

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,  
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING  
KASIKILI/SEDUDU ISLAND  
(BOTSWANA/NAMIBIA)

JUDGMENT OF 13 DECEMBER 1999

**1999**

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,  
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE  
DE L'ÎLE DE KASIKILI/SEDUDU  
(BOTSWANA/NAMIBIE)

ARRÊT DU 13 DÉCEMBRE 1999

Official citation:

*KasikililSedudu Island (Botswana/Namibia),  
Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 1045*

---

Mode officiel de citation:

*Ile de KasikililSedudu (Botswana/Namibie),  
arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045*

ISSN 0074-4441  
ISBN 92-1-070840-7

Sales number  
N° de vente:

**768**

13 DECEMBER 1999

JUDGMENT

KASIKILI/SEDUDU ISLAND  
(BOTSWANA/NAMIBIA)



ÎLE DE KASIKILI/SEDUDU  
(BOTSWANA/NAMIBIE)

13 DÉCEMBRE 1999

ARRÊT

## INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 1999

1999  
13 December  
General List  
No. 98

13 December 1999

CASE CONCERNING  
KASIKILI/SEDUDU ISLAND

(BOTSWANA/NAMIBIA)

*Special Agreement.*

*Tasks of the Court — Determination of boundary around Kasikili/Sedudu Island — Determination of Island's legal status.*

*Applicable law — Anglo-German Treaty of 1890 — Rules and principles of international law.*

\* \*

*1890 Treaty — Rules of interpretation as expressed in the 1969 Vienna Convention — Consideration of present-day scientific knowledge.*

*Text of Article III of the Treaty — Reference in English version to "centre of the main channel", in German version to "thalweg" of that channel — Various definitions of the term "thalweg" — Equivalence of expressions "centre of the main channel" and "Thalweg des Hauptlaufes" — Method to be employed for interpretation of these expressions — Determination of "main channel" — Ordinary meaning of words "main channel" — Criteria enabling "main channel" to be identified — A number of criteria to be applied — depth; width; flow; navigability — Questions of visibility (or general physical appearance) and of the bed profile configuration of the channel.*

*Object and purpose of the 1890 Treaty.*

*Travaux préparatoires.*

*Subsequent practice of the parties to the Treaty and their successors — Article 31, paragraph 3, of 1969 Vienna Convention — Eason Report (1912) — Trollope-Redman correspondence (1947-1951) — Joint Survey of 1985 — Presence of Masubia on the Island — Relevance of facts recorded, in absence of subsequent practice.*

\* \*

## COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 1999

13 décembre 1999

1999  
13 décembre  
Rôle général  
n° 98

AFFAIRE  
DE L'ÎLE DE KASIKILI/SEDUDU  
(BOTSWANA/NAMIBIE)

*Compromis.*

*Tâches de la Cour — Détermination de la frontière autour de l'île de Kasikili Sedudu — Détermination du statut juridique de l'île.*

*Droit applicable — Traité anglo-allemand de 1890 — Règles et principes du droit international.*

\* \*

*Traité de 1890 — Règles d'interprétation exprimées dans la convention de Vienne de 1969 — Prise en compte de l'état présent des connaissances scientifiques.*

*Texte de l'article III du traité — Version anglaise parlant du « centre du chenal » principal et version allemande utilisant le terme « thalweg » dudit chenal — Définitions diverses du terme « thalweg » — Equipollence des expressions « centre du chenal principal » et « Thalweg des Hauptlaufes » — Méthode à adopter pour l'interprétation de ces expressions — Détermination du « chenal principal » — Sens ordinaire des termes « chenal principal » — Critères permettant d'identifier le « chenal principal » — Pluralité des critères à retenir (profondeur ; largeur ; débit ; navigabilité) — Questions de la visibilité (ou physionomie générale) et de la configuration du profil du lit du chenal.*

*Objet et but du traité de 1890.*

*Travaux préparatoires.*

*Conduite ultérieure des parties au traité et de leurs successeurs — Article 31, paragraphe 3, de la convention de Vienne de 1969 — Rapport Eason (1912) — Correspondance Trollope-Redman (1947-1951) — Levé conjoint de 1985 — Présence des Masubia sur l'île — Pertinence des faits constatés en l'absence de pratique ultérieure.*

\* \*

*Maps — Evidentiary value — Map officially expressing intention of contracting parties — Express or implied agreement on validity of a boundary depicted on a map.*

*Location of boundary in the “main channel” — Term “thalweg” determinative in Article III, paragraph 2, of the Treaty — Line of deepest soundings.*

\* \*

*Acquisitive prescription — Reference in Special Agreement to “rules and principles of international law” — Basic conditions as set out by Namibia.*

\* \*

*Status of Kasikili/Sedudu Island — Kasane Communiqué of 1992 — Mutual guarantees for freedom of navigation.*

## JUDGMENT

*Present: President SCHWEBEL; Vice-President WEERAMANTRY; Judges ODA, BEDJAOUÏ, GUILLAUME, RANJEVA, HERCZEGH, SHI, FLEISCHHAUER, KOROMA, VERESHCHETIN, HIGGINS, PARRA-ARANGUREN, KOOIJMANS, REZEK; Registrar VALENCIA-OSPINA.*

In the case concerning Kasikili/Sedudu Island,

*between*

the Republic of Botswana,

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, Member of the Institut de droit international,

Lady Fox Q.C., former Director of the British Institute of International and Comparative Law, Member of the English Bar, Associate Member of the Institut de droit international,

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;

*Dossier cartographique — Valeur probante des cartes — Cartes exprimant officiellement la volonté des parties contractantes — Accord exprès ou tacite sur la validité d'une frontière figurée sur une carte.*

*Emplacement de la frontière dans le « chenal principal » — Terme « thalweg » déterminant au paragraphe 2 de l'article III du traité — Ligne des sondages les plus profonds.*

\* \*

*Prescription acquisitive — Référence aux « Règles et principes du droit international » dans le compromis — Conditions de fond énoncées par la Namibie.*

\* \*

*Statut de l'île de Kasikili/Sedudu — Communiqué de Kasane de 1992 — Garanties mutuelles en matière de liberté de navigation.*

## ARRÊT

*Présents: M. SCHWEBEL, président; M. WEERAMANTRY, vice-président; MM. ODA, BEDJAOU, GUILLAUME, RANJEVA, HERCZEGH, SHI, FLEISCHHAUER, KOROMA, VERESHCHETIN, M<sup>me</sup> HIGGINS, MM. PARRA-ARANGUREN, KOOLJMANS, REZEK, juges; M. VALENCIA-OSPINA, greffier.*

En l'affaire de l'île de Kasikili/Sedudu,

*entre*

la République du Botswana,  
représentée 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, membre de l'Institut de droit international,

Lady Fox, Q.C., ancienne directrice du *British Institute of International and Comparative Law*, membre du barreau d'Angleterre, membre associé de l'Institut de droit international,

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;

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,

Mr. Scott B. Edmonds, Director of Cartographic Operations, GeoSystems Global Corporation, Columbia, Maryland (United States of America),

Mr. Robert C. Rizzutti, Senior Mapping Specialist, GeoSystems Global Corporation, Columbia, Maryland (United States of America),

Mr. Justin E. Morrill, Senior Multimedia Designer, GeoSystems Global Corporation, Columbia, Maryland (United States of America),

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,

*and*

the Republic of Namibia,

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,

as Deputy-Agent;

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



- M. Timothy Daniel, *Solicitor* de la *Supreme Court*, associé du cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres  
M. Alan Perry, *Solicitor* de la *Supreme Court*, associé du cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,  
M. David Lerer, *Solicitor* de la *Supreme Court*, assistant du cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,  
M. Christopher Hackford, *Solicitor* de la *Supreme Court*, assistant du cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,  
M. Robert Paydon, *Solicitor* de la *Supreme Court*, assistant du cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) 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 du département de la topographie et de la cartographie du Botswana,  
M. Scott B. Edmonds, directeur des opérations cartographiques, société GeoSystems Global Corporation, Columbia, Maryland (Etats-Unis d'Amérique),  
M. Robert C. Rizzutti, cartographe hors classe, société GeoSystems Global Corporation, Columbia, Maryland (Etats-Unis d'Amérique),  
M. Justin E. Morrill, concepteur multimédia hors classe, société GeoSystems Global Corporation, Columbia, Maryland (Etats-Unis d'Amérique),

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;

- M<sup>me</sup> Coralie Ayad, cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,  
M<sup>me</sup> Marilyn Beeson, cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,  
M<sup>me</sup> Michelle Burgoine, cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,

comme administrateurs,

*et*

la République de Namibie,  
représentée par

- M. Albert Kawana, secrétaire permanent du ministère de la justice de Namibie, comme agent, conseil et avocat;  
S. Exc. M. Zedekia J. Ngavirue, ambassadeur de la République de Namibie aux Pays-Bas,  
comme agent adjoint;  
M. Abram Chayes, professeur émérite de droit à la faculté de droit de l'Université de Harvard, titulaire de la chaire Felix Frankfurter,

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), Member of the Paris and Brussels Bars, 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;

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.

THE COURT,

composed as above,

after deliberation,

*delivers the following Judgment:*

1. By joint letter dated 17 May 1996, filed in the Registry of the Court on 29 May 1996, the Ministers for Foreign Affairs of the Republic of Botswana (hereinafter called "Botswana") and the Republic of Namibia (hereinafter called "Namibia") transmitted to the Registrar the original text of a Special

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;

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 recherches pluridisciplinaires de l'Université de Namibie,

comme avocats:

M. Arnold M. Mtopa, juriste principal au ministère de la justice de Namibie,

M. Collins Parker, juriste principal au ministère de la justice de Namibie,

M. Edward Helgeson, chargé de recherches au *Lauterpacht Research Centre for International Law* de l'Université de Cambridge,

M<sup>me</sup> Tonya Putnam, de la faculté de droit de l'Université de 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 Namibie,

M<sup>me</sup> Kyllikki M. Shaduka, secrétaire particulière au ministère de la justice de Namibie,

M<sup>me</sup> Mercia G. Louw, secrétaire particulière au ministère de la justice de Namibie,

comme auxiliaires administratifs;

M. Peter Denk, journaliste,

M. Muyenga Muyenga, journaliste,

comme conseillers à l'information,

LA COUR,

ainsi composée,

après délibéré en chambre du conseil,

*rend l'arrêt suivant:*

1. Par une lettre conjointe en date du 17 mai 1996, déposée au Greffe de la Cour le 29 mai 1996, les ministres des affaires étrangères de la République du Botswana (dénommée ci-après le « Botswana ») et de la République de Namibie (dénommée ci-après la « Namibie ») ont transmis au greffier le texte original

Agreement between the two States, signed at Gaborone on 15 February 1996 and entered into force on 15 May 1996, the date of exchange of instruments of ratification.

2. The text of the Special Agreement reads as follows:

*“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;*

*Now therefore the Republic of Botswana and the Republic of Namibia have concluded the following Special Agreement:*

*Article I*

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

*Article II*

1. The proceedings shall consist of written pleadings and oral hearings.
2. The written pleadings shall include:
  - (a) Memorials submitted to the Court by each Party not later than nine months after the notification of the Special Agreement is transmitted

d'un compromis entre les deux Etats, signé à Gaborone le 15 février 1996 et entré en vigueur le 15 mai 1996, date de l'échange des instruments de ratification.

2. Dans sa traduction française, le texte du compromis se lit comme suit :

« *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 ;

*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 ;

*En conséquence* la République du Botswana et la République de Namibie ont conclu le compromis suivant :

#### *Article I*

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

#### *Article II*

1. La procédure consistera en la présentation de pièces de procédure écrite et en plaidoiries.

2. Les pièces de la procédure écrite comprendront :

a) un mémoire présenté à la Cour par chacune des Parties au plus tard neuf mois après la notification du compromis au greffier de la Cour

- to the Registrar of the Court in accordance with Article VII (2) of this Special Agreement;
- (b) Counter-Memorials submitted by each Party to the Court not later than nine months after the date of submission of the Memorials;
  - (c) such other written pleadings as may be approved by the Court at the request of either of the Parties, or as may be directed by the Court.

3. The written pleadings submitted to the Registrar shall not be communicated to the other Party until the corresponding pleadings of that Party have been received by the Registrar.

*Article III*

The rules and principles of international law applicable to the dispute shall be those set forth in the provisions of Article 38, paragraph 1, of the Statute of the International Court of Justice.

*Article IV*

The order of appearance in the oral pleadings shall be as agreed by the Parties with the approval of the Court, or in the absence of agreement, as directed by the Court.

*Article V*

The order of the written pleadings and oral submissions shall be without prejudice to the burden of proof.

*Article VI*

The language of the proceedings shall be English.

*Article VII*

1. This agreement shall enter into force on the date of the exchange of instruments of ratification by the two Governments.

2. It shall be notified to the Court as required by Article 40, paragraph 3, of the Statute of the Court by joint letter of the Parties to the Registrar.

3. If such notification is not effected within two months from the entry into force of this Special Agreement, it may be notified to the Registrar by either of the Parties.

*Article VIII*

1. Each of the Parties may exercise its right under Article 31, paragraph 3, of the Statute of the Court to choose a person to sit as judge.

2. A Party which chooses to exercise the right referred to in sub-Article 1, above, shall notify the other Party in writing prior to exercising such right.

*Article IX*

1. The judgment of the Court on the dispute described in Article I shall be final and binding on the Parties.

2. As soon as possible after the delivery of the Court's judgment, the Parties shall take steps necessary to carry out the judgment.

- conformément au paragraphe 2 de l'article VII du présent compromis;
- b) un contre-mémoire présenté à la Cour par chacune des Parties au plus tard neuf mois après la date du dépôt des mémoires;
  - c) toutes autres pièces de procédure écrite dont le dépôt, à la demande de l'une ou l'autre des Parties, aura été autorisé par la Cour, ou prescrit par celle-ci.
3. Les pièces de la procédure écrite, déposées auprès du greffier, ne seront transmises à l'autre Partie que lorsque le greffier aura reçu de ladite Partie la pièce de procédure correspondante.

#### *Article III*

Les règles et principes du droit international qui s'appliquent au différend sont ceux qui sont énumérés au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

#### *Article IV*

Les Parties conviendront, avec l'approbation de la Cour, de l'ordre dans lequel elles seront entendues au cours de la procédure orale; à défaut d'accord entre les Parties, cet ordre sera celui que prescrira la Cour.

#### *Article V*

L'ordre de présentation des pièces de procédure écrite et des plaidoiries ne préjuge en rien de la charge de la preuve.

#### *Article VI*

La procédure se déroulera en anglais.

#### *Article VII*

1. Le présent compromis entrera en vigueur à la date de l'échange par les deux gouvernements des instruments de ratification.
2. Conformément aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 40 du Statut de la Cour, le compromis sera notifié à la Cour par une lettre conjointe des Parties adressée au greffier.
3. Si une telle notification n'a pas été effectuée au cours des deux mois suivant l'entrée en vigueur du compromis, celui-ci pourra être notifié au greffier par l'une ou l'autre des Parties.

#### *Article VIII*

1. Chacune des Parties peut exercer le droit que lui confère le paragraphe 3 de l'article 31 du Statut de la Cour de procéder à la désignation d'un juge de son choix.
2. La Partie qui décide d'exercer le droit visé au paragraphe 1 ci-dessus en avertit d'abord l'autre Partie par écrit.

#### *Article IX*

1. L'arrêt que la Cour rendra sur le différend décrit à l'article 1 sera définitif et obligatoire pour les Parties.
2. Une fois que la Cour aura rendu son arrêt, les Parties prendront, dans les meilleurs délais, les mesures nécessaires à son application.

*In witness whereof*, the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Special Agreement and have affixed thereto their seals.”

3. Pursuant to Article 40, paragraph 3, of the Statute and Article 42 of the Rules of Court, copies of the notification and of the Special Agreement were transmitted by the Registrar to the Secretary-General of the United Nations, the Members of the United Nations and other States entitled to appear before the Court.

4. By Order of 24 June 1996, the Court fixed 28 February 1997 as the time-limit for the filing of a Memorial by each Party and 28 November 1997 as the time-limit for the filing by each Party of a Counter-Memorial, having regard to the provisions of Article II, paragraph 2 (a) and (b), of the Special Agreement. These pleadings were duly filed within the time-limits so prescribed.

5. By Order of 27 February 1998, the Court fixed 27 November 1998 as the time-limit for the filing of a Reply by each Party, having regard to the provisions of Article II, paragraph 2 (c), of the Special Agreement and taking account of the agreement between the Parties, as expressed in a joint letter from their Agents dated 16 February 1998. The Replies were duly filed within the time-limit so prescribed. As the Parties did not request the submission of other pleadings, and as the Court itself did not consider this necessary, the case was then ready for hearing.

6. In accordance with Article 53, paragraph 2, of the Rules of Court, the Court decided, after having ascertained the views of the Parties, that copies of the pleadings and documents annexed would be made available to the public as from the opening of the oral proceedings.

7. New documents were produced by each of the Parties, with the consent of the other, in accordance with Article 56, paragraph 1, of the Rules of Court. In addition, Namibia, availing itself of the right provided for in Article 56, paragraph 3, of the Rules of Court, submitted comments on certain of the new documents produced by Botswana.

8. The Parties having been duly consulted, in accordance with Article 58, paragraph 2, of the Rules of Court, and having informed the Court of their agreement, in accordance with Article IV of the Special Agreement, on the order of speaking, public sittings were held between 15 February and 5 March 1999, during which oral arguments and replies were heard from the following:

*For Namibia:* Dr. Albert Kawana,  
Professor Abram Chayes,  
Professor Dr. Jost Delbrück,  
Professor W. J. R. Alexander,  
Dr. Lazarus Hangula,  
Professor Dr. Julio Faundez,  
Colonel Dennis Rushworth,  
Mr. Jean-Pierre Cot.

*For Botswana:* Mr. Abednego Batshani Tafa,  
Mr. Molosiwa L. Selepeng,  
Professor Ian Brownlie,  
Lady Fox,  
Dr. Stefan Talmon,  
Professor F. T. K. Sefe,  
Mr. Isaac Muzila.



*En foi de quoi*, les soussignés, dûment autorisés à cette fin, ont signé le présent compromis et y ont apposé leurs sceaux.»

3. Conformément au paragraphe 3 de l'article 40 du Statut et à l'article 42 du Règlement de la Cour, des copies de la notification et du compromis ont été transmises par le greffier au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, aux Membres des Nations Unies et aux autres Etats admis à ester devant la Cour.

4. Par ordonnance du 24 juin 1996, la Cour a fixé au 28 février 1997 la date d'expiration du délai pour le dépôt d'un mémoire par chaque Partie, et au 28 novembre 1997 la date d'expiration du délai pour le dépôt par chacune d'elles d'un contre-mémoire, eu égard aux dispositions des alinéas *a)* et *b)* du paragraphe 2 de l'article II du compromis. Ces pièces ont été dûment déposées dans les délais ainsi prescrits.

5. Par ordonnance du 27 février 1998, la Cour a fixé au 27 novembre 1998 la date d'expiration du délai pour le dépôt d'une réplique par chaque Partie, eu égard aux dispositions de l'alinéa *c)* du paragraphe 2 de l'article II du compromis et compte tenu de l'accord intervenu entre les Parties, tel qu'exprimé dans une lettre conjointe de leurs agents datée du 16 février 1998. Les répliques ont été dûment déposées dans le délai ainsi prescrit. Les Parties n'ayant pas demandé la production d'autres pièces, et la Cour n'ayant pas elle-même jugé celle-ci nécessaire, l'affaire s'est alors trouvée en état.

6. Conformément au paragraphe 2 de l'article 53 du Règlement, la Cour a décidé, après s'être renseignée auprès des Parties, que des exemplaires des pièces de procédure et des documents y annexés seraient rendus accessibles au public à l'ouverture de la procédure orale.

7. Des documents nouveaux ont été produits par chacune des Parties, avec l'assentiment de l'autre, conformément au paragraphe 1 de l'article 56 du Règlement. La Namibie, se prévalant de la faculté conférée par le paragraphe 3 de l'article 56 du Règlement, a en outre présenté des observations au sujet de certains documents nouveaux produits par le Botswana.

8. Les Parties ayant été dûment consultées, conformément au paragraphe 2 de l'article 58 du Règlement, et ayant fait connaître à la Cour leur accord sur l'ordre de parole, conformément à l'article IV du compromis, des audiences publiques ont été tenues entre le 15 février et le 5 mars 1999, au cours desquelles ont été entendus en leurs plaidoiries et réponses :

*Pour la Namibie:* M. Albert Kawana,  
M. Abram Chayes,  
M. Jost Delbrück,  
M. W. J. R. Alexander,  
M. Lazarus Hangula,  
M. Julio Faundez,  
Le colonel Dennis Rushworth,  
M. Jean-Pierre Cot.

*Pour le Botswana:* M. Abednego Batshani Tafa,  
M. Molosiwa L. Selepeng,  
M. Ian Brownlie,  
Lady Fox,  
M. Stefan Talmon,  
M. F. T. K. Sefe,  
M. Isaac Muzila.

At the sittings, each of the Parties showed a video cassette, after those cassettes had been exchanged between the Parties through the intermediary of the Registry.

Questions were also put by Members of the Court, to which both Parties replied in writing, within the time-limit fixed for this purpose.

\*

9. In the course of the written proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

*On behalf of Botswana,*

in the Memorial, the Counter-Memorial and the Reply:

*“May it please the Court to adjudge and declare that:*

1. The northern and western channel of the Chobe River in the vicinity of Kasikili/Sedudu Island constitutes the ‘main channel’ of the Chobe River in accordance with the provisions of Article III (2) of the Anglo-German Agreement of 1890; *and that:*
2. Consequently, sovereignty in respect of Kasikili/Sedudu Island inheres exclusively in the Republic of Botswana.”

*On behalf of Namibia,*

in the Memorial and the Counter-Memorial:

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

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

in the Reply:

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

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

A l'audience, chacune des Parties a présenté une vidéocassette, après que lesdites cassettes eurent été échangées entre les Parties par l'entremise du Greffe.

Des questions ont par ailleurs été posées par des Membres de la Cour, auxquelles les deux Parties ont répondu par écrit, dans le délai fixé à cet effet.

\*

9. Dans la procédure écrite, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties:

*Au nom du Botswana,*

dans le mémoire, le contre-mémoire et la réplique:

*«Plaise à la Cour de dire et juger:*

- 1) 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:*
- 2) partant, la souveraineté sur l'île de Kasikili/Sedudu appartient exclusivement à la République du Botswana.»

*Au nom de la Namibie,*

dans le mémoire et le contre-mémoire:

*«Plaise à la Cour, rejetant toutes prétentions et conclusions contraires, 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 sur elle leur juridiction souveraine au su et avec l'acquiescement du Botswana et de ses prédécesseurs, depuis 1890 au moins;
4. que la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu suit le centre du chenal sud du Chobe;
5. que, pour ce qui est du statut juridique de l'île de Kasikili/Sedudu, celle-ci fait partie du territoire soumis à la souveraineté de la Namibie.»

dans la réplique:

*«Plaise à la Cour, rejetant toutes prétentions et conclusions contraires, 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 sur elle leur juridiction souveraine au su et avec l'acquiescement du Botswana et de ses prédécesseurs, 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. The legal status of Kasikili/Sedudu Island is that it is a part of the territory under the sovereignty of Namibia.”

10. In the oral proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

*On behalf of Botswana,*

at the hearing of 5 March 1999:

“*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 in accordance with the provisions of Article III (2) of the Anglo-German Agreement of 1890; and
- (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.”

*On behalf of Namibia,*

at the hearing of 2 March 1999:

The submissions read at the hearing were identical to those presented by Namibia in the Reply.

\* \* \*

11. The Parties, in the terms of the Special Agreement, request the Court, “to determine, on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 and the rules and principles of international law, the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the island.” The Island referred to, which in Namibia is known as “Kasikili”, and in Botswana as “Sedudu”, is approximately 3.5 square kilometres (1.5 square miles) in area. It is located in the Chobe River, which divides around it to the north and south, in the area bounded approximately by meridians 25° 07’ and 25° 08’ E longitude and parallels 17° 47’ and 17° 50’ S latitude, and is some 20 kilometres (12.5 miles) upstream of Kazungula where the Chobe flows into the Zambezi. The Chobe has its source on the central plateau of Angola, where it is called the Rio Cuando. It undergoes further changes of name at various stages along its course. When it crosses the border into Namibia, it becomes the Kwando and then the Mashi, which flows generally in a southerly direction into the Linyanti (or Linyandi) Swamp. From this point it is called the Linyanti (or Linyandi) River until it reaches Lake Liambezi. At the exit from the lake, the river becomes the Chobe. The Botswana town of Kasane lies on the south bank some 1.5 kilometres downstream from Kasikili/Sedudu Island, and the Namibian village of Kasika is located on the northwestern bank of the Chobe.

12. Nearly due south of the Island, on the Botswana side, are the

5. que, pour ce qui est du statut juridique de l'île de Kasikili/Sedudu, celle-ci fait partie du territoire soumis à la souveraineté de la Namibie.»

10. Dans la procédure orale, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties:

*Au nom du Botswana,*

à l'audience du 5 mars 1999:

«*Plaise à la Cour:*

- 1) de dire et juger:
  - 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.»

*Au nom de la Namibie,*

à l'audience du 2 mars 1999:

Les conclusions lues à l'audience étaient identiques à celles présentées par la Namibie dans la réplique.

\* \* \*

11. Les Parties, aux termes du compromis, prient la Cour «de déterminer, sur la base du traité anglo-allemand du 1<sup>er</sup> juillet 1890 et des règles et principes du droit international, la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu ainsi que le statut juridique de cette île». L'île dont il est question, qui en Namibie est appelée «Kasikili» et au Botswana «Sedudu», a une superficie d'environ 3,5 kilomètres carrés (1,5 mile carré). Elle est située sur le cours du Chobe, qui la contourne au nord et au sud, dans la région circonscrite approximativement par les méridiens 25° 07' et 25° 08' de longitude est, et les parallèles 17° 47' et 17° 50' de latitude sud; elle se trouve à une vingtaine de kilomètres (12,5 miles) en amont de Kazungula, où le Chobe se jette dans le Zambèze. Le Chobe prend sa source sur le plateau central de l'Angola, où il est appelé le Rio Cuando. Il change ensuite de nom à diverses étapes de son parcours. Lorsqu'il franchit la frontière pour entrer en Namibie, il devient le Kwando puis le Mashi, qui s'écoule de façon générale vers le sud pour atteindre la zone de marais du Linyanti (ou marais du Linyandi). A partir de cet endroit, le fleuve se dénomme Linyanti (ou Linyandi) jusqu'à ce qu'il atteigne le lac Liambezi. Au sortir du lac, il prend le nom de Chobe. La localité botswanaise de Kasane se trouve sur la rive sud, à environ un kilomètre et demi en aval de l'île de Kasikili/Sedudu, tandis que le village namibien de Kasika est situé sur la rive nord-ouest.

12. Presque exactement au sud de l'île, du côté botswanais, se trouve le

headquarters of the Chobe National Park, a protected reserve with a wide variety of wildlife. This southern bank is characterized by a steep sandy ridge ranging between 900 and 1,000 metres above mean sea level. The area on the Namibian side, to the north of the Island, has no such geographical feature. It forms part of a strip of territory called the “Caprivi Strip”, after the German chancellor at the time of the conclusion of the Anglo-German Agreement of 1 July 1890 (hereinafter the “1890 Treaty”). This part of the Caprivi Strip is within the seasonal flood plain of the Zambezi River. The Island, which is 927 metres above mean sea level, forms part of this plain, and is subject to flooding of several months’ duration, beginning around March. In order to assist in the reading of this Judgment, the Court has included below three sketch-maps, the first illustrating the position of Botswana and Namibia on the continent of Africa (Sketch-map No. 1, page 1055); the second showing the Caprivi Strip and the Chobe (Sketch-map No. 2, page 1056); and the third showing Kasikili/Sedudu Island (Sketch-map No. 3, page 1057).

13. The dispute between the Parties is set against the background of the nineteenth century race among the European colonial powers for the partition of Africa. In the spring of 1890, Germany and Great Britain entered into negotiations with a view to reaching agreement concerning their trade and their spheres of influence in Africa. In the south-west of the continent, Great Britain sought to protect the south-north trade routes running through Lake Ngami to Victoria Falls, while Germany, which had already laid claim to a large portion of what was called “South West Africa”, sought British recognition of its access to the Zambezi. These negotiations culminated in the conclusion of the 1890 Treaty, which concerned several regions of the African continent, namely east Africa, south-west Africa, Togo and Zanzibar, and involved the cession to Germany of the island of Heligoland, in exchange for Zanzibar. The Treaty delimited *inter alia* the spheres of influence of Germany and Great Britain in south-west Africa; that delimitation lies at the heart of the present case.

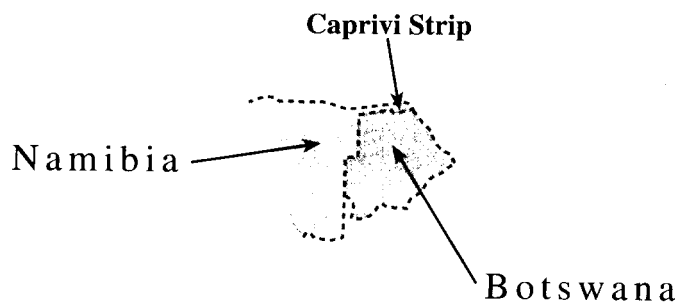
14. In the ensuing century, the territories involved experienced various mutations in status. The independent Republic of Botswana came into being on 30 September 1966, on the territory of the former British Bechuanaland Protectorate. German administration of South West Africa turned out to be short-lived. Upon the outbreak of the First World War in 1914, the Caprivi Strip was occupied and governed by British forces from Southern Rhodesia. From 1919 until 1966, South Africa was the administering authority of the territory of South West Africa under a mandate from the League of Nations. For part of this period, from 1921 to 1929, South Africa delegated the administration of the Caprivi Strip to the authorities of the British Bechuanaland Protectorate. South Africa’s mandate over South West Africa was terminated by the United Nations General Assembly in 1966, following which the Assembly established a

siège du parc national du Chobe, réserve où est protégée une grande variété d'animaux sauvages. La rive sud est caractérisée par un escarpement sablonneux qui s'élève de 900 à 1000 mètres au-dessus du niveau moyen de la mer. La région qui se trouve du côté namibien, au nord de l'île, ne présente pas de caractéristique géographique de ce genre. Elle appartient à la bande de territoire appelée « bande de Caprivi », du nom du chancelier allemand en fonction à l'époque de la conclusion de l'accord anglo-allemand du 1<sup>er</sup> juillet 1890 (ci-après dénommé le « traité de 1890 »). Cette partie de la bande de Caprivi est située à l'intérieur de la plaine d'inondation saisonnière du Zambèze. L'île, qui s'élève à 927 mètres au-dessus du niveau moyen de la mer, fait partie de cette plaine et est sujette à des inondations qui commencent vers le mois de mars et durent plusieurs mois. Aux fins de faciliter la lecture de son arrêt, la Cour joint ci-après trois croquis: le premier situant le Botswana et la Namibie sur le continent africain (croquis n° 1, page 1055); le deuxième figurant la bande de Caprivi et le Chobe (croquis n° 2, page 1056); et le troisième figurant l'île de Kasikili/Sedudu (croquis n° 3, page 1057).

13. Le différend qui oppose les Parties trouve son origine dans la course engagée entre les puissances coloniales européennes au XIX<sup>e</sup> siècle pour le partage de l'Afrique. Au printemps de 1890, l'Allemagne et la Grande-Bretagne entamèrent des négociations en vue de parvenir à un accord en ce qui concerne leur commerce et leurs zones d'influence en Afrique. Dans le sud-ouest du continent, la Grande-Bretagne tentait de protéger les voies commerciales allant du sud au nord, à travers le lac Ngami, jusqu'aux chutes Victoria, tandis que l'Allemagne, qui avait déjà revendiqué une partie importante de ce que l'on appelait « Sud-Ouest africain », tentait de se faire reconnaître par les Britanniques un accès au Zambèze. Ces négociations aboutirent à la conclusion du traité de 1890, qui concerne plusieurs régions du continent africain, à savoir l'Afrique orientale, le sud-ouest de l'Afrique, le Togo et Zanzibar, et porte cession à l'Allemagne de l'île d'Heligoland en échange de Zanzibar. Le traité délimite notamment les sphères d'influence de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne dans le sud-ouest de l'Afrique; cette délimitation est au cœur de la présente affaire.

