

## DISSENTING OPINION OF JUDGE PARRA-ARANGUREN

*The Anglo-German Agreement of 1890 — The Parties' differing interpretations of the 1890 Treaty — Subsequent practice as a rule of treaty interpretation — Subsequent practice of the Parties in the application of the 1890 Agreement — The Mandate for South West Africa (Namibia) — Relevant evidence submitted to the Court — Captain H. V. Eason's Report (1912) — Joint Report of 1948 (Trollope-Redman) and Exchange of Letters between 1948 and 1951 — Mr. R. R. Renew's Report (1965) — Witnesses called by Namibia — Evidence presented by Botswana — Maps — Aerial photographs and satellite images — Peaceful and public use of Kasikilil/Sedudu Island by Masubia Tribesmen from Eastern Caprivi — Conclusion.*

### I. THE ANGLO-GERMAN AGREEMENT OF 1890

1. In 1884 Germany proclaimed a Protectorate over the coast south of the Cape Colony's enclave at Walvis Bay and some years later, before 1890, expanded its territorial claims in South West Africa, without systematically establishing an effective administration on the ground. The United Kingdom decided to accept Germany's territorial claims in South West Africa, even though it regarded this territory as lying within Britain's natural sphere of influence.

2. The only area in dispute was Ngamiland, north of British Bechuana-land, a territory assigned to neither power and extending from the 20th to the 24th degree of longitude. Discussions began in 1886 but it was only in 1890 after the resignation of the German Chancellor Otto von Bismarck that the new Chancellor, General Georg Leo Von Caprivi and his Foreign Minister, Baron Marschall, accelerated diplomatic discussions with Britain over Africa.

3. The *Anglo-German Agreement relating to Africa and Heligoland* was signed in Berlin, in English and in German, on 1 June 1890 by Sir Edward Baldwin Malet, Her Britannic Majesty's Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary; Sir Henry Percy Anderson, Chief of the African Department of Her Majesty's Foreign Office; the Chancellor of the German Empire, General Leo Von Caprivi, and the Privy Councillor in the German Foreign Office, Dr. Friedrich Richard Krauel. The signature of the Treaty coincided with the declaration of British jurisdiction over Northern Botswana by Order-in-Council of 30 June 1890.

## OPINION DISSIDENTE DE M. PARRA-ARANGUREN

[Traduction]

*L'accord anglo-allemand de 1890 — Interprétations divergentes du traité de 1890 chez les Parties — La conduite suivie ultérieurement en tant que règle d'interprétation des traités — La pratique suivie ultérieurement par les Parties dans l'application de l'accord de 1890 — Le mandat exercé sur le Sud-Ouest africain (Namibie) — Les éléments de preuve pertinents présentés à la Cour — Le rapport du capitaine H. V. Eason (1912) — Le rapport conjoint de 1948 (Trollope-Redman) et l'échange de correspondance entre 1948 et 1951 — Le rapport de M. R. R. Renew (1965) — Les témoins appelés par la Namibie — Les moyens présentés par le Botswana — Les cartes — Les photographies aériennes et les images par satellite — L'utilisation paisible et notoire de l'île de Kasikili/Sedudu par les membres de la tribu des Masubia originaires de la partie orientale du Caprivi — Conclusion.*

## I. L'ACCORD ANGLO-ALLEMAND DE 1890

1. En 1884, l'Allemagne a proclamé l'établissement d'un protectorat sur la côte, au sud de l'enclave de Walvis Bay de la colonie du Cap et, quelques années plus tard, avant 1890, a étendu ses prétentions territoriales sur le sud-ouest de l'Afrique, sans toutefois établir systématiquement d'administration effective sur le terrain. Le Royaume-Uni a décidé d'accepter ces prétentions territoriales de l'Allemagne sur le sud-ouest de l'Afrique, alors que, pourtant, ce territoire relevait pour elle de la sphère d'influence naturelle de la Grande-Bretagne.

2. La seule zone en litige était le Ngamiland, au nord du Bechuanaland britannique, territoire qui n'avait été affecté à aucune des deux puissances, lequel s'étendait du 20<sup>e</sup> au 24<sup>e</sup> degré de longitude. Les discussions ont été entamées en 1886 mais ce n'est qu'en 1890, après la démission du chancelier allemand Otto von Bismarck, que le nouveau chancelier, le général Georg Leo Von Caprivi et son ministre des affaires étrangères, le baron Marschall, ont accéléré les discussions diplomatiques avec la Grande-Bretagne au sujet de l'Afrique.

3. Le traité anglo-allemand relatif à l'Afrique et à l'Heligoland a été signé à Berlin, en langues anglaise et allemande, le 1<sup>er</sup> juin 1890, par sir Edward Baldwin Malet, ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire de Sa Majesté britannique; sir Henry Percy Anderson, chef du département africain du Foreign Office de Sa Majesté; le chancelier de l'empire allemand, le général Leo Von Caprivi et le conseiller privé du ministère allemand des affaires étrangères, le Dr. Friedrich Richard Krauel. La signature du traité a coïncidé avec la déclaration en ordre du Conseil du 30 juin 1890 par laquelle la Grande-Bretagne étendait sa juridiction au Botswana septentrional.

4. Excluding the question of the Island of Heligoland, the British interest in this part of Africa was in controlling the area between Lake Ngami, some 350 kilometres to the south and west of Kasikili Island and the Victoria Falls, in order to protect the main trade routes from South Africa to the centre of the continent from encroachments by the Germans and Portuguese; while the Germans wanted to obtain the recognition of a German sphere of influence extending eastward, providing them access to the Zambezi. However, as Lord Salisbury informed Sir Edwin B. Malet, British Ambassador in Berlin, in his letter of 14 June 1890,

“The character of this country is very imperfectly known, and the very position of Lake Ngami has been the subject of considerable uncertainty.” (Memorial of Botswana, Annexes, Vol. II, Ann. 7, p. 37.)

5. Lord Salisbury, in his speech to the House of Lords on 10 July 1890, referred to German aspirations in Africa, making clear that for Germany the conclusion of the agreement was subject to the condition that

“at the very north of this Damaraland territory they should have a strip of territory going along the Portuguese border, and giving them direct access to the River Zambesi . . . it is the last route in the world by which trade can pass. It is at the head of the waters of all the affluents of the Chobe and the Zambesi, over an impracticable country, and leading only into the Portuguese possessions.”

6. On the same occasion Lord Salisbury also informed the House of Lords of the British interest in controlling Lake Ngami, even though he made the following comments:

“I think that the constant study of maps is apt to disturb men’s reasoning powers . . . We have had a fierce conflict over the possession of a lake whose name I am afraid I cannot pronounce correctly — I think it is Lake Ngami — our only difficulty being that we do not know where it is. We cannot determine its position within 100 miles, certainly not within 60 miles, and there are great doubts whether it is a lake at all, or only a bed of rushes.” (Memorial of Namibia, Annexes, Vol. IV, Ann. 31, p. 137.)

7. The above-mentioned aims pursued by Germany and Great Britain explain the terms in which Article III of the 1890 Anglo-German Agreement is drawn:

“In South-West Africa the sphere in which the exercise of influence is reserved to Germany is bounded:  
.....

4. Mis à part la question de l'île d'Heligoland, les Britanniques s'intéressaient à cette région d'Afrique pour établir leur contrôle sur la région située entre le lac Ngami, à quelque 350 kilomètres au sud et à l'ouest de l'île de Kasikili, et les chutes Victoria, afin de pouvoir protéger les principales voies commerciales allant d'Afrique du Sud au centre du continent contre tout empiètement de la part des Allemands et des Portugais; tandis que les Allemands, de leur côté, voulaient obtenir la reconnaissance d'une sphère d'influence allemande s'étendant vers l'est, qui leur donnerait accès au Zambèze. Toutefois, comme lord Salisbury l'a dit à sir Edwin B. Malet, ambassadeur de Grande-Bretagne à Berlin, dans sa lettre du 14 juin 1890,

«Les caractéristiques de ce pays sont très mal connues et la situation exacte du lac Ngami est très incertaine.» (Mémoire du Botswana, annexes, vol. II, annexe 7, p. 37.)

5. Dans le discours qu'il prononce à la chambre des lords le 10 juillet 1890, lord Salisbury parle des aspirations de l'Allemagne en Afrique, précisant que pour l'Allemagne, la conclusion de l'accord est subordonnée à une condition:

«tout au nord de ce territoire du Damaraland, les Allemands devraient avoir le long de la frontière portugaise une bande de territoire qui leur donne un accès direct au Zambèze... C'est la dernière route au monde que le commerce peut emprunter. C'est là que tous les affluents du Chobe et du Zambèze ont leur source; elle traverse un pays très peu praticable et ne conduit qu'aux possessions portugaises.»

6. Dans le même discours, lord Salisbury dit également à la Chambre des lords que les Britanniques cherchent à établir leur contrôle sur le lac Ngami, mais il formule pourtant les observations suivantes:

«Je pense que les capacités de raisonnement s'émoussent à l'examen constant des cartes... Nous nous sommes furieusement battus pour un lac dont je crains de ne pas pouvoir prononcer correctement le nom — je pense qu'il s'agit du lac Ngami — la seule difficulté étant que nous ne savons pas où il est. Nous ne pouvons pas déterminer sa position à 100 miles près, certainement pas à 60 miles près, et de grands doutes pèsent sur sa nature même: est-ce un lac ou simplement un lit de jones?» (Mémoire de la Namibie, annexes, vol. IV, annexe 31, p. 137.)

7. Les objectifs précités de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne expliquent le libellé de l'article III du traité anglo-allemand de 1890:

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

.....

2. To the east by a line commencing at the above-named point [the point of intersection by the 20th degree of east longitude of a line commencing at the mouth of the Orange River, and ascending its north bank], 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.

The sphere in which the exercise of influence is reserved to Great Britain is bounded to the west and north-west 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.”

Furthermore, Article VI provides:

“All the lines of demarcation traced in Articles I to IV shall be subject to rectification by agreement between the two Powers, in accordance with local requirements.”

Article VII adds:

“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.” (Memorial of Botswana, Annexes, Vol. II, Ann. 12, pp. 206-207, 209-210.)

## II. THE PARTIES' DIFFERING INTERPRETATIONS OF THE 1890 TREATY

8. Namibia interprets the 1890 Anglo-German Agreement as follows:

“— The object and purpose of the Treaty was to divide the spheres of influence of Germany and Great Britain in Africa and to this

2. A l'est, par une ligne qui part du point d'intersection susmentionné [entre le 20<sup>e</sup> degré de longitude est et une ligne qui part de l'embouchure du fleuve Orange et suit vers l'amont la rive nord de ce fleuve] 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 Zambeze, 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.

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.»

En outre, l'article VI du traité dispose :

«Toutes les lignes de démarcation fixées aux articles I à IV pourront être rectifiées par voie d'accord entre les deux puissances en fonction des nécessités locales.»

L'article VII ajoute :

«Chacune des deux puissances s'engage à ne pas empiéter sur la sphère d'influence attribuée à l'autre par les articles I à IV du présent traité. Aucune des deux puissances ne procédera à des acquisitions, ne conclura de traités, n'acceptera de droits souverains ni de protectorats ni ne gênera l'extension de l'influence de l'autre dans la sphère de celle-ci.

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 sans le consentement de cette dernière.» (Mémoire du Botswana, annexes, vol. II, annexe 12, p. 206-207, 209-210.)

## II. LES INTERPRÉTATIONS DIVERGENTES QUE LES PARTIES DONNENT DU TRAITÉ DE 1890

8. La Namibie interprète l'accord anglo-allemand de 1890 comme suit :

«— Le traité avait pour objet et but de répartir les sphères d'influence de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne en Afrique

end to establish, where possible, firm, stable and visible boundaries between them. In the stretch of the Chobe River of concern in this case, the south bank of the River (including the right bank of the southern channel in the vicinity of Kasikili Island), is established by the Chobe Ridge, a stable and clearly visible escarpment some 50 metres high, so depicted on the map used by the negotiators, while the northern channel is in the midst of the floodplain of the Zambezi River and is inundated and invisible for nearly half of each year.

- The ordinary meaning of the ‘channel’ of a river is a conduit through which the water of the river flows, and the ordinary meaning of the ‘main channel’ is the channel that carries the major part of the flow of the river.
- The topographic, hydrological and geomorphologic characteristics of the Chobe River and the Zambezi floodplain establish 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”.

Consequently, Namibia concludes:

“All the elements of interpretation converge on a single result: the southern channel is the main channel of the Chobe River around Kasikili Island. The Treaty therefore attributes the Island to Namibia.” (Memorial of Namibia, Vol. I, p. 58, paras. 162-163.)

9. Botswana does not accept the conclusion of Namibia. In its opinion, “the main channel of the Chobe in the vicinity of Kasikili/Sedudu Island is the northern and western channel, the principal criterion on which this assessment is based being that of navigability. In the absence of evidence to the contrary, the presumption must be that this was also the main channel at the time of the conclusion of the Anglo-German Agreement”.

However, as alternative position Botswana accepts

“that, in accordance with the object and purpose of the Agreement, the main channel is constituted by the navigable channel at any given time, and that at present the northern and western channel is the main channel on this basis” (Memorial of Botswana, Vol. I, p. 52, paras. 116-117).

10. Therefore, Botswana and Namibia are not in agreement as to the meaning of Article III, paragraph 2, of the 1890 Anglo-German Treaty. The Treaty itself does not include a definition of the expression “the *centre*

et d'établir à cette fin, lorsque cela était possible, des frontières solides, stables et visibles entre ces deux Etats. Sur le tronçon du cours du Chobe en cause en l'espèce, la rive sud de la rivière (y compris la rive droite du chenal sud à proximité de l'île de Kasikili) est formée par l'arête du Chobe, qui est un escarpement d'une cinquantaine de mètres de haut, stable et bien visible, représenté sur la carte utilisée par les négociateurs, alors que le chenal nord se trouve au milieu de la plaine d'inondation du Zambèze et est submergé et invisible pendant près de six mois chaque année.

- Le sens ordinaire du mot «chenal» d'un cours d'eau est celui d'un conduit où s'écoulent les eaux de celui-ci et les mots «chenal principal» visent dans leur sens ordinaire le chenal qui transporte la fraction la plus importante des eaux du cours d'eau.
- Il ressort des caractéristiques topographiques, hydrologiques et géomorphologiques du Chobe et de la plaine d'inondation du Zambèze que le chenal sud déplace non pas simplement la plus grande partie, mais la quasi-totalité des eaux de la rivière à proximité 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.»

