absence of water. Some water areas are shown on the Island but none at the north-western tip where Namibia says its conjectural third channel enters and flows across the Island.

If we compare this image to the March 1995 classified imagery, which is to be found at tab 19 in the second round judges' folder (also Counter-Memorial of Botswana, App. II, p. 51), we notice the greater continuity of water depicted in both the northern and southern channels. But again, there is a total absence of water in the western sector of the Island where Namibia's "main" channel is said to run.

This satellite imagery provides a further independent source of information about the features of the Island. I shall refer to one other satellite imagery in my review of Namibia's third channel, to which I now turn.

### **The imaginary third channel**

Namibia provided nothing but a "schematic depiction", depicted by dagger-shaped arrows, of its third candidate for the main channel. Like the dagger which Macbeth sought to clutch, this Namibian channel has no tangible or measurable form. It vanishes when one seeks to inform oneself of its properties. Professor Sefe has addressed you on the geomorphology and the hydrology of the Chobe River and on Botswana's flow measurements which disprove the existence of this Namibian Construct.

Mr. Chayes asserts that this Construct is not "an undifferentiated inundated area without clearly demarcated limits" and that it "reflects visible and identifiable topographical features"<sup>11</sup>.

Let us consider its asserted features and examine whether they are physically feasible.

---

<sup>11</sup>CR 99/11, p. 24, para. 36.

The Namibian Construct overlaps the western section of the northern channel. Although we are given no measurements, its entry would seem to stretch from the commencement of the bifurcation to a point close to cross-section 3 of the Joint Survey's observations (a copy is in the second round judges' folder at tab 3).

This overlap has two consequences: first, it means the so-called "main" channel of Namibia's proposal in fact is sited in one sixth to one fifth of the length of the northern channel; second, the Namibian Construct thereby "appropriates" flow which is already passing through the northern channel. Professor Sefe has already dealt with the source and direction of this flow.

In view of these consequences, it would seem that the Parties agree at least to the extent of one fifth or one sixth that the northern channel is the main channel.

The Construct then climbs over the high elevations of the Island, as shown on the relief map presented in the first round. I show it briefly again to remind the Court, and it can be found at tab 20 of the second round judges' folder.

I follow it with the 1880 sketch map made by Dr. Benjamin Bradshaw. The sketch map is to be found at tab 21 in the second round judges' folder.

In that sketch in section 1, Bradshaw wrote a note across the north-west tip of the Island. I quote: "Bank 7 feet high".

Bradshaw, thus, noted in 1880, (and it is the only note written on the Island) that a high ground, a bank 7 feet above water level, was located precisely across the width of what Namibia's scientific experts allege is the entry point of its surmised Construct.

Now let us turn our attention to the location suggested for the left bank of the Namibian Construct. On some of the aerial photographs and satellite imagery, a line of varying length but always of very narrow width is observable running up from the inlet on the south side of the Island. Namibia, with the encouragement of its scientific experts, fastens on this line as the indication of the left bank. In fact this line is a small sub-channel which runs up from the well marked inlet. The aerial photographs make that plain and show it to be of narrow width. It

never expands, as Namibia maintains, to cover all the lower section of the Island to the west between itself and the lagoon sector of the southern channel.

I select only one of the aerial photographs, the 1947, to demonstrate this point. This can be found at tab 22 of the second round judges' folder. The small sub-channel is quite visible.

The sub-channel is particularly well marked on the satellite imagery. I draw attention to the Single band imagery (LANDSAT MSS band 3) of March 1995 (at tab 23 in the second round judges' folder). Band 3 is designed to sense chlorophyll absorption region aiding in plant discrimination, soil boundary and geological boundary delineations<sup>12</sup>.

The Court will identify the sub-channel running up from the inlet on the south side of the Island, but note it is not in any way expanded to become the cross-section of the Namibian Construct which was hypothesized by Mr. Chayes on Tuesday<sup>13</sup> and is to be found in the diagram at 2.57 of the Namibian judges' folder).

The satellite imagery also provides a clear illustration of the manner of water penetration when the Island becomes inundated. The channels round the Island are shown as full, with considerable flooding observable in the Kasai and other waterways linking the Chobe with the Zambezi. But of particular interest is the pronounced water penetration into the Island that has taken place up the two permanently observable inlets. They provide a clear indication that flood flows, when they come, move into the lower eastern parts of the Island. There is no evidence of water penetration in the western half of the Island. As Professor Sefe has shown, when flow takes place across the Island it passes across the lower eastern areas of the Island. These parts of the Island, as the satellite imagery indicates, could be advanced with greater probability than Namibia's candidate, as an additional "channel" across the Island.

---

<sup>12</sup>Counter-Memorial of Botswana, Vol. II, App. II, p. 50, paras. 80-86.

<sup>13</sup>CR 99/11, p. 14.

As the Court will remember, Professor Richards stated that this "cut-off chute"<sup>14</sup> across the Island dates from 1,000 years ago, and over time the banks of the river should become tree-lined. Yet not a single tree or bush is discernible along this sub-channel line.

To sum up, the surmised Namibian waterway across the Island occupies one sixth to one fifth of the northern channel. Secondly, it traverses the high elevations of the Island. Thirdly, the proposed line of its left bank, on examination of the aerial photographs and satellite images, is not a bank but a narrow sub-channel. Fourthly, that line is not tree-lined; and fifthly, the lower eastern areas of the Island, on the evidence, are the more probable path of overflow of Zambezi floods.

The Court will examine the evidence put before it. I would submit that there is no independent evidence to support the existence of a "channel", let alone a "main" one across the Island in the terms of Article III of the Anglo-German Agreement of 1890. I fear that, despite Namibia's best endeavours, this Construct remains, in Mr. Chayes' own words, "an undifferentiated inundated area without clearly demarcated lines".

### **Insoluble conflict of Namibia's experts**

In my final section of this first part, I want to examine the insoluble conflict of experts presenting Namibia's case. Botswana has frequently been accused by Namibia of amateur work and of "unrevealing, and . . . superficial comparison of aerial photographs and satellite imagery"<sup>15</sup>.

Professor Sefe in his exposition yesterday more than once called in question the expertise of Professor Alexander and Professor Richards. Be that as it may, it cannot be denied that Namibia's two scientific experts have contradicted each other on certain vital aspects of the case. Professor Sefe has pointed out how Professor Richards' assessment of the present dry episode of the Chobe River differs from Professor Alexander's categorical ranking of the Chobe as an ephemeral river. In the first round of speeches I noted that Professor Richards' meander

---

<sup>14</sup>CR 99/2, p. 51, para. 24.

<sup>15</sup>CR 99/11, p. 48, para. 21.

geometry was contradicted by Professor Alexander, who said that the three upstream meanders shared no common characteristics with Kasikili/Sedudu Island<sup>16</sup>.

Again, while few, I think, would challenge the "impeccable credentials" of Mr. Rushworth, Namibia's cartographic expert (and may the Botswanan team wish him a speedy recovery to good health), even Homer can nod. In putting forward "a probable explanation" that the 1984 Military Intelligence Map when it drew a red line entitled "Grens", meaning boundary in English, in the northern channel, in putting forward an explanation that that map was "not stating the views of the South African Defence Force on the position of the boundary", but Mr. Rushworth suggested "a practical line to define a line beyond which the SADF patrols could not stray", did he not lose his impartiality?<sup>17</sup> The Court will remember that the 1984 Military Intelligence map shows a red line entitled "Grens" for the Zambia boundary as well as that between Botswana and South West Africa. Next, let us look at all the conflicts between the cartographic and scientific experts. As long ago as the Botswana Counter-Memorial<sup>18</sup>, Botswana commented on Mr. Rushworth's statement that "Of course all the maps have been made in the dry season"<sup>19</sup>, and how he thereby placed Namibia in an unescapable quandary whether to rely on the dry season for the maps or the wet season for the flood zone required by the scientific experts.

Namibia in its Reply<sup>20</sup> responds that "Prof. Alexander and Col. Rushworth are engaged in two distinct exercises. Professor Alexander's task is to identify the main channel of the Chobe River in scientific terms . . . Col. Rushworth's task is to examine the manner in which the situation has been represented in the maps."

---

<sup>16</sup>CR 99/8, p. 37, para. 74.

<sup>17</sup>Reply of Namibia, Vol. III, p. 20.

<sup>18</sup>P. 217, para. 535.

<sup>19</sup>Counter-Memorial of Botswana, p. 217, para. 536.

<sup>20</sup>Reply of Namibia, para. 287.



As a consequence of these two distinct exercises, it has become Namibia's practice, throughout its oral submissions, to denigrate all the evidence as "dry season". Mr. Rushworth is obliged to qualify an exposition of the relevant maps by talking of "the accurate depiction of the dry season course" of the British 1933 map<sup>21</sup> and "the familiar dry season depiction of the River Chobe" with reference to the South African 1949 map<sup>22</sup>.

Mr. Chayes dismisses the evidence of the aerial photographs as "a selective series of dry season photographs"<sup>23</sup>. And, as he perhaps gets carried away on his own flood of words, Botswana's flow measurements are now criticized as "dry flow measurements".

Surely the correspondence between the officials of the British and South African Governments would escape this contagion? But no. These too are categorized as "Other observations made in the dry season"<sup>24</sup>.

Both the Trollope/Redman Report and the 1985 Joint Survey are dismissed on the ground that they took place in the dry season<sup>25</sup>.

It seems wrong that Captain Eason is also not guilty of making his investigation in the dry season; but then he included in his report the pregnant sentence referring to the "the natives living at Kasika in German territory"<sup>26</sup> on which the Namibian case has been built.

Indeed at one juncture it seemed possible that Mr. Chayes might invite the Court to construe the Anglo-German Agreement itself as purely a "dry season" treaty.

In conclusion, as I said at the beginning, Professor Sefe has demonstrated that Botswana's case is scientifically sound and Mr. Muzila has demonstrated that the 1985 Joint Survey results are reliable.

---

<sup>21</sup>CR 99/4, p. 45, para. 12.

<sup>22</sup>CR 99/4, p. 48, para. 22.

<sup>23</sup>CR 99/11, p. 11, para. 2.

<sup>24</sup>CR 99/11, p. 16.

<sup>25</sup>CR 99/11, pp. 16-17.

<sup>26</sup>Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 15, p. 235.

They have demonstrated that:

- (1) the observations of the Joint Survey 1985 and Botswana's 1977/1978 flow measurements were carried out in conformity with professional standards and are scientifically reliable; and further that the 1985 Joint Survey observations and Botswana's flow measurements establish that:
  - (a) the northern channel has a greater minimum and average depth than the southern channel throughout its course. Even Mr. Chayes admits "a difference in favour of Botswana of about 1 m"<sup>27</sup>;
  - (b) the northern channel at all seasons of the year carries nearly twice the flow of the southern channel; and
  - (c) there is no scientific support for the existence of any third channel as described by Namibia across the Island.

Professor Sefe has also shown that:

- (2) the great weight of scientific authority continues to rank the Chobe River as a perennial river.

Mr. Chayes chides me with repetition and causing "a fuss"<sup>28</sup>. But was this not in response to Namibia's astounding invitation to the Court in its Memorial, "in approaching the question before it the Court is invited to shed any preconceptions which it may have about rivers in general"<sup>29</sup> and the statement which followed "that the Chobe, though it is identified as a geographical feature on a map, is in a sense only a quasi-river"<sup>30</sup>.

Quasi rivers, quasi channels across the Island, quasi villages according to Professor Cot — may it not in fact be that Namibia's whole case is a quasi claim?

---

<sup>27</sup>CR 99/11, p. 50.

<sup>28</sup>CR 99/11, p. 13.

<sup>29</sup>Memorial of Namibia, p. 19, para. 55.

<sup>30</sup>Memorial of Namibia, p. 19, para. 56.

Mr. President and distinguished Members of the Court, this concludes the first part of my speech.

I turn to an overview of the map evidence.

#### NAMIBIA'S CASE RELATING TO THE DEFICIENCIES OF THE MAP EVIDENCE

At this stage of the oral submissions I will:

- (i) briefly refresh the Court's memory with respect to the law relating to the reception of map evidence;
- (ii) examine Namibia's claim that, in its list of 26 maps, 16 maps show the boundary in the southern channel;
- (iii) show how the residuary maps upon which Namibia relies — the British 1933 GSGS 3915, and the South African 1949 — have such grave deficiencies that they cannot provide any convincing evidence in support of Namibia's claim that the boundary lies to the south of the Island.

If one compares these two maps with the five maps to which I drew your attention in the first round of oral submissions — they were the German von Frankenberg map of 1912, the British 1965 Bechuanaland map and the 1968 Joint Operations Graphic map and the South African military maps, that is JARIC map of 1978 and 1982, and the 1984 Military Intelligence map — if one compares those maps the inconsistency of the map evidence offered by Namibia becomes instantly obvious.

#### The law

I will turn then immediately to the law.

In international law, maps may be admissible, dependent on their provenance and contents, as a form of documentary evidence. In certain circumstances, maps admitted as such evidence may be relied on so as to establish acts of sovereignty<sup>31</sup>, admissions against interest<sup>32</sup>,

---

<sup>31</sup>The *Colombian-Venezuelan Arbitration* (1891), Brit. and Foreign State Papers, Vol. 83, p. 387 at p. 389; the *Rann of Kutch Award*, (1968) XV11 *RIAA*.

<sup>32</sup>The *Honduras Borders Award RIAA*, Vol. II, 1307, at pp. 1331, 1336, 1360-61; *Minquiers and Ecrehos case I.C.J. Reports 1953*, pp. 67, 71.

and finally as subsequent practice of the parties as to their agreement as to the interpretation of a treaty<sup>33</sup>. The authorities relied upon will be set out in the transcript.

A precondition of the use of a map, however, to produce such legal consequences, is that the map be deployed in the course of direct diplomatic exchanges between the relevant governments, or by a public and official unambiguous taking of a position by a government<sup>34</sup>.

The maps upon which Namibia relies were never, at any stage, enclosed in a letter "to provide certain clarification" (that is a phrase used by Judge Basdevant in his separate opinion in the *Minquiers and Ecrehos* case (*I.C.J. Reports 1953*, p. 80)), nor did they form "a proposal or concession made during negotiations" (the International Court's phrase in the *Minquiers and Ecrehos* case (*I.C.J. Reports 1953*, p. 71)). Nor were they even part of a "mere interchange between Governments" (those being the words of the International Court in the *Temple* case)<sup>35</sup>. Even if they had been, the Judgment of the Court in the *Minquiers and Ecrehos* case makes it plain that much more positive conduct on the part of the State is required, namely "a statement of facts"<sup>36</sup> by reference to a map is required.

In that case, the *Minquiers and Ecrehos* case to which Namibia refers at paragraph 311 of its Memorial, in the course of diplomatic exchanges in 1820, the French Ambassador in London sent a diplomatic note (dated 12 June 1820) to the British Foreign Office in which the Minquiers were stated to be "*possédés par l'Angleterre*", and a map was enclosed indicating the Minquiers to be a dependency of the (British) Channel Islands.

The Court categorized the legal status of the French Ambassador's statement as follows:

"But it was not a proposal or a concession made during negotiations, but a statement of facts transmitted to the Foreign Office by the French Ambassador, who

---

<sup>33</sup>*Alaska Boundary* case XV *RIAA*, p. 481 at pp. 486-487; Fitzmaurice 33 *BYBIL* (1957) pp. 224-225, and see generally I. Brownlie, "International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations", *Hague Academy of International Law, Recueil des Cours*, Vol. 255 (1995), Chapter XI at Counter-Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 46.

<sup>34</sup>See also the case concerning *Sovereignty over Certain Frontier Land*, *I.C.J. Reports 1959*, pp. 216, 220-221.

<sup>35</sup>*Temple of Preah Vihear*, *I.C.J. Reports 1962*, p. 3 at p. 23.

<sup>36</sup>*Minquiers and Ecrehos*, op. cit., p. 71.

did not express any reservation in respect thereof. This statement must therefore be considered as evidence of the French official view at that time."<sup>37</sup>

In the absence of a context of formal government exchanges, maps may still provide some assistance in the proof of particular facts. But, here, Botswana would remind the Court of the caution expressed by the Chamber of the Court in the case concerning the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* that "maps merely constitute information which varies in accuracy from case to case; of themselves, and by virtue solely of their existence, they cannot constitute a territorial title"<sup>38</sup>.

As Judge Huber emphasized in the *Island of Palmas* case: "The first condition required of maps that are to serve as evidence on points of law is their geographical accuracy."<sup>39</sup>

Botswana submits that neither the 1909 Seiner map nor the British 1933 map depicted with any "geographical accuracy" the location of the boundary in the southern channel of the Chobe River.

In the present case, one of the issues for the Court's consideration is the weight to be given to copies or varying editions at differing scales, made by various departments of government, of an initial single map which depicts an international boundary. Useful guidance on this question is to be found in the opinion of the Judicial Committee of the Privy Council, where after discussing a number of maps, it stated:

"The maps here referred to, even when issued or accepted by departments of the Canadian Government, cannot be treated as admissions binding on the Government, for even if such an admission could be effectively made, the departments concerned are not shown to have any authority to make it."<sup>40</sup>

There is no evidence in respect to the maps derived from the British 1933 map that the departments concerned who made copies and, for the purpose of their departments, inserted

---

<sup>37</sup>*Ibid.*

<sup>38</sup>*I.C.J. Reports 1986*, p. 582, para. 54, cited in full in Memorial of Botswana, para 254.

<sup>39</sup>*II RIAA*, p. 853.

<sup>40</sup>*In re Labrador Boundary* [1927], 2 *DLR*, 401 at 496.

limits which followed exactly the boundary line shown on the original 1933 map, that they had any authority to make an "admission binding on the Government" as to the correctness of the placement of the international boundary.

Both Professor Chayes and Dr. Kawana in their addresses have referred the Court to the *Beagle Channel* Award and the *Temple* case. Dr. Kawana cites the *Beagle Channel* arbitration that the "particular value" of maps published after the conclusion of the Treaty

"lies rather in the evidence they may afford as to the view which the one or the other party took at the time, or subsequently, concerning the settlement resulting from the Treaty and the degree to which the view now being asserted by that Party as the correct one is consistent with that which it appears formerly to have entertained"<sup>41</sup>.

Dr. Kawana continues by seeking to equate the present case to the facts obtaining in the *Temple* case. He refers to the Court's finding in that case that

"the Parties at that time adopted an interpretation of the treaty settlement which caused the map line, in so far as it may have departed from the line of the watershed, to prevail over the relevant clause of the treaty"<sup>42</sup>,

and he applies this dictum to assert that Namibia's predecessors published the Seiner map and the 1949 South Africa map showing "the line running to the south of the Island". He continues: "Namibia believes that they accurately reflect that settlement" and that "the actions and failures to act on the part of the (British) authorities responsible" must be taken as "a mutual agreement to accept a certain line as the frontier line".

Mr. President, it is difficult to imagine a greater travesty of the correct application both to the facts and the law of the decisions in these two cases.

To have any relevance, it is first necessary to identify "the settlement resulting from the Treaty". In the *Temple* case, a party to the boundary treaty caused an official map to be

---

<sup>41</sup>52 *ILR*, 202.

<sup>42</sup>*I.C.J. Reports 1962*, p. 34.

prepared and published showing a boundary line, and it was subsequently adopted by all parties to the treaty<sup>43</sup>.

The facts in the present case are wholly different. No map, contemporary or subsequent, was officially prepared or adopted by the parties to give effect to the boundary line set out in Article III of the 1890 Agreement.

Dr. Kawana does not explain what he means by the "treaty settlement" in the present case. The term from the Award "a settlement relating to the treaty" must either mean the interpretation of the words "the centre of the main channel of the Chobe River" in Article III of the 1890 Agreement, a task which is now before the Court, or some subsequent "settlement" by "mutual agreement". Surely on the evidence before the Court only the 1984 Pretoria Agreement and the line drawn by the 1985 Joint Survey in the northern channel satisfies this requirement of a "Treaty settlement"?

Dr. Kawana asserts that the publication of the 1933 GSGS 3915 British map by the British was the "mutual acceptance"<sup>44</sup> of the boundary line in the southern channel. How could it be? First, it made no unambiguous statement as to which channel around the Island was the location for the boundary. And second, the 1933 map was never the subject of any negotiation, proposal or diplomatic exchange between the British and South African Governments.

Namibia further alleges that the British Government was guilty both of passive conduct and of failure to comply with a positive obligation to respond, by not objecting to the Seiner map or to the 1949 South African map. The only official exchange between Germany and Great Britain in the German colonial period relating to the Seiner map was the despatch of 5 May 1911<sup>45</sup> proposing arbitration. That proposal was never given effect. Dr. Kawana would seem to be reading information contained in internal correspondence between British officials

---

<sup>43</sup>*I.C.J. Reports 1962*, pp. 21-22. (The Court's decision on this matter is more fully dealt with in the Counter-Memorial of Botswana, App. I, pp. 10-11, paras. 31-34.)

<sup>44</sup>CR 99/4, p. 65, para.18.

<sup>45</sup>Memorial of Namibia, Ann. 46, p. 172.

relating to the Eason investigation of the boundary in the vicinity of Kasikili/Sedudu Island into the official exchanges between the two Governments.

Dr. Kawana seeks to draw the same inference from the unprotested publication of the 1949 South African map. I will deal later with the true import of the correspondence relating to the position of the international boundary in the lower Chobe in that map. But that correspondence shows that the ball was returned to the South African Ministry of External Affairs with the information that no boundary had been determined.

My conclusion on this section relating to the law is as follows: no legal proposition supports reliance on the Seiner 1909 map, the British 1933 or the South African 1949 maps or the circumstances in which they were deployed, as providing any evidence of the acceptance, acquiescence or recognition by Botswana or its predecessor, the British Government, that the boundary was located in the southern channel around Kasikili/Sedudu Island.

Before inviting the Court's attention to Mr. Rushworth's list of maps, I would like to say a few words about the United Nations map of 1985 at a scale of 1:1,000,000, which is at tab 24 in the second round judges' folder.

In Botswana's submission, the most significant feature of this map is the fact that every other international boundary with Namibia is shown by the adopted international boundary symbol. Significantly, that symbol is not shown along the Chobe River boundary with Botswana.

Even more significant is this: where the Chobe, or Cuando, crosses the northern boundary of the Caprivi and becomes the border between Angola and Zambia, the international boundary symbol is firmly placed along the river. The inescapable conclusion is that the United Nations cartographers deliberately refrained from using that symbol along the Chobe boundary — and *only* along the Chobe boundary, as they were not sure of the correct location.

There is a further point, Mr. President. In this map the omission of the second part of the standard disclaimer clause is clearly a cartographic error, as all the other United Nations maps in



this series, do carry the full disclaimer clause<sup>46</sup>. Clearly, the United Nations cartographers did not have the authority to delimit international boundaries unilaterally.

#### **Namibia's list of maps**

In his oral submission<sup>47</sup>, Mr. Rushworth, Namibia's map expert, referred to a list of 26 maps which he had listed in the Namibian Reply<sup>48</sup> (these can be found at tab 25 of the second round judges' folder). He asserts that 16 of these show the boundary in the southern channel, seven do not show the boundary and only one shows the boundary in the northern channel. Mr. Chayes, in his closing speech in the first round, repeated this assertion, but — as often seems to happen with Namibia's treatment of facts — the count had changed and 17 of the 26 maps were now said to show the boundary in the southern channel.

This conclusion is highly misleading, and by a skilful listing of copies and editions of maps of varying scales the number of maps which show the boundary in the southern channel has been inflated. Furthermore, Mr. Rushworth's conclusion was hardly surprising, since he omitted from his list all but one of the maps which showed the boundary in the northern channel.

On proper analysis, Botswana submits that a count of the relevant maps reveals three maps showing the boundary in the northern channel and two maps showing the boundary in the southern channel.

The one map identified in Mr. Rushworth's list as showing the boundary in the northern channel is the 1984 Military Intelligence map.

Even taking Mr. Rushworth's list at face value it can be shown that his figures are very misleading.

First, we must remove from the list the maps which he agrees show no boundary in either channel. Two further maps, which he includes in his group of South African maps, the

---

<sup>46</sup>Counter-Memorial of Botswana, paras. 627-628.

<sup>47</sup>CR 99/4.

<sup>48</sup>Reply of Namibia, Vol. III, Ann. 1, pt. IV, p. 22.

1982 modern 1:50,000 orthophoto map and its copy at a scale of 1:100,000, must also be removed as, again, Mr. Rushworth agrees they show no boundary in the Chobe River. And as I have just explained, the 1985 United Nations map is included in this group as showing no boundary in either channel. The remaining maps in the list can be grouped as follows: German colonial, British and South African.

### **German colonial maps**

The German colonial maps, it is submitted, should be excluded from the count. Rushworth's treatment is extraordinarily partisan, counting Seiner as expressly, and Streitwolf and von Frankenberg as implicitly, placing the boundary in the southern channel. This is unacceptably cavalier treatment. It is common knowledge, not disputed by Namibia, that Seiner, who was a private citizen of Austria, not a German official, never visited the Chobe area. His depiction of the Island was based on Bradshaw's 1880 sketch map<sup>49</sup>, which left the northern channel uncoloured, to indicate that he had not surveyed it. This fact alone would destroy the credibility of the map.

Further, no boundary symbol is shown on this map. Seiner unilaterally sketched in a red hatching around the entire Caprivi boundary, including its boundary with Northern Rhodesia, which, Mr. President, was not finally drafted, let alone agreed, until the Treaty of 1933.

Thus, Seiner hatched in the international boundary between Caprivi and Northern Rhodesia, terminating at the right bank of the Zambesi River, some 24 years before this boundary was finalized by the Treaty of 1933. This must cast serious doubt as to the accuracy of his boundary along the Chobe.

Rather than depicting the official boundary, this map gives an impressionistic view of where Seiner thought the boundary might run.

I showed in my address to you in the first round that the von Frankenberg map demonstrates the southern channel to be a mere side stream of the Chobe, labelling it the "Kassikiri Flussarm". I would suggest that this aspect of the von Frankenberg map outweighs

---

<sup>49</sup>Botswana Atlas Map 1.

any force of the Seiner map. In any event, none of these three German maps draws a boundary line. I submit that the Court should disregard all the German maps.

### **British and South African maps**

Turning to the British and South African maps, Mr. Rushworth includes eight of each in his count. A remarkable number of these are straight copies or reissues at differing scales. When these are removed, we find ourselves, with two exceptions, back at the two maps: the British 1933 and the South African 1949, which Namibia has throughout put in the forefront of its case.

Interestingly, the one South African exception is the modern coloured orthophoto map of 1982 which, although it carried a boundary legend, showed no boundary in the Chobe River. Mr. President, this modern map omitting any boundary in the Chobe River is highly significant. Does it not indicate an absence of certainty and an unwillingness to damage the reliability of the map by a placement of a boundary in the controversial southern channel that was known in 1982 to be in dispute with the neighbouring State, Botswana?

As Namibia has relied on the copies of the 1933 and 1949 maps, I fear I must explain to the Court how misleadingly they inflate the count in favour of Namibia.

### **British maps**

Turning to the British maps, there are two "source" maps here: the 1933 GSGS 3915 and the Africa 1:2,000,000 map (the second exception referred to above).

The first edition of the Africa 1:2,000,000 appeared in 1919 and, as pointed out in the Botswana Reply, showed an intercolonial boundary in the centre of the river clearly following a median line; no island is observable in the vicinity of Kasane. The subsequent four editions (1933, 1940, 1942 and 1958) all place the international boundary in varying manner along the south bank of the Chobe River throughout. The crudity of the indication both of the Island and of the boundary has been commented on in the Botswana Reply. These editions clearly copy the placement of the boundary in the British 1933 GSGS 3915 map. This eliminates — as you will see on screen — the four maps from Mr. Rushworth's list.

He also includes five British maps which he describes as "Maps derived from GSGS 3915"<sup>50</sup> (that is, the British 1933 map). The 1935 Bechuanaland 1:1,250,000 was, and I quote Mr. Rushworth, "produced by photographic reduction" of the 1933 map<sup>51</sup> (No. 3.15 in the Namibian judges' folder). The 1957 1:125,000 map annotated with Crown Reserve Limits<sup>52</sup>, and the Water Development Scheme map 1963<sup>53</sup>, were copies of that map. Described as "used by the Bechuanaland Public Works Department for making its water proposals in 1963"<sup>54</sup> it is patently obvious that in showing the extent of such proposals on the Water Development Scheme map the relevant official would follow the boundary as depicted on the copied 1933 map. To show a different line from the copied map would complicate matters and divert from the task in hand.

