



Non-Corrigé
Uncorrected

CR 99/6

International Court
of Justice

THE HAGUE

Cour internationale
de Justice

LA HAYE

YEAR 1999

Public sitting

held on Monday 22 February 1999, at 10 a.m., at the Peace Palace,

President Schwebel presiding

in the case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)

VERBATIM RECORD

ANNEE 1999

Audience publique

tenue le lundi 22 février 1999, à 10 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de M. Schwebel, président

en l'affaire de l'Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)

COMPTE RENDU

Present:

President	Schwebel
Vice-President	Weeramantry
Judges	Oda
	Bedjaoui
	Guillaume
	Ranjeva
	Herczegh
	Shi
	Fleischhauer
	Koroma
	Vereshchetin
	Higgins
	Parra-Aranguren
	Kooijmans
	Rezek
Registrar	Valencia-Ospina

Présents :

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

- M. Valencia-Ospina, greffier

The Government of the Republic of Botswana is represented by:

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

as Agent, Counsel and Advocate;

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

as Co-Agent;

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

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

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

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

as Counsel and Advocates;

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

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

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

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

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

as Counsel;

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

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

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

Le Gouvernement du Botswana est représenté par :

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

comme agent, conseil et avocat;

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

comme coagent;

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

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

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

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

comme conseils et avocats;

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

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

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

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

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

comme conseils;

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

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

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

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

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

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

as Scientific and Technical Advisers;

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

as Information Adviser;

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

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

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

as Administrators.

The Government of the Republic of Namibia is represented by:

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

as Agent, Counsel and Advocate;

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

as Deputy-Agent;

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

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

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

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

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

as Counsel and Advocates;

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

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

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

comme conseillers scientifiques et techniques;

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

comme conseiller à l'information;

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

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

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

comme administrateurs.

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

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

comme agent conseil et avocat;

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

comme agent adjoint;

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

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

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

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

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

comme conseils et avocats;

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

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

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

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

as Advocates;

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

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

as Counsel and Advisers;

Mr. Edward Helgeson, Fellow, Lauterpacht Research Centre for International Law, University of Cambridge,

Ms. Tonya Putnam, Harvard Law School,

Mr. Samson N. Muhapi, Special Assistant to the Permanent Secretary, Ministry of Justice of Namibia,

Ms. Kyllikki M. Shaduka, Private Secretary, Ministry of Justice of Namibia,

Ms. Mercia G. Louw, Private Secretary, Ministry of Justice of Namibia,

as Administrative staff.

M. W.J.R. Alexander, professeur émérite d'hydrologie à l'Université de Pretoria,

M. Keith S. Richards, professeur au département de géographie de l'Université de Cambridge,

le colonel Dennis Rushworth, ancien directeur du service de cartographie de l'armée au ministère de la défense du Royaume-Uni,

M. Lazarus Hangula, directeur du centre de recherche pluridisciplinaire de l'Université de Namibie,

comme avocats;

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

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

comme conseils et conseillers;

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

Mme Tonya Putnam, de la faculté de droit de l'Université Harvard,

M. Samson N. Muhapi, assistant spécial du secrétaire permanent du ministère de la justice de la Namibie,

Mme Kyllikki M. Shaduka, secrétaire particulière au ministère de la justice de la Namibie,

Mme Mercia G. Louw, secrétaire particulière au ministère de la justice de la Namibie,

comme auxiliaires administratifs.

The PRESIDENT: Please be seated. This morning we begin the presentation of the Republic of Botswana and I call upon its distinguished Agent, Mr. Tafa.

Mr. Tafa: As the Court pleases. Mr. President, distinguished Members of the Court.

It is, indeed, an honour and a privilege for me to address you in my capacity as the Agent of the Republic of Botswana. Botswana is a country with a large land area and a small population in southern Africa, which attained independence in September 1966. For a long period of time, my country was a lone but prominent beacon of democracy in a sea of minority-ruled régimes. That was a bleak period when South Africa, Zimbabwe, Angola, Mozambique and Namibia were yet to attain majority rule. That was also the time when apartheid South Africa wrought havoc across southern Africa, attacking and killing civilians in countries that gave political support to the various movements fighting for freedom in their respective countries. Mr. President, Botswana also bore its share of the wrath of apartheid South Africa at that time.

Botswana has continued to this day to be the standard bearer of democracy and the rule of law. We were happy for our neighbours also to achieve their independence and self-determination; and we actively supported them in that regard. We are fully conscious that peace and stability in one country depend upon peace and stability in another, particularly a neighbour. That is why we cherish the principle of non-interference in the internal affairs of other States and the principle of peaceful resolution of disputes among States, both of which are enshrined in the Charter of the United Nations.