Par suite, la Namibie conclut :

«Tous les éléments d'interprétation tendent donc vers une seule et unique conclusion: le chenal sud est le chenal principal du Chobe autour de l'île de Kasikili. Partant, le traité attribue l'île à la Namibie.» (Mémoire de la Namibie, vol. I, p. 58, par. 162-163.)

9. Le Botswana n'accepte pas la conclusion de la Namibie. A son avis, «le chenal principal du Chobe au voisinage de l'île de Kasikili/Sedudu est le chenal nord et ouest, la position du Gouvernement du Botswana se fondant essentiellement sur le critère de la navigabilité. En l'absence d'éléments de preuve contraires, il faut présumer que c'était aussi le chenal principal au moment de la conclusion de l'accord anglo-allemand.»

Toutefois, le Botswana adopte aussi une position subsidiaire qui est que

«conformément à l'objet et au but de l'accord, le chenal principal est à tout moment donné constitué par la voie navigable et qu'en conséquence, actuellement, le chenal nord et ouest est le chenal principal» (mémoire du Botswana, vol. I, p. 52, par. 116-117).

10. Par conséquent, le Botswana et la Namibie ne donnent pas le même sens à l'article III, paragraphe 2 du traité anglo-allemand de 1890. Le traité lui-même ne donne pas de définition de l'expression «*centre du*

of the main channel (*der Thalweg des Hauptlaufes*) of the Chobe River”, nor do any other of its provisions provide by implication guidelines that might be useful for this purpose. Consequently, according to customary international law as expressed in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, the Court has to determine the meaning of such expression “in good faith”, taking into account the rules of interpretation provided by the Convention (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1966 (II)*, p. 812, para. 23.)

### III. SUBSEQUENT PRACTICE AS A RULE OF TREATY INTERPRETATION

11. As a general rule of interpretation, Article 31, paragraph 3 (*b*), of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties provides that account shall be taken, together with the context, of “any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation”.

12. The International Law Commission has acknowledged that “[t]he probative value of subsequent practice is well recognized”, because it shows how the intention of the parties has been put into effect. Moreover, the interpretation of treaties by reference to subsequent practice is well established in the jurisprudence of international tribunals and, more especially, of the World Court (*Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol. II, p. 59).

13. Thus the Permanent Court of International Justice, in its Opinion on the *Competence of the ILO in Regard to International Regulation of the Conditions of Labour of Persons Employed in Agriculture*, stated:

“If there were any ambiguity, the Court might, for the purpose of arriving at the true meaning, consider the action which has been taken under the Treaty.” (*1922, P.C.I.J., Series B, No. 2, p. 39.*)

14. Similarly, this Court, in the *Corfu Channel* case found that:

“The subsequent attitude of the Parties shows that it was not their intention, by entering into the Special Agreement, to preclude the Court from fixing the amount of the compensation.” (*I.C.J. Reports 1949, p. 25.*)

15. Later pronouncements of this Court have confirmed the importance of subsequent practice for the interpretation of a Treaty, as is indicated in paragraph 50 of the Judgment.

16. Subsequent practice can be relevant either as a means of establishing the parties’ agreement to the Treaty’s interpretation or in order to shed light on their original intentions. It is possible that the conduct of

*chenal principal (der Thalweg des Hauptlaufes) du Chobe», et aucune autre de ses dispositions ne donne implicitement d'indication utile aux fins de cette définition. Par suite, conformément au droit international coutumier tel que l'exprime l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités adoptée le 23 mai 1969, la Cour doit déterminer «de bonne foi» le sens de ladite expression, compte tenu des règles d'interprétation définies par la convention (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, *C.I.J. Recueil 1966 (II)*, p. 812, par. 23).*

### III. LA CONDUITE ULTÉRIEUREMENT SUIVIE EN TANT QUE RÈGLE D'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

11. En énonçant une règle générale d'interprétation, la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités dispose à l'article 31, paragraphe 3 *b)*, qu'il doit être tenu compte en même temps que du contexte «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».

12. La Commission du droit international a admis que «[l]a force probante de la pratique ultérieure est généralement reconnue», parce que ladite pratique montre comment l'intention des parties a été mise en œuvre. En outre, la jurisprudence des tribunaux internationaux et tout particulièrement de la Cour mondiale interprète très volontiers les traités par référence à la pratique ultérieurement suivie (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1964, vol. II, p. 60).

13. C'est ainsi que la Cour permanente de justice internationale, dans l'avis qu'elle a rendu sur la *Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture*, dit ceci :

«Si une équivoque avait existé, la Cour, en vue d'arriver à établir le sens véritable du texte, aurait pu examiner la manière dont le Traité a été appliqué.» (*Avis consultatif*, 1922, *C.P.J.I. série B n° 2*, p. 38.)

14. De même, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour actuelle a dit ceci :

«Il ressort de l'attitude ultérieure des Parties que leur intention, lorsqu'elles ont conclu le compromis, n'était pas d'empêcher la Cour de fixer le montant de l'indemnité.» (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 25.)

15. Comme elle l'indique au paragraphe 50 de l'arrêt, la Cour, dans les décisions qu'elle a adoptées par la suite, a confirmé quelle importance il convient d'accorder à la pratique ultérieure pour interpréter un traité.

16. La conduite ultérieurement suivie peut être utile soit pour établir que les parties s'entendent sur l'interprétation du traité, soit pour éclairer leur intention initiale. Il est possible que la conduite des parties déroge

the parties may have been at variance with the provisions of the Treaty, showing disregard for the natural and ordinary meaning of its terms. In such cases, "there may be a blurring of the line between the *interpretation* and the *amendment* of a treaty by subsequent practice", even though these two processes are legally quite distinct. In the opinion of the International Law Commission this was exactly what happened in the *Temple of Preah Vihear* case, where the line of action taken by the parties was not reconcilable with the natural and ordinary meaning of the terms of the Treaty. The Commission therefore concluded that the effect of subsequent practice on that occasion was to amend the Treaty (*Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol. II, p. 60).

17. The practice of an individual State may have special cogency when it relates to the performance of an obligation which particularly concerns that State, as was stated by the Court in its Opinion on the *International Status of South West Africa* (*I.C.J. Reports 1950*, pp. 135-136). However, subsequent practice as a means of interpretation of bilateral treaties requires the agreement of both parties. Such agreement may be expressed through their joint or parallel positive activity, but it may also be ascertained from the activity of only one of the parties, where there is assent or lack of objection by the other party. As is remarked by the International Law Commission, it is sufficient that the other party accepts that practice (*United Nations Conference on the Law of Treaties - First and Second Sessions: Documents of the Conference (1968-1969)*, p. 42, para. 15).

18. The importance of the silence of one party in determining the subsequent practice of the parties to a bilateral treaty was admitted very recently in the *Beagle Channel* arbitration case, where it was stated:

"the Court cannot accept the contention that no subsequent conduct, including acts of jurisdiction, can have probative value as a subsidiary method of interpretation unless representing a formally stated or acknowledged 'agreement' between the Parties. The terms of the Vienna Convention do not specify the ways in which 'agreement' may be manifested. In the context of the present case the acts of jurisdiction were not intended to establish a source of title independent to the terms of the Treaty; nor could they be considered as being in contradiction of those terms as understood by Chile. The evidence supports the view that they were public and well-known to Argentina, and that they could only derive from the Treaty. Under these circumstances the silence of Argentina permits the inference that the acts tended to confirm an interpretation of the meaning of the Treaty independent of the acts of jurisdiction themselves." (*International Law Reports*, Vol. 52, p. 224, para. 169.)

aux dispositions du traité, montrant qu'il n'est pas tenu compte du sens normal et ordinaire des termes utilisés. En pareil cas, «il peut se faire que la limite qui sépare l'interprétation du traité de sa modification par la pratique ultérieure tende à s'effacer», bien qu'il s'agisse de deux processus tout à fait distincts. De l'avis de la Commission du droit international, c'est exactement ce qui s'est produit dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, dans laquelle la pratique ultérieure des parties n'était pas compatible avec le sens naturel et ordinaire des termes du traité. La Commission a donc conclu que la pratique ultérieure en l'occurrence avait eu pour effet de modifier le traité (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1964, vol. II, p. 61).

17. La pratique d'un Etat déterminé peut avoir un poids particulier quand elle a trait à l'exécution d'une obligation qui concerne spécialement ledit Etat, comme la Cour le dit elle-même dans l'avis qu'elle a rendu sur le *Statut international du Sud-Ouest africain* (C.I.J. *Recueil 1950*, p. 135-136). Toutefois, pour que la conduite ultérieure puisse servir à interpréter des traités bilatéraux, il faut que les deux parties souscrivent ensemble à ladite conduite. L'accord peut s'exprimer par une action positive conjointe ou parallèle, mais il peut aussi être constaté dans l'activité de l'une des parties seulement dès lors que l'autre partie donne son consentement ou n'émet pas d'objection. Comme la Commission du droit international le fait observer, il suffit que cette autre partie accepte la pratique en question (*Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur le droit des traités — première et seconde sessions: documents de la conférence (1968-1969)*, p. 42, par. 15).

18. L'importance que revêt le silence de l'une des parties quand il s'agit d'établir quelle conduite adoptent ultérieurement les parties à un traité bilatéral a été reconnue tout récemment lors de l'arbitrage rendu dans l'affaire du *Canal de Beagle*, quand il est dit ceci:

«la Cour ne peut pas accepter la thèse suivant laquelle la conduite ultérieure, y compris des actes de juridiction, ne peut pas avoir de valeur probante en tant que mode d'interprétation subsidiaire sauf si elle fait l'objet d'un «accord» déclaré ou reconnu formellement entre les Parties. Les dispositions de la convention de Vienne ne précisent pas les modalités suivant lesquelles l'«accord» peut se manifester. Dans le cadre de la présente affaire, les actes de juridiction n'étaient pas censés créer une source de titre qui fût indépendante des dispositions du traité; ces actes ne pouvaient pas non plus être considérés comme contraires à ces dispositions tel que le Chili les comprenait. Les éléments de preuve confortent l'idée que ces actes étaient notoires et bien connus de l'Argentine et qu'ils ne pouvaient procéder que du traité. Dans ces conditions, le silence de l'Argentine autorise à déduire que les actes en question tendent à confirmer une interprétation du sens du traité qui est indépendante des actes de juridiction eux-mêmes.» (*International Law Reports*, vol. 52, p. 224, par. 169.) [Traduction du Greffe.]

IV. SUBSEQUENT PRACTICE OF THE PARTIES IN THE APPLICATION OF THE 1890 ANGLO-GERMAN AGREEMENT

19. Namibia maintains that the subsequent conduct of the parties to the 1890 Anglo-German Agreement demonstrates that Kasikili Island is part of Namibia. It bases its contention upon

“The 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.” (Memorial of Namibia, Vol. I. p. 60, para. 166.)

20. During the oral pleadings Namibia insisted on “continued presence of the Masubia on the ground under colonial rule plus the acceptance of the situation by Botswana’s predecessors” (CR 99/10, p. 27, para. 21 (Chayes)). In its opinion, the Masubia people of the Eastern Caprivi occupied the Island from 1890 to at least until the mid-1960s. Then, from the time the German officials first arrived in 1909, they and their successors incorporated the local institutions of the Masubia into the structure of colonial governance, using them as instruments for implementing their suzerainty; and the activities carried on by them were under the rule of the indigenous Masubia authorities — the chief, his *kuta* and the *indunas*, or local representatives. All these facts were well known to the Bechuanaland authorities just across the river in Kasane, but they made no objection or protest, at least until 1948. From this interactive pattern, Namibia concludes, it can be seen that the parties were in agreement that the Treaty, properly interpreted, attributed Kasikili Island to Namibia (CR 99/11, p. 41, para. 6 (Chayes)).

21. In this respect Botswana observes that

“The 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.” (Reply of Botswana, Vol. I, p. 55, para. 157.)

22. However, Namibia states very clearly in its Memorial that the subsequent conduct of the parties to the 1890 Anglo-German Agreement

“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 terri-

IV. LA PRATIQUE ULTÉRIEURE DES PARTIES DANS L'APPLICATION DE L'ACCORD ANGLO-ALLEMAND DE 1890

19. La Namibie soutient que la conduite ultérieurement suivie par les parties à l'accord anglo-allemand de 1890 démontre que l'île de Kasikili fait partie de la Namibie. Elle se fonde à cet égard sur

«[le] contrôle et ... l'utilisation de l'île de Kasikili par les Masubia du Caprivi, l'exercice de la juridiction sur l'île par les autorités gouvernant la [Namibie] et le silence gardé par le Botswana et ses prédécesseurs pendant près d'un siècle en pleine connaissance de cause» (mémoire de la Namibie, vol. I, p. 60, par. 166).

20. Au cours de la procédure orale, la Namibie a insisté sur «la présence constante des Masubia sur le terrain pendant le régime colonial, à laquelle il faut ajouter l'acceptation de la situation par les prédécesseurs du Botswana» (CR 99/10, p. 27, par. 21 (Chayes)). Pour la Namibie, les Masubia du Caprivi oriental ont occupé l'île depuis 1890 jusqu'au milieu des années soixante au moins. Depuis l'époque où ils sont arrivés pour la première fois en 1909, les représentants officiels allemands et leurs successeurs ont intégré les institutions locales des Masubia dans la structure même du régime colonial, et s'en sont servi comme d'instruments de leur suzeraineté; et les activités qu'ils menaient étaient placées sous l'autorité des autochtones Masubia — c'est-à-dire leur chef, sa *kuta* et les *indunas*, ou représentants locaux. Tous ces faits étaient parfaitement connus des autorités du Bechuanaland installées juste de l'autre côté du fleuve à Kasane, mais elles n'ont formulé aucune objection ni protestation, tout au moins jusqu'en 1948. Cette interactivité permet à la Namibie de conclure que les parties s'accordaient à considérer que le traité, quand on l'interprétait correctement, attribuait l'île de Kasikili à la Namibie (CR 99/11, p. 41, par. 6 (Chayes)).