14. Au cours du siècle suivant, le statut des territoires en cause subit diverses mutations. Le 30 septembre 1966, la République indépendante du Botswana vit le jour sur le territoire de l'ancien protectorat britannique du Bechuanaland. Quant à l'administration par l'Allemagne du Sud-Ouest africain, elle fut de courte durée. Lorsque la première guerre mondiale éclata en 1914, la bande de Caprivi fut occupée et administrée par des forces britanniques venues de la Rhodésie du Sud. De 1919 à 1966, l'Afrique du Sud fut chargée de l'administration du territoire du Sud-Ouest africain en vertu d'un mandat de la Société des Nations. Pendant une partie de cette période, de 1921 jusqu'à 1929, l'Afrique du Sud délégua l'administration de la bande de Caprivi aux autorités du protectorat britannique du Bechuanaland. Il fut mis fin au mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain par l'Assemblée générale des Nations Unies

# AFRICA



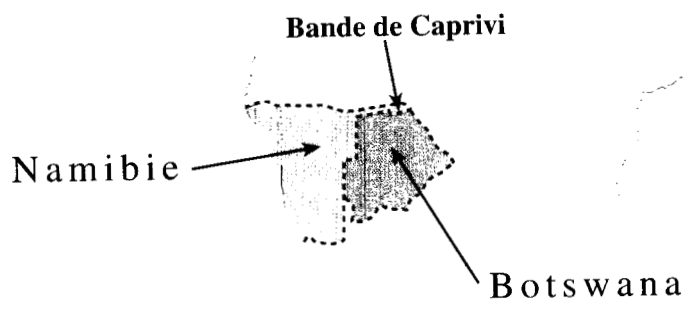
## **SKETCH-MAP No. 1**

**Botswana and Namibia**

**N.B.: This sketch-map has  
been prepared by the Court  
for illustrative purposes only**

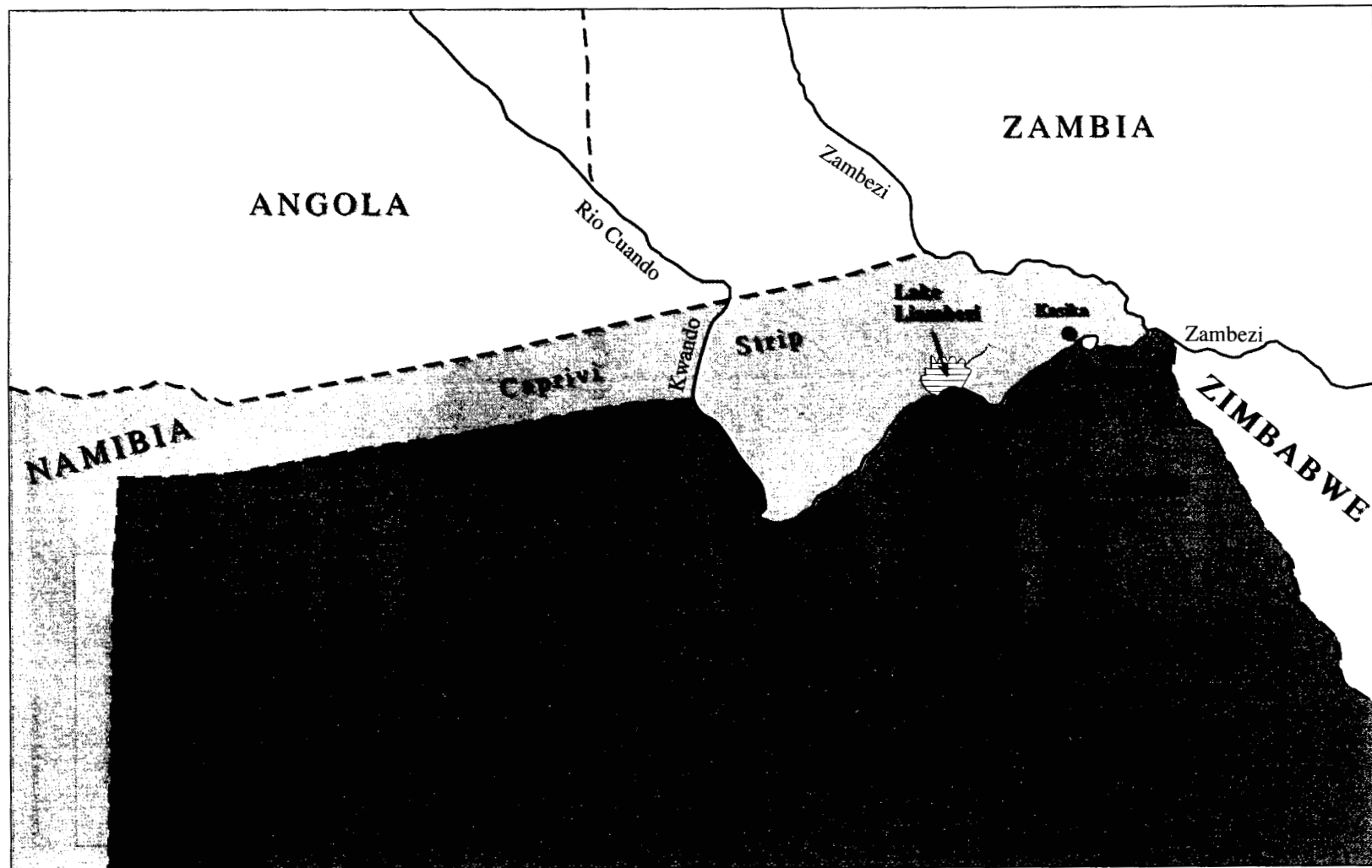
Sketch-map not to scale

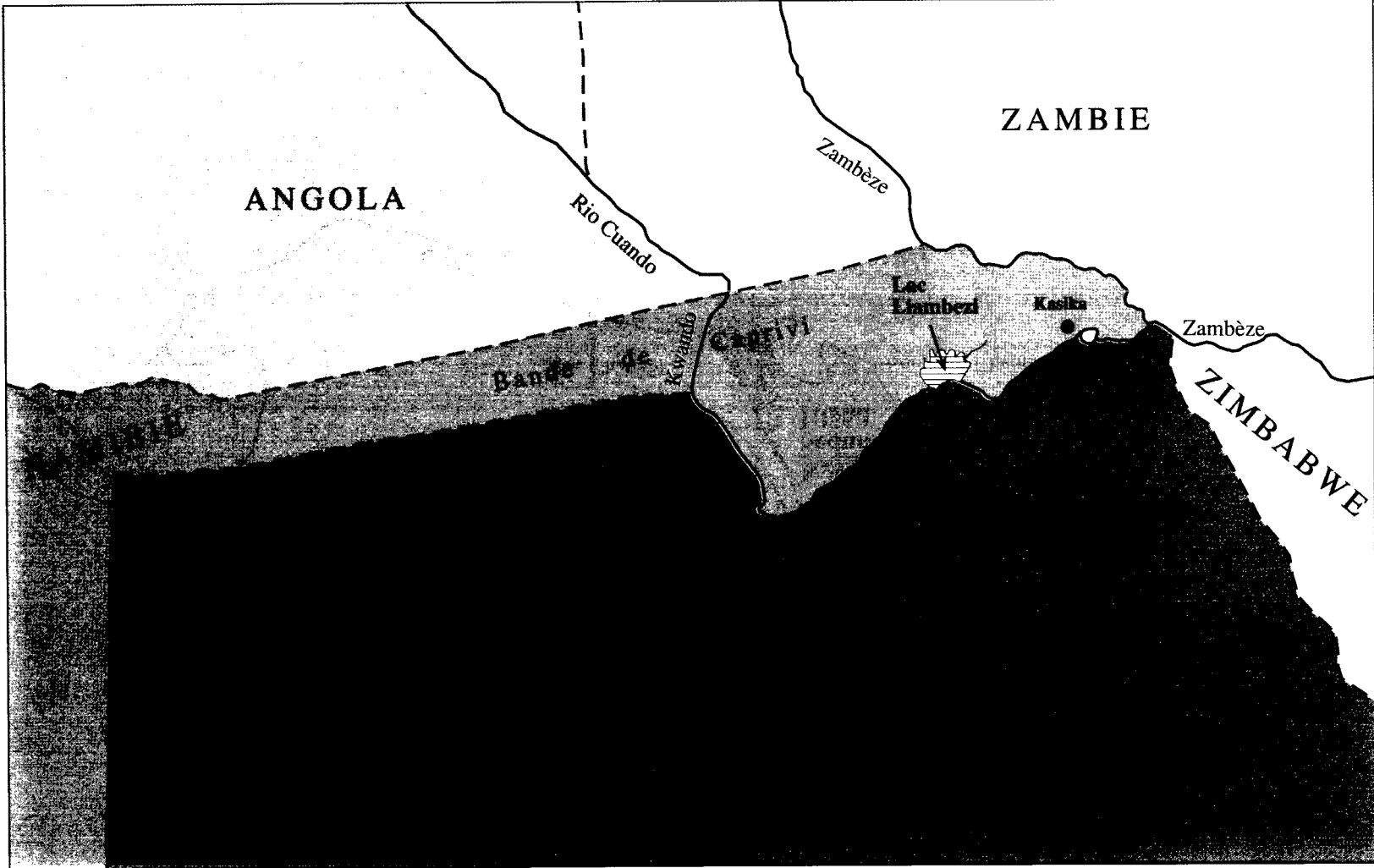




**CROQUIS N° 1**  
**Botswana et Namibie**  
**N.B.: Ce croquis a été établi**  
**par la Cour à des fins**  
**purement illustratives**

Croquis non à l'échelle





ANGOLA

ZAMBIE

Rio Cuando

Zambèze

Bande de Kwando

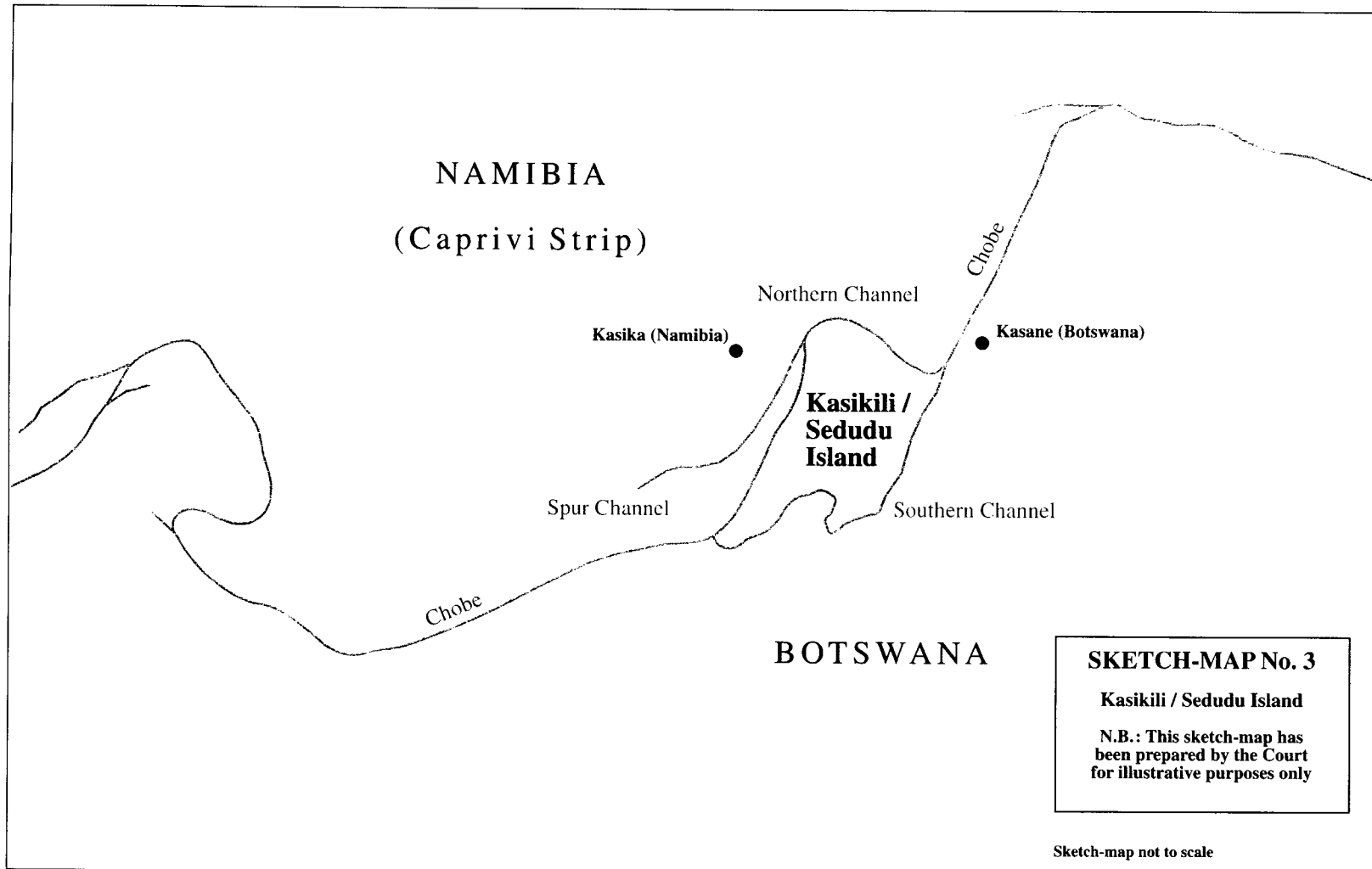
CARTEIRA

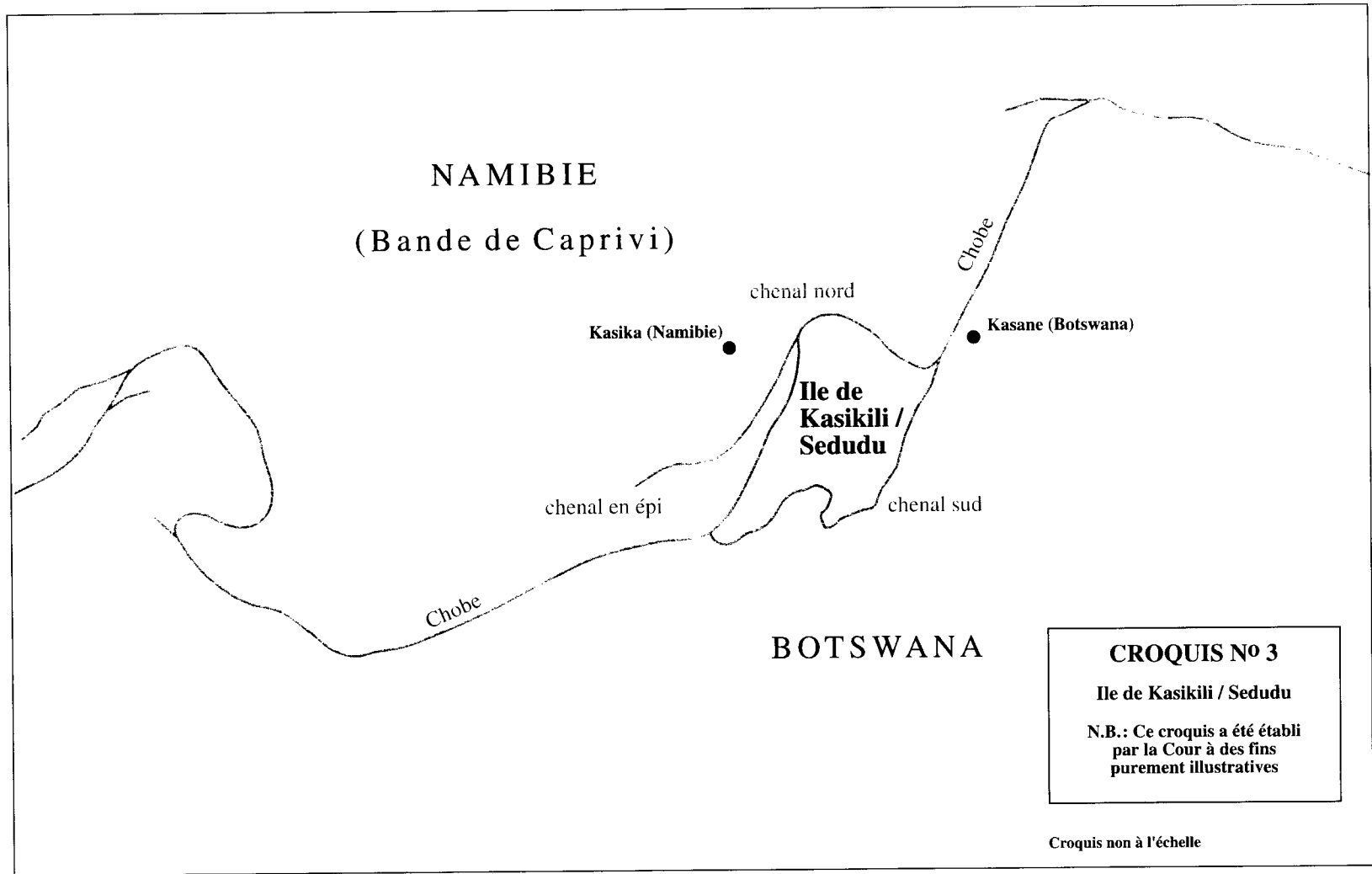
Lac Liambezi

Kasiha

Zambèze

ZIMBABWE





NAMIBIE  
(Bande de Caprivi)

BOTSWANA

Kasika (Namibie)

Kasane (Botswana)

chenal nord

chenal en épi

chenal sud

Chobe

Chobe

**Ile de  
Kasikili /  
Sedudu**

**CROQUIS N° 3**  
**Ile de Kasikili / Sedudu**  
N.B.: Ce croquis a été établi  
par la Cour à des fins  
purement illustratives

Croquis non à l'échelle

United Nations Council for South West Africa (which subsequently became the United Nations Council for Namibia), which it designated as the authority responsible for the administration of Namibia; but South Africa remained in *de facto* control of the territory, despite United Nations policy to the contrary, until Namibia's independence on 21 March 1990.

15. Shortly after Namibian independence, differences arose between the two States concerning the location of the boundary around Kasikili/Sedudu Island. When the two Parties proved unable to resolve their dispute, they called upon the good offices of the President of Zimbabwe. His efforts led to a meeting of the Presidents of the three countries at Kasane, Botswana, in May 1992, at which they issued a communiqué, declaring that the issue should be resolved peacefully, and recording the Presidents' agreement to submit the determination of the boundary around Kasikili/Sedudu Island to a Joint Team of Technical Experts. Terms of reference for the Joint Team were agreed between the parties in December 1992, and the Joint Team conducted its survey between September 1993 and August 1994. In its final Report, issued on 20 August 1994, the Joint Team announced that it had failed to reach an agreed conclusion on the question put to it, and recommended recourse to the peaceful settlement of the dispute on the basis of the applicable rules and principles of international law.

16. In February 1995, the three Presidents met in Harare, Zimbabwe, to consider the Joint Team Report. At this meeting, it was decided to submit the dispute to the International Court of Justice for a final and binding determination. Pursuant to this decision, Botswana and Namibia, by a Special Agreement signed at Gaborone on 15 February 1996, brought the dispute before the Court.

\* \* \*

17. The Court recalls that according to Article I of the Special Agreement, it:

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

Accordingly the Court has a dual task: to determine both the boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the Island. For this purpose, the Court must base itself on the 1890 Treaty and on the rules and principles of international law.

\*

en 1966, puis l'Assemblée créa un conseil des Nations Unies pour le Sud-Ouest africain (devenu par la suite conseil des Nations Unies pour la Namibie) qu'elle désigna comme l'autorité responsable de l'administration de la Namibie; toutefois l'Afrique du Sud, en dépit de la politique contraire de l'Organisation des Nations Unies, continua de contrôler *de facto* ce territoire jusqu'à l'accession de la Namibie à l'indépendance le 21 mars 1990.

15. Peu après l'indépendance de la Namibie, des divergences de vues apparurent entre les deux Etats au sujet de l'emplacement de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu. Les parties n'ayant pu résoudre entre elles leur différend, il fut fait appel aux bons offices du président du Zimbabwe. Ses efforts aboutirent à la tenue, en mai 1992, d'une réunion entre les présidents des trois pays, à Kasane (Botswana); à l'issue de cette réunion, un communiqué fut adopté, proclamant que la question devait être résolue par des moyens pacifiques et prenant acte de l'accord des présidents de soumettre la détermination de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu à une commission mixte d'experts techniques. Le mandat de la commission mixte fit l'objet d'un accord entre les parties en décembre 1992, et la commission procéda de septembre 1993 à août 1994 aux levés dont elle était chargée. Dans son rapport final, publié le 20 août 1994, la commission annonça qu'elle n'était pas parvenue à une conclusion acceptée de part et d'autre sur la question qui lui était posée, et elle recommanda le recours au règlement pacifique du différend sur la base des règles et principes applicables du droit international.

16. En février 1995, les trois présidents se réunirent à Harare (Zimbabwe) pour examiner le rapport de la commission mixte d'experts techniques. Au cours de cette réunion, il fut décidé que le différend serait soumis à la Cour internationale de Justice, pour règlement définitif et obligatoire. Conformément à cette décision, le Botswana et la Namibie ont, par compromis signé à Gaborone le 15 février 1996, porté le différend devant la Cour.

\* \* \*

17. La Cour rappellera qu'aux termes de l'article I du compromis, elle

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

La tâche de la Cour est donc double: déterminer à la fois la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu et le statut juridique de cette île. A cet effet, la Cour doit se fonder sur le traité de 1890 et sur les règles et principes du droit international.

\*

18. The law applicable to the present case has its source first of all in the 1890 Treaty, which Botswana and Namibia acknowledge to be binding on them.

As regards the interpretation of that Treaty, the Court notes that neither Botswana nor Namibia are parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, but that both of them consider that Article 31 of the Vienna Convention is applicable inasmuch as it reflects customary international law. The Court itself has already had occasion in the past to hold that customary international law found expression in Article 31 of the Vienna Convention (see *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1994*, p. 21, para. 41; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 812, para. 23). Article 4 of the Convention, which provides that it “applies only to treaties which are concluded by States after the entry into force of the . . . Convention with regard to such States” does not, therefore, prevent the Court from interpreting the 1890 Treaty in accordance with the rules reflected in Article 31 of the Convention.

According to Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties:

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

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

- (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;
- (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.”

19. The Special Agreement also refers, in Article I, to the “rules and principles of international law”. Article III of the Special Agreement further states that these rules and principles “shall be those set forth in the provisions of Article 38, paragraph 1, of the Statute of the International Court of Justice”. The Court will revert to the issue — in dispute between the parties — of whether this reference in the Special Agreement to the “rules and principles of international law” permits the Court to entertain Namibia’s alternative argument founded on the doctrine of prescription (see paragraphs 90-94 below).

The Parties also refer to the principles of both the Charter of the United Nations and the Charter of the Organization of African Unity (OAU), as well as to resolution AHG/Res. 16 (1), adopted in Cairo on 21 July 1964 by the Assembly of Heads of State and Government of the OAU. The latter provides that Member States of the OAU pledge themselves *inter alia* to respect the frontiers existing on their achievement



18. Le droit applicable à la présente espèce trouve tout d'abord sa source dans le traité de 1890 par lequel le Botswana et la Namibie reconnaissent être liés.

Pour ce qui est de l'interprétation de ce traité, la Cour note que ni le Botswana ni la Namibie ne sont parties à la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, mais que l'un et l'autre estiment que l'article 31 de la convention de Vienne est applicable en tant qu'expression du droit international coutumier. La Cour elle-même a déjà eu l'occasion de rappeler par le passé que le droit international coutumier avait trouvé son expression dans l'article 31 de la convention de Vienne (voir *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 21, par. 41; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 812, par. 23). L'article 4 de la convention, selon lequel «celle-ci s'applique uniquement aux traités conclus par des Etats après son entrée en vigueur à l'égard de ces Etats», ne constitue donc pas un obstacle à ce que la Cour interprète le traité de 1890 suivant les règles exprimées à l'article 31 de la convention.

Selon l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités:

«1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:

- a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion d'un traité;
- b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.»

19. Le compromis se réfère en outre, dans son article I, aux «règles et principes du droit international». L'article III ajoute que ces règles et principes «sont ceux qui sont énumérés au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.» La Cour reviendra plus tard sur la question — contestée entre les Parties — de savoir si cette référence aux «règles et principes du droit international» dans le compromis lui permet de connaître de l'argumentation présentée à titre subsidiaire par la Namibie et fondée sur la doctrine de la prescription (voir paragraphes 90-94 ci-après).

Les Parties se réfèrent par ailleurs aux principes de la Charte des Nations Unies et de la charte de l'Organisation de l'unité africaine, ainsi qu'à la résolution AHG/Rés. 16 (I), adoptée au Caire le 21 juillet 1964 par la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine. Aux termes de cette résolution, les Etats membres de l'Organisation de l'unité africaine s'engagent notamment à respecter les

of national independence (an implementation of the principle of *uti possedetis juris*).

\* \* \*

20. The Court will now proceed to interpret the provisions of the 1890 Treaty by applying the rules of interpretation set forth in the 1969 Vienna Convention. It recalls that

“a treaty must be interpreted in good faith, in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context and in the light of its object and purpose. Interpretation must be based above all upon the text of the treaty. As a supplementary measure recourse may be had to means of interpretation such as the preparatory work of the treaty.” (*Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1994*, pp. 21-22, para. 41.)

In order to illuminate the meaning of words agreed upon in 1890, there is nothing that prevents the Court from taking into account the present-day state of scientific knowledge, as reflected in the documentary material submitted to it by the Parties (compare *Controversia sobre el recorrido de la traza del limite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy (Argentina/Chile)* [*Dispute concerning the course of the frontier between B.P. 62 and Mount Fitzroy (Argentina/Chile)*], also known as the “*Laguna del desierto*” case, *Arbitral Award of 21 October 1994*, *International Law Reports (ILR)*, Vol. 113, p. 76, para. 157; *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, Vol. 2, 1996, p. 592, para. 157).

21. The Court will first examine the text of the 1890 Treaty, Article III of which reads as follows:

“In Southwest Africa the sphere in which the exercise of influence is reserved to Germany is bounded:

1. To the south by a line commencing at the mouth of the Orange river, and ascending the north bank of that river to the point of its intersection by the 20th degree of east longitude.

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

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

frontières existant au moment où ils ont accédé à l'indépendance (application du principe de *uti possidetis juris*).

\* \* \*

20. La Cour procédera maintenant à l'interprétation du traité de 1890 en appliquant les règles d'interprétation exprimées dans la convention de Vienne de 1969. Elle rappellera que :

«un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. L'interprétation doit être fondée avant tout sur le texte du traité lui-même. Il peut être fait appel à titre complémentaire à des moyens d'interprétation tels les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu.» (*Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 21-22, par. 41.)

Aux fins d'éclairer le sens des mots retenus en 1890, rien ne s'oppose à ce que la Cour tienne compte de l'état présent des connaissances scientifiques, tel que reflété dans le matériau documentaire que les Parties ont produit devant elle (comp. *Controversia sobre el recorrido de la traza del límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy (Argentine/Chile)* [*Différend sur le tracé de la ligne frontière entre la borne 62 et le mont Fitz Roy (Argentine/Chile)*], affaire dite de la «*Laguna del desierto*», sentence arbitrale du 21 octobre 1994, *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, t. 2, 1996, p. 592, par. 157; *International Law Reports (ILR)*, vol. 113, p. 76, par. 157).

21. La Cour examinera en premier lieu le texte du traité de 1890, dont l'article III se lit comme suit :

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

1. Au sud, par une ligne qui part de l'embouchure de l'Orange et suit vers l'amont la rive nord de ce fleuve jusqu'à son intersection avec le 20<sup>e</sup> degré de longitude est.

2. A l'est, par une ligne qui part du point d'intersection susmentionné et suit le 20<sup>e</sup> degré de longitude est jusqu'à son intersection avec le 22<sup>e</sup> parallèle de latitude sud, suit ce parallèle vers l'est jusqu'à son intersection avec le 21<sup>e</sup> degré de longitude est ; puis suit ce méridien vers le nord jusqu'à son intersection avec le 18<sup>e</sup> parallèle de latitude sud ; suit ce parallèle vers l'est jusqu'au Chobe, et suit le centre du chenal principal de ce fleuve jusqu'à son confluent avec le Zambèze, où elle s'arrête.

Il est entendu qu'en vertu de cet arrangement, l'Allemagne a libre accès au Zambèze depuis son protectorat par une bande de territoire qui en aucun point ne doit avoir une largeur inférieure à 20 miles anglais.

The sphere in which the exercise of influence is reserved to Great Britain is bounded to the west and northwest by the above-mentioned line. It includes Lake Ngami.

The course of the above boundary is traced in general accordance with a map officially prepared for the British Government in 1889.”

As far as the region covered by the present case is concerned, this provision locates the dividing line between the spheres of influence of the contracting parties in the “main channel” of the River Chobe; however, neither this, nor any other provision of the Treaty, furnishes criteria enabling that “main channel” to be identified. It must also be noted that the English version refers to the “centre” of the main channel, while the German version uses the term “thalweg” of that channel (*Thalweg des Hauptlaufes*).

22. Throughout the proceedings, the Parties have expressed differing opinions regarding the method to be applied for the purpose of interpreting these expressions. Botswana contends that:

“[i]n a bifurcated stretch of river, such as the Chobe River in the vicinity of Kasikili/Sedudu Island, both channels will have their respective *thalwege*. However, the *thalweg* of the main channel will be at a lower elevation than the *thalweg* of the other channel. Only the *thalweg* of the main channel can be logically connected to the *thalweg* of the channel upstream of the point of bifurcation and downstream of the point of reunion.”

Botswana maintains that, in order to establish the line of the boundary around Kasikili/Sedudu Island, it is sufficient to determine the *thalweg* of the Chobe; it is that which identifies the main channel of the river. For Botswana, the words “*des Hauptlaufes*” therefore add nothing to the text.

23. For Namibia, however, the task of the Court is first to identify the main channel of the Chobe around Kasikili/Sedudu Island, and then to determine where the centre of this channel lies:

“The ‘main channel’ must be found first; the ‘centre’ can necessarily only be found afterward. This point is equally pertinent to the German translation of the formula ‘. . . *im Thalweg des Hauptlaufes* . . .’ In the same way as with the English text, the search must first be for the ‘*Hauptlauf*’ and for the ‘*Thalweg*’ only after the ‘*Hauptlauf*’ has been found. The ‘*Hauptlauf*’ cannot be identified by first seeking to find the ‘*Thalweg*’.”

24. The Court notes that various definitions of the term “thalweg” are found in treaties delimiting boundaries and that the concepts of the thalweg of a watercourse and the centre of a watercourse are not equivalent. The word “thalweg” has variously been taken to mean “the most suitable channel for navigation” on the river, the line “determined by the line of

La sphère d'influence réservée à la Grande-Bretagne est bornée à l'ouest et au nord-ouest par la ligne susmentionnée. Elle comprend le lac Ngami.

Le cours de la frontière décrite ci-dessus est tracé d'une façon générale d'après une carte établie officiellement pour le Gouvernement britannique en 1889.»

Pour ce qui est de la région concernée par la présente affaire, cette disposition situe la limite entre les sphères d'influence des parties contractantes dans le «chenal principal» du Chobe; elle ne fournit toutefois, pas davantage que d'autres dispositions du traité, de critères qui permettraient d'identifier ce «chenal principal». Il convient également de noter que la version anglaise parle du «centre» du chenal principal (*centre of the main channel*) et que la version allemande utilise le terme «thalweg» dudit chenal (*Thalweg des Hauptlaufes*).

22. Les Parties, tout au long de la procédure, ont exprimé des opinions différentes quant à la méthode à appliquer à l'interprétation de ces expressions. Le Botswana fait valoir que

«[d]ans une partie d'un cours d'eau qui comporte une bifurcation, ce qui est le cas du Chobe au voisinage de l'île de Kasikili/Sedudu, les deux chenaux ont chacun leur *thalweg* respectif. Cependant, le *thalweg* du chenal principal se trouvera à une altitude plus basse que le *thalweg* de l'autre chenal. Seul le *thalweg* du chenal principal peut être logiquement relié au *thalweg* du chenal en amont du point de bifurcation et en aval du point de confluence.»

Le Botswana en tire la conclusion que, pour établir le tracé de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu, il suffit de déterminer quel est le *thalweg* du Chobe; c'est ce dernier qui identifie le chenal principal du fleuve. Selon lui, les mots «*des Hauptlaufes*» n'ajouteraient donc rien au texte.

23. Selon la Namibie, en revanche, la tâche de la Cour consiste tout d'abord à déterminer quel est le chenal principal du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu et ensuite à déterminer où se trouve le centre de ce chenal:

«Il faut d'abord localiser le «chenal principal» et ce n'est forcément qu'après qu'on peut rechercher le «centre». Cette observation vaut également pour la traduction allemande du passage en question, «im Thalweg des Hauptlaufes...» Comme dans le texte anglais, il faut d'abord localiser le «Hauptlauf» et ne rechercher où se situe le «Thalweg» qu'après avoir trouvé le premier. On ne saurait localiser le «Hauptlauf» en cherchant d'abord à trouver le «Thalweg.»»

24. La Cour constate que le terme «thalweg» a reçu, dans les traités de délimitation de frontières, des définitions diverses et que les notions de *thalweg* d'un cours d'eau et de centre d'un cours d'eau ne sont pas identiques. Selon le cas, le mot «thalweg» désigne «le chemin le plus propre à la navigation» sur le fleuve, la ligne «déterminée par la suite des son-

deepest soundings”, or “the median line of the main channel followed by boatmen travelling downstream”. Treaties or conventions which define boundaries in watercourses nowadays usually refer to the thalweg as the boundary when the watercourse is navigable and to the median line between the two banks when it is not, although it cannot be said that practice has been fully consistent.

25. The Court further notes that at the time of the conclusion of the 1890 Treaty, it may be that the terms “centre of the [main] channel” and “*Thalweg*” *des Hauptlaufes* were used interchangeably. In this respect, it is of interest to note that, some three years before the conclusion of the 1890 Treaty, the Institut de droit international stated the following in Article 3, paragraph 2, of the “Draft concerning the international regulation of fluvial navigation”, adopted at Heidelberg on 9 September 1887: “The boundary of States separated by a river is indicated by the thalweg, that is to say, the median line of the channel” (*Annuaire de l’Institut de droit international*, 1887-1888, p. 182), the term “channel” being understood to refer to the passage open to navigation in the bed of the river, as is clear from the title of the draft. Indeed, the parties to the 1890 Treaty themselves used the terms “centre of the channel” and “thalweg” as synonyms, one being understood as the translation of the other (see paragraph 46 below).

The Court observes, moreover, that in the course of the proceedings, Botswana and Namibia did not themselves express any real difference of opinion on this subject. The Court will accordingly treat the words “centre of the main channel” in Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty as having the same meaning as the words “*Thalweg des Hauptlaufes*” (cf. 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 33, paragraph 3, under which “the terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text”).

26. The Court adds that, in this case, the Parties to the dispute have used the term “channel” to refer to each of the two branches of the Chobe that ring Kasikili/Sedudu Island, and have not confined the term “channel” to the stricter usage meaning the navigable passage of a river or of one of its branches. In view of this fact, the Court itself in this Judgment will likewise employ the term “channel” in a broad sense.

27. In the Court’s opinion, the real dispute between the Parties concerns the location of the main channel where the boundary lies. In Botswana’s view, it is to be found “on the basis of the thalwegs in the northern and western channel of the Chobe”, whereas in Namibia’s view, it “lies in the centre (that is to say thalweg) of the southern channel of the Chobe River”.

While Botswana thought it sufficient for the Court to locate the line of deepest soundings in this section of the Chobe, which in its view leads to the centre of the northern channel as the boundary, the Court notes that this was not the only test it relied on. Moreover, the Court observes that by introducing the term “main channel” into the draft treaty, the con-

dages les plus profonds» ou «la ligne médiane du chenal principal qu'empruntent les bateliers descendant le fleuve». Les traités ou conventions qui définissent des frontières dans des cours d'eau désignent généralement aujourd'hui le thalweg comme frontière lorsque le cours d'eau est navigable et la ligne médiane entre les deux rives lorsqu'il ne l'est pas, sans que l'on puisse toutefois constater l'existence d'une pratique totalement cohérente en la matière.

25. La Cour relèvera en outre qu'à l'époque où le traité de 1890 a été conclu, il se peut que les termes «centre du chenal» principal et «*Thalweg*» des *Hauptlaufes* étaient utilisés comme s'ils étaient interchangeables. A cet égard, il est intéressant de noter que, quelque trois ans avant la conclusion du traité de 1890, l'Institut de droit international a indiqué ce qui suit à l'alinéa 2 de l'article 3 du «Projet de règlement international de navigation fluviale» adopté à Heidelberg le 9 septembre 1887: «La frontière des Etats séparés par un fleuve est marquée par le thalweg, c'est-à-dire par la ligne médiane du chenal» (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1887-1888, p. 182), le terme «chenal» étant compris comme désignant le passage ouvert à la navigation dans le lit d'un fleuve, ainsi qu'il ressort clairement du titre du projet. Aussi bien les parties au traité de 1890 ont-elles utilisé les termes «centre du chenal» et «thalweg» comme des synonymes, l'un étant entendu comme la traduction de l'autre (voir paragraphe 46 ci-après).

La Cour observera encore qu'au cours de la procédure le Botswana et la Namibie n'ont eux-mêmes pas exprimé des positions réellement différentes à cet égard. En l'occurrence, la Cour considérera donc que les mots «centre du chenal principal» inclus dans le paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 ont le même sens que les mots «*Thalweg des Hauptlaufes*» (cf. convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, article 33, paragraphe 3, selon lequel «les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques»).

26. Il y a lieu d'ajouter qu'en l'espèce les Parties au différend ont utilisé le terme «chenal» pour désigner chacun des deux bras du Chobe qui entourent l'île de Kasikili/Sedudu, et ne s'en sont pas tenues au sens plus strict de ce terme désignant la voie navigable d'un fleuve ou de l'un de ses bras. De ce fait, la Cour elle-même, dans le présent arrêt, utilisera également le terme «chenal» dans un sens large.

27. De l'avis de la Cour, le véritable différend entre les Parties concerne l'emplacement du chenal principal où se situe la frontière. Pour le Botswana, celle-ci doit être déterminée «sur la base du thalweg dans le chenal nord et ouest du Chobe», tandis que, pour la Namibie, elle «suit le centre (c'est-à-dire le *thalweg*) du chenal sud du Chobe».

Le Botswana estime qu'il suffit pour la Cour de déterminer l'emplacement de la ligne des sondages les plus profonds dans cette section du Chobe, qui selon lui conduit à adopter comme frontière le centre du chenal nord, mais la Cour relève que ce n'est pas le seul critère invoqué par le Botswana. La Cour observe de surcroît qu'on doit présumer que les

tracting parties must be assumed to have intended that a precise meaning be given to it. For these reasons, the Court will therefore proceed first to determine the main channel. In so doing, it will seek to determine the ordinary meaning of the words “main channel” by reference to the most commonly used criteria in international law and practice, to which the Parties have referred.