Botswana, conscious of these principles, deposited its instrument of accession to the authority of the International Court Justice within three years of its independence. We have over the years followed with interest and unwavering support the noble work done by this Court, particularly on issues of the peaceful resolution of disputes between States. Fortuitously, we happen to be the subject of your deliberations during this current session of the Court. It is very much characteristic of Botswana, as a country that respects the rule of law, that we have committed ourselves in advance to accept the judicial decision of this Court.

The issue before the Court is the determination, on the basis of the Anglo-German Agreement of 1 July 1890 and the rules and principles of international law, of the boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the Island.

Behind me you will see a map which is copied in the judges' folder at tab 4, page 2. Kasikili/Sedudu Island is a small island about 3.5 square kilometres in area in the Chobe River, located within the area bounded by approximately 25° 7' and 25° 8' East longitude and 17° 47' and 17° 5' South latitude, and is approximately 20 kilometres from Kazungula where the Chobe joins the Zambezi. The town of Kasane lies on the south bank, some 1.5 kilometres downstream from Kasikili/Sedudu Island immediately to the north east, and the river, after continuing a further 2 kilometres in a northerly direction, then flows east, after encountering the rapids (of approximately 9-metre drop) till it reaches Xahuma Island (Impalera on early maps) and its confluence with the Zambezi at Kazungula.

The Chobe River in its lower reaches is confined as to its southern bank by sandy ridges rising to 1,000 metres, along which run cattle tracks and the modern road to Livingstone via the ferry at Kazungula.

Immediately south of the Island on the south bank is located the Chobe National Park Headquarters and from this point up to Kasane and the rapids at Commissioner's Kop a sandy ridge of some 930 metres above mean sea level forms the southern bank of the river rising steeply from the water's edge. To the west of the Chobe National Park Headquarters the sandy ridge increases to 1,000 metres above mean sea level and is separated from the river by a band of swamp land about 1 kilometre in width. It is at this point that the sand ridges are cut by a high valley, well wooded, known as Sedudu Valley. This Valley runs north/south with a stream entering the swamp land about 1 kilometre from the Headquarters building.

The principal interest of Botswana lies in the stability of its boundaries and the confirmation of the boundary provided for in the Anglo-German Agreement of 1890.

Kasikili/Sedudu Island forms part of the Chobe National Park established in 1967 and before that, was part of the Chobe Game Reserve created in 1960. The Island is regularly frequented by a variety of wildlife.

The role of the Island as a major wildlife feeding ground, readily accessible for safe viewing by tourists, has assisted in the development of high volume tourism based upon the Botswana side of the Chobe River.

Mr President, distinguished Members of the Court: in the next few days, we shall demonstrate to this honourable Court beyond reasonable doubt that the Northern and Western channel of the Chobe River is the main channel and that the boundary between Botswana and Namibia lies in this channel and, consequently, the title over Kasikili/Sedudu Island is vested exclusively in the Republic of Botswana.

Mr. President, it is now my privilege and honour to introduce counsel and advocates who will be representing Botswana in this case. Mr. Molosiwa Selepeng will follow immediately after me. He will speak to the political/diplomatic background to the dispute before the Court.

Professor Ian Brownlie, who is by no means new to this Court, will deal with the Anglo-German Agreement of 1890 and the history of the dispute. He will continue with his argument tomorrow. I shall then take over and deal with the Pretoria Agreement of 1984 and the Joint Survey Report of 1985.

On Wednesday, Lady Fox will deal with three topics — namely, the absence of a village on the Island, scientific evidence and map evidence. On Thursday, Dr. Stefan Talmon will address the Court on the wording of the Anglo-German Agreement of 1890 and the concept of thalweg in international law. Professor Brownlie will then conclude the first round of speeches for Botswana.

Mr. President, distinguished Members of the Court, that concludes my introductory remarks. May I invite you to please call upon Mr. Selepeng. Thank you.

The PRESIDENT: Thank you very much. Mr. Selepeng please.

Mr. SELEPENG: Mr. President, distinguished Members of the Court,

May it please the Court to lend an ear and credence to the pleadings being made on behalf of the Republic of Botswana. My Government welcomes the opportunity to clarify the issues still outstanding, as well as to respond to the imperfections carried in the Namibian Reply, particularly in Chapter VII, and in the first round of speeches.

Location of Botswana

Mr. President, Botswana's national territory is approximately 582,000 square kilometres, or the equivalent of France and Belgium put together, but with a population of only 1.5 million people. As you can see from the map being projected, a copy of which is at tab 2 in the judges' folder, our country shares the longest common boundary with South Africa to the south and east, measuring approximately 1,703 kilometres, followed by the Namibian border to the west measuring 1,390 kilometres and Zimbabwe to the north at 790 kilometres.