21. A ce sujet, le Botswana fait observer ceci :

«La 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.» (Réplique du Botswana, vol. I, p. 55, par. 157.)

22. Pourtant, la Namibie dit très clairement dans son mémoire que la conduite ultérieure des parties au traité anglo-allemand de 1890

«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 concer-

tory 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*.” (Memorial of Namibia, Vol. I, p. 60, para. 165.)

23. Furthermore, in its oral pleadings Namibia stressed that “its primary claim is that its title is treaty based”; that its claim “of prescription is asserted in the alternative”; and 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” (CR 99/10, p. 24, para. 10 (Chayes)).

24. Consequently, the Court has to examine in the first place the primary claim presented by Namibia, i.e., subsequent practice as a means of interpretation of the 1890 Anglo-German Agreement; and only if Namibia’s primary claim fails will the Court have to examine the alternative claims, based upon prescription, acquiescence and recognition, presented by Namibia to demonstrate its ownership of Kasikili Island.

#### V. THE MANDATE FOR SOUTH WEST AFRICA (NAMIBIA)

25. Following the outbreak of the First World War, the Eastern Caprivi was occupied in September 1914 without resistance by paramilitary police from Southern Rhodesia. Captain Eason was appointed Special Commissioner for the Caprivi Zipfel on 6 November 1914 and took up his duties at Schuckmannsburg on 20 November. As stated in the Resident Commissioner’s Report on the Administration of the Caprivi Zipfel during the period 1914 to 31 March 1922, “It was not desired that authority should be asserted to a greater extent or over a wider area than was absolutely essential.” (Memorial of Namibia, Ann. 52, p. 203.)

26. By Article 119 of the Treaty of Peace signed at Versailles on 28 June 1919, Germany renounced in favour of the Principal Allied and Associated Powers all her rights over her overseas possessions, including therein German South West Africa.

27. Article 22, paragraph 1, of the League of Nations Covenant provided that:

“To those colonies and territories which as a consequence of the late war have ceased to be under the sovereignty of the States which formerly governed them and which are inhabited by peoples not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the

nant l'acquisition de territoires par prescription, acquiescement et reconnaissance. 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*.» (Mémoire de la Namibie, vol. I, p. 60, par. 165.)

23. En outre, au cours de la procédure orale, la Namibie a souligné que «sa thèse principale est que son titre est d'origine conventionnelle», et qu'elle n'avance l'argument «de la prescription ... qu'à titre subsidiaire» et 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» (CR 99/10, p. 24, par. 10 (Chayes)).

24. Par suite, la Cour doit examiner en premier lieu la demande principale présentée par la Namibie, c'est-à-dire qu'elle doit examiner la conduite ultérieurement suivie pour interpréter l'accord anglo-allemand de 1890; et ce n'est que si cette demande principale de la Namibie n'aboutit pas que la Cour devra examiner les demandes subsidiaires, fondées sur la prescription, l'acquiescement et la reconnaissance, que la Namibie présente pour démontrer que l'île de Kasikili lui appartient.

#### V. LE MANDAT RELATIF AU SUD-OUEST AFRICAIN (NAMIBIE)

25. A la suite de l'ouverture des hostilités, lors de la première guerre mondiale, le Caprivi oriental a été occupé en septembre 1914 par la police paramilitaire de Rhodésie du Sud qui n'a rencontré aucune résistance. Le capitaine Eason a été nommé le 6 novembre 1914 commissaire spécial pour la bande de Caprivi et a pris ses fonctions le 20 novembre à Schuckmannsburg. Comme il est indiqué dans le rapport du commissaire résident pour l'administration de la bande de Caprivi pendant la période allant de 1914 au 31 mars 1922, «on ne voulait pas exercer l'autorité plus fortement ni sur une plus grande étendue qu'il n'était absolument indispensable» (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 52, p. 203).

26. Aux termes de l'article 119 du traité de paix signé à Versailles le 28 juin 1919, l'Allemagne a renoncé en faveur des principales Puissances alliées et associées à tous ses droits sur ses possessions d'outre-mer, y compris le Sud-Ouest africain allemand.

27. L'article 22, paragraphe 1 du Pacte de la Société des Nations dispose:

«Les principes suivants s'appliquent aux colonies et territoires qui, à la suite de la guerre, ont cessé d'être sous la souveraineté des Etats qui les gouvernaient précédemment et qui sont habités par des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les condi-

modern world, there should be applied the principle that the well-being and development of such peoples form a sacred trust of civilisation and that securities for the performance of this trust should be embodied in this Covenant.”

28. Paragraph 2 of the same Article 22 added that:

“The best method of giving practical effect to this principle is that the tutelage of such peoples should be entrusted to advanced nations who by reason of their resources, their experience or their geographical position can best undertake this responsibility, and who are willing to accept it, and that this tutelage should be exercised by them as Mandatories on behalf of the League.”

29. Article 22, paragraph 6, of the League of Nations Covenant supplemented the mandate’s system by providing that

“territories, such as South-West Africa and certain of the South Pacific Islands, which, owing to the sparseness of their population, or their small size, or their remoteness from the centres of civilisation, or their geographical contiguity to the territory of the Mandatory, and other circumstances, can be best administered under the laws of the Mandatory as integral portions of its territory, subject to the safeguards above mentioned in the interests of the indigenous population”.

30. Furthermore, Article 22 provided that the Mandatory shall render to the Council of the League of Nations an annual report in reference to the territory committed to its charge (para. 7); that a permanent Commission shall be constituted to receive and examine the annual reports of the Mandatories and to advise the Council on all matters relating to the observance of the mandates (para. 9); and that

“The degree of authority, control, or administration to be exercised by the Mandatory shall, if not previously agreed upon by the Members of the League, be explicitly defined in each case by the Council.” (Para. 8.)

31. The Principal Allied and Associated Powers agreed that a Mandate over the territory which formerly constituted the German Protectorate of South West Africa should be conferred upon His Britannic Majesty, to be exercised on his behalf by the Government of the Union of South Africa. His Britannic Majesty, for and on behalf of the Government of the Union of South Africa, agreed to accept the Mandate and undertook to exercise it on behalf of the League of Nations in accordance with the terms defined by its Council on 17 December 1920, which confirmed a prior decision taken on 7 May 1919.

32. According to the terms of South West Africa’s mandate, the consent of the League of Nations was required for the modification of its provisions (Art. 7, para. 1); and the authority of the Union of South Africa was defined by Article 2 as follows:

tions particulièrement difficiles du monde moderne. Le bien-être et le développement de ces peuples forment une mission sacrée de civilisation, et il convient d'incorporer dans le présent Pacte des garanties pour l'accomplissement de cette mission.»

28. Le paragraphe 2 du même article 22 ajoute:

«La meilleure méthode de réaliser pratiquement ce principe est de confier la tutelle de ces peuples aux nations développées qui, en raison de leurs ressources, de leur expérience ou de leur position géographique, sont le mieux à même d'assumer cette responsabilité, et qui consentent à l'accepter; elles exerceraient cette tutelle en qualité de mandataires et au nom de la Société.»

29. Et le paragraphe 6 du même article 22 du Pacte de la Société des Nations précise le régime des mandats en indiquant que

«des territoires tels que le Sud-Ouest africain et certaines îles du Pacifique austral ... par suite de la faible densité de leur population, de leur superficie restreinte, de leur éloignement des centres de civilisation, de leur contiguïté géographique au territoire du mandataire ou d'autres circonstances ne sauraient être mieux administrés que sous les lois du mandataire, comme une partie intégrante de son territoire, sous réserve des garanties prévues plus haut dans l'intérêt de la population indigène.»

30. En outre, l'article 22 prévoit que le mandataire doit envoyer au Conseil un rapport annuel concernant les territoires dont il a la charge (par. 7); qu'une commission permanente sera chargée de recevoir et d'examiner les rapports annuels des mandataires et de donner au Conseil son avis sur toutes questions relatives à l'exécution des mandats (par. 9); et que

«Si le degré d'autorité, de contrôle ou d'administration à exercer par le mandataire n'a pas fait l'objet d'une convention antérieure entre les Membres de la Société, il sera expressément statué sur ces points par le Conseil.» (Par. 8.)

31. Les principales Puissances alliées et associées ont accepté qu'un mandat sur le territoire de l'ancien protectorat allemand du Sud-Ouest soit confié à Sa Majesté britannique et exercé en son nom par le gouvernement de l'Union sud-africaine. Sa Majesté britannique a accepté pour le gouvernement de l'Union sud-africaine et en son nom ledit mandat et s'est engagée à l'exercer pour le compte de la Société des Nations conformément aux dispositions arrêtées par le Conseil de la Société le 17 décembre 1920, lesquelles ont confirmé une décision prise antérieurement le 7 mai 1919.

32. Aux termes du mandat sur le Sud-Ouest africain, il fallait demander à la Société des Nations son consentement pour pouvoir modifier ses dispositions (art. 7, par. 1); et le pouvoir de l'Union sud-africaine était défini à l'article 2 comme suit:

“The Mandatory shall have full power of administration and legislation over the territory subject to the present Mandate as an integral portion of the Union of South Africa, and may apply the laws of the Union of South Africa to the territory, subject to such local modifications as circumstances may require.

The Mandatory shall promote to the utmost the material and moral well-being and the social progress of the inhabitants of the territory subject to the present Mandate.” (*League of Nations, Official Journal, January-February 1921*, p. 89.)

33. Until 31 December 1920 the Strip was ruled as a *de facto* part of the Bechuanaland Protectorate under martial law. Martial law in the Eastern Caprivi was ended by the Governor General’s Proclamation No. 12 of 1922 and High Commissioner’s Proclamation No. 23 of 1922, which placed the Strip under civilian Protectorate authority retroactively from 1 January 1922 (Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 19, p. 257.)

34. The Mandate of the Union of South Africa over South West Africa continued after the dissolution of the League of Nations, even though it was expected that the mandated territories, which had not become independent, should be placed under the trusteeship system of the United Nations. Notwithstanding, among the mandatory powers, only the Union of South Africa refused to do this in respect to the territory of South West Africa, because in its opinion the mandate had lapsed. As a result, the Union of South Africa not only refused to comply with its obligations under the Covenant and the Mandate but also invoked the special position of the mandated territory as a reason for making it a part of its territory. For this reason the General Assembly of the United Nations decided to request an Advisory Opinion from the Court on the matter.

35. The Court stated in its Advisory Opinion of 11 June 1950 that the creation of the Mandate:

“did not involve any cession of territory or transfer of sovereignty to the Union of South Africa. The Union Government was to exercise an international function of administration on behalf of the League, with the object of promoting the well-being and development of the inhabitants.” (*I.C.J. Reports 1950*, p. 132.)

36. Furthermore, the Court added that

- (a) “the Union of South Africa continues to have the international obligations stated in Article 22 of the Covenant of the League of Nations and in the Mandate for South-West Africa” (*ibid.*, p. 143);
- (b) “the General Assembly of the United Nations is legally qualified to exercise the supervisory functions previously exercised by the League

«Le mandataire aura pleins pouvoirs d'administration et de législation sur le territoire faisant l'objet du mandat. Ce territoire sera administré selon la législation du mandataire comme partie intégrante de son territoire. Le mandataire est en conséquence autorisé à appliquer aux régions soumises au mandat la législation de l'Union de l'Afrique du Sud, sous réserve des modifications nécessitées par les conditions locales.

Le mandataire accroîtra par tous les moyens en son pouvoir, le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants du territoire soumis au présent mandat.» (Société des Nations, *Journal officiel*, janvier-février 1921, p. 89.)

33. Jusqu'au 31 décembre 1920, la bande de Caprivi a été administrée comme si elle faisait *de facto* partie du protectorat du Bechuanaland soumis à la loi martiale. Dans la partie orientale du Caprivi, ce régime de la loi martiale a pris fin sous l'effet de la proclamation du gouverneur général n° 12 de 1922 et de la proclamation du Haut Commissaire n° 23 de 1922, qui a placé la bande de Caprivi sous l'autorité civile du protectorat rétroactivement à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1922 (mémoire du Botswana, annexes, vol. III, annexe 19, p. 257).

34. L'Union sud-africaine a continué d'exercer son mandat sur le Sud-Ouest africain après la dissolution de la Société des Nations, alors que l'on s'attendait pourtant à ce que les territoires sous mandat qui n'étaient pas devenus indépendants soient placés sous le régime de tutelle des Nations Unies. Parmi les puissances mandataires, l'Union sud-africaine fut la seule à refuser d'opérer ce transfert pour le territoire du Sud-Ouest africain, parce qu'à son avis le mandat était désormais caduc. Par suite, l'Union sud-africaine non seulement a refusé de s'acquitter de ses obligations en vertu du Pacte et du Mandat mais a également invoqué la situation particulière du territoire sous mandat pour l'annexer à son propre territoire. C'est pourquoi l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé de demander à la Cour un avis consultatif sur la question.

35. Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu le 11 juin 1950, la Cour a déclaré que la création de l'institution du mandat

«n'impliquait ni cession de territoire ni transfert de souveraineté à l'Union sud-africaine. Le gouvernement de l'Union devait exercer une fonction d'administration internationale au nom de la Société des Nations aux fins de favoriser le bien-être et le développement des habitants.» (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 132.)

36. La Cour ajoutait que

- a) «l'Union sud-africaine continue à être soumise aux obligations internationales énoncées à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations et au Mandat pour le Sud-Ouest africain» (*ibid.*, p. 143);
- b) «l'Assemblée générale des Nations Unies est fondée en droit à exercer les fonctions de surveillance qu'exerçait précédemment la Société des

of Nations with regard to the administration of the Territory, and that the Union of South Africa is under an obligation to submit to supervision and control of the General Assembly and to render annual reports to it" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 137);

- (c) "It is clear that the Union has no competence to modify unilaterally the international status of the Territory or any of these international rules", as "is shown by Article 7 of the Mandate, which expressly provides that the consent of the Council of the League of Nations is required for any modification of the terms of the Mandate" (*ibid.*, p. 141);

and

- (d) "that the Union of South Africa acting alone has not the competence to modify the international status of the Territory of South-West Africa, and that the competence to determine and modify the international status of the Territory rests with the Union of South Africa acting with the consent of the United Nations" (*ibid.*, p. 144).