The remaining copies of the 1933 map of the two maps with veterinary and geological annotations. Mr. Rushworth explained that these maps produced by "photographic reduction" of the 1933 map and show "exactly the same detail of Kasikili Island and the boundary but at a much smaller size"<sup>55</sup>. These two maps, and the 1957 Crown Reserve Limits and Water Development Scheme maps, were used by officials for their own specific purposes, and they did so by following the boundary printed on the 1933 map with red or yellow hatching or black pecked line. The location of the international boundary was of no concern to them, nor indeed did they have any authority to make admissions relating to it. I refer back to the *Labrador Boundary* case, and submit, in the words of the opinion of the Privy Council there stated, that "the departments concerned are not shown to have any authority to make it"<sup>56</sup>. Their mandate

---

<sup>50</sup>CR 99/4, p. 46.

<sup>51</sup>CR 99/4, p. 46, para. 16; Counter-Memorial of Namibia, Ann. 1, p. 16.

<sup>52</sup>CR 99/4, p. 47; Memorial of Namibia, Ann. 102, para. 27.

<sup>53</sup>CR 99/4, p. 47, para. 18; Counter-Memorial of Namibia, Ann. 1, p. 22.

<sup>54</sup>Rushworth CR 99/4, p. 47, para. 18.

<sup>55</sup>CR 99/4, para. 16.

<sup>56</sup>*Supra* [1927] 2 DLR, p. 496.

related solely to showing the limits relevant to their particular department. They are, therefore, merely copies of the 1933 map.

### **The South African maps**

Finally I come to the South African maps. Map No. 14, is "a preliminary draft"<sup>57</sup>, and the duplication of the published 1949 Map. Mr. Rushworth accepts that map, No. 20 in his list, South West Africa 1:250,000, described as a 2nd edition, was a copy of the 1949 map. He states: "all the detail on the map is unchanged"<sup>58</sup>. The 1982 1:50,000 orthophoto map, already eliminated as showing no boundary, was copied in the South West Africa 1:250,00 1982, in which a boundary was shown but with a disclaimer. The 1982 map to a scale of 1:500,000, similarly entitled, was a copy of this previous map. This leaves us with two surviving maps, the British 1933 and the South African 1949 maps.

As stated at the outset, Mr. Rushworth omits from his list four of the maps produced by Botswana. The only map where he acknowledges the boundary to be in the northern channel is the South African 1984 Military Intelligence map. If we add the maps omitted from the list, which show the boundary in the northern channel, (even excluding the Botswana maps subsequent to independence), that is the 1965 and 1968 British maps, and the South African military maps, the 1978, 1982 JARIC maps — these being the maps which I examined in the first round — we must add four to give a total of five maps showing the boundary in the northern channel compared to the two maps showing the boundary in the southern channel. Even if we count the two editions of the JARIC map as one, and omit the British 1968 Joint Operations Graphic map, we arrive at three maps to be added to Botswana's score, thus giving a total of three maps which show the boundary in the northern channel.

This detailed explanation confirms the fact stated at the beginning. That on proper analysis of the list tendered by Namibia, Botswana submits that a count of the relevant maps

---

<sup>57</sup>Counter-Memorial of Namibia, II, Ann. 1, p. 34.

<sup>58</sup>Memorial of Namibia, V, Ann. 102, p. 48.

reveals three maps showing the boundary in the northern channel and only two showing the boundary in the southern.

I fear, Mr. President, I would ask for a few minutes more just to deal with the two survivor maps, upon which Namibia relies. The first map is the British 1933 map at a scale of 1:500,000, a copy is to be found at tab 26 in our second round judges' folder.

Botswana agrees with the Namibian expert<sup>59</sup> that this is the first map to depict the Island and its environs accurately.

On this map the draughtsman has used the accepted cartographic practice of placing a line of alternating crosses and dashes along one or other bank to denote a boundary in the river. In this case, he has elected clearly to run the line entirely along the south bank from the junction of the Chobe River with the Zambezi River to the western point of its commencement of the riverine boundary.

Dr. Kawana, referring to this map<sup>60</sup> makes the following rather puzzling statement:

"When it reaches Kasikili Island, however, the boundary symbol does not follow the southern bank of the northern channel — which would have indicated that the boundary was in the northern channel. Instead, it follows the southern bank of the southern channel, thus indicating that the boundary was to be found therein, as Colonel Rushworth has shown."

Botswana interprets this rather incomprehensible statement to mean that if the cartographer had wished to show the boundary in the north channel, he would have had to make a "hiccup" in the line, offsetting it northwards to pass through the Island, and then bringing it back to the south bank. If that is what he means, Dr. Kawana has missed the whole point of the convention of placing a boundary symbol along one or other bank or even alternating between them. The use of this convention was the cartographer's way of saying that "the boundary lies in the river": he was not expressing any opinion as to which of the extremely small channels around the Island was the boundary.

---

<sup>59</sup>CR 99/4, p. 45, para. 12.

<sup>60</sup>CR 99/4, p. 62.

The draughtsman could just as easily have elected to place the boundary entirely along the north bank. It is correct, as Namibia has suggested<sup>61</sup>, that "the symbol follows the southern channel although there is plenty of room for the draughtsman to have followed the northern channel", but the draughtsman chose not to do so. His decision not to adapt the boundary to accommodate the accurately depicted geographical features of the Island demonstrates conclusively that his depiction of the boundary along the entire length of the south bank served purely as a symbol and not as an accurate indication of the location of the boundary.

I now come to the second residuary map of the Namibian maps, the South African 1949 at a scale of 1:250 000 published in 1949. This is to be found at tab 27 in the second round judges' folder.

Namibia has insisted, from the beginning of this case, that as the field work and preparation for the map was completed in 1945/1946, before the Trollope/Redman Report of January 1948, the map was produced before the dispute crystallized. Mr. President, this is not the case. The map was published only in 1949, during an intense exchange of correspondence between Great Britain and South Africa, regarding the location of the southern boundary of the Caprivi Strip. These exchanges only terminated as late as 10 May 1951 and "without an alteration to the legal position"<sup>62</sup>. Even though South Africa had at this date been informed that the southern boundary of the Caprivi was not yet determined, they went ahead and published the map regardless, for reasons of their own.

The graphic on the left of the screen shows a letter from the Survey Directorate GHQ, Pretoria, requesting information regarding the location of the southern boundary of the Caprivi Strip<sup>63</sup>. This graphic is at tab 28 of the second round judges' folder.

---

<sup>61</sup>CR 99/4, p. 45, para. 12.

<sup>62</sup>Memorial of Botswana, para. 157 and Ann. 30.

<sup>63</sup>Counter-Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 17.

On the right of the screen is the answer to this letter from the Resident Commissioner of the Bechuanaland Protectorate, stating in the second paragraph that "There is no official map showing the boundary in question . . ."64

Mr. President, this correspondence is highly significant. It demonstrates that as at 6 March 1945, the British authorities were of the opinion that there was no official plan or map showing the southern boundary of the Caprivi Strip in the vicinity of the Island. This in effect disposes of all Namibia's arguments relating to earlier maps as evidence of the location of the boundary provided for in the Anglo-German Agreement of 1890. In particular, it disposes of any question of acquiescence in the boundary as shown on the Seiner map and the British 1933 map.

This concludes my review of the maps relied upon by Namibia, except for a brief reference to third State maps. One should also not forget the inconsistency of the location of the boundary in third State maps. Out of the seven third State maps cited by the Parties in their pleadings, three locate the boundary in the northern channel<sup>65</sup>, three locate it in the southern channel<sup>66</sup> and one shows it as a median line omitting the Island as a geographical feature<sup>67</sup>.

When a final reckoning is made and the deficiencies both of third State maps and the maps specifically relied upon by Namibia are taken into account, I submit that there is no "unbroken sequence" or "preponderance" of maps showing the boundary in the southern channel.

---

<sup>64</sup>Counter-Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 17.

<sup>65</sup>The 1971 Zambia Map, 1:250,000 Sesheke (Botswana Atlas, Map 20); the 1981 Zimbabwe Map, 1:250,000 Kazungula (Botswana Atlas, Map 21); the 1991 US Tacticap Pilot Chart, 1:500,000 Sheet P4-B, Edition 2-GSGS Military Survey MOD UK. It is to be noted that this last map is a copy of the British 1968 Joint Operations Graphic Ground Map to which I referred in the first round of oral submissions and which is to be found in the Botswana Counter-Memorial at p. 238, para. 600.

<sup>66</sup>The 1958 Rhodesia and Nyasaland, Livingstone 1:500,000 (Namibian Counter-Memorial, Vol. II, Rushworth, Ann. 1, p. 9); the 1980 Zambia South West, 1:750,000 (Namibian Counter-Memorial, Vol. II, Rushworth, Ann. 1, p. 9).

<sup>67</sup>*The 1973 Rhodesia Relief Layered*, 1:1,000,000 7th edn. compiled and drawn by the Department of the Surveyor-General, Salisbury, S. Rhodesia (a copy is reproduced in the Folder of Additional maps to this Reply), depicts the boundary in neither the northern nor the southern channel. Instead it shows a boundary line, in the middle of the river which at this point (Kasane is marked on the south bank) is shown traversing a small stretch of blue water.



Mr. President, distinguished Members of the Court, I thank you for your patience and courtesy in listening to me. I request you to call on Professor Brownlie after the break.

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

*The Court adjourned from 11.25 to 11.40 a.m.*

The PRESIDENT: Please be seated. Professor Brownlie.

Mr. BROWNLIE: Thank you, Mr. President.

#### INTRODUCTION

Mr. President, distinguished Members of the Court.

My agenda in my second round argument is as follows:

1. The anomalous character of the Namibian submissions as presented in the Reply and at the close of the second round speeches.
2. The task of the Court in determining the boundary.
3. The definition of the dispute in accordance with the provisions of the Special Agreement.
4. The inadmissibility of the prescription argument.
5. The absence of evidence of a process of prescription.
6. The legal criteria for the determination of the thalweg.
7. The opinions of officials.
8. The relevance of the subsequent practice of the parties to the 1890 Agreement and their successors.
9. The significance of the Pretoria Agreement of 1984.
10. The political and legal status of the 1890 Agreement.
11. Conclusions.

#### **1. The anomalous character of the Namibian submissions as presented in the Reply**

The first task is to examine the character of the submissions presented in the Namibian pleadings. The full text of the submissions will appear in the transcript.

"May it please the Court . . . to adjudge and declare that

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."

Like the previous submissions of Namibia, the latest formulation contains *no single* reference to the Anglo-German Agreement.

In our submission, the request to the Court is objectionable in several distinct respects.

In the first place, the third request in the submissions is based exclusively upon prescription.

If I can read the wording again:

"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."

This request, in conjunction with the remainder of Namibia's requests to the Court, does not even present prescription as an alternative basis of claim but as the exclusive basis of claim. Thus much of the Namibian argument in the first round has been in contradiction of the Namibian submissions.

Secondly, the submissions are incompatible with Article 1 of the Special Agreement. The Special Agreement asks the Court to determine "the boundary between Namibia and Botswana" and to carry out this task "on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 and the rules and principles of international law". The content of Namibia's submissions bears no relation to these requirements. Furthermore, the wording of Article 1 makes it clear that the status of the Island is a *consequence* of the determination of the boundary. The Namibian request to the Court effectively reverses the order of things.

If the Court accedes to the third request (based upon prescription), then it would, according to Namibia, automatically follow that the boundary was in the southern channel — that is the fourth request — and was not located in the northern channel — that is the first and second requests. This order of issues is completely incompatible with the Special Agreement.

The outcome involves a breach of Article 40, paragraph 1, of the Statute of the Court, which provides as follows:

"Cases are brought before the Court, as the case may be, either by the notification of the special agreement or by a written application addressed to the Registrar. In either case the subject of the dispute and the parties shall be indicated."

The Special Agreement indicates the subject of the dispute and therefore the task of the Court and the parameters of its jurisdiction. The Namibian submissions indicate a different task and one which is not indicated in the Special Agreement as required by Article 40.

## **2. The task of the Court in determining the boundary**

Mr. President, there are certain other questions concerning the Namibian submissions and the task of the Court.

The task of the Court in this case is described in the clear terms of Article 1 of the Special Agreement: "The Court is asked to determine . . . the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the island."

The submissions of the Parties in this respect at least are not *as such* incompatible with the Special Agreement. Namibia asks the Court to declare that the boundary "lies in the centre of the southern channel of the Chobe River". Botswana requests the Court to declare that the "northern and western channel of the River Chobe . . . constitutes the main channel . . .".

These formulations are compatible with the Special Agreement in that there is no derogation from the Court's mandate "to determine . . . the boundary . . .". However, there are certain indications in the text of the Namibian Memorial which give rise to concern. The relevant passages are as follows:

"158. Once the southern channel has been identified as the main channel of the Chobe River, the question of title to Kasikili Island is automatically resolved in favour of Namibia. Where the boundary lies within the southern channel is a distinctly

subsidiary matter for both parties. The subject was not discussed by either Botswana or Namibia in the proceedings before the JTTE, nor did the parties make any specific reference to the subject in their submissions. It has simply not been an issue between them.

159. In these circumstances, Namibia considers that it is unnecessary to pursue the question of defining the centre of the main channel at this stage of the pleadings. The real issue between the parties has always been the identification of the main channel itself and the consequences of such identification for the determination of the sovereignty over Kasikili Island. The location of the centre of the main channel would follow largely as a matter of course by reason of its dependence upon the manner in which the principal issue is resolved. As a practical matter, the actual boundary would in any case have to be demarcated by agreement between the parties.

160. Namibia of course reserves the right to return to this issue at a later stage, if developments in the case make it appropriate to do so." (Memorial of Namibia, p. 57.)

With reference to the assertion by Namibia that the precise location of the boundary (within the requisite channel) "has simply not been an issue" between the Parties, the Government of Botswana does not share this view. In its opinion the process of determining "the boundary", called for in Article 1 of the Special Agreement, encompasses the location of "the centre of the main channel".

In the submission of the Government of Botswana the task of the Court is clearly defined in the Special Agreement as the determination of "the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island", and includes a determination of the precise location of the boundary and not only the identification of the "main channel".

In this context, the Court may see fit to appoint an expert to assist in the process of determination in accordance with Article 67 of the Rules of Court.

### **3. The definition of the dispute in respect of which the Court has jurisdiction**

Mr. President, I shall now move on to examine a further aspect of the task of the Court in these proceedings.

In accordance with Article 36, paragraph 1, of its Statute, the Court has jurisdiction in this case by virtue of the provisions of the Special Agreement and exclusively by virtue of the Special Agreement. In the Special Agreement the Court is asked "to determine . . . the boundary . . . around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the island".

In the opinion of Botswana the dispute is essentially a boundary dispute, and, as the language of the Special Agreement makes clear, the attribution of sovereignty in respect of the Island is the automatic consequence of the determination of the boundary.

Thus the dispute over which the Court has competence consists of the determination of the boundary "on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 and the rules and principles of international law".

Unfortunately, the submissions of Namibia in these proceedings present a different dispute for resolution by the Court. This is evident from the submissions set forth in the Namibian Reply, which contain no single reference to the Anglo-German Agreement. And the same applies to the submissions read to the Court by the Namibian Agent more recently.

The request concerning the boundary (in para. 4 of the submissions) is subsidiary to the third request, which is as follows:

"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."

That is what the Court is asked to adjudge and declare.

In the submission of Botswana these formulations in the Namibian Reply are intended to transform the boundary dispute into a different dispute relating to acquisition of sovereignty on the basis of prescription.

This version of the dispute, both in form and in substance, is incompatible with Article 1 of the Special Agreement and this very clear from the *consideranda* contained in the preamble to the Special Agreement. I can remind the Court of their content:

*Whereas* a Treaty between Great Britain and Germany respecting the spheres of influence of the two countries in Africa was signed on 1 July 1890 (the Anglo-German Agreement of 1890);

*Whereas* a dispute exists between the Republic of Botswana and the Republic of Namibia relative to the boundary around Kasikili/Sedudu Island;

*Whereas* the two countries are desirous of settling such dispute by peaceful means in accordance with the principles of both the Charter of the United Nations and the Charter of the Organization of African Unity;

*Whereas* the two countries appointed on 24 May 1992 a Joint Team of Technical Experts on the Boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island 'to determine the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island' on the basis of the Treaty of 1 July 1890 between Great Britain and Germany respecting the spheres of influence of the two countries in Africa and the applicable principles of international law;

*Whereas* the Joint Team of Technical Experts was unable to reach a conclusion on the question referred to it and recommended 'recourse to the peaceful settlement of the dispute on the basis of the applicable rules and principles of international law';

*Whereas* at the Summit Meeting held in Harare, Zimbabwe, on 15 February 1995, and attended by Their Excellencies President Sir Ketumile Masire of Botswana, President Sam Nujoma of Namibia and President Robert Mugabe of Zimbabwe, the Heads of State of the Republic of Botswana and the Republic of Namibia, acting on behalf of their respective Governments, agreed to submit the dispute to the International Court of Justice for a final and binding determination; . . ."

As the *consideranda* indicate, "the dispute" concerns the determination of the boundary on the basis of the Anglo-German Agreement of 1890.

#### **4. The inadmissibility of the prescription argument**

At this point in my submissions it is necessary to summarize the legal basis for Botswana's submission that the Namibian argument based upon prescription is quite simply inadmissible.

The first basis is the Special Agreement itself. As I have already indicated, the prescription argument is substantially incompatible with Article 1 of the Special Agreement and this especially in light of the *consideranda* of the preamble.

In this same context, the prescription argument is incompatible with the continuing validity and applicability of the Anglo-German Agreement itself.

The second basis for asserting the inadmissibility of the prescription argument is, quite simply, that Namibia has by its conduct recognized that the dispute is exclusively related to the determination of the boundary in accordance with the provisions of the Anglo-German Agreement.

In a whole series of transactions Namibia has expressly adopted this form of characterizing the dispute.

The relevant transactions are as follows:

— the Kasane Communiqué of 24 May 1992 (Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 55);

- the Memorandum of Understanding of 23 December 1992 (Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 57);
- the Communiqué of the Harare Summit Meeting, 15 February 1995 (Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 59); and
- the Special Agreement.

The Kasane Communiqué of 24 May 1992 involved Namibia. The three Heads of State agreed to set up a Joint Team of Technical Experts whose task was "to determine where the boundary lies in terms of the Treaty".

As a direct consequence of the decisions taken at Kasane, the Governments of Botswana and Namibia negotiated the Memorandum of Understanding (MOU) of 23 December 1992 (Memorial of Botswana, III, Ann. 57). The first substantive provision in the MOU is Article 2, which provides for the establishment of "a team of Technical Experts *to determine the boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island in accordance with the Anglo-German Treaty of 1890*" (emphasis added).

The content of the preamble to the MOU confirms the role of the Anglo-German Agreement. The material paragraphs are as follows:

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

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

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

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

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

They are the important preambular paragraphs of the MOU.

The provisions of Article 2 of the MOU taken together with its other provisions and the preamble constitute an express recognition on the part of Namibia of the character of the dispute.

After all the final preambular paragraph reads:

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

This significant statement is incompatible with identification of the dispute as one involving acquisition of title to territory in general terms.

The consequence of the MOU is that Namibia has recognized the character of the dispute in such a way that she cannot in these proceedings adopt an inconsistent position.

The concept of adoption or recognition of a legally significant statement or representation is familiar in relation to *unilateral* acts. The adoption by Thailand of the Annex I map in the *Temple case (Merits)* is well known. As the Court then observed:

"The Court will now state the conclusions it draws from the facts as above set out.

Even if there were any doubt as to Siam's acceptance of the map in 1908, and hence of the frontier indicated thereon, the Court would consider, in the light of the subsequent course of events, that Thailand is now precluded by her conduct from asserting that she did not accept it. She has, for fifty years, enjoyed such benefits as the Treaty of 1904 conferred on her, if only the benefit of a stable frontier. France, and through her Cambodia, relied on Thailand's acceptance of the map. Since neither side can plead error, it is immaterial whether or not this reliance was based on a belief that the map was correct. It is not now open to Thailand, while continuing to claim and enjoy the benefits of the settlement, to deny that she was ever a consenting party to it.

The Court however considers that Thailand in 1908-1909 did accept the Annex I map as representing the outcome of the work of delimitation, and hence recognized the line on that map as being the frontier line, the effect of which is to situate Preah Vihear in Cambodian territory. The Court considers further that, looked at as a whole, Thailand's subsequent conduct confirms and bears out her original acceptance, and that Thailand's acts on the ground do not suffice to negative this. Both Parties, by their conduct, recognized the line and thereby in effect agreed to regard it as being the frontier line." (*I.C.J. Reports 1962*, pp. 32-33.)

In the present case it is the characterization of a dispute, not a line but of a dispute, which is in question but the point of principle remains the same. A similar result was achieved in the



*Arbitral Award Made by the King of Spain*, in which the Court held that Nicaragua had, by express declaration and by conduct, recognized the Award in question as valid.

The present case is, of course *a fortiori*, because the MOU and the related transactions involved the express agreement of Botswana and Namibia.

There is also an analogue with the concept of an express disclaimer of title. In his commentary on the *Minquiers* case in the *British Year Book* in 1955 Sir Gerald Fitzmaurice had this to say:

"(iii) *Disclaimer of title*. A party may, without admitting the title of the other side, have in effect admitted the non-existence of its own, by a disclaimer of it, which may be express or tacit:

*a. Express disclaimer*. The Court found that in the case of the Ecréhos, something of the kind had occurred in the following circumstances (*I.C.J.*, 1953, pp. 66-67):

'In the course of the diplomatic exchanges between the two Governments in the beginning of the nineteenth century concerning fisheries off the coast of Cotentin, the French Ambassador in London addressed to the Foreign Office a Note, dated June 12th, 1820, attaching two charts sent from the French Ministry of Marine to the French Ministry of Foreign Affairs purporting to delimit the areas within which the fishermen of each country were entitled to exclusive rights of fishery. In these charts a blue line marking territorial waters was drawn along the coast of the French mainland and round the Chausey Islands, which were indicated as French, and a red line marking territorial waters was drawn round Jersey, Alderney, Sark and the Minquiers, which were indicated as British. No line of territorial waters was drawn round the Ecrehos group, one part of which was included in the red line for Jersey and consequently marked as belonging to Great Britain and the other part apparently treated as *res nullius*.'

*b. Tacit disclaimer*. The Court cited the British Treasury Warrant of 1875 as being a legislative act in respect of the Ecréhos . . . and as being 'a clear manifestation of British sovereignty over the Ecréhos at a time when a dispute as to such sovereignty had not yet arisen', because it constituted Jersey a part of the Channel Islands, and included the Ecréhos within the limits of that part. The French Government duly disputed the claim so implied, but not on the ground of its own sovereignty. Instead, as the Court found (p. 66), it merely 'protested . . . on the ground that this Act derogated from the Fishery Convention of 1839'." (*British Year Book*, Vol. XXXII (1955-1956), p. 61 (footnotes omitted).)

In my submission in the present context, the MOU constitutes an express disclaimer by Namibia of any claim not based upon the Anglo-German Agreement of 1890.

Moreover, applied in the light of the text of the MOU, the Special Agreement itself involves an express disclaimer of a claim based upon prescription.

### **5. The absence of evidence of a process of prescription**

In any case, Mr. President, there is no reliable evidence of a process of prescription in favour of Namibia. In the first place, counsel for Namibia have consistently failed to provide evidence of an actual possession of the Island by Germany or its successors. Namibian counsel are long on assertions of "occupation and use" but consistently short on reference to specific pieces of evidence.

The Namibian case consists essentially of the constant assertion that the cultivation of the Island by small farmers from the Caprivi and the unargued propositions that the Chiefs had the power to generate title vis-à-vis other States and that, in this context, the small-scale farmers were agents of the Chiefs in all that they did. The Namibian Government has failed to adduce any other evidence of possession. Through the various stages of the pleadings this position has not changed: as we see by reference to the speech of Professor Cot in the second round (CR 99/10, pp. 27-43).

The Namibian case on possession can be summarized as follows:

1. The Germans established an administration in the Eastern Caprivi which is alleged to have extended to the Island but no proof of such extension is given.
2. The British administration should have protested in face of this non-administration.
3. Therefore the British Government had acquiesced.

And so, in place of evidence, the Court is confronted by a series of artificially constructed and false premises.

In the second place, there is substantial evidence of possession by the British Government and its successor, the Government of Botswana.

In the first round (CR 99/7, pp. 23-30) counsel for Botswana presented nine episodes involving evidence that Botswana and her predecessor, the United Kingdom, have retained title. In the second round Professor Faundez referred to *three* of these (CR 99/10, pp. 55-56, 60-64).

The first is the application of the Caprivi Chief for permission to plough on the Island in 1924. Professor Faundez had two points to make. First, he complained that the evidence was

hearsay. But, Mr. President, hearsay can be reliable. The information was obtained by Redman in the course of carrying out his official duties. Moreover, the Government of Namibia have not suggested that Redman is an unreliable witness and have quoted him at various times.

Secondly, Professor Faundez points out that the Eastern Caprivi was administered from British Bechuanaland at this period. But, of course, this begs the question, and does not explain why the Chief did not apply to Schuckmansburg (which was the administrative headquarters of the Caprivi).

The second episode mentioned by Professor Faundez, is the correspondence of 1947 to 1951. Professor Faundez, and also Professor Chayes, claim that this exchange of correspondence is proof of Namibian title. This is a very strange construction of the documents. In the first round one of my tasks was to examine the relevant documents and I would respectfully refer the Court to that part of my speech (CR 99/7, pp. 11-17). In our submission the documents speak for themselves. The British Government did not disclaim title. It was South Africa which was seeking a modification of the boundary in its favour. Furthermore, in its Memorial the Namibian Government expressly recognizes that the British officials concerned "were not going to give away legal points" (Memorial of Namibia, p. 113, para. 278).

The third episode referred to by Professor Faundez involved the transactions of 1984 and 1985.

But, Mr. President, *six other* episodes were invoked by counsel for Botswana in the first round as follows:

1. The evidence of Chief Moraliswani in the 1994 hearings before the Joint Team of Technical Experts (CR 99/7, p. 24).
2. The fact that no representation was made by the authorities in the Eastern Caprivi concerning the Island until 6 March 1992 (CR 99/7, p. 25).
3. The evidence that no group had exclusive use of the Island for agricultural purposes (CR 99/7, pp. 25-26).
4. The establishment of the Chobe Game Reserve in 1960 (CR 99/7, pp. 27-28).

5. The visit of the President of Botswana to the vicinity of the Island in 1972 (CR 99/7, p. 28).
6. The meeting of delegations at Katima Mulilo in 1981 (CR 99/7, pp. 28-29).

Counsel for Namibia have abstained from comment on these episodes and unfortunately we must now depart from The Hague without knowing the views of the Namibian Government on these significant items of evidence.

In the third place, at no time after 1948 could the Namibian Government or its predecessor have enjoyed peaceful possession (if such possession existed, which it did not). After 1948 it was clear to the Governments in London and Pretoria that a dispute existed. The Namibian Government now appears to accept this position.

During the second round, Professor Faundez (CR 99/10, pp. 62-63) appears to accept that the Trollope-Dickinson correspondence related to the boundary question, although he appears not to realize that Trollope and Dickinson were in fact implementing an intergovernmental arrangement between London and Pretoria at the top level.

In conclusion, the correspondence of 1948 to 1951 involved a bilateral recognition of the existence of a dispute. As Professor Chayes described the arrangement on Tuesday. He said:

"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." (CR 99/11, pp. 56-57.)

Now, the Government of Botswana would have various reservations about the assertions in these passages but nonetheless in these passages, counsel for Namibia clearly accepts that a dispute arose in the period 1948 to 1951, thus totally contradicting the previous position of Namibia, according to which the dispute arose in 1984.