Good relations with neighbours in southern Africa

Botswana has cherished peace with her neighbours and has developed a strong culture regarding the respect for the sovereignty and territorial integrity of other States, particularly her neighbours. Hence, the common reference to Botswana as a peace-loving nation of southern Africa.

The promotion of peace with neighbours does not only reflect our treaty obligations to the United Nations Charter and the OAU 1964 Declaration on Colonial Boundaries, it also reflects our national character. Throughout her 32 years of statehood, Botswana has not had a boundary dispute with any of the neighbouring countries, apart from Namibia. You may ask why, and how, this situation came about.

The March 1992 episode

Mr. President, distinguished Members of the Court, it is recorded at Annex 43 to the Botswana Counter-Memorial that a Botswana District Commissioner based at Kasane, a township in the vicinity of Sedudu Island, was telephoned in the morning and summoned to Kasika, inside the Caprivi Strip, for a meeting with the Namibian Deputy Minister of Home Affairs that very afternoon. This happened on 6 March 1992. No reason was given and no agenda was disclosed. The terminology used was that the Deputy Minister wanted "to discuss something". Our District Commissioner obliged, and set off for Namibia accompanied by three other officials, namely a policeman and two immigration officers. At the suggestion of the Namibian authorities, the venue of the meeting was changed from Namibia to Botswana, on Sedudu Island. Again our District Commissioner agreed with the suggestion. So, the Deputy Minister crossed the border into

Botswana, accompanied by his Regional Commissioner, his District Police Commissioner, the press corps, a few police officers and what our District Commissioner described as "a large contingent of soldiers".

Deputy Minister of Namibia seeks meeting with Botswana officials (1992)

On reaching Botswana, the Namibian Regional Commissioner decided to appoint himself the presiding officer of the meeting and said:

"Comrade Commissioner from Kasane and the Deputy Minister, I am glad you agreed to come to meet with us at short notice and you have brought with you a high-powered delegation from Botswana. *Where we are standing now is an Island that is part of Namibia* and I introduce the Hon. Ithete, Deputy Minister of Home Affairs, and I hand him over to deliberate on the issue."

The Deputy Minister then intervened:

"Comrade Regional Commissioner, Commissioner from Kasane, ladies and gentlemen. *We are standing here on an Island which is part and parcel of Namibia. When we were fighting in the bush, we were fighting to liberate the whole of Namibia, this Island inclusive. I can see a flag flying on this Island, whose is it?*"

He paused for an answer and our District Commissioner replied to say that it was a Botswana national flag. The Deputy Minister continued:

"We view matters like this one as not only serious but urgent. We view the presence of this flag on our soil as an occupying force which means it is violating our territorial integrity. You should tell your Government that this is a matter we view with extreme concern and the two Governments should meet on it and if there was no response from your side we will request an urgent meeting from our side. We don't expect any of our neighbours to engage in an action of this kind."

Mr. President, distinguished Members of the Court, here is a Deputy Minister of Namibia, carrying the authority of his Government, backed by a contingent of armed soldiers, beating the drums of war and claiming Botswana territory! The behaviour of the Deputy Minister of Namibia was not only reprehensible, it exposes a total disregard for established diplomatic protocol of communicating with other Governments.

The 1984 incident of aggression against Botswana

It is claimed at paragraph 396 of the Reply of the Republic of Namibia that "Botswana's territorial ambitions . . . should be related to the 1984 incident". The incident in question concerns

an intrusion by a South African Defence Force patrol boat into Botswana territory, which boat entered the southern channel of the Chobe River around Sedudu Island in October 1984.

The Botswana Defence Force opened fire on the South African soldiers when the latter refused to back off, and three of the intruders received injuries. The Botswana Defence Force was defending Botswana's sovereignty and territorial integrity which were being violated by the South African soldiers. The aftermath of this incident is described in detail in Chapter VI of the Memorial of the Republic of Botswana.

Identification of the main channel by agreement in 1985

The boundary dispute with South Africa was resolved by a Botswana/South Africa Joint Survey team of experts in 1985 which determined that the northern channel was the deeper and, therefore, the boundary, according to the 1890 Anglo-German Agreement. My colleague, Advocate Tafa, will address the Court in more detail on this matter. It is therefore not true, as asserted at paragraphs 397 and 398 of the Reply of the Republic of Namibia, that the South African Government had exercised *de facto* control over Sedudu Island. The 1984 incident demonstrates clearly that Botswana, not Namibia, has always been in control of the Island.

South Africa never again ventured into the southern channel of the Chobe River. It is therefore totally misleading to suggest to the Court that the South African Defence Force was ever in place on Sedudu Island and that the South African Government and its predecessors had exercised *de facto* control since 1890.