37. The Union of South Africa's mandate over South West Africa was terminated by United Nations General Assembly resolution 2145 (XXI) of 1966; and its resolution 2248 (S-V) of 1967 entrusted the administration of South West Africa, with the new name of Namibia, to the Security Council. Furthermore, due to its refusal to withdraw from the territory, Security Council resolution 176 of 1970 declared South Africa's presence in Namibia (South West Africa) illegal; that illegality was confirmed by the Court in its Advisory Opinion of 26 January 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)* (*I.C.J. Reports 1971*, p. 58, para. 113) (see para. 69 of the Judgment).

38. The legal position of the Union of South Africa did not change during the existence of its mandate over South West Africa. The powers of the Union of South Africa over the territory of South West Africa were only administrative and legislative; they had to be exercised to "promote to the utmost the material and moral well-being and the social progress of the inhabitants". Acts of disposition of the territory of the mandate were outside the powers conferred on the Mandatory. Therefore, the Union of South Africa could not undertake such acts.

39. The British authorities acknowledged this legal situation in 1949, when examining the possibility of entering into an agreement with the Union of South Africa, as Mandatory Power for South West Africa, regarding Kasikili Island. Mr. G. H. Baxter, Commonwealth Relations Office, examined the proposal made by the Union of South West Africa to set the boundary in the southern channel of the Chobe River, guaranteeing the use of the northern channel for navigation by the inhabitants

Nations en ce qui concerne l'administration du territoire et que l'Union sud-africaine a l'obligation de se prêter à la surveillance de l'Assemblée générale et de lui soumettre des rapports annuels» (C.I.J. *Recueil 1950*, p. 137);

- c) «Il est évident que l'Union n'est pas compétente pour modifier unilatéralement le statut international du territoire ou l'une quelconque de ces règles internationales», comme il «ressort de l'article 7 du Mandat, qui dispose expressément que l'autorisation du Conseil de la Société des Nations est nécessaire pour modifier les dispositions du Mandat» (*ibid.*, p. 141);

et que

- d) «l'Union sud-africaine agissant seule n'est pas compétente pour modifier le statut international du territoire du Sud-Ouest africain et que la compétence pour déterminer et modifier ce statut appartient à l'Union sud-africaine agissant avec le consentement des Nations Unies» (*ibid.*, p. 144).

37. L'Assemblée générale des Nations Unies a mis fin au mandat de l'Union sud-africaine sur le Sud-Ouest africain par sa résolution 2145 (XXI) de 1966; et elle a confié au Conseil de sécurité l'administration du Sud-Ouest africain portant désormais le nouveau nom de Namibie par sa résolution 2248 (S-V) de 1967. En outre, l'Afrique du Sud refusant de se retirer du territoire, le Conseil de sécurité a déclaré que sa présence en Namibie (Sud-Ouest africain) était illicite dans sa résolution 176 de 1970; cette illicéité a été confirmée par la Cour dans l'avis consultatif qu'elle a rendu le 26 janvier 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* (C.I.J. *Recueil 1971*, p. 58, par. 113) (voir le paragraphe 69 de l'arrêt).

38. La position juridique de l'Union sud-africaine est demeurée inchangée pendant tout le temps que son mandat sur le Sud-Ouest africain a existé. Ses pouvoirs sur le territoire étaient exclusivement des pouvoirs administratifs et législatifs; et l'Union devait les exercer afin d'«accroître[e], par tous les moyens en son pouvoir, le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants». Il n'entraînait pas dans les pouvoirs conférés au mandataire de procéder à des actes de disposition du territoire, et l'Union sud-africaine, par conséquent, ne pouvait pas procéder à de tels actes.

39. Les autorités britanniques ont compris que telle était la situation juridique en 1949, quand elles ont examiné la possibilité de conclure un accord au sujet de l'île de Kasikili avec l'Union sud-africaine en sa qualité de puissance mandataire pour le Sud-Ouest africain. M. G. H. Baxter (bureau des relations du Commonwealth) examine alors la proposition formulée par l'Union sud-africaine qui vise à situer la frontière dans le chenal sud du Chobe, étant entendu que les habitants et les autorités du

and authorities of the Bechuanaland Protectorate (Letter of 14 October 1948 to the High Commissioner's Office in Pretoria, Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 63, p. 280; Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 23).

40. Mr. Baxter's Report of 20 October 1949 to Sir Evelyn Baring, High Commissioner for Basutoland, the Bechuanaland Protectorate and Swaziland, commented on the international aspect of the matter in the following terms:

"This is governed largely by the question whether the mandate is still regarded as effective. It is understood that the view of the Union Government is that the mandate has expired. [Mr. Baxter's Report was prepared in 1950 before the Court gave its Advisory Opinion on the matter.] This view, however, is not universally shared by other Governments and the position under International Law seems to be obscure. The mandate is limited, by the preamble and Article I, to the territory which formerly constituted the German Protectorate of South West Africa. By Article III of an Agreement made in 1900 with Germany, the boundary at this point was fixed at the centre of the main channel of the river and if, as now appears to be the case, the main channel was at all material times on the north side of the island in question, the mandated territory did not include the island. 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." (Memorial of Botswana, Vol. III, Annexes, Ann. 28, p. 288.)

Furthermore Mr. G. H. Baxter added the following observations:

"Article VI of the Agreement of 1900 provides that 'the lines of demarcation traced in Articles I to IV shall be subject to rectification by agreement between the two Powers, in accordance with local requirements'. It might be argued that this now operates to permit the boundary to be varied, for the purposes of both international and municipal law, by agreement between the United Kingdom Government and the Government of the Union as successor of the German Government. It is, however, doubtful whether the argument would be sound, since rectification would alter what is in fact, the boundary of the former German Protectorate. As between these two Governments, Article VI is probably still effective, but we are

protectorat du Bechuanaland se verraient garantir la possibilité d'utiliser le chenal nord pour la navigation (lettre datée du 14 octobre 1948 et adressée au cabinet du haut commissaire à Pretoria, mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 63, p. 280; mémoire du Botswana, annexes, vol. III, annexe 23).

40. Dans le rapport qu'il adresse le 20 octobre 1949 à sir Evelyn Baring, au commissaire pour le Basutoland, le protectorat du Bechuanaland et le Swaziland, M. Baxter formule des observations sur l'aspect international de la question :

«l'aspect international ... dépend en majeure partie de la question de savoir si le mandat est toujours considéré comme étant en vigueur. Le gouvernement de l'Union est d'avis que le mandat est arrivé à expiration. [Ce rapport de M. Baxter a été établi en 1950 avant que la Cour ait rendu son avis consultatif sur la question.] Or, ce point de vue n'est pas universellement partagé par les autres gouvernements et la situation, au regard du droit international, semble complexe. Le mandat est limité, par le préambule et son article I, au territoire qui constituait l'ancien protectorat allemand du Sud-Ouest africain. En vertu de l'article III d'un accord conclu en 1900 avec l'Allemagne, la frontière a été fixée à l'époque comme passant par la ligne médiane du cours principal de la rivière et, comme il s'avère être le cas aujourd'hui, le cours principal se situait concrètement au nord de l'île en question, le territoire sous mandat ne comprenant donc pas ladite île. 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.» (Mémoire du Botswana, vol. III, annexes, annexe 28, p. 288.)

Et M. G. H. Baxter ajoute :

«L'article VI de l'accord de 1900 dispose que «les lignes de démarcation fixées aux articles I à IV pourront être rectifiées par voie d'accord entre les deux puissances en fonction des nécessités locales». On pourrait donc dire que cette disposition autorise aujourd'hui à modifier la frontière tant aux fins du droit international que du droit interne par voie d'accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni et le gouvernement de l'Union qui est en l'occurrence le successeur du Gouvernement allemand. Mais il est peu probable que l'argument soit valable car la rectification reviendrait à modifier ce qui est en fait la frontière de l'ancien protectorat allemand. Entre ces deux gouvernements, l'article VI est probablement encore en

here concerned with a document (the Mandate) in which others are interested.” (Memorial of Botswana, Vol. III, Annexes, Ann. 28, pp. 290-291.)

41. Taking into account these considerations, the High Commissioner’s Office, Pretoria, concluded that “it would seem desirable to let sleeping dogs lie” (19 November 1949 Letter of High Commissioner, Pretoria, to V. F. Ellenberger, Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 29, p. 296). Therefore, the High Commissioner, Sir Evelyn Baring, took the decision not to enter into a formal agreement, and his letter of 10 May 1951 explained to Mr. Forsyth of the South African Department of External Affairs, that the matter was “beset by legal complications of an international nature, the solution of which would entail difficulties disproportionate to the importance of the matter at issue” (Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 69, p. 294; Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 30, p. 298; CR 99/7, p. 12 (Brownlie)).

42. Consequently, after the confirmation of the creation of the mandate by the Council of the League of Nations in 1920, the Union of South Africa could not dispose by its own actions of the territory of South West Africa, as it had been determined by the subsequent practice of the parties to the 1890 Anglo-German Agreement.

43. For this reason, 1914 is the latest date to be taken into account for the determination of the subsequent practice of the parties, Germany and Great Britain, in regard to the interpretation of Article III of the 1890 Anglo-German Agreement. In fact, no subsequent practice could exist on the part of Germany after September 1914 when the Eastern Caprivi was occupied by Southern Rhodesia. During the existence of the mandate the Union of South Africa had no competence either to enter into any express agreement to delimit the international boundary of South West Africa or to modify the prevailing subsequent practice with regard to the interpretation of Article III of the 1890 Anglo-German Agreement. Consequently, in my opinion, the subsequent practice of the parties for the purpose of interpreting the Anglo-German Agreement should be determined on the basis of the situation existing up to September 1914.

## VI. RELEVANT EVIDENCE SUBMITTED TO THE COURT

44. The Court stated in its Judgment of 26 November 1984 that “it is the litigant seeking to establish a fact who bears the burden of proving it” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, *I.C.J. Reports 1984*, p. 437, para. 101; cf. also *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 587, para. 65).

45. For this reason the Court has to examine in the present case the evidence presented by Namibia to support its contention that the subse-

vigueur, mais nous nous trouvons ici en présence d'un texte (le mandat) qui intéresse d'autres parties.» (Mémoire du Botswana, vol. III, annexes, annexe 28, p. 290-291.)

41. Compte tenu des considérations ci-dessus, le cabinet du haut commissaire à Pretoria a conclu qu'il «vaudrait mieux ne soulever aucun lièvre» (lettre adressée le 19 novembre 1949 par le haut commissaire à Pretoria à V. F. Ellenberger, mémoire du Botswana, vol. III, annexe 29, p. 296). Le haut commissaire, sir Evelyn Baring, a donc décidé de ne pas conclure d'accord formel et il a expliqué dans une lettre datée du 10 mai 1951 à M. Forsyth, du département des affaires extérieures de l'Union sud-africaine, que la question semblait «de nature à créer de multiples complications juridiques de caractère international dont la solution soulèverait des difficultés hors de proportion avec l'importance de l'affaire» (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 69, p. 294; mémoire du Botswana, annexes, vol. III, annexe 30, p. 298; CR 99/7, p. 12 (Brownlie)).

42. Par suite, une fois confirmée la création de l'institution du mandat par le Conseil de la Société des Nations en 1920, l'Union sud-africaine ne pouvait pas de sa propre initiative modifier le territoire du Sud-Ouest africain tel qu'il avait été déterminé par la conduite ultérieurement suivie des parties à l'accord anglo-allemand de 1890.

43. C'est pourquoi 1914 représente la dernière date à prendre en considération pour la détermination de la conduite ultérieure des parties, l'Allemagne et la Grande-Bretagne, en ce qui concerne l'interprétation de l'article III de l'accord anglo-allemand de 1890. En fait, aucune conduite ultérieure ne peut exister de la part de l'Allemagne au-delà de septembre 1914, date à laquelle la partie orientale du Caprivi a été occupée par la Rhodésie du Sud. Tant que le mandat était en vigueur, l'Union sud-africaine n'avait pas compétence ni pour conclure expressément un accord quelconque destiné à délimiter la frontière internationale du Sud-Ouest africain ni pour modifier la conduite ultérieurement suivie en ce qui concerne l'interprétation de l'article III de l'accord anglo-allemand de 1890. Par suite, à mon sens, il convient de déterminer cette conduite ultérieure des parties aux fins de l'interprétation de l'accord anglo-allemand sur la base de la situation qui a existé jusqu'en septembre 1914.

## VI. ÉLÉMENTS DE PREUVE PERTINENTS PRÉSENTÉS À LA COUR

44. Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 26 novembre 1984, la Cour a dit que «c'est en définitive au plaideur qui cherche à établir un fait qu'incombe la charge de la preuve» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 437, par. 101; voir également *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 587, par. 65).

45. C'est pourquoi la Cour doit examiner en l'espèce les éléments que la Namibie a présentés à la Cour pour appuyer sa thèse qui est que la

quent practice of the parties to the 1890 Anglo-German Agreement demonstrates that they considered the southern channel of the Chobe River as the “main channel” referred to in Article III of that Agreement; and that, therefore Kasikili Island was part of Namibia. Thus the facts indicative of the subsequent practice of the parties alleged by Namibia are:

“(1) continuous, open and notorious occupation and use of the territory in question over a long period of time; (2) exercise of sovereignty in the territory; and (3) failure of the other party, having knowledge of these facts, to object, protest or assert its rights” (Memorial of Namibia, Vol. I, p. 66, para. 180).

46. The evidence to be examined is the following:

*A. Captain H. V. Eason's Report (1912)*

47. An exchange of communications took place between Great Britain and Germany at the beginning of the century, dealing with the western half of the southern boundary line established by the 1890 Anglo-German Treaty. On 14 January 1911 Lord Harcourt, the Secretary of State of the Colonial Office, instructed the High Commissioner of the Bechuanaland Protectorate to gather “all available information from local sources in support of the view that the north channel is the main channel” of the Chobe river around Kasikili Island (Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 44, p. 170).

48. This despatch led to Captain H. V. Eason's Report, dated 5 August 1912, where he states:

“Two miles above the rapids lies Kissikiri Island. Here 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.” (Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 47, p. 177.)