Before I leave the question of prescription, there is one significant point of fact which calls for a correction. On Tuesday, Professor Chayes asserted that in 1947 Mr. Ker sought permission from Trollope to travel through the northern channel "because he . . . assumed that the boundary was in the southern channel and the northern channel was in the Caprivi Strip" (CR 99/11, p. 19).

Mr. President, in these and other contexts, Namibia makes factual assumptions which are not supported by the documents. In the present context there is no evidence to support the view that Ker assumed that the boundary was in the southern channel. The northern channel contained the boundary and therefore both Bechuanaland and South West Africa were involved. After Trollope had created a difficulty Ker after all then wrote to Redman.

The true position is no doubt described by Trollope himself in his letter to Dickinson dated 4 August 1951:

"In all the years past there have never been any difficulties — indeed even the question of the use of the 'Northern Waterway' was never a real issue. Not a single boat, craft or person was ever hindered in its use. Even the redoubtable W. C. Ker used it the whole time he ran a service to Sirondellas without any let or hindrance at all. But that loquacious and tendentious gentleman was never satisfied unless he was raising some tremendous issues, with large references to Barcelona treaties, international waterways, etc. And it was he who quite unnecessarily persuaded Redman to raise the issue." (Memorial of Namibia, Ann. 71.)

This document, like many others, was not read to the Court by counsel for Namibia.

The Namibian Government, through its counsel, has made the following grossly inaccurate assertion with reference to Mr. Ker: "We do not even know whether he actually transported lumber through the northern channel." (CR 99/11, p. 21.)

But, Mr. President, we do know. Mr. Trollope has just stated in this letter. He states that Mr. Ker "used it the whole time he ran a service to Sirondellas without any let or hindrance at all". This is a reference to the transport of timber barges.

## 6. The legal criteria for the determination of the thalweg

At this stage, Mr. President, I would like to revisit the question of the legal criteria for the determination of the thalweg.

As Lady Fox explained in her first round speech (CR 99/8, pp. 46-55) the criterion for identification of the main channel of a river is navigability, the shipping line, or the thalweg.

Botswana has, in its Memorial (pp. 60-64), and in its Reply (pp. 20-30), examined the numerous sources concerning the definition of the thalweg. In the submission of Botswana both the authorities contemporaneous with the Anglo-German Agreement and more recent authorities recognize the connection between the legal concept of the thalweg and navigability.

In my first round speech (CR 99/7, pp. 32-34) on behalf of Botswana I adopted the definitions of Hyde, Sir Elihu Lauterpacht, and Paul de Lapradelle. Both Parties have approved the formulation of Charles Cheney Hyde, published in 1912. It may be helpful if I quote the relevant passage once more. Hyde said:

"It has long been agreed that, when a navigable river forms the boundary between two States, the dividing line follows the *thalweg* of the stream. *The thalweg, as the derivation of the term indicates, is the downway, or the course followed by vessels of largest tonnage in descending the river.* That course frequently, if not commonly, corresponds with the deepest channel. It may, however, for special reasons take a different path. Wheresoever that may be, such a course necessarily indicates the principal artery of commerce, and for that reason is decisive of the *thalweg*." (Emphasis added.) (6 *AJIL* (1912), pp. 902-903; Counter-Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 8.)

Of course, such a formulation must be related to the question of evidence of the location of the thalweg, and there can be no doubt that the use of the channel by vessels of largest tonnage constitutes sufficient evidence in this context.

But, Mr. President, a certain clarification is called for. The thalweg is a real riverine feature, that is to say, the line of the deepest soundings and the use of the channel by ships of largest tonnage is thus not a *necessary* condition for the identification of the thalweg, maybe a sufficient condition but it is not a necessary condition.

The criterion is thus hydrological and the connected concept, that of navigability, reflects potential use, and not actual use.

The object and purpose of the Anglo-German Agreement was to provide *the means by which Germany could reach the Zambezi*. The Agreement was thus necessarily concerned with potential use.

The question of determining the thalweg can be placed in its appropriate legal context if it be supposed that for a period of 50 years the river in question lacked any population and there was little or no use of the river for transport of any kind.

Because it is a riverine feature, a physical phenomenon, the thalweg would still exist and the criterion of navigability would still be applicable. Navigability would then be determined on the basis of the line of deepest soundings.

In this context, it is not river usage as such which is the test. Still less is it the incidence of commercial activity as such. The higher incidence of tourist boats in one channel rather than the other, or the use of one channel rather than the other, for example, for commercial water sports events, would be legally irrelevant.

And this for two reasons. First, such use would bear no relation to the thalweg as a riverine feature, whereas use by vessels of the highest tonnage would. Secondly, the Court has recognized the principle that delimitation cannot be determined on the basis of variables and evanescent factors.

In this connection the Judgment of the Court in the *Tunisia/Libya Continental Shelf* case is very helpful. As the Court observed:

"106. In their pleadings, as well as in their oral arguments, both Parties appear to have set so much store by economic factors in the delimitation process that the Court considers it necessary here to comment on the subject. Tunisia seems to have invoked economic considerations in two ways: firstly, by drawing attention to its relative poverty vis-à-vis Libya in terms of absence of natural resources like agriculture and minerals, compared with the relative abundance in Libya, especially of oil and gas wealth as well as agricultural resources; secondly, by pointing out that fishing resources derived from its claimed 'historic rights' and 'historic waters' areas must necessarily be taken into account as supplementing its national economy in eking out its survival as a country. For its part, Libya strenuously argues that, in view of its invocation of geology as an indispensable attribute of its view of 'natural prolongation', the presence or absence of oil or gas in the oil-wells in the continental shelf areas appertaining to either Party should play an important part in the delimitation process. Otherwise, Libya dismisses as irrelevant Tunisia's argument in favour of economic poverty as a factor of delimitation on any other grounds."

And faced with these arguments, the Court had this to say:

"107. The Court is, however, of the view that these economic considerations cannot be taken into account for the delimitation of the continental shelf areas appertaining to each Party. They are virtually extraneous factors since they are variables which unpredictable national fortune or calamity, as the case may be, might at any time cause to tilt the scale one way or the other. A country might be poor today and become rich tomorrow as a result of an event such as the discovery of a valuable economic resource. As to the presence of oil-wells in an area to be delimited, it may, depending on the facts, be an element to be taken into account in the process of weighing all relevant factors to achieve an equitable result." (*I.C.J. Reports 1982*, pp. 77-78.)

In the submission of Botswana, the incidence of tourist boats in the recent past is a variable and it is an extraneous factor. In contrast, the potential of the northern channel, that is, its *capacity* to allow navigation by ships of the largest tonnage, is not a variable and, being directly related to the thalweg as a physical feature, is not in any sense extraneous.

#### **7. The opinions of officials**

I shall move briefly to another category of evidence which Namibia has done its best to disparage. I am referring to the opinions of officials. These were set forth in my first round speech (CR 99/7, pp. 10-17), and I shall not repeat them. In the submission of Botswana if a variety of officials at five different junctures express the same opinion as to the identification of the main channel, this has considerable probative value.

Now, how does Namibia deal with these five opinions stretching from 1912 to 1985? Professor Chayes stated on Tuesday that "the officials have no particular expertise" (CR 99/11, pp. 55-56, para. 46).

No doubt the Court will take its own view and I would make only one point at this stage. When the same officials appear to say something which Namibia agrees with, the officials miraculously recover their expertise. Thus Trollope's opinion, or, at least, Namibia's construction of his opinion, is relied upon by counsel for Namibia in other contexts, for example, in relation to Mr. Ker (CR 99/11, p. 19). In this, as in other contexts, Namibia tries to have its cake and eat it.

#### **8. The relevance of the subsequent practice of the Parties**

I shall turn next to the issue of the subsequent conduct of the Parties. The position of Botswana has been set forth at some length in its Counter-Memorial at pages 83 to 87.



Namibia now complains that Botswana is insisting that subsequent practice involved evidence of the common understanding of the parties (*UN Conference of the Law of Treaties, Official Records, Summary Records*, p. 169, para. 60). I am afraid that Botswana still adheres to this opinion.

Professor Faundez (CR 99/4, p. 21) quotes the Award in the *Beagle Channel* arbitration as follows:

"The Court cannot accept the contention that no subsequent conduct, including acts of jurisdiction, can have probative value as a subsidiary method of interpretation unless representing a formally stated or acknowledged 'agreement' between the parties. The terms of the Vienna Convention do not specify the ways in which 'agreement' may be manifested. In the context of the present case the acts of jurisdiction were not intended to establish a source of title independent of the terms of the Treaty; nor could they be considered as being in contradiction to those terms as understood by Chile. The evidence supports the view that they were public and well-known to Argentina, and that they could only derive from the Treaty. Under these circumstances the silence of Argentina permits the inference that the acts tended to confirm an interpretation of the meaning of the Treaty independent of the acts of jurisdiction themselves." (52 *ILR*, p. 93 at para. 224.)

In fact, this opinion does not actually contradict the position of Botswana, as Professor Faundez believes.

But it certainly contradicts the position of Namibia. The Court of Arbitration observes that the acts of jurisdiction in question "were not intended to establish a source of title independent of the terms of the Treaty . . .".

In the present case the whole point is that the acts alleged to constitute relevant acts of jurisdiction by Namibia are intended to constitute an independent source of title, that is, on the basis of prescription.

In my submission, at the end of the day, the criteria of subsequent practice have to be applied in the actual context. The Foreign Ministries of the relevant States would not have regarded the cultivation patterns of the local farmers as forms of subsequent practice. Moreover, Article VII of the Anglo-German Agreement dealt with the question in express terms. Article VII provides:

"The two Powers engage that neither will interfere with any sphere of influence assigned to the other by Articles I to IV. One Power will not in the sphere of the other make acquisitions, conclude Treaties, accept sovereign rights or Protectorates, nor hinder the extension of influence of the other.

It is understood that no Companies nor individuals subject to one Power can exercise sovereign rights in a sphere assigned to the other, except with the assent of the latter."

Unfortunately our distinguished opponents have not disclosed their opinion on Article VII.

### **9. The significance of the Pretoria Agreement of 1984**

The concern of the Namibian Government with the concept of subsequent practice is ironical to say the least. The most significant episode of subsequent practice, that is, the intergovernmental transactions of 1984 and 1985, is set aside by Namibia.

Mr. President, the grounds on which they have been set aside have grown in number over the years.

The first ground, in logical sequence, is that there was no agreement. In the first round Professor Faundez denied that there was an agreement (CR 99/4, p. 37). In the second round Professor Chayes expressed the same view. In his words:

"Namibia's position . . . 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." (CR 99/11, p. 57, para. 50.)

Mr. President, the reality was completely otherwise. The Minutes of the Pretoria Meeting of 19 December 1984 reveal that there was a clear intention to avoid future incidents by having a definitive settlement of the dispute. (Memorial of Botswana, Vol. III, Anns. 44 and 46.)

Mr. President, the contention that no agreement was made is bizarre. Is counsel for Namibia suggesting that those involved in the Joint Survey arrived in the area, fully prepared, on an appointed day, by coincidence or perhaps as a result of telepathy? Is perhaps telepathy a new form of alternative dispute resolution?

In any event, the Joint Survey Report contains the following statement under the heading "Authority for Survey":

"At an intergovernmental meeting held in Pretoria on 19 December 1984 it was decided that a joint survey should be undertaken to determine whether the main channel of the Chobe River is located to the north or the south of Sidudu/Kasikili Island.

Representatives of the two national survey organisations accompanied by co-workers from the Departments of Water Affairs have now been to the area to survey the 'Thalweg' in the vicinity of the island. Specific mention is made to the Thalweg in the 1890 Agreement between England and Germany." (Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 48.)

As Botswana has pointed out in the written pleadings, there is no requirement of form in the law of international agreements (Memorial of Botswana, Vol. I, pp. 79-83, paras. 181-193).

The second ground on which Namibia asserts that the Pretoria Agreement is to be set aside is that after the termination of the Mandate in 1966 Botswana had no competence to make such an agreement (see the speech of Professor Faundez, CR 99/4, pp. 37-39, paras. 76-80; and the speech of Professor Chayes in the second round, CR 99/11, pp. 57-58, paras. 49-51).

Namibia complains that Botswana has failed to respond to this point. This is not true and the relevant references will be set forth in the transcript (Mr. Tafa, CR 99/7, pp. 44-46, paras. 36-40; Professor Brownlie, CR 99/9, pp. 49-50).

Mr. President, the Pretoria Agreement of 1984 and the Joint Survey Report of 1985 have been adopted by the Namibian Government in its earlier pleadings. Consequently, they are opposable to Namibia. This adoption did not take place in the course of negotiations as Professor Chayes chose to say. The adoption occurs in a formal submission to the Joint Team of Technical Experts, which formal submission was prepared in the Ministry of Foreign Affairs of Namibia.

Even in the second round of the present oral hearings counsel for Namibia have continued to rely upon the Joint Survey Report whenever it suited them. You can find an example in Professor Chayes' speech (CR 99/11, pp. 53 and 56).

In any event, the Joint Survey Report constitutes significant expert opinion evidence and, as such, is not affected by any elements of illegality.

The evident significance of the Joint Survey Report has induced counsel for Namibia to allege that those who conducted the Joint Survey were not adequately qualified, and that the methodology was flawed. (CR 99/10, pp. 50-51, para. 30; Counter-Memorial of Namibia, para. 36.)

Such assertions are self-serving, are lately invented, and are wholly unjustified. The issues of methodology have been dealt with by my colleagues in the oral hearings (Lady Fox, CR 99/8,

pp. 48-50; Professor Sefe, CR 99/12, pp. 49-54, paras. 32-46; and by Mr. Muzila earlier this morning, CR 99/13).

It is unhelpful to the Court when a party to proceedings persists in seeking to marginalize a document of such obvious legal significance.

#### **10. The political and legal status of the 1890 Agreement**

Finally, Mr. President, I would like to stress the validity of the boundary set by the 1890 Agreement and its political and legal significance. At one level there is no disagreement between the parties. Both parties have accepted the principle of *uti possidetis juris*.

At the end of the day the principle of *uti possidetis juris* is question-begging, because in essence it is a neutral principle stating simply that decolonization *as such* does not affect the legal status of a boundary.

However, there are certain elements in the Namibian pleadings which call for rebuttal and correction.

In the first place the mode of application of the principle of *uti possidetis juris* depends on the particular political and legal context.

It is a generally accepted principle of general international law that the mere fact of a succession of States does not affect the legal status of a boundary. And this was stated in a decision of a Chamber of this Court in the case concerning the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)* (*I.C.J. Reports 1986*, p. 566, para. 24).

In the present case the application of this principle is conditioned by the express recognition by the Parties that the boundary inherited at the time of their respective independence was as described in the provisions of Article III (2) of the Anglo-German Agreement.

This express recognition took the form of the Memorandum of Understanding concluded between Botswana and Namibia on 23 December 1992 (Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 57). The preambular paragraphs clearly involve recognition that the Anglo-German Agreement is applicable and that its provisions were inherited at the time of independence. And Article 2 of the MOU provides as follows: "A team of Technical Experts to determine the boundary between

Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island in accordance with the Anglo-German Treaty of 1890 is hereby established."

Thus there is no question that the determination of the boundary depends exclusively upon the Anglo-German Agreement.

And, Mr. President, this would be so in terms of relations between Botswana and Namibia irrespective of what is OAU policy.

But, in fact, there is a distinct OAU policy laid down by the Assembly of Heads of State and Government in the Cairo Resolution of 1964, and the text of the Resolution is worth recalling:

"Considering that the border problems constitute a grave and permanent factor of dissension;

Conscious of the existence of extra-African manoeuvres aiming at dividing the African States;

Considering further that the borders of African States, on the day of their independence, constitute a tangible reality;

Recalling the establishment in the course of the Second Ordinary Session of the Council of the Committee of Eleven in charge of studying the means of strengthening African Unity;

Recognising the imperious necessity of settling, by peaceful means and within a strictly African framework, all disputes between African States;

Recalling further that all Member States have pledged, under Article VI, to scrupulously respect all principles laid down in Article III of the Charter of the Organization of African Unity;

The Assembly of Heads of State and Government:

I. Solemnly reaffirms the strict respect by all Member States of the Organization for the principles laid down in Article III, paragraph 3 of the Charter of the Organization of the African Unity;

II. Solemnly declares that all Member States pledge themselves to respect the frontiers existing on their achievement of national independence."

The principles laid down in Article III, paragraph 3, of the OAU Charter include the principle of "respect for the sovereignty and territorial integrity of each State and for its inalienable right to independent existence".

The principle involved in the Cairo Declaration was affirmed by the Chamber of this Court in the case concerning the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)* as follows:

"The territorial boundaries which have to be respected may also derive from international frontiers which previously divided a colony of one State from a colony of another, or indeed a colonial territory from the territory of an independent State, or one which was under protectorate, but had retained its international personality. There is no doubt that the obligation to respect pre-existing international frontiers in the event of a State succession derives from a general rule of international law, whether or not the rule is expressed in the formula *uti possidetis*. Hence the numerous solemn affirmations of the intangibility of the frontiers existing at the time of the independence of African States, whether made by senior African statesmen or by organs of the Organization of African Unity itself, are evidently declaratory rather than constitutive: they recognize and confirm an existing principle, and do not seek to consecrate a new principle or the extension to Africa of a rule previously applied only in another continent." (*I.C.J. Reports 1986*, p. 566, para. 24.)

Mr. President, these principles of general international law and African regional public order are important.

They were challenged by Professor Chayes in the first round speaking on behalf of the Government of Namibia. Now in the second round, Professor Chayes stated that he was only attacking the 1890 Agreement as a political act (CR 99/10, pp. 25-26, paras. 15-16). In the submission of Botswana, where the application of the Agreement is in issue as in this case, such a distinction is disingenuous.

## 11. Conclusions

Mr. President, I have now arrived at my conclusions.

They will take two forms. The first version will consist of a brief commentary on the nine key issues which Professor Chayes identified in his second speech in the second round (CR 99/11, pp. 42-59).

This commentary will involve an assessment of the Namibian position on the various issues by reference to the task of the Court as defined in the Special Agreement and the judicial role in the determination of a boundary as an alignment identified by means of legal criteria. So I take Professor Chayes' issues one by one.

### 1. The character of the River

Namibia contends, as we all know, that the Chobe cannot be classified as a perennial river. In Botswana's submission this classification cannot assist the Court in discharging its task as defined in the Special Agreement, which is to determine "the boundary between Namibia and Botswana

around Kasikili/Sedudu Island . . ." — not somewhere else on the Chobe, not to the west of Ngoma Bridge. The criteria for this determination exist whether or not the Chobe is a perennial river.

## **2. The text of the 1890 Agreement**

The nature of the Namibian argument in this connection is intended to provide room for the argument that it is the amount of flow which determines the main channel, and therefore I shall move to the next key issue.

## **3. The criteria for identifying the main channel**

It is in this context that Namibia relies upon arguments which bear no relation to the judicial task of defining a boundary. A boundary is an alignment. An alignment is unrelated to a flood zone and is unrelated to any question of significant flow of the Chobe.

It is not surprising to find that elsewhere counsel for Namibia has accepted that the line would be the thalweg or line of deepest soundings (CR 99/11, p. 58, para. 52). This, of course, is because, at the end of the day, it is the thalweg which provides the legal and practical criteria for determining an alignment.

## **4. Occupation and use of Kasikili Island**

Of course, the heading indicates the prescription argument and I have already argued this morning that this is incompatible with the provisions of Article 1 of the Special Agreement.

## **5. The cartographic record**

The map evidence has been addressed very effectively by my colleague, Lady Fox, this morning.

## **6. The opinions of local officials**

The Namibian Government has not found any credible reason for disregarding the concordant evidence of local officials over a very long period.

## **7. The significance to be accorded to the Trollope-Dickinson Arrangement**

In my submission the correspondence as a whole reveals that a dispute had emerged concerning the application of the Anglo-German Agreement and that both sides kept their legal options open. Significantly, both Trollope and Redman considered that the northern channel was the main channel for the purposes of the 1890 Agreement.

#### **8. The significance to be attached to the 1984-1986 discussions**

This issue is not well described by our Namibian colleagues. In particular, the Joint Survey Report of 1985 cannot be described in terms of "discussions". As my colleagues have pointed out, it is a professionally reliable expert opinion on the central issue in this case.

#### **9. Where is the centre of the main channel?**

At this point the Namibian side displays a belated realism. If I may quote from the speech of Professor Chayes: "The boundary would lie on the line of deepest soundings . . ." (CR 99/11, p. 58, para. 52).

Of course, Namibia would locate the line in the southern channel, but at least the correct principle has been adopted.

Mr. President, that concludes my brief commentary on the key issues identified by Professor Chayes.

And at this stage, it is appropriate to present Botswana's final propositions:

*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.

Mr. President, I thank the Court for its customary courtesy and I would ask you to call on the distinguished Agent of Botswana.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Brownlie. I now call on Mr. Tafa.

Mr. Tafa: Thank you, Mr. President.

Mr. President, distinguished Members of the Court.

It is now my duty and privilege, as Agent, to present the closing statement and Submissions of the Republic of Botswana.



Before I do so, there is one final point raised by Professor Chayes in his closing submissions made on Tuesday with which I must deal as a matter of record. Professor Chayes was speaking of the so-called "Trollope-Dickinson arrangement" which he characterized as a "gentleman's agreement"<sup>68</sup> confirming what he described as the "*status quo ante* at Kasikili Island". He also stated that "the northern waterway was to remain 'free for all', as it had been *de facto* in light of Trollope's liberal policy on use". Professor Chayes went on to imply that this agreement still governed the northern waterway. Botswana wishes to make it clear that rights of navigation and other matters in the northern channel such as fishing rights are of course governed today by the Kasane Communiqué of 24 May 1992, as they have been since that date.

Mr. President, I now ask that you allow me to thank you, once again, for the opportunity granted to Botswana to present its case on Kasikili/Sedudu Island before this distinguished Court. My country has absolute confidence in the impartiality of your Court and undertakes to abide by its decision in this matter.

I take this opportunity to express my sincere gratitude to the Bench and our distinguished colleagues for their patience and forbearance during this oral hearing. Our thanks go also to the Registrar and all his supporting staff, for their unfailing support and assistance extended to us throughout the proceedings of this case. We are most grateful and indebted to you all.

Mr. President, distinguished Members of the Court, allow me, now, to present the submissions of the Republic of Botswana having regard to the consideration set forth in the Memorial, Counter-Memorial, Reply and in the present oral proceedings presented on behalf of the Republic of Botswana and maintaining without change the submissions presented in the Memorial.

May it please the Court:

(1) to adjudge and declare:

(a) that the northern and western channel of the Chobe River in the vicinity of Kasikili/Sedudu Island constitutes the "main channel" of the Chobe River

---

<sup>68</sup>CR 99/11, p. 56.

in accordance with the provisions of Article III (2) of the Anglo-German Agreement of 1890; and that

(b) consequently, sovereignty in respect of Kasikili/Sedudu Island vests exclusively in the Republic of Botswana; and further

- (2) to determine the boundary around Kasikili/Sedudu Island on the basis of the thalweg in the northern and western channel of the Chobe River.

Mr. President, I thank you.

The PRESIDENT: Thank you so much. The Court takes note of the final submissions that the distinguished Agent of Botswana has just read out on its behalf, as it did those presented by the distinguished Agent of Namibia. Members of the Court have a number of questions. I call first on Judge Oda.

Judge ODA: Thank you Mr. President. Although I have closely followed the explanation by both Parties regarding the factual situation of the region in the vicinity of Kasikili/Sedudu Island, on both sides of the Chobe River, I still find it difficult to visualize the social conditions that prevailed in the region late in the last century. I would like to put to both Parties the following questions which concern the social conditions and natural situations at a time when the 1890 Treaty was negotiated. I should be most grateful if the Parties could answer the questions as far as they can:

- (1) What was the population count in the region both north and south of the Chobe River late in the last century?
- (2) Did the people both north and south of the River belong to the same tribe or race of people? Were the Masubia people spread over a somewhat wider area north of the Chobe River, namely Eastern Caprivi, or were they settled on both sides of the River in the last century?
- (3) What kind of lifestyle was enjoyed by the native peoples living both north and south of the Chobe River, or how was their society structured?

- (4) Did several families constitute a community or were the communities much bigger? Was there any interrelation between the communities to the north and south of the River? Did the Chiefs of the tribes have really effective control over the larger community?
- (5) In the period before or just after the Anglo-German Treaty of 1890 did the Chobe River physically prevent the northern or southern people from crossing and did the Chobe River form a natural barrier?
- (6) Was transportation by boat along the Chobe River the main method of connecting the villages and communities at that time? If so, between which points on the River did the boats travel? Were the German settlers in South West Africa in the last century interested — even potentially or actually — in using this River for transportation to the Zambezi River?
- (7) How did the communities sustain themselves? Did they cultivate crops (and, if so, what kind) or did they raise livestock (and, if so, what kind) or did the people depend on hunting/fishing for sustenance?
- (8) In the society that then existed, was there any concept of privately-owned land or did the land belong the community or some other, larger, group?
- (9) Were there white settlers in the area around 1890? If so, did there exist any control or administration over the land and the native peoples by these white settlers?
- (10) Did the towns which are now known as Kasika on the northern bank of the Chobe River and Kasane on the southern bank of the River already exist at that time, namely in 1890?
- (11) If the use of Kasikili/Sedudu Island had started already before 1890, what incentive did the people, whether those living north or south of the River, have to come to this small Island for such a short period in the dry season each year in order to cultivate crops? If they did cultivate crops on Kasikili/Sedudu Island in the growing season, did they then leave their own land unattended?

- (12) Did the people cultivate crops on Kasikili/Sedudu Island mainly to protect those crops from wild animals? If so, during the dry season, could the animals also not easily cross the dry river bed? If there are wild animals, what kind were they?
- (13) Did the people remain on Kasikili/Sedudu Island during the growing season or did they travel every day to and from homes located on the banks of each side of the Chobe River?
- (14) If the local population at that time had no need for any division or border at the Chobe River, was the barrier to free movement created in an administrative manner by the 1890 Treaty which was intended to divide the respective spheres of influence of Germany and Great Britain?
- (15) Could the administrative bar on free movement created by the 1890 Treaty really have been effective in such a region during the decades following the conclusion of the Treaty?
- (16) Did the 1890 Treaty bring about any changes in the lifestyle of the native peoples in the region in the following several decades after its conclusion?
- (17) In the period immediately after the conclusion of the 1890 Treaty, was there any real control by the colonial States — Germany and Great Britain — enforcing a strict separation of the northern and southern people in the region of the Chobe River?
- (18) Did the division of the territory or separation of the peoples, in spite of the 1890 Treaty, in fact only start as late as the middle of this century? That is all. Thank you, Mr. President.

The PRESIDENT: Thank you, Judge Oda. I call now on Judge Ranjeva.

M. RANJEVA : Merci bien, Monsieur le président. Une question unique qui s'adresse aux deux délégations. Compte tenu des explications fournies par le conseil de la Namibie sur le dossier des juges n° 6.2 du second tour de plaidoiries, serait-il possible aux deux Parties de demander auprès des entreprises spécialisées une ou des photographies prises par satellite de l'espace

représenté par ledit dossier et de la ou les fournir à la Cour. Je remercie les délégations. Je vous remercie, Monsieur le président.

The PRESIDENT: Thank you. I call on Judge Parra-Aranguren.

Judge PARRA-ARANGUREN: Thank you, Mr. President. My question is addressed to both Parties. Sometimes reference is made to the thalweg of the main channel. On other occasions, the reference is to the thalweg channel of the main channel. My question is: what is the difference, if any, between the thalweg of the main channel and the thalweg channel of the main channel? Thank you very much.

The PRESIDENT: Thank you. I call on Judge Kooijmans.

Judge KOOIJMANS: Thank you, Mr. President. The following question is addressed to both Parties. What is the character of the River Chobe downstream from Mambova Rapids till its confluence with the Zambezi at Kasangula in the dry season? Is it mainly dry or is there a continuous flow of water and if so, where does that water come from? Can the Court be provided with the relevant hydrological data? Thank you, Mr. President.