\* \*

28. Before entering into an examination of these criteria, the Court observes that the Parties’ experts have submitted to it extensive, often contradictory, information on the distinguishing features of the Chobe.

For Botswana, the Chobe “is a perennial river independent of the Zambezi River, with a stable profile, continuous downstream flow and visible and stable banks”.

Namibia, for its part, claims that the Chobe cannot be regarded as a perennial river, and that in reality it is an ephemeral watercourse. Namibia points out that the Chobe is very often dry over a substantial section of its course, so that it is not navigable over most of its length.

The Court does not find itself charged with making findings on the distinguishing features of the Chobe River. It will take these into account only in so far as they affect the sector of Kasikili/Sedudu Island. The Court’s task is in fact limited to settling the dispute between Botswana and Namibia by determining the boundary between these two States around the Island as well as the legal status of the Island.

29. The Parties to the dispute agree on many of the criteria for identifying the “main channel”, but disagree on the relevance and applicability of several of those criteria.

For Botswana, the relevant criteria are as follows: greatest depth and width; bed profile configuration; navigability; greater flow of water. Botswana also lays stress, in the following terms, on the importance, from the standpoint of identification of the main channel, of “channel capacity”, “flow velocity” and “volume of flow”:

*“channel capacity* — This is determined by width and depth of the channel and in the discharge equation it is represented by cross-sectional area. From the cross-section survey and the analysis of satellite imagery, it is clear that the northern channel is deeper than the southern channel. . . .

*flow velocity* — Flow velocity is a function of bed slope, hydraulic radius and roughness coefficient. . . . the northern channel has a steeper bed slope; both of its banks are smooth (compared to the southern channel), therefore velocity will be higher in that channel.

*volume of flow* — Volume of flow in a channel is computed as the



parties contractantes, en introduisant l'expression «chenal principal» dans le projet de traité, ont voulu lui attribuer un sens précis. Aussi la Cour entreprendra-t-elle d'abord de déterminer quel est le chenal principal. Elle recherchera à cet effet le sens ordinaire de l'expression «chenal principal» en se référant aux critères les plus couramment utilisés en droit international et dans la pratique des Etats, que les Parties ont invoqués.

\* \*

28. Avant d'entamer l'examen de ces critères, la Cour notera que les experts des Parties lui ont fourni des informations abondantes et souvent contradictoires sur les particularités du Chobe.

Selon le Botswana, celui-ci «est un cours d'eau pérenne indépendant du Zambèze, pourvu d'un profil stable, d'un écoulement continu vers l'aval et de rives visibles et stables».

La Namibie, pour sa part, prétend que le Chobe ne peut être considéré comme un cours d'eau pérenne, et qu'il est en réalité un cours d'eau éphémère. La Namibie relève que le Chobe est très souvent à sec sur une large fraction de son cours, de sorte qu'il n'est pas navigable sur la plus grande partie de sa longueur.

La Cour n'estime pas devoir se prononcer sur les particularités du fleuve Chobe. Elle n'en tiendra compte que dans la mesure où celles-ci ont une incidence dans le secteur de l'île de Kasikili/Sedudu. La tâche de la Cour se limite en effet à résoudre le différend entre le Botswana et la Namibie en déterminant la frontière entre les deux Etats précités autour de l'île, ainsi que le statut juridique de cette dernière.

29. Les Parties au différend s'accordent sur un grand nombre de critères permettant d'identifier le «chenal principal», mais s'opposent sur la pertinence et sur l'applicabilité de plusieurs de ces critères.

Selon le Botswana, les critères pertinents sont les suivants: la profondeur et la largeur les plus grandes, la configuration du profil du lit, la navigabilité et le plus grand volume d'écoulement des eaux. Le Botswana a souligné par ailleurs dans les termes suivants l'importance, au regard de l'identification du chenal principal, de la «capacité du chenal», de la «vitesse du courant» et du «volume écoulé»:

*«Capacité du chenal* — Celle-ci est déterminée par la largeur et la profondeur du chenal et, dans l'équation du débit, elle est représentée par la surface de la section transversale. Il ressort clairement du levé des sections transversales et de l'analyse des images satellites que le chenal nord est plus profond que le chenal sud...

*Vitesse du courant* — La vitesse du courant est fonction de la pente du fond, du rayon hydraulique et du coefficient de rugosité ... le chenal nord possède une pente du fond plus forte; ses deux rives étant régulières (en comparaison de celles du chenal sud), la vitesse sera plus grande dans le chenal nord.

*Volume écoulé* — Le volume écoulé dans un chenal est le produit

product of channel capacity (cross-section area) and mean velocity through the cross-section.”

Namibia acknowledges that

“[p]ossible criteria for identifying the main channel in a river with more than one channel are the channel with the greatest width, or the greatest depth, or the channel that carries the largest proportion of the annual flow of the river. In many cases the main channel will have all three of these characteristics.”

It adds, however, referring to the sharp variations in the level of the Chobe’s waters, that: “neither width nor depth are suitable criteria for determining which channel is the main channel.” Namibia nevertheless further states the following:

“Various criteria may be employed; these include width, depth, velocity, discharge, and sediment transport capacity. Since discharge is the product of width, mean depth and mean velocity, and is a determinant of transport capacity, it is the most straightforward and general criterion.”

Among the possible criteria, Namibia therefore attaches the greatest weight to the amount of flow: according to Namibia, the main channel is the one “that carries the largest proportion of the annual flow of the river”. Namibia also emphasized that another key task was to identify the channel that is “most used for river traffic”.

30. The Court finds that it cannot rely on one single criterion in order to identify the main channel of the Chobe around Kasikili/Sedudu Island, because the natural features of a river may vary markedly along its course and from one case to another. The scientific works which define the concept of “main channel” frequently refer to various criteria: thus, in the *Dictionnaire français d’hydrologie de surface avec équivalents en anglais, espagnol, allemand* (Masson, 1986), the “main channel” is “the widest, deepest channel, in particular the one which carries the greatest flow of water” (p. 66); according to the *Water and Wastewater Control Engineering Glossary* (Joint Editorial Board Representing the American Public Health Association, American Society of Civil Engineers, American Water Works Association and Water Pollution Control Federation, 1969), the “main channel” is “the middle, deepest or most navigable channel” (p. 197). Similarly, in the *Rio Palena* Arbitration, the arbitral tribunal appointed by the Queen of England applied several criteria in determining the major channel of a boundary river (*Argentina-Chile Frontier Case* (1966), United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XVI, pp. 177-180; *International Law Reports (ILR)*, Vol. 38, pp. 94-98). The Court notes that the Parties have expressed their views on one or another aspect of the criteria mentioned in paragraph 29 above, distinguishing between them or placing emphasis

de la capacité du chenal (surface de la section transversale) et de la vitesse moyenne dans la section transversale.»

La Namibie admet que

«[l]es critères envisageables pour assurer l'identification du chenal principal d'un fleuve comportant plus d'un chenal sont: le chenal le plus large, le chenal le plus profond ou le chenal qui transporte la plus grande proportion de l'écoulement annuel de ce fleuve. Dans de nombreux cas, le chenal principal présente ces trois caractéristiques réunies.»

Elle ajoute cependant, évoquant les brusques variations du niveau des eaux du Chobe, que «[n]i la largeur ni la profondeur ne constituent des critères appropriés pour déterminer quel chenal est le chenal principal». La Namibie indique toutefois ce qui suit :

«On peut utiliser divers critères, notamment la largeur, la profondeur, la vitesse, le débit et la capacité de transport de sédiments. Le débit étant le produit de la largeur, de la profondeur moyenne et de la vitesse moyenne ainsi qu'un facteur déterminant de la capacité de transport, il constitue le critère le plus simple et le plus universel.»

Parmi les critères possibles, la Namibie accorde donc un poids décisif au débit: selon elle, le chenal principal est celui «qui déplace la plus grande proportion de l'écoulement annuel du fleuve». La Namibie a également fait valoir qu'une autre tâche essentielle consistait à déterminer le chenal qui est «le plus utilisé pour le trafic fluvial».

30. La Cour est d'avis que, pour identifier le chenal principal du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu, elle ne peut pas se fonder sur un seul et unique critère, car les caractéristiques naturelles d'un fleuve peuvent différer fortement le long de son cours et d'un cas à l'autre. Les ouvrages scientifiques qui définissent la notion de «chenal principal» font souvent référence à divers critères: ainsi, selon le *Dictionnaire français d'hydrologie de surface avec équivalents en anglais, espagnol, allemand* (Masson, 1986), le «chenal principal» est «le chenal le plus large, le plus profond, celui surtout qui transite les débits les plus importants» (p. 66); suivant le *Water and Wastewater Control Engineering Glossary* (Joint Editorial Board Representing the American Public Health Association, American Society of Civil Engineers, American Water Works Association and Water Pollution Control Federation, 1969), le «chenal principal» est le «chenal central, le plus profond ou le plus navigable» (p. 197). De même, dans l'arbitrage relatif au *Rio Palena*, le tribunal arbitral désigné par la reine d'Angleterre a appliqué plusieurs critères pour déterminer le chenal principal d'un fleuve frontalier (*Argentina-Chile Frontier Case* (1966), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XVI, p. 177-180; *International Law Reports (ILR)*, vol. 38, p. 94-98). La Cour remarque que les Parties se sont exprimées sur l'un ou l'autre aspect des critères mentionnés au paragraphe 29 ci-dessus, les dis-

on their complementarity and their relationship with other criteria. It will take into account all of these criteria.

31. Before coming to a conclusion on the respective role and significance of the various criteria thus chosen, the Court notes, on the basis of the information supplied by both Parties concerning the hydrological situation of Kasikili/Sedudu Island, that there are compelling reasons for assuming that this situation has seen no radical change over the last hundred years. The aerial photographs taken in 1925, 1943, 1947, 1962, 1972, 1977, 1981 and 1985 show no major mutation in the channels of the Chobe and indicate that the channels surrounding the Island remained relatively stable throughout that period of time. Moreover, the Parties are in agreement on this point. Namibia states on this count:

“Namibia’s position does not depend on any changes in the general configuration of the Island and the surrounding area since the Treaty was signed. Thus, Namibia accepts that there have been no significant changes in the location of the northern and southern channels since 1890.”

Similarly, Botswana affirms that there

“is a complete absence of any evidence of radical change in the course of the Chobe. Large scale maps both before and after the 1890 Anglo-German Agreement, prepared by those who had actually surveyed this stretch of the Chobe River, show an unchanged course.”

In short, the present hydrological situation of the Chobe around Kasikili/Sedudu Island may be presumed to be essentially the same as that which existed when the 1890 Treaty was concluded.

32. The Court will first examine the criterion of depth. According to Botswana’s experts, the mean depth of the northern channel is 5.70 metres, clearly exceeding the mean depth of the southern channel by 2.13 metres. As for the shallowest points, the depth is said to be 1.5 to 2 metres at the entry to the southern channel, i.e., a much shallower depth than in the northern channel.

Although Namibia agrees that the northern channel has the greater mean depth, it disputes that this conclusion is of any importance whatsoever for determining the main channel. It maintains that what is important in this respect is not mean depth but draught at the shallowest point of the channel; and it asserts that any differences between the shallowest points in the northern and southern channels are minute. For Namibia, the results of the 1985 Joint Survey (see paragraph 64 below) in respect of the minimum depth of the two channels (see Reply of Namibia, Vol. II, *Second supplementary report to the expert report on the identification of the main channel of the Chobe River at Kasikili Island, Fig. 14*) are incon-

tinguant ou mettant l'accent sur leur complémentarité et leurs rapports avec d'autres critères. Elle prendra en considération l'ensemble des critères ainsi mentionnés.

31. Avant de s'exprimer sur le rôle et l'importance respectifs des différents critères ainsi retenus, la Cour constatera, sur la base des indications fournies par les deux Parties quant à la situation hydrologique de l'île de Kasikili/Sedudu, qu'il y a de fortes raisons de supposer que cette situation n'a enregistré aucun changement radical durant les cent dernières années. Les photographies aériennes prises en 1925, 1943, 1947, 1962, 1972, 1977, 1981 et 1985 ne montrent aucune mutation importante des chenaux du Chobe et indiquent que ceux qui entourent l'île sont restés relativement stables tout au long de cette période. Du reste, les Parties sont d'accord sur ce point. La Namibie s'est à cet égard exprimée comme suit :

«la position de la Namibie ne dépend pas des modifications qu'aurait subies la configuration générale de l'île et de la zone environnante depuis la signature du traité. La Namibie reconnaît ainsi que l'emplacement des chenaux nord et sud ne s'est pas sensiblement modifié depuis 1890.»

Le Botswana affirme de même qu'il

«n'existe absolument aucun élément prouvant un changement radical du cours du Chobe. Les cartes à grande échelle établies avant et après l'accord anglo-allemand de 1890 par ceux qui ont effectué des levés de cette portion du Chobe indiquent que le cours n'a pas changé.»

En somme, la situation hydrologique actuelle du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu peut être présumée identique pour l'essentiel à celle qui existait lors de la conclusion du traité de 1890.

32. La Cour examinera en premier lieu le critère de la profondeur. Selon les experts du Botswana, la profondeur moyenne du chenal nord est de 5,70 mètres et dépasse ainsi nettement de 2,13 mètres la profondeur moyenne du chenal sud. En ce qui concerne les points les moins profonds, ils se situeraient à une profondeur de 1,5 mètre à 2 mètres à l'entrée du chenal sud, c'est-à-dire à une profondeur bien plus faible que dans le chenal nord.

La Namibie, même si elle souscrit à la conclusion que le chenal nord a la plus grande profondeur moyenne, conteste que cette conclusion revête une importance quelconque au regard de la détermination du chenal principal. Elle soutient que ce qui compte, à cet égard, ce n'est pas la profondeur moyenne mais le tirant d'eau au point le moins profond du chenal et elle fait valoir que les différences qui pourraient exister entre les points les moins profonds dans le chenal nord et le chenal sud sont infimes. Pour la Namibie, les résultats du levé conjoint de 1985 (voir paragraphe 64 ci-après) concernant la profondeur minimale des deux chenaux (voir réplique de la Namibie, vol. II, *Second rapport complémentaire au*

clusive, in so far as “the minimum thalweg depths of the two channels within the bifurcation zone were not determined” Namibia also introduced photographs showing a herd of elephants crossing the two channels of the Chobe, but produced no figures to show that the minimum depth of the southern channel was greater than that of the northern channel.

Notwithstanding all the difficulties involved in sounding the depth of the channels and interpreting the results, the Court concludes that the northern channel is deeper than the southern one as regards mean depth, and even as regards minimum depth.

33. The Court will now consider the criterion of width. The width of a river may increase or decrease in line with the variable level of its waters. In order to deal with this phenomenon, the width has often been determined on the basis of the low water mark (see, e.g., Article IX of the Boundary Convention between Baden and France of 30 January 1827 (De Clerq, *Recueil des Traités de la France*, Vol. III, pp. 429 *et seq.*); see also the judgment of the United States Supreme Court of 19 May 1933 in the case *Vermont v. New Hampshire*, *United States Reports*, Vol. 289, p. 619 (1933)) or the mean water level (see, e.g., the Arbitral Award rendered on 23 January 1933 by the Special Boundary Tribunal constituted by the Treaty of Arbitration between Guatemala and Honduras (*League of Nations Treaty Series*, Vol. 137, p. 259; *United Nations Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. II, p. 1365)), which offer an acceptable basis for defining the characteristic features of a watercourse (channels, centre, flow, etc.).

As early as 1912, Captain Eason, of the Bechuanaland Police, after having visited the area, described the northern channel as being twice the width of the southern channel (see paragraph 53 below). The aerial photographs of the area concerned taken between 1925 and 1985 show a northern channel that is wider than the southern one. The satellite pictures taken in June 1975, then in March 1995 and June 1996 — i.e., in both the dry and rainy seasons — show the northern channel as being wider than the southern channel. The Court concludes that apart from the season of flooding that is indeed the situation.

34. The Parties both agree that the flow, i.e., the volume of water carried, plays an important role, and for Namibia even a decisive role, in determining the main channel — although they do not reach the same conclusion.

According to the data submitted by Botswana,

“the northern channel conveys about twice as much flow as the southern channel. The mean discharge at Site II in the northern channel is 78.865 m<sup>3</sup>/s compared to 41.823 m<sup>3</sup>/s at Site I in the southern channel. . . . Notice that the ratio of roughly 1:2 between

*rapport d'expertise concernant l'identification du chenal principal du Chobe à la hauteur de l'île de Kasikili*, graphique 14) ne sont pas concluants, dans la mesure où «la profondeur minimale des thalwegs des deux chenaux dans la zone de bifurcation n'avait pas été déterminée». La Namibie a également présenté des photographies montrant un groupe d'éléphants traversant les deux chenaux du Chobe; elle ne produit cependant pas de chiffres pour démontrer que la profondeur minimale du chenal sud serait plus grande que celle du chenal nord.

Nonobstant toutes les difficultés que présentent la réalisation de sondages de profondeur et l'interprétation de leurs résultats, la Cour parvient à la conclusion que le chenal nord est plus profond que le chenal sud en termes de profondeur moyenne, et l'est même en termes de profondeur minimale.

33. La Cour passe maintenant au critère de la largeur. La largeur d'un fleuve peut augmenter ou diminuer en fonction du niveau variable de ses eaux. En raison de ce phénomène, on a souvent déterminé la largeur en fonction des basses eaux (voir par exemple l'article IX du traité de délimitation entre la France et le Grand-Duché de Bade du 30 janvier 1827 (De Clerq, *Recueil des traités de la France*, vol. III, p. 429 et suiv.); voir aussi l'arrêt, en date du 19 mai 1933, de la Cour suprême des Etats-Unis en l'affaire *Vermont c. New Hampshire*, *United States Reports*, vol. 289, p. 619 (1933)) ou d'après le niveau moyen des eaux (voir par exemple la sentence arbitrale rendue le 23 janvier 1933 par le tribunal spécial de délimitation constitué en exécution du traité d'arbitrage entre le Guatemala et le Honduras (*Recueil des traités de la Société des Nations*, vol. 137, p. 259; Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. II, p. 1365)), ce qui offre une base acceptable pour définir les caractéristiques d'un cours d'eau (chenaux, centre, débit, etc.).

Dès 1912, le capitaine Eason, de la police du Bechuanaland, a décrit le chenal nord comme deux fois plus large que le chenal sud, après s'être rendu sur le site (voir paragraphe 53 ci-après). Les photographies aériennes prises entre 1925 et 1985 au-dessus de la région en question montrent un chenal nord plus large que le chenal sud. Les images satellites réalisées en juin 1975, puis en mars 1995 et en juin 1996 — c'est-à-dire aussi bien pendant la saison sèche que pendant la saison des pluies — font apparaître le chenal nord comme étant plus large que le chenal sud. La Cour en conclut qu'hors la période des inondations telle est bien la situation.

34. Les Parties sont d'accord pour donner une grande importance, voire une importance décisive selon la Namibie, au débit — c'est-à-dire au volume d'eau transportée — pour la détermination du chenal principal, mais sans pour autant arriver à la même conclusion.

Selon les données présentées par le Botswana,

«le débit du chenal nord est à peu près le double de celui du chenal sud. Le débit moyen à la station II dans le chenal nord est de 78,865 mètres cubes par seconde, contre 41,823 mètres cubes par seconde à la station I dans le chenal sud... Le rapport approximatif de un à

the mean discharges of the southern and northern channels also applies to the median and maximum discharges.”

Namibia criticizes this choice of gauging points, as well as the methods used, and disputes the accuracy of the figures provided by Botswana. For its part, it contends that

“the southern channel carries not only the major portion, but substantially all of the flow of the River in the vicinity of Kasikili Island, while the northern channel has almost no longitudinal flow and is little more than a relict channel of the Zambezi floodplain”.

Namibia provides the following figures for the volume of flow during the period from 30 April to 2 May 1998:

“In the main channel to the south of the Island, the flow was 247 m<sup>3</sup>/s, i.e., almost 60% of the total. In the northern channel it was 188 m<sup>3</sup>/s.”

35. The Court is not in a position to reconcile the figures submitted by the Parties, who take a totally different approach to the definition of the channels concerned. In Botswana’s presentation, the two channels around Kasikili/Sedudu Island are those visible on the map (reproduced on page 1068 of this Judgment). For its part, Namibia argues, placing particular reliance on certain maps and images, in support of the existence of a major channel of the Chobe, of which the southern channel — visible throughout the year except when the river is in flood — merely constitutes the thalweg (see the aerial photograph reproduced on page 1069 of this Judgment). According to Namibia, “the left bank [of this large channel] is marked by the line of high ground crossing the Island in a west-east direction”. This is the channel said to carry “the largest proportion of the annual flow of the river” and therefore to constitute the main channel of the Chobe in the sector of Kasikili/Sedudu Island. On a number of the photographs and maps submitted by Namibia (including the photograph reproduced on page 1069 of this Judgment), the banks of this channel, described as the main channel, are shown by means of arrows or by a continuous line.

36. Botswana vigorously disputes the existence of this channel. It states the following:

“[Firstly], 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.”



deux entre les débits moyens des chenaux nord et sud s'applique également aux débits médians et aux débits maximaux.»

La Namibie critique le choix des points ainsi retenus aux fins des jaugeages ainsi que les méthodes appliquées, et conteste l'exactitude des chiffres fournis par le Botswana. Elle soutient pour sa part que

«le chenal sud déplace non pas simplement la plus grande partie, mais la quasi-totalité des eaux du fleuve au voisinage de l'île de Kasikili, alors que l'écoulement longitudinal des eaux dans le chenal nord est quasi inexistant et que celui-ci n'est guère plus qu'un chenal résiduel de la plaine d'inondation du Zambèze».

Quant au volume du débit, la Namibie avance les chiffres suivants pour la période du 30 avril au 2 mai 1998 :

«Dans le chenal principal, au sud de l'île, le débit était de 247 m<sup>3</sup>/s, c'est-à-dire presque 60% de l'écoulement. Dans le chenal nord, il était de 188 m<sup>3</sup>/s.»

35. La Cour n'est pas en mesure de concilier les chiffres présentés par les Parties, qui ont une conception tout à fait différente de ce que sont les chenaux en question. Dans les exposés du Botswana, les deux chenaux autour de l'île de Kasikili/Sedudu sont ceux qui sont visibles sur la carte reproduite à la page 1068 du présent arrêt. Pour sa part, la Namibie plaide, en insistant sur certaines cartes et reproductions, l'existence d'un grand chenal du Chobe, dont le chenal sud — visible pendant toute l'année, excepté au cours de la période des crues — ne constituerait que le thalweg (voir la photographie aérienne reproduite à la page 1069 du présent arrêt). Suivant la Namibie, «[l]a rive gauche [de ce grand chenal] est marquée par la ligne de terres hautes qui traverse l'île dans le sens ouest-est». C'est ce grand chenal qui, selon la Namibie, transporterait «la plus grande fraction du débit annuel du fleuve» et qui constituerait en conséquence le chenal principal du Chobe dans le secteur de l'île de Kasikili/Sedudu. Sur plusieurs photographies et cartes présentées par la Namibie (dont la photographie reproduite à la page 1069 du présent arrêt), les rives de ce chenal, qualifié de principal, ont été marquées par des flèches ou par une ligne continue.

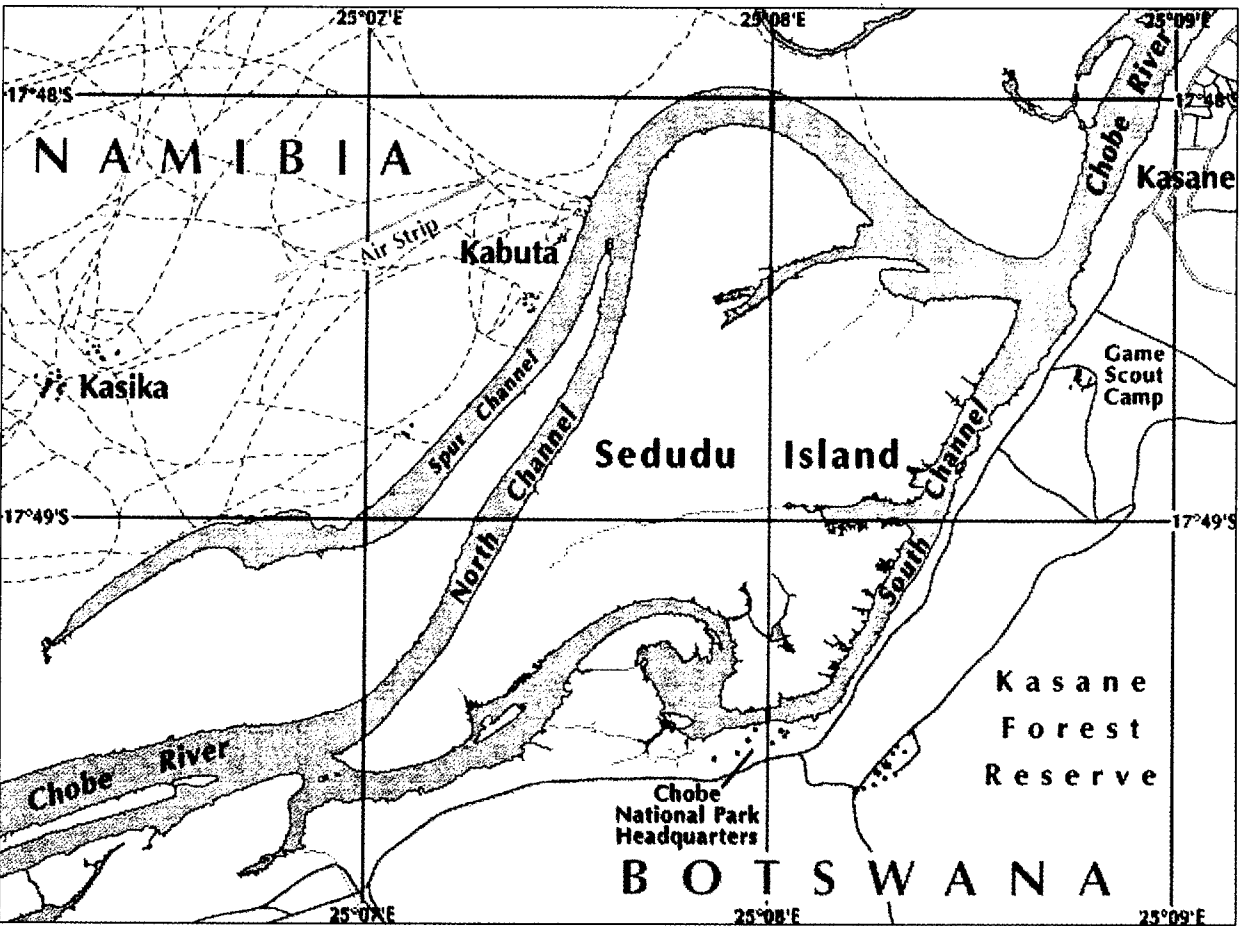
36. Le Botswana conteste vigoureusement l'existence de ce chenal. Il expose ce qui suit :

«[Premièrement], la voie d'eau qui, selon l'hypothèse avancée par la Namibie, traverserait l'île, occupe de 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. 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.»

MAP SHOWING THE TWO CHANNELS AROUND KASIKILI/SEDUDU ISLAND

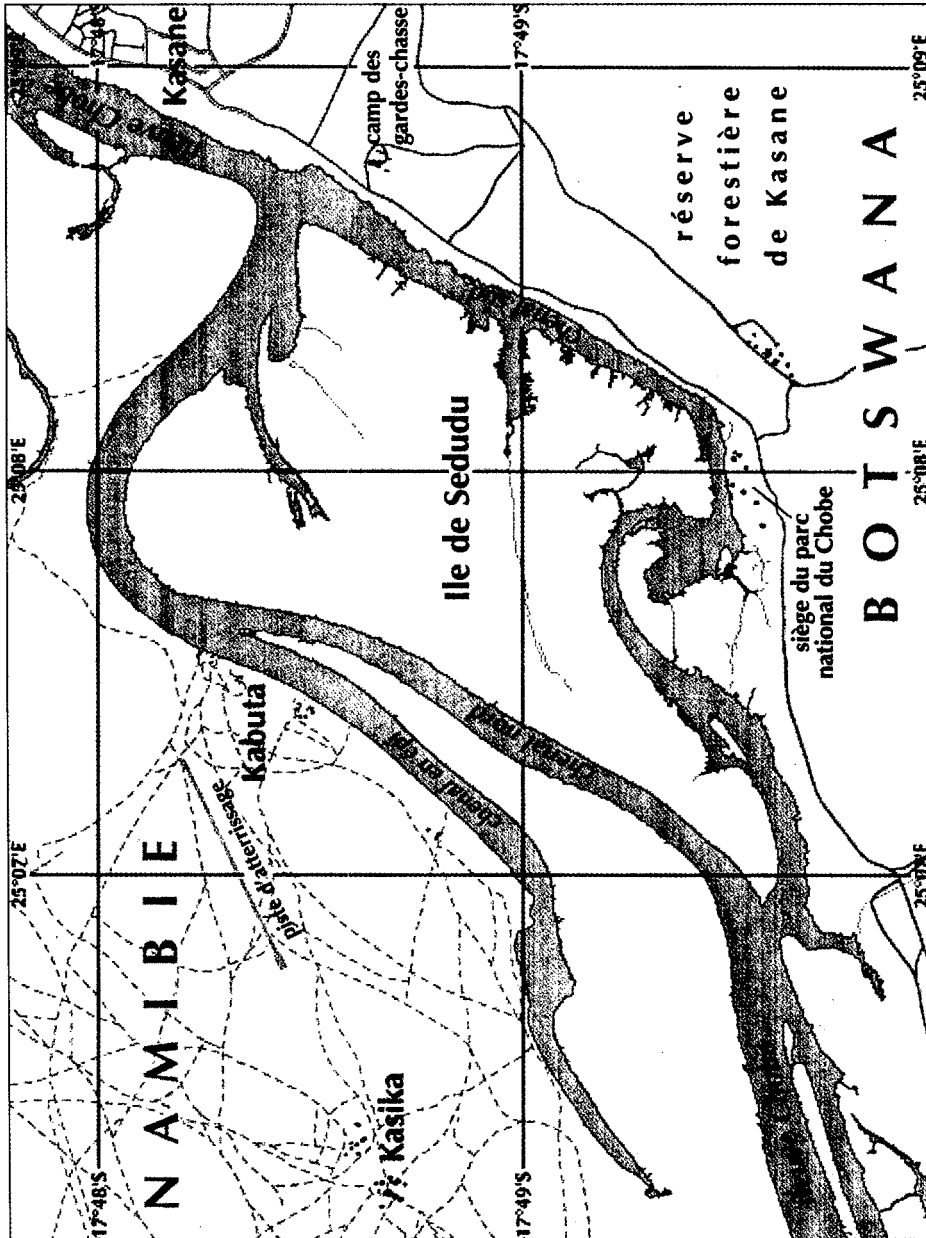
ACCORDING TO BOTSWANA

(Source : Botswana Judges' Folder — Section 4)



CARTE REPRÉSENTANT LES DEUX CHENAUx AUTOUR DE L'ÎLE  
DE KASIKILI/SEDUDU SELON LE BOTSWANA

(Source : Quatrième partie du dossier d'audience du Botswana. Original en anglais.)



Emerging sediment bars after the passage of the seasonal flow in the river

Inflow into the northern channel directly from the Zambezi River has already ceased



**No 1.4** NOTE: The flow in the Chobe River at Kasikili Island is seasonal, with no flow taking place in the dry season. During the dry season the water in the northern and southern channels is stagnant. During the wet season as flow commences the sediment bars in the main channel become inundated and flow takes place through the full width of the main channel. After the passage of the annual flow the water level drops, the sediment bars emerge, the flow ceases, and the water within the northern and southern channels becomes stagnant once more.

**Figure 18**  
The location of the main channel  
of the Chobe River at Kasikili Island.

Date of photography 5 June 1997

Des barres de sédiments émergent après  
le passage de la crue saisonnière dans le fleuve

L'écoulement dans le chenal nord qui arrive  
directement du Zambèze a déjà pris fin



NOTE : La crue du Chobe au niveau de l'île de Kasikili est saisonnière, il n'y a pas d'arrivée d'eau pendant la saison sèche. A cette période, l'eau est stagnante dans les chenaux nord et sud. Pendant la saison des pluies, au moment où l'eau commence à monter, les barres de sédiments situées dans le chenal principal sont recouvertes et l'écoulement a lieu sur toute la largeur du chenal principal. Après le passage de la crue annuelle, le niveau de l'eau baisse, les barres de sédiments émergent, l'écoulement s'arrête, et l'eau des chenaux nord et sud redevient stagnante.

**N° 1.4**

**Figure 18**  
Emplacement du chenal principal du Chobe  
au niveau de l'île de Kasikili

Photographie prise le 5 Juin 1997

PHOTOGRAPHIE REPRÉSENTANT LES DEUX CHENAUX AUTOUR DE L'ÎLE  
DE KASIKILI/SEDUDU SELON LA NAMIBIE  
(Source : Document n° 1.4 du dossier d'audience de la Namibie. Original en anglais.)

In short, Botswana states, 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”.

37. The Court is of the opinion that the determination of the main channel must be made according to the low water baseline and not the floodline (see in this regard the practice referred to in paragraph 33 above). The evidence shows that when the river is in flood, the Island is submerged by flood water and the entire region takes on the appearance of an enormous lake. Since the two channels are then no longer distinguishable, it is not possible to determine the main channel in relation to the other channel. As for the channel described by Namibia as the main channel, the Court finds that the largest part of its bed remains dry for the greater part of the year. High sand bars which are among the highest points of the Island (927 metres above sea-level) are found there, but it must also be noted that it was in this bed that cultivation took place, according to the evidence of a 1943 aerial photograph submitted by both Parties. It is difficult to accept that this bed, generally dry, and which would occupy the south-western part of the Island, can be the bed of the main channel. The Court therefore is not persuaded by Namibia’s argument concerning the existence of this major “main” channel whose visible southern channel would merely constitute the thalweg.

38. Namibia emphasizes the importance of the Chobe Ridge in the area in question as a “stable and clearly visible escarpment some 50 metres high”; it uses this as an argument for determining the main channel, by maintaining that the right bank of the southern channel, which follows the Chobe Ridge, has certain characteristics (“a steep, well-defined bank with a strip of riverine vegetation along it”) that make it readily identifiable. The Court would observe that, even if one part of the right bank of this channel is easily identifiable from a distance, other parts of this bank are not, and neither is the left bank. The Court is therefore unable to conclude that, in terms of visibility — or of general physical appearance — the southern channel is to be preferred to the northern channel.

39. The Court turns now to the criteria put forward by Botswana concerning “bed profile configuration”. The Court finds that the northern channel of the Chobe, around Kasikili/Sedudu Island, does not contain any of the meanders that are so typical of the secondary branches of watercourses. The southern channel, however, does show such meanders. Namibia indeed acknowledges the curved nature of the southern channel but, in light of the sediment deposition, draws contrary conclusions with regard to the importance of this channel. Having examined the arguments, maps and photographs put forward by the Parties, the Court is unable to conclude that, from its bed configuration, the southern channel constitutes the principal and natural prolongation of the course of the Chobe before the bifurcation.

En somme, le Botswana affirme qu'il n'existe

« aucun élément de preuve indépendant étayant l'existence d'un « chenal » et encore moins d'un chenal « principal », selon les termes de l'article III de l'accord anglo-allemand de 1890, qui traverserait l'île »

37. La Cour est d'avis que, pour déterminer le chenal principal, elle doit tenir compte de la laisse des basses eaux, et non des lignes de crues (voir à cet égard la pratique déjà mentionnée au paragraphe 33 ci-dessus). Il ressort d'ailleurs du dossier que, en temps de crues, l'île est submergée par les inondations et toute la région prend l'apparence d'un lac immense. Les deux chenaux n'étant plus distinguables, il n'est pas possible de déterminer lequel de ces chenaux est le chenal principal. En ce qui concerne le chenal qualifié de principal par la Namibie, la Cour a constaté que la plus grande partie de son lit reste à sec pendant la majeure partie de l'année. On y trouve des hautes barres de sable qui sont parmi les points les plus élevés de l'île (927 mètres au-dessus du niveau de la mer), mais il est également à relever que des cultures y ont été pratiquées, d'après ce que montre une photographie aérienne de 1943 produite par les deux Parties. Il est difficile d'admettre que ce lit, généralement à sec, et qui occuperait la partie sud-ouest de l'île, puisse être le lit du chenal principal. La Cour n'est en conséquence pas convaincue par l'argumentation de la Namibie concernant l'existence de ce grand chenal « principal », dont le chenal sud visible ne serait que le thalweg.