49. Even though Captain Eason stated that the northern channel “should be claimed as the main channel”, he acknowledged that “the natives living at Kasika in German territory are at present growing crops on it”, meaning Kasikili Island.

pratique ultérieurement suivie par les parties à l'accord anglo-allemand de 1890 démontre que, pour elles, le chenal sud du Chobe était le «chenal principal» visé à l'article III dudit accord; et que, par conséquent, l'île de Kasikili faisait partie de la Namibie. Dans ces conditions, les faits qui indiquent quelle a été la pratique ultérieurement suivie par les parties, tels que la Namibie les présente, sont les suivants:

«1) l'occupation et l'utilisation continues, publiques et notoires du territoire en question durant une longue période; 2) l'exercice de la souveraineté sur ce territoire et 3) le défaut pour l'autre partie, ayant connaissance de ces faits, d'élever des objections ou protestations ou de faire valoir ses droits» (mémoire de la Namibie, vol. I, p. 66, par. 180).

46. Les éléments de preuve à examiner sont les suivants:

*A. Le rapport du capitaine H. V. Eason (1912)*

47. Un échange de communications a lieu entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne au début du siècle, qui porte sur la moitié occidentale de la démarcation sud établie par le traité anglo-allemand de 1890. Le 14 janvier 1911, le secrétaire d'Etat aux colonies, lord Harcourt, a donné pour instruction au haut commissaire du protectorat du Bechuanaland de recueillir «toutes les informations disponibles auprès de sources locales pour étayer l'idée que le chenal nord est le chenal principal» du Chobe aux alentours de l'île de Kasikili (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 44, p. 170).

48. C'est cette dépêche qui est à l'origine du rapport du capitaine H. V. Eason, lequel est daté du 5 août 1912, dans lequel l'auteur dit ceci:

«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.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 47, p. 177.)

49. Bien que le capitaine Eason ait déclaré que c'était le chenal nord «qui [devait] être considéré comme le chenal principal», il a reconnu que les «autochtones qui vivent à Kasika, en territoire allemand, y pratiqu[ai]ent actuellement la culture», et il voulait ainsi parler de l'île de Kasikili.

*B. Joint Report of 1948 (Trollope-Redman) and Exchange of Letters between 1948 and 1951*

50. The 1948 Joint Report prepared by L. F. W. Trollope and Noel W. Redman, as well as its antecedents and the correspondence that followed between 1948 and 1951, are comprehensively reviewed in paragraphs 56 to 61 of the Judgment. The relevant extracts need not therefore be reproduced here. In my opinion those documents demonstrate:

- (a) that the Masubia of the Eastern Caprivi were the only tribesmen who used the Island for cultivation not only until 1914, i.e., the critical date for the purpose of interpreting the 1890 Anglo-German Agreement, but also until 1947 when the border dispute arose between the Parties;
- (b) that during the same period neither the Bechuanaland tribesmen nor the Bechuanaland Protectorate authorities ever complained about that use;
- (c) that the Bechuanaland Protectorate tribesmen had never used the Island either for cultivation or for other purposes; and
- (d) that the Bechuanaland tribesmen and Bechuanaland Protectorate authorities enjoyed undisputed use of the northern channel of the Chobe River around Kasikili Island.

These conclusions are accepted in the Judgment, where it is stated:

“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 . . .” (Para. 62.)

*C. Mr. R. R. Renew's Report (1965)*

51. In response to a request for information about Kasikili Island from the Department of Public Works, Mr. R. R. Renew, Surveyor-General of the Bechuanaland Protectorate, prepared his report of 10 October 1965. In the first place Mr. Renew recalled:

“Kasikili island became the subject of a dispute in 1947 when the Native Commissioner of the eastern Caprivi Strip was alleged to have challenged Bechuanaland's right to the use of the main channel of the Chobe River along the north side of the island, as a waterway.” (Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 36, p. 321.)

*B. Le rapport conjoint de 1948 (Trollope-Redman) et l'échange de correspondance entre 1948 et 1951*

50. La Cour analyse en détail, aux paragraphes 56 à 61 de l'arrêt, le rapport conjoint de 1948 établi par L. F. W. Trollope et Noel W. Redman, ainsi que les antécédents de ce rapport et la correspondance qui a suivi entre 1948 et 1951. Il n'y a donc pas lieu de reproduire ici les extraits pertinents. A mon sens, ces documents établissent :

- a) que les Masubia de la partie orientale du Caprivi étaient la seule tribu qui utilisait l'île pour la cultiver non seulement jusqu'en 1914, c'est-à-dire jusqu'à la date critique à prendre en compte aux fins de l'interprétation de l'accord anglo-allemand de 1890, mais aussi jusqu'en 1947, date à laquelle le différend frontalier est né entre les Parties;
- b) qu'au cours de cette même période, ni les tribus du Bechuanaland ni les autorités du protectorat du Bechuanaland n'ont jamais formulé de plainte au sujet de cette utilisation de l'île;
- c) que les tribus du protectorat du Bechuanaland n'ont jamais exploité l'île ni à des fins agricoles ni à d'autres fins quelconques; et
- d) que les tribus du Bechuanaland et les autorités du protectorat du Bechuanaland pouvaient utiliser sans la moindre contestation le chenal nord du Chobe autour de l'île de Kasikili.

Ces conclusions sont du reste acceptées dans l'arrêt, où l'on peut lire ceci :

«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...» (Par. 62.)

*C. Le rapport de M. R. R. Renew (1965)*

51. Répondant à une demande de renseignements concernant l'île de Kasikili qui émanait du ministère des travaux publics, R. R. Renew, cartographe général du protectorat du Bechuanaland a établi son rapport le 10 octobre 1965. M. Renew rappelle tout d'abord :

«L'île de Kasikili est devenue l'objet d'un litige en 1947 quand, à cette date, le commissaire indigène de l'est de la bande de Caprivi aurait contesté le droit du Bechuanaland à utiliser le bras principal de la rivière Chobe, le long du côté nord de l'île, comme voie navigable.» (Mémoire du Botswana, vol. III, annexe 36, p. 321.)

Then, after reviewing the Trollope-Dickinson exchange of letters (1948-1951), Mr. Renew concluded that "It appears, therefore, that if we now wish to use the island we have no alternative but to re-open the matter". Furthermore he added:

"I think that the South African case for possession of this island is very weak. The fact that we did not use it, and allowed the Caprivi tribesmen to use it, does not amount to prescription so much as tolerating its use by the Caprivi people while it was inconvenient for us to use it." (Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 36, p. 325.)

52. Thus, the facts stated by Mr. R. R. Renew in his Report coincide with the conclusions already reached in this opinion (see para. 50 above).

#### *D. Witnesses called by Namibia*

53. The statements in May and June 1994 by Namibia's witnesses before the Joint Technical Team of Experts confirm that only the Masubia of the Eastern Caprivi used Kasikili Island for ploughing; that no one from the Bechuanaland Protectorate had ever used the Island; that permission to use the Island was only ever sought or obtained from the Masubia authorities; and that these activities were known at the time to the British authorities.

54. Botswana maintains that those statements cannot be accepted because of the contradictions that emerged when the witnesses were cross-examined. In particular it stresses that Chief Moraliswani, when asked about the date people stopped ploughing on Kasikili Island, answered:

"That was in 1937 when now a lot of elephants were now entering Caprivi and then when people were ploughing it was found that those elephants were destroying their fields, it's when they decided to move and come to the other side here in Caprivi." (Memorial of Namibia, Annexes, Vol. III, Ann. 2, p. 209.)

Therefore Botswana concludes that the cultivation of the Island ceased in 1937 (Counter-Memorial of Botswana, Vol. I. p. 205, para. 468).

55. However, as stated before, the subsequent practice of the parties for purposes of interpreting the 1890 Anglo-German Agreement has to be examined only until 1914 (see Section V of this opinion). Therefore, Botswana's contention that cultivation of Kasikili Island took place only until 1937 is irrelevant. Besides, even though Namibia's witnesses sometimes contradict themselves in details, the bulk of their statements is consistent and for this reason, in my opinion, the statements should be

Puis, après avoir analysé l'échange de correspondance Trollope-Dickinson (1948-1951), M. Renew formule la conclusion suivante: «Il semble donc que, si nous voulons maintenant utiliser l'île, nous n'avons pas d'autre choix que de rouvrir la question.» Et il ajoute:

«Je pense que les arguments par lesquels l'Afrique du Sud prétend posséder cette île sont très faibles. Le fait que nous n'en ayons pas fait usage et que nous ayons autorisé les membres des tribus du Caprivi à l'utiliser n'est pas vraiment assimilable à la prescription; cela veut plutôt dire que nous avons toléré que la population du Caprivi utilise l'île alors qu'il était mal commode pour nous de l'utiliser nous-mêmes.» (Mémoire du Botswana, annexes, vol. III, annexe 36, p. 325.)

52. En somme, les faits énoncés par M. R. R. Renew dans son rapport coïncident avec les conclusions déjà formulées dans la présente opinion (voir le paragraphe 50 ci-dessus).

*D. Les témoins produits par la Namibie*

53. Les déclarations entendues en mai et juin 1994 de la bouche des témoins produits par la Namibie pour déposer devant l'équipe technique conjointe d'experts confirment que seuls les Masubia de la partie orientale du Caprivi utilisaient l'île de Kasikili pour y pratiquer des cultures; que, jamais, des individus relevant du protectorat du Bechuanaland n'avaient utilisé l'île; que l'autorisation d'utiliser l'île n'a jamais été demandée qu'aux autorités des Masubia ou jamais obtenue qu'auprès desdites autorités; et que les autorités britanniques étaient à l'époque au courant de ces activités.

54. Le Botswana soutient qu'il n'est pas possible de retenir ces déclarations à cause des contradictions qui sont apparues lors du contre-interrogatoire des témoins. En particulier, le Botswana souligne que le chef Moraliswani, quand on lui a demandé quand il a été mis fin aux labours sur l'île de Kasikili, a répondu ceci:

«C'était en 1937, à ce moment-là, beaucoup d'éléphants entraient au Caprivi et, quand les gens labouraient, ils constataient que les éléphants détruisaient leurs champs, et c'est alors qu'ils décidaient de se déplacer et de s'installer de l'autre côté, ici, au Caprivi.» (Mémoire de la Namibie, annexes, vol. III, annexe 2, p. 209.)

Le Botswana en tire par conséquent la conclusion que l'île a cessé d'être cultivée en 1937 (contre-mémoire du Botswana, vol. I, p. 205, par. 468).

55. Toutefois, comme nous l'avons dit, la conduite ultérieurement suivie par les parties ne doit être examinée aux fins de l'interprétation de l'accord anglo-allemand de 1890 que jusqu'en 1914 (voir la section V de la présente opinion). Par conséquent, quand le Botswana dit que l'île de Kasikili n'a été cultivée que jusqu'en 1937, son argument n'a aucune pertinence. Du reste, même si les témoins de la Namibie se contredisent parfois quand il s'agit de détails, ils disent essentiellement la même chose et

accepted as valid evidence. Consequently, this objection by Botswana cannot be upheld.

56. Additionally, Botswana contends that extraneous oral evidence would only be relevant if it were intended to shed some light on either the actual intentions of the parties to the 1890 Anglo-German Agreement or on the ordinary meaning at the material time (1890) of the phrase “the centre of the main channel of [the] river” included in its Article III. Consequently, in Botswana’s view extraneous oral evidence of alleged activities on the Island as evidence of subsequent practice is of no legal relevance for purposes of determining the boundary between Namibia and Botswana on the basis of the Anglo-German Agreement of 1890 (Counter-Memorial of Botswana, p. 203, para. 461; CR 99/12, pp. 10-11 (Tafa)).

57. The Joint Team of Technical Experts was created as a consequence of the Communiqué issued on 24 May 1992 by the President of Botswana, the President of Namibia and the President of Zimbabwe (Memorial of Botswana, Vol. III, Annexes, Ann. 55, pp. 413-415); and the Memorandum of Understanding regarding its terms of reference, signed by Namibia and Botswana on 23 December 1992, expressly permits the taking of oral evidence. Thus, Article 7, paragraph 1, of the Memorandum of Understanding provides that

“In the execution of its functions, the Team shall have authority to:

- .....
- (f) hear, without prejudice to the 1890 and 1892 Treaties, any oral evidence from any competent person in Botswana and Namibia or from any other country which the Team may consider necessary to enable it to arrive at a decision on the Kasikili/Sedudu Island dispute.” (Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 57, pp. 433-434.)

58. Consequently the 1992 terms of reference did not restrict witness testimony to the demonstration of the actual intentions of parties to the 1890 Anglo-German Agreement, or of the ordinary meaning of the words “the centre of the main channel of the river” at the material time (1890), as Botswana claims. Witness evidence was declared admissible in general terms, whenever appropriate, to demonstrate facts relevant to the boundary dispute over Kasikili/Sedudu Island. Therefore Namibia called witnesses to demonstrate the subsequent conduct of the parties as a means of interpretation of the 1890 Anglo-German Agreement. For the same reason Botswana presented and relied upon the statements of its witnesses as good evidence to contradict the subsequent practice asserted by Namibia and to prove that the Masubia from the Eastern Caprivi Zipfel were not the only persons who used Kasikili Island. Consequently, in my opinion, this objection of Botswana cannot be upheld.

c'est pourquoi, à mon avis, il faut tenir leurs déclarations pour des témoignages valables. Par suite, l'objection qui est ainsi formulée par le Botswana ne peut pas être retenue.

56. En outre, le Botswana plaide que les dépositions de témoins ne seraient pertinentes que si elles devaient éclairer soit les intentions réelles des parties à l'accord anglo-allemand de 1890 soit le sens ordinaire à l'époque considérée (c'est-à-dire 1890) du membre de phrase: «le centre du chenal principal [du fleuve]» qui figure à l'article III dudit traité. Par suite, pour le Botswana, les dépositions relatives à des activités alléguées sur l'île, qui tendraient à rapporter la preuve d'une conduite ultérieurement suivie, ne présentent aucune pertinence en droit quand il s'agit de déterminer la frontière entre la Namibie et le Botswana sur la base de l'accord anglo-allemand de 1890 (contre-mémoire du Botswana, p. 203, par. 461; CR 99/12, p. 10-11 (Tafa)).