The PRESIDENT: Thank you. I should like to conclude the questions asked by the Court with one question, for both Parties' comment. Botswana's counsel today reiterated its position that the Joint Survey Report of 1985 and the intergovernmental transaction of 1984 and 1985 relating to it constitute an international agreement. Was that international agreement registered with the Secretariat of the United Nations under Article 102 of the Charter? If not, may that agreement be invoked before any organ of the United Nations including this Court, the principal judicial organ of the United Nations?

That brings us to the end of these hearings. I wish to thank the Agents, counsel and advocates of both Parties for their very able arguments as well as the courtesy they have shown throughout these proceedings. Since there have been so many questions, the Parties will have not two but four weeks from today to transmit their answers to all the questions asked last week and

today. In accordance with the usual practice, I would ask the Agents of both Parties to remain at the disposal of the Court for any further information which it might need. And subject to this, I now declare closed the oral proceedings in the case concerning Kasikili/Sedudu Island. The Court will now withdraw to deliberate. The Agents of the Parties will be notified in due course of the date when the Court will give its judgment. There being no other matters for today, the Court will now rise.

*The Court rose at 13.10 p.m.*

---

Non-Corrigé  
Uncorrected

Traduction  
Translation

**CR 99/13 (traduction)**

**CR 99/13 (translation)**

**Vendredi 5 mars 1999**

**Friday 5 March 1999**

10 Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. Je donne la parole à M. Isaac Muzila.

M. MUZILA :

### INTRODUCTION

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour.

C'est un grand honneur pour moi que d'avoir l'occasion de prendre la parole devant la Cour au nom de la République du Botswana sur les modalités de réalisation du levé hydrographique commun de 1985 dans le cadre de l'argumentation avancée par le Botswana dans le différend frontalier de Kasikili/Sedudu soumis à la Cour.

Je suis ingénieur en hydrologie, titulaire d'une licence en génie civil et j'ai acquis une expérience considérable en hydrologie fluviale et en génie fluvial. Je suis actuellement ingénieur général en hydrologie et chef de la division d'hydrologie du département des ressources en eau du Botswana, responsable de la gestion de ces ressources de mon pays.

Je faisais partie de l'équipe botswanaise qui a procédé au levé hydrographique commun de 1985 avec l'Afrique du Sud.

Monsieur le président, M. Sefe a répondu dans son exposé hier aux critiques dont le levé hydrographique commun de 1985 a fait l'objet<sup>1</sup>. Dans l'exposé que je ferai, je voudrais renseigner la Cour sur quelques autres questions additionnelles qui ont trait au levé. J'aborderai plus particulièrement les point suivants :

- i) le pouvoir de procéder au levé,
- ii) l'objectif du levé,
- iii) la composition des équipes,
- iv) la méthodologie,
- v) les résultats.

---

<sup>1</sup>CR 99/12.



### **LE POUVOIR DE PROCÉDER AU LEVÉ**

1 1  
Monsieur le président, je vais maintenant examiner le pouvoir de procéder au levé. A la suite de l'incident des coups de feu en juillet 1984, une réunion intergouvernementale s'est tenue à Pretoria le 19 décembre 1984 entre le Botswana et l'Afrique du Sud. Lors de cette réunion, les Gouvernements de la République du Botswana et de la République de l'Afrique du Sud ont décidé de constituer une équipe chargée de procéder à un levé commun et de déterminer si le chenal principal du Chobe est situé au nord ou au sud de l'île de Kasikili/Sedudu. Le levé devait être réalisé le 2 juillet 1985 et l'équipe avait été informée de son mandat. Pour les membres de chaque pays faisant partie de l'équipe, il était clair que la tâche que nous entreprenions avait pour origine l'incident des coups de feu de 1984 et que c'est à la réunion tenue à Pretoria après cet incident qu'avait été conféré le pouvoir de procéder à ce levé.

### **L'OBJECTIF DU LEVÉ**

Des instructions que le Gouvernement botswanais avait données à son département des ressources en eau, nous avons compris que le levé n'avait qu'un seul objectif. Cet objectif était de déterminer si le chenal principal du Chobe était situé au nord ou au sud de l'île de Kasikili/Sedudu. Nos homologues sud-africains avaient également interprété de la même façon l'objectif du levé : cet objectif était énoncé dans le mandat constituant la base de nos travaux.

### **LA COMPOSITION DE L'ÉQUIPE CHARGÉE DU LEVÉ**

L'équipe se composait de sept membres, quatre pour la délégation de la République de l'Afrique du Sud et trois pour la délégation botswanaise. La délégation sud-africaine comptait deux hauts fonctionnaires de la direction de la topographie et de la cartographie, à savoir MM. D. J. Grundlingh et J. H. E. Fitschen. Les deux autres étaient hydrologues et hydrauliciens au sein du département des ressources en eau, que M. Alexander connaissait probablement, car il venait de prendre sa retraite de ce département. Il s'agissait de MM. J. H. Botha et G. R. Van der Merwe.

12 La délégation botswanaise, tout comme celle de la République de l'Afrique du Sud, comptait deux fonctionnaires du département de la topographie et de la cartographie. Il s'agissait de M. Howells, à l'époque directeur du département, et de M. J. A. Raffle, qui occupait alors le poste de directeur adjoint. J'étais la troisième personne de la délégation botswanaise et je représentais le département des ressources en eau en ma qualité d'ingénieur hors classe en hydrologie. Les personnes désignées par les deux parties pour constituer l'équipe étaient effectivement d'un rang élevé et le choix de ces personnes reflétait l'importance accordée à la question.

Monsieur le président, j'ai participé au levé et, pour autant que je sache, toutes les personnes chargées de cette mission étaient très compétentes et possédaient les connaissances voulues en hydrologie et en matière de levés, elles avaient les compétences voulues et une longue expérience. Normalement, ce genre de mission est effectué par de simples géomètres cartographes qui travaillent habituellement sous l'autorité de directeurs. En Afrique australe où se trouvent le Botswana, la Namibie et l'Afrique du Sud, les directeurs de départements de l'administration publique, comme ceux qui ont pris part au levé, sont considérés comme de hauts fonctionnaires qui ont de grandes responsabilités et qui participent, au niveau le plus élevé, aux décisions gouvernementales.

La tâche qui nous était confiée n'exigeait pas de nouveaux travaux, notamment en matière de géomorphologie, car les deux parties s'accordaient pour considérer que la détermination du chenal principal du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu se ferait en recherchant le thalweg des deux chenaux, comme le prévoyait le mandat. Les instructions données aux deux délégations étaient claires à cet égard.

Les critères de sélection ont été arrêtés par les parties intéressées, chacune de leur côté, mais chaque délégation avait une composition analogue et comptait en son sein des géomètres et des hydrologues hors classe. Ce choix me paraissait raisonnable car le département de la topographie et de la cartographie de la République d'Afrique du Sud et celui du Botswana ont tous les deux dans leurs attributions les frontières nationales de leur pays respectif et ils ont également le pouvoir de procéder à leur délimitation et démarcation. Il en est de même des départements des ressources en

eau des parties, qui sont responsables des bassins hydrographiques et de leur gestion. Dans ce contexte, il était clair que les parties avaient jugé nécessaire de faire appel à des personnes possédant les compétences voulues pour parvenir à des résultats de la plus haute qualité.

Ce genre de levé aurait pu être effectué par des spécialistes de l'une ou l'autre des deux disciplines, l'hydrologie ou de la topographie, mais, du fait de la nécessité de traiter la question avec la plus grande attention et en toute priorité, les deux gouvernements ont dû choisir les fonctionnaires de haut rang dont j'ai parlé.

13 Monsieur le président, je n'avais aucun doute sur ce que l'on attendait de moi selon le mandat qui nous avait été confié. Mes titres et qualités ne diffèrent pas de ceux des experts namubiens qui reprochent au levé hydrographique commun de 1985 d'avoir été effectué par un groupe de géomètres ne possédant pas les compétences voulues.

#### LA MÉTHODOLOGIE

Je voudrais maintenant, Monsieur le président, examiner la méthodologie retenue pour effectuer le levé. L'objectif du levé dictait en fait la méthode qui a été appliquée. L'objectif était de procéder à un levé qui permettait de déterminer l'emplacement du thalweg des deux chenaux; la méthode suivie était celle qu'on emploie traditionnellement et qui consiste à relever les profondeurs dans le profil en travers en procédant à des sondages à des intervalles déterminés. Il est alors possible, à partir de ces relevés, de déterminer les profondeurs maximales pour chaque section transversale et de les joindre pour tracer la ligne de profondeur maximale ou le thalweg.

L'équipe a décidé à cet effet d'utiliser un sondeur acoustique monté sur un canot pneumatique. Le sondeur et le canot provenaient d'Afrique du Sud. Les mesures des sections transversales ont été effectuées en partant de la rive gauche vers la rive droite à des endroits choisis au hasard. Comme les chenaux étaient en eau à l'époque, nous n'aurions nullement pu privilégier un site plutôt qu'un autre.

Monsieur le président, la méthode que nous avons mise en œuvre est une méthode reconnue, qui est utilisée dans le monde entier. Elle permet de parvenir à un degré de précision élevé.

### LES RÉSULTATS

Enfin, Monsieur le président, je voudrais dire un mot sur les résultats de ce levé. Il se présente sous forme de graphiques réalisés directement par le traceur relié au sondeur acoustique. Il n'y avait pas d'opération intermédiaire. Les représentations des sections transversales obtenues correspondaient à ce que le matériel avait détecté.

### CONCLUSION

Pour conclure, Monsieur le président, le levé commun de 1985 a été réalisé par des experts possédant toutes les compétences voulues comme l'exigeait le mandat. La conclusion tirée des résultats constatés, c'est que le chenal principal du Chobe était situé au nord de l'île de Kasikili/Sedudu.

14 Je vous remercie de votre attention. Je vous prie, lorsque cela vous conviendra, de bien vouloir donner la parole à lady Fox.

Le PRESIDENT : Merci beaucoup, Monsieur Muzila. Lady Fox, je vous en prie.

Lady FOX :

### LES ÉLÉMENTS DE PREUVE SCIENTIFIQUES ET CARTOGRAPHIQUES : LA THÈSE DU BOTSWANA

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je prends de nouveau la parole devant vous avec un sens renouvelé du grand privilège et du grand honneur qui m'échoient.

Je me propose de consacrer le temps qui m'est alloué à examiner d'abord les éléments de preuve scientifiques et ensuite les éléments de preuve cartographiques.

Je commencerai par les éléments de preuve scientifiques.

Hier, M. Sefe a réfuté en détail la thèse avancée par les experts scientifiques de la Namibie. Il vous a exposé de façon assez détaillée les failles et les erreurs de raisonnements qui entachent la thèse scientifique que présente la Namibie.

Mais, fait plus important, il a démontré que la thèse du Botswana a une assise scientifique solide.

Le Botswana a toujours soutenu que les caractéristiques physiques visibles du chenal nord, leur représentation sur des cartes et des photographies ainsi que leur appréciation par tous les fonctionnaires responsables, font de ce chenal le «chenal principal» au sens de l'article III de l'accord anglo-allemand. Mais le Botswana a étayé cette conviction sur des recherches et des analyses scientifiques solides. M. Sefe a appelé votre attention sur l'étude sédimentologique réalisée en 1996 et sur les mesures de débit effectuées en 1997-1998 par le Botswana. Il s'agit là d'authentiques études scientifiques indépendantes qui, comme toutes les recherches effectuées dans un esprit impartial d'investigation, ne conduisent pas nécessairement aux résultats qu'espèrent les parties au litige. C'est ce qu'on pourrait dire des faibles vitesses de débit que le Botswana a constatées dans le Chobe à l'occasion des mesures effectuées. Mais ce sont les données objectives, elles seront utilisées par la suite par d'autres scientifiques. La Cour peut se fonder sur les éléments d'information qu'elles apportent.

15 Ce matin, M. Isaac Muzila a décrit la méthode scientifique utilisée pour procéder aux observations du levé commun de 1985. Celles-ci constituent aussi des données solides sur laquelle la Cour peut se fonder.

J'appellerai maintenant l'attention de la Cour sur les différents types de documents visuels qui lui ont été soumis. Je voudrais en particulier examiner les éléments de preuve visuels invoqués par la Namibie à l'appui de sa thèse et les comparer à ceux du Botswana. Ce qui m'amènera à donner quelques brèves explications sur l'imagerie satellitaire, autre moyen de preuve visuel invoqué par le Botswana. Je résumerai ensuite les caractéristiques physiques de l'île, qui contredisent l'hypothèse d'un chenal de crue constituant le «chenal principal» traversant l'île de Kasikili/Sedudu. Je formulerai ensuite quelques brèves considérations générales sur ce qu'ont dit les experts à l'appui de l'argumentation de la Namibie et je conclurai par un résumé de l'argumentation du Botswana en ce qui concerne les éléments de preuve scientifiques.

**Examen des éléments de preuve visuels produits par la Namibie et comparaison avec ceux que le Botswana a présentés**

Mon examen des éléments de preuve visuels produits par la Namibie exclura les cartes que j'aborderai plus tard.

La Namibie n'a soumis à la Cour aucun élément de preuve visuel indépendant. Les images, sous forme de photos et de films, les titres et le commentaire hors-champ du film vidéo utilisés par la Namibie, ont tous été établis dans le but exprès d'étayer sa thèse.

De ce fait, ces éléments sont critiquables pour plusieurs raisons.

J'examinerai brièvement ces raisons et la façon dont la Namibie a présenté quantité de moyens visuels pour étayer sa thèse.

**i) Manque d'impartialité**

La caméra — l'angle, la hauteur et l'orientation des prises de vue — est utilisée pour présenter le chenal sud et les autres éléments pertinents sous un jour aussi favorable que possible pour la Namibie et diminuer l'importance des qualités propres au chenal nord.

Ce manque d'impartialité transparaît tout particulièrement dans les dernières images du film vidéo et les dernières propositions du commentaire de la Namibie. C'est ainsi qu'on oppose à un paysage d'eau balayé par le vent dans le chenal sud un paysage d'eau calme dans le chenal nord et que l'on entend alors la proposition n° 5 : «[E]n avril, le flux s'écoulait avec force en direction de l'aval dans le chenal sud.»

M. Chayes se fonde sur ces images pour comparer le débit des chenaux nord et sud<sup>2</sup>. Ce n'est là qu'un des nombreux exemples où l'on substitue des impressions subjectives aux faits établis selon des méthodes scientifiquement reconnues.

Ce manque d'impartialité conduit à passer sous silence les aspects favorables à la thèse du Botswana.

---

<sup>2</sup>CR 99/2, p. 65-71, par. 40-61.

On nous montre par exemple des vues du chenal sud prises au grand angle; mais aucune vue du chenal nord pendant que le bateau remonte celui-ci.

## ii) Déformation des faits

On se sert de la caméra pour déformer les éléments géographiques et on prétend aussi fournir, avec l'adjonction de légendes ou de commentaires, des éléments d'information alors qu'il ne s'agit en vérité que d'hypothèses.

C'est ainsi que les photographies du terrain, telles que celles que nous pouvons voir dans le premier rapport d'expertise de M. Alexander<sup>3</sup>, tant sur l'île que sur la terre ferme de part et d'autre de celle-ci, ainsi que les photographies des eaux, comportent en surcharge des flèches noires — flèches qui, sans autres indices, indiqueraient la direction du courant<sup>4</sup>.

## iii) Les effets visuels se substituent à une compréhension rationnelle des faits

Voici ce qu'énonce la deuxième des dernières propositions du film vidéo : «[J]usqu'au mois de mars encore, l'écoulement est quasiment nul ou nul dans le chenal nord». Ce commentaire s'accompagne d'une image où l'on voit une tache de colorant vert dans une étendue d'eau non identifiée. Cette image du colorant ne prouve rien par elle-même. M. Sefe a déjà mis la Cour en garde contre le caractère non scientifique du test au colorant vert. Cet «habillage» de procédés non scientifiques se retrouve dans des photographies du géodimètre dans un bateau instable et dans la technique du «bateau dérivant»<sup>5</sup>.

Ces affirmations et ces photographies sont censées représenter un état de fait permanent. Alors qu'en réalité elles ne concernent qu'une période de sécheresse récente de dix-huit ans. C'est ainsi que la première des propositions finales qui concluent le film vidéo annonce : «[L]e lit du Chobe est à sec à partir d'un point situé en amont du lac Liambezi jusqu'au pont de Ngoma.» Elle s'accompagne d'une vue montrant le lit d'une rivière à sec.

---

<sup>3</sup>Mémoire de la Namibie, vol. VI, deuxième partie, feuilles 3, 4 et 5.

<sup>4</sup>Voir aussi le mémoire de la Namibie, vol. VI, deuxième partie, feuilles 3, 4 et 5.

<sup>5</sup>CR 99/12, p. 46, par. 22.

**iv) Utilisation d'un modèle de l'île induisant en erreur**

Les sources à partir desquelles on a établi le modèle en trois dimensions de l'île projetée à l'écran dans le film vidéo ne sont pas indiquées. Le modèle serait une représentation de l'île à une époque où elle n'est pas submergée, or les chenaux du nord comme du sud y apparaissent gonflés d'eau.

On aboutit ainsi à de graves distorsions : le caractère marqué des boucles est atténué, on réduit à la fois la courbe que trace le chenal nord et la courbe en forme de «S» que dessine le chenal sud. Le jaune est utilisé de façon sélective pour indiquer le relief : le cordon de sédiments dans le chenal sud y apparaît comme une hauteur, mais les endroits élevés à l'extrémité nord-ouest de l'île sont, eux, laissés en blanc.

Or, malgré le caractère trompeur et inexact des photographies et du commentaire, la Namibie ne parvient pas à cacher le fait que le Chobe est une rivière indépendante. L'hélicoptère n'a éprouvé aucune difficulté à suivre son cours sur toute sa longueur, du 18<sup>e</sup> parallèle de latitude sud jusqu'à son confluent avec le Zambèze.

**v) Absence de toute photographie étayant l'«hypothèse namibienne» ou la présence d'un village sur l'île**

Fait encore plus important, dans tous les moyens visuels utilisés on ne trouve pas la moindre photographie pour illustrer la prétendue réalité de l'«hypothèse namibienne» (c'est-à-dire le chenal sud en son tracé élargi). Tout ce que M. Chayes produit, ce sont deux photographies, l'une montrant le mirador érigé par l'armée botswanaise par-delà un vaste espace de champs de roseaux et de terrains, qui est présenté comme étant le chenal de l'hypothèse namibienne, et la deuxième montrant la moitié ouest mais non la moitié est de l'île — les deux moitiés étant inondées de la même façon à cette époque de l'année<sup>6</sup>. Comment peut-on s'attendre à ce que la Cour trace une frontière lorsque celle-ci n'a jamais, au grand jamais, été identifiable, que ce soit sur le terrain même ou à partir de 3000 mètres d'altitude dans le cas d'une photographie aérienne ou de 700 kilomètres d'altitude dans le cas d'une image satellite ou encore sur une carte ?

---

<sup>6</sup>CR 99/11, p. 24-25, par. 36-38.



18 La Namibie ne fournit pas non plus de photographie du village; nous pouvons toutefois l'imaginer : soit comme le village que M. Cot a photographié dans les Cotswolds, soit comme un ensemble provisoire de huttes en terre dont ont parlé les témoins capriviens dans leurs dépositions orales.

**vi) Recours sélectif aux éléments de preuve produits par le Botswana**

Pour démontrer sa thèse, la Namibie s'est fondée de manière sélective et peu scrupuleuse sur les éléments de preuve produits par le Botswana. Il en est ainsi des notes de service internes entre les fonctionnaires du protectorat du Bechuanaland (il ne faut pas oublier que ceux-ci ont été chargés d'administrer les territoires situés des deux côtés du Chobe pendant une dizaine d'années) et des photographies aériennes. M. Chayes m'accuse de parti pris dans la présentation des photographies pour avoir porté des indications sur celles-ci, ce dont il ne devrait guère se plaindre, vu que M. Cot s'est fait un plaisir d'invoquer les indications que nous avons fait figurer sur la photographie aérienne de 1943<sup>7</sup>.

D'ailleurs, lorsqu'il a déposé son mémoire, le Botswana a fourni à la Cour une documentation distincte contenant toutes les photographies aériennes, mais sans aucun commentaire.

Les lacunes mentionnées ci-dessus de la façon dont la Namibie traite les photographies peuvent se résumer en une seule phrase.

Les éléments photographiques produits par la Namibie ont été *fabriqués* en vue d'appuyer sa thèse. Il y a lieu de les distinguer clairement de ceux que le Botswana a présentés. Même le bref film vidéo de deux minutes trente projeté pour illustrer les différences de profondeur des chenaux nord et sud a été soigneusement établi par le Botswana à partir des données enregistrées lors du levé commun effectué en 1985. A la différence des vols filmés de M. Alexander, des nombreuses photographies qu'il a prises et des graphiques établis par lui-même<sup>8</sup> et par M. Richards<sup>9</sup>, les

---

<sup>7</sup>CR 99/5, p. 22, par. 47.

<sup>8</sup>Mémoire de la Namibie, vol. VI, deuxième partie, feuille 17.

photographies du Botswana constituent des éléments de preuve documentaires indépendants. Elles ont été produites dans un but, indépendant de la thèse du Botswana et sans rapport avec celle-ci, concernant l'île de Kasikili/Sedudu.

### Les images satellites

19 Il en est de même des images satellites de l'île produites par le Botswana, sur lesquelles je souhaite maintenant appeler l'attention de la Cour.

Contrairement à sa pratique habituelle, la Namibie — cela peut surprendre — a fait un usage modéré des images satellites présentées par le Botswana.

On trouvera une présentation complète des images satellites dans le contre-mémoire du Botswana (p. 193, par. 442-456) et dans l'appendice II (p. 39, par. 70-92). Contrairement à ce que pense M. Chayes, le département des sciences de l'environnement de l'université du Botswana, qui jouit d'une très bonne réputation dans les milieux universitaires en Afrique australe pour ses analyses de télédétection, a fourni une analyse des images par des experts, avec la réserve qui s'impose en ce qui concerne les vérifications sur le terrain.

Les deux systèmes de capteur, le LANDSAT MSS (scanner multispectral) et le système plus récent, le LANDSAT TM (scanner Thematic Mapper) sont installés à bord de la série de satellites LANDSAT placés en orbite polaire à quelque 700 kilomètres au-dessus de la surface de la terre. Il est possible d'interpréter les bandes d'ondes et leurs largeurs au moyen de compositions de couleurs artificielles, d'images classées et d'images à bande unique pour détecter la profondeur de l'eau, l'humidité du sol et la couverture végétale.

Dans son contre-mémoire<sup>10</sup>, le Botswana a analysé les images satellites de juin 1975, de mars 1995 et de juin 1996.

---

<sup>9</sup>Réplique de la Namibie, vol. II, p. 15, 18 et 25.

<sup>10</sup>P. 194, par. 445-456.

Je me bornerai, dans le temps dont je dispose, à examiner les images classées relatives à la saison sèche de juin 1975 et à la saison humide de mars 1995.

L'image classée combine un certain nombre de bandes : dans le scanner multispectral, les bandes 4, 5, 6 et 7 et, dans le scanner Thematic Mapper, les trois bandes, le rouge (bande 3), le proche infrarouge (bande 4) et l'infrarouge moyen (bande 5) pour représenter tous les éléments principaux de types de végétation et d'étendues d'eau ainsi que l'humidité relative du sol. Les plans d'eau apparaissent en bleu : plus le bleu est foncé plus le chenal est profond.

20 Je commencerai par l'image classée de juin 1975 (LANDSAT MSS, bandes 4, 5, 6, 7) sous l'onglet n° 18 du dossier des juges pour le deuxième tour de plaidoiries (voir également le contre-mémoire du Botswana, app. II, p. 46). La plus grande continuité de la présence de l'eau dans le chenal nord saute immédiatement aux yeux. Le cours sinueux du chenal de Kasai semble intermittent avec des hiatus dans le bleu. De même, on constate à proximité de la courbe en «S» de la boucle de méandres dans le chenal sud un hiatus dans le bleu, indiquant l'absence d'eau. On voit sur l'île certaines zones recouvertes d'eau mais aucune à l'extrémité nord-ouest, là où la Namibie affirme que son troisième chenal hypothétique pénètre dans l'île et traverse celle-ci.

Si nous comparons cette image à l'image classée de mars 1995 qui se trouve sous l'onglet n° 19 du dossier des juges pour le deuxième tour de plaidoiries (voir également le contre-mémoire du Botswana, app. II, p. 51), nous relevons la plus grande continuité de la présence de l'eau tant dans le chenal nord que dans le chenal sud. Mais là encore, l'eau est totalement absente du secteur ouest de l'île, là où le chenal «principal» de la Namibie passerait.

Cette image satellite fournit de nouveaux éléments d'information indépendants sur les caractéristiques de l'île. Je mentionnerai une autre image satellite à l'occasion de mon examen du troisième chenal de la Namibie, que j'aborde maintenant.

### **Le troisième chenal imaginaire**

La Namibie n'a fourni qu'une «représentation schématique», matérialisée par des flèches en forme de poignards, de son troisième candidat au titre de chenal principal. Comme le poignard imaginaire dont Macbeth cherchait à se saisir, ce chenal proposé par la Namibie ne se laisse ni appréhender ni mesurer. Il disparaît dès que l'on cherche à s'informer de ses caractéristiques. M. Sefe vous a parlé de la géomorphologie et de l'hydrologie du Chobe ainsi que des mesures de débit effectuées par le Botswana qui réfutent cette hypothèse namibienne.

M. Chayes affirme que cette hypothèse n'est pas «une zone inondée non différenciée dépourvue de limites» et qu'elle «correspond à des caractéristiques topographiques visibles et repérables<sup>11</sup>.

Examinons donc les caractéristiques qu'il présenterait et recherchons si elles sont matériellement possibles.

21 Le chenal selon l'hypothèse namibienne recouvre la section orientale du chenal nord. Bien qu'on ne nous donne aucune donnée chiffrée, l'entrée de ce chenal semblerait s'étendre du début de la bifurcation jusqu'à un point situé à proximité de la section transversale 3 du rapport sur le levé commun (dont un exemplaire figure dans le dossier des juges pour le deuxième tour de plaidoiries, sous l'onglet n° 3).

Ce chevauchement a une double conséquence : premièrement, il signifie que le prétendu chenal «principal», selon la thèse namibienne, occupe en fait un sixième à un cinquième de la longueur du chenal nord; deuxièmement, l'hypothèse namibienne «s'approprie» ainsi l'écoulement qui transite déjà dans le chenal nord. M. Sefe a déjà décrit l'origine et la direction de cet écoulement.

Compte tenu de ces conséquences, il semblerait donc que les parties reconnaissent au moins que le chenal nord est le chenal principal à raison d'un cinquième ou d'un sixième de sa longueur.

---

<sup>11</sup>CR 99/11, p. 24, par. 36.

Le chenal selon l'hypothèse namibienne franchit ensuite les hauteurs de l'île que l'on a aperçues sur la carte topographique présentée lors du premier tour de plaidoiries. Je la montrerai de nouveau brièvement pour rafraîchir la mémoire de la Cour, elle se trouve sous l'onglet n° 20 du dossier des juges pour le deuxième tour de plaidoiries.

Je poursuis avec le croquis de 1880 de M. Benjamin Bradshaw. Celui-ci se trouve sous l'onglet n° 21 dans le dossier des juges pour le deuxième tour de plaidoiries.

Dans la section 1 de ce croquis, Bradshaw a porté à la main une mention en travers de l'extrémité nord-ouest de l'île. Je cite : «berge de 2,10 mètres de haut».

Bradshaw a donc relevé en 1880 (et c'est la seule mention qui figure sur l'île) qu'une hauteur, une berge de 2,10 mètres de haut par rapport au niveau de l'eau, se situait précisément à l'endroit du couloir où se trouverait, selon les experts scientifiques de la Namibie, le point d'entrée de son chenal hypothétique.