38. La Namibie souligne l'importance, dans la zone en litige, de l'arête du Chobe comme « escarpement d'une cinquantaine de mètres de haut, stable, bien visible »; elle en tire argument pour déterminer le chenal principal en prétendant que la rive droite du chenal sud, qui suit l'arête du Chobe, présente certaines caractéristiques (pente raide, contours bien définis, bande de végétation riveraine) qui la rendent facilement reconnaissable. La Cour observera que, si une partie de la rive droite de ce chenal est bien reconnaissable à distance, d'autres secteurs de cette rive, de même que la rive gauche, ne le sont pas. La Cour ne peut donc en conclure que, du point de vue de la visibilité — ou physionomie générale —, le chenal sud l'emporte sur le chenal nord.

39. La Cour en arrive ensuite aux critères présentés par le Botswana et ayant trait à « la configuration du profil du lit du chenal ». Elle constate que le chenal nord du Chobe, autour de l'île de Kasikili/Sedudu, ne contient pas de ces sinuosités si caractéristiques des bras secondaires des cours d'eau. Le chenal sud montre au contraire de telles sinuosités. Aussi bien le caractère sinueux du chenal sud est-il admis par la Namibie, mais pour en tirer des conclusions opposées quant à l'importance de ce chenal, compte tenu du dépôt des sédiments. Ayant examiné les arguments développés par les Parties, ainsi que les cartes et photographies qu'elles ont produites, la Cour ne peut en conclure que, par la configuration du profil de son lit, le chenal sud constituerait le prolongement principal et naturel du cours du Chobe avant la bifurcation.

40. The navigability of a watercourse is the combined result of its depth, its width and the volume of water it carries, taking account of natural obstacles such as waterfalls, rapids, shallow points, etc., along its course. The Parties to the dispute do not accord equal importance to navigability in the determination of the main channel of the Chobe. Botswana maintains that “in the period at which the [1890] Treaty was concluded . . . navigability and access to navigable waters were primary considerations in the minds of the negotiators”. In Namibia’s view, on the other hand, “it would be anomalous to apply a criterion of navigability to a river boundary that is non-navigable for most of its length”; Namibia attaches no less importance to the actual use of the southern channel of the Chobe around Kasikili/Sedudu Island for the purpose of navigation by tourist vessels.

The Court notes that the navigability of watercourses varies greatly, depending on prevailing natural conditions. Those conditions can prevent the use of the watercourse in question by large vessels carrying substantial cargoes, but permit light flat-bottomed vessels to navigate. In the present case, the data furnished by the Parties tend to prove that the navigability of the two channels around Kasikili/Sedudu Island is limited by their shallowness. This situation inclines the Court to the view that, in this respect, the “main channel” in this part of the Chobe is that of the two which offers more favourable conditions for navigation. In the Court’s view, it is the northern channel which meets this criterion.

In 1947, Mr. W. Ker, the proprietor of the Zambezi Transport & Trading Company, sought permission to transport timber by barge via the northern channel of the Chobe from Serondella (upstream) to Katambora (downstream), the southern channel being unusable for that purpose (see paragraph 56 below). The Court has no information regarding the volume of timber carried, the duration of this undertaking or its success; nor has it been informed of other attempts which may have been made to utilize the Chobe for navigational purposes. This absence of data enables the Court to conclude that the economic importance of navigation, even in the northern channel, has remained slight. However, it follows from the Trollope-Redman correspondence of 1948 — which correspondence the Court will consider later (see paragraph 58 below) — that the northern channel of the Chobe was regarded as a “stretch of water . . . navigable and giv[ing] access to the higher reaches of the Chobe — [unlike] the southern channel”. This correspondence also indicates that “the Southern Channel [was] not navigable by [timber] barges when the river [was] not in flood”.

Moreover, the use of the southern channel by flat-bottomed tourist boats does not in itself prove that the latter offers more favourable conditions for navigation than the northern channel. In the view of the Court, the presence of these tourist boats in the southern channel is attributable to the spectacle of large wild animals and the wealth of fauna



40. La navigabilité d'un cours d'eau est la résultante tout à la fois de la profondeur de ce cours d'eau, de sa largeur et du volume de l'eau qui y est transportée, compte tenu des obstacles naturels tels que chutes d'eau, rapides, hauts-fonds, etc., qui marquent son cours. Les Parties au différend n'accordent pas la même importance à la navigabilité dans la détermination du chenal principal du Chobe. Le Botswana soutient «qu'au moment de la conclusion du traité [de 1890] la navigabilité et l'accès aux voies navigables représentaient, dans l'esprit des négociateurs, des considérations essentielles». En revanche, selon la Namibie, «il serait anormal d'appliquer le critère de la navigabilité à un cours d'eau frontalier qui n'est pas navigable sur la plus grande partie de son cours»; la Namibie n'en attache pas moins de l'importance à l'utilisation effective du chenal sud du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu aux fins de la navigation touristique.

La Cour relève que la navigabilité des cours d'eau présente une grande diversité selon les conditions naturelles qui prévalent. Ces conditions peuvent empêcher l'utilisation du cours d'eau en question par des navires à fort tonnage chargés de marchandises, mais permettre la circulation de bateaux légers à fond plat. En l'espèce, les données fournies par les Parties tendent à prouver que la navigabilité des deux chenaux autour de l'île de Kasikili/Sedudu est limitée par leur manque de profondeur. Cette situation incite la Cour à considérer que, de ce point de vue, le «chenal principal» dans cette région du Chobe, est celui des deux qui offre les conditions les plus favorables à la navigation. De l'avis de la Cour, c'est le chenal nord qui répond à ce critère.

En 1947, M. W. Ker, propriétaire de la firme Zambezi Transport & Trading, demanda la permission de transporter du bois d'œuvre par barges de Serondella (en amont) à Katambora (en aval) par le chenal nord du Chobe, le chenal sud n'étant pas utilisable pour ce transport (voir paragraphe 56 ci-après). La Cour ne dispose pas de renseignements concernant le volume du bois transporté, la durée de l'entreprise ou sa réussite; elle n'a pas été davantage informée d'autres tentatives qui auraient été faites pour utiliser le Chobe à des fins de navigation. Cette absence d'informations permet à la Cour de conclure que l'importance économique de la navigation, même dans le chenal nord, est restée limitée. Toutefois, il ressort de la correspondance Trollope-Redman de 1948 — que la Cour examinera plus tard (voir paragraphe 58 ci-après) — que le chenal nord du Chobe a été considéré comme «un tronçon du cours d'eau ... navigable donn[ant] accès à des portions plus en amont du Chobe — [contrairement au] chenal sud». Il ressort aussi de cette correspondance que les barges de transport de bois d'œuvre ne pouvaient «transiter par le chenal sud lorsque le fleuve n'[était] pas en crue».

Par ailleurs, l'utilisation du chenal sud par des embarcations touristiques à fond plat ne prouve pas pour autant que celui-ci offrirait des conditions plus favorables à la navigation que le chenal nord. La Cour estime en effet que ce sont le spectacle des grands animaux sauvages et la richesse de la faune des rives du chenal sud qui expliquent la présence

on the banks of the southern channel. The economic importance of tourism in the southern channel does not alter its conditions of navigability. The Court cannot therefore regard the amount of tourist craft in the southern channel as a reason for modifying the conclusion that it has reached above.

41. For the foregoing reasons, the Court concludes that, in accordance with the ordinary meaning of the terms that appear in the pertinent provision of the 1890 Treaty, the northern channel of the River Chobe around Kasikili/Sedudu Island must be regarded as its main channel.

42. This conclusion is supported by the results of various on-site investigations, as recorded in the reports drawn up on those occasions. The Court will revert in greater detail to these reports when it considers their legal significance in the course of its examination of the conduct of the Parties subsequent to the 1890 Treaty (see paragraphs 52-70 below). At this stage it would nonetheless note the following points:

- (1) in 1912, Captain H. E. Eason, of the Bechuanaland Police, travelled through the area in question and concluded as follows in his reconnaissance report:

“Here [i.e., around Kissikiri (Kasikili) Island], I consider that undoubtedly the north should be claimed as the main channel. At the western end of the island the north channel at this period of the year is over one hundred feet wide and 8 feet deep, the south channel about forty feet wide and four feet deep. The south channel is merely a back water, what current there is goes round the North”

- (2) a joint report drawn up on 19 January 1948 by Messrs. L. F. W. Trollope and N. V. Redman, respectively Magistrate of the Eastern Caprivi Strip and District Commissioner at Kasane (Bechuanaland), contains the following conclusions on this point:

“We express the opinion that the ‘main Channel’ lies in the waterway which would include the island in question in the Bechuanaland Protectorate”;

- (3) the joint report drawn up on 15 July 1985 by a joint team of experts from South Africa and Botswana resulted in the following conclusion: “The main channel of the Chobe River now passes Sidudu/Kasikili Island to the west and to the north of it.”

Thus, the three on-site surveys carried out at different times concluded that the main channel of the River Chobe was the northern channel.

\*

43. The Court will now consider how and to what extent the object and purpose of the treaty can clarify the meaning to be given to its terms.

dans ce chenal de ces bateaux de tourisme. L'importance économique du tourisme dans le chenal sud ne change pas les conditions de sa navigabilité. La Cour ne saurait donc voir dans le nombre des bateaux de tourisme circulant dans le chenal sud une raison de modifier la conclusion à laquelle elle est parvenue ci-dessus.

41. Pour les motifs qui précèdent, la Cour conclut que le chenal nord du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu doit être considéré comme son chenal principal suivant le sens ordinaire des termes figurant dans la disposition pertinente du traité de 1890.

42. Cette conclusion est étayée par les résultats des divers examens faits sur place, tels que consignés dans les rapports rédigés à ces occasions. La Cour reviendra plus en détail sur ces rapports lorsqu'elle s'interrogera sur leur portée juridique dans le cadre de son analyse de la conduite ultérieure des parties au traité de 1890 (voir paragraphes 52-70 ci-après). Elle notera toutefois dès maintenant les éléments qui suivent :

1) en 1912, le capitaine H. E. Eason, de la police du Bechuanaland, a traversé la région en question et a conclu dans son rapport de reconnaissance :

«Là [c'est-à-dire autour de l'île de Kissikiri (Kasikili)] j'estime que c'est sans aucun doute le chenal nord qui doit être considéré comme le chenal principal. A l'extrémité occidentale de l'île, en cette période de l'année, le chenal nord est large de plus de 100 pieds [30,50 mètres] et sa profondeur est de 8 pieds [2,40 mètres], et le chenal sud a une largeur d'environ 40 pieds [12,20 mètres] et une profondeur de 4 pieds [1,20 mètre]. Ce chenal sud est principalement un bras mort et, s'il y a du courant, celui-ci s'écoule vers le nord»;

2) un rapport conjoint rédigé le 19 janvier 1948 par MM. L. F. W. Trollope et N. V. Redman, respectivement magistrat de la partie orientale de la bande de Caprivi et commissaire de district de Kasane (Bechuanaland), contient sur ce point les conclusions suivantes :

«Nous sommes également d'avis que le «chenal principal» se trouve au niveau de la voie d'eau qui inclurait l'île [de Kasikili] en question dans le protectorat du Bechuanaland»;

3) quant au rapport conjoint établi le 15 juillet 1985 par une commission mixte d'experts de l'Afrique du Sud et du Botswana, il a donné lieu à la conclusion ci-après : «Le chenal principal du fleuve Chobe contourne maintenant l'île de Sidudu/Kasikili en ses points ouest et nord.»

Ainsi, les trois examens effectués sur le site à différentes époques ont conduit à la conclusion que le chenal principal du Chobe était le chenal nord.

\*

43. La Cour recherchera maintenant comment et dans quelle mesure l'objet et le but du traité peuvent clarifier le sens à attribuer à ses termes.

While the treaty in question is not a boundary treaty proper but a treaty delimiting spheres of influence, the Parties nonetheless accept it as the treaty determining the boundary between their territories. The major concern of each contracting party was to protect its sphere of influence against any intervention by the other party and to obviate any risk of future disputes. Article VII of the 1890 Treaty is worded as follows:

“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.”

The contracting powers, by opting for the words “centre of the main channel”, intended to establish a boundary separating their spheres of influence even in the case of a river having more than one channel. They possessed only rudimentary information about the Chobe’s channels. If they knew that such channels existed, their number, features, navigability, etc., and their relative importance remained unknown to them. This situation explains the method adopted to define the southern boundary of the Caprivi Strip.

The Court stated in the *Temple of Preah Vihear (Merits)* case:

“There are boundary treaties which do no more than refer to a watershed line, or to a crest line, and which make no provision for any delimitation in addition.” (*I.C.J. Reports 1962*, p. 34.)

In that Judgment the Court added that this was “an obvious and convenient way of describing a frontier line objectively, though in general terms” (*ibid.*, p. 35). In the present case, the contracting parties employed a similar approach.

44. The Court notes that navigation appears to have been a factor in the choice of the contracting powers in delimiting their spheres of influence. The great rivers of Africa traditionally offered the colonial powers a highway penetrating deep into the African continent. It was to gain access to the Zambezi that Germany sought “a strip of territory which shall at no point be less than 20 English miles in width” — terms which were eventually included in the provisions of Article III, paragraph 2, of the Treaty. Admittedly, this strip of territory did provide access to the Zambezi, but its southern boundary was formed by the Chobe River, which was apparently assumed to be navigable, as suggested by the use of

Il s'agit en l'espèce non d'un traité délimitant des frontières à proprement parler mais d'un traité délimitant des sphères d'influence, que les Parties acceptent néanmoins comme le traité déterminant la frontière entre leurs territoires. Le principal souci de chaque partie contractante était de protéger la sphère soumise à son influence contre toute intervention de l'autre et d'exclure tout risque de différends futurs. L'article VII du traité de 1890 est ainsi libellé :

« Les deux puissances s'engagent à ne pas intervenir dans une sphère d'influence attribuée à l'autre puissance en vertu des articles I à IV. Chaque puissance s'interdit, à l'intérieur de la sphère d'influence de l'autre puissance, de procéder à des acquisitions, de conclure des traités, d'accepter des droits souverains ou des protectorats ou de contrarier l'expansion de l'influence de l'autre puissance.

Il est entendu qu'aucune personne physique ou morale de l'une ou de l'autre puissance ne peut exercer de droits souverains dans une sphère attribuée à l'autre puissance, sans le consentement de cette dernière. »

Les puissances contractantes, en choisissant les termes « centre du chenal principal », avaient l'intention d'établir une frontière séparant leurs sphères d'influence même dans le cas d'un cours d'eau ayant plusieurs chenaux. Sur les chenaux du Chobe, elles ne possédaient que des informations rudimentaires. Si elles savaient que de tels chenaux existaient, en revanche leur nombre, leurs particularités, leur navigabilité, etc., et leur importance relative demeuraient pour elles inconnus. Cette situation explique la méthode choisie pour définir la frontière méridionale de la bande de Caprivi.

La Cour a déclaré dans l'affaire du *Temple de Préh Vihéar (fond)* :

« Il existe des traités définissant des frontières qui se bornent à se référer à la ligne de partage des eaux ou à la ligne de crête, sans prévoir en outre une délimitation. » (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 34.)

Elle a ajouté dans son arrêt que c'est « une façon évidente et commode de décrire la frontière objectivement quoique en termes généraux » (*ibid.*, p. 35). En l'occurrence, les parties contractantes ont adopté une approche similaire.

44. La Cour observe que la navigation semble avoir été un élément qui a orienté le choix des puissances contractantes lorsqu'elles ont procédé à la délimitation de leurs sphères d'influence. En effet, les grands fleuves de l'Afrique ont traditionnellement offert aux puissances colonisatrices des voies de pénétration à l'intérieur du continent africain. C'est pour avoir un accès au Zambèze que l'Allemagne a exigé « une bande de territoire dont la largeur ne pourra[it] être inférieure à 20 miles anglais » — termes qui furent finalement repris dans les dispositions du paragraphe 2 de l'article III du traité. Cette bande de territoire permet certes d'accéder au Zambèze, mais elle a comme frontière méridionale le Chobe, qui était

the word “thalweg” in the text of the German version of the Treaty. The difficulties of the land route owing to regular flooding, and the obstacles to navigation on the Chobe, were, in all probability, little known at the time.

45. The fact that the words “centre of the main channel” were included in the draft Treaty on the initiative of the British Government suggests that Great Britain no less than Germany sought to have access to the Zambezi. In order to mark the separation of their spheres of influence, the contracting parties chose “the centre of the main channel” of the Chobe, thus ensuring that there was a well-defined, recognizable boundary, in a watercourse that was assumed to be navigable. There are grounds for thinking that one of the reasons underlying their decision was navigation, but the Court does not consider that navigation was the sole objective of the provisions of Article III, paragraph 2, of the Treaty. In referring to the main channel of the Chobe, the parties sought both to secure for themselves freedom of navigation on the river and to delimit as precisely as possible their respective spheres of influence.

\* \*

46. The *travaux préparatoires* of the Treaty concerning south-west Africa and the Caprivi Strip in particular support this reasoning.

Initial attempts to record the parties' agreement described the boundary simply as following the course of the Chobe, without reference to any channel. Article II of the provisional agreement initialled by Lord Salisbury and Count Hatzfeldt on 17 June 1890 stipulated:

“The frontier between the German territory and the English territory in the south-west of Africa shall follow, from the point which has been agreed upon in previous arrangements, the 22nd degree of south latitude (leaving Lake Ngami to England), to the east up to the 21st degree of longitude; from thence to the north to where that degree touches the 18th degree of south latitude. Thence, the line of demarcation shall be carried to the east along the centre of the River Tschobi, up to the point where it flows into the Zambesi.”

The text subsequently prepared by the British and German negotiators, and transmitted to the British Foreign Office on 21 June 1890, as “a draft of the Articles of Agreement” was worded:

“[The boundary] runs eastward along that parallel till it reaches the River Chobe, and descends the centre of that river to its junction with the Zambesi, where it terminates. It is understood that, under this arrangement, Germany shall have free access from her Protectorate to the Zambesi by the Chobe.”

On 25 June 1890, the British side proposed the following wording: “In

apparemment supposé être navigable comme le suggère l'utilisation du terme «thalweg» dans le texte allemand du traité. Les difficultés que posait la voie terrestre à cause des inondations régulières, ainsi que les obstacles à la navigation sur le Chobe, étaient, selon toute probabilité, mal connus à l'époque.

45. Le fait que les termes «centre du chenal principal» ont été inclus dans le projet de traité à l'initiative du Gouvernement britannique laisse supposer que la Grande-Bretagne entendait tout autant que l'Allemagne avoir un accès au Zambèze. Les parties contractantes, pour séparer leurs sphères d'influence, ont choisi «le centre du chenal principal» du Chobe, assurant ainsi une frontière sûre et reconnaissable à distance dans une voie d'eau supposée navigable. Il est permis de penser que la navigation a été l'un des motifs à la base de leur décision, mais la Cour ne considère pas qu'elle ait été le seul but des dispositions du paragraphe 2 de l'article III du traité. En se référant au chenal principal du Chobe, les parties entendaient à la fois s'assurer la libre navigation sur ce fleuve et procéder à une délimitation aussi précise que possible de leurs sphères d'influence respectives.

\* \*

46. Les travaux préparatoires du traité concernant le sud-ouest de l'Afrique et notamment la bande de Caprivé appuient ce raisonnement.

Les premiers essais ayant pour objet de rendre compte de l'accord des parties décrivaient simplement la frontière comme suivant le cours du Chobe, sans référence à aucun chenal. L'accord provisoire paraphé le 17 juin 1890 par lord Salisbury et le comte Hatzfeldt stipulait à son article II:

«La frontière entre le territoire allemand et le territoire anglais du sud-ouest de l'Afrique suivra, à partir du point qui a été convenu dans des arrangements antérieurs, le 22<sup>e</sup> degré de latitude sud (en laissant le lac Ngami à l'Angleterre) à l'est jusqu'au 21<sup>e</sup> degré de longitude, allant de là au nord où ce degré touche le 18<sup>e</sup> degré de latitude sud. De là, la ligne de démarcation se portera à l'est, longeant le centre du fleuve Tschobi jusqu'à son confluent avec le Zambèze.»

Le texte établi ensuite par les négociateurs britanniques et allemands et transmis au Foreign Office le 21 juin 1890 sous forme de projet d'accord se lisait ainsi:

«[La frontière] longe ce parallèle vers l'est jusqu'au Chobe et suit le centre de ce fleuve jusqu'à son confluent avec le Zambèze, où elle s'arrête. Il est entendu qu'en vertu du présent arrangement l'Allemagne aura libre accès de son protectorat au Zambèze par le Chobe.»

Le 25 juin 1890, la partie britannique proposa ce qui suit: «A l'article

paragraph 2 of Article III, after the words ‘the River Chobe, and descends the centre of’, the words ‘the main channel of’ should be inserted.”

The proposal was accepted by the German side and translated as “*in der Thal-Linie des Hauptlaufes dieses Flusses*”. In the end the word *Thal-Linie* was replaced by the word *Thalweg*. The German text is therefore a word-for-word translation of the British proposal and follows the English text. Therefore, it may reasonably be supposed that these terms are synonymous and that the English text, like the German text, correctly and accurately expresses the will of the contracting parties.

\* \*

47. In the course of the proceedings, Botswana and Namibia made abundant reference to the subsequent practice of the parties to the 1890 Treaty — and of their successors — as an element in the interpretation of that Treaty.

48. Article 31, paragraph 3, of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, which, as stated earlier, reflects customary law (see paragraph 18 above), provides as follows:

*“Article 31  
General Rule of Interpretation*

- .....
3. There shall be taken into account, together with the context:
- (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
  - (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
- .....”

49. In relation to “subsequent agreement” as referred to in subparagraph (a) of this provision, the International Law Commission, in its commentary on what was then Article 27 of the draft Convention, stated the following:

“an agreement as to the interpretation of a provision reached after the conclusion of the treaty represents an authentic interpretation by the parties which must be read into the treaty for purposes of its interpretation” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 221, para. 14).

As regards the “subsequent practice” referred to in subparagraph (b) of the above provision, the Commission, in that same commentary, indicated its particular importance in the following terms:

“The importance of such subsequent practice in the application of the treaty, as an element of interpretation, is obvious; for it constitutes objective evidence of the understanding of the parties as to the



III, paragraphe 2, après les mots «Chobe et suit le centre», il faut ajouter les mots «du chenal principal».

La proposition fut acceptée par la partie allemande et traduite par : « *in der Thal-Linie des Hauptlaufes dieses Flusses* ». Finalement, le mot *Thal-Linie* fut remplacé par le mot *Thalweg*. Le texte allemand est donc une traduction littérale de la proposition britannique et suit le texte anglais. On peut donc à juste titre supposer que ces termes sont synonymes et que le texte anglais, comme le texte allemand, expriment correctement et précisément la volonté des parties contractantes.

\* \*

47. Dans l'instance, le Botswana et la Namibie se sont abondamment référés à la conduite ultérieure des parties au traité de 1890 — ainsi qu'à celle de leurs successeurs — en tant qu'élément d'interprétation de celui-ci.

48. Le paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, qui, comme il a déjà été indiqué, reflète le droit coutumier (voir paragraphe 18 ci-dessus), est ainsi libellé :

« Article 31

*Règle générale d'interprétation*

.....

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

- a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;
- b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;

.....»

49. S'agissant de l'«accord ultérieur» visé à l'alinéa a) de cette disposition, la Commission du droit international, dans son commentaire sur ce qui était alors l'article 27 du projet de convention, a indiqué ce qui suit :

«un accord sur l'interprétation d'une disposition réalisé après la conclusion du traité constitue une interprétation authentique des parties, qui doit être réputée incorporée au traité aux fins de son interprétation» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 241, par. 14).

Quant à la «pratique ultérieurement suivie», dont il est question à l'alinéa b) de ladite disposition, la Commission, dans le même commentaire, en a souligné toute l'importance en ces termes :

«L'importance, en tant qu'élément d'interprétation, de cette pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité est manifeste car elle constitue une preuve objective de l'accord des parties sur le

meaning of the treaty. Recourse to it as a means of interpretation is well-established in the jurisprudence of international tribunals.” (*Op. cit.*, p. 241, para. 15.)

50. Indeed in the past, when called upon to interpret the provisions of a treaty, the Court has itself frequently examined the subsequent practice of the parties in the application of that treaty (see, for example, *Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 25; *Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906, Judgment, I.C.J. Reports 1960*, pp. 206-207; *Temple of Preah Vihear, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, pp. 33-35; *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, pp. 157, 160-161 and 172-175; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, pp. 408-413, paras. 36-47; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994*, pp. 34-37, paras. 66-71; *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 75, para. 19).

51. While the Parties to the present proceedings both accept that interpretative agreements and subsequent practice do constitute elements of treaty interpretation under international law, they disagree on the consequences to be drawn from the facts in this case for purposes of the interpretation of the 1890 Treaty.

\*

52. In support of its interpretation of Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty, Botswana relies principally on three sets of documents: a report on a reconnaissance of the Chobe produced in August 1912 by an officer of the Bechuanaland Protectorate Police, Captain Eason; an arrangement arrived at in August 1951 between Major Trollope, Magistrate for the Eastern Caprivi, and Mr. Dickinson, a District Commissioner in the Bechuanaland Protectorate, together with the correspondence that preceded and followed that arrangement; and an agreement concluded in December 1984 between the authorities of Botswana and South Africa for the conduct of a Joint Survey of the Chobe, together with the resultant Survey Report.

The Court will examine each of these three sets of documents in turn, in order to determine what conclusions may be drawn from them in the light of the rules set out in Article 31, paragraph 3, of the Vienna Convention.

53. About the year 1910, negotiations took place between Germany and Great Britain concerning the boundary between their respective possessions in the area of the Caprivi Strip west of the intersection of the 18th parallel with the River Chobe, and arbitration of the matter was considered.

sens du traité. Le recours à cette pratique en tant que moyen d'interprétation est solidement établi dans la jurisprudence des tribunaux internationaux.» (*Op. cit.*, p. 241, par. 15.)

50. De fait, la Cour elle-même, par le passé, lorsqu'elle a été amenée à interpréter les dispositions d'un traité, a fréquemment examiné la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application de ce traité (voir par exemple *Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 25; *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906, arrêt, C.I.J. Recueil 1960*, p. 206-207; *Temple de Préah Vihear, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 33-35; *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 157, 160-161 et 172-175; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 408-413, par. 36-47; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 34-37, par. 66-71; *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 75, par. 19).

51. Si les Parties à la présente affaire conviennent que les accords interprétatifs et la pratique ultérieure constituent des éléments d'interprétation d'un traité en vertu du droit international, en revanche elles s'opposent sur les conséquences qu'il y a lieu de tirer des faits de l'espèce quant à l'interprétation du traité de 1890.

\*

52. Aux fins d'étayer l'interprétation qu'il donne du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, le Botswana invoque principalement trois séries de documents: un rapport de reconnaissance du Chobe établi en août 1912 par un officier de police du protectorat du Bechuanaland, le capitaine Eason; un arrangement intervenu en août 1951 entre un magistrat de la partie orientale de la bande de Caprivi, le major Trollope, et un commissaire de district du protectorat du Bechuanaland, M. Dickinson, ainsi que les échanges de correspondance ayant précédé et suivi cet arrangement; et un accord conclu en décembre 1984 entre les autorités du Botswana et celles de l'Afrique du Sud à l'effet de charger une commission mixte d'effectuer un levé commun sur le Chobe, ainsi que le rapport de cette commission.

La Cour examinera successivement ces trois séries de documents, aux fins de déterminer quelles conclusions peuvent en être tirées au regard des règles exprimées au paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne.

53. Vers 1910, des négociations furent engagées entre l'Allemagne et la Grande-Bretagne au sujet de la frontière entre leurs possessions respectives dans la région de la bande de Caprivi à l'ouest de l'intersection entre le 18<sup>e</sup> parallèle et le Chobe, et il fut considéré de soumettre cette question à l'arbitrage.

Anticipating a possible extension of the discussions to include the boundary east of that point, the British Secretary of State for the Colonies, in a letter dated 14 July 1911 to the High Commissioner responsible for Bechuanaland, expressed himself in the following terms:

“I take this opportunity of observing that in the second clause of Article III of the Anglo-German Agreement of 1890 it is stated that the boundary ‘descends the centre of the *main* channel of that river (*i.e.*, the River Chobe) to its junction with the Zambesi’. As, in this section of its course, the River Chobe divides into more than one channel which afterwards reunite, the question as to which is the main channel will require consideration. I have to request . . . that I may receive all available information from local sources in support of the view that the north channel is the main channel. Such information should be accompanied by a map and, if possible, by measurements of the streams, and should be in a form which can, if necessary, be laid before the arbitrator as part of the case of His Majesty’s Government.”

This was the context in which Captain Eason was instructed to prepare a “Report on the main channel of the Linyanti (or Chobe) river”. That Report, which bears the date 5 August 1912, contains, *inter alia*, the following passage:

“Two miles above the rapids lies Kissikiri Island. [H]ere I consider that undoubtedly the North should be claimed as the main channel. At the Western end of the island the North channel at this period of the year is over one hundred feet wide and eight feet deep, the South channel about forty feet wide and four feet deep. The South channel is merely a back water, what current there is goes round the North. The natives living at Kasika in German territory are at present growing crops on it.”

It is not disputed that Kissikiri Island is the island later known as Kasikili/Sedudu.

54. In its Memorial, Botswana claimed that the Eason Report represented practice in the application of the 1890 Treaty. Namibia disputed this, pointing out *inter alia* that Great Britain had not made any claim on this basis, even though its exchanges with Germany concerning the rest of the southern boundary continued until the outbreak of the First World War. However, in the final version of its argument, Botswana, while continuing to rely on the Eason Report for other purposes, accepted that it could not be regarded as evidence of subsequent practice relating to the application of the 1890 Treaty.

55. The Court shares the view that the Eason Report and its surround-

Envisageant l'éventualité que les discussions fussent étendues à la frontière à l'est de ce point, le secrétaire d'Etat britannique aux colonies, dans une lettre en date du 14 janvier 1911, adressée au haut commissaire responsable du Bechuanaland, s'exprimait ainsi :

«Je saisis cette occasion pour faire observer que, dans la deuxième clause de l'article III de l'accord de 1890 entre l'Angleterre et l'Allemagne, il est précisé que la frontière «suit le centre du chenal *principal* de ce fleuve (le Chobe) jusqu'à son confluent avec le Zambèze». Comme, dans cette partie de son cours, le Chobe se divise en plusieurs chenaux qui se réunissent ensuite, il convient d'examiner aussi quel est le chenal principal ... je demanderai que me soient communiquées toutes les informations disponibles de sources locales qui pourraient appuyer les vues selon lesquelles le chenal nord est le chenal principal. Ces informations devraient être accompagnées d'une carte et, si possible, de mesures des cours d'eau, et devraient se présenter sous une forme qui, au besoin, puisse être soumise à l'arbitre parmi les pièces présentées par le gouvernement de Sa Majesté.»

C'est dans ce contexte que le capitaine Eason fut chargé d'établir un «rapport concernant le chenal principal du Linyanti (ou Chobe)». Dans ce rapport, qui porte la date du 5 août 1912, on lit notamment ce qui suit :

«A 2 miles [3,20 kilomètres] en amont des rapides, on trouve l'île de Kissikiri. Là, j'estime que c'est sans aucun doute le chenal nord qui doit être considéré comme le chenal principal. A l'extrémité occidentale de l'île, en cette période de l'année, le chenal nord est large de plus de 100 pieds [30,50 mètres] et sa profondeur est de 8 pieds [2,40 mètres], et le chenal sud a une largeur d'environ 40 pieds [12,20 mètres] et une profondeur de 4 pieds [1,20 mètre]. Ce chenal sud est principalement un bras mort et, s'il y a du courant, celui-ci s'écoule vers le nord. Les autochtones qui vivent à Kasika, en territoire allemand, y pratiquent actuellement la culture.»

Il n'est pas contesté que l'île de Kissikiri est l'île dénommée plus tard Kasikili/Sedudu.

54. Dans son mémoire, le Botswana a allégué que le rapport Eason était constitutif d'une pratique relative à l'application du traité de 1890. La Namibie l'a contesté en faisant notamment valoir que la Grande-Bretagne n'avait formulé aucune revendication sur cette base, alors que ses échanges de correspondance avec l'Allemagne au sujet du reste de la frontière méridionale s'étaient poursuivis jusqu'à ce qu'éclate la première guerre mondiale. Toutefois, dans le dernier état de son argumentation, le Botswana, qui n'a pas pour autant renoncé à se prévaloir du rapport Eason à d'autres fins, a reconnu que ce rapport ne pourrait être pris en considération au titre d'une pratique ultérieure concernant l'application du traité de 1890.

55. La Cour est, elle aussi, d'avis que le rapport Eason et les circons-

ing circumstances cannot be regarded as representing “subsequent practice in the application of the treaty” of 1890, within the meaning of Article 31, paragraph 3 (*b*), of the Vienna Convention. It notes that the Report appears never to have been made known to Germany and to have remained at all times an internal document. The Court observes, moreover, that the British Government itself never took the Report any further, whether immediately afterwards (the anticipated arbitration not having taken place) or later on (for example when the Caprivi Strip was occupied by British troops during the First World War, or when it was administered by the British authorities on behalf of South Africa between 1921 and 1929).

56. In 1947, Mr. Ker, who was operating a transport business in Bechuanaland, planned to bring timber down the Chobe using the northern channel. He obtained the necessary permission from the competent official in the Caprivi Strip, Major Trollope, but also raised the matter with the Bechuanaland authorities. Correspondence then ensued between Major Trollope and the Assistant District Commissioner at Maun (Bechuanaland), Mr. Redman. In a letter dated 18 December 1947, Mr. Redman wrote to Major Trollope as follows:

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

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

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

4. I would be glad to have your views on this matter.”

In his reply of 3 January 1948 Major Trollope informed Mr. Redman that he was prepared to renew indefinitely the permission originally given to Mr. Ker for a period of six months; and he added:

“4. In regard to the larger question raised by you (i.e. as to whether the stretch of water in question is actually within the East-

tances qui l'entourent ne sauraient être considérés comme constitutifs d'une « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité » de 1890, au sens de l'alinéa *b*) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne. Elle relève en effet que ledit rapport semble n'avoir jamais été communiqué à l'Allemagne et avoir toujours conservé un caractère interne. Par ailleurs, la Cour observe que le Gouvernement britannique lui-même n'a jamais donné de suite à ce rapport, ni après son établissement (l'arbitrage envisagé n'ayant pas eu lieu), ni ultérieurement (par exemple lors de l'occupation de la bande de Caprivi par des troupes britanniques pendant la première guerre mondiale ou alors que ce territoire était administré par les autorités britanniques au nom de l'Afrique du Sud entre 1921 et 1929).