57. La commission mixte d'experts techniques a été constituée à la suite du communiqué publié le 24 mai 1992 par le président du Botswana, le président de la Namibie et le président du Zimbabwe (mémoire du Botswana, vol. III, annexes, annexe 55, p. 413-415); et le mémorandum d'accord relatif au mandat de l'équipe qui a été signé par la Namibie et le Botswana le 23 décembre 1992 autorise expressément les dépositions verbales. L'article 7, paragraphe 1, du mémorandum d'accord se lit comme suit:

«Dans l'exécution de ses fonctions, l'équipe aura le pouvoir

- .....
- f) d'entendre sans préjudice des traités de 1890 et 1892 tout témoignage oral émanant de toute personne compétente au Botswana et en Namibie ou dans n'importe quel autre pays que l'équipe jugera nécessaire pour lui permettre de statuer sur le différend relatif à l'île de Kasikili/Sedudu.» (Mémoire du Botswana, annexes, vol. III, annexe 57, p. 433-434.)

58. On peut donc dire que le mandat de 1992 n'obligeait pas les témoins à montrer exclusivement quelles étaient les intentions réelles des parties à l'accord anglo-allemand de 1890 ou quel était le sens ordinaire des termes «le centre du chenal principal du fleuve» à l'époque considérée (1890), comme le soutient le Botswana. Les dépositions de témoins ont été déclarées recevables en général, chaque fois qu'elles se justifiaient, pour établir des faits intéressant le différend frontalier dont fait l'objet l'île de Kasikili/Sedudu. La Namibie a par conséquent appelé des témoins pour établir quelle a été la conduite ultérieurement suivie par les parties qui est un moyen d'interpréter l'accord anglo-allemand de 1890. Pour la même raison, le Botswana a présenté les déclarations de ses témoins comme étant de bons éléments de preuve, sur lesquels il s'est appuyé pour contredire la conduite ultérieurement suivie telle que la formulait la Namibie et prouver que les Masubia de la partie orientale du Caprivi n'étaient pas les seuls à utiliser l'île de Kasikili. Par suite, à mon sens, cette objection du Botswana ne peut pas être retenue.

*E. Evidence presented by Botswana*

59. (1) Botswana presented affidavits by the following persons: (a) Dominic Diau (dated 6 October 1997); Brian Egner (dated 19 September 1997); Peter Gordon Hepburn (dated 6 August 1997); Timothy Neville Liversedge (dated 30 October 1997); and Michael Slogrove (dated 8 July 1997) (Counter-Memorial of Botswana, Anns. 47-51); and (b) Botseletse Kingsley Sebele (dated 14 August 1998); Michael Slogrove (dated 24 August 1998); and Simon Adolph Hirschfeld (dated 25 August 1998) (Reply of Botswana, Vol. I, Anns. 20-22).

60. The statements embodied in the above-mentioned affidavits limit themselves to facts that took place between 1977 and 1979; 1959 and 1962; 1962 and 1970; 1969 and 1970 and 1972 and 1978, respectively (Counter-Memorial of Botswana, Anns. 47-51); and between October 1971 and April 1975; 1972 and 1978 and 1971 and 1995 (Reply of Botswana, Anns. 20-22). Therefore, in my opinion, they are not relevant to the subsequent practice of the parties to the 1890 Anglo-German Agreement in 1914, which is the critical date; nor even in 1947 when the dispute arose for the first time between the Parties (see Section V of this opinion).

61. (2) Mr. Noel Redman, the District Commissioner at Kasane, in the cover letter of 26 January 1948 (para. 5), attaching his and Mr. Trollope's Joint Report, reported to the Government Secretary (Maefeking) the following:

“Since the attached report was prepared I have received further information from an inhabitant of the Island that in 1924 a Caprivi Chief named Liswaninyana applied to Captain Neale (*sic* Nellie), the Resident Magistrate at Kasane, for permission for his people to plough on the Island and graze cattle there. This was evidently granted verbally and no written agreement is known. At this time Government Oxen were grazing on the Island but they were removed in 1925. Before 1924 the same informant told me that there was one Caprivi family ploughing there but they had no authority to do so.” (Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 22, p. 265; CR 99/7, pp. 23-24 (Brownlie).)

62. However, the additional information reported by Mr. Redman refers to acts which occurred after 1914, the critical date for determining the subsequent practice of the parties in order to interpret the 1890 Anglo-German Agreement. Moreover, the witness testimony reported by Mr. Redman was merely hearsay. Furthermore, as Namibia observes,

“in 1924 Captain Neale had a dual role. He was both District Commissioner for Kasane in the Bechuanaland Protectorate and admin-

*E. Éléments de preuve présentés par le Botswana*

59. 1) Le Botswana a présenté des déclarations écrites sous serment des personnes ci-après: *a)* Dominic Diau (déclaration datée du 6 octobre 1997); Brian Egner (déclaration datée du 19 septembre 1997); Peter Gordon Hepburn (déclaration datée du 6 août 1997); Timothy Neville Liveridge (déclaration datée du 30 octobre 1997) et Michael Slogrove (déclaration datée du 8 juillet 1997) (contre-mémoire du Botswana, annexes 47-51); et *b)* Botswelsetse Kingsley Sebele (déclaration du 14 août 1998); Michael Slogrove (déclaration datée du 24 août 1998); et Simon Adolph Hirschfield (déclaration du 25 août 1998) (réplique du Botswana, vol. I, annexes 20-22).

60. Les déclarations sous serment ci-dessus se limitent à des faits qui ont eu lieu entre 1977 et 1979; 1959 et 1962; 1962 et 1970; 1969-1970 et 1972-1978 respectivement (contre-mémoire du Botswana, annexes 47-51); et des faits qui ont eu lieu entre octobre 1971 et avril 1975; entre 1972-1978 et 1971-1995 (réplique du Botswana, annexes 20-22). Par conséquent, à mon sens, ces faits ne sont pas utiles pour établir la conduite ultérieurement suivie par les parties à l'accord anglo-allemand de 1890 en 1914, qui est la date critique; ni même en 1947, qui est la date à laquelle le différend a surgi pour la première fois entre les Parties (voir section V ci-dessus de la présente opinion).

61. 2) Le commissaire de district de Kasane, M. Noel Redman, dans la lettre de couverture du 26 janvier 1948 (par. 5), annonçant le rapport conjoint établi par lui-même et par M. Trollope, donne au secrétaire du gouvernement (Maefeking) les indications ci-après:

«Depuis que le rapport ci-joint a été établi, j'ai reçu de nouvelles informations de la part d'un habitant de l'île, d'après lequel, en 1924, un chef caprivi appelé Liswaninyana aurait demandé au capitaine Neale [sic: Nellie], le magistrat résident à Kasane, l'autorisation pour les membres de sa tribu de cultiver l'île et d'y faire paître du bétail. L'autorisation a bien entendu été accordée verbalement et il n'a pas été signé d'accord écrit. A l'époque, les bœufs du gouvernement paissaient sur l'île mais ils ont été évacués en 1925. Avant 1924, toujours d'après le même informateur, il y avait une famille caprivi qui pratiquait la culture sur l'île mais sans autorisation.» (Mémoire du Botswana, annexes, vol. III, annexe 22, p. 265; CR 99/7, p. 23-24 (Brownlie).)

62. Toutefois, ces renseignements complémentaires rapportés par M. Redman portent sur des actes qui sont postérieurs à 1914, la date critique servant à déterminer la conduite ultérieurement suivie par les parties aux fins d'interpréter l'accord anglo-allemand de 1890. En outre, le témoignage que M. Redman rapporte ne fournit qu'une preuve par ouï-dire. En outre, comme la Namibie le fait observer:

«en 1924, le capitaine Neale avait un rôle double. Il était à la fois commissaire de district à Kasane, pour le protectorat du Bechuana-

istrator of the Eastern Caprivi under the League of Nations Mandate for South-West Africa. Thus, even if he had authorized Liswaninyana to cultivate on the Island, this action would not necessarily prove that the Protectorate exercised control over the Island. Given Captain's Neale's dual functions, his alleged authorization to use Kasikili Island cannot be properly assessed without first determining whether he was acting as administrator of the Eastern Caprivi or as administrator of the Bechuanaland Protectorate's District of Kasane." (Reply of Namibia, p. 108, para. 244.)

63. (3) Botswana relies on the fact that it was not until 6 March 1992 that Namibia made any representation complaining about its people being unable to use Kasikili Island, notwithstanding that they ceased to do so in 1937, according to the statements made by Chief Moraliswani, or in 1958 as some of Namibia's witnesses testified (CR 99/7, p. 25 (Brownlie)). However, 1914 is the critical date for determining the subsequent practice of the Parties. Therefore these facts, which took place afterwards are irrelevant because of the existence of the mandate over South West Africa.

64. (4) According to Botswana, no group had exclusive use of the Island for farming purposes because in the 1940s seven families of Barotse migrants lived in the Sedudu area, the term Batoka being the local Chobe name for people coming from what is now part of Zambia, and worked fields on the Island. Botswana maintains that this fact is evidenced by the Chobe annual reports attached to Botswana's Reply (Anns. 7 and 8). (Reply of Botswana, p. 45, para. 125; Annexes, Anns. 7 and 8, pp. 14-20, 21-22; CR 99/7, p. 25 (Brownlie)). Furthermore, Botswana stresses that one of the witnesses, Keorapetse Mokhiwa, a 70 year-old peasant, said "fields were very small because people used to plough with hand, these hand ploughs" (CR 99/8, p. 13, para. 4.5 (Fox)).

65. However, this contention is not relevant *per se*, because it refers to facts which occurred after 1914, the critical date for the determination of the subsequent practice of the Parties for the purpose of interpreting Article III of the 1890 Anglo-German Agreement. Furthermore, Sedudu is a name identifying not only Kasikili Island but also Sedudu Valley on the Botswana side of the River Chobe. Therefore, even admitting that those families were living and working in "Sedudu", it has not been demonstrated that "Sedudu" in this specific case meant Kasikili Island.

66. (5) In its oral pleadings Botswana stressed that the exchange of letters between Messrs. Trollope and Dickinson (1948-1951) maintained the *status quo ante*. However, in my opinion, the *status quo ante* favours Namibia's position as to the subsequent practice of the Parties (see para. 50 above).

land, et administrateur du Caprivi oriental en vertu du mandat de la Société des Nations sur le Sud-Ouest africain. Dans ces conditions, même s'il avait autorisé Liswaninyana à cultiver l'île, cette mesure n'aurait pas nécessairement prouvé que le protectorat contrôlait l'île. Étant donné le double rôle ainsi imparti au capitaine Neale, il n'est pas possible d'apprécier correctement l'autorisation qu'il aurait donnée d'utiliser l'île de Kasikili sans établir d'abord s'il agissait en qualité d'administrateur du Caprivi oriental ou en qualité d'administrateur du district de Kasane dans le protectorat du Bechuanaland.» (Réplique de la Namibie, p. 108, par. 244.)

63. 3) Le Botswana s'appuie sur le fait que ce n'est pas avant le 6 mars 1992 que la Namibie commence à se plaindre que ses habitants soient dans l'impossibilité d'utiliser l'île de Kasikili, bien qu'ils aient mis fin à cette utilisation en 1937 d'après les déclarations du chef Moraliswani ou en 1958 comme certains témoins de la Namibie l'ont affirmé (CR 99/7, p. 25 (Brownlie)). Or, la date critique servant à établir la conduite ultérieure des parties est 1914. Les faits en question, par conséquent, qui se situent tous après cette date, sont dénués de pertinence du fait de l'existence du mandat sur le Sud-Ouest africain.

64. 4) D'après le Botswana, aucun groupe n'avait l'exclusivité de l'utilisation de l'île à des fins agricoles car, dans les années quarante, sept familles de migrants Barotse vivaient dans la région de Sedudu, le terme Batoka étant le nom local du Chobe pour les personnes originaires de ce qui fait actuellement partie de la Zambie, et ces familles cultivaient des champs situés sur l'île. Le Botswana soutient que le fait est prouvé par les rapports annuels sur le Chobe qui sont joints à sa réplique (annexes 7 et 8) (réplique du Botswana, p. 45, par. 125; annexes, annexes 7 et 8, p. 14-20, 21-22; CR 99/7, p. 25 (Brownlie)). En outre, le Botswana souligne que l'un des témoins, Keorapetse Mokhiwa, un paysan âgé de 70 ans, a déclaré que «les champs étaient très petits, parce que les gens labouraient à la main, avec des charrues à bras» (CR 99/8, p. 13, par. 4.5 (Fox)).

65. Cette thèse n'est toutefois par pertinente en soi, parce qu'elle porte sur des faits postérieurs à 1914, c'est-à-dire postérieurs à la date critique pour la détermination de la conduite ultérieurement suivie par les Parties aux fins de l'interprétation de l'article III de l'accord anglo-allemand de 1890. En outre, Sedudu est un nom qui désigne non seulement l'île de Kasikili mais également la vallée de Sedudu sur le territoire botswanais que longe le fleuve Chobe. Par conséquent, à supposer même que les familles dont il est question fussent installées et travaillaient à «Sedudu», il n'a pas été prouvé que «Sedudu» dans ce cas précis désigne l'île de Kasikili.

66. 5) Dans ses plaidoiries, le Botswana a souligné par ailleurs que l'échange de lettres entre MM. Trollope et Dickinson (1948-1951) a servi à maintenir le *statu quo*. Or, à mon sens, le *statu quo* est favorable à la position qu'adopte la Namibie au sujet de la conduite ultérieurement suivie par les Parties (voir le paragraphe 50 ci-dessus).

67. (6) Botswana recalls the establishment by the British authorities of the Chobe Game Reserve in 1960, its northern delimitation corresponding with the international boundary between the Bechuanaland Protectorate and South West Africa. For this reason, in the opinion of Botswana, no cultivation has taken place on the Island since 1960 and, of course, in fact it had almost certainly ceased many years before (CR 99/7, p. 27 (Brownlie)). However, this argument is not relevant because 1914 is the critical date for determining the subsequent practice of the parties to the 1890 Anglo-German Agreement. Besides, as pointed out by Namibia, the Act creating the Chobe Game Reserve in 1960 refers to the 1933 British War Office GSGS 3915 Map, which indicates the southern channel as the international boundary (CR 99/1, p. 40, para. 64 (Chayes)).

68. (7) Botswana points out that, on the occasion of the planned visit of the President of Botswana to the vicinity of the Island in 1972, Mr. Slogrove stated:

“The landing on this Island of a fully armed squad of the Botswana P.M.U. in August, 1972, during the Presidents visit for the purpose of searching it as a security measure strengthened my conviction that this Island was regarded as Botswana Territory.” (Reply of Botswana, Annexes, Ann. 10, p. 25; CR 99/7, p. 28 (Brownlie)).