Portons maintenant notre attention sur l'emplacement proposé pour la rive gauche du chenal hypothétique namibien. Sur certaines des photographies aériennes et des images satellites, on peut apercevoir une ligne, de longueur variable mais toujours très étroite, partant de l'anse située sur le côté sud de l'île. Forte de l'encouragement de ses experts scientifiques, la Namibie s'accroche à cette ligne et considère qu'elle indique la rive gauche. Cette ligne est en fait un petit chenal secondaire qui part de l'anse bien marquée. C'est ce qui ressort clairement des photographies aériennes qui montrent l'étroitesse de ce chenal. Il ne s'élargit jamais, comme le soutient la Namibie, pour couvrir toute la partie inférieure de l'île à l'ouest, entre lui-même et les «lagons» du chenal sud.

Je me bornerai à retenir une seule des photographies aériennes, celle de 1947, pour le démontrer. Elle se trouve sous l'onglet n° 22 du dossier des juges pour le deuxième tour de plaidoiries. On y voit bien le petit chenal secondaire.

Ce chenal secondaire est particulièrement bien délimité sur l'image satellite. J'attire l'attention sur l'image à bande unique (LANDSAT MSS, bande 3) de mars 1995 (sous l'onglet n° 23 du dossier des juges du deuxième tour de plaidoiries). La bande 3 sert à détecter la zone d'absorption de la chlorophylle, ce qui sert à distinguer les plantes, les limites des sols, et les limites des horizons géologiques<sup>12</sup>.

La Cour reconnaîtra le chenal secondaire qui part de l'anse située du côté sud de l'île, mais relèvera qu'il ne s'élargit nullement au point d'occuper la section transversale du chenal namibien dont M. Chayes a avancé l'hypothèse mardi<sup>13</sup> et que l'on voit sur le croquis figurant sous le graphique 2.57 du dossier des juges établi par la Namibie).

L'image satellite illustre aussi clairement comment pénètrent les eaux lorsque l'île est inondée. On y voit les chenaux entourant l'île remplis d'eau et l'on aperçoit un écoulement considérable dans le chenal de Kasai ainsi que dans les autres cours d'eau reliant le Chobe au Zambèze. Mais ce qui est particulièrement intéressant, c'est la pénétration marquée des eaux dans l'île qui se fait par les deux anses visibles en permanence. Elles indiquent clairement que les eaux de crue, lorsqu'elles arrivent, se dirigent vers les parties orientales inférieures de l'île. Rien n'indique que l'eau pénètre dans la moitié ouest de l'île. Comme M. Sefe l'a montré, les eaux qui traversent l'île passent par les sections inférieures de l'île situées à l'est. Comme on le voit sur l'image satellite, on pourrait faire valoir que ces sections de l'île constituent, avec une probabilité plus grande que l'hypothèse namibienne, un autre «chenal» traversant l'île.

23 La Cour se rappellera que M. Richards a déclaré que ce «chenal de déversement»<sup>14</sup> en travers de l'île remonte à 1000 ans environ et que les rives du fleuve devaient, avec le temps, finir par être bordées d'arbres. Or on n'aperçoit pas le moindre arbre ni le moindre buisson le long de cette ligne figurant ce chenal secondaire.

---

<sup>12</sup>Contre-mémoire du Botswana, vol. II, app. II, p. 50, par. 80-86.

<sup>13</sup>CR 99/11, p. 14.

<sup>14</sup>CR 99/2, p. 51, par. 24.

Pour résumer, la voie d'eau qui, selon l'hypothèse avancée par la Namibie, traverserait l'île, occupe un sixième à un cinquième du chenal nord. Deuxièmement, elle traverse les hauteurs de l'île. Troisièmement, le tracé que suivrait sa rive gauche ne constitue pas une rive mais bien un chenal secondaire étroit d'après l'étude des photographies aériennes et des images satellites. Quatrièmement, elle n'est pas bordée d'arbres et, cinquièmement, les zones inférieures de l'île situées à l'est constituent, d'après les éléments de preuve, la voie la plus probable qu'emprunteraient les eaux de débordement du Zambèze.

La Cour examinera les éléments de preuve qui lui ont été soumis. Il n'existe selon moi aucun élément de preuve indépendant étayant l'existence d'un «chenal» et encore moins d'un chenal «principal» traversant l'île selon les termes de l'article III de l'accord anglo-allemand de 1890. Je crains que, malgré tous les efforts déployés par la Namibie, ce chenal hypothétique ne demeure, pour reprendre les propos de M. Chayes, «une zone inondée non différenciée dépourvue de limites nettement tracées».

### **Le conflit insoluble des experts de la Namibie**

Dans la dernière section de cette première partie, je voudrais examiner le conflit insoluble auquel se sont heurtés les experts qui présentent la thèse de la Namibie. Celle-ci a fréquemment taxé le Botswana d'amateurisme et «de n'offrir qu'une comparaison peu révélatrice et ... superficielle de photographies aériennes et d'images satellites»<sup>15</sup>.

Dans l'exposé qu'il a fait hier, M. Sefe a plus d'une fois mis en cause la compétence de M. Alexander et de M. Richards. Quoiqu'il en soit, on ne saurait nier que les experts scientifiques de la Namibie se sont contredits sur certains éléments capitaux de l'affaire. M. Sefe a signalé à quel point l'appréciation que M. Richards porte sur l'épisode de sécheresse que connaît actuellement le Chobe diffère du jugement catégorique que porte M. Alexander sur le Chobe qu'il considère comme

---

<sup>15</sup>CR 99/11, p. 48, par. 21.

24 un cours d'eau éphémère. Lors du premier tour de plaidoiries, j'ai signalé que la configuration des méandres constatée par M. Richards a été contredite par M. Alexander qui a affirmé que les trois méandres en amont n'ont aucune caractéristique en commun avec l'île de Kasikili/Sedudu<sup>16</sup>.

Encore une fois, même s'il ne viendrait guère à l'idée de beaucoup de monde, je crois, de contester les «titres et qualités irréprochables» de M. Rushworth, l'expert en cartographie de la Namibie (la délégation botswanaise lui souhaite un prompt rétablissement), même les plus grands et les plus sages peuvent commettre une erreur. En faisant valoir comme «explication probable» que la carte du service de renseignements militaire de 1984, sur laquelle est tracée une ligne rouge intitulée «Grens», ce qui signifie frontière en français, dans le chenal nord, «n'exprime pas le point de vue de l'armée sud-africaine sur l'emplacement de la frontière» mais, comme l'a suggéré M. Rushworth, constitue «un moyen pratique de fixer une ligne au-delà de laquelle les patrouilles de l'armée sud-africaine ne devaient pas s'égarer», n'a-t-il pas ce faisant perdu son impartialité ?<sup>17</sup> La Cour se rappellera que, sur la carte du service du renseignement militaire de 1984, figure une ligne rouge appelée «Grens» pour indiquer la frontière avec la Zambie ainsi que celle entre le Botswana et le Sud-Ouest africain. Examinons ensuite tous les conflits opposant les experts en cartographie aux experts scientifiques. Déjà dans son contre-mémoire<sup>18</sup>, le Botswana avait commenté la déclaration de M. Rushworth selon laquelle «[é]videmment, toutes les cartes ont été établies à la saison sèche»<sup>19</sup> et relevé que la Namibie se trouvait devant un dilemme auquel elle ne pouvait échapper : devait-elle invoquer la saison sèche pour les cartes ou la saison humide pour la zone d'inondation dont les experts scientifiques avaient besoin.

---

<sup>16</sup>CR 99/8, p. 37, par. 7.4.

<sup>17</sup>Réplique de la Namibie, vol. III, p. 20.

<sup>18</sup>P. 217, par. 535.

<sup>19</sup>Contre-mémoire du Botswana, p. 217, par. 536.



Dans sa réplique<sup>20</sup>, la Namibie répond que «les tâches respectives de MM. Alexander et Rushworth sont tout à fait distinctes. Celle de M. Alexander est de déterminer le chenal principal du Chobe du point de vue scientifique... La tâche de M. Rushworth est d'étudier la manière dont la situation a été représentée sur les cartes.»

25

Du fait de ces deux tâches distinctes, la Namibie a pris l'habitude de dénigrer tout au long de ses plaidoiries tous les éléments de preuve comme relevant de la «saison sèche». M. Rushworth se voit obligé de nuancer sa présentation des cartes pertinentes en parlant de la «représentation précise ... du cours de la rivière en période sèche» que donne la carte britannique de 1933<sup>21</sup> et «du tracé familier du Chobe à la saison sèche» à propos de la carte de l'Afrique du Sud de 1949<sup>22</sup>.

M. Chayes rejette la preuve des photographies aériennes comme «une série sélective de photographies prises en saison sèche»<sup>23</sup>. Et il se laisse peut-être emporter par son propre déluge de mots en adressant aux mesures de débit effectuées par le Botswana le grief d'être des «mesures de débit en saison sèche».

L'échange de correspondances entre les fonctionnaires des Gouvernements britannique et sud-africain devrait certainement échapper à cette contagion ? Mais non, lui aussi se voit coiffer du titre «Autres observations faites en saison sèche»<sup>24</sup>.

Le rapport Trollope/Redman et le levé commun de 1985 sont écartés tous les deux au motif que les opérations qu'ils visent ont eu lieu pendant la saison sèche<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup>Réplique de la Namibie, par. 288.

<sup>21</sup>CR 99/4, p. 45, par. 12.

<sup>22</sup>CR 99/4, p. 48, par. 22.

<sup>23</sup>CR 99/11, p. 11, par. 2.

<sup>24</sup>CR 99/11, p. 16.

<sup>25</sup>CR 99/11, p. 16-17.

Il ne semble pas normal que le capitaine Eason ne soit pas lui non plus coupable d'avoir effectué sa reconnaissance pendant la saison sèche; mais lui, voilà, a inséré dans son rapport le membre de phrase capital mentionnant «les indigènes vivant à Kasika en territoire allemand»<sup>26</sup>, sur lequel est bâti la thèse namibienne.

Il a d'ailleurs semblé possible à un moment donné que M. Chayes prie la Cour d'interpréter l'accord anglo-allemand lui-même comme un pur traité de «saison sèche».

En conclusion, comme je l'ai dit au début, M. Sefe a démontré que la thèse du Botswana repose sur des bases scientifiques solides et M. Muzila a démontré que les résultats du levé commun de 1985 sont dignes de foi.

Ils ont démontré :

- 26
- 1) que les observations du levé commun de 1985 et les mesures de débit effectuées en 1977/1978 par le Botswana sont conformes aux règles de l'art et sont scientifiquement fiables et qu'elles établissent en outre :
    - a) que le chenal nord a une profondeur minimale et une profondeur moyenne plus importantes que celles du chenal sud sur tout son tracé. Même M. Chayes reconnaît «une différence d'un mètre environ en faveur du Botswana»<sup>27</sup>;
    - b) que le débit du chenal nord est en toutes saisons de l'année près de deux fois supérieur à celui du chenal sud; et
    - c) qu'aucun élément de preuve scientifique ne vient étayer l'existence d'un troisième chenal traversant l'île selon la description qu'en fait la Namibie.

M. Sefe a également démontré que :

- 2) la majorité des scientifiques faisant autorité continue de considérer le Chobe comme une rivière pérenne.

---

<sup>26</sup>Mémoire du Botswana, vol. III, annexe 15, p. 235.

<sup>27</sup>CR 99/11, p. 50.

M. Chayes me reproche de me répéter et de provoquer de l'«agitation»<sup>28</sup>. Mais n'était-ce pas en réponse à l'invitation étonnante adressée par la Namibie à la Cour dans son mémoire : «Pour aborder la question dont elle est saisie, la Cour devrait se dégager des conceptions qu'elle pourrait avoir sur les cours d'eau en général»<sup>29</sup> et à l'énoncé qui suivait : «Certes, [le Chobe] est représenté sous la forme d'une caractéristique géographique sur les cartes, mais il n'est en quelque sorte qu'une quasi-rivière»<sup>30</sup>.

Des quasis-rivières, des quasis-chenaux traversant l'île, des quasis-villages selon M. Cot — ne se pourrait-il pas d'ailleurs que toute la thèse de la Namibie ne soit qu'une quasi-demande ?

27 Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, ainsi s'achève la première partie de mon exposé.

Je passe maintenant à quelques considérations générales sur les éléments de preuve cartographiques.

#### L'ARGUMENTATION DE LA NAMIBIE CONCERNANT LES FAIBLESSES DES PREUVES CARTOGRAPHIQUES

A ce stade de la procédure orale, je me propose :

- i) de rafraîchir brièvement la mémoire de la Cour au sujet des règles de droit relatives à la recevabilité des preuves cartographiques;
- ii) d'examiner l'affirmation de la Namibie selon laquelle seize des vingt-six cartes dénombrées par elle situent la frontière dans le chenal sud;
- iii) de montrer que les cartes retenues par la Namibie — la carte britannique GSGS 3915 de 1933 et la carte sud-africaine de 1949 — présentent des déficiences telles qu'il est impossible d'en tirer la moindre preuve convaincante à l'appui de son affirmation que la frontière se situe au nord de l'île.

---

<sup>28</sup>CR 99/11, p. 13.

<sup>29</sup>Mémoire de la Namibie, p. 19, par. 55.

<sup>30</sup>Mémoire de la Namibie, p. 19, par. 56.

Quand on compare ces deux cartes avec les cinq sur lesquelles j'ai appelé votre attention lors du premier tour de plaidoiries — à savoir la carte allemande établie par von Frankenberg en 1912, la carte du Bechuanaland de 1965 et la carte Joint Operations Graphic de 1968, toutes deux britanniques, et les cartes militaires sud-africaines — les deux cartes établies par le JARIC en 1978 et 1982 et la carte établie par le service du renseignement militaire de 1984 — quand on compare ces cartes, l'incohérence des preuves cartographiques produites par la Namibie saute aux yeux.

### Le droit

Je passe donc sans plus tarder aux règles de droit.

En droit international, les cartes peuvent être considérées comme des preuves documentaires recevables selon leur provenance et leur contenu. Dans certaines circonstances, les cartes considérées comme des preuves recevables peuvent être invoquées aux fins d'établir un acte de souveraineté<sup>31</sup>, les reconnaissances faites par une partie contre son propre intérêt<sup>32</sup>, et enfin la pratique ultérieure des parties quant à l'interprétation qu'elles s'accordent à faire d'un traité<sup>33</sup>. Les sources de référence figureront dans les comptes rendus.

Toutefois, une condition préalable à laquelle les cartes produites doivent satisfaire pour avoir de telles conséquences juridiques est qu'elles aient été mises en avant au cours d'échanges diplomatiques directs entre les gouvernements intéressés, ou par un gouvernement qui a manifesté publiquement et officiellement sa position sans la moindre ambiguïté<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup>Arbitrage entre la Colombie et le Venezuela (1891), *British and Foreign State Papers*, vol. 83, p. 389; sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Rann de Kutch* (1968), *RIAA*, vol. XVII.

<sup>32</sup>Sentence arbitrale rendue dans l'affaire des *Frontières du Honduras*, *RIAA*, vol. II, p. 1331, 1336 et 1360-1361; affaire des *Minquiers et des Ecréhous*, *C.I.J. Recueil 1953*, p. 67, 71.

<sup>33</sup>Affaire de la *Frontière de l'Alaska*, *RIAA*, vol. XV, p. 486-487; Fitzmaurice, *BYBIL*, vol. 33 (1957), p. 224-225; de manière générale, voir aussi I. Brownlie, «International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations», académie de droit international de La Haye, *Recueil des cours*, vol. 255 (1995); chap. XI du contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 46.

<sup>34</sup>Voir aussi l'affaire relative à la *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières*, *C.I.J. Recueil 1959*, p. 216, 220-221.

Jamais, à aucun moment, les cartes sur lesquelles la Namibie s'appuie n'ont été jointes à une lettre «pour fournir des éclaircissements» (selon l'expression employée par M. Basdevant dans son opinion individuelle en l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous*, (C.I.J. Recueil 1953, p. 80)). Elles n'ont pas été invoquées à l'appui «d'une proposition ou d'une concession faite au cours de négociations» (selon la formule de la Cour dans cette même affaire (C.I.J. Recueil 1953, p. 71)). Ni même dans le cadre «d'un simple échange entre les gouvernements» (pour reprendre les mots utilisés par la Cour en l'affaire du *Temple*)<sup>35</sup>. Quand bien même cela aurait été le cas, l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous* montre clairement que l'Etat doit avoir manifesté ses intentions de manière beaucoup plus affirmative, à savoir par «un énoncé de faits»<sup>36</sup> faisant référence à une carte.

Dans cette affaire, l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous*, à laquelle la Namibie se réfère au paragraphe 311 de son mémoire, l'ambassadeur de France à Londres avait, au cours d'échanges diplomatiques qui se sont déroulés en 1820, envoyé au Foreign Office britannique une note diplomatique (en date du 12 juin 1820) dans laquelle il était déclaré que les Minquiers étaient «possédés par l'Angleterre», et à laquelle était jointe une carte où les Minquiers apparaissaient comme une dépendance des îles britanniques de la Manche.

La Cour avait défini le statut juridique de la communication de l'ambassadeur de France en ces termes :

«Toutefois, il ne s'agit pas d'une proposition ou d'une concession faite au cours de négociations, mais de l'énoncé de faits transmis au Foreign Office par l'ambassadeur de France, qui n'a exprimé aucune réserve à ce sujet. Cette déclaration doit donc être considérée comme la preuve des vues officielles françaises à l'époque.»<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup>*Temple de Préh Vihéar*, C.I.J. Recueil 1962, p. 23.

<sup>36</sup>*Minquiers et des Ecréhous*, *op. cit.*; p. 71.

<sup>37</sup>*Ibid.*

Même lorsqu'il n'y a pas eu d'échanges officiels entre gouvernements, les cartes peuvent être d'un certain secours pour établir des faits particuliers. Sur ce point, toutefois, le Botswana souhaite rappeler à la Cour la mise en garde de la Chambre constituée par elle en l'affaire du *Différend frontalier, (Burkina Faso/République du Mali)* : «les cartes ne sont que de simples indications, plus ou moins exactes; elles ne constituent jamais — à elles seules et du seul fait de leur existence — un titre territorial»<sup>38</sup>.

Comme M. Huber l'a souligné dans l'affaire de *l'Île de Palmas* : «La première condition à laquelle doivent satisfaire les cartes invoquées comme éléments de preuve sur des points de droit est l'exactitude géographique.»<sup>39</sup>

Le Botswana est d'avis que ni la carte de Seiner de 1909, ni la carte britannique de 1933 ne représentent avec une quelconque «exactitude géographique» le tracé de la frontière dans le chenal sud du Chobe.

En la présente instance, l'une des questions à laquelle la Cour devra réfléchir est celle du poids qu'il convient d'accorder aux copies ou aux versions modifiées, à des échelles différentes, que divers services gouvernementaux ont pu réaliser d'une même carte initiale portant le tracé d'une frontière internationale. Elle pourra se reporter utilement en la matière à l'opinion émise par la commission judiciaire du conseil privé qui, après avoir étudié un certain nombre de cartes a statué en ces termes :

«Les cartes invoquées ici, même lorsqu'elles ont été publiées ou acceptées par des services du gouvernement canadien, ne peuvent être considérées comme une reconnaissance liant le gouvernement, car même si une telle reconnaissance était effectivement possible, il n'est pas démontré que les services intéressés aient eu la moindre compétence à en faire acte.»<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup>*C.I.J. Recueil 1986*, p. 582, par. 84, cité in extenso dans le mémoire du Botswana au paragraphe 254.

<sup>39</sup>*RIAA*, vol. II, p. 853.

<sup>40</sup>Dans *re Labrador Boundary*, [1927], *DLR*, vol. 2, p. 401-496.

30 Rien ne prouve, s'agissant des cartes établies à partir de la carte britannique de 1933, que les services qui les ont réalisées et qui, pour leurs besoins propres, y ont fait figurer des limites qui coïncident exactement avec le tracé de la frontière indiquée sur la carte initiale de 1933, avaient une quelconque compétence à faire acte de «reconnaissance liant le gouvernement» au sujet de l'emplacement exact de la frontière internationale.

Dans leurs exposés, MM. Chayes et Kawana ont l'un et l'autre renvoyé la Cour aux décisions rendues dans l'affaire du *Canal de Beagle* et dans celle du *Temple*. M. Kawana cite l'arbitrage rendu au sujet du *Canal de Beagle*, où il est dit que «l'intérêt particulier» des cartes publiées après la conclusion du traité

«tient plutôt aux témoignages qu'elles peuvent apporter sur le point de vue de l'une ou l'autre des parties à l'époque, ou par la suite, au sujet du règlement résultant du traité, et sur la mesure dans laquelle le point de vue dont cette partie soutient actuellement la justesse est compatible avec celui qu'elle semble avoir adopté précédemment»<sup>41</sup>.

M. Kawana cherche ensuite à assimiler la présente espèce aux faits tels qu'ils ont été établis en cette affaire, à savoir que

«les Parties ont adopté à l'époque une interprétation du règlement conventionnel suivant laquelle, en cas de divergence avec la ligne de partage des eaux, la frontière tracée sur la carte l'emportait sur les dispositions pertinentes de la convention.»<sup>42</sup>,

et d'affirmer sur cette base que les prédécesseurs de la Namibie ont publié la carte de Seiner et la carte de l'Afrique du Sud de 1949 qui représentent «la frontière passant au sud de l'île». Et il poursuit : «la Namibie estime qu'elles traduisent exactement ce règlement. Les actions et omissions des autorités responsables» doivent être considérées comme «un accord pour accepter une certaine ligne comme frontière.»

Monsieur le président, il est difficile d'imaginer plus grand travestissement, sur le plan des faits, comme du droit, de la portée correcte des décisions rendues dans ces deux affaires.

---

<sup>41</sup>*ILR*, vol. 52, p. 202.

<sup>42</sup>*C.I.J. Recueil 1962*, p. 34.

31

Pour que ces décisions soient d'une quelconque pertinence, il est nécessaire d'identifier tout d'abord «le règlement résultant du traité». En l'affaire du *Temple*, une partie au traité frontalier avait fait établir et publier une carte officielle sur laquelle était figuré le tracé d'une frontière, et cette carte avait été ultérieurement adoptée par l'ensemble des parties au traité<sup>43</sup>.

Tout autres sont les faits de la présente espèce. Aucune carte, à l'époque ou à une date ultérieure, n'a été officiellement établie ou adoptée par les parties aux fins de donner effet au tracé frontalier défini à l'article III de l'accord de 1890.

M. Kawana n'explique pas ce qu'il entend par «règlement conventionnel» en la présente espèce. L'expression «règlement résultant du traité» qu'il emprunte au texte de la sentence arbitrale ne peut que désigner ici soit l'interprétation des mots «le centre du chenal principal [du Chobe]» qui figurent à l'article III de l'accord de 1890 — mais c'est là la tâche qui échoit actuellement à la Cour — soit quelque règlement ultérieur résultant d'un «accord mutuel». Au vu des preuves produites devant la Cour, seul l'accord de Pretoria de 1984 et la ligne tracée dans le chenal nord lors du levé commun de 1985 répondent, si je ne m'abuse, à cette notion de «règlement conventionnel».

M. Kawana affirme que la publication en 1933 de la carte GSGS 3915 par les autorités britanniques a valeur d'«acceptation réciproque»<sup>44</sup> de la frontière suivant le chenal sud. Comment cela pourrait-il être le cas ? Tout d'abord, nous dit-on, elle indique sans ambiguïté dans lequel des chenaux entourant l'île se situe la frontière. Et deuxièmement, la carte de 1933 n'a jamais fait l'objet d'une négociation, proposition ou échange diplomatique quelconque entre les Gouvernements britannique et sud-africain.

---

<sup>43</sup>*C.I.J. Recueil 1962*, p. 21-22. (La décision de la Cour en cette affaire est analysée de manière plus détaillée dans le contre-mémoire du Botswana, app. I, p. 10-11, par. 31-34.)

<sup>44</sup>CR 99/4, p. 65, par. 18.



32

La Namibie laisse entendre en outre que le Gouvernement britannique s'est rendu doublement coupable — de passivité, et d'absence de réaction alors qu'il était positivement tenu de réagir — en n'élevant aucune objection lors de la publication de la carte de Seiner ou celle de la carte sud-africaine de 1949. Le seul échange de vues officiel entre l'Allemagne et la Grande-Bretagne auquel la carte de Seiner a donné lieu durant la période coloniale est la dépêche du 5 mai 1911<sup>45</sup> proposant un recours à l'arbitrage. Il n'a jamais été donné suite à cette proposition. M. Kawana présente semble-t-il comme des échanges officiels entre deux gouvernements des notes internes échangées par des fonctionnaires britanniques au sujet des investigations de M. Eason concernant la frontière à proximité de l'île de Kasikili/Sedudu.

M. Kawana cherche à tirer les mêmes conclusions du fait que la publication de la carte sud-africaine de 1949 n'a suscité aucune protestation. Je reviendrai ultérieurement sur la véritable importance de la correspondance relative au tracé de la frontière internationale indiqué sur cette carte au niveau du cours inférieur du Chobe. Retenons-en pour l'instant que le ministre sud-africain des affaires extérieures s'est vu répondre qu'aucune frontière n'avait été établie.

Ma conclusion en ce qui concerne les règles de droit est la suivante : aucune source juridique namibienne a invoqué la carte de Seiner de 1909, la carte britannique de 1933 ou la carte sud-africaine de 1949, ou les circonstances dans lesquelles ces cartes ont été utilisées, comme des preuves de l'acceptation, de l'acquiescement ou de la reconnaissance du Botswana ou de son prédécesseur — le Gouvernement britannique — quant au fait que la frontière autour de l'île de Kasikili Sedudu se situait dans le chenal sud.

Avant d'inviter la Cour à se pencher sur les cartes dont M. Rushworth a dressé la liste, j'aimerais dire quelques mots de la carte de l'ONU de 1985 à l'échelle de 1/1 000 000 qui figure sous l'onglet n° 24 dans le dossier remis à la Cour pour ce second tour de plaidoiries.

---

<sup>45</sup>Mémoire de la Namibie, annexe 46, p. 172.

De l'avis du Botswana, la caractéristique la plus frappante de cette carte est le fait que toutes les frontières nationales avec la Namibie y sont figurées au moyen du symbole adopté à cet effet, à l'exception notable de la frontière avec le Botswana le long du Chobe.

Plus significatif encore : sur le tronçon du Chobe — ou Cuando — qui, une fois franchie la limite septentrionale du Caprivi, marque la frontière entre l'Angola et la Zambie, le tracé conventionnel longe clairement le cours d'eau. La conclusion qui s'impose est que les cartographes de l'ONU se sont délibérément abstenus d'utiliser ce symbole le long du Chobe à l'endroit de la frontière en litige — et seulement à cet endroit — parce qu'ils n'étaient pas certains de l'emplacement correct de cette frontière.

Il y a plus, Monsieur le président. Sur cette même carte, l'omission de la deuxième partie de la clause de réserve d'usage résulte manifestement d'une erreur du cartographe, puisque toutes les autres cartes de l'ONU appartenant à cette série en portent le texte intégral<sup>46</sup>. A l'évidence, les cartographes de l'ONU n'étaient pas habilités à délimiter unilatéralement une frontière internationale.

### **Les cartes retenues par la Namibie**

Dans son exposé oral<sup>47</sup>, M. Rushworth, l'expert en cartographie de la Namibie, s'est référé à la liste de vingt-six cartes dressée par lui dans la réplique de la Namibie<sup>48</sup> (cette liste se trouve sous l'onglet n° 35 dans le dossier remis à la Cour pour le second tour de plaidoiries). Selon M. Rushworth, seize de ces cartes situent la frontière dans le chenal sud, sept autres n'indiquent pas la frontière et une seule la situe dans le chenal nord. Dans l'argumentation finale qu'il a présentée au terme du premier tour de plaidoiries de la Namibie, M. Chayes a repris cette affirmation, mais

---

<sup>46</sup>Contre-mémoire du Botswana, par. 627-628.

<sup>47</sup>CR 99/4.

<sup>48</sup>Réplique de la Namibie, vol. III, annexe I, pt. IV, p. 22.

— avec cette inconséquence dont la Namibie semble coutumière à l'égard des faits — ce ne sont plus seize, mais dix-sept des vingt-six cartes qui, nous a-t-il dit, situent la frontière dans le chenal sud.