56. En 1947, un entrepreneur de transport du Bechuanaland, M. Ker, se proposa de faire descendre du bois d'œuvre par le Chobe en empruntant le chenal nord. Il obtint l'autorisation nécessaire de l'administrateur compétent dans la bande de Caprivi, le major Trollope, mais saisit également les autorités du Bechuanaland. Une correspondance s'ensuivit entre le major Trollope et le commissaire adjoint de district à Maun (Bechuanaland), M. Redman. Par lettre du 18 décembre 1947, M. Redman s'adressa au major Trollope en ces termes :

« 1. J'ai l'honneur de vous informer que j'ai reçu de la Zambezi Transport & Trading Company, une lettre dans laquelle elle exprime son souhait de reprendre le transport de bois d'œuvre par voie fluviale à partir de Serondella, mais indique que vous lui avez précisé que le chenal entre Kasane et Serondella — chenal que la compagnie a l'intention d'utiliser — était situé dans la bande de Caprivi.

2. Je crois savoir qu'en période de basses eaux, ce chenal est le seul lien fluvial entre Kasane et Serondella. Je suggère donc que, s'il est prouvé que ce chenal débouche dans la bande de Caprivi à partir du Chobe — le long duquel se trouve notre frontière —, il serait bon — à la fois dans notre intérêt à tous et pour des considérations d'ordre pratique — de convenir arbitrairement que la moitié de ce chenal sera incluse dans ce territoire pour les besoins de la Zambezi Transport & Trading Company du Zambèze en matière de transport de bois d'œuvre.

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

4. J'aimerais avoir votre avis sur la question. »

Par lettre du 3 janvier 1948, le major Trollope répondit à M. Redman qu'il était prêt à proroger indéfiniment l'autorisation originellement donnée à M. Ker pour six mois; et il ajouta :

« 4. Au sujet de la question plus générale que vous avez soulevée (celle de savoir si le tronçon du cours d'eau considéré est effective-

ern Caprivi Zipfel, — or whether it in fact forms the boundary), I freely admit that the matter is not without difficulty. I further agree that it *is* a matter affecting our two administrations and is not merely a matter between this office and Mr. Ker.

5. I suggest, in this connection, that I and your Assistant at Kasane, should hold a joint informal investigation thereafter submitting reports (joint if we are able to reach unanimity) to our respective administrations in order to resolve the matter finally and officially.”

57. On 19 January 1948, Major Trollope and Mr. Redman (at the time District Commissioner at Kasane, Bechuanaland) produced a Joint Report entitled “Boundary between the Bechuanaland Protectorate and the Eastern Caprivi Zipfel: Kasikili Island”, in which, after citing the provisions of Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty, they stated the following:

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

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

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

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

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

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

58. Major Trollope sent a copy of the Report to the Secretary of Native Affairs at Pretoria under cover of a letter of 21 January 1948, in which he stated *inter alia* the following:

“[T]he terms of the Treaty are very definitive and, as I have already pointed out, favour the Bechuanaland contention. It is not without point, however, that we are — by occupation — in the position of the possessor and the onus would appear to lie on the Protectorate to prove their case in order to disturb our possession.”



ment situé dans la partie orientale de la bande de Caprivi — ou si, en fait, il constitue la frontière), je reconnais volontiers qu'elle ne laisse pas de poser des difficultés. Je reconnais en outre qu'il s'agit là d'une question qui intéresse nos deux administrations et que ce n'est pas simplement une affaire entre mes services et M. Ker.

5. A ce sujet, je propose que moi-même et votre assistant à Kasane examinions officiellement la question et soumettions ensuite des rapports (en commun si nous pouvons nous mettre pleinement d'accord) à nos administrations respectives pour que la question soit réglée de manière définitive et officielle.»

57. Le 19 janvier 1948, le major Trollope et M. Redman (alors commissaire de district à Kasane, Bechuanaland) établirent un rapport conjoint intitulé «Frontière entre le protectorat du Bechuanaland et la partie orientale de la bande de Caprivi: île de Kasikili». S'étant référés aux termes du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, les deux administrateurs, dans ce rapport, s'exprimèrent comme suit :

«3. Après reconnaissance séparée du terrain et examen d'une photographie aérienne, nous constatons que le «chenal principal» ne suit pas la voie navigable qui est généralement indiquée sur les cartes comme constituant la frontière entre les deux territoires.

4. Notre opinion est que le «chenal principal» se situe dans la voie d'eau qui engloberait l'île en question dans le protectorat du Bechuanaland.

5. D'autre part, après enquête, nous avons établi que, depuis 1907 au moins, l'île est utilisée par les membres des tribus de la partie orientale de la bande de Caprivi et que c'est encore le cas aujourd'hui.

6. Rien n'indique, à notre connaissance, que l'île ait été utilisée, ou revendiquée, par des membres des tribus ou les autorités du Bechuanaland, ou qu'il ait été fait objection à l'utilisation de cette île par les membres des tribus du Caprivi.

7. Cependant, nous constatons que la région située du côté de la frontière qui appartient au Bechuanaland n'est, à aucune fin pratique, occupée par des tribus africaines.

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

58. Par lettre du 21 janvier 1948, le major Trollope transmet copie du rapport au secrétaire d'Etat aux affaires autochtones à Pretoria. Dans cette lettre, le magistrat de la bande de Caprivi indiquait notamment ceci :

«le traité est libellé très clairement et, comme je l'ai déjà fait observer, d'une manière qui favorise les prétentions du Bechuanaland. Il n'est cependant pas inutile de dire que, par notre occupation, nous sommes en situation de possesseurs et que c'est, semble-t-il, au protectorat qu'il appartiendrait de prouver le bien-fondé de sa demande s'il voulait nous empêcher de poursuivre notre occupation»;

He proposed various solutions, after first pointing out that “[t]he Bechuanaland authorities are anxious to have the northern channel recognised as the boundary because that stretch of water is navigable and gives access to the higher reaches of the Chobe — which is not the case in respect of the southern channel”.

For his part, Mr. Redman forwarded a copy of the Joint Report to the Government Secretary at Mafeking, under cover of a letter of 26 January 1948, in which he stated *inter alia* that: “the Southern Channel [was] not navigable by [Mr. Ker’s] Barges when the river [was] not in flood” and that it was “even difficult for small craft to navigate it”; that “the map, which show[ed] the boundary to follow the Southern Channel, [was] . . . inaccurate and [had] probably [been] drawn by some-one who had not examined the river to determine the main Channel”; that according to “further information from an inhabitant of the Island . . . in 1924 a Caprivi Chief . . . [had] applied to . . . the Resident Magistrate at Kasane, for permission for his people to plough on the Island”; and that “surrender of this Island would prevent this Territory from having free use of the Chobe River, which [might] one day become an extremely important waterway”.

59. After Major Trollope and Mr. Redman forwarded the Joint Report of 19 January 1948 to their respective authorities, there ensued an extended correspondence between those authorities.

On 14 October 1948 the Secretary to the South African Prime Minister with responsibility for External Affairs wrote to the Administrative Secretary to the High Commissioner for Bechuanaland in Pretoria, stating that, while he noted the findings of the Trollope-Redman Report with regard to the identification of the “main channel” around Kasikili Island, he wished to propose an arrangement in the following terms:

“The Union Government is anxious to preserve the rights of the Caprivi Zipfel tribesmen on the Island and it is understood that the Bechuanaland authorities desire the use of the Northern channel for navigation purposes. As there would appear to be no conflict of interests it should be possible to come to an arrangement which is mutually satisfactory. Your views in the matter would be appreciated.”

The Administrative Secretary replied on 4 November 1948 that

“the Resident Commissioner of the Bechuanaland Protectorate has directed the Assistant District Commissioner, Kasane, that tribesmen of the Caprivi Zipfel should be allowed to cultivate land on Kasikili Island, if they wish to do so, under an annual renewable permit”.

This reply did not appear to satisfy the Secretary for External Affairs of South Africa, who wrote back to the Administrative Secretary on 14 February 1949 in the following terms:

“While noting that your Administration is prepared to authorise

et il proposait diverses solutions, après avoir observé que «[l]es autorités du Bechuanaland souhaiteraient vivement que le chenal nord soit reconnu comme constituant la frontière parce que ce tronçon du cours d'eau est navigable et donne accès à des portions plus en amont du Chobe — ce qui n'est pas le cas du chenal sud».

De son côté, M. Redman fit tenir une copie du rapport conjoint au secrétaire du gouvernement à Mafeking par lettre du 26 janvier 1948. Dans cette lettre, le commissaire de district précisait notamment que les barges de M. Ker ne pouvaient «transiter par le chenal sud lorsque le fleuve n[était] pas en crue» et qu'il était «même difficile à une petite embarcation de s'y frayer un passage»; que «la carte figurant la frontière du territoire dans le chenal sud [était] inexacte et qu'elle a[vait] probablement été dressée par quelqu'un qui n'avait pas examiné le fleuve pour en déterminer le chenal principal»; que, selon «de plus amples informations [reçues] d'un habitant de l'île ... un chef Caprivi ... aurait demandé en 1924 au ... magistrat résident de Kasane la permission pour ses gens de cultiver sur l'île»; et que «la cession de l'île empêcherait le territoire concerné d'utiliser librement le Chobe lequel, un jour, pourrait s'avérer être une voie d'eau extrêmement importante».

59. La transmission, par le major Trollope et M. Redman, du rapport conjoint du 19 janvier 1948 à leurs autorités respectives donna lieu à divers échanges de correspondance entre celles-ci.

Le 14 octobre 1948, le secrétaire auprès du premier ministre d'Afrique du Sud, chargé des affaires extérieures, adressa une lettre au secrétaire administratif auprès du haut commissaire pour le Bechuanaland à Pretoria, dans laquelle, tout en prenant note des conclusions du rapport Trollope-Redman quant à l'identification du «chenal principal» autour de l'île de Kasikili, il proposait un arrangement dans les termes suivants:

«Le gouvernement de l'Union est désireux de protéger les droits des membres des tribus de la bande de Caprivi sur l'île et il apparaît que les autorités du Bechuanaland souhaitent utiliser le chenal nord pour la navigation. Comme il semble qu'il n'y ait pas conflit d'intérêts, il devrait être possible de trouver un arrangement mutuellement satisfaisant. Nous vous serions reconnaissants de bien vouloir nous faire connaître votre point de vue à ce sujet.»

En réponse, le secrétaire administratif lui fit savoir le 4 novembre 1948

«que le commissaire résident du protectorat du Bechuanaland a[vait] donné ordre au commissaire de district à Kasane d'autoriser les membres des tribus de la bande de Caprivi à cultiver le sol de l'île de Kasikili, s'ils le souhaitent, en vertu d'un permis annuel renouvelable».

Cette réponse ne parut pas satisfaisante au secrétaire chargé des affaires extérieures de l'Afrique du Sud qui, par une nouvelle lettre, en date du 14 février 1949, s'adressa au secrétaire administratif en ces termes:

«Je note que votre administration est prête à autoriser les

Caprivi Zipfel tribesmen to cultivate land on Kasikile Island on an annual renewable permit, I am to state that this is not what the Union Government had in mind.

From the available information it is clear that Caprivi Tribesmen have made use of the Island for a considerable number of years and that their right to do so has at no time been disputed either by Bechuanaland Tribesmen or the Bechuanaland authorities.

It was further understood that the interests of the Bechuanaland authorities centred in the use of the Northern Channel of the Chobe for navigation purposes.

My object in writing to you was therefore to ascertain whether agreement could not be reached on the basis of your Administration recognising the Union's claim to Kasikile Island subject to it issuing a general permit for the use of the Northern waterway for navigation purposes."

On 6 June 1949 the High Commissioner for Bechuanaland wrote to the Secretary of State for Commonwealth Relations in London informing him of the South African proposal. In his letter the High Commissioner stated that the Union Government had "proposed a slight adjustment of the northern boundary of the Bechuanaland Protectorate"; he explained that Kasikili Island had "hitherto been regarded as part of the Caprivi Zipfel, since maps show[ed] that the main channel pass[ed] to the south of the island"; with reference to the Joint Report of 19 January 1948, which he enclosed with his letter, he stated that

"[t]he question of the correct boundary was raised by a firm which intends to transport timber down the river, and the Union Government, having examined the question, find that the main channel is to the north of the island, and that there has been no change in the course of the channel within living memory";

and he concluded:

"4. The Resident Commissioner of the Bechuanaland Protectorate considers that the Union proposal to set the boundary in the southern channel need not be resisted, if the use of the northern channel for navigation is guaranteed for the inhabitants and Government of the Bechuanaland Protectorate. This guarantee the Union Government are prepared to give.

5. I consider in the circumstances that the proposal of the Union Government is acceptable, and would be glad to have your approval of it."

Ultimately, following consultations with the Commonwealth Relations Office, Bechuanaland declined to accept the South African proposal. This reaction appears to have been motivated, in particular, by difficulties in

membres des tribus de la bande de Caprivi à cultiver l'île de Kasikili en vertu d'un permis annuel renouvelable, mais je suis chargé de vous faire savoir que ce n'est pas là ce que le gouvernement de l'Union avait à l'esprit.

Il ressort clairement des informations disponibles que les membres des tribus de la bande de Caprivi utilisent l'île depuis très longtemps et que leur droit d'agir ainsi n'a jamais été contesté, ni par les membres des tribus, ni par les autorités du Bechuanaland.

Nous pensons que les autorités du Bechuanaland s'intéressaient avant tout à la possibilité d'utiliser le chenal nord du Chobe pour la navigation.

Je vous ai donc écrit afin de déterminer s'il ne serait pas possible de conclure un accord dont l'élément principal serait que votre administration reconnaîtrait les prétentions de l'Union sur l'île de Kasikili, sous réserve que l'Union délivre une autorisation générale d'utiliser le chenal nord pour la navigation.»

Par lettre du 6 juin 1949, le haut commissaire pour le Bechuanaland rendit compte de cette proposition sud-africaine au secrétaire d'Etat chargé des relations avec le Commonwealth à Londres. Dans sa lettre, le haut commissaire indiquait que le gouvernement de l'Union avait «proposé d'apporter une légère modification à la frontière septentrionale du protectorat du Bechuanaland»; il précisait que «jusqu'à présent, on considérait que cette île faisait partie de la bande de Caprivi car les cartes indiquaient] que le chenal principal passait] au sud de l'île»; il soulignait, en se référant au rapport conjoint du 19 janvier 1948 joint à sa lettre, que

«[l]a question de l'emplacement exact de la frontière a[vait] été soulevée par une entreprise qui a[vait] l'intention de transporter du bois d'œuvre sur le Chobe, et [que] le gouvernement de l'Union, après avoir examiné la question, a[vait] conclu que le chenal principal se trouvait au nord de l'île et que son cours n'avait pas varié de mémoire d'homme»;

et concluait:

«4. Le commissaire résident du protectorat du Bechuanaland estime qu'il n'est pas nécessaire de s'opposer à la proposition de l'Union de faire passer la frontière par le chenal sud si l'utilisation du chenal nord pour la navigation est garantie pour les habitants et le gouvernement du protectorat du Bechuanaland. Cette garantie, le gouvernement de l'Union est disposé à l'accorder.

5. Dans ces conditions, je considère la proposition du gouvernement de l'Union comme acceptable et serais heureux que vous l'approuviez.»

Finalement, à l'issue de consultations avec les autorités chargées des relations avec le Commonwealth, le Bechuanaland déclina la proposition sud-africaine. Cette réaction apparaît avoir été motivée, en particulier,

connection with the Mandate over South West Africa. Thus, in a letter dated 24 August 1949, the Chief Secretary to the High Commissioner for Bechuanaland explained to the Secretary to the South African Prime Minister, that “while the slight alteration proposed [by the South African Government] seem[ed] of little intrinsic importance, an examination of the legal and political aspects ha[d] revealed that certain difficulties [might] ensue both from the standpoint of international law and as regards possible uncertainty of jurisdiction”. These points were explained as follows in a long letter dated 20 October 1949 from the Commonwealth Relations Office in London to the High Commissioner for Bechuanaland:

“we agree that this very slight alteration is of no intrinsic importance in itself and seems in substance unobjectionable. There are, however, certain legal and political complications which it seems necessary to bring to your notice . . . First, there is the international aspect . . . Under Article 7 of the Mandate no modification could be made without the consent of the Council of the League of Nations. In so far as the mandate is still operative, this might be interpreted as referring to some organ of the United Nations or as making any adjustment impossible. No doubt it is unlikely that anyone would raise any objection in the United Nations, especially as the proposal is to add to the territory and not in any way to reduce its area, but the possibility cannot be entirely ignored. Secondly, it is necessary to consider the effect of the adjustment from the point of view of Municipal Law. This is more difficult. The island is apparently inhabited and no doubt offences are sometimes committed and civil disputes might occur. . . . The matter being thus dependent on an agreement between the United Kingdom and Germany, at first sight there is no reason why an adjustment, fully effective for the purposes of Municipal Law, should not be made by a further agreement between the United Kingdom and the Union of South Africa. Unfortunately, however, the International Law on the subject affects the Municipal Law, for the mandate creates a technical difficulty . . . The issue of an Order in Council involving a cession of territory, however small or nominal, to South West Africa is open to some objection since the publicity involved might arouse curiosity and subsequent criticism on the part of those who dislike the Union Government’s refusal to place South West Africa under trusteeship.”

On 10 May 1951 the High Commissioner wrote in similar terms to the Secretary to the South African Prime Minister, stating that:

par des difficultés liées à l'existence du mandat sur le Sud-Ouest africain. Ainsi, dans une communication datée du 24 août 1949, le secrétaire principal auprès du haut commissaire pour le Bechuanaland exposait au secrétaire auprès du premier ministre d'Afrique du Sud que «la légère modification proposée [par le Gouvernement sud-africain] sembl[ait] de peu d'importance en soi» mais qu'«un examen des incidences juridiques et politiques a[vait] montré qu'elle entraînerait certaines difficultés tant du point de vue du droit international qu'en ce qui concerne une éventuelle incertitude quant à la compétence territoriale». Ces points étaient notamment explicités comme suit dans une longue lettre que le bureau des relations avec le Commonwealth à Londres adressa le 20 octobre 1949 au haut commissaire pour le Bechuanaland :

«nous convenons que cette très légère modification du tracé de la frontière n'a pas en soi d'importance intrinsèque et que nous n'avons aucune objection à formuler quant au fond. Toutefois, il semble qu'il faille vous informer de certaines difficultés de nature à la fois juridique et politique... En premier lieu, il convient de considérer l'aspect international... En vertu de l'article 7 du mandat, aucune modification n'est réalisable sans le consentement du Conseil de la Société des Nations. Dans la mesure où le mandat est toujours en vigueur, on pourrait en conclure qu'il convient donc d'en référer à un organe des Nations Unies ou bien qu'il est impossible de procéder à la moindre rectification de frontière. Certes, il est possible que personne n'émette d'objection au sein des Nations Unies, puisque la proposition consiste en un accroissement territorial et non pas en une réduction, mais l'éventualité d'une objection ne peut être ignorée. En second lieu, il faut considérer l'effet de la rectification du point de vue du droit interne. Les choses sont plus complexes à ce niveau. L'île est apparemment habitée, il y est donc certainement commis parfois des infractions et des litiges de caractère civil ne sont pas à exclure... Comme la solution dépend d'un accord conclu entre le Royaume-Uni et l'Allemagne, il ne semble à priori y avoir aucune raison de ne pas procéder à une rectification pleinement valable aux fins du droit interne au moyen d'un nouvel accord conclu entre le Royaume-Uni et l'Union sud-africaine. Malheureusement, sur ce point, le droit international influe sur le droit interne, car le mandat crée une difficulté technique... L'idée qu'une ordonnance adoptée en conseil opère une cession de territoire, aussi petit, aussi minime qu'il soit, en faveur du Sud-Ouest africain prête à objection car la publicité faite autour de cette décision risque de susciter la curiosité puis des critiques de la part de ceux qui reprochent au gouvernement de l'Union de refuser de placer le Sud-Ouest africain sous régime de tutelle.»

De même, dans une lettre du 10 mai 1951, adressée au secrétaire auprès du premier ministre d'Afrique du Sud par le haut commissaire, celui-ci indiquait :

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

and adding:

“The Bechuanaland Protectorate Government might possibly wish to arrange for some land on the Island at some time to be cultivated by the few African public servants at Kasane. Apart from this minor matter, I venture to suggest that it is unlikely that any development in the foreseeable future will damage the interests of the Caprivi tribesmen who have in the past used the Island. It should, I think, be possible to adjust by administrative action any difficulty arising in connection with the Island and the adjacent waterway without an alteration of the existing legal position . . . and it is assumed that the free use of the main channel of the Chobe, to the north of the Island, would continue to be assured under the international rules governing waterways that form the common boundary of two states.”

60. It was in very similar terms that Mr. Dickinson, who had in the meantime succeeded Mr. Redman as District Commissioner at Kasane (Bechuanaland) wrote on 5 July 1951 to Major Trollope “in regard to Kasikili Island”. After explaining that “the legal complications which are of an international nature, and beset the question of excorporating Kasikili Island from the Bechuanaland Protectorate, will involve difficulties disproportionate to the matter at issue”, he concluded as follows:

“Might I therefore say that the position as at the moment, allowing the full use of the Island to your tribesmen, for grazing and cultivation and our undisputed use of the Northern Waterway, under the international laws, governing the Waterways forming the common boundaries of two states, would appear entirely satisfactory, to the B.P. Government, and I trust also to yours.”

In his reply of 4 August 1951 Major Trollope agreed that “the ‘stink’ [was] quite disproportionate to the importance of the matter at issue”, adding that they should “let the whole matter lapse into the decent obscurity from which it should never have been allowed to emerge”. However, he disagreed with certain of the language used in Mr. Dickinson’s letter, observing:



«Les conseillers juridiques du secrétaire d'Etat aux relations avec le Commonwealth ont examiné la possibilité qu'une déclaration soit faite au nom du gouvernement du protectorat du Bechuanaland, qui dirait que les prétentions formulées ne situent pas l'île à l'intérieur des frontières du protectorat. Je crains que cette proposition ne leur ait semblé de nature à créer de multiples complications juridiques de caractère international dont la solution soulèverait des difficultés hors proportion avec l'importance de l'affaire»;

et d'ajouter:

«Le gouvernement du protectorat du Bechuanaland voudra peut-être prendre des dispositions pour que certaines terres de l'île puissent être cultivées un jour par les quelques fonctionnaires africains qui vivent à Kasane. Indépendamment de cette question mineure, je me permettrai de dire qu'il me paraît peu probable que l'évolution de la situation, dans un avenir prévisible, soit préjudiciable aux intérêts des membres des tribus de la bande de Caprivi qui ont utilisé l'île dans le passé. Je pense qu'il devrait être possible, par des mesures administratives, de parer à toutes difficultés qui surgiraient au sujet de l'île et de la voie d'eau adjacente, sans modifier la situation juridique existante ... on prendra pour hypothèse que la libre utilisation du chenal principal du Chobe, au nord de l'île, continuera d'être assurée conformément aux règles internationales régissant les voies d'eau qui constituent la frontière entre deux Etats.»

60. C'est un langage très semblable que M. Dickinson, qui avait entre-temps succédé à M. Redman comme commissaire de district à Kasane (Bechuanaland), utilisa dans une lettre qu'il adressa le 5 juillet 1951 au major Trollope «concernant l'île de Kasikili». Après avoir exposé que «les incidences juridiques, d'ordre international, d'une séparation de l'île de Kasikili du protectorat du Bechuanaland soulèveraient des difficultés disproportionnées» au regard de l'importance de la question, il concluait:

«Je crois donc devoir dire que la situation actuelle, qui autorise une utilisation pleine et entière de l'île par les membres de vos tribus pour le pacage et les cultures ainsi que l'utilisation non contestée du cours d'eau septentrional par nous, en vertu du droit international régissant les voies navigables qui constituent la frontière commune de deux Etats, devrait paraître entièrement satisfaisante au gouvernement du protectorat du Bechuanaland et, je n'en doute pas, aussi au vôtre.»

Dans sa réponse en date du 4 août 1951, le major Trollope convint que «ce «tohu-bohu» [était] tout à fait hors de proportion avec l'importance de la question», ajoutant qu'il y aurait lieu de «laisser toute la question retomber dans l'oubli qui lui convient et d'où on n'aurait jamais dû la laisser sortir». Toutefois, il contesta certaines formules utilisées par M. Dickinson dans sa lettre et souligna ce qui suit:

“I find it, however, somewhat embarrassing to agree formally that we should be ‘allowed’ the use of the Island and should recognise the ‘undisputed use of the Northern Waterway under the international laws governing the waterways forming the common boundary of two states’. Such an agreement might quite possibly be arguably used in support of a submission that we occupy by licence and permission — which we do not, of course, admit.”

Major Trollope accordingly proposed the following “gentlemen’s agreement”:

- “(a) That we agree to differ on the legal aspect regarding Kasikili Island, and the concomitant question of the Northern Waterway;
- (b) That the administrative arrangements which we hereafter make are entirely without prejudice to the rights of the Protectorate and the Strip to pursue the legal question mentioned in (a) should it at any time seem desirable to do so and will not be used as an argument that either territory has made any admissions or abandoned any claims; and
- (c) That, having regard to the foregoing, the position revert to what it was de facto before the whole question was made an issue in 1947 — i.e. that Kasikili Island continue to be used by Caprivi tribesmen and that the Northern Waterway continue to be used as a ‘free for all’ thoroughfare.”

Major Trollope made it clear that:

“this ‘gentlemen’s agreement’ could only purport to affect arrangements as between our two Administrations. I have my gravest doubts as to the wisdom of making the ambit larger for that would bring in all sorts of extraneous questions of international law and such like imponderables which I think we might usefully leave for consideration when we come to that bridge.”

In a letter of 11 August 1951 Mr. Dickinson stated that the three-point agreement proposed by Major Trollope seemed to him “the most reasonable solution” and that he “agree[d] entirely with [it]”. He suggested, however, that a paragraph (d) be added, stating “that nothing in the previous three sections should be read as preventing the [Bechuanaland Protectorate] Tribesmen using the Island for ploughing purposes”.

On 23 August 1951 Major Trollope replied as follows:

1. I’m afraid that the point you raise rather throws a spanner in the works.
2. I appreciated the position as that we both wished to restore the

«Je trouve ... quelque peu gênant de convenir officiellement que nous devrions être «autorisés» à utiliser l'île et que nous devrions reconnaître l'«utilisation non contestée du cours d'eau septentrional en vertu du droit international régissant les voies navigables qui constituent la frontière commune de deux Etats.» Il serait tout à fait possible d'invoquer un tel accord pour soutenir à tort ou à raison que notre occupation se fonde sur des autorisations et sur des permis — ce que nous ne reconnaissons évidemment pas.»

En conséquence, le major Trollope proposa à son correspondant le *gentlemen's agreement* suivant :

- «a) nous admettons ne pas être du même avis sur le problème juridique relatif à l'île de Kasikili et la question connexe de la voie d'eau septentrionale;
- b) les arrangements administratifs que nous prenons ci-après sont absolument sans préjudice du droit des responsables du protectorat et de ceux de la bande de Caprivi de poursuivre l'examen de la question juridique visée à l'alinéa a) s'il est jugé souhaitable de la faire à un moment quelconque et ces arrangements ne pourront pas être invoqués pour soutenir que l'un ou l'autre des territoires a admis quoi que ce soit ou bien a renoncé à quelque prétention que ce soit;
- c) compte tenu de ce qui précède, la situation redevient celle qui existait *de facto* avant que toute la question prenne un aspect litigieux en 1947 — c'est-à-dire que l'île de Kasikili continuera d'être utilisée par les membres des tribus du Caprivi et que la voie d'eau septentrionale continuera de servir de «voie de circulation ouverte à tous».»

Et le major Trollope de préciser :

«ce *gentlemen's agreement* ne peut être censé avoir d'effet que sur les arrangements passés entre nos deux administrations. Je doute fortement qu'il soit sage d'en étendre la portée, car cela susciterait toutes sortes de questions de droit international et autres impondérables sans rapport avec la situation qu'à mon avis nous ne devrions examiner que lorsqu'elles se poseront.»

Par lettre du 11 août 1951, M. Dickinson indiqua que l'accord en trois points proposé par le major Trollope lui paraissait être «la solution la plus raisonnable» et qu'il l'«approuv[ait] entièrement». Il suggéra cependant d'y ajouter un alinéa d) «pour dire que rien dans les trois alinéas qui précèdent ne doit être interprété comme interdisant aux tribus du protectorat du Bechuanaland d'utiliser l'île pour la cultiver».

Le 23 août 1951, le major Trollope lui répondit ce qui suit :

- «1. ... Je crains que le point que vous soulevez ne mette des bâtons dans les roues.
- 2. Il m'a semblé qu'en l'occurrence nous voulions tous deux réta-

*factual* position to what it was before Ker raised the hornet's nest, and to leave the *legal* position 'in the air' to be freely raised in the future by either side should that become necessary or desirable.

3. Whatever the *legal* position (i.e. whether your tribesmen have any rights) is, the *factual* position is that not in all the years past — not in German times, nor when the Strip was administered by the B.P., nor in the S.W. African days nor during my administration (Union) — have B.P. tribesmen ever cultivated the Island or asserted a right to do so; while Caprivi tribesmen have always done so (see *paras. five and six* of the Joint Report of 19/1/1948 by Redman and myself). For me to agree therefore that there is nothing to prevent B.P. tribesmen from cultivating the Island does not seem to me to restore the *Status quo . . .*"

To this, Mr. Dickinson responded on 3 September 1951 as follows:

"I must concede your point rather than allow the 'spanner' to 'bust' the works.

Your paragraphs (a), (b), & (c) will then meet the points in question. In other words we revert to the position as it was prior to this disturbance.

I feel I must make one point clear to you. Although accepting the position and being prepared to honour it, in any discussion or controversy on this Island in future, our Government will be adamant in its attitude that the Island is B.P. — and any attitude in regard to our 'Administrative Settlements' will of course be based on that fact."

Finally, on 13 September 1951, Major Trollope wrote as follows to the new District Commissioner at Kasane, Mr. McLaren:

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

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

.....

blir la situation *de fait* telle qu'elle était avant que Ker ne sème le trouble et laisser la situation *juridique* «en l'air» pour que l'une ou l'autre des parties puisse soulever librement ce problème-là par la suite si cela se révèle nécessaire ou souhaitable.

3. Quelle que soit la situation *en droit* (c'est-à-dire indépendamment de savoir si les membres de vos tribus ont des droits ou non), la situation *en fait* est que jamais, pendant toutes les années écoulées, ni à l'époque de la présence allemande, ni à l'époque où la bande était administrée par les autorités du protectorat du Bechuanaland, ni à l'époque du Sud-Ouest africain, ni pendant mon administration (celle de l'Union) — les membres des tribus du protectorat du Bechuanaland n'ont cultivé l'île ni fait valoir qu'ils en avaient le droit, alors que les membres des tribus du Caprivi l'ont toujours cultivée (voir les *paragraphes cinq et six* du rapport conjoint du 19 janvier 1948 rédigé par Redman et par moi-même). Par conséquent, pour moi, reconnaître que rien ne s'oppose à ce que les membres des tribus du protectorat du Bechuanaland cultivent l'île ne me paraît pas rétablir le *statu quo*...»

A son tour, M. Dickinson précisa le 3 septembre 1951 :

«Je dois reconnaître que vous avez raison, car il faut éviter que «les bâtons» ne «cassent» les roues.

Vos alinéas *a), b)*, et *c)* résoudre donc les points dont il s'agit. En d'autres termes nous revenons à la situation telle qu'elle existait avant cet incident de parcours.

Je crois devoir vous préciser le point suivant : bien qu'il accepte la situation et qu'il soit disposé à honorer cet accord, notre gouvernement, dans n'importe quel débat, dans n'importe quelle polémique concernant cette île à l'avenir, s'en tiendra fermement à sa position qui est que l'île fait partie du protectorat du Bechuanaland et toute prise de position concernant nos «accords administratifs» reposera évidemment sur ce fait.»

Enfin, le 13 septembre 1951, le major Trollope s'adressa en ces termes au nouveau commissaire de district à Kasane, M. McLaren :

«2. Très sincèrement, je crois que le risque d'avoir à l'avenir «un débat ou une polémique» au sujet de l'île de Kasikili est extrêmement faible. Après tout, la situation concrète actuelle, à laquelle nous sommes heureux de revenir, existe depuis des générations sans qu'il y ait eu le moindre conflit — d'ailleurs, à mon avis, même le contretemps récent n'avait pas lieu d'être.

3. Néanmoins, si les circonstances devaient faire resurgir la polémique, la mise en garde de Dickinson est maintenant versée au dossier. Peut-être ne serait-il pas inopportun que, moi aussi, je déclare officiellement que, dans toute polémique qui pourrait surgir au sujet de cette île, les responsables de la bande de Caprivi mettront la même insistance à affirmer que la possession concrète de l'île et son utilisation par eux pendant si longtemps sont légales.

.....

5. I propose now, if you agree, advising my Department that there is no necessity for pursuit of the matter at high levels as a suitable administrative arrangement, without any prejudice whatever to either side, has been concluded between my office and yours . . .

*P.S.* It occurs to me that the most likely way in which, unwittingly and not designedly, the controversy might be re-opened is by a B.P. tribesman 'trespassing' (as it would be regarded by us, although not legally by you) on Kasikili. I hereby undertake that should any such occasion arise I will not deal with the matter without prior reference to your office to ascertain whether you wish the large question raised. May I tentatively suggest that you advise your tribesmen to avoid any such action — unless, of course, it is deliberately done as an assertion of right to test the position."

This resulted in the despatch of a letter dated 20 November 1951 from the Government Secretary at Mafeking to the District Commissioner at Kasane, which included the following passage:

"The Native Commissioner Eastern Caprivi Zipfel may therefore be informed that his recommendation is accepted.

2. It is understood that the only Africans in the Protectorate interested in the cultivation of the Island are Government employees living at Kasane and I am to say that they should be instructed that they will not be permitted to plough on the Island."

61. Each of the Parties to the present proceedings relies on the Trollope-Redman Joint Report and the correspondence relating thereto in support of its position. The consequences that they draw from them, however, differ significantly. According to Botswana, these documents show that the boundary around Kasikili/Sedudu Island follows the northern channel; Namibia disputes this, claiming that those same documents demonstrate that the Island forms part of the Caprivi Strip.

62. From the various administrative and diplomatic documents referred to above, the Court, for its part, observes the following: (1) prior to 1947 no differences had arisen between Bechuanaland and the power administering the Caprivi Strip with regard to the boundary in the area of Kasikili/Sedudu Island; (2) it appears that, on the basis of the maps available at the time, the boundary had until then been supposed to be located in the southern channel of the Chobe; (3) in 1948 a local official from the Caprivi and a local official from Bechuanaland came to the joint conclusion, "[a]fter separate examination of the terrain and the examination of an aerial photograph", that the "main channel" around Kasikili/Sedudu Island was the northern one (without specifying what criteria they had employed); at the same time they noted that since at least 1907

5. Maintenant je me propose, si vous le voulez bien, de dire à mes supérieurs qu'il n'est pas nécessaire de poursuivre l'examen de cette question à un niveau élevé puisqu'un arrangement administratif approprié a été conclu entre mes services et les vôtres, sans préjudice aucun ni pour l'une ni pour l'autre partie...

P.S.: Il me semble que, si la polémique devait repartir, accidentellement et non à dessein, ce serait le plus vraisemblablement parce qu'un membre des tribus du protectorat du Bechuanaland «pénétrerait illégalement» dans l'île de Kasikili (ce serait illégal pour nous mais vous verriez le problème juridique autrement). Je m'engage par la présente à ne pas intervenir en pareil cas sans consulter d'abord vos services pour savoir si vous souhaitez soulever l'ensemble de la question. Pourrais-je pour le moment vous suggérer de conseiller aux membres de vos tribus d'éviter de telles opérations, à moins évidemment que le geste ne soit délibéré et ne vise à revendiquer l'exercice d'un droit pour voir ce qu'il en est.»

Cette dernière communication donna lieu à l'envoi d'une dépêche, le 20 novembre 1951, par le secrétaire du gouvernement à Mafeking au commissaire de district à Kasane, dans laquelle on lit notamment ceci :

«Il est donc possible de faire savoir au commissaire aux affaires autochtones de la partie orientale de la bande de Caprivi que sa recommandation est acceptée.