The poaching problem

Mr. President, distinguished Members of the Court, the problem we have always had on the Island is that of poaching by people from the Caprivi itself and from countries beyond. In the mid-1980s anti-poaching patrols organized by the Department of Wildlife and National Parks were increasingly placed at risk, as poachers had resorted to the use of sophisticated weapons. Our response was to deploy the Botswana Defence Force in 1987, because the army has the capacity to match the weapons and the tactics used by poachers. The Court is respectfully asked to take note

that the Botswana Defence Force started conducting anti-poaching patrols and hoisted the flag, at least since 1987, and not 1991, as stated by Namibia in their first round of oral hearings.

Botswana not militaristic nor ambitious

Botswana wishes to protest against Namibia's allegation that Botswana is given to militarist posturing and to harbouring territorial ambitions, particularly under the presidency of Sir Ketumile Masire, as implied at paragraphs 395 and 396 of the Reply of the Republic of Namibia, and as stated in their oral hearings.

It was under the presidency of Sir Ketumile Masire that SWAPO, the ruling party in Namibia, was given a fleet of 20 4-wheel drive vehicles to help them campaign for their elections in 1989, which they won. It was the same former President Masire who became the first Head of State ever to visit independent Namibia and offered all forms of assistance to the new State. Since then, there has been a steady stream of government officials from Namibia to learn from Botswana's experience in economic and social development. This was the same President who promoted economic, technical and trade co-operation between Botswana and Namibia. By any stretch of imagination, was this aggression? Was this ambition? No, Mr. President. It might be very painful for a man who has done so much good for Namibia to be depicted as promoting aggression and territorial ambitions.

Allegations of military bases and land grabbing

It was most unfortunate, in the 1992 episode, that the Namibian Deputy Minister of Home Affairs deployed unorthodox means of communicating with the Republic of Botswana to press Namibia's territorial claim to Sedudu Island. At almost the same time, Botswana learnt from Zimbabwe that the Namibian Government had made some disturbing allegations against Botswana. The first allegation was that Botswana was constructing three military bases at Kasane, Maun and the third base at a place west of Gaborone. The second allegation was that Botswana had acquired part of Namibia's territory. Botswana was naturally disturbed that an otherwise friendly neighbour, like Namibia, should fail to communicate its allegations direct. The President of Zimbabwe was

therefore asked to call a summit meeting, at which Namibia would be given the opportunity to present its allegations formally.

The summit of March 1992

The result was the tripartite summit meeting of 18 March 1992 in Gaborone, Botswana, attended by their Excellencies President Sir Ketumile Masire of Botswana, President Sam Nujoma of Namibia and President Robert Mugabe of Zimbabwe. The meeting addressed the Namibian concerns about the alleged construction of three military bases and the status of Sedudu Island.

It turned out that what Namibia regarded as the construction of military bases at Kasane and Maun was false. It was in fact the upgrading of civilian airport runways from gravel to bitumen standard. The two airports, at Maun and Kasane, are used mainly by tourists. The only military base under construction was the Thebephatshwa Airbase, about 80 kilometres west of Gaborone, in south-eastern Botswana. The construction of the base was necessitated by the relocation of an existing airbase from Gaborone, where the land was being surrendered for the expansion of the University.

As far as the issue of the status of the Island is concerned, Botswana drew the attention of the meeting to the provisions of the Anglo-German Agreement of 1890, in particular Article 3, paragraphs 1 and 2, which define the boundary between Botswana and Namibia, from the mouth of the Orange River in the south, up to the centre of the main channel of the River Chobe in the north. It is paradoxical to note that the provisions of the Anglo-German Agreement of 1890 are acceptable to Namibia everywhere else except around Sedudu Island.

The summit of 18 March 1992 did not resolve the matter at issue, despite the explanation rendered by Botswana. People in positions of authority in Namibia made statements to the media which were not conducive to good neighbourliness. It is not a matter of exaggeration to state that, in certain respects, the Namibian press was inciting the people of Namibia against the people of Botswana. The article that appeared in *The New Era*, a newspaper associated with the Government of Namibia of 26 March to 1 April 1992 with a heading, "Botswana — Guilty under International Law" is a case in point (see Botswana's Bundle of Further Documents, enclosure 8).

Botswana President's letter to Namibia

Mr. President, distinguished Members of the Court, it was against this background that former President Sir Ketumile Masire sent a letter to the President of Namibia on 3 April 1992 transmitted by hand of our former Foreign Minister, Dr. Gaositwe Chiepe, as Special Envoy. The President recalled the summit meeting in Gaborone of 18 March 1992 at which he outlined the provisions of the Anglo