Pareil décompte est extrêmement trompeur : en incluant habilement copies et rééditions à différentes échelles, on a grossi le nombre de cartes représentant la frontière dans le chenal nord. De plus, la conclusion à laquelle aboutit M. Rushworth n'est guère pour nous surprendre, puisqu'il a écarté de sa liste toutes les cartes situant la frontière dans le chenal nord, à l'exception d'une seule.

Tout bien considéré, le Botswana est d'avis que, si l'on s'en tient aux cartes pertinentes, on dénombre trois cartes situant la frontière dans le chenal nord et deux la situant dans le chenal sud.

La seule carte figurant dans la liste de M. Rushworth où la frontière est indiquée dans le chenal nord est la carte du service de renseignement militaire de 1984.

Quand bien même on prendrait la liste de M. Rushworth pour argent comptant, les chiffres qu'il avance s'avèrent extrêmement trompeurs.

Pour commencer, il faut rayer de sa liste les cartes où de son propre aveu, aucune frontière n'est indiquée dans l'un ou l'autre chenal. Deux autres cartes figurant au nombre des cartes sud-africaines citées par M. Rushworth — la carte orthophotographique moderne au 1/50 000 de 1982 et sa copie à l'échelle de 1/100 000 — doivent être écartées elles aussi, puisque, là encore, M. Rushworth convient qu'aucune frontière n'y est représentée le long du Chobe. Il en va de même, comme je viens de l'expliquer de la carte de l'ONU de 1985 dans la mesure où aucune frontière n'y est figurée dans l'un ou l'autre chenal. Ainsi réduite, la liste se décompose en trois groupes : cartes coloniales allemandes, cartes britanniques et cartes sud-africaines.

#### **Les cartes coloniales allemandes**

Il convient selon nous de ne pas prendre en compte les cartes coloniales allemandes. La liste de M. Rushworth est partisane à l'extrême : il inclut la carte de Seiner comme situant expressément la frontière dans le chenal sud et les cartes de Streitwolf et von Frankenberg comme la situant au même endroit de façon implicite. Cette façon cavalière de procéder est inacceptable. Il est

notoire — et la Namibie ne le conteste pas — que Seiner, qui était simple citoyen autrichien, et non fonctionnaire allemand, ne s'est jamais rendu dans la région du Chobe. Sa représentation de l'île est fondée sur le croquis cartographique réalisé en 1880 par Bradshaw<sup>49</sup>, lequel n'a pas coloré le chenal nord, afin d'indiquer qu'il n'en avait pas effectué le levé. Ce seul fait suffit à ruiner la crédibilité de cette carte.

En outre, aucun symbole n'y est utilisé pour indiquer les frontières. Seiner a pris unilatéralement l'initiative de marquer par des hachures rouges les limites de tout le territoire du Caprivi, y compris sa frontière avec la Rhodésie du Nord, dont le tracé définitif, Monsieur le président, n'a pas été établi, ni à fortiori approuvé, avant le traité de 1933.

Par conséquent, Seiner a indiqué par des hachures la frontière internationale entre le Caprivi et la Rhodésie du Nord, et ce jusqu'à la rive droite du Zambèze, quelque vingt-quatre ans avant que cette frontière soit enfin fixée par le traité de 1933. Voilà qui jette de sérieux doutes sur l'exactitude de la frontière indiquée par Seiner le long du Chobe.

Plutôt qu'une frontière officielle, cette carte donne une vision impressionniste de son tracé tel que Seiner se l'imaginait.

J'ai montré durant le premier tour de plaidoiries que la carte de von Frankenberg indique que le chenal sud n'est qu'un simple bras secondaire en le désignant au moyen de l'expression de «Kassikiri Flussarm». Puis-je suggérer que cette indication fournie par la carte de von Frankenberg a plus de poids qu'un quelconque aspect de la carte de Seiner ? Quoi qu'il en soit, aucune de ces cartes allemandes n'indique un tracé frontalier. Je suis d'avis que la Cour devrait écarter toutes les cartes allemandes.

---

<sup>49</sup>Atlas du Botswana, carte 1.

### **Les cartes britanniques et sud-africaines**

S'agissant des cartes britanniques et sud-africaines, M. Rushworth en dénombre huit de chaque origine. Une proportion substantielle de ces cartes consiste en des copies ou des rééditions pures et simples à des échelles différentes. Une fois celles-ci écartées, on se retrouve, à deux cartes près, avec les deux cartes déjà mentionnées — la carte britannique de 1933 et la carte sud-africaine de 1949 — que la Namibie n'a cessé de mettre en avant dans son argumentation.

Point intéressant, l'autre carte sud-africaine est la carte orthophotographique moderne colorisée de 1982 qui, malgré la présence d'un symbole signalant les frontières, n'en fait figurer aucune dans le Chobe. Monsieur le président, cette carte moderne n'indiquant aucune frontière le long du Chobe est hautement significative. N'est-elle pas le signe de l'incertitude de ses auteurs et de leur refus d'amoindrir sa fiabilité en situant une frontière dans ce chenal sud controversé dont on savait en 1982 qu'il était l'objet d'un litige avec l'Etat voisin, le Botswana ?

La Namibie s'étant appuyée sur les copies des cartes de 1933 et 1949, je crains de devoir expliquer à la Cour de quelle façon trompeuse elles grossissent le nombre des cartes en faveur de la Namibie.

### **Les cartes britanniques**

En ce qui concerne les cartes britanniques, les cartes «primaires» sont au nombre de deux : la GSGS 3915 de 1933 et la carte de l'Afrique au 1/2 000 000 (la deuxième carte supplémentaire dont j'ai parlé tout à l'heure).

La première édition de la carte de l'Afrique au 1/2 000 000 est parue en 1919. Comme il est fait observer dans la réplique du Botswana, la frontière intercoloniale y est figurée au centre de la rivière, où elle suit clairement la ligne médiane; aucune île n'y apparaît aux abords de Kasane. Les quatre éditions suivantes (1933, 1940, 1942 et 1958) situent toutes, de diverses façons, la frontière internationale le long de la rive sud du Chobe sur toute la longueur de ce dernier. Le Botswana a souligné dans sa réplique la manière grossière dont l'île et la frontière sont représentées. Ces

éditions reprennent manifestement le tracé frontalier indiqué sur la carte britannique GSGS 3915 de 1933. Les quatre cartes se trouvent ainsi rayées de la liste de M. Rushworth — comme vous le voyez à l'écran.

36 M. Rushworth a également retenu cinq cartes britanniques qu'il décrit comme étant des «cartes établies à partir de la GSGS 3915»<sup>50</sup> (c'est-à-dire la carte britannique de 1933). La carte du Bechuanaland au 1/1 250 000 de 1935 a été — je cite M. Rushworth — «réalisée par réduction photographique» de la carte de 1933<sup>51</sup> (onglet n° 3.15 dans le dossier établi par la Namibie à l'intention de la Cour). La carte de 1957 au 1/125 000 portant des annotations relatives aux limites des réserves de terres de la Couronne<sup>52</sup> et la carte établie en 1963 dans le cadre d'un plan d'aménagement hydraulique<sup>53</sup> en sont des copies. Sur la seconde, dont on nous dit qu'elle «a été utilisée en 1963 par le ministère des travaux publics du Bechuanaland pour présenter ses propositions en matière d'aménagement hydraulique»<sup>54</sup>, le fonctionnaire chargé d'indiquer le territoire concerné par lesdites propositions ne pouvait, de toute évidence, que suivre les frontières portées sur la carte initiale de 1933. Adopter un tracé différent aurait compliqué les choses au détriment de la tâche à accomplir.

Les autres copies de la carte de 1933 sont les deux cartes portant respectivement des informations vétérinaires et des informations géologiques. M. Rushworth nous a expliqué que ces cartes, réalisées par «réduction photographique» de la carte de 1933, montrent «l'île de Kasikili et la frontière avec exactement les mêmes détails, mais à une échelle beaucoup plus petite»<sup>55</sup>. Ces deux cartes, de même que la carte des limites des réserves de la Couronne et la carte du réseau

---

<sup>50</sup>CR 99/4, p. 40.

<sup>51</sup>CR 99/4, p. 46, par. 16; contre-mémoire de la Namibie, annexe 1, p. 16.

<sup>52</sup>CR 99/4, p. 46; mémoire de la Namibie, annexe 102, par. 27.

<sup>53</sup>CR 99/4, p. 47, par. 18; contre-mémoire de la Namibie, annexe 1, p. 22.

<sup>54</sup>Rushworth, CR 99/4, p. 47, par. 18.

<sup>55</sup>CR 99/4, par. 16.

hydrographique, produites l'une et l'autre en 1957, ont été utilisées à des fins bien particulières par des fonctionnaires qui, à cet effet, ont repris la frontière indiquée sur la carte de 1933 par des hachures rouges ou jaunes ou une ligne en pointillés noirs. Ces fonctionnaires ne se sont nullement préoccupés de situer une frontière internationale, et ils n'étaient du reste aucunement compétents pour se prononcer à ce sujet. J'en reviens à l'affaire de la *Frontière du Labrador*, et je suggère, pour reprendre les termes utilisés par le conseil privé dans son opinion, qu'«il n'est pas démontré que les services intéressés aient eu la moindre compétence à ... faire acte» de reconnaissance<sup>56</sup>. Leur tâche se bornait à indiquer les limites qu'ils étaient appelés à respecter. Ces cartes ne sont donc que de simples copies de la carte de 1933.

#### **Les cartes sud-africaines**

J'en viens pour finir aux cartes sud-africaines. La carte n° 14 est un «avant-projet»<sup>57</sup>, et une reproduction de la carte publiée en 1949. M. Rushworth la retient. La carte n° 20 sur sa liste, la carte du Sud-Ouest africain au 1/250 000, présentée comme une réédition, est une copie de la carte de 1949. «Tous les détails sur cette carte sont identiques à la carte antérieure», nous dit M. Rushworth<sup>58</sup>. La carte orthographique de 1982 au 1/50 000, déjà éliminée puisque n'indiquant pas de frontière, reprend la carte du Sud-Ouest africain de 1982 au 1/250 000, où figurent une frontière, mais aussi une note dans laquelle le service cartographique dégage sa responsabilité. La carte de 1982 à l'échelle de 1/500 000, qui porte le même titre, est une copie de cette carte antérieure. Il ne nous reste donc plus que deux cartes, la carte britannique de 1933 et la carte sud-africaine de 1949.

---

<sup>56</sup>*Supra* [1927] *DLR*, vol. 2, p. 496.

<sup>57</sup>Contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 1, p. 29.

<sup>58</sup>Mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 102, p. 38.

Comme indiqué dès le départ, M. Rushworth écarte de sa liste quatre des cartes produites par le Botswana. La seule carte où il reconnaît que la frontière est située dans le chenal nord est la carte de l'Afrique du Sud établie en 1984 par le service de renseignement militaire. Si nous prenons en compte les cartes non retenues sur sa liste où la frontière est indiquée dans le chenal nord (même en faisant abstraction des cartes botswanaises postérieures à l'indépendance), c'est-à-dire les cartes britanniques de 1965 et 1968 et les cartes militaires sud-africaines établies par le JARIC en 1978 et 1982 — soit celles que j'ai commentées lors du premier tour de plaidoiries — nous parvenons à un total de quatre plus une égale cinq cartes qui représentent la frontière dans le chenal nord, contre deux cartes qui la représentent dans le chenal sud. Même en comptant les deux éditions de la carte du JARIC pour une seule, et en laissant de côté la carte britannique Joint Operations Graphic de 1968, ce sont trois cartes que le Botswana peut invoquer en sa faveur, trois cartes qui situent la frontière dans le chenal nord.

38 Cet examen détaillé confirme ce fait que j'ai indiqué en commençant. A savoir qu'une fois la liste produite par la Namibie convenablement analysée, le décompte des cartes pertinentes s'établit, de l'avis du Botswana, comme suit : trois cartes situant la frontière dans le chenal nord et deux seulement la situant dans le chenal sud.

Monsieur le président, je vais devoir, je le crains, vous demander de m'accorder encore quelques minutes pour commenter ces deux dernières cartes sur lesquelles s'appuie la Namibie. La première est la carte britannique de 1933 au 1/500 000, dont la Cour trouvera une reproduction sous l'onglet n° 26 dans son dossier.

Le Botswana s'accorde avec l'expert de la Namibie<sup>59</sup> pour dire que cette carte est la première qui ait donné une représentation précise de l'île et de ses environs.

---

<sup>59</sup>CR 99/4, p. 38-39, par. 12.



Son auteur a suivi l'usage consacré en cartographie qui consiste à tracer une suite de croix et de tirets le long de l'une ou l'autre rive d'un cours d'eau pour indiquer que la frontière se situe dans ce cours d'eau. En l'occurrence, le cartographe a manifestement choisi de faire coïncider ce tracé avec la rive sud tout au long du Chobe, depuis son confluent avec le Zambèze jusqu'au point, à l'ouest, où débute la frontière fluviale.

M. Kawana a fait au sujet de cette carte<sup>60</sup> la déclaration assez surprenante que voici :

«Toutefois, lorsqu'on atteint l'île de Kasikili, le signe conventionnel de la frontière ne suit pas la rive sud du chenal nord — ce qui aurait signifié que la frontière se situait dans le chenal nord —, il suit plutôt la rive sud du chenal sud, ce qui indique, comme M. Rushworth l'a montré, que la frontière devait se trouver dans ce chenal.»

Le Botswana interprète ce raisonnement assez obscur comme signifiant que, si le cartographe avait souhaité indiquer la frontière dans le chenal nord, il aurait dû faire brusquement dévier sa ligne vers le nord à la hauteur de l'île pour lui faire reprendre ensuite sa route le long de la rive sud. Si c'est ce que M. Kawana voulait dire, le principe consistant à placer par convention la ligne qui symbolise la frontière indifféremment sur l'une ou sur l'autre rive, ou même alternativement sur l'une et sur l'autre, lui a totalement échappé. En adoptant cette convention, le cartographe entendait signifier : «la frontière se situe dans ce cours d'eau» — et s'abstenir de tout jugement sur le point de savoir dans lequel des deux minuscules chenaux qui entourent l'île passait ladite frontière.

Le cartographe aurait pu tout aussi aisément choisir de faire figurer la frontière d'un bout à l'autre le long du chenal nord. Il est exact, comme la Namibie l'a suggéré<sup>61</sup>, que «[la] ligne suit le chenal sud, alors que le cartographe avait amplement la place de la faire passer par le chenal nord», mais le cartographe en a décidé autrement. Sa décision de ne pas faire coller le tracé de la frontière aux contours géographiques — représentés avec précision — de l'île prouve de façon concluante que la ligne qu'il a tracée tout au long de la rive sud est pure convention et ne donne aucune indication précise quant à la localisation exacte de la frontière.

---

<sup>60</sup>CR 99/4, p. 58.

<sup>61</sup>CR 99/4, p. 39, par. 12.

Je passe à présent à la deuxième des cartes invoquées par la Namibie qui reste sur la liste, à savoir la carte de l'Afrique du Sud au 1/250 000 publiée en 1949. Vous la trouverez sous l'onglet n° 27 dans votre dossier.

Depuis le début de l'affaire, la Namibie fait valoir avec insistance que, puisque les levés sur le terrain et la compilation de la carte ont été achevés en 1945/1946, avant la rédaction du rapport Trollope/Redman de janvier 1948, cette carte est antérieure à la concrétisation du différend. Monsieur le président, tel n'est pas le cas. La carte n'a été publiée qu'en 1949, alors que la localisation de la frontière méridionale de la bande de Caprivi faisait l'objet d'un intense échange de correspondance entre la Grande-Bretagne et l'Afrique du Sud. Cet échange n'a pris fin que le 10 mai 1951, et ce «sans modifier la situation juridique existante»<sup>62</sup>. Alors même que l'Afrique du Sud avait été informée à cette date que la question de la frontière méridionale du Caprivi n'avait pas encore trouvé de solution, elle a décidé, pour des raisons qui lui étaient propres, de ne pas en retarder la publication.

L'image que vous voyez sur la gauche de l'écran montre une lettre qui émane de la direction des levés topographiques du haut quartier général de Pretoria et demande des précisions au sujet de l'emplacement de la frontière méridionale de la bande de Caprivi<sup>63</sup>. Cette lettre figure sous l'onglet n° 28 dans votre dossier.

40 Sur la droite de l'écran, vous voyez la réponse du commissaire résident du protectorat du Bechuanaland, où il est dit au deuxième paragraphe : «Aucune carte officielle n'indique la frontière en question...»<sup>64</sup>

Monsieur le président, cet échange de lettres est extrêmement significatif. Il démontre que, à la date du 6 mars 1945, les autorités britanniques étaient d'avis qu'il n'existait pas de carte ou de plan officiel indiquant la frontière méridionale de la bande de Caprivi à proximité de l'île. Voilà

---

<sup>62</sup>Mémoire du Botswana, par. 157 et annexe 30.

<sup>63</sup>Contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 17.

<sup>64</sup>Contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 17.

qui, de fait, coupe court à tous les arguments de la Namibie invoquant des cartes antérieures comme preuves de l'emplacement de la frontière fixée par l'accord anglo-allemand de 1890. En particulier, il ne saurait plus être question de faire valoir que la carte de Seiner et la carte britannique de 1933 ont valeur d'acquiescement quant au tracé de cette frontière.

J'en ai ainsi fini des cartes sur lesquelles s'appuie la Namibie, mais je voudrais ajouter quelques brèves remarques au sujet des cartes d'Etats tiers. Il convient aussi de ne pas oublier le manque de cohérence entre elles en ce qui concerne la localisation de la frontière. Sur les sept cartes d'Etats tiers citées par les Parties au cours de la procédure, trois situent la frontière dans le chenal nord<sup>65</sup>, trois dans le chenal sud<sup>66</sup> et une la représente comme une ligne médiane et omet toute représentation géographique de l'île<sup>67</sup>.

Une fois procédé à une dernière récapitulation tenant compte des faiblesses des cartes d'Etats tiers comme des cartes expressément invoquées par la Namibie, il m'apparaît qu'aucune «série ininterrompue» ou «prépondérante» de cartes ne situe la frontière dans le chenal sud.

41 Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je vous remercie de la patience et de la courtoisie avec laquelle vous m'avez écoutée. Je vous prie de bien vouloir, donner la parole, après la pause, à M. Brownlie.

Le PRESIDENT : Merci, lady Fox. L'audience est suspendue durant quinze minutes.

*L'audience est suspendue de 11 h 25 à 11 h 40.*

---

<sup>65</sup>La carte de la Zambie de 1971 au 1/250 000, Sesheke (atlas du Botswana, carte 20); la carte du Zimbabwe de 1981 au 1/250 000, Kazungula (atlas du Botswana, carte 21); la *US Tactical Pilot Chart* au 1/500 000 de 1991, feuille P4-B, 2<sup>e</sup> éd., direction des levés militaires GSGS, ministère de la défense du Royaume-Uni. Il y a lieu de noter que cette dernière carte est une copie de la carte *Joint Operations Graphic Ground* de 1968, à laquelle je me suis référé lors du premier tour de plaidoiries, et qui est mentionnée dans le contre-mémoire du Botswana à la page 144, paragraphe 600.

<sup>66</sup>La carte de la Rhodésie et du Nyasaland de 1958 au 1/500 000, Livingstone (contre-mémoire de la Namibie, vol. II, Rushworth, annexe 1, p. 6).

<sup>67</sup>La carte *Rhodesia Relief Layered* de 1973 au 1/1 000 000, 7<sup>e</sup> éd., préparée et dessinée par la direction du service cartographique, Salisbury, Rhodésie du Sud (carte reproduite dans le dossier de cartes additionnelles joint à la réplique du Botswana) ne situe la frontière ni dans le chenal nord, ni dans le chenal sud. Au lieu de quoi, la frontière est tracée au milieu du cours d'eau et, à l'endroit où Kasane est indiquée sur la rive sud, traverse une petite étendue d'eau figurée en bleu.

Le **PRESIDENT** : Veuillez vous asseoir. Monsieur Brownlie.

M. **BROWNLIE** : Merci, Monsieur le président.

### **INTRODUCTION**

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour.

Mon exposé, lors de ce second tour de plaidoiries, se décomposera comme suit :

1. Caractère irrégulier des conclusions de la Namibie telles que présentées dans sa réplique et à l'issue de son deuxième tour de plaidoirie.
2. Tâche de la Cour aux fins de la détermination de la frontière.
3. Définition du différend aux termes des dispositions du compromis.
4. Irrecevabilité du moyen tiré de la prescription.
5. Absence de preuve établissant un processus de prescription.
6. Critère juridique permettant de situer le thalweg.
7. Les avis autorisés.
8. Pertinence de la pratique ultérieure des parties à l'accord de 1890 et de leurs successeurs.
9. Portée de l'accord de Pretoria de 1984.
10. Statut politique et juridique de l'accord de 1890.
11. Conclusions.

#### **1. Caractère irrégulier des conclusions de la Namibie telles que présentées dans sa réplique**

Ma première tâche sera d'examiner le caractère des conclusions présentées par la Namibie dans ses écritures et plaidoiries. Le texte intégral de ces conclusions sera reproduit dans le compte rendu.

«Plaise à la Cour de dire et juger...

1. que le chenal situé au sud de l'île de Kasikili/Sedudu est le chenal principal du Chobe;
2. que le chenal situé au nord de l'île de Kasikili/Sedudu n'est pas le chenal principal du Chobe;

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

Comme les précédentes versions des conclusions de la Namibie, cette dernière formulation ne fait *pas une seule fois* référence à l'accord anglo-allemand.

De l'avis du Botswana, la requête présentée à la Cour prête à contestation à plusieurs titres distincts.

Tout d'abord, le troisième point de la requête se fonde exclusivement sur la prescription. Si vous me permettez d'en donner une nouvelle fois lecture :

«que la Namibie et ses prédécesseurs ont occupé et utilisé l'île de Kasikili et ont exercé leur juridiction souveraine sur celle-ci au vu et au su et avec l'acquiescement du Botswana et de ses prédécesseurs en titre depuis 1890 au moins».

Ce point, de même que les autres points de la requête adressée par la Namibie à la Cour, ne présente même pas la prescription comme une base de revendication parmi d'autres, mais comme la base de revendication exclusive. Par conséquent, une bonne part des moyens présentés par la Namibie lors du premier tour sont en contradiction avec ses propres conclusions.

Deuxièmement, ces conclusions sont incompatibles avec les dispositions de l'article I du compromis. Aux termes du compromis, la Cour est priée de déterminer «la frontière entre la Namibie et le Botswana» et de le faire «sur la base du traité anglo-allemand du 1<sup>er</sup> juillet 1890 et des règles et principes du droit international». Le contenu des conclusions de la Namibie est sans aucun rapport avec ces dispositions. De plus, la formulation de l'article I indique clairement que le statut de l'île *découle* de la détermination de la frontière. La Namibie demande en fait à la Cour de prendre les choses à l'envers. Si la Cour accédait à la requête de la Namibie en ce qui concerne le troisième point (fondé sur la prescription), il s'ensuivrait automatiquement, selon la Namibie, que

la frontière se situe dans le chenal sud — comme il lui est demandé de le dire au quatrième point — et qu'elle ne se situe pas dans le chenal nord — comme il lui est demandé de le dire au premier et deuxième point. Cet enchaînement est totalement incompatible avec le compromis.

Pareille façon de procéder irait à l'encontre de l'article 40 du Statut de la Cour, qui dispose ce qui suit :

«Les affaires sont portées devant la Cour, selon le cas, soit par notification du compromis, soit par une requête, adressée au greffier; dans les deux cas, l'objet du différend et les parties doivent être indiqués.»

Le compromis définit l'objet du différend et, partant, la tâche de la Cour et les conditions dans lesquelles s'exerce sa juridiction. Dans ses conclusions, la Namibie assigne à la Cour une tâche différente, qui n'est pas indiquée dans le compromis, comme l'exigent les dispositions de l'article 40.

## **2. Tâche de la Cour aux fins de déterminer la frontière**

Monsieur le président, un certain nombre d'autres questions se posent en ce qui concerne les conclusions de la Namibie et la tâche de la Cour.

En la présente instance, l'article I du compromis décrit la tâche de la Cour en termes clairs : «la Cour est priée de déterminer ... la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu ainsi que le statut juridique de cette île».

Au moins, les conclusions des Parties à cet égard ne sont-elles pas incompatibles *en tant que telles* avec les termes du compromis. La Namibie demande à la Cour de dire que la frontière «se situe au centre du chenal sud du Chobe». Le Botswana la prie de dire que «le chenal nord et ouest du Chobe ... constitue le chenal principal...»

Ces formulations sont compatibles avec le compromis en ce qu'elles ne dérogent pas au mandat de la Cour, qui est de «déterminer ... la frontière...» Toutefois, certaines assertions dans le texte du mémoire de la Namibie apparaissent préoccupantes. Ces assertions figurent dans les passages ci-après :

44  
«158. Une fois que le chenal sud a été identifié comme étant le chenal principal du Chobe, la question du titre sur l'île de Kasikili est automatiquement résolue en faveur de la Namibie. L'emplacement où cette frontière se situe dans le chenal sud est une question manifestement subsidiaire pour les deux Parties. Ni le Botswana ni la Namibie ne l'ont abordée lors des travaux de la commission mixte d'experts techniques et les Parties ne l'ont pas mentionnée expressément dans leurs observations. Ce point n'était tout simplement pas contesté entre elles.

159. Dans ces conditions, la Namibie juge inutile de poursuivre l'examen de la question de la détermination du centre du chenal principal à ce stade de la procédure. La véritable question qui oppose les Parties a toujours porté sur la détermination du chenal principal lui-même ainsi que les conséquences de cette identification pour déterminer qui exerce la souveraineté sur l'île de Kasikili. L'emplacement du centre du chenal principal se déduirait automatiquement dans une large mesure puisqu'il dépend de la manière dont est réglée la question principale. Plus précisément, il faudrait de toute façon procéder à la démarcation de la frontière effective par voie d'accord entre les Parties.

160. La Namibie se réserve naturellement le droit de revenir sur cette question à un stade ultérieur si l'évolution de l'affaire le justifie.» (Mémoire de la Namibie, p. 51.)

Le Gouvernement du Botswana ne saurait souscrire à l'assertion de la Namibie selon laquelle l'emplacement exact de la frontière (dans le chenal pertinent) «n'était tout simplement pas contesté» entre les Parties. A son sens, le processus de détermination de «la frontière», tel que prescrit à l'article I du compromis, inclut la détermination de l'emplacement du «centre du chenal principal».

De l'avis du Gouvernement du Botswana, le compromis assigne clairement pour tâche à la Cour de déterminer «la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu», ce qui suppose qu'elle définisse l'emplacement précis de la «frontière», et non qu'elle se contente d'identifier le «chenal principal».

A cet égard, la Cour jugera peut-être utile de nommer un expert pour l'aider dans ce processus de détermination, conformément aux dispositions de l'article 67 de son Règlement.

### **3. Définition du différend relevant de la compétence de la Cour**

Monsieur le président, je vais à présent aborder un autre aspect de la tâche de la Cour en la présente instance.

Aux termes du paragraphe 1 de l'article 36 de son Statut, la Cour est compétente en cette affaire en vertu des dispositions du compromis, et exclusivement de celles-ci. Dans le compromis, la Cour est priée de «déterminer ... la frontière entre la Namibie et le Botswana ... ainsi que le statut juridique de cette île».

45

De l'avis du Botswana, le différend est essentiellement un différend frontalier et, comme l'indiquent clairement les termes du compromis, l'attribution de la souveraineté sur l'île découle automatiquement de la détermination de la frontière.

Par conséquent, le différend qui relève de la compétence de la Cour a trait à la détermination de la frontière «sur la base du traité anglo-allemand du 1<sup>er</sup> juillet 1890 et des règles et principes du droit international».

Malheureusement, le différend au sujet duquel la Namibie, dans ses conclusions, demande à la Cour de se prononcer est d'une autre nature. C'est ce qui ressort à l'évidence des conclusions formulées dans sa réplique, lesquelles ne font pas une seule fois référence à l'accord anglo-allemand. Il en va de même des conclusions que l'agent de la Namibie a présentées tout récemment à la Cour.