2. Il est entendu que les seuls Africains du protectorat que la mise en culture de l'île intéresse sont des fonctionnaires qui vivent à Kasane et je suis chargé de leur faire donner pour instruction qu'ils ne seront pas autorisés à labourer sur l'île.»

61. Chacune des Parties à la présente instance invoque à l'appui de ses thèses le rapport conjoint de MM. Trollope et Redman et la correspondance qui s'y rattache. Les conséquences qu'en tirent les Parties sont cependant très éloignées. Le Botswana soutient qu'il ressort de ces documents que la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu suit le chenal nord du Chobe; la Namibie le conteste, prétendant qu'il découle des mêmes documents que l'île faisait partie de la bande de Caprivi.

62. De l'ensemble de la documentation administrative et diplomatique mentionnée ci-dessus, la Cour, pour sa part, retiendra les éléments suivants: 1) jusqu'en 1947, aucune divergence de vues n'avait surgi entre, d'une part, la Puissance administrant la bande de Caprivi et, d'autre part, le Bechuanaland au sujet de la frontière dans la région de l'île de Kasikili/Sedudu; 2) il semble que, compte tenu des cartes alors disponibles, la frontière était jusque-là supposée se situer dans le chenal sud du Chobe; 3) en 1948, un administrateur local du Caprivi et un administrateur local du Bechuanaland, «[a]près reconnaissance séparée du terrain et examen d'une photographie aérienne», sont parvenus à la conclusion conjointe que le «chenal principal» autour de l'île de Kasikili/Sedudu était le chenal nord (sans spécifier sur la base de quels critères); en même temps, les

use had been made of the Island by Caprivi tribesmen without objection by the Bechuanaland authorities and that that situation still continued; and they recorded that they had “neither arrived at, nor expressed any joint opinion on the effect of these facts on the ownership of the Island”; (4) the higher authorities in Bechuanaland subsequently took the view that the boundary around the Island was located in the northern channel of the Chobe, and that South Africa’s claims to the Island itself were unfounded under the 1890 Treaty; nevertheless, they were initially inclined to accept those claims, on condition that they retained access to the northern channel, but later, after consulting London, they abandoned that idea, fearing that this would result in a modification of the boundary that, in view of the mandate over South West Africa, would give rise to a variety of complications; (5) the higher authorities in South Africa, while not disputing the possibility of the “main channel” around Kasikili/Sedudu Island being the northern one and at the same time demonstrating a flexible attitude with regard to access to that channel, clearly asserted their claims to the Island; (6) the local officials in the Caprivi Strip and in Bechuanaland, aware of the positions of their respective superior authorities but keen to remain on neighbourly terms, agreed to shelve their legal differences and to maintain, until further notice, the *status quo ante* (use of Kasikili/Sedudu Island by Caprivi tribesmen and open access to the northern channel of the Chobe); (7) the local official in the Caprivi Strip described the question of the “Northern Waterway” as “concomitant” with that of the “legal aspect regarding Kasikili Island”, and his counterpart in Bechuanaland did not challenge this; (8) the issue of access to the Island by Bechuanaland tribesmen was not pursued further.

63. From all of the foregoing, the Court concludes that the above-mentioned events, which occurred between 1947 and 1951, demonstrate the absence of agreement between South Africa and Bechuanaland with regard to the location of the boundary around Kasikili/Sedudu Island and the status of the Island. Those events cannot therefore constitute “subsequent practice in the application of the treaty [of 1890] which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation” (1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 31, para. 3 (b)). *A fortiori*, they cannot have given rise to an “agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions” (*ibid.*, Art. 31, para. 3 (a)).

64. In October 1984 an incident during which shots were fired took place between members of the Botswana Defence Force and South African soldiers who were travelling by boat in the Chobe’s southern channel. At a meeting held in Pretoria on 19 December 1984 between representatives of various South African and Botswanan ministries, it emerged that the incident had arisen out of differences of interpretation as to the precise location of the boundary around Kasikili/Sedudu Island. At this meeting, reference was made to the terms of the 1890 Treaty and it was



deux administrateurs ont constaté que l'île était cultivée par des membres de tribus de la bande de Caprivi, sans objection des autorités du Bechuanaland, et que cette situation perdurait depuis au moins 1907; et ils ont souligné n'avoir «ni formé, ni exprimé la moindre opinion commune quant aux incidences de ces faits sur la propriété de l'île»; 4) les autorités supérieures du Bechuanaland ont par la suite considéré que la frontière autour de l'île se situait dans le chenal nord du Chobe et que les prétentions sud-africaines sur l'île elle-même n'étaient pas fondées au regard du traité de 1890; elles ont néanmoins, dans un premier temps, envisagé de satisfaire ces prétentions, pour autant que l'accès au chenal nord leur demeure ouvert, puis, après avoir consulté Londres, y ont renoncé, estimant qu'il en résulterait une modification de la frontière sujette à des difficultés diverses compte tenu du mandat sur le Sud-Ouest africain; 5) les autorités supérieures de l'Afrique du Sud, sans contester que le «chenal principal» autour de l'île de Kasikili/Sedudu puisse être le chenal nord, et tout en se montrant flexibles quant à l'accès à celui-ci, ont nettement affirmé leurs prétentions sur l'île; 6) les administrateurs locaux de la bande de Caprivi et du Bechuanaland, conscients de la position de leurs autorités supérieures respectives, mais désireux de sauvegarder leurs bonnes relations de voisinage, se sont accordés pour consigner leur désaccord en droit et pour maintenir, jusqu'à nouvel ordre, le *statu quo ante* (utilisation de l'île de Kasikili/Sedudu par les membres de tribus de la bande de Caprivi et accès ouvert au chenal nord du Chobe); 7) l'administrateur local de la bande de Caprivi a affirmé que la question «de la voie d'eau septentrionale» était «connexe» par rapport à celle des «aspects juridiques concernant l'île de Kasikili», et l'administrateur local du Bechuanaland n'a pas contesté cette affirmation; et 8) la question de l'accès à l'île d'autochtones du Bechuanaland n'a pas eu de suite.

63. De l'ensemble de ces éléments, la Cour conclut que les événements ci-dessus rapportés, qui se sont déroulés entre 1947 et 1951, révèlent l'absence d'accord entre l'Afrique du Sud et le Bechuanaland quant à l'emplacement de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu et au statut de l'île. Ces événements ne sauraient dès lors être constitutifs d'une «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité [de 1890] par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité» (convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, art. 31, par. 3, al. *b*). A fortiori ne peuvent-ils avoir donné lieu à un «accord ... entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions» (*ibid.*, art. 31, par. 3, al. *a*)).

64. En octobre 1984, un incident, au cours duquel des coups de feu furent tirés, mit aux prises des membres des forces armées botswanaises et des soldats sud-africains qui se déplaçaient à bord d'une petite embarcation sur le chenal sud du Chobe. Lors d'une réunion tenue à Pretoria, le 19 décembre 1984, entre des représentants de divers ministères de l'Afrique du Sud et du Botswana, il apparut que l'incident s'était produit à la suite de divergences d'interprétation sur l'emplacement exact de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu. Au cours de cette réunion,

agreed “that a joint survey should take place as a matter of urgency to determine whether the main Channel of the Chobe River is located to the north or the south of the Sidudu/Kasikili Island”.

The joint survey was carried out at the beginning of July 1985. The “survey report”, drawn up on 15 July 1985, was preceded by an analysis of the available maps stating that, while those prior to 1975 located the boundary in the southern channel, Botswana had in 1975 published a map which placed the boundary to the north and west of the Island: it was concluded from this that “[t]he disparity in the depiction of the boundary between South African maps and those of Botswana ha[d] probably been a contributory factor in the recent border incident near Kasane”. Furthermore, the report was also preceded by a paragraph entitled “Authority for Survey”, which stated:

“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.”

The report itself gave details of the cross-sections and depth soundings taken and the equipment used; it contained *inter alia* the following passage:

“Livestock from Caprivi are swum across the river when grazing on the Caprivi side is poor. The impression was gained that visits to the Island had, in recent years, become infrequent. Benson Mafwila [an elderly inhabitant of Kabuta village] recounted that Tax had been paid at Kasane in the Nineteen-twenties. He was referring, no doubt, to the period 1922-1929 when the Caprivi Strip was administered on behalf of South Africa by the Protectorate Government. The name by which the Island is known to Caprivians is Kasikili. This is also the Caprivian name for the arm of the river which flows around the island to the west and north. The name Sidudu Island is a later name coming from the Botswana side. There is a Sidudu valley in the immediate vicinity to the south.”

The conclusions of the survey report were as follows:

“The main channel of the Chobe River now passes Sidudu/Kasikili Island to the west and to the north of it. (See annexed Map C.)

The evidence available seems to point to the fact that this has been the case, at least, since 1912.

référence fut faite aux termes du traité de 1890 et il fut convenu «qu'il y a[vait] urgence à réaliser une étude conjointe afin de déterminer si le chenal principal du Chobe [était] situé au nord ou au sud de l'île».

L'étude conjointe fut réalisée au début du mois de juillet 1985. Le «rapport d'étude», établi le 15 juillet 1985, était précédé d'une analyse des cartes disponibles, indiquant d'une part que les cartes antérieures à 1975 figuraient la frontière dans le chenal sud et d'autre part que le Botswana, en 1975, avait publié une carte situant la frontière au nord et à l'ouest de l'île: il en était conclu que «[l]a divergence de description de la frontière entre les cartes de l'Afrique du Sud et celles du Botswana a[vait] probablement contribué au dernier incident de frontière près de Kasane». Par ailleurs, ledit rapport était également précédé d'un paragraphe intitulé «Mandat pour l'étude», ainsi libellé:

«La réunion intergouvernementale tenue à Pretoria le 19 décembre 1984 a décidé qu'une étude conjointe serait réalisée afin de déterminer si le chenal principal du Chobe se situe au nord ou au sud de l'île Sidudu/Kasikili.

Des représentants des services cartographiques des deux pays, accompagnés par des collaborateurs des départements des affaires fluviales, se sont maintenant rendus sur les lieux pour procéder à un levé du «thalweg» aux abords de l'île. Il est spécifiquement fait mention du thalweg dans l'accord de 1890 entre l'Angleterre et l'Allemagne.»

Le rapport lui-même spécifiait les coupes et sondages effectués, ainsi que le matériel utilisé; il contenait notamment le passage suivant:

«Le bétail du Caprivi traverse le fleuve à la nage lorsque le pâturage fait défaut du côté du Caprivi. L'équipe a eu l'impression que les séjours sur l'île étaient devenus plus rares au cours des dernières années. Benson Mafwila [un vieux villageois de Kabuta] a raconté qu'on avait payé l'impôt à Kasane dans les années vingt. Il faisait, sans aucun doute, référence à la période allant de 1922 à 1929 pendant laquelle la bande de Caprivi était administrée par le gouvernement du protectorat pour le compte de l'Afrique du Sud. Le nom sous lequel l'île est connue des Capriviens est Kasikili. C'est également le nom caprivien pour le bras de fleuve qui coule autour de l'île à l'ouest et au nord. Le nom d'île Sedudu a été donné ultérieurement par le Botswana. Il existe une vallée Sidudu aux abords immédiats du sud de l'île.»

Enfin, les conclusions jointes au rapport d'étude étaient les suivantes:

«Le chenal principal du Chobe contourne maintenant l'île Sidudu/Kasikili par l'ouest et par le nord (voir carte C en annexe).

Les preuves dont on dispose semblent indiquer que tel a été le cas au moins depuis 1912.

It was not possible to ascertain whether a particularly heavy flood changed the course of the river between 1890 and 1912. Capt Eason of the Bechuanaland Protectorate Police states, on page 4 of Part I of the report which has been referred to earlier, that floods occurred in 1899 and in June and July of 1909.

If the main channel of the river was ever situated to the south of the island, it is probable that erosion in the Sidudu Valley, the location of which can be seen in the annexed Map C, has caused the partial silting up of the southern channel.

Air photographs showing the channels of the river in the vicinity of the island are available in the archives of the two national survey organisations. They were taken in 1925, 1943, 1972, 1977, 1981 and 1982. No substantial change in the position of the channels is evident from the photographs.”

65. The Department of External Affairs of Botswana officially forwarded a copy of this joint survey to South Africa’s Department of Foreign Affairs under cover of a Note dated 4 November 1985 which included the following passage:

“The Department of Foreign Affairs will recall that one of the decisions taken at the meeting on 19 December was to send a joint team of technical experts to the Chobe to determine the boundary between Botswana and Namibia in the Sidudu/Kasikili Island area. The Department of External Affairs is pleased to attach to this Note copy of the report produced by the joint team of experts together with its annexures and would be grateful to know whether or not the South African sides wishes to have a meeting called to adopt the report formally. Alternatively the South African side could simply signify its acceptance of the conclusions of the report by means of a Diplomatic Note.”

66. It would appear that South Africa never responded to this Note. On 13 October 1986 officials of the ministries of foreign affairs of Botswana and South Africa held a meeting at which the matter of Kasikili/Sedudu Island was briefly discussed. According to the record of this meeting drawn up by the Botswana side, the head of the South African delegation “suggested the maintenance of the status quo till political circumstances could permit direct negotiations between Botswana and independent Namibia”; the head of the Botswana delegation replied “that there was no more room for negotiations because a joint Botswana-South Africa team of experts had confirmed that the Island belonged to Botswana”; and the South African representative “[d]ecided to go back to look at this question once again”.

On 22 October 1986 the Botswana authorities sent a telex to Pretoria in which they referred to the discussions of 13 October and went on to say:

Il n'a pas été possible de vérifier si une inondation particulièrement violente a changé le cours du fleuve entre 1890 et 1912. Le capitaine Eason, de la police du protectorat du Bechuanaland, déclare à la page 4 du chapitre I du rapport mentionné précédemment que des inondations ont eu lieu en 1899 et en juin et juillet 1909.

A supposer que le chenal principal du fleuve se soit jamais trouvé au sud de l'île, il est probable que l'érosion de la vallée Sidudu, que l'on peut voir figurée sur la carte C en annexe, a provoqué l'ensablement partiel du chenal sud.

Des photographies aériennes montrant les chenaux du fleuve au voisinage de l'île se trouvent dans les archives des services cartographiques des deux pays. Elles ont été prises en 1925, 1943, 1972, 1977, 1981 et 1982. Les photographies ne font apparaître aucun changement important de l'emplacement des chenaux.»

65. Le ministère des affaires étrangères du Botswana transmet officiellement copie de cette étude conjointe au ministère des affaires étrangères de l'Afrique du Sud, par une note verbale, en date du 4 novembre 1985, qui portait ce qui suit :

«Le ministère des affaires étrangères rappelle que l'une des décisions prises à la réunion du 19 décembre a été d'envoyer une commission mixte d'experts techniques au Chobe afin de définir la frontière entre le Botswana et la Namibie dans la région de l'île de Sidudu/Kasikili. Le ministère des affaires étrangères a le plaisir de joindre à cette note une copie du rapport (avec ses annexes) établi par la commission mixte d'experts et serait reconnaissant à la partie sud-africaine de lui faire savoir si elle souhaite convoquer une réunion pour adopter formellement le rapport. Autrement, celle-ci pourrait simplement notifier par une note diplomatique qu'elle accepte les conclusions du rapport.»

66. L'Afrique du Sud ne semble jamais avoir donné suite à cette note. Le 13 octobre 1986, des responsables des ministères des affaires étrangères du Botswana et de l'Afrique du Sud tinrent une réunion au cours de laquelle il fut brièvement question de l'île de Kasikili/Sedudu. Selon le procès-verbal de cette réunion dressé par la partie botswanaise, le chef de la délégation sud-africaine «propos[a] le maintien du *statu quo* jusqu'à ce que les circonstances politiques puissent permettre des négociations directes entre le Botswana et la Namibie indépendante»; le chef de la délégation botswanaise lui répondit «qu'il n'y avait nul besoin de négociations puisqu'une commission mixte d'experts Botswana/Afrique du Sud avait confirmé que l'île appartenait au Botswana»; et le représentant sud-africain ajouta «qu'il y aurait lieu de revenir une fois de plus sur la question».

Le 22 octobre 1986, les autorités botswanaises adressèrent à Pretoria un télégramme dans lequel, s'étant référées aux discussions du 13 octobre, elles poursuivaient :

“It will be recalled that the Botswana side submitted that Sidudu/Kasikili Island is part of the territory of Botswana, as confirmed by the Botswana/South Africa Joint Team of Experts which reported to the two Governments in July, 1985. [We] wish to inform [you] that the Government of Botswana has since occupied Sidudu/Kasikili Island and expects the Government of South Africa to respect the sovereignty and territorial integrity of the Republic of Botswana in respect of the Island.”

The South African authorities replied in the following terms:

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

The exchange ended with a telex from the Botswana authorities dated 25 November 1986, which read as follows:

“The joint Botswana/South Africa team of experts were never asked to demarcate an international boundary but ‘to determine whether the main channel of the Chobe River is located to the north or south of Sidudu Island’. The Joint Team confirmed what had always been the fact, namely that the main channel is located to the north of the island, and that is where the boundary is.

It is therefore clear that adequate clarification of the matter has been made to satisfy normal requirements and no further discussion of the matter is necessary.”

67. In these proceedings, Botswana contends that the decision taken in December 1984 to carry out a joint survey, and all the documents relating to that decision — including the survey of July 1985 itself — constitute an “intergovernmental agreement . . . between the parties regarding . . . the application” of the 1890 Treaty, which confirmed that the boundary around Kasikili/Sedudu Island was located in the northern channel of the Chobe. Botswana points out *inter alia* that “general international law do[es] not require any particular formality for the conclusion of an international agreement” and that “[t]he only criterion is the intention of the parties to conclude a binding agreement and this can be inferred from the circumstances”.

« Il est rappelé que la partie botswanaise a affirmé que l'île Sidudu/Kasikili appartient au territoire du Botswana, comme cela a été confirmé par la commission mixte d'experts Botswana/Afrique du Sud qui a remis son rapport aux deux gouvernements en juillet 1985. [Nous souhaitons vous] informer ... que le Gouvernement du Botswana a depuis lors occupé l'île de Sidudu/Kasikili et compte que le Gouvernement de l'Afrique du Sud respectera la souveraineté et l'intégrité territoriale de la République du Botswana en ce qui concerne l'île. »

Les autorités sud-africaines répondirent en ces termes :

- « — La question de la frontière à Sidudu/Kasikili a des incidences sur la frontière internationale entre le Botswana et le Sud-Ouest africain/Namibie.
- Selon le droit international, ces questions doivent être examinées par les deux pays concernés. Il est donc proposé que le Gouvernement du Botswana se mette en rapport avec le cabinet du Sud-Ouest africain/Namibie afin de régler comme il convient la question à l'examen.
- A titre subsidiaire, le Gouvernement de l'Afrique du Sud serait disposé à convoquer une réunion dans laquelle le Botswana, le Sud-Ouest africain/Namibie et l'Afrique du Sud pourraient chacun être représentés et au cours de laquelle le problème en question pourrait être réglé de façon définitive. »

Cet échange s'acheva par un télégramme des autorités botswanaises daté du 25 novembre 1986 et libellé comme suit :

« Il n'a jamais été demandé à la commission mixte d'experts Botswana/Afrique du Sud de procéder à la démarcation d'une frontière internationale mais de « déterminer si le chenal principal du Chobe est situé au nord ou au sud de l'île de Sidudu ». La commission mixte a confirmé ce qui existe depuis toujours dans les faits, à savoir que le chenal principal est situé au nord de l'île, et que c'est donc là que se trouve la frontière.

Il est donc évident que les éclaircissements voulus ont été donnés sur la question, qu'ils satisfont aux exigences habituelles et qu'il n'est pas nécessaire d'en discuter davantage. »

67. Dans la présente instance, le Botswana soutient que la décision prise, en décembre 1984, de réaliser une étude conjointe, et l'ensemble des instruments en relation avec cette décision — y compris l'étude de juillet 1985 elle-même —, constituent un « accord intergouvernemental », « intervenu entre les parties au sujet ... de l'application » du traité de 1890, qui constate que la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu se situe dans le chenal nord du Chobe. Le Botswana précise notamment que « le droit international général n'assujettit la conclusion d'un accord international à aucune formalité particulière » et que « [l]e seul critère est l'intention des parties de conclure un accord qui les lie, intention qui peut être déduite des circonstances ».

Namibia categorically denies that the discussions conducted between the Botswana and South African authorities in 1984-1985 led to an agreement on the boundary; it stresses in this connection that the July 1985 joint survey was not “self-executing” and was devoid of any legally binding status unless the parties concerned took the appropriate measures to confer such status upon it. Namibia points out that, once the United Nations General Assembly had terminated South Africa’s mandate over South West Africa in 1966, neither South Africa nor Botswana could in any case conclude any kind of agreement on the boundaries of this territory.

68. Having examined the documents referred to above, the Court cannot conclude therefrom that in 1984-1985 South Africa and Botswana had agreed on anything more than the despatch of the joint team of experts. In particular, the Court cannot conclude that the two States agreed in some fashion or other to recognize themselves as legally bound by the results of the joint survey carried out in July 1985. Neither the record of the meeting held in Pretoria on 19 December 1984 nor the experts’ terms of reference serve to establish that any such agreement was reached. Moreover, the subsequent correspondence between the South African and Botswana authorities appears to deny the existence of any such agreement: in its Note of 4 November 1985 (see paragraph 65 above), Botswana called upon South Africa to accept the survey conclusions; not only did South Africa fail to accept them but on several occasions it emphasized the need for Botswana to negotiate and agree on the question of the boundary with the relevant authorities of South West Africa/Namibia, or indeed of the future independent Namibia.

69. The Court has reached the conclusion that there was no agreement between South Africa and Botswana “regarding the . . . application of the [1890 Treaty]”. This is in itself sufficient to dispose of the matter. It is unnecessary to add that in 1984 and 1985 the two States had no competence to conclude such an agreement, since at that time the United Nations General Assembly had already terminated South Africa’s Mandate over South West Africa by resolution 2145 (XXI) of 27 October 1966, and the Security Council had approved that measure by resolution 276 (1970) of 30 January 1970. The Court itself, in its Advisory Opinion of 21 June 1971 on the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, stated the following in this regard:

“(1) . . . the continued presence of South Africa in Namibia being illegal, South Africa is under obligation to withdraw its administration from Namibia immediately and thus put an end to its occupation of the Territory;

. . . . .

(2) . . . States Members of the United Nations are under obligation



La Namibie nie catégoriquement que les discussions menées entre les autorités botswanaises et sud-africaines en 1984 et 1985 aient conduit à un accord sur la frontière; elle fait notamment valoir à cet égard que l'étude conjointe de juillet 1985 n'était pas «auto-exécutoire» et qu'elle demeurait dépourvue de tout caractère juridiquement contraignant tant que les parties ne prenaient pas les mesures appropriées pour lui conférer un tel caractère. La Namibie souligne qu'en tout état de cause ni l'Afrique du Sud ni le Botswana ne pouvaient, après que l'Assemblée générale des Nations Unies eut mis fin, en 1966, au mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain, conclure un quelconque accord sur les frontières de ce territoire.

68. De l'examen des documents précités, la Cour ne peut conclure que, en 1984 et 1985, l'Afrique du Sud et le Botswana se seraient accordés sur davantage que l'envoi de la commission mixte d'experts. La Cour ne peut en particulier conclure que les deux Etats se seraient accordés d'une manière ou d'une autre pour se reconnaître juridiquement liés par les résultats du levé conjoint effectué en juillet 1985. Ni les procès-verbaux de la réunion tenue à Pretoria le 19 décembre 1984 ni les termes du mandat confié aux experts ne permettent d'établir un tel accord. Bien plus, la correspondance que les autorités sud-africaines et botswanaises ont échangée par la suite apparaît démentir l'existence de tout accord en ce sens: dans sa note verbale du 4 novembre 1985 (voir paragraphe 65 ci-dessus), le Botswana a invité l'Afrique du Sud à accepter les conclusions des experts; non seulement l'Afrique du Sud n'a pas donné cette acceptation, mais elle a, à plusieurs reprises, insisté sur la nécessité pour le Botswana de négocier et de s'entendre sur la question de la frontière avec les autorités compétentes du Sud-Ouest africain/Namibie, voire de la future Namibie indépendante.

69. La Cour est parvenue à la conclusion qu'il n'y a pas eu, entre l'Afrique du Sud et le Botswana, d'accord «au sujet de ... l'application [du traité]» de 1890. Cette conclusion se suffit à elle-même. La Cour n'a pas besoin d'y ajouter le fait que ces deux Etats n'avaient pas compétence en 1984 et 1985 pour conclure un tel accord, car l'Assemblée générale des Nations Unies avait déjà, à l'époque considérée, mis fin au mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain par sa résolution 2145 (XXI) du 27 octobre 1966 et le Conseil de sécurité avait approuvé cette mesure par sa résolution 276 (1970) du 30 janvier 1970. La Cour elle-même, dans son avis consultatif du 21 juin 1971 sur les *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, s'était à cet égard exprimée comme suit:

«1) ... la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie étant illégale, l'Afrique du Sud a l'obligation de retirer immédiatement son administration de la Namibie et de cesser ainsi d'occuper le territoire;

2) ... les Etats Membres des Nations Unies ont l'obligation de

to recognize the illegality of South Africa's presence in Namibia and the invalidity of its acts on behalf of or concerning Namibia, and to refrain from any acts and in particular any dealings with the Government of South Africa implying recognition of the legality of . . . such presence and administration" (*I.C.J. Reports 1971*, p. 58, para. 133).

Furthermore, the evidence indicates that the Botswana Government's preliminary contacts with the President of the United Nations Council for Namibia and the United Nations Commissioner for Namibia with a view to obtaining their approval prior to the Pretoria meeting of 19 December 1984 were not pursued further, and did not have the result sought by Botswana.

70. Nor does the Court need to examine any further Botswana's alternative argument that, even if the 1984-1985 "agreement" was invalid, it had been "adopted" by Namibia, first before the Joint Team of Technical Experts in 1994, then before the Court itself. The Court need only observe that no such "adoption" by Namibia has been established.

\*

71. In the proceedings Namibia, too, invoked in support of its arguments the subsequent practice of the parties to the 1890 Treaty. In its Memorial it contended that this conduct

"is relevant to the present controversy in three distinct ways. In the first place, it corroborates the interpretation of the Treaty . . . Second, it gives rise to a second and entirely independent basis for Namibia's claim under the doctrines concerning acquisition of territory by prescription, acquiescence and recognition. Finally, the conduct of the parties shows that Namibia was in possession of the Island at the time of termination of colonial rule, a fact that is pertinent to the application of the principle of *uti possidetis*."

At the hearings Namibia stressed that "its primary claim is that its title is treaty-based", the claim "of prescription [being] asserted in the alternative"; and it argued in this regard that

"the very meaning of the ability to plead in the alternative is that each claim is to be considered in its own right, and no inference is to be taken against one claim because an inconsistent claim has been pleaded".

The subsequent practice relied on by Namibia consists of

reconnaître l'illégalité de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie et le défaut de validité des mesures prises par elle au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne, et de s'abstenir de tous actes et en particulier de toutes relations avec le Gouvernement sud-africain qui impliqueraient la reconnaissance de la légalité de cette présence et de cette administration» (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 58, par. 133).

Il ressort au demeurant du dossier que les contacts préliminaires que le Gouvernement botswanais a eus avec le président du conseil des Nations Unies pour la Namibie et le commissaire des Nations Unies pour la Namibie en vue d'obtenir leur accord avant la rencontre de Pretoria du 19 décembre 1984 n'ont eu aucune suite et n'ont pas eu le résultat recherché par le Botswana.

70. La Cour n'a pas davantage à se pencher sur l'argument développé à titre subsidiaire par le Botswana, selon lequel, même si l'«accord» de 1984-1985 avait été invalide, il aurait été «avalisé» par la Namibie, d'abord devant la commission mixte d'experts en 1994, puis devant la Cour elle-même. Il suffira à la Cour de faire observer à cet égard qu'un tel «aval» de la Namibie n'a pas été établi.

\*

71. Dans l'instance, la Namibie a elle aussi invoqué, à l'appui de ses thèses, la conduite ultérieure des parties au traité de 1890. Dans son mémoire, elle a soutenu que cette conduite

«est pertinente dans la présente controverse pour trois raisons distinctes. En premier lieu, elle corrobore l'interprétation du traité ... En deuxième lieu, elle constitue un deuxième fondement totalement distinct de la revendication de la Namibie en vertu des doctrines concernant l'acquisition de territoires par prescription, acquiescement et reconnaissance. Et, en dernier lieu, la conduite des parties montre que la Namibie était en possession de l'île à l'époque où il a été mis fin au régime colonial, fait qui est pertinent pour l'application du principe de *l'uti possidetis*.»

A l'audience, la Namibie a souligné que «sa thèse principale est que son titre est d'origine conventionnelle», l'argument «de la prescription [n'étant] avancé qu'à titre subsidiaire»: et elle a précisé que

«l'objet même de la faculté de plaider une thèse puis une autre à titre subsidiaire est que chacune des thèses doit être considérée pour ce qu'elle vaut et que l'on ne peut tirer aucune conclusion à l'encontre d'une thèse au seul motif qu'une thèse divergente a également été plaidée».

Selon la Namibie, la conduite ultérieure sur laquelle elle se fonde consiste dans

“[t]he control and use of Kasikili Island by the Masubia of Caprivi, the exercise of jurisdiction over the Island by the Namibian governing authorities, and the silence by Botswana and its predecessors persisting for almost a century with full knowledge of the facts . . .”

Namibia contends that the members of the Masubia tribe — a people from the eastern part of the Caprivi Strip — had a “continued presence” on the Island at least between 1890 and the late 1940s. Citing various official documents, explorers’ accounts and testimony of witnesses, it states that: “from the beginning of the colonial period at least, and probably a good deal further back than that, Kasikili Island was agricultural land cultivated by the people occupying what is now the Eastern Caprivi”; that “[t]heir occupation was continuous, exclusive and uninterrupted, in so far as the physical conditions of the Island allowed”; and that “Kasikili Island/Kasika [a Caprivi village] was a well organized village community, with a chief and at times with a school — its centre of gravity moving from one pole to the other in accordance with the dictates of the annual flood”. According to Namibia, Germany from 1909, then its successors after 1915, incorporated the local institutions of the Masubia into the structure of colonial governance, using them as instruments for exercising their authority. The Masubia thus constituted a key component of the system of “indirect rule” which prevailed in the region. Namibia emphasizes that all these facts were known to the Bechuanaland authorities just across the Chobe, in Kasane, and that they made no objection or protest, at least until the late 1940s. And Namibia concludes that:

“[t]he continued control and use of Kasikili Island by the people of the Eastern Caprivi, the exercise of jurisdiction over the Island by the governing authorities in the Caprivi Strip, and the continued silence of those on the other side of the Chobe . . . confirm the interpretation of the Treaty . . . [whereby] Article III . . . attributes Kasikili Island to Namibia”.

72. Botswana, for its part, observes that

“[t]he Namibian argument based upon subsequent conduct of the parties rests upon extraordinarily weak foundations, both in conceptual and in factual terms. The conceptual foundations are weak because in truth, the ‘subsequent conduct’ argument of Namibia is an argument grounded in acquisitive prescription. Thus, subsequent conduct, which relates to an existing legal instrument, is opposed to prescription, the purpose of which is to destroy and to supplant a pre-existing title.”

It does not dispute that people from the Caprivi at times used the Island for agricultural purposes, but it stresses the sporadic nature of that use

«[l]e contrôle et l'utilisation de l'île de Kasikili par les Masubia de la bande du Caprivi, l'exercice de la juridiction sur l'île par les autorités responsables namibiennes et le silence gardé par le Botswana et ses prédécesseurs pendant près d'un siècle en pleine connaissance de cause...»

La Namibie expose que les membres de la tribu des Masubia — tribu de la partie orientale de la bande de Caprivi — ont assuré une «présence continue» sur l'île au moins entre 1890 et la fin des années quarante. Elle précise, en excipant d'un certain nombre de documents officiels, de récits d'explorateurs et de dépositions de témoins, que «depuis le début de la période coloniale au moins et probablement bien avant celle-ci, l'île de Kasikili était ... un territoire agricole cultivé par les peuples occupant ce qui constitue aujourd'hui le Caprivi oriental»; que «[l]eur occupation était continue, exclusive et ininterrompue dans la mesure où les conditions matérielles sur l'île le permettaient»; et que «[l']île de Kasikili et Kasika [village du Caprivi] formaient une communauté villageoise bien organisée, dotée d'un chef et disposant à certaines époques d'une école, dont le centre de gravité se déplaçait d'un endroit à l'autre en fonction de ce que dictait la crue annuelle». D'après la Namibie, l'Allemagne, dès 1909, puis ses successeurs, après 1915, incorporèrent les institutions locales des Masubia au régime d'administration coloniale en se servant de ces institutions comme rouages pour exercer leur autorité. Les Masubia constituaient ainsi un élément-clef du système d'«administration indirecte» qui prévalait dans la région. La Namibie souligne que tous ces faits étaient connus des autorités du Bechuanaland installées juste de l'autre côté du Chobe, à Kasane, et que celles-ci n'ont élevé ni objections, ni protestations, au moins jusqu'à la fin des années quarante. Et la Namibie de conclure:

«[l]e maintien du contrôle et de l'utilisation de l'île de Kasikili par les habitants du Caprivi oriental, l'exercice de la juridiction sur l'île par les autorités gouvernant la bande de Caprivi et le silence constant de ceux qui demeuraient de l'autre côté du Chobe ... confirment l'interprétation du traité [selon laquelle son] article III attribue ... l'île de Kasikili à la Namibie».

72. Le Botswana, pour sa part, fait observer que

«[l]a thèse développée par la Namibie sur la base de la conduite ultérieure des parties repose sur des fondements extrêmement peu solides du point de vue aussi bien conceptuel que factuel. L'assise conceptuelle est faible parce que «la conduite ultérieure» invoquée par la Namibie est en vérité un argument reposant sur la prescription acquisitive. La conduite ultérieure, qui est liée à un instrument juridique existant, s'oppose à la prescription, qui a pour objet de défaire et de remplacer un titre préexistant.»

Il ne conteste pas qu'à certains moments des habitants du Caprivi se soient servis de l'île à des fins agricoles, mais il souligne le caractère spo-

and claims that the same applied to people living on the other side of the Chobe, in Bechuanaland. At all events, Botswana denies categorically that there was ever a permanent settlement or a village on Kasikili/Sedudu Island. And it concludes that the Eason Report of 1912, the diplomatic transactions of 1948 to 1951, and other pieces of evidence “all . . . establish conclusively that in administrative terms the Island always formed part of Botswana and its predecessor, the Bechuanaland Protectorate”.

73. At this point in its Judgment, the Court will not examine Namibia’s argument concerning prescription (see in this respect paragraphs 90-99 below). It will merely seek to ascertain whether the long-standing, unopposed, presence of Masubia tribespeople on Kasikili/Sedudu Island constitutes “subsequent practice in the application of the [1890] treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation” (1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 31, para. 3 (*b*)).

74. To establish such practice, at least two criteria would have to be satisfied: first, that the occupation of the Island by the Masubia was linked to a belief on the part of the Caprivi authorities that the boundary laid down by the 1890 Treaty followed the southern channel of the Chobe; and, second, that the Bechuanaland authorities were fully aware of and accepted this as a confirmation of the Treaty boundary.

While it is true that the early maps of the region placed the boundary around Kasikili/Sedudu Island in the southern channel of the Chobe, none of them officially interpreted the 1890 Treaty (see paragraph 84 below), and the evidence would tend rather to suggest that the boundary line was shown as following the southern channel as a result of the intermittent presence on the Island of people from the Caprivi Strip. However, there is nothing that shows, in the opinion of the Court, that this presence was linked to territorial claims by the Caprivi authorities. It is, moreover, not uncommon for the inhabitants of border regions in Africa to traverse such borders for purposes of agriculture and grazing, without raising concern on the part of the authorities on either side of the border.