The two affidavits by Mr. Slogrove have already been examined and considered irrelevant because they refer to facts posterior to 1914, which is the critical date for determining the subsequent practice of the parties as a means of interpretation of the 1890 Anglo-German Agreement.

69. (8) For the same reason, the meeting of delegations of the Parties at Katima Mulilo in 1981, the eventual Pretoria Agreement of 1984 and the Botswana Note to South Africa dated 22 October 1986, referred to by Botswana (CR 99/7, p. 28 (Brownlie)), are irrelevant for the purpose of demonstrating the subsequent practice of the parties to the 1890 Anglo-German Agreement.

70. (9) Botswana also recalls that some ten of its witnesses gave evidence that they had been engaged in trekking cattle from Maun to the ferry at Kazungula in the 1930s and 1940s; and that they grazed cattle on Kasikili Island (CR 99/8, p. 26 (Fox)). However, those activities are also irrelevant to a determination of the subsequent practice of the Parties in 1914, which is the critical date for that purpose.

#### *F. Maps*

71. Since the critical date is 1914, all maps prepared afterwards are irrelevant to an interpretation of the 1890 Anglo-German Agreement by

67. 6) Le Botswana rappelle que les autorités britanniques ont créé en 1960 la réserve animalière du Chobe, dont la limite septentrionale correspond à la frontière internationale entre le protectorat du Bechuanaland et le Sud-Ouest africain. C'est pourquoi, de l'avis du Botswana, l'île n'est plus cultivée depuis 1960 et, bien entendu, en fait, la culture a quasi certainement pris fin bien des années auparavant (CR 99/7, p. 27 (Brownlie)). Toutefois, là encore, l'argument n'est pas pertinent puisque la date critique servant à établir la conduite ultérieurement suivie par les parties à l'accord anglo-allemand de 1890 est 1914. Du reste, comme le fait observer la Namibie, la loi portant création de cette réserve animalière en 1960 mentionne la carte GSGS 3915 établie en 1933 par le War Office britannique, laquelle indique que c'est le chenal sud qui sert de frontière internationale (CR 99/1, p. 40, par. 64 (Chayes)).

68. 7) Le Botswana fait observer qu'à l'occasion de la visite que le président du Botswana a envisagée de faire dans le voisinage de l'île en 1972, M. Slogrove a déclaré :

«Le débarquement sur l'île d'un escadron en armes de la police militaire botswanaise en août 1972 pendant la visite des présidents, escadron qui était censé fouiller l'île par mesure de sécurité, a renforcé ma conviction que l'île était considérée comme appartenant au territoire botswanais.» (Réplique du Botswana, annexes, annexe 10, p. 25; CR 99/7, p. 28 (Brownlie).)

Les deux dépositions sous serment de M. Slogrove ont déjà été étudiées et jugées non pertinentes parce qu'elles portent sur des faits postérieurs à 1914, qui est la date critique à considérer pour déterminer la conduite ultérieure des parties afin d'interpréter l'accord anglo-allemand de 1890.

69. 8) Pour la même raison, la réunion de délégations des Parties à Katima Mulilo en 1981, l'accord finalement conclu à Pretoria en 1984 et la note du Botswana adressée à l'Afrique du Sud en date du 22 octobre 1986, dont le Botswana a fait état (CR 99/7, p. 28 (Brownlie)), sont sans pertinence quand il s'agit d'établir quelle a été la conduite ultérieure des parties à l'accord anglo-allemand de 1890.

70. 9) Le Botswana rappelle en outre qu'une dizaine de ses témoins ont dit dans leurs dépositions avoir régulièrement conduit du bétail depuis Maun jusqu'au ferry de Kazungula dans les années trente et quarante; et qu'ils faisaient paître du bétail sur l'île de Kasikili (CR 99/8, p. 26 (Fox)). Or, ces activités sont elles aussi sans pertinence quand il s'agit de déterminer la conduite ultérieure des Parties en 1914, qui est la date critique à retenir à cette fin.

#### *F. Les cartes*

71. Comme la date critique est 1914, toutes les cartes établies postérieurement à cette date sont sans pertinence quand on veut interpréter

reference to the subsequent practice of the parties. Therefore the only maps that need to be examined are the following.

72. (1) The ID 776 Map (1889) made by the British War Office, referred to in the 1890 Anglo-German Agreement, and the Map of Southern Zambezia (1891). However, neither is of any use because no boundary symbol appears along the Chobe River.

73. (2) The *Kriegskarte* 1:800,000 (1904) has a label indicating "Sulumbu's Island". However, as Namibia remarks, "the reproductions of this map in the Botswana Atlas (maps 4 and 5), on which Botswana seems to rely for analysis, are extremely poor and are not two maps but two copies of one map" (CR 99/4, p. 56 (Rushworth)). Botswana accepted those criticisms and acknowledged that "[t]he map depicts some features which are now not in conformity with the known geographical features" (Reply of Botswana, p. 71, para. 206). The map was not even mentioned by Botswana in its oral pleadings (CR 99/14, p. 27 (Fox)). Therefore, in my opinion, it is irrelevant.

74. *Seiner's Map* 1:500,000 (1909) shows Kasikili Island, even though labelled "Sulumbu's Island". However, as Namibia acknowledges, the key to the map "does not say how international boundaries are portrayed" (CR 99/4, p. 43 (Rushworth)). Therefore it is irrelevant for the purpose of determining the boundary line at Kasikili Island.

75. *Streitwolf's Map* 1:200,000 (1910) depicts Kasikili Island under the name "Kassikiri". However, it is irrelevant since no boundaries are shown, as Namibia points out (CR 99/4, p. 44 (Rushworth)).

76. *Von Frankenberg's Map* 1:100,000 (1912) shows Kasikili Island, again under the name "Kassikiri". The German word "*Flussarm*" appears above the southern channel and because of that Botswana concludes that the southern channel is not the "main channel" but a "side branch" of the Chobe River. Notwithstanding, Botswana has maintained that its case "is not based on maps, by reason of their lack of accurate information and their inconsistency" (Reply of Botswana, p. 99, para. 258). Moreover, the map does not show the international boundaries between the two countries. For this reason, in my opinion, it is irrelevant.

77. Hence none of the relevant maps which were submitted to the Court can serve to demonstrate the subsequent practice of the Parties for the purpose of interpreting the 1890 Anglo-German Agreement, bearing in mind that 1914 is the critical date for such demonstration. Consequently, in my opinion, it is not necessary to consider any questions relating to the cartographic principles governing the preparation of maps or the conditions which maps must satisfy in order to produce legal consequences, or their importance in the resolution of legal disputes.

l'accord anglo-allemand de 1890 sous l'angle de la conduite ultérieure des parties. Les seules cartes qu'il faut examiner sont par conséquent les suivantes :

72. 1) La carte ID 776 de 1889 établie par le ministère de la guerre britannique qui est évoquée dans l'accord anglo-allemand de 1890 et la carte de la Zambézie méridionale (de 1891). Toutefois, ni l'une ni l'autre de ces deux cartes ne présente la moindre utilité parce qu'il n'y figure aucun signe de frontière le long du Chobe.

73. 2) La carte *Kriegskarte* au 1/800 000 (qui date de 1904) porte une mention «île de Sulumbu», mais, comme la Namibie le fait observer, «les reproductions de cette carte dans l'atlas du Botswana (cartes 4 et 5), sur lesquelles le Botswana semble s'appuyer pour faire ses analyses sont de très mauvaise qualité, et ne sont pas deux cartes mais deux copies d'une même carte» (CR 99/4, p. 56 (Rushworth)). Le Botswana a accepté ces critiques et reconnu que «[l]a carte porte quelques caractéristiques qui ne sont pas conformes aujourd'hui avec les caractères géographiques connus» (réplique du Botswana, p. 71, par. 206). Et le Botswana n'a pas même évoqué ladite carte lors de ses plaidoiries (CR 99/14, p. 27 (Fox)). Cette carte est donc à mon sens sans pertinence.

74. La carte de *Seiner* au 1/500 000 (qui date de 1909) montre l'île de Kasikili, même si celle-ci est appelée «île de Sulumbu». Toutefois, comme la Namibie l'admet, la légende de la carte ne précise pas comment les frontières internationales sont indiquées» (CR 99/4, p. 43 (Rushworth)). Cette carte est donc sans pertinence quand on cherche à déterminer où se situe la frontière à la hauteur de l'île de Kasikili.

75. La carte de *Streitwolf* (de 1910) qui est établie au 1/200 000 indique l'île de Kasikili sous le nom de «Kassikiri». Elle est toutefois sans pertinence car elle ne signale aucune frontière, comme la Namibie le fait elle-même observer (CR 99/4, p. 44 (Rushworth)).

76. La carte de *Von Frankenberg* de 1912, établie au 1/100 000, montre l'île de Kasikili, là encore sous le nom de «Kassikiri». Le mot allemand «*Flussarm*» apparaît au-dessus du chenal sud et le Botswana en déduit que le chenal sud n'est pas le «chenal principal» mais un bras annexe du Chobe. Quoi qu'il en soit, le Botswana a soutenu qu'il ne se fondait pas sur les cartes, parce qu'elles ne donnent pas de renseignements exacts et ne sont pas cohérentes (réplique du Botswana, p. 99, par. 258). En outre, ladite carte n'indique pas les frontières internationales entre les deux pays. J'estime par conséquent qu'elle est sans pertinence.

77. Il faut donc constater qu'aucune des cartes qui ont été soumises à la Cour ne peut servir à établir quelle a été la conduite ultérieure des Parties aux fins d'interpréter l'accord anglo-allemand de 1890, la date critique à respecter aux fins d'établir ladite conduite étant 1914. Il n'y a donc pas lieu, à mon sens, d'examiner des questions ayant trait aux principes cartographiques applicables à l'établissement de cartes ni d'examiner les conditions auxquelles les cartes doivent répondre pour produire des effets juridiques, ni de voir quelle importance elles revêtent pour la solution de différends d'ordre juridique.

*G. Aerial Photographs and Satellite Images*

78. The aerial photographs and satellite images submitted to the Court do not contain any indication which would enable it to determine the boundary between the Parties at Kasikili Island, even though they may have relevance in relation to the question whether Kasikili Island was occupied or cultivated. However, they are irrelevant because they were taken after 1914, the critical date as regards the subsequent practice of the Parties for purposes of interpreting the 1890 Anglo-German Agreement. Moreover, aerial photographs or satellite images cannot determine whether any occupation of Kasikili Island was carried out by Masubia people of the Eastern Caprivi or by natives or authorities of the Bechuanaland Protectorate.

*H. Peaceful and Public Use of Kasikili/Sedudu Island by Masubia Tribesmen from Eastern Caprivi*

79. The German Government first established an administrative presence in the Eastern Caprivi in February 1909. As Namibia acknowledged, "Until then, from the European colonial perspective, the Eastern Caprivi was 'a no-man's land', essentially outside the law" (Memorial of Namibia, Vol. I, p. 88, para. 222).

80. The German Governor in Windhoek, Bruno von Schuckmann, issued an ordinance on 16 October 1908 closing the territory to all Europeans without an official permit, "thus laying the legal basis for the exercise of administrative authority in the region". At the same time he appointed Hauptmann Kurt Streitwolf as Imperial Resident of the Caprivi who, at the head of a contingent of four German military officers and 14 African policemen, entered the Strip on 25 January 1909. Some days later, on 3 February, Hauptmann Streitwolf reached the southern bank of the Zambezi, opposite Sesheke, and established a new town, named Schuckmannsburg, where he set up his headquarters.

81. Namibia adds that on 4 May 1909 Hauptmann Streitwolf installed Chikamatondo at Schuckmannsburg "as the Masubia Chief, responsible to him for the governance of the area", Kasikili Island being "clearly within his jurisdiction". Thus Germany established the method of "indirect rule" and the native chiefs were constituted as an integral part of the machinery of the German administration. For this reason, Namibia concludes, the German rule of the Eastern Caprivi was carried out through Chikamatondo and the Masubia tribal organization (Memorial of Namibia, pp. 88-93, paras. 222-232).

82. Namibia maintains that the same method of "indirect rule" persisted after the creation of the mandate over the territory of South West

*G. Photographies aériennes et images par satellite*

78. Les photographies aériennes et les images par satellite soumises à la Cour ne contiennent aucune indication permettant de déterminer où se situe la frontière entre les Parties à la hauteur de l'île de Kasikili, même si ces images peuvent être utiles quand on veut établir si l'île de Kasikili était occupée ou cultivée. Mais elles sont de toute façon sans pertinence parce qu'elles ont été prises après 1914, qui est la date critique quand on veut considérer quelle a été la conduite ultérieure des Parties pour interpréter l'accord anglo-allemand de 1890. En outre, des photographies aériennes ou des images par satellite ne permettent pas d'établir si l'occupation éventuelle de l'île de Kasikili était le fait des Masubia de la partie orientale du Caprivi ou bien le fait des autochtones ou des autorités du protectorat du Bechuanaland.

*H. L'utilisation paisible et notoire de l'île de Kasikili/Sedudu par des membres de la tribu des Masubia originaires de la partie orientale du Caprivi*

79. Le Gouvernement allemand a mis pour la première fois en place une présence administrative dans la partie orientale de la bande de Caprivi en février 1909. Comme la Namibie le dit elle-même, «le Caprivi oriental constituait auparavant, si l'on se place dans la perspective des Etats coloniaux européens, un «*no man's land*» situé pour l'essentiel en marge des lois» (mémoire de la Namibie, vol. I, p. 88, par. 222).

80. Le gouverneur allemand à Windhoek, Bruno von Schuckmann, prend le 16 octobre 1908 une ordonnance interdisant l'accès du territoire à tous les Européens qui n'étaient pas munis d'un permis officiel, «jetant ainsi les bases juridiques de l'exercice de l'autorité administrative dans la région». En même temps, il nomme le capitaine Kurt Streitwolf résident impérial au Caprivi et, à la tête d'un contingent de quatre officiers militaires allemands et de 14 policiers africains, Streitwolf se rend alors dans la bande de Caprivi le 25 janvier 1909. Quelques jours plus tard, le 3 février, le capitaine Streitwolf atteint la rive sud du Zambèze en face de Sesheke et il y crée une nouvelle localité qu'il appelle Schuckmannsburg où il établit son quartier général.