Le point de ces conclusions relatif à la frontière (point 4 des conclusions) occupe une position subsidiaire par rapport au troisième point, qui se lit comme suit :

«que la Namibie et ses prédécesseurs ont occupé et utilisé l'île de Kasikili et ont exercé leur juridiction souveraine sur celle-ci au vu et au su et avec l'acquiescement du Botswana et de ses prédécesseurs en titre depuis 1890 au moins».

Tel est donc ce qu'il est demandé à la Cour de dire et juger.

De l'avis du Botswana, ces formulations utilisées par la Namibie dans sa réplique visent à transformer le différend frontalier en un différend portant sur l'acquisition d'un titre de souveraineté fondé sur la prescription.

Sur le fond comme sur la forme, cette qualification du différend est incompatible avec les termes de l'article I du compromis, comme il apparaît très clairement à la lecture des considérants qui figurent dans le préambule du compromis. Je puis en rappeler le contenu à la Cour :



«*Considérant* qu'a été signé le 1<sup>er</sup> juillet 1890 un traité entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne (l'accord anglo-allemand de 1890) qui porte sur les sphères d'influence des deux pays en Afrique;

*Considérant* qu'un différend relatif à la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu oppose la République du Botswana et la République de Namibie;

*Considérant* que les deux pays souhaitent régler ce différend par des moyens pacifiques conformément aux principes de la charte de l'Organisation des Nations Unies et de la Charte de l'Organisation de l'unité africaine;

46

*Considérant* que les deux pays ont constitué, le 24 mai 1992, une commission mixte d'experts techniques chargée d'examiner la question de la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu «aux fins de déterminer la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu» sur la base du traité du 1<sup>er</sup> juillet 1890, qui porte sur les sphères d'influence de la Grande-Bretagne et de l'Allemagne en Afrique, et des principes applicables du droit international;

*Considérant* que la commission mixte d'experts techniques n'est pas parvenue à se prononcer sur la question qui lui avait été soumise et a recommandé «le recours à un mode de règlement pacifique du différend sur la base des règles et principes applicables du droit international»;

*Considérant* que, lors de la réunion au sommet, qui s'est tenue le 15 février 1995 à Harare (Zimbabwe), et à laquelle ont pris part LL.EE. sir Ketumile Masire, président de la République du Botswana, M. Sam Nujoma, président de la République de Namibie, et M. Robert Mugabe, président de la République du Zimbabwe, les chefs d'Etat de la République du Botswana et de la République de Namibie, agissant au nom de leurs gouvernements respectifs, sont convenus de saisir la Cour internationale de Justice afin que celle-ci rende un arrêt définitif et obligatoire sur le différend qui les oppose...»

Comme indiqué dans les considérants, «le différend» a trait à la détermination de la frontière sur la base de l'accord anglo-allemand de 1890.

#### **4. L'irrecevabilité du moyen tiré de la prescription**

A ce point de mon exposé, il me faut résumer les fondements juridiques de la thèse du Botswana concluant à l'irrecevabilité pure et simple du moyen que la Namibie tire de la prescription.

Le premier fondement est le compromis lui-même. Comme je l'ai déjà indiqué, le moyen tiré de la prescription est essentiellement incompatible avec l'article I du compromis, tout particulièrement à la lumière des considérants du préambule.

Dans ce même contexte, le moyen tiré de la prescription est incompatible avec la validité et l'applicabilité continues de l'accord anglo-allemand lui-même.

Le deuxième fondement conduisant à conclure à l'irrecevabilité du moyen tiré de la prescription est simplement que la Namibie a reconnu par son comportement que le différend a pour objet exclusif de déterminer la frontière conformément aux dispositions de l'accord anglo-allemand.

La Namibie a expressément adopté cette façon de qualifier le différend dans toute une série d'actes.

Ces actes sont :

- le communiqué de Kasane du 24 mai 1992 (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 55),
- le mémorandum d'accord du 23 décembre 1992 (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 57),
- le communiqué de la réunion au sommet tenue à Harare, du 15 février 1995 (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 59); et
- le compromis.

47

La Namibie était partie prenante au communiqué de Kasane du 24 mai 1992. Les trois chefs d'Etat sont convenus de constituer une commission mixte d'experts techniques ayant pour mission de «déterminer où se trouve la frontière aux termes du traité».

Conséquence directe des décisions prises à Kasane, les Gouvernements du Botswana et de la Namibie ont négocié le mémorandum d'accord du 23 décembre 1992 (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 57). La première disposition de fond de ce mémorandum est son article 2, qui prévoit la constitution d'un «groupe d'experts techniques *chargé de déterminer la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu, conformément au traité anglo-allemand de 1890*» (les italiques sont de nous).

La teneur du préambule du mémorandum d'accord confirme le rôle de l'accord anglo-allemand. Les paragraphes pertinents se lisent comme suit :

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

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

*Considérant* que le territoire du protectorat britannique du Bechuanaland a accédé à l'indépendance le 30 septembre 1966 en tant que République souveraine du Botswana, qui succédait aux droits et obligations découlant du traité susmentionné entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne;

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

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

Ce sont là les paragraphes importants du préambule du mémorandum d'accord.

48 L'article 2 du mémorandum d'accord, conjugué avec les autres dispositions et le préambule de celui-ci, vaut de la part de la Namibie, reconnaissance expresse du caractère du différend. C'est après tout ce qu'énonce le dernier paragraphe du préambule :

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

Cette affirmation importante ne saurait se concilier avec celle selon laquelle le différend porte de façon générale sur l'acquisition d'un titre sur un territoire.

Il ressort du mémorandum d'accord que la Namibie a reconnu le caractère du différend d'une manière qui l'empêche d'adopter en l'espèce une position contraire.

La notion d'adoption ou de reconnaissance d'une déclaration ou affirmation juridiquement significative est d'application courante en ce qui concerne les actes *unilatéraux*. L'adoption de la carte de l'annexe I par la Thaïlande dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* (fond) en est un exemple bien connu. Comme l'a relevé alors la Cour :

«La Cour exposera maintenant les conclusions qu'elle tire des faits qui viennent d'être rappelés.

Même s'il existait un doute sur l'acceptation par le Siam en 1908 de la carte, et par conséquent de la frontière qui y est indiquée, la Cour, tenant compte des événements ultérieurs, considérerait que la Thaïlande, en raison de sa conduite, ne saurait aujourd'hui affirmer qu'elle n'a pas accepté la carte. Pendant cinquante ans cet Etat a joui des avantages que la convention de 1904 lui assurait, quand ce ne serait que l'avantage d'une frontière stable. La France et, par l'intermédiaire de celle-ci, le Cambodge se sont fiés à son acceptation de la carte. Puisqu'aucune des deux Parties ne peut invoquer l'erreur, il est sans importance de rechercher si cette confiance était fondée sur la conviction de l'exactitude de la carte. La Thaïlande ne peut aujourd'hui, tout en continuant à invoquer les bénéfices du règlement et à en jouir, contester qu'elle ait jamais été partie consentante au règlement.

Toutefois la Cour considère qu'en 1908-1909 la Thaïlande a bien accepté la carte de l'annexe I comme représentant le résultat des travaux de délimitation et a ainsi reconnu la ligne tracée sur cette carte comme étant la frontière dont l'effet est de situer Préah Vihéar dans le territoire du Cambodge. La Cour estime d'autre part que, considérée dans son ensemble, la conduite ultérieure de la Thaïlande a confirmé et corroboré son acceptation initiale et que les actes accomplis par la Thaïlande sur les lieux n'ont pas suffi à l'annuler. Les deux Parties ont par leur conduite reconnu la ligne et, par là même, elles sont effectivement convenues de la considérer comme étant la frontière.» (C.I.J. Recueil 1962, p. 32-33.)

49 En l'espèce, c'est la qualification d'un différend, non pas d'un tracé, mais d'un différend, qui est en cause, mais le principe demeure le même. C'est à une conclusion similaire que la Cour est parvenue dans l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne*, dans laquelle elle a jugé que le Nicaragua avait, par ses déclarations expresses et par son comportement, reconnu le caractère valable de la sentence.

Il va de soi que ce raisonnement s'applique d'autant plus en l'espèce que le mémorandum d'accord et les actes qui s'y rattachent reposaient sur l'accord exprès du Botswana et de la Namibie.

Il y existe également une analogie avec la notion de renonciation expresse au titre. Dans le commentaire qu'il a publié sur l'arrêt des *Minquiers et des Ecréhous* dans le volume de 1955 du *British Year Book of International Law*, sir Gerald Fitzmaurice a exposé ce qui suit :

«iii) *Renonciation au titre*. Une partie peut, sans reconnaître le titre de l'autre, avoir en fait reconnu la non-existence du sien par voie de renonciation, qui peut être expresse ou tacite :

a) *Renonciation expresse*. Dans l'affaire des *Minquiers et des Ecréhous*, la Cour a jugé qu'il s'était produit quelque chose de ce genre dans les circonstances qui suivent (C.I.J. 1953, p. 66-67) :

«Au cours des échanges diplomatiques qui intervinrent entre les deux Gouvernements, au début du XIX<sup>e</sup> siècle, au sujet des pêcheries au large du Cotentin, l'ambassadeur de France à Londres adressa au Foreign Office une note, datée du 12 juin 1820, à laquelle étaient annexées deux cartes envoyées par le ministère français de la marine au ministère français des affaires étrangères, en vue de délimiter les zones dans lesquelles les pêcheurs de chaque pays avaient un droit exclusif de pêche. Sur ces cartes, une ligne bleue marque les eaux territoriales le long de la côte continentale française et autour des Chausey, qui sont indiquées comme françaises, et une ligne rouge marque les eaux territoriales autour de Jersey, Aurigny, Serk et les Minquiers, qui sont indiqués comme anglais. Aucune ligne d'eaux territoriales n'est tracée autour du groupe des Ecréhous dont une partie est comprise dans la ligne rouge de Jersey et par conséquent marquée comme appartenant à la Grande-Bretagne, et l'autre partie apparemment traitée comme *res nullius*.»

b) *Renonciation tacite*. La Cour a invoqué l'ordonnance du Trésor britannique de 1875 comme étant une mesure législative prise à l'égard des Ecréhous ... et comme étant «une manifestation évidente de la souveraineté britannique sur les Ecréhous à une époque où un différend sur cette souveraineté n'avait pas encore surgi», parce qu'il faisait de Jersey un port des Iles de la Manche et comprenait les Ecréhous dans les limites de ce port. Le Gouvernement français a dûment contesté cette prétention tacite, mais non sur la base de sa propre souveraineté. Il s'est contenté à la place, comme la Cour l'a relevé (p. 66), de «protest[er] ... motif pris de ce que cette loi dérogeait à la convention sur la pêche de 1839».» (*British Year Book of International Law*, vol. XXXII, 1955-1956, p. 61, sans les notes de bas de page.)»

Dans le contexte qui nous occupe, le mémorandum d'accord constitue selon moi une renonciation expresse par la Namibie à faire valoir toute prétention ne reposant pas sur l'accord anglo-allemand de 1890.

50 De plus, le compromis lui-même, appliqué en tenant compte du texte du mémorandum d'accord, porte renonciation expresse à toute demande fondée sur la prescription.

##### **5. Absence de preuve établissant un processus de prescription**

Quoi qu'il en soit, Monsieur le président, il n'existe aucune preuve digne de foi d'une prescription jouant en faveur de la Namibie. En premier lieu, les conseils de la Namibie n'ont jamais rapporté la preuve d'une possession effective de l'île par l'Allemagne ou ses successeurs. Les conseils de la Namibie multiplient les affirmations d'«occupation et d'utilisation» tout en se montrant toujours peu disert sur les éléments de preuve précis étayant celles-ci.

Pour l'essentiel, la Namibie ne cesse d'invoquer à l'appui de sa prétention les cultures auxquelles se sont livrés sur l'île les petits exploitants agricoles du Caprivi et les propositions — non démontrées — que les chefs avaient le pouvoir d'établir un titre vis-à-vis d'autres Etats et que, dans ce contexte, les petits exploitants agricoles étaient des agents des chefs dans tout ce qu'ils faisaient. Le Gouvernement namibien n'a produit aucune autre preuve de possession. Cette position n'a pas évolué au cours des diverses étapes de la procédure, comme nous pouvons le constater dans l'exposé de M. Cot lors du deuxième tour de plaidoiries (CR 99/10, p. 27-43).

L'argumentation de la Namibie sur la possession peut se résumer comme suit :

1. l'Allemagne a mis en place une administration dans le Caprivi oriental, qui se serait étendue à l'île, mais aucune preuve n'est rapportée de cette extension;
2. l'administration britannique aurait dû élever des protestations face à cette «non-administration»;
3. le Gouvernement britannique a donc acquiescé.

Et c'est ainsi qu'au lieu de disposer d'éléments de preuve, la Cour se trouve placée devant une série de prémisses artificielles et fausses.

En deuxième lieu, les éléments de preuve ne manquent pas pour établir la possession du Gouvernement britannique et de son successeur, le Gouvernement botswanais.

Lors du premier tour de plaidoiries (CR 99/7, p. 23-30), le conseil du Botswana a fait état de neuf épisodes établissant que le Botswana et son prédécesseur, le Royaume-Uni, ont conservé le titre. Lors du deuxième tour de plaidoiries, M. Faundez a mentionné *trois* de ces épisodes (CR 99/10, p. 55-56, 60-64).

Le premier est la demande d'autorisation de labourer sur l'île présentée par le chef du Caprivi en 1924. M. Faundez a formulé deux observations à ce sujet. Il s'est d'abord plaint qu'il s'agissait d'un témoignage par ouï-dire. Mais, Monsieur le président, l'ouï-dire peut être digne de foi. Ces

renseignements, Redman les a obtenus dans le cadre de l'exercice de ses fonctions officielles. De plus, le Gouvernement namibien n'a pas laissé à entendre que Redman est un témoin sujet à caution, il l'a cité à diverses reprises.

M. Faundez a rappelé ensuite que le Caprivi oriental était administré à cette époque à partir du Bechuanaland britannique. Mais c'est là évidemment une pétition de principe qui n'explique pas pourquoi le chef ne s'est pas adressé à Schuckmansburg (où se trouvait le siège de l'administration du Caprivi).

Le deuxième épisode qu'évoque M. Faundez, c'est l'échange de correspondance de 1947 à 1951. M. Faundez mais aussi M. Chayes prétendent que cet échange de correspondance constitue la preuve du titre namibien. Voilà une très étrange interprétation des documents en question. Lors du premier tour de plaidoiries, l'une de mes tâches était d'examiner les documents pertinents, et je prie respectueusement la Cour de bien vouloir se reporter à cette partie de mon exposé (CR 99/7, p. 11-17). Ces documents, selon nous, se passent de commentaires. Le Gouvernement britannique n'a pas renoncé à son titre. C'est l'Afrique du Sud qui cherchait à faire modifier le tracé de la frontière en sa faveur. En outre, dans son mémoire, le Gouvernement namibien reconnaît expressément que les fonctionnaires britanniques intéressés «n'étaient pas disposés à faire des concessions juridiques» (mémoire de la Namibie, p. 113, par. 278).

Le troisième épisode mentionné par M. Faundez concernait les négociations de 1984 et de 1985.

Or, Monsieur le président, le conseil du Botswana a invoqué *six autres* épisodes lors du premier tour de plaidoiries :

1. le témoignage du chef Moraliswani lors des audiences tenues en 1994 par la commission mixte d'experts techniques (CR 99/7, p. 24);
2. le fait qu'aucune démarche n'a été entreprise au sujet de l'île par les autorités du Caprivi oriental avant le 6 mars 1992 (CR 99/7, p. 25);

3. les éléments de preuve établissant qu'aucun groupe n'avait l'usage exclusif de l'île à des fins agricoles (CR 99/7, p. 25-26);
4. la création de la réserve animalière du Chobe en 1960 (CR 99/7, p. 27-28);
5. la visite du président du Botswana à proximité de l'île en 1972 (CR 99/7, p. 28);
6. la rencontre des délégations à Katama Mulilo en 1981 (CR 99/7, p. 28-29).

52

Les conseils de la Namibie se sont abstenus de commenter ces épisodes et nous devons malheureusement quitter La Haye sans connaître le point de vue du Gouvernement namibien sur ces éléments de preuve importants.

En troisième lieu, le Gouvernement namibien ou son prédécesseur n'aurait jamais pu après 1948 jouir d'une possession paisible (si cette possession a jamais existé, ce qui n'était pas le cas). Après 1948, l'existence d'un différend ne faisait pas de doute pour les gouvernements de Londres et de Pretoria. Le Gouvernement namibien semble maintenant accepter cette position.

Lors du deuxième tour de plaidoiries, M. Faundez (CR 99/10, p. 62-63) a semblé reconnaître que l'échange de correspondance entre Trollope et Dickinson concernait la question de la frontière même s'il semble ne pas se rendre compte que Trollope et Dickinson mettaient en fait en oeuvre un accord intergouvernemental conclu au niveau le plus élevé entre Londres et Pretoria.

En conclusion, l'échange de correspondance de 1948 à 1951 débouchait sur la reconnaissance de part et d'autre de l'existence d'un différend. Voici la description de cet accord que M. Chayes a faite mardi :

«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.

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 soixante 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 *l'uti possidetis*.» (CR 99/11, p. 56-57.)

53

Le Gouvernement botswanais aurait diverses réserves à formuler quant aux affirmations faites dans ces passages, mais le conseil de la Namibie reconnaît toutefois clairement dans ceux-ci qu'un différend s'est élevé au cours de la période allant de 1948 à 1951, contredisant ainsi totalement la position antérieure de la Namibie selon laquelle le différend s'était élevé en 1984.

Avant que je quitte le sujet de la prescription, il y a un point de fait important qui doit être corrigé. Mardi, M. Chayes a affirmé que M. Ker avait demandé en 1947 la permission à Trollope d'emprunter le chenal nord «parce qu'il supposait ... que la frontière se trouvait dans le chenal sud et que le chenal nord était dans la bande de Caprivi» (CR 99/11, p. 19).

Monsieur le président, dans ces contextes comme dans d'autres, la Namibie suppose des faits qui ne trouvent aucun appui dans les documents. Il n'y a en l'espèce aucun élément démontrant que Ker supposait que la frontière se trouvait dans le chenal sud. Celle-ci se trouvait dans le chenal nord et c'est donc le Bechuanaland et le Sud-Ouest africain qui sont intervenus. Ce n'est qu'après que Trollope eut suscité des difficultés que Ker s'est adressé à Redman.

La situation véritable est bien décrite par Trollope lui-même dans la lettre du 4 août 1951 qu'il a adressée à Dickinson :

«Pendant toutes les années passées il n'y a jamais eu aucune difficulté — en réalité même la question de l'utilisation de la «voie navigable du nord» n'a jamais constitué un problème véritable. Pas un seul bateau, pas une seule embarcation, pas une seule personne n'a jamais été gêné dans son utilisation. Même le redoutable W. C. Ker s'en est servi tout au long de la période pendant laquelle il a assuré un service jusqu'à Sirondellas sans aucun empêchement ni obstacle. Cependant, ce monsieur loquace et tendancieux n'avait de cesse qu'il n'eût soulevé quelques questions d'une immense portée, émaillées de nombreuses références au traité de Barcelone, aux cours d'eau internationaux, etc. C'est lui qui, sans aucune nécessité, a persuadé Redman de soulever la question.» (Mémoire de la Namibie, annexe 71.)

Les conseils de la Namibie n'ont pas donné lecture à la Cour de ce document, ni d'ailleurs de bien d'autres.

Le Gouvernement namibien, par le truchement de ses conseils, a fait à l'égard de M. Ker l'affirmation suivante qui est d'une inexactitude flagrante : «Nous ne savons même pas s'il a jamais réellement transporté du bois par le chenal nord.» (CR 99/11, p. 21.)

Mais, Monsieur le président, c'est une chose que nous savons. M. Trollope le dit dans sa lettre. Il dit que M. Ker «s'en est servi tout au long de la période pendant laquelle il a assuré un service jusqu'à Sirondellas sans aucun empêchement ni obstacle». Il est question ici de transport de bois par péniches.

54

#### **6. Les critères juridiques applicables à la détermination du thalweg**

A ce stade, Monsieur le président, je souhaiterais revenir sur la question des critères juridiques applicables à la détermination du thalweg.

Comme lady Fox l'a expliqué lors du premier tour de plaidoiries (CR 99/8, p. 46-55), le critère applicable pour déterminer le chenal principal d'un cours d'eau est la navigabilité, la ligne suivie par les bateaux ou le thalweg.

Dans son mémoire (p. 60-64) et dans sa réplique (p. 20-30), le Botswana a examiné de nombreuses sources offrant une définition du thalweg. Selon le Botswana, tant les autorités contemporaines de l'accord anglo-allemand que les autorités plus récentes reconnaissent le lien entre le concept juridique de thalweg et la navigabilité.

Dans le premier exposé que j'ai fait au nom du Botswana (CR 99/7, p. 32-34), j'ai adopté les définitions de M. Hyde, de sir Elihu Lauterpacht et de M. Paul de Lapradelle. Les deux Parties ont approuvé la formulation de Charles Cheney Hyde, publiée en 1912. Il serait peut-être utile que je cite à nouveau le passage pertinent. Hyde a écrit :

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

Bien entendu, une telle formulation doit être rattachée à la question de la preuve de l'emplacement du *thalweg* et il n'est pas douteux que l'utilisation du chenal par les bateaux de plus grand tonnage constitue, dans ce contexte, une preuve suffisante.

Mais, Monsieur le président, il y a lieu d'éclaircir certains points. Le *thalweg* est une caractéristique à part entière d'un cours d'eau, à savoir la ligne des sondages les plus profonds, et l'utilisation du chenal par les bateaux de plus fort tonnage n'est donc pas une condition *nécessaire* à l'identification du *thalweg*; ce peut être une condition suffisante, mais ce n'est pas une condition nécessaire.

Le critère est donc hydrologique et le concept connexe, celui de la navigabilité, traduit une utilisation potentielle mais non pas effective.

55 L'objet et le but de l'accord anglo-allemand étaient de définir les *moyens par lesquels l'Allemagne pourrait atteindre le Zambèze*. L'accord s'intéressait donc nécessairement à l'utilisation potentielle.

On peut placer la question de la détermination du *thalweg* dans son juste contexte juridique si l'on suppose que, pendant cinquante ans, aucune population ne vivait le long du cours d'eau en question et que celui-ci n'était pas ou fort peu utilisé à des fins de transport quel qu'il soit.

Parce qu'il est une caractéristique d'un cours d'eau, un phénomène physique, le *thalweg* existerait quand même et le critère de la navigabilité resterait applicable. La navigabilité serait alors déterminée en fonction de la ligne des sondages les plus profonds.

Dans ce contexte, ce n'est pas l'utilisation du cours d'eau en tant que telle qui constitue le critère. Encore moins l'incidence de l'activité commerciale en tant que telle. La plus grande fréquentation de bateaux de tourisme dans un chenal par rapport à un autre, ou l'utilisation d'un chenal plutôt que d'un autre, par exemple pour des manifestations sportives de nature commerciale, seraient dépourvues de pertinence du point de vue juridique.

Et ce, pour les deux raisons suivantes. Premièrement, une telle utilisation ne serait pas liée au thalweg en tant que caractéristique du cours d'eau, alors que l'utilisation par les bateaux de plus fort tonnage le serait. Deuxièmement, la Cour a reconnu le principe selon lequel la délimitation ne saurait être déterminée en fonction de facteurs variables et passagers.

A cet égard, l'arrêt que la Cour a rendu dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie Jamahiriya arabe libyenne)* est de la plus haute utilité. Comme la Cour l'a fait observer :

«Dans leurs écritures et en plaidoirie, les deux Parties semblent avoir attaché tellement d'importance aux facteurs économiques dans le processus de délimitation que la Cour croit nécessaire de formuler quelques observations à ce sujet. La Tunisie paraît avoir invoqué ces considérations économiques de deux façons : premièrement, en soulignant sa pauvreté par rapport à la Libye, due à l'absence de ressources naturelles comme les produits agricoles ou minéraux, comparée à l'abondance relative de la Libye, en particulier pour ce qui est des hydrocarbures et des ressources agricoles; deuxièmement, en maintenant que les ressources ichtyologiques provenant des zones de «droits historiques» et «d'eaux historiques» qu'elle revendique doivent nécessairement être considérées comme un complément de son économie nationale lui permettant de survivre en tant que nation. La Libye, pour qui la géologie est un élément indispensable de la thèse du prolongement naturel qu'elle défend, soutient quant à elle avec insistance que la présence ou l'absence d'hydrocarbures dans les puits forés dans les zones de plateau continental de l'une et l'autre Partie devrait être une considération importante dans l'opération de délimitation. En dehors de cela, la Libye écarte comme dépourvu de pertinence l'argument tunisien tendant à faire de la pénurie économique un facteur de délimitation.» (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 77, par. 106.)

Face à ces arguments, la Cour a dit :

56 «La Cour estime que ces considérations économiques ne sauraient être retenues pour la délimitation des zones de plateau continental relevant de chaque Partie. Il s'agit de facteurs quasiment extrinsèques, puisque variables et pouvant à tout moment faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre de façon imprévisible, selon les heurs ou malheurs des pays en cause. Un pays peut être pauvre aujourd'hui et devenir prospère demain à la suite d'un événement tel que la découverte d'une nouvelle richesse économique. Quant à la présence de puits de pétrole dans une zone à délimiter, cette présence peut, selon les faits, représenter un élément à considérer dans le processus au cours duquel tous les facteurs pertinents sont soigneusement pesés pour aboutir à un résultat équitable.» (*Ibid.*, p. 77-78, par. 107.)

D'après le Botswana, l'incidence des bateaux touristiques dans le passé récent est un facteur variable et extrinsèque. En revanche, le potentiel du chenal nord, c'est-à-dire sa *capacité* à accueillir la navigation des bateaux de plus fort tonnage, n'est pas variable et n'est en rien un facteur extrinsèque parce qu'il est directement lié au thalweg en tant que caractéristique physique.

#### **7. Les opinions des représentants officiels**

Je passerai rapidement à une autre catégorie de preuves que la Namibie s'est efforcée de dénigrer. Je veux parler des opinions des représentants officiels. Je les ai présentées dans mon premier exposé (CR 99/7, p. 10-17) et je ne les répéterai donc pas. D'après le Botswana, si une série de représentants officiels expriment, lors de cinq périodes différentes, la même opinion sur l'identification du chenal principal, cela est d'une haute valeur probante.

Comment la Namibie a-t-elle traité ces cinq opinions, qui ont été exprimées entre 1912 et 1985 ? Mardi dernier, M. Chayes a avancé que ces «fonctionnaires n'avaient aucune compétence particulière» (CR 99/11, p. 55-56, par. 46).

La Cour se forgera sans aucun doute sa propre opinion et, à ce stade, je me contenterai d'une remarque. Lorsque les mêmes représentants semblent dire quelque chose qui agréé à la Namibie, ils recouvrent miraculeusement leur compétence. Ainsi, dans d'autres circonstances, les conseils de la Namibie se fondent sur l'opinion de M. Trollope, ou à tout le moins sur l'interprétation qu'ils en font, par exemple en rapport avec l'épisode Ker (CR 99/11, p. 19). En l'occurrence comme en d'autres occasions, la Namibie cherche à gagner sur tous les tableaux.

#### **8. La pertinence de la pratique ultérieure des Parties**

J'en arrive maintenant à la question de la pratique ultérieure des Parties. Dans son contre-mémoire (p. 83-87), le Botswana a consacré des développements d'une certaine longueur à l'exposé de sa position.

57

La Namibie lui fait maintenant grief de s'obstiner à dire que la pratique ultérieure suppose la preuve d'une entente entre les Parties (*Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur le droit des traités, comptes rendus analytiques*, p. 169, par. 60). J'ai bien peur que le Botswana soit resté sur la même position.