Furthermore, the Court is mindful that, already in 1912, when Great Britain was concerned with determining the boundary of the Bechuanaland Protectorate in the area in question, Captain Eason of the Bechuanaland police stated that “the North should be claimed as the main channel” of the Chobe around Kasikili/Sedudu Island (which, in view of the terms of the 1890 Treaty, placed the Island in Bechuanaland territory), while at the same time observing — without apparently seeing this as being in any way a problem — that “[t]he natives living at Kasika in German territory [we]re . . . growing crops on it” (see paragraph 53 above). There were similar statements in the Trollope-Redman Report of 19 January 1948, in which the two officials expressed the view that “the ‘main channel’ lies in the waterway which would include the island in question

radique de cet usage et prétend qu'il en allait de même des populations qui vivaient de l'autre côté du Chobe, au Bechuanaland. Le Botswana nie en tous cas catégoriquement qu'il y ait jamais eu un établissement permanent ou un village sur l'île de Kasikili/Sedudu. Et il conclut que le rapport Eason de 1912, les négociations diplomatiques de 1948 à 1951 et d'autres éléments encore «démontrent tous de façon concluante que l'île a toujours fait partie, du point de vue administratif, du Botswana et de son prédécesseur, le protectorat du Bechuanaland».

73. A ce stade de sa décision, la Cour n'a pas à se pencher sur l'argument namibien relatif à la prescription (voir à cet égard les paragraphes 90 à 99 ci-après). Elle se contentera de rechercher si la présence très ancienne, et qui n'a pas soulevé d'objections, de membres de la tribu des Masubia sur l'île de Kasikili/Sedudu est constitutive d'une «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité [de 1890] par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité» (convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, art. 31, par. 3 b)).

74. Pour qu'une telle pratique puisse être démontrée, il faudrait au moins que deux éléments soient établis : d'une part, que l'occupation de l'île par les Masubia ait participé de la conviction des autorités du Caprivi que la frontière fixée par le traité de 1890 suivait le chenal sud du Chobe; et d'autre part, que ce fait ait été pleinement connu et accepté par les autorités du Bechuanaland comme confirmant la frontière fixée par le traité.

Certes, les premières cartes de la région figuraient la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu dans le chenal sud du Chobe; mais aucune de ces cartes n'interprétait officiellement le traité de 1890 (voir paragraphe 84 ci-après), et il semble plutôt ressortir du dossier de l'affaire que, si la ligne frontière avait été figurée dans le chenal sud, c'était compte tenu de la présence intermittente sur l'île de populations venues de la bande de Caprivi. En revanche, rien ne montre, de l'avis de la Cour, que cette présence ait eu un lien avec des prétentions territoriales des autorités capriviennes. Il n'est d'ailleurs pas inhabituel que les habitants de régions frontalières en Afrique traversent les frontières en question, pour des raisons liées à l'agriculture ou au pacage, sans que les autorités d'un côté ou de l'autre de ces frontières s'en alarment.

Par ailleurs, la Cour ne perd pas de vue que, dès 1912, alors que la Grande-Bretagne se préoccupait de déterminer la frontière de son protectorat du Bechuanaland dans la région, le capitaine Eason, de la police du Bechuanaland, a affirmé que «le chenal nord [devait] être considéré comme le chenal principal» du Chobe autour de l'île de Kasikili (ce qui, vu les termes du traité de 1890, plaçait l'île en territoire du Bechuanaland), tout en indiquant — sans apparemment y voir le moindre problème — que «[l]es autochtones qui viv[aient] à Kasika, en territoire allemand, y pratiqu[aient] ... la culture» (voir paragraphe 53 ci-dessus). Des constatations similaires ont été consignées dans le rapport Trollope-Redman du 19 janvier 1948: les deux administrateurs y estimaient que «le «chenal principal» se situ[ait] dans la voie d'eau qui englob[ait] l'île en question dans le

in the Bechuanaland Protectorate”; at the same time, they noted that “use ha[d] been made of the Island by Eastern Caprivi Zipfel tribesmen” without objection from Bechuanaland (see paragraph 57 above). Finally, the joint survey report on the Chobe drawn up by South African and Botswanan experts on 15 July 1985 in the context of discussions on the location of the boundary around Kasikili/Sedudu Island noted that “[l]ive-stock from Caprivi [we]re swum across the river when grazing on the Caprivi side [wa]s poor”; at the same time it suggested that “visits to the Island had, in recent years, become infrequent” (see paragraph 64 above). It would therefore seem that, as far as Bechuanaland, and subsequently Botswana, were concerned, the intermittent presence of the Masubia on the Island did not trouble anyone and was tolerated, not least because it did not appear to be connected with interpretation of the terms of the 1890 Treaty.

75. The Court concludes from the foregoing that the peaceful and public use of Kasikili/Sedudu Island, over a period of many years, by Masubia tribesmen from the Eastern Caprivi does not constitute “subsequent practice in the application of the [1890] treaty” within the meaning of Article 31, paragraph 3 (*b*), of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

\*

76. Botswana and Namibia also cite various other facts and incidents from which they seek to derive evidence of subsequent practice by the parties to the 1890 Treaty.

Thus Botswana asserts that Kasikili/Sedudu Island forms part of the Chobe National Park established in 1967 and, before that, was part of the Chobe Game Reserve created in 1960. According to Botswana, the use of the international boundary as the northern limit of the Game Reserve, and subsequently of the National Park, in the documents relating to their establishment necessarily had the effect of including Kasikili/Sedudu Island within them.

Botswana also relies on an affidavit and report by a witness concerning a visit to Kasane in 1972 by the then Botswana Head of State; from this it seeks to imply that he may have visited the Island as well, while at the same time acknowledging that there is no direct evidence that he actually did so.

77. Namibia, for its part, places reliance on an incident occurring during the same period. It states that three or four Caprivians were arrested on the Island by Botswana game wardens for poaching and released by a Botswana magistrate after a five-day detention, on the grounds that they had been arrested outside Botswana’s jurisdiction. Namibia regards this as an acknowledgment by a Botswanan official of Namibian sovereignty over the Island.



protectorat du Bechuanaland»; en même temps, ils prenaient acte de ce que «l'île [était] utilisée par les membres des tribus de la partie orientale de la bande de Caprivi» sans objection du Bechuanaland (voir paragraphe 57 ci-dessus). Enfin, le rapport d'étude conjointe sur le Chobe, établi par des experts de l'Afrique du Sud et du Botswana le 15 juillet 1985 dans le cadre de discussions sur le cours de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu, faisait état de ce que «[l]e bétail du Caprivi travers[ait] le fleuve à la nage lorsque le pâturage fai[sait] défaut du côté du Caprivi»; en même temps, il laissait entendre que «les séjours sur l'île étaient devenus plus rares au cours des dernières années» (voir paragraphe 64 ci-dessus). Il semble par conséquent que, du côté du Bechuanaland, puis du Botswana, la présence intermittente des Masubia sur l'île n'ait inquiété personne et ait été tolérée, à tout le moins, parce qu'elle n'apparaissait pas liée à une interprétation des termes du traité de 1890.

75. La Cour conclut de ce qui précède que l'utilisation paisible et ouverte, pendant des années, de l'île de Kasikili/Sedudu par les membres de la tribu des Masubia du Caprivi oriental n'est pas constitutive d'une «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité» de 1890, au sens de l'alinéa *b*) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités.

\*

76. Le Botswana et la Namibie font encore état de divers autres faits et incidents dont ils entendent tirer des preuves d'une pratique ultérieure des parties au traité de 1890.

Ainsi, le Botswana affirme que l'île de Kasikili/Sedudu fait partie du parc national du Chobe créé en 1967 et faisait partie auparavant de la réserve animalière instituée en 1960. Selon le Botswana, l'utilisation de la frontière internationale comme limite septentrionale de la réserve animalière, puis du parc national, par les textes qui les ont institués avait obligatoirement pour effet d'y inclure l'île de Kasikili/Sedudu.

Le Botswana invoque en outre une déclaration sous serment et un rapport d'un même témoin faisant état de la visite à Kasane, en 1972, du chef de l'Etat botswanais de l'époque; le Botswana tente d'en conclure que ce dernier pourrait s'être rendu également dans l'île, tout en reconnaissant qu'il n'y a pas de preuve directe que tel ait été effectivement le cas.

77. La Namibie, pour sa part, attache une certaine importance à un incident survenu à la même époque. Elle expose que des gardes botswanais avaient appréhendé trois ou quatre Capriviens dans l'île, sous le chef de braconnage, et que ceux-ci furent relâchés par un magistrat du Botswana, après une détention de cinq jours, au motif qu'ils avaient été arrêtés sur un territoire qui ne relevait pas de la juridiction du Botswana. La Namibie y voit une reconnaissance, par un fonctionnaire du Botswana, de la souveraineté namibienne sur l'île.

78. In the Court's view, these additional facts and incidents cited by the Parties cannot be regarded as representing "subsequent practice in the application of the [1890] treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation" (1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 31, para. 3 (*b*)).

The documents establishing the Chobe Game Reserve and the Chobe National Park to which Botswana refers are internal documents, which, moreover, contain no express reference to Kasikili/Sedudu Island. Furthermore, Botswana itself recognizes that it has not been established that the Botswana Head of State visited the Island in 1972. As regards the incident cited by Namibia, it appears to be insufficiently proven.

\*

79. The Court concludes from all of the foregoing that the subsequent practice of the parties to the 1890 Treaty did not result in any "agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions", within the meaning of Article 31, paragraph 3 (*a*), of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, nor did it result in any "practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation", within the meaning of subparagraph (*b*) of that same provision.

80. However, the Court is bound to note that on at least three occasions, at different periods — in 1912, in 1948 and in 1985 — surveys carried out on the ground identified the channel of the Chobe to the north and west as the "main channel" of the river around Kasikili/Sedudu Island. The factual findings that the parties concerned arrived at separately in 1948 were expressed in concurrent terms in a joint report. In addition, the survey made in 1985 was conducted jointly by the parties then concerned. The factual findings made on these occasions were not, as such, disputed at the time. The Court finds that these facts, while not constituting subsequent practice by the parties in the interpretation of the 1890 Treaty, nevertheless support the conclusions which it has reached by interpreting Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms (see paragraph 41 above).

\* \* \*

81. Both Parties have submitted in evidence in support of their respective positions a large number of maps, dating back as far as 1880. Most of the early maps are of German origin (in particular, the maps of Seiner (1909), Streitwolf (1910) and Frankenberg (1912)); there are, however, others of British origin (such as the Bradshaw map (1880), the map attached to the Eason Report (1912) and those contained in Colonial

78. De l'avis de la Cour, ces faits et incidents additionnels invoqués par les Parties ne sauraient être regardés comme constitutifs d'une « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité [de 1890] par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » (convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, art. 31, par. 3 *b*)).

En effet, les textes instituant la réserve animalière et le parc national du Chobe, auxquels le Botswana se réfère, constituent des documents internes qui, de surcroît, ne font pas expressément référence à l'île de Kasikili/Sedudu. Par ailleurs, le Botswana reconnaît lui-même qu'il n'est pas établi que le chef de l'Etat botswanais se serait rendu sur l'île en 1972. Quant à l'incident mentionné par la Namibie, il apparaît insuffisamment prouvé.

\*

79. La Cour conclut de tout ce qui précède que la conduite ultérieure des parties au traité de 1890 n'a donné lieu à aucun « accord ... entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions », au sens de l'alinéa *a*) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, et qu'elle n'a pas davantage donné lieu à une quelconque « pratique ... suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité », au sens de l'alinéa *b*) de cette même disposition.

80. Toutefois, la Cour ne peut manquer de noter que, à pas moins de trois reprises et à des époques différentes — en 1912, en 1948 et en 1985 —, les levés effectués sur le terrain ont désigné le chenal nord et ouest du Chobe comme constituant le « chenal principal » du fleuve autour de l'île de Kasikili/Sedudu. Les constatations auxquelles les parties concernées ont procédé séparément en 1948 sont exprimées en termes concordants dans un rapport conjoint. Par ailleurs, l'étude réalisée en 1985 l'a été conjointement par les parties alors intéressées. Les faits consignés à ces occasions n'ont, comme tels, pas été contestés à l'époque. La Cour estime que ces faits, même s'ils ne constituent pas une « pratique ultérieure » des parties au traité de 1890 quant à l'interprétation de celui-ci, n'en étayaient pas moins les conclusions auxquelles elle est parvenue en interprétant le paragraphe 2 de l'article III du traité suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes (voir paragraphe 41 ci-dessus).

\* \* \*

81. Chacune des deux Parties a produit comme éléments de preuve à l'appui de ses thèses un grand nombre de cartes, qui remontent jusqu'à 1880. Les cartes les plus anciennes, pour la plupart, sont d'origine allemande (il s'agit en particulier des cartes de Seiner (1909), Streitwolf (1910) et Frankenberg (1912)); il en est toutefois aussi d'origine britannique (telle que la carte Bradshaw (1880), la carte jointe au rapport

Office Reports published between 1912 and 1915). The more recent maps include some prepared by the British (one of which, a map of Bechuanaland compiled by the War Office in 1933, became the basis for several subsequent maps), some produced by South Africa (including a 1949 map that served as an official map of the territory of South West Africa until Namibian independence), some published by Botswana after independence and one from the United Nations.

82. Namibia points out that the majority of the maps submitted in these proceedings, even those emanating from British colonial sources and intended to show the boundaries of Bechuanaland, tend to place the boundary around Kasikili/Sedudu Island in the southern channel. Namibia relies on this as “a specialized form of ‘subsequent practice’ and . . . also an aspect both of the exercise of jurisdiction and the acquiescence in it that matures into prescriptive title”. Namibia places particular weight in this respect on the 1933 War Office map entitled “Bechuanaland Protectorate Sheet 2 1:500,000 GSGS 3915”; it claims that this map was in general use in Bechuanaland until 1965, and that, like other official maps dating from the last three decades of British rule in Bechuanaland, it excludes the Island from the territory of the Protectorate. Namibia also relies in this regard on the Court’s decision in the *Temple of Preah Vihear* case, where it was held that acceptance by the parties to a treaty of a map showing a boundary may constitute an interpretation that departs from the express terms of that treaty (Judgment of 15 June 1962 (Merits), *I.C.J. Reports 1962*, pp. 6 *et seq.*). Namibia then concludes:

“This substantially unbroken practice by all three of the parties most closely concerned with the boundary between Botswana and Namibia — Germany, Great Britain and South Africa — strongly substantiates Namibia’s contention as to the proper interpretation of Article III (2) of the 1890 Treaty. At the same time, it lends significant support to Namibia’s claim of sovereignty over the Island by virtue of the doctrine of prescription and the principle of *uti possidetis*.”

83. Botswana for its part places less reliance on maps, pointing out, *inter alia*, that most of the early maps show too little detail, or are too small in scale, to be of value in this case. Botswana asserts, however, that the available maps and sketches indicate that, from the time the Chobe was surveyed with any particularity by European explorers from the 1860s onwards, a north channel around the Island was known and regularly depicted. It cites the Bradshaw map of 1880, the Frankenberg map of 1912 and Captain Eason’s map of 1912 as clearly indicating the presence of the northern and western channel in a manner closely similar to its present configuration. Botswana does not, however, attempt to

Eason (1912) ou celles qui figurent dans les *Colonial Office Reports* publiés entre 1912 et 1915). Parmi les cartes plus récentes, on trouve diverses cartes britanniques (dont une carte du Bechuanaland dressée par le War Office en 1933, qui a servi de base à l'établissement de plusieurs cartes ultérieures) et sud-africaines (parmi lesquelles une carte dressée en 1949, qui a servi de carte officielle du territoire du Sud-Ouest africain jusqu'à l'accession de la Namibie à l'indépendance), ainsi que des cartes publiées par le Botswana après son accession à l'indépendance et une carte de l'Organisation des Nations Unies.

82. La Namibie souligne que la majeure partie des cartes produites dans l'instance, même celles qui proviennent de sources coloniales britanniques et qui ont pour objet de figurer les frontières du Bechuanaland, tendent à indiquer que la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu se trouve dans le chenal sud du Chobe. La Namibie y voit «une forme spéciale de «pratique ultérieurement suivie» et ... aussi un aspect de l'exercice de la compétence et de l'acquiescement à celle-ci qui aboutit à l'acquisition d'un titre par prescription». A cet égard la Namibie attribue un poids particulier à la carte de 1933 du War Office, intitulée «Bechuanaland Protectorate Sheet 2 1:500,000 GSGS 3915»: elle soutient que cette carte était d'un usage général au Bechuanaland jusqu'en 1965 et que, de même que d'autres cartes officielles remontant aux trois dernières décennies de l'administration britannique au Bechuanaland, elle excluait l'île du territoire du protectorat. La Namibie invoque également, dans ce contexte, la jurisprudence de la Cour dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, selon laquelle l'acceptation, par les parties à une convention, d'une carte figurant une frontière peut constituer une interprétation de cette convention dérogeant à ses termes exprès (arrêt du 15 juin 1962 (fond), *C.I.J. Recueil 1962*, p. 6 et suiv.). Et la Namibie de conclure:

«La thèse avancée par la Namibie quant à l'interprétation qu'il convient de donner au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 trouve un solide appui dans cette pratique quasi ininterrompue suivie par les trois parties intéressées au premier chef par la frontière entre le Botswana et la Namibie, à savoir l'Allemagne, la Grande-Bretagne et l'Afrique du Sud. Et cette pratique vient aussi conforter largement la revendication de souveraineté de la Namibie sur l'île en vertu de la doctrine de la prescription et du principe de *l'uti possidetis*.»

83. Pour sa part, le Botswana attache une importance moindre aux cartes, et relève notamment que la plupart des cartes anciennes sont trop peu détaillées, ou d'une échelle trop petite, pour être utiles en l'espèce. Le Botswana fait cependant valoir que les cartes et les croquis disponibles montrent que dès l'époque où des explorateurs européens ont procédé à un levé un tant soit peu détaillé du Chobe, à partir des années 1860 et par la suite, un chenal nord autour de l'île était connu et régulièrement représenté. Il cite la carte Bradshaw de 1880, la carte Frankenberg de 1912 et la carte du capitaine Eason de 1912 comme indiquant clairement la présence du chenal nord et ouest d'une façon très similaire à sa configuration

demonstrate that this places the boundary in the northern channel. Rather, its overall position is that the map evidence is far less consistent in placing the boundary in the southern channel than Namibia claims. At the hearings, Botswana argued that, when accuracy, the precise location of the boundary, and the fact of mere copying all are taken into account, one is left with three maps showing the boundary in the northern channel and only two in the southern channel (the 1933 British GSGS 3915 map, and the 1949 South African map). Botswana further asserts that there are technical problems with the latter two. As a consequence, it disputes Namibia's assertion that a preponderance of maps show the boundary to be in the southern channel. In Botswana's view, the Court should look for a map that shows agreement of the Parties — and that is to be found in the map attached to the Joint Survey of 1985 (see paragraph 64 above), which shows the boundary between South Africa and Botswana to lie in the northern channel of the Chobe.

84. The Court will begin by recalling what the Chamber dealing with the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* case had to say on the evidentiary value of maps:

“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, that is, a document endowed by international law with intrinsic legal force for the purpose of establishing territorial rights. Of course, in some cases maps may acquire such legal force, but where this is so the legal force does not arise solely from their intrinsic merits: it is because such maps fall into the category of physical expressions of the will of the State or States concerned. This is the case, for example, when maps are annexed to an official text of which they form an integral part. Except in this clearly defined case, maps are only extrinsic evidence of varying reliability or unreliability which may be used, along with other evidence of a circumstantial kind, to establish or reconstitute the real facts.” (*I.C.J. Reports 1986*, p. 582, para. 54.)

As far as the present case is concerned, the Court notes that, according to Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty, “[t]he course of the . . . boundary is traced in general accordance with a Map officially prepared for the British Government in 1889”. No boundary line is drawn on this map, and it was not annexed to the 1890 Treaty, although a slightly later version of it was subsequently bound up with this Treaty in the British Foreign Office archive, as being the map alluded to in Article III, paragraph 2. There is also a map entitled “Map to Illustrate Article III of the Anglo-German Agreement of 1<sup>st</sup> July 1890”, published in 1909 in the third edition of Hertslet's *Map of Africa by Treaty*. While the Parties dif-

actuelle. Toutefois, le Botswana ne tente pas pour autant de démontrer que la frontière se trouverait de ce fait dans le chenal nord. Sa position générale est plutôt que le matériau cartographique place la frontière dans le chenal sud de façon bien moins systématique que la Namibie le prétend. A l'audience, le Botswana a soutenu que si l'on tient compte tout à la fois de l'exactitude des cartes, de l'emplacement précis de la frontière et du fait que certaines cartes ne sont que de simples copies, on ne trouve que trois cartes situant la frontière dans le chenal nord et deux seulement qui la situent dans le chenal sud (la carte britannique GSGS 3915 de 1933 et la carte sud-africaine de 1949). Le Botswana soutient en outre que ces deux dernières cartes soulèvent des problèmes techniques. Il conteste donc l'affirmation de la Namibie selon laquelle les cartes situent majoritairement la frontière dans le chenal sud. D'après le Botswana, la Cour devrait rechercher une carte qui traduise l'accord des Parties: un tel accord serait exprimé dans la carte annexée au rapport d'étude de 1985 (voir paragraphe 64 ci-dessus), qui situe la frontière entre l'Afrique du Sud et le Botswana dans le chenal nord du Chobe.

84. La Cour commencera par rappeler les termes dans lesquels la Chambre chargée de connaître de l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* s'est exprimée sur la valeur probante des cartes:

«les cartes ne sont que de simples indications, plus ou moins exactes selon les cas; elles ne constituent jamais — à elles seules et du seul fait de leur existence — un titre territorial, c'est-à-dire un document auquel le droit international confère une valeur juridique intrinsèque aux fins de l'établissement des droits territoriaux. Certes, dans quelques cas, les cartes peuvent acquérir une telle valeur juridique mais cette valeur ne découle pas alors de leurs seules qualités intrinsèques: elle résulte de ce que ces cartes ont été intégrées parmi les éléments qui constituent l'expression de la volonté de l'Etat ou des Etats concernés. Ainsi en va-t-il, par exemple, lorsque des cartes sont annexées à un texte officiel dont elles font partie intégrante. En dehors de cette hypothèse clairement définie, les cartes ne sont que des éléments de preuve extrinsèques, plus ou moins fiables, plus ou moins suspects, auxquels il peut être fait appel, parmi d'autres éléments de preuve de nature circonstancielle, pour établir ou reconstituer la matérialité des faits.» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 582, par. 54.)

Pour ce qui est du cas d'espèce, la Cour relève qu'aux termes du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 «[l]e cours de la frontière décrite ci-dessus est tracé d'une façon générale d'après une carte officiellement établie pour le Gouvernement britannique en 1889». Aucun tracé de frontière n'est porté sur cette carte, qui n'a pas été annexée au traité de 1890, bien qu'une version légèrement postérieure de celle-ci ait été jointe par la suite à ce traité, dans les archives du Foreign Office, comme étant la carte visée au paragraphe 2 de l'article III. Il existe également une carte dénommée «Map to Illustrate Article III of the Anglo-German Agreement of 1<sup>st</sup> July 1890» («Carte illustrative de l'article III de l'accord

fer in their view of the precise origin of this map, they apparently agree that it does not depict any relevant information concerning the channels around Kasikili/Sedudu Island or the location of the boundary. The Court notes that there was no map appended to the 1890 Treaty officially expressing the intentions of Germany and Great Britain with regard to the course of the boundary between their respective possessions in the area.

85. Certainly it is true, as the Court has already stated, that maps published subsequently to the 1890 Treaty, in so far as they showed the boundary at all, for a number of years placed it in the channel of the Chobe passing to the south of the Island (this applies particularly to the above-mentioned 1933 Bechuanaland map and 1949 South African map). However, there was no indication that the placement of the boundary in these maps was meant to be in accordance with Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty; rather, its origins may be linked to the use of the Island by the Masubia, which the Court has already rejected as evidence of practice reflecting subsequent interpretation of Article III, paragraph 2, by the parties to the 1890 Treaty (see paragraphs 74 and 75 above).

Moreover, once the issue of the boundary in the area had been raised in 1947-1948, the local Caprivi and Bechuanaland officials agreed that “the ‘main Channel’ d[id] not follow the waterway . . . usually shown on maps as the boundary between the two Territories” (Trollope/Redman Report, see paragraph 57 above). Those officials duly passed on their views to their respective superiors, and the Court finds it not without relevance in this regard that, in his letter of 26 January 1948 to the Bechuanaland Government Secretary in Mafeking, Mr. Redman stated that according to the 1890 Treaty the boundary must run along the northern channel, and that the map showing the boundary in the southern channel was “inaccurate and . . . probably drawn by some-one who had not examined the river to determine the main Channel” (see paragraph 58 above). It is clear from the subsequent correspondence between the South African and Bechuanaland authorities (see paragraphs 59 and 60 above) that their differing positions on the status of Kasikili Island and the location of the boundary had by 1951 hardened to the point where a local *de facto* arrangement became necessary. The Court considers that, in the light of that disagreement, there cannot be any question of the authorities concerned having accepted the maps then available in a manner capable of constituting “subsequent practice in the application of the [1890] treaty”, still less recognition of the boundary shown on those maps. To the contrary, it appears to the Court that the parties largely ignored the maps, which they regarded as either accurate or inaccurate according to their respective positions on the course of the boundary.



anglo-allemand du 1<sup>er</sup> juillet 1890»), qui a été publiée en 1909 dans la troisième édition de l'ouvrage de M. Hertslet intitulé *Map of Africa by Treaty*. Bien que les Parties ne s'entendent pas sur l'origine exacte de cette carte, elles paraissent s'accorder pour reconnaître que celle-ci ne fournit aucune information pertinente quant aux chenaux qui entourent l'île de Kasikili/Sedudu ou quant à l'emplacement de la frontière. La Cour constate donc qu'aucune carte n'a été jointe au traité de 1890, qui eût exprimé officiellement la volonté de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne quant au tracé de la frontière entre leurs possessions dans la région.

85. Certes, comme la Cour l'a déjà indiqué, les cartes publiées après la conclusion du traité de 1890, lorsqu'elles figuraient la frontière, l'ont placée pendant un certain nombre d'années dans le chenal sud du Chobe autour de l'île (ainsi en va-t-il surtout de la carte du Bechuanaland de 1933 et de la carte de l'Afrique du Sud de 1949 précitées). Toutefois, il n'y avait pas d'indication que cette représentation de la frontière fût dictée par les dispositions du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890; il se peut au contraire qu'à l'origine cette représentation ait été liée à l'utilisation de l'île par les Masubia, dans laquelle la Cour a refusé de voir un élément de pratique traduisant l'interprétation que les parties au traité de 1890 auraient ultérieurement donnée au paragraphe 2 de son article III (voir paragraphes 74 et 75 ci-dessus).

Bien plus, dès que la question de la frontière dans la région a été soulevée en 1947-1948, les administrateurs locaux du Caprivi et du Bechuanaland sont convenus que «le «chenal principal» ne sui[vait] pas la voie d'eau qui généralement [était] indiquée sur les cartes comme constituant la frontière entre les deux territoires» (rapport Trollope-Redman, voir paragraphe 57 ci-dessus). Ces administrateurs ont dûment transmis leurs vues à leurs autorités supérieures respectives et il n'est pas sans intérêt de noter à cet égard que, dans sa lettre du 26 janvier 1948 au secrétaire du gouvernement à Mafeking, M. Redman soulignait qu'aux termes du traité de 1890 la frontière ne pouvait que se situer dans le chenal nord, la carte figurant la frontière dans le chenal sud étant «inexacte et a[yant] probablement été dressée par quelqu'un qui n'avait pas examiné le fleuve pour en déterminer le chenal principal» (voir paragraphe 58 ci-dessus). Il ressort clairement des échanges de correspondance intervenus par la suite entre les autorités sud-africaines et celles du Bechuanaland (voir paragraphes 59 et 60 ci-dessus) que leurs divergences de vues sur le statut de l'île de Kasikili et l'emplacement de la frontière s'étaient figées, en 1951, au point de rendre nécessaire un arrangement local *de facto*. La Cour estime qu'au vu d'un tel désaccord, il n'est pas possible de prétendre qu'il pourrait y avoir eu, de la part des autorités en cause, une acceptation des cartes alors disponibles, qui aurait donné lieu à une «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité» de 1890, voire à une reconnaissance de la frontière représentée sur ces cartes. Au contraire, il apparaît à la Cour que les parties se sont largement désintéressées des cartes, qu'elles regardaient comme exactes ou inexactes selon la position qu'elles avaient adoptée sur le cours de la frontière.

86. After Botswana's accession to independence, the relevant cartographic material shows greater variation, with certain maps (for example, the 1974 Botswana 1:50,000 map, the 1978 and 1982 official maps of the South African Ministry of Defence (JARIC) 1:100,000, the 1984 South Africa 1:50,000 map (the military intelligence version used by the South African army, with red overprint) and the 1984 Botswana 1:50,000 map) from then on placing the boundary around Kasikili/Sedudu Island in the Chobe's northern channel.

The Court will recall that this position was noted in the introduction to the 1985 Joint Survey Report and that the Botswana and South African experts concluded in this regard that "[t]he disparity in the depiction of the boundary between South African maps and those of Botswana ha[d] probably been a contributory factor in the recent border incident near Kasane" (see paragraph 64 above). The persistent uncertainty about the course of the boundary in the region — which led to the decision to undertake the 1985 Joint Survey — and the inconsistencies between maps preclude, in the Court's view, the possibility of there having been any kind of agreement, whether by way of interpretation of the 1890 Treaty or on any other basis, concerning the validity of any boundary depicted. The same is true of the subsequent period, when the dispute between Botswana and the newly independent Namibia crystallized.

87. In view of the absence of any map officially reflecting the intentions of the parties to the 1890 Treaty and of any express or tacit agreement between them or their successors concerning the validity of the boundary depicted in a map (cf. *Temple of Preah Vihear, Judgment, Merits, I.C.J. Reports 1962*, pp. 33-35), and in the light of the uncertainty and inconsistency of the cartographic material submitted to it, the Court considers itself unable to draw conclusions from the map evidence produced in this case. That evidence cannot therefore "endors[e] a conclusion at which a court has arrived by other means unconnected with the maps" (*Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), I.C.J. Reports 1986*, p. 583, para. 56), nor can it alter the results of the Court's textual interpretation of the 1890 Treaty.

\* \* \*

88. The foregoing interpretation of the relevant provisions of the 1890 Treaty leads the Court to conclude that the boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island provided for in this Treaty lies in the northern channel of the Chobe River.

89. According to the English text of the Treaty, this boundary follows the "centre" of the main channel; the German text uses the word "thalweg". The Court has already indicated that the parties to the 1890 Treaty intended these terms to be synonymous and that Botswana and Namibia

86. Après l'accession du Botswana à l'indépendance, le matériau cartographique pertinent est devenu plus hétérogène, puisque certaines cartes (telles la carte du Botswana au 1/50 000 de 1974, les cartes officielles du ministère sud-africain de la défense (JARIC) au 1/100 000 de 1978 et 1982, la carte de l'Afrique du Sud au 1/50 000 de 1984 (version des services de renseignements militaires, utilisée par l'armée sud-africaine, avec surimpression en rouge) et la carte du Botswana au 1/50 000 de 1984) représentaient désormais la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu dans le chenal nord du Chobe.

La Cour rappellera que cet état de choses a été noté dans l'introduction au rapport d'étude conjointe de 1985, les experts botswanais et sud-africains en concluant que «[l]a divergence dans la description de la frontière entre les cartes de l'Afrique du Sud et celles du Botswana a[vait] probablement contribué au dernier incident de frontière près de Kasane» (voir paragraphe 64 ci-dessus). Les incertitudes persistantes sur le tracé de la frontière dans la région, qui sont à l'origine de la décision de procéder au levé conjoint de 1985, et les contradictions entre cartes, excluent, de l'avis de la Cour, qu'il ait pu y avoir à l'époque un quelconque accord, à titre d'interprétation du traité de 1890 ou à un autre titre, sur la validité de toute frontière représentée sur les cartes. La même conclusion s'impose pour ce qui est de la période qui a suivi, au cours de laquelle le différend entre le Botswana et la Namibie devenue indépendante s'est cristallisé.

87. Eu égard à l'absence de toute carte traduisant officiellement la volonté des parties au traité de 1890, ainsi que de tout accord exprès ou tacite entre celles-ci ou leurs successeurs sur la validité de la frontière représentée sur une carte (cf. *Temple de Préh Vihéar, arrêt, fond, C.I.J. Recueil 1962*, p. 33-35), et compte tenu du caractère incertain et contradictoire du matériau cartographique qui lui a été soumis, la Cour ne s'estime pas à même de tirer des conclusions du dossier cartographique produit en l'espèce. Si celui-ci ne peut dès lors «conforte[r] une conclusion à laquelle le juge est parvenu par d'autres moyens, indépendants des cartes» (*Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali), C.I.J. Recueil 1986*, p. 583, par. 56), il n'est pas davantage susceptible de modifier les résultats de l'interprétation textuelle du traité de 1890 à laquelle la Cour a procédé ci-dessus.

\* \* \*

88. L'interprétation des dispositions pertinentes du traité de 1890 à laquelle la Cour a procédé ci-dessus l'amène à conclure que la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu, définie par ce traité, passe dans le chenal nord du Chobe.

89. Selon le texte anglais du traité, le tracé de cette frontière suit le «centre du chenal» principal, tandis que le texte allemand mentionne le «thalweg». La Cour a déjà indiqué que, dans l'esprit des parties au traité de 1890, ces deux termes étaient synonymes, et que le Botswana et la

had not themselves expressed any real difference of opinion on this subject (see paragraph 25 above).

It is moreover clear from the *travaux préparatoires* of the Treaty (see paragraph 46 above) that there was an expectation of navigation on the Chobe by both contracting parties, and a common intention to exploit this possibility. Although, as has been explained above, the parties in 1890 used the terms “thalweg” and “centre of the channel” interchangeably, the former reflects more accurately the common intention to exploit navigation than does the latter. Accordingly, this is the term that the Court will consider determinative in Article III, paragraph 2.

Inasmuch as Botswana and Namibia agreed, in their replies to a question put by a Member of the Court, that the thalweg was formed by the line of deepest soundings, the Court concludes that the boundary follows that line in the northern channel around Kasikili/Sedudu Island.

\* \* \*

90. Namibia, however, claims title to Kasikili/Sedudu Island, not only on the basis of the 1890 Treaty but also, in the alternative, on the basis of the doctrine of prescription. Namibia argues that

“by virtue of continuous and exclusive occupation and use of Kasikili Island and exercise of sovereign jurisdiction over it from the beginning of the century, with full knowledge, acceptance and acquiescence by the governing authorities in Bechuanaland and Botswana, Namibia has prescriptive title to the Island”.

91. Botswana maintains that the Court cannot take into consideration Namibia’s arguments relating to prescription and acquiescence as these are not included in the scope of the question submitted to it under the terms of the Special Agreement. According to Botswana, the purpose of that Agreement was to obtain from the Court determination of the boundary solely on the basis of the 1890 Treaty; invoking prescription would therefore involve adopting a totally different basis for determining the boundary. In support of its argument, Botswana points out in particular that the reference in the Special Agreement to the “rules and principles of international law” is “pleonastic”, since an international agreement is normally interpreted taking into account any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. And it adds that:

“the alleged evidence of prescriptive title cannot be accepted as ‘subsequent practice’, because in such a hypothesis the working assumption is precisely the existence of a *title of Botswana* (or its predecessor) which allegedly is displaced by the operation of prescription”.