81. La Namibie ajoute que le 4 mai 1909 le capitaine Streitwolf a mis en place à Schuckmannsburg un notable, Chikamatondo, «en qualité de chef Masubia, répondant devant lui du gouvernement de la région», l'île de Kasikili relevant «manifestement de sa juridiction». C'est de cette façon que l'Allemagne a établi un régime d'«administration indirecte» et les chefs indigènes ont fait partie intégrante des rouages de ce régime. C'est ainsi que, conclut la Namibie, l'Allemagne a administré le Caprivi oriental par l'intermédiaire de Chikamatondo et de l'organisation tribale des Masubia (mémoire de la Namibie, p. 88-93, par. 222-232).

82. La Namibie soutient que le même régime d'«administration indirecte» a persisté après la mise en place du mandat sur le territoire du

Africa. The Governor-General of the Union of South Africa delegated responsibility for the Caprivi to the British High Commissioner for South Africa, with effect from 1 January 1921 (Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 93, pp. 5-8), who exercised his authority through the Bechuanaland Protectorate (Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 19, p. 257).

83. The British Administration lasted until 1929, when it was taken over directly by the Union of South Africa (Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 94, pp. 9-11; Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 20, pp. 259-260.) During that period, British colonial officers also relied on the traditional authorities of the Masubia to carry out important governmental functions, such as administration of justice. This fact is evidenced by the reports written by Bechuanaland officials, acting as delegates of South Africa. Thus, all their Reports for the years 1927, 1928 and 1929 include the following paragraph:

“Each village has its Induna or Headman who has authority to adjudicate according to Native Law and Custom amongst his followers. He is generally assisted by the older men. If they do not agree or if the plaintiff or defendant is not satisfied, then the case is taken to the Chief’s Kgotla.

The Chief’s Kgotla or Court is the principal one and its judgments are final except that provision is made under Proclamation No. 1 of 1919 for appeals against the judgments of native chiefs in the Bechuanaland Protectorate, in the first instance to a Court composed of the Assistant Commissioner or Magistrate of the district and of the chief, and in the event of their disagreeing, then the Resident Commissioner decides the matter in dispute. When members of a tribe are punished by their own courts the penalty is usually one or more head of cattle. The fines become the sole property of the chief, although he may give some of the cattle to his councillors.” (*Report of the Government of the Union of South Africa on South-West Africa for the Year 1927*, Counter-Memorial of Botswana, Ann. 11, p. 123; *Report of the Government of the Union of South Africa on South-West Africa for the Year 1928*, Counter-Memorial of Botswana, Ann. 12, p. 108; *Report of the Government of the Union of South Africa on South-West Africa for the Year 1929*, paras. 458-459, Counter-Memorial of Botswana, Ann. 13, p. 69, paras. 459-460.)

84. Botswana maintains that “it is implausible to suggest that the title could be generated by the agricultural activities of the Basubia”; that “there is simply no evidence that indirect rule conferred competence upon the Caprivi chiefs to make or unmake international boundaries”; and that Article VII of the 1890 Anglo-German Agreement provides that:

Sud-Ouest africain. Le gouverneur général de l'Union sud-africaine a délégué la responsabilité du Caprivi au haut commissaire britannique pour l'Afrique du Sud, la délégation de pouvoir prenant effet le 1<sup>er</sup> janvier 1921 (mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 93, p. 5-8), et le haut commissaire a exercé son autorité par l'intermédiaire du protectorat du Bechuanaland (mémoire du Botswana, annexes, vol. III, annexe 19, p. 257).

83. L'administration fut britannique jusqu'en 1929, puis elle a été assumée directement par l'Union sud-africaine (mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 94, p. 9-11; mémoire du Botswana, annexes, vol. III, annexe 20, p. 259-260). Au cours de cette période, les administrateurs britanniques des colonies faisaient également appel aux autorités traditionnelles des Masubia pour leur confier des tâches importantes, notamment l'administration de la justice. Le fait est prouvé par les rapports transmis par les fonctionnaires du Bechuanaland en leur qualité de délégués de l'Afrique du Sud. C'est ainsi, par exemple, que tous leurs rapports pour les années 1927, 1928 et 1929 comprennent le paragraphe ci-après :

«Chaque village est doté de son Induna ou chef traditionnel qui est habilité à rendre la justice conformément à la loi et à la coutume indigènes au bénéfice de ses fidèles. Il est généralement aidé par des anciens. En l'absence d'accord, ou bien si le demandeur ou le défendeur n'est pas satisfait, le litige est porté devant le Kgotla du chef.

Le Kgotla ou tribunal du chef est la juridiction suprême et ses arrêts sont définitifs à la réserve près qu'il est possible, sous l'effet de la proclamation n° 1 de 1919, de faire appel des décisions des chefs indigènes dans le protectorat du Bechuanaland, en première instance devant un tribunal composé du commissaire adjoint ou du magistrat du district et du chef, et, au cas où ils ne tomberaient pas d'accord, le commissaire résident se prononce en dernier ressort sur le litige. Quand les membres d'une tribu sont sanctionnés par leurs propres tribunaux, la peine consiste généralement à prélever une ou plusieurs têtes de bétail. Les bêtes confisquées deviennent la propriété exclusive du chef, mais ce dernier peut faire don d'une partie du bétail à ses conseillers.» (*Rapport du gouvernement de l'Union sud-africaine sur le Sud-Ouest africain pour l'année 1927*, contre-mémoire du Botswana, annexe 11, p. 123; *rapport du gouvernement de l'Union sud-africaine sur le Sud-Ouest africain pour l'année 1928*, contre-mémoire du Botswana, annexe 12, p. 108; *rapport du gouvernement de l'Union sud-africaine sur le Sud-Ouest africain pour l'année 1929*, par. 458-459, contre-mémoire du Botswana, annexe 13, p. 69, par. 459-460.)

84. Le Botswana dit qu'«il n'est pas plausible de donner à entendre que le titre pourrait découler des activités agricoles des Masubia»; qu'«il n'existe tout simplement aucune preuve que le régime d'administration indirecte donnait compétence aux chefs du Caprivi de faire ou défaire des frontières internationales»; et le Botswana rappelle les dispositions de l'article VII de l'accord anglo-allemand de 1890 :

“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 extensions 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.”

Therefore Botswana concludes that occupation of Kasikili Island by the Masubia of the Eastern Caprivi cannot create any Namibian title to Kasikili Island (Counter-Memorial of Botswana, Vol. 1, p. 12, para. 23.)

85. Nevertheless, Botswana admits:

“The Government of Botswana is willing to accept that, both in German-controlled territory and in Bechuanaland Protectorate, the authority of the traditional chiefs was subjected to a process of colonial approval. The chiefs thus became *in a certain sense* agents of the colonial administration on both sides of the River Chobe. But there is no evidence, and no evidence is offered, to the effect *that the chiefs had authority to engage in title-generating activities*. Both legally and historically this would be eccentric.” (Counter-Memorial of Botswana, p. 278, para. 685.)

86. However, Namibia does not claim that Germany was engaged in title-creating activities on Kasikili Island through the Masubia tribal organization. In the opinion of Namibia the title remained the same, the 1890 Anglo-German Agreement. However, the boundary delimitation made by its Article III was not clear and needed interpretation. Therefore, Namibia relies on the subsequent practice of the Parties in order to interpret the existing title, i.e., the 1890 Anglo-German Agreement; no new title was created, the existing title was confirmed and interpreted by subsequent practice.

87. The evidence presented by Namibia demonstrates that Germany administered the Eastern Caprivi Zipfel through the Masubia Chiefs and their tribal organization. They exercised judicial functions and had authority to render judgments. Their positive acts of exercise of jurisdiction over Kasikili Island were frequent enough, taking into account that they were undertaken in areas sparsely populated and very remote from the centres of civilization, as the territory of South West Africa was described in Article 22, paragraph 6, of the League of Nations Covenant

«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.»

Par conséquent, le Botswana conclut que l'occupation de l'île de Kasikili par les Masubia du Caprivi oriental ne peut pas créer en faveur de la Namibie un titre quelconque sur l'île de Kasikili (contre-mémoire du Botswana, vol. I, p. 12, par. 23).

85. Le Botswana dit néanmoins :

«Le Gouvernement botswanais est disposé à reconnaître que, tant dans le territoire sous administration allemande que dans le protectorat du Bechuanaland, l'autorité des chefs traditionnels était soumise à l'approbation du pouvoir colonial. Les chefs devenaient ainsi *en un certain sens* des agents de l'administration coloniale des deux côtés du Chobe. Mais rien ne prouve et il n'a été présenté aucune preuve démontrant *que les chefs avaient le pouvoir de se livrer à des activités susceptibles de donner naissance à un titre*. Une telle proposition serait aussi singulièrement étrange tant du point de vue juridique que du point de vue historique.» (Contre-mémoire du Botswana, p. 278, par. 685.)

86. Mais la Namibie ne prétend pas que l'Allemagne se livrait sur l'île de Kasikili à des activités susceptibles de donner naissance à un titre par l'intermédiaire de l'organisation tribale des Masubia. De l'avis de la Namibie, le titre demeurait le même, c'était celui qui figurait dans l'accord anglo-allemand de 1890. Toutefois, la délimitation de la frontière opérée à l'article III n'était pas claire et réclamait une interprétation. C'est pourquoi la Namibie s'appuie sur la conduite ultérieure des Parties afin d'interpréter le titre existant, c'est-à-dire l'accord anglo-allemand de 1890; il n'a pas été créé de titre nouveau, le titre existant a été confirmé et interprété par la conduite ultérieure des Parties.

87. Les éléments de preuve présentés par la Namibie montrent que l'Allemagne a administré la partie orientale de la bande de Caprivi par l'intermédiaire des chefs Masubia et de leur régime tribal. Ces chefs exerçaient des fonctions judiciaires et avaient le pouvoir de rendre des arrêts. Les actes positifs témoignant de l'exercice de leur juridiction sur l'île de Kasikili étaient assez fréquents, si l'on pense qu'ils intervenaient dans des régions peu peuplées et très éloignées des centres de civilisation, ce qui est la définition du territoire du Sud-Ouest africain donnée à l'article 22, para-

(see para. 27 above). The Bechuanaland authorities never challenged such jurisdictional acts. For this reason, in my opinion, the Chiefs were agents of the colonial administration and their acts represent the subsequent practice of the Parties for purposes of the interpretation of the 1890 Anglo-German Agreement.

## VII. CONCLUSION

88. The considerations set out in the foregoing sections lead to the conclusion that the Masubia of the Eastern Caprivi were the only tribesmen who occupied Kasikili/Sedudu Island, at least until 1914; that their occupation of Kasikili/Sedudu Island was peaceful and public; and that even Botswana acknowledged that their chiefs “became *in a certain sense* agents of the colonial administration” (see para. 85 above). Therefore, in my opinion, the subsequent practice of Germany and Great Britain reflected their understanding that Kasikili/Sedudu Island formed part of German South West Africa and that the southern channel of the Chobe River was the “main channel” referred to in Article III, paragraph 2, of the 1890 Anglo-German Agreement. No subsequent practice of the parties to the Treaty was possible during the First World War when British troops exercised *de facto* control over South West Africa. In 1920 the League of Nations confirmed the establishment of the Mandate over South West Africa. During the existence of the Mandate over South West Africa (Namibia) neither of the Parties to the 1890 Anglo-German Agreement had competence to recognize, either by express agreement or by subsequent practice, that the aforementioned “main channel” of the Chobe River was the northern channel and not the southern channel, since this new interpretation would have represented a modification of the territory submitted to the Mandate. Consequently, the original understanding was maintained and for this reason, in my opinion, Kasikili/Sedudu Island forms part of Namibia and the southern channel of the Chobe River is the “main channel” referred to in Article III, paragraph 2, of the 1890 Anglo-German Agreement.

(Signed) Gonzalo PARRA-ARANGUREN.

graphe 6 du Pacte de la Société des Nations (voir paragraphe 27 ci-dessus). Les autorités du Bechuanaland n'ont jamais contesté ces actes juridictionnels. C'est pourquoi, à mon sens, les chefs autochtones étaient des agents de l'administration coloniale et leurs actes représentent la conduite ultérieure des Parties aux fins de l'interprétation de l'accord anglo-allemand de 1890.

## VII. CONCLUSION

88. Les considérations qui font l'objet des sections précédentes m'amènent à conclure que les Masubia du Caprivi oriental étaient les seuls membres de tribu à occuper l'île de Kasikili/Sedudu, tout au moins jusqu'en 1914; que cette occupation de l'île était paisible et notoire; et que le Botswana lui-même a admis que leurs chefs «étaient devenus *en un certain sens* des agents de l'administration coloniale» (voir paragraphe 85 ci-dessus). J'estime par conséquent que la pratique ultérieurement suivie par l'Allemagne et la Grande-Bretagne procédait de l'idée partagée par les deux pays que l'île de Kasikili/Sedudu faisait partie du Sud-Ouest africain allemand et que le chenal sud du fleuve Chobe était le «chenal principal» visé à l'article III, paragraphe 2 de l'accord anglo-allemand de 1890. Il ne fut pas possible aux parties au traité d'adopter une conduite ultérieure pendant la première guerre mondiale, les troupes britanniques exerçant *de facto* leur contrôle sur le Sud-Ouest africain. En 1920, la Société des Nations a confirmé la création du mandat sur le Sud-Ouest africain. Tant que ce mandat a été en vigueur sur le Sud-Ouest africain (Namibie), aucune des parties à l'accord anglo-allemand de 1890 n'avait compétence pour reconnaître, que ce fût par accord exprès ou par leur conduite ultérieure, que ledit «chenal principal» du Chobe était le chenal nord et non le chenal sud, car cette interprétation nouvelle aurait représenté une modification du territoire sous mandat. Par suite, l'interprétation initiale a été conservée et c'est pourquoi, à mon sens, l'île de Kasikili/Sedudu fait partie intégrante de la Namibie et c'est le chenal sud du Chobe qui est le «chenal principal» visé à l'article III, paragraphe 2 de l'accord anglo-allemand de 1890.

(Signé) Gonzalo PARRA-ARANGUREN.