M. Faundez (CR 99/4, p. 21) a cité l'extrait suivant de la sentence arbitrale dans l'affaire du *Canal de Beagle* :

«La Cour ne saurait admettre l'affirmation selon laquelle aucune conduite ultérieure, y inclus les actes de juridiction, ne pourrait avoir de valeur probante comme moyen subsidiaire d'interprétation à moins qu'elle ne prenne la forme d'un «accord» dûment passé entre les parties. Les termes de la convention de Vienne ne spécifient nullement la manière dont l'accord doit se manifester. Dans le contexte de la présente espèce, les actes de juridiction ne visaient pas à établir une source de titre indépendante des termes du traité; on ne peut davantage considérer qu'ils étaient contraires à ces termes tels que les comprenait le Chili. Les éléments de preuve confirment la thèse qu'ils étaient publics et bien connus de l'Argentine, et qu'ils ne pouvaient découler que du traité. Dans ces conditions, le silence de l'Argentine permet de conclure que ces actes tendaient à confirmer une interprétation du sens du traité indépendamment des actes de juridiction eux-mêmes.» (*ILR, vol. 52, p. 93, par. 224.*)

En fait, cette opinion ne contredit pas la position du Botswana, contrairement à ce que croit M. Faundez.

Mais elle contredit certainement la position de la Namibie. Le tribunal arbitral a fait observer que les actes de juridiction en question «ne visaient pas à établir une source de titre indépendante des termes du traité...»

En l'espèce, toute la question tourne autour du fait que les actes dont la Namibie prétend qu'ils constituent des actes pertinents de juridiction visent à établir une source de titre indépendante, en l'occurrence fondée sur la prescription.

En fin de compte, je soutiens que les critères de la pratique ultérieure doivent être appliqués dans leur contexte réel. Les ministres des affaires étrangères des Etats concernés n'auraient pas considéré les modes de culture des fermiers locaux comme constitutifs d'une pratique ultérieure. En outre, l'article VII de l'accord anglo-allemand règle explicitement cette question en disposant que :

«Les deux puissances s'engagent à ne pas intervenir dans une zone d'influence quelle qu'elle soit concédée à l'autre puissance en vertu des articles I à IV. Chaque puissance s'interdit, à l'intérieur de la zone d'influence de l'autre puissance, de faire des acquisitions, signer des traités, accepter des droits de souveraineté ou des protectorats, ou contrarier l'expansion de l'influence de l'autre puissance.

58

Il est entendu qu'aucun sujet de l'une ou l'autre puissance, particulier ou compagnie, ne peut exercer de droits de souveraineté dans une zone concédée à l'autre puissance, sans le consentement de cette dernière.»

Malheureusement, nos éminents adversaires ne nous ont pas fait savoir ce qu'ils pensaient de l'article VII.

### 9. La signification de l'accord de Pretoria de 1984

La manière dont le gouvernement namibien s'intéresse au concept de pratique ultérieure est, pour dire le moins, paradoxale. En effet, la Namibie laisse de côté l'épisode le plus significatif de pratique ultérieure, à savoir les transactions intergouvernementales de 1984 et 1985.

Monsieur le président, les motifs pour lesquels ces transactions sont écartées ont augmenté au fil des ans.

Le premier motif, suivant l'ordre logique, consiste à dire qu'il n'y a pas eu d'accord. Dans le premier tour de plaidoiries, M. Faundez a nié qu'il y ait eu accord (CR 99/4, p. 37). Lors du deuxième tour, M. Chayes a repris le même point de vue, en l'exprimant de la façon suivante :

«La position de la Namibie ... 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.» (CR 99/11, p. 57, par. 50.)

Monsieur le président, la réalité est toute différente. Les comptes rendus de la réunion tenue à Pretoria le 19 décembre 1984 font apparaître qu'il y avait une intention manifeste de régler définitivement le différend pour éviter de futurs incidents (mémoire du Botswana, vol. III, annexes 44 et 46).

Monsieur le président, il est étrange de dire qu'il n'y aurait pas eu accord. Les conseils de la Namibie veulent-ils laisser entendre que c'est par hasard ou peut-être averties par télépathie que les personnes responsables du levé commun sont arrivées un jour donné sur les lieux, avec tout leur équipement ? La télépathie serait-elle un nouveau mode alternatif de règlement des différends ?

En tout état de cause, le rapport sur le levé commun contient le passage suivant sous le titre «compétence pour procéder au levé» :

«Lors de la réunion intergouvernementale tenue à Pretoria le 19 décembre 1984, il a été décidé qu'une étude conjointe serait réalisée afin de déterminer si le chenal principal du Chobe se situait au nord ou au sud de l'île de Sidudu/Kasikili.

59 Des représentants des deux organisations nationales de levé, accompagnés par des collègues du département des ressources en eau, se sont rendus sur les lieux pour étudier le «thalweg» aux abords de l'île. Le thalweg est expressément mentionné dans l'accord de 1890 entre l'Angleterre et l'Allemagne.» (Mémoire du Botswana, vol. III, annexes 48.)

Comme le Botswana l'a souligné dans ses écritures, le droit des accords internationaux ne prescrit aucune condition de forme (mémoire du Botswana, vol. I, p. 79-83, par. 181-193).

Le deuxième motif pour lequel la Namibie affirme qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de l'accord de Pretoria consiste à dire qu'après l'expiration du mandat en 1966, le Botswana n'était pas compétent pour conclure un tel accord (voir l'exposé de M. Faundez, CR 99/4, p. 37-39, par. 76-80 et celui de M. Chayes, deuxième tour de plaidoiries, CR 99/11, p. 57-58, par. 49-51).

La Namibie reproche au Botswana de ne pas avoir répondu sur ce point. Cela est inexact et les références pertinentes seront données dans le compte rendu d'audience (M. Tafa, CR 99/7, p. 44-46, par. 36-40; M. Brownlie, CR 99/9, p. 49-50).

Monsieur le président, l'accord de Pretoria de 1984 et le rapport de 1985 sur le levé commun ont été adoptés par le Gouvernement namibien dans ses écritures précédentes. Par conséquent, ils sont opposables à la Namibie. Cette adoption n'a pas eu lieu au cours des négociations comme M. Chayes l'a prétendu. Elle a eu lieu sous la forme de documents officiels qui ont été présentés à la commission mixte d'experts et qui avaient été préparés par le ministère namibien des affaires étrangères.

Même au cours de ce deuxième tour de plaidoiries, les conseils de la Namibie ont continué de se fonder sur le rapport sur le levé commun lorsque cela leur convenait. Vous en trouverez un exemple dans l'exposé de M. Chayes (CR 99/11, p. 53 et 56).



En tout état de cause, le rapport sur le levé commun constitue une preuve significative de l'opinion des experts et il n'est pas, en tant que tel, entaché d'illicéité.

La signification évidente du rapport sur le levé commun a poussé les conseils de la Namibie à prétendre que les experts qui ont procédé au levé commun n'avaient pas les compétences requises et que la méthode suivie n'était pas la bonne (CR 99/10, p. 50-51, par. 30; contre-mémoire de la Namibie, par. 36).

60 Ces affirmations sont intéressées, tardives et dénuées de tout fondement. Les questions de méthode ont été traitées par mes collègues dans leurs exposés (Lady Fox, CR 99/8, p. 48-50; M. Sefe, CR 99/12, p. 49-54, par. 32-46; et ce matin par M. Muzila, CR 99/13).

De la part d'une partie à la procédure, ce n'est pas rendre service à la Cour que de s'obstiner à chercher à marginaliser un document revêtu d'une signification juridique aussi évidente.

#### 10. Statut politique et juridique de l'accord de 1890

Enfin, Monsieur le président, je souhaiterais souligner la validité de la frontière définie par l'accord de 1890 et sa portée politique et juridique. Sur un certain plan, il n'y a pas de désaccord entre les parties. Toutes deux ont accepté le principe de *l'uti possidetis juris*.

En fin de compte, *l'uti possidetis juris* ne résout pas la question, étant en essence un principe neutre qui veut simplement que la décolonisation *en tant que telle* ne remette pas en cause le statut juridique d'une frontière.

Toutefois, certains éléments dans les écritures et plaidoiries de la Namibie demandent à être réfutés et corrigés.

Pour commencer, le mode d'application de *l'uti possidetis juris* dépend du contexte politique et juridique.

C'est un principe généralement accepté en droit international qu'une simple succession d'Etat ne suffit pas à modifier le statut juridique d'une frontière. Et c'est en ce sens qu'a statué, dans sa décision, la Chambre constituée par la Cour en l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* (C.I.J. Recueil 1986, p. 566, par. 24).

En la présente espèce, l'application de ce principe est subordonnée à la reconnaissance expresse par les Parties du fait que la frontière dont elles ont hérité lors de leur accession respective à l'indépendance était telle que stipulée au paragraphe 2 de l'article III de l'accord anglo-allemand.

61 Cette reconnaissance expresse a revêtu la forme du mémorandum d'accord conclu entre le Botswana et la Namibie le 23 décembre 1992 (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 57), les paragraphes du préambule de ce mémorandum d'accord impliquent clairement reconnaissance de l'applicabilité de l'accord anglo-allemand et de ses dispositions par voie de succession au moment de l'indépendance. L'article 2 du mémorandum d'accord dispose en outre qu'«il est constitué une commission mixte d'experts techniques chargée de déterminer la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu conformément à l'accord anglo-allemand de 1890».

Il n'y a donc pas lieu de douter que la détermination de la frontière découle exclusivement de l'accord anglo-allemand.

Et, Monsieur le président, il en irait ainsi sur le plan des relations entre le Botswana et la Namibie quelle que soit par ailleurs la politique de l'OUA.

Or, la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'OUA a adopté en 1964 au Caire une résolution dont le texte mérite d'être rappelé :

*«Considérant* que les problèmes frontaliers sont un facteur grave et permanent de désaccord;

*Consciente* de l'existence d'agissements d'origine extra-africaine visant à diviser les Etats africains;

*Considérant, en outre,* que les frontières des Etats africains, au jour de leur indépendance, constituent une réalité tangible;

*Rappelant* la création, à la deuxième session ordinaire du Conseil, du Comité des onze chargé d'étudier de nouvelles mesures de nature à renforcer l'unité africaine;

*Reconnaissant* l'impérieuse nécessité de régler, par des moyens pacifiques et dans le cadre purement africain, tous les différends entre Etats africains;

*Rappelant, en outre,* que tous les Etats membres se sont engagés aux termes de l'article VI de la charte de l'Organisation de l'unité africaine, à respecter scrupuleusement les principes énoncés au paragraphe 3 de l'article III de ladite charte;

La conférence des chefs d'Etat et de gouvernement :

I. *Réaffirme* solennellement le respect total par tous les Etats membres de l'OUA des principes énoncés au paragraphe 3 de l'article III de la charte de ladite Organisation;

II. *Déclare* solennellement que tous les Etats membres s'engagent à respecter les frontières existant au moment où ils ont accédé à l'indépendance.»

Au nombre des principes énoncés au paragraphe 3 de l'article III de la charte de l'OUA figure le «respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de chaque Etat et de son droit inaliénable à une existence indépendante».

Le principe invoqué dans la déclaration du Caire a été affirmé par la Chambre constituée par votre juridiction en l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* dans les termes suivants :

62 «Les limites territoriales dont il s'agit d'assurer le respect peuvent également résulter de frontières internationales ayant formé séparation entre la colonie d'un Etat et la colonie d'un autre Etat, ou entre le territoire d'une colonie et celui d'un Etat indépendant ou d'un Etat soumis à protectorat mais ayant conservé sa personnalité internationale. Or l'obligation de respecter les frontières internationales préexistantes en cas de succession d'Etats découle sans aucun doute d'une règle générale de droit international, qu'elle trouve ou non son expression dans la formule *uti possidetis*. A cet égard aussi, par conséquent, les nombreuses affirmations solennelles relatives à l'intangibilité des frontières qui existaient au moment de l'accession des Etats africains à l'indépendance, émanant tantôt d'hommes d'Etats africains, tantôt d'organes de l'Organisation de l'unité africaine elle-même, ont manifestement une valeur déclaratoire et non pas constitutive : elles reconnaissent et confirment un principe existant et ne préconisent pas la formation d'un principe nouveau ou l'extension à l'Afrique d'une règle seulement appliquée, jusque-là, dans un autre continent.» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 566, par. 24.)

Monsieur le président, ces principes du droit international général et de l'ordre public régional africain sont importants.

Ils ont été contestés par M. Chayes dans l'exposé qu'il a fait au nom du Gouvernement de la Namibie lors du premier tour de plaidoiries. Au cours de ce second tour, M. Chayes vient de nous dire qu'il n'attaquait l'accord de 1890 qu'en tant qu'acte politique (CR 99/10, p. 20, par. 15-16). De l'avis du Botswana, lorsqu'il en va de l'application de l'accord, comme c'est le cas en la présente espèce, pareille distinction a un caractère spécieux.

## 11. OBSERVATIONS FINALES

J'en arrive maintenant, Monsieur le président, à mes observations finales.

Je les diviserai en deux volets. Je commencerai d'abord par de brèves observations sur les neuf points clés que M. Chayes a recensés dans son deuxième exposé lors du second tour de plaidoiries (CR 99/11, p. 42-59).

Ces observations me conduiront à apprécier la position de la Namibie sur ces différentes questions en fonction de la tâche de la Cour, telle qu'elle est définie dans le compromis, et du rôle des tribunaux dans la détermination d'une frontière en tant que tracé identifié au moyen de critères juridiques. J'examinerai donc tour à tour les points retenus par M. Chayes.

### 1. Les caractéristiques de la rivière

63 La Namibie soutient, comme nous le savons tous, que le Chobe ne saurait être considéré comme un cours d'eau pérenne. Pour sa part, le Botswana fait valoir que cette qualification n'aide pas la Cour à s'acquitter de sa tâche telle qu'elle est définie dans le compromis, à savoir déterminer «la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu...», et non pas ailleurs sur le cours du Chobe, ni à l'ouest du pont de Ngoma. Les critères à appliquer pour procéder à cette détermination existent, que le Chobe soit ou non un cours d'eau permanent.

### 2. Le texte de l'accord de 1890

La thèse développée par la Namibie à cet égard vise à permettre de soutenir que c'est le volume du débit qui détermine le chenal principal; je passerai donc au point clé suivant.

### 3. Les critères pour identifier le chenal principal

C'est dans ce contexte que la Namibie invoque des moyens qui n'ont aucun rapport avec la tâche de la Cour, qui est de définir une frontière. Une frontière est un tracé. Un tracé n'a rien à voir avec une zone d'inondation ni avec l'importance du débit du Chobe.

On ne s'étonnera donc pas que le conseil de la Namibie ait reconnu ailleurs que la frontière serait le thalweg ou la ligne des sondages les plus profonds (CR 99/11, p. 58, par. 52). Il en est évidemment ainsi parce que c'est le thalweg qui, tout bien considéré, fournit les critères juridiques et pratiques nécessaires pour déterminer un tracé.

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

Cet intitulé renvoie naturellement au moyen tiré de la prescription. Je viens d'exposer ce matin que celui-ci est incompatible avec des dispositions de l'article I du compromis.

#### **5. Les cartes**

Ma collègue, lady Fox, a traité ce matin de manière très efficace de la question des éléments de preuve cartographiques.

#### **6. Les opinions des fonctionnaires locaux**

Le Gouvernement namibien n'a avancé aucune raison valable pour ne pas tenir compte des témoignages concordants de fonctionnaires locaux, qui s'évalent sur une très longue période.

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

J'estime que l'échange de correspondance, pris dans son ensemble, révèle qu'un différend s'est élevé au sujet de l'application de l'accord anglo-allemand et que les deux parties ont choisi de ne pas s'engager juridiquement. Fait important, Trollope et Redman considéraient tous les deux que le chenal nord était le chenal principal au sens de l'accord de 1890.

#### **8. L'importance qu'il convient d'accorder aux pourparlers de 1984-1986**

La présentation que font nos collègues namubiens de cette question laisse à désirer. On ne saurait notamment qualifier le rapport sur le levé commun de 1985 de «pourparlers». Comme mes collègues l'ont signalé, il s'agit d'un rapport d'expertise digne de foi, établi selon les règles de l'art, sur la question capitale que soulève la présente affaire.

### 9. Où se trouve le centre du chenal principal ?

La partie namibienne fait ici preuve d'un réalisme tardif. Permettez-moi de citer un passage de l'exposé de M. Chayes : «La frontière coïnciderait avec la ligne des sondages les plus profonds...» (CR 99/11, p. 58, par. 52.)

La Namibie situe naturellement cette ligne dans le chenal sud, mais elle a au moins adopté le principe qui convient.

Monsieur le président, ainsi se terminent mes brèves observations sur les points clés recensés par M. Chayes.

Il convient à ce stade de présenter les propositions finales de l'argumentation du Botswana :

*En premier lieu* : l'accord anglo-allemand définit la frontière par référence au thalweg.

*En deuxième lieu* : le thalweg est déterminé par référence à la ligne des sondages les plus profonds du cours d'eau ou de l'axe du chenal le plus accessible pour les navires de plus fort tonnage qui descendent le cours d'eau.

*En troisième lieu* : 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.

Monsieur le président, je remercie la Cour de sa courtoisie coutumière et je vous prie de bien vouloir donner la parole à l'éminent agent du Botswana.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Brownlie. Je donne maintenant la parole à M. Tafa.

M. Tafa : Merci, Monsieur le président.

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour.

J'ai maintenant le devoir et le privilège, en tant qu'agent, de présenter les observations finales et les conclusions de la République du Botswana.

65

Mais avant de le faire, il y a un dernier point que M. Chayes a soulevé dans ses observations finales de mardi, sur lequel je me dois de revenir pour qu'il en soit pris acte. M. Chayes parlait du prétendu «accord Trollope/Dickinson», qu'il a qualifié de «gentleman's agreement»<sup>68</sup> confirmant ce qu'il a appelé le «*statu quo ante* sur l'île de Kasikili». Il a aussi déclaré que «le chenal nord resterait «ouvert à tous» comme il l'était déjà *de facto* en vertu de la politique libérale de Trollope». M. Chayes a ensuite laissé entendre que cet accord valait encore pour le chenal nord. Le Botswana tient à préciser que les droits de navigation et autres droits s'exerçant dans le chenal nord, comme les droits de pêche, sont évidemment régis aujourd'hui par le communiqué de Kasane du 24 mai 1992, comme ils l'ont été depuis lors.

Monsieur le président, permettez-moi maintenant de vous remercier à nouveau de l'occasion qui a été donnée au Botswana de faire valoir ses moyens au sujet de l'île de Kasikili/Sedudu devant votre haute juridiction. Mon pays a une confiance absolue en l'impartialité de la Cour et s'engage à respecter la décision qu'elle rendra en l'espèce.

Je saisis cette occasion pour exprimer ma sincère gratitude aux membres de la Cour et à nos éminents collègues pour la patience et l'indulgence dont ils ont fait preuve tout au long de la procédure orale. Nos remerciements s'adressent également au greffier et à tout son personnel pour le soutien et l'aide sans faille qu'ils nous ont accordés pendant toute la durée de la présente affaire. Nous vous exprimons à tous notre vive reconnaissance et gratitude.

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, permettez-moi maintenant de présenter les conclusions de la République du Botswana eu égard aux considérations exposées dans le mémoire, le contre-mémoire, la réplique et les plaidoiries soumis au nom de la République du Botswana, qui maintient sans changement les conclusions énoncées dans son mémoire.

Plaise à la Cour :

1) de dire et juger :

---

<sup>68</sup>CR 99/11, p. 56.

66

- a) que le chenal nord et ouest du Chobe au voisinage de l'île de Kasikili/Sedudu constitue le «chenal principal» du Chobe conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article III de l'accord anglo-allemand de 1890; et que :
- b) partant, la souveraineté sur l'île de Kasikili/Sedudu appartient exclusivement à la République du Botswana; et en outre
- 2) de déterminer la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu sur la base du thalweg dans le chenal nord et ouest du Chobe.

Je vous remercie, Monsieur le président.

Le PRESIDENT : Merci beaucoup. La Cour prend note des conclusions finales dont l'éminent agent du Botswana vient de donner lecture au nom de son pays, comme elle l'a fait pour celles qu'a présentées l'éminent agent de la Namibie. Des membres de la Cour ont un certain nombre de questions à poser. Je donne d'abord la parole à Monsieur Oda.

M. ODA : Merci Monsieur le président. J'ai suivi attentivement les explications que les deux Parties ont fournies en ce qui concerne la situation de fait dans la région au voisinage de l'île de Kasikili/Sedudu, des deux côtés du Chobe, mais j'éprouve toujours de la difficulté à me représenter les conditions sociales qui prévalaient dans la région vers la fin du siècle dernier. J'aimerais poser aux deux Parties les questions suivantes sur les conditions sociales et naturelles à l'époque de la négociation du traité de 1890. Je serais très reconnaissant aux Parties de répondre à ces questions dans toute la mesure où elles le pourront :

- 1) Quel était le nombre d'habitants dans la région tant au nord qu'au sud du Chobe à la fin du siècle dernier ?
- 2) Les gens qui vivaient au nord et au sud de la rivière appartenaient-ils à la même tribu ou à la même race ? Les Masubia étaient-ils éparpillés sur une zone un peu plus large au nord du Chobe, c'est-à-dire au Caprivi oriental, ou étaient-ils établis des deux côtés de la rivière au siècle passé ?



67

- 3) Quel était le mode de vie des autochtones vivant tant au nord qu'au sud du Chobe ou comment leur société était-elle structurée ?
- 4) Est-ce que plusieurs familles constituaient une communauté ou les communautés étaient-elles beaucoup plus importantes ? Des liens existaient-ils entre les communautés installées au nord et au sud de la rivière ? Les chefs des tribus exerçaient-ils vraiment un pouvoir effectif sur la communauté élargie ?
- 5) Au cours de la période qui a précédé le traité anglo-allemand de 1890 ou celle qui l'a immédiatement suivi, le Chobe empêchait-il matériellement les gens vivant au nord ou au sud de passer d'un côté à l'autre et constituait-il un obstacle naturel ?
- 6) Le transport par bateau sur le Chobe était-il le principal moyen de liaison entre les villages et communautés à cette époque ? Dans l'affirmative, entre quels points sur la rivière les bateaux circulaient-ils ? Les colons allemands installés au Sud-Ouest africain au siècle dernier avaient-ils manifesté un intérêt — même éventuel ou réel — à utiliser le Chobe pour atteindre le Zambèze ?
- 7) Comment les communautés subvenaient-elles à leurs besoins ? Se livraient-elles à la culture (et dans l'affirmative, que cultivaient-elles) ou élevaient-elles du bétail (et dans l'affirmative, quel genre d'animaux) ou les gens étaient-ils tributaires de la chasse et de la pêche pour se nourrir ?
- 8) Dans la société qui existait à cette époque, connaissait-on la notion de propriété privée des terres ou celles-ci appartenaient-elles à la communauté ou à un autre groupe plus large ?
- 9) Y avait-il des colons blancs dans la région vers 1890 ? Dans l'affirmative, ceux-ci exerçaient-ils un pouvoir de contrôle ou d'administration sur les terres et sur les autochtones ?
- 10) Les villes que nous appelons aujourd'hui Kasika sur la rive nord du Chobe et Kasane sur la rive sud existaient-elles déjà à cette époque, c'est-à-dire en 1890 ?

- 68
- 11) Si l'on avait déjà commencé à utiliser l'île de Kasikili/Sedudu avant 1890, quel était l'intérêt qui poussait les gens, qu'ils vivent au sud ou au nord de la rivière, à venir s'installer sur cette petite île pendant la brève période de la saison sèche chaque année pour s'y livrer à la culture ? S'ils cultivaient sur l'île de Kasikili/Sedudu pendant la saison des cultures, laissaient-ils alors leurs propres terres sans surveillance ?
  - 12) Les gens qui cultivaient sur l'île de Kasikili/Sedudu le faisaient-ils principalement pour protéger ces cultures des animaux sauvages ? Si tel est le cas, les animaux ne pouvaient-ils pas aussi facilement franchir le lit à sec de la rivière pendant la saison sèche ? De quel genre d'animaux sauvages s'agissait-il le cas échéant ?
  - 13) Les gens demeuraient-ils sur l'île de Kasikili/Sedudu pendant la saison des cultures ou bien faisaient-ils la navette chaque jour entre l'île et leurs maisons situées sur les rives de chaque côté du Chobe ?
  - 14) Si la population locale de l'époque n'avait pas besoin de limite ou de frontière sur le Chobe, l'obstacle à la liberté de circulation a-t-il été établi administrativement par le traité de 1890 qui visait à délimiter les sphères d'influence respectives de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne ?
  - 15) Cet obstacle administratif à la liberté de circulation créé par le traité de 1890 aurait-il pu être réellement efficace dans une telle région au cours des décennies qui ont suivi la conclusion du traité ?
  - 16) Le traité de 1890 a-t-il provoqué des modifications du mode de vie des autochtones dans la région au cours des décennies qui ont suivi sa conclusion ?
  - 17) Au cours de la période qui suit immédiatement la conclusion du traité de 1890, les Etats coloniaux — l'Allemagne et la Grande-Bretagne — ont-ils réellement veillé à faire respecter une stricte séparation des gens vivant au Nord et au Sud dans la région du Chobe ?

18) Cette division du territoire ou séparation des gens n'a-t-elle, malgré le traité de 1890, en fait commencé que vers la fin du milieu de ce siècle ? C'est tout. Merci, Monsieur le président.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Oda. Je donne maintenant la parole à M. Ranjeva.

69  
Judge RANJEVA : Thank you, Mr. President. I have one question, addressed to both delegations. In view of the explanations given by Namibia's counsel with regard to item No. 6.2 in the judges' folder for the second round, would it be possible for the two Parties to apply to a specialized agency for one or more satellite photographs of the area represented in the folder and to produce them to the Court. I thank the delegations. I thank you, Mr. President.

Le PRESIDENT : Merci. Je donne la parole à M. Parra-Aranguren.

M. PARRA-ARANGUREN : Merci, Monsieur le président. Ma question s'adresse aux deux Parties. Il est question parfois du thalweg du chenal principal et parfois aussi du chenal de thalweg du chenal principal. Ma question est la suivante : quelle est la différence, s'il y en a une, entre le thalweg du chenal principal et le chenal de thalweg du chenal principal ? Merci beaucoup.

Le PRESIDENT : Merci. Je donne la parole à M. Kooijmans.

M. KOOIJMANS : Merci, Monsieur le président. La question suivante s'adresse aux deux Parties. Quel caractère le Chobe revêt-il en aval des rapides de Mambova jusqu'à son confluent avec le Zambèze à Kasangula au cours de la saison sèche ? Est-il surtout à sec ou coule-t-il de façon continue et, dans l'affirmative, d'où viennent ces eaux ? Serait-il possible de fournir à la Cour les données hydrologiques pertinentes ? Merci, Monsieur le président.

Le PRESIDENT : Merci. Je voudrais conclure la série des questions posées par la Cour par une dernière question sur laquelle j'inviterai les deux Parties à formuler leurs observations. L'avocat du Botswana a répété aujourd'hui la position de son pays selon laquelle le rapport sur le levé

commun de 1985 et les négociations intergouvernementales y relatives de 1984 et 1985 constituent un accord international. Cet accord international a-t-il été enregistré auprès du Secrétariat des Nations Unies en application de l'article 102 de la Charte ? Dans la négative, cet accord peut-il être invoqué devant un organe des Nations Unies, et notamment devant la Cour, l'organe judiciaire principal des Nations Unies ?

70

Nous arrivons ainsi à la fin des audiences. Je tiens à remercier les agents, conseils et avocats des deux Parties de leurs exposés très compétents ainsi que de la courtoisie dont ils ont fait preuve pendant toute la procédure. Vu le nombre de questions, les Parties disposeront non pas de deux mais de quatre semaines à partir d'aujourd'hui pour transmettre leurs réponses à toutes les questions posées la semaine dernière et aujourd'hui. Conformément à la pratique habituelle, je demande aux agents des deux Parties de rester à la disposition de la Cour pour tout autre renseignement dont elle pourrait avoir besoin. Sous cette réserve, je déclare close la procédure orale dans l'affaire de *l'Île de Kasikili/Sedudu*. La Cour va maintenant se retirer pour délibérer. Les agents des Parties seront informés en temps utile de la date à laquelle la Cour rendra son arrêt. La Cour n'étant saisie d'aucune autre question aujourd'hui, l'audience est levée.

*L'audience est levée à 13 h 10.*

---