Namibie n'avaient eux-mêmes pas exprimé des positions réellement différentes à cet égard (voir paragraphe 25 ci-dessus).

Il ressort par ailleurs des travaux préparatoires du traité (voir paragraphe 46 ci-dessus) que les parties contractantes s'attendaient l'une et l'autre à ce que la navigation sur le Chobe soit possible, et qu'elles avaient toutes deux l'intention d'exploiter cette possibilité. Bien que, comme cela est expliqué ci-dessus, les parties aient, en 1890, utilisé de façon interchangeable les termes «thalweg» et «centre du chenal», le terme «thalweg» exprime, de façon plus précise que ne le fait l'expression «centre du chenal», l'intention commune de tirer parti des possibilités de navigation. En conséquence, c'est ce premier terme que la Cour estime déterminant au paragraphe 2 de l'article III.

Le Botswana et la Namibie ayant convenu, dans les réponses qu'ils ont apportées à une question posée par un membre de la Cour, que le thalweg était constitué par la ligne des sondages les plus profonds, la Cour conclut que la frontière suit cette ligne dans le chenal nord autour de l'île de Kasikili/Sedudu.

\* \* \*

90. La Namibie fonde cependant sa revendication sur l'île de Kasikili/Sedudu, non seulement sur le traité de 1890, mais encore, à titre subsidiaire, sur la doctrine de la prescription. La Namibie soutient en effet que

«en vertu de l'occupation et de l'utilisation continues et exclusives de l'île de Kasikili ainsi que de l'exercice d'une juridiction souveraine sur cette île depuis le début du siècle, au vu et au su des autorités responsables au Bechuanaland et au Botswana et avec leur acceptation et acquiescement, la Namibie a acquis un titre par prescription sur l'île».

91. Le Botswana estime que la Cour ne peut prendre en considération les arguments de la Namibie relatifs à la prescription et à l'acquiescement car ceux-ci ne s'inscrivent pas dans le cadre de la question qui lui a été soumise aux termes du compromis. Selon le Botswana, ce dernier avait pour but d'obtenir de la Cour une détermination de la frontière sur la seule base du traité de 1890; l'invocation de la prescription reviendrait dès lors à retenir un fondement totalement différent pour déterminer la frontière. A l'appui de sa thèse, le Botswana fait en particulier valoir que la mention, dans le compromis, des «règles et principes du droit international» constitue un «pléonasme» car un accord international est normalement interprété en tenant compte de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. Et il ajoute que

«la preuve alléguée de l'acquisition d'un titre par prescription ne peut pas être admise comme une «pratique ultérieure», car dans un tel cas l'hypothèse de travail est précisément l'existence d'un titre du Botswana (ou de son prédécesseur), qui serait remplacé par l'effet de la prescription».

92. Namibia disputes this argument. It claims, for its part, that the wording of the question in the Special Agreement is clear and

“requires the Court to consider any evidence or submissions of the parties grounded in general rules and principles of international law equally with submissions based on the 1890 Treaty”

According to Namibia,

“Botswana’s attempt to treat the reference to the ‘rules and principles of international law’ as if it were not included in the Special Agreement contravenes fundamental rules of treaty interpretation.”

It stresses the contradictory nature of the position taken by Botswana, which, on the one hand, suggests that the expression “rules and principles of international law” covers only the rules and principles concerning treaty interpretation and, on the other, itself acknowledges that international law rules concerning treaty interpretation are comprehended in the first clause of the question referring to the 1890 Treaty. Namibia also reproaches Botswana for ignoring the dual nature of the argument it has put forward that

“either the subsequent conduct operates as a ‘practice . . . which establishes the agreement of the parties regarding [the] interpretation’ of the Treaty; or it stands as an independent root of title based on the doctrine of prescription and/or acquiescence”.

93. The Court notes that under the terms of Article I of the Special Agreement, it is asked to determine the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the Island “on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 and the rules and principles of international law”. Even if there had been no reference to the “rules and principles of international law”, the Court would in any event have been entitled to apply the general rules of international treaty interpretation for the purposes of interpreting the 1890 Treaty. It can therefore be assumed that the reference expressly made, in this provision, to the “rules and principles of international law”, if it is to be meaningful, signifies something else. In fact, the Court observes that the expression in question is very general and, if interpreted in its normal sense, could not refer solely to the rules and principles of treaty interpretation. The restrictive interpretation of this wording espoused by Botswana appears to be even less well-founded, in that Article III of the Special Agreement specifies that “[t]he rules and principles of international law applicable to the dispute shall be those set forth in the provisions of Article 38, paragraph 1, of the Statute of the International Court of Justice”. This wording shows that the Parties had no intention of confining the rules and principles of law applicable in this case solely to the rules and principles of international law relating to treaty interpretation.

92. La Namibie conteste cette thèse. Elle prétend pour sa part que le libellé de la question formulée dans le compromis est clair et que ce libellé

«exige que la Cour examine tout élément de preuve ou observations et conclusions des Parties fondés sur les règles et principes généraux du droit international au même titre que les observations et conclusions fondées sur le traité de 1890».

Selon la Namibie,

«[l]a tentative du Botswana d'agir comme si la référence aux «règles et principes du droit international» ne faisait pas partie du compromis est contraire aux règles fondamentales de l'interprétation des traités».

Elle souligne le caractère contradictoire de la position du Botswana qui laisse entendre que l'expression «règles et principes du droit international» ne couvre que les règles et principes relatifs à l'interprétation des traités tout en admettant lui-même que les règles de droit international relatives à l'interprétation des traités sont visées dans la première partie de la question ayant trait au traité de 1890. La Namibie reproche également au Botswana de ne pas tenir compte de la dualité de l'argumentation qu'elle a présentée et selon laquelle

«la pratique ultérieure constitue soit une «pratique ... qui établit l'accord des parties à l'égard de l'interprétation» du traité, soit une base indépendante du titre, fondée sur la doctrine de la prescription ou de l'acquiescement, ou les deux».

93. La Cour note que, aux termes de l'article I du compromis, elle est priée de déterminer la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu et le statut juridique de cette île «sur la base du traité anglo-allemand du 1<sup>er</sup> juillet 1890 et des règles et principes du droit international». Même en l'absence de référence aux «règles et principes du droit international», la Cour aurait été autorisée à faire application des règles générales d'interprétation des traités internationaux aux fins d'interpréter le traité de 1890. Il est donc à supposer que la mention expressément faite, dans cette disposition, des «règles et principes du droit international», si elle doit avoir un sens, revêt une autre portée. De fait, la Cour observe que l'expression en cause présente un fort degré de généralité et, que, interprétée dans son sens ordinaire, elle ne saurait viser uniquement les règles et principes relatifs à l'interprétation des traités. L'interprétation restrictive de cette formule défendue par le Botswana apparaît d'autant moins fondée que l'article III du compromis précise que «[l]es règles et principes du droit international qui s'appliquent au différend sont ceux qui sont énumérés au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice». Il ressort d'un tel libellé que les Parties n'ont pas entendu circonscrire les règles et principes de droit applicables en l'espèce aux seuls règles et principes du droit international relatifs à l'interprétation des traités.

In the Court's view the Special Agreement, in referring to the "rules and principles of international law", not only authorizes the Court to interpret the 1890 Treaty in the light of those rules and principles but also to apply those rules and principles independently. The Court therefore considers that the Special Agreement does not preclude the Court from examining arguments relating to prescription put forward by Namibia.

94. According to Namibia, four conditions must be fulfilled to enable possession by a State to mature into a prescriptive title:

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

Namibia alleges that in the present case Germany was in peaceful possession of the Island from before the beginning of the century and exercised sovereignty over it from the time of the establishment of the first colonial station in the Caprivi in 1909, all in full view and with the full knowledge of the Bechuanaland authorities at Kasane, only a kilometre or two from the Island. It states that this peaceful and public possession of the Island, *à titre de souverain*, was continued without interruption by Germany's successor until accession of the territory to independence. Finally, it notes that, after itself becoming independent in 1966, Botswana, which was aware of the facts, remained silent for almost two further decades.

In support of its allegations, Namibia emphasizes the importance of the presence on the Island of Masubia people from the Eastern Caprivi "from the beginning of the colonial period at least, and probably a good deal further back than that". It asserts that

"[c]olonial records of German, British and South African authorities and the testimony of members of the Masubia community in the Kasika district before the JTTE [Joint Team of Technical Experts] [in 1994] conclusively show that the Masubia people of Eastern Caprivi have occupied and used Kasikili Island since time immemorial"

and points out that "[t]he Masubia of the Caprivi Strip have used and occupied Kasikili Island as a part of their lands and their lives". Although Namibia admits that, in order to establish sovereignty by operation of prescription, acquiescence and recognition, it must show more than the use of the disputed territory by private individuals for their private ends, it maintains that:

"Namibia's predecessors exercised continuous authority and jurisdiction over Kasikili Island. From 1909 until the termination of the Mandate in 1966, German, Bechuanaland and South African officials consistently governed the Eastern Caprivi through Masubia chiefs, whose jurisdiction extended to Kasikili Island. After termina-



De l'avis de la Cour, en se référant aux «règles et principes du droit international», le compromis autorise non seulement la Cour à interpréter le traité de 1890 à la lumière de ceux-ci, mais également à faire une application indépendante desdits règles et principes. La Cour estime en conséquence que le compromis ne lui interdit pas de connaître des arguments relatifs à la prescription avancés par la Namibie.

94. Selon la Namibie, quatre conditions doivent être remplies pour que la possession d'un Etat puisse engendrer un titre par prescription :

- «1. La possession de l'Etat ... doit être exercée à titre de souverain.
2. La possession doit être paisible et ininterrompue.
3. La possession doit être publique.
4. La possession doit se prolonger pendant un certain temps.»

La Namibie allègue qu'en l'espèce l'Allemagne jouissait d'une possession paisible de l'île dès avant le début du siècle et a exercé des pouvoirs souverains sur celle-ci à partir de l'établissement du premier poste colonial au Caprivi en 1909, le tout de façon notoire et au vu et au su des autorités du Bechuanaland à Kasane, installées à un kilomètre ou deux seulement de l'île. Elle expose que cette possession paisible et publique de l'île, à titre de souverain, a été poursuivie de façon ininterrompue par les successeurs de l'Allemagne jusqu'à l'accession du territoire à l'indépendance. Elle relève enfin qu'après être lui-même devenu indépendant en 1966, le Botswana, qui était au courant des faits, a gardé le silence pendant près de vingt ans.

A l'appui de ses allégations, la Namibie souligne l'importance de la présence sur l'île des populations masubia du Caprivi oriental «depuis le début de la période coloniale au moins et probablement bien avant celle-ci». Elle affirme que

«[l]es documents coloniaux des autorités allemandes, britanniques et sud-africaines, ainsi que les dépositions de membres de la collectivité des Masubia dans le district de Kasika devant la commission mixte d'experts techniques ... [en 1994] établissent de façon concluante que le peuple masubia du Caprivi oriental occupe et utilise l'île de Kasikili depuis des temps immémoriaux»

et précise que «[l]es Masubia de la bande de Caprivi ont utilisé et occupé l'île de Kasikili comme une partie intégrante de leurs terres et de leur vie». La Namibie admet certes que, pour établir l'acquisition d'un titre à la souveraineté par la voie de la prescription, de l'acquiescement et de la reconnaissance, elle doit démontrer davantage que l'usage du territoire contesté par des particuliers à des fins privées; mais elle soutient que :

«les prédécesseurs de la Namibie ont exercé une autorité et juridiction continues sur l'île de Kasikili. De 1909 jusqu'à ce qu'il soit mis fin au mandat en 1966, les fonctionnaires allemands, bechuana-landais et sud-africains ont constamment gouverné le Caprivi oriental par l'intermédiaire des chefs des Masubia, dont la juridiction

tion of the Mandate, South Africa, under pressure from the liberation struggle, increasingly exerted direct power in the area until Namibia's independence on 21 March 1990."

Namibia states that the authority exercised over Kasikili Island by its predecessors was implemented

"[f]or the most part . . . through the modality of 'indirect rule,' using the chiefs and political institutions of the Masubia to carry out the directives of the ruling power, under the control and supervision of officials of that power"

and that

"[a]lthough indirect rule was manifested in a variety of ways, its essence was that the acts of administration of the colonial authorities and those of the traditional authorities were acts of a single entity: the colonial government".

According to Namibia, this situation

"prevailed without any objection, reservation or protest from Botswana or its predecessors in interest for almost a century until 1984, when Botswana first made formal claim to the Island in private meetings with the South African government".

In support of its argument concerning prescription, Namibia also invokes the incident between a patrol boat of the South African Defence Force and a unit of the Botswana Defence Force in October 1984, which, in its view, indicated that South Africa was exercising jurisdiction over the Island by conducting military patrols in the southern channel. It also refers to a number of official maps of the Caprivi portraying the Island as part of Namibia from the beginning of the century, as well as to the concurrence of the British authorities.

95. Although it considers the doctrine of prescription inapplicable in this case for the reasons referred to earlier, Botswana accepts the criteria for acquiring prescriptive title as set out by Namibia; it argues, however, that those criteria have not been satisfied by Namibia and its predecessors. Botswana asserts, in substance, that "there is no credible evidence that either Namibia or its predecessors exercised State authority in respect of Kasikili/Sedudu" and that even if peaceful, public and continuous possession of the Island by the people of Caprivi had been proved, it could not have been *à titre de souverain*.

Botswana does not dispute that people from the Caprivi used Kasikili/Sedudu Island at times for agricultural purposes; but it maintains that so did people living on the other side of the Chobe, in Bechuanaland, and

s'étendait à l'île de Kasikili. Après qu'il eut été mis fin au mandat, l'Afrique du Sud, sous les pressions découlant de la lutte de libération, a exercé de plus en plus un pouvoir direct dans la région jusqu'à l'accession de la Namibie à l'indépendance le 21 mars 1990.»

La Namibie précise que l'autorité exercée sur l'île de Kasikili par ses prédécesseurs l'a été,

«pendant la plus grande partie de cette période ..., suivant le régime de l'«administration indirecte», c'est-à-dire par le recours aux chefs et aux institutions politiques des Masubia pour exécuter les directives de la puissance administrante, sous le contrôle et la surveillance des représentants de celle-ci»

et que

«[b]ien que l'administration indirecte se manifestât de diverses manières, la prémisse essentielle était que les actes d'administration des autorités coloniales et ceux des autorités traditionnelles émanaient ... d'une entité unique, le gouvernement colonial».

Selon la Namibie, cette situation

«s'est maintenue sans aucune opposition, réserve ou protestation de la part du Botswana ou de ses prédécesseurs en titre pendant près d'un siècle jusqu'en 1984, date à laquelle le Botswana a pour la première fois revendiqué officiellement l'île au cours d'entretiens privés avec le Gouvernement sud-africain».

A l'appui de son argumentation relative à la prescription, la Namibie invoque également l'incident ayant opposé une vedette des forces de défense sud-africaines et une unité des forces de défense botswanaises en octobre 1984, qui indiquerait d'après elle que l'Afrique du Sud exerçait sa juridiction sur l'île en effectuant des patrouilles militaires dans le chenal sud. Elle fait en outre état d'un certain nombre de cartes officielles du Caprivi situant l'île sur son territoire depuis le début du siècle, ainsi que de l'assentiment des autorités britanniques.

95. Bien qu'il considère la doctrine de la prescription comme inapplicable en l'espèce pour les raisons mentionnées ci-dessus, le Botswana juge acceptables les conditions nécessaires à l'acquisition d'un titre par prescription telles qu'elles ont été énoncées par la Namibie; il soutient cependant que la Namibie et ses prédécesseurs ne les ont pas remplies. Le Botswana affirme en substance qu'il «n'existe aucun élément de preuve digne de foi établissant que la Namibie ou ses prédécesseurs ont exercé une autorité étatique sur l'île» et que, même si la preuve d'une possession paisible, publique et continue de l'île par des populations du Caprivi avait été rapportée, cette possession n'aurait pu s'exercer à titre de souverain.

Le Botswana ne conteste pas, en effet, que des habitants du Caprivi se soient servis de l'île de Kasikili/Sedudu à certains moments à des fins agricoles; mais il précise qu'il en allait de même des populations qui

denies that there was ever any village or permanent settlement on the Island. Botswana emphasizes that in any case “[t]he acts of private persons cannot generate title unless those acts are subsequently ratified by the State”; that no evidence has been offered to the effect that the Masubia chiefs had authority to engage in title-generating activities for the benefit of Germany or its successors; and that evidence is also lacking of any “genuine belief” in the existence of title on the part of Germany and its successors.

With regard to patrolling by South Africa, Botswana asserts that this involved at the very most anti-guerilla operations, which cannot be classified as an exercise of jurisdiction; it claims that the incident of 1984 could not constitute evidence of peaceful possession for the purposes of prescription. Finally, Botswana denies that the map evidence has any value in this case; it maintains that this evidence is contradictory and confused and that the authorities of Bechuanaland and Botswana never recognized or acquiesced in the maps showing the boundary in the southern channel.

96. The Parties agree between themselves that acquisitive prescription is recognized in international law and they further agree on the conditions under which title to territory may be acquired by prescription, but their views differ on whether those conditions are satisfied in this case. Their disagreement relates primarily to the legal inferences which may be drawn from the presence on Kasikili/Sedudu Island of the Masubia of Eastern Caprivi: while Namibia bases its argument primarily on that presence, considered in the light of the concept of “indirect rule”, to claim that its predecessors exercised title-generating State authority over the Island, Botswana sees this as simply a “private” activity, without any relevance in the eyes of international law.

97. For present purposes, the Court need not concern itself with the status of acquisitive prescription in international law or with the conditions for acquiring title to territory by prescription. It considers, for the reasons set out below, that the conditions cited by Namibia itself are not satisfied in this case and that Namibia’s argument on acquisitive prescription therefore cannot be accepted.

98. The Court has already considered the presence of the Masubia on Kasikili/Sedudu Island when it examined the subsequent practice of the parties to the 1890 Treaty (see paragraphs 71 *et seq.* above).

It follows from this examination that even if links of allegiance may have existed between the Masubia and the Caprivi authorities, it has not been established that the members of this tribe occupied the Island *à titre de souverain*, i.e., that they were exercising functions of State authority there on behalf of those authorities. Indeed, the evidence shows that the Masubia used the Island intermittently, according to the seasons and

vivaient de l'autre côté du Chobe, au Bechuanaland et réfute qu'il y ait jamais eu un village ou un établissement permanent sur l'île. Le Botswana fait valoir qu'en tout état de cause «[l]es actes de personnes privées ne peuvent donner naissance à un titre que s'ils sont ultérieurement ratifiés par l'Etat»; que la preuve n'a pas été rapportée que les chefs masubia avaient le pouvoir de se livrer à des activités susceptibles de donner naissance à un titre au profit de l'Allemagne ou de ses successeurs; et qu'il n'existe pas non plus de preuve d'une «conviction sincère» de l'Allemagne et de ses successeurs quant à l'existence d'un titre.

Quant aux activités de patrouille menées par l'Afrique du Sud, le Botswana affirme qu'il s'agissait tout au plus d'opérations antiguérilla qui ne peuvent être considérées comme un exercice de juridiction; selon lui, l'incident d'octobre 1984 ne saurait constituer un indice d'une possession paisible aux fins de la prescription. Enfin, le Botswana dénie toute valeur aux éléments de preuve cartographiques en l'espèce; il soutient que ceux-ci sont contradictoires et prêtent à confusion, et que les autorités du Bechuanaland et du Botswana n'ont jamais reconnu les cartes plaçant la frontière dans le chenal sud ou acquiescé à celles-ci.

96. Les Parties conviennent entre elles que la prescription acquisitive est reconnue en droit international, et elles conviennent de surcroît des conditions auxquelles un titre territorial peut être acquis par prescription, mais elles s'opposent sur le point de savoir si ces conditions sont réunies dans le cas d'espèce. Leur désaccord a essentiellement trait aux conséquences juridiques qui peuvent être tirées de la présence sur l'île de Kasikili/Sedudu des Masubia du Caprivi oriental. En effet, alors que la Namibie se fonde essentiellement sur cette présence, considérée à la lumière de la notion d'«administration indirecte», pour prétendre que ses prédécesseurs ont exercé sur l'île une autorité étatique constitutive d'un titre, le Botswana y voit une simple activité «privée» dénuée de toute pertinence au regard du droit international.

97. Aux fins de la présente espèce, la Cour n'a pas à s'attarder sur le statut de la prescription acquisitive en droit international ou sur les conditions d'acquisition d'un titre territorial par prescription. En effet, elle considère, pour les motifs exposés ci-après, que les conditions énoncées par la Namibie elle-même ne sont pas remplies et que l'argumentation namibienne relative à la prescription acquisitive ne peut en conséquence être retenue.

98. La Cour a déjà eu l'occasion de s'intéresser à la présence des Masubia sur l'île de Kasikili/Sedudu lorsqu'elle a examiné la conduite ultérieure des parties au traité de 1890 (voir ci-dessus paragraphes 71 et suivants).

Il résulte de cet examen que, même si des liens d'allégeance ont pu exister entre les Masubia et les autorités du Caprivi, il n'est pas établi que les membres de cette tribu occupaient l'île «à titre de souverain», c'est-à-dire y exerçaient des attributs de la puissance publique au nom de ces autorités. Au contraire, il ressort du dossier de l'affaire que les Masubia utilisaient l'île de façon intermittente, au gré des saisons et selon leurs

their needs, for exclusively agricultural purposes; this use, which began prior to the establishment of any colonial administration in the Caprivi Strip, seems to have subsequently continued without being linked to territorial claims on the part of the Authority administering the Caprivi. Admittedly, when, in 1947-1948, the question of the boundary in the region arose for the first time between the local authorities of Bechuanaland Protectorate and of South Africa, the Chobe's "main channel" around the Island was said to be the northern channel, but the South African authorities relied on the presence of the Masubia on the Island in order to maintain that they had title based on prescription. However, from then on the Bechuanaland authorities took the position that the boundary was located in the northern channel and that the Island was part of the Protectorate; after some hesitation, they declined to satisfy South Africa's claims to the Island, while at the same time recognizing the need to protect the interests of the Caprivi tribes. The Court infers from this, first, that for Bechuanaland, the activities of the Masubia on the Island were an independent issue from that of title to the Island and, second, that, as soon as South Africa officially claimed title, Bechuanaland did not accept that claim, which precluded acquiescence on its part.

99. In the Court's view, Namibia has not established with the necessary degree of precision and certainty that acts of State authority capable of providing alternative justification for prescriptive title, in accordance with the conditions set out by Namibia, were carried out by its predecessors or by itself with regard to Kasikili/Sedudu Island. The Court has already observed above that it is unable to draw conclusions from the map evidence produced in this case (see paragraph 87 above). Nor in its view, can conclusions be drawn from the incident involving Botswana and South African defence forces in the channel to the south of the Island in October 1984.

\* \* \*

100. The Court's interpretation of Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty has led it to conclude that the boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island follows the line of deepest soundings in the northern channel of the Chobe.

101. Since the Court has not accepted Namibia's argument on prescription, it follows for this reason also that Kasikili/Sedudu Island forms part of the territory of Botswana.

102. The Court observes, however, that the Kasane Communiqué of 24 May 1992 records that the Presidents of Namibia and Botswana agreed and resolved that:

- “(c) existing social interaction between the people of Namibia and Botswana should continue;
- “(d) the economic activities such as fishing shall continue on the understanding that fishing nets should not be laid across the river;

besoins, à des fins exclusivement agricoles; cette utilisation, antérieure à l'établissement de toute administration coloniale dans la bande de Caprivi, semble s'être ensuite poursuivie sans être liée à des prétentions territoriales de la Puissance administrant le Caprivi. Certes lorsque, en 1947-1948, la question de la frontière dans la région s'est posée pour la première fois entre les autorités locales du protectorat du Bechuanaland et celles de l'Afrique du Sud, et qu'on a estimé que le «chenal principal» du Chobe autour de l'île était le chenal nord, les autorités sud-africaines se sont prévaluées de la présence des Masubia sur l'île pour prétendre qu'elles possédaient un titre fondé sur la prescription. Toutefois, dès ce moment, les autorités du Bechuanaland ont considéré que la frontière se situait dans le chenal nord et que l'île faisait partie du protectorat; après quelques hésitations, elles ont refusé de satisfaire les prétentions sud-africaines sur l'île, tout en reconnaissant la nécessité de protéger les intérêts des tribus du Caprivi. La Cour en infère d'une part que, pour le Bechuanaland, les activités des Masubia sur l'île étaient une question indépendante de celle du titre sur celle-ci, et d'autre part que, lorsque l'Afrique du Sud a officiellement revendiqué ce titre, le Bechuanaland n'a pas accepté cette revendication, ce qui excluait un acquiescement de sa part.

99. De l'avis de la Cour, la Namibie n'a pas prouvé avec le degré de précision et de certitude nécessaire que des actes d'autorité étatique susceptibles de fonder autrement l'acquisition d'un titre par prescription selon les conditions qu'elle a énoncées auraient été accomplis par ses pré-décesseurs ou par elle-même sur l'île de Kasikili/Sedudu. La Cour a déjà constaté ci-dessus qu'elle ne pouvait tirer des conclusions des éléments de preuve cartographiques produits en l'espèce (voir paragraphe 87). Elle estime qu'elle ne peut davantage tirer des conclusions de l'incident ayant mis aux prises, en octobre 1984, des forces de défense botswanaises et sud-africaines dans le chenal situé au sud de l'île.

\* \* \*

100. Au terme de son interprétation du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, la Cour est parvenue à la conclusion que la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu suit la ligne des sondages les plus profonds dans le chenal nord du Chobe.

101. La Cour n'ayant pas retenu l'argumentation namibienne relative à la prescription, il s'ensuit pour ce motif aussi que l'île de Kasikili/Sedudu fait partie du territoire du Botswana.

102. La Cour note toutefois que le communiqué de Kasane du 24 mai 1992 prend acte du fait que les présidents de la Namibie et du Botswana sont convenus et ont décidé que:

- «c) l'interaction sociale existante entre la population namibienne et celle du Botswana devait se poursuivre;
- d) les activités économiques comme la pêche devaient continuer, étant entendu qu'aucun filet de pêche ne devait être tendu en travers du fleuve;

(*e*) navigation should remain unimpeded including free movement of tourists”.

The Court further observes that in explanation and in pursuance of the foregoing agreement, Botswana stated at the oral hearings:

“Botswana’s policy is to allow free navigation, including unimpeded movement of tourist boats even in the southern channel. This policy applies to boats owned by Namibian tourist operators as well. The only requirement is that all tourist boats should be registered. This requirement is meant solely to prevent the danger of environmental pollution of the Chobe River. Experience has shown that some tourist boat operators tended to transport their boats from Okavango waters, infested with river weeds, down to the Chobe River, without applying for a trans-zonal permit. The Department of Water Affairs, and not the Botswana Defence Force, is responsible for enforcing the policy on anti-pollution of the river waters.

Botswana’s policy on free navigation, including the free movement of tourist boats, was set out in paragraph (*e*) of the Kasane Communiqué . . . Since the Kasane Communiqué was agreed in May 1992, there has been no complaint from the Namibian Government that Botswana ever breached paragraph (*e*) of the Communiqué which guarantees unimpeded navigation.”

Subsequently, Botswana added that:

“Botswana also wishes to reiterate that tourist boats from Namibia are free to travel in the southern channel. The only requirement is that all such boats should be registered, in order to control noxious aquatic weeds . . . this requirement is backed by proper legislation, namely, the Laws of Botswana Aquatic Weeds (Control) Act, which commenced in December 1971. The provisions of this Act were later discussed with, and endorsed by the Water Affairs Department of Namibia. Since then, Namibian tourist boat operators have registered as many as 53 boats, to travel in Botswanan waters of the Chobe River. These 53 Namibian boats are permitted to navigate in the southern channel, like any others that have been licensed.”

103. The Court, which by the terms of the Joint Agreement between the Parties is empowered to determine the legal status of Kasikili/Sedudu Island concludes, in the light of the above-mentioned provisions of the Kasane Communiqué, and in particular of its subparagraph (*e*) and the interpretation of that subparagraph given before it in this case, that the Parties have undertaken to one another that there shall be unimpeded



e) la navigation devait rester sans entrave et, entre autres, les touristes devaient pouvoir se déplacer librement».

Elle note en outre que pour expliquer l'accord qui précède, et en application de ce dernier, le Botswana a déclaré à l'audience ce qui suit :

«Le Botswana a pour politique d'autoriser la liberté de navigation, y compris le libre passage des embarcations touristiques, même dans le chenal sud. Cette politique s'applique également aux embarcations appartenant à des agences de tourisme namibiennes. La seule condition à remplir est que tous les bateaux touristiques doivent être immatriculés. Cette condition a pour seul but de prévenir le danger de pollution du Chobe. L'expérience a montré que certaines agences de tourisme ont tendance à faire passer leurs bateaux par les eaux de l'Okavango, infestées d'algues, avant de poursuivre jusqu'au Chobe, sans demander un permis pour traverser les zones en question. C'est le département des ressources en eau, et non pas les forces de défense botswanaises, qui est chargé d'appliquer la politique de lutte contre la pollution des eaux fluviales.

La politique botswanaise de liberté de navigation, y compris le libre passage des bateaux touristiques, a été énoncée à l'alinéa e) du communiqué de Kasane... Depuis que le communiqué de Kasane a fait l'objet d'un accord en mai 1992, le Gouvernement de la Namibie ne s'est jamais plaint de ce que le Botswana avait violé le paragraphe e) de ce communiqué, qui garantit la liberté de navigation.»

Par la suite, le Botswana a ajouté que :

«[L]e Botswana souhaite aussi redire que les bateaux de touristes en provenance de la Namibie sont libres de naviguer sur le chenal sud. La seule exigence est que tous ces bateaux soient immatriculés afin de lutter contre les herbes aquatiques nocives ... cette exigence s'appuie sur une loi, à savoir le *Laws of Botswana Aquatic Weeds (Control) Act* (loi botswanaise sur la lutte contre les herbes aquatiques), qui est entrée en vigueur en décembre 1971. Les dispositions de cette loi ont été discutées par la suite avec le département des ressources en eau et acceptées par lui. Depuis lors, les exploitants namibiens de bateaux de touristes ont fait immatriculer jusqu'à cinquante-trois bateaux pour naviguer dans les eaux botswanaises du Chobe. Ces cinquante-trois bateaux namibiens ont l'autorisation de naviguer dans le chenal sud, comme tout autre bateau pour lequel un permis a été obtenu.»

103. A la lumière des dispositions précitées du communiqué de Kasane, et en particulier de son alinéa e), ainsi que de l'interprétation qui a été donnée de cet alinéa devant elle en l'espèce, la Cour, qui en vertu du compromis est habilitée à déterminer le statut juridique de l'île de Kasikili/Sedudu, conclut que les Parties se sont mutuellement garanti la liberté de navigation, sur les chenaux autour de l'île de Kasikili/Sedudu, pour les

navigation for craft of their nationals and flags in the channels of Kasikili/Sedudu Island. As a result, in the southern channel of Kasikili/Sedudu Island, the nationals of Namibia, and vessels flying its flag, are entitled to, and shall enjoy, a treatment equal to that accorded by Botswana to its own nationals and to vessels flying its own flag. Nationals of the two States, and vessels, whether flying the flag of Botswana or of Namibia, shall be subject to the same conditions as regards navigation and environmental protection. In the northern channel, each Party shall likewise accord the nationals of, and vessels flying the flag of, the other, equal national treatment.

\* \* \*

104. For these reasons,

THE COURT,

(1) By eleven votes to four,

*Finds* that the boundary between the Republic of Botswana and the Republic of Namibia follows the line of deepest soundings in the northern channel of the Chobe River around Kasikili/Sedudu Island;

IN FAVOUR: *President* Schwebel; *Judges* Oda, Bedjaoui, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Kooijmans;

AGAINST: *Vice-President* Weeramantry; *Judges* Fleischhauer, Parra-Aranguren, Rezek.

(2) By eleven votes to four,

*Finds* that Kasikili/Sedudu Island forms part of the territory of the Republic of Botswana;

IN FAVOUR: *President* Schwebel; *Judges* Oda, Bedjaoui, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Kooijmans;

AGAINST: *Vice-President* Weeramantry; *Judges* Fleischhauer, Parra-Aranguren, Rezek.

(3) Unanimously,

*Finds* that, in the two channels around Kasikili/Sedudu Island, the nationals of, and vessels flying the flags of, the Republic of Botswana and the Republic of Namibia shall enjoy equal national treatment.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this thirteenth day of December, one thousand nine hundred and ninety-nine, in three copies, one of which

bateaux de leurs ressortissants battant pavillon national. Il en résulte que, dans le chenal sud autour de l'île de Kasikili/Sedudu, les ressortissants de la Namibie et les bateaux battant son pavillon sont en droit de bénéficier et bénéficieront du traitement accordé par le Botswana à ses propres ressortissants et aux bateaux battant son propre pavillon. Les ressortissants des deux Etats et les bateaux battant pavillon du Botswana ou de la Namibie seront soumis aux mêmes conditions en ce qui concerne la navigation et la protection de l'environnement. Dans le chenal nord, chaque Partie accordera également aux ressortissants et aux bateaux battant pavillon de l'autre Partie, sur un pied d'égalité, le régime de traitement national.

\* \* \*

104. Par ces motifs,

LA COUR,

1) Par onze voix contre quatre,

*Dit* que la frontière entre la République du Botswana et la République de Namibie suit la ligne des sondages les plus profonds dans le chenal nord du fleuve Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu;

POUR: M. Schwebel, *président*; MM. Oda, Bedjaoui, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, M<sup>me</sup> Higgins, M. Kooijmans, *juges*;  
CONTRE: M. Weeramantry, *vice-président*; MM. Fleischhauer, Parra-Aranguren, Rezek, *juges*;

2) Par onze voix contre quatre,

*Dit* que l'île de Kasikili/Sedudu fait partie du territoire de la République du Botswana;

POUR: M. Schwebel, *président*; MM. Oda, Bedjaoui, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, M<sup>me</sup> Higgins, M. Kooijmans, *juges*;  
CONTRE: M. Weeramantry, *vice-président*; MM. Fleischhauer, Parra-Aranguren, Rezek, *juges*;

3) A l'unanimité,

*Dit* que, dans les deux chenaux autour de l'île de Kasikili/Sedudu, les ressortissants et les bateaux battant pavillon de la République du Botswana et de la République de Namibie doivent bénéficier, sur pied d'égalité, du régime du traitement national.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le treize décembre mil neuf cent quatre-vingt-dix-neuf, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et

will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Republic of Botswana and the Government of the Republic of Namibia, respectively.

*(Signed)* Stephen M. SCHWEBEL,  
President.

*(Signed)* Eduardo VALENCIA-OSPINA,  
Registrar.

Judges RANJEVA, KOROMA and HIGGINS append declarations to the Judgment of the Court.

Judges ODA and KOOLJMANNS append separate opinions to the Judgment of the Court.

Vice-President WEERAMANTRY, Judges FLEISCHHAUER, PARRA-ARANGUREN and REZEK append dissenting opinions to the Judgment of the Court.

*(Initialed)* S.M.S.

*(Initialed)* E.V.O.

---

les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République du Botswana et au Gouvernement de la République de Namibie.

Le président,

*(Signé)* Stephen M. SCHWEBEL.

Le greffier,

*(Signé)* Eduardo VALENCIA-OSPINA.

MM. RANJEVA et KOROMA, et M<sup>me</sup> HIGGINS, juges, joignent des déclarations à l'arrêt.

MM. ODA et KOIJMANS, juges, joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion individuelle.

M. WEERAMANTRY, vice-président, et MM. FLEISCHHAUER, PARRA-ARANGUREN et REZEK, juges, joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion dissidente.

*(Paraphé)* S.M.S.

*(Paraphé)* E.V.O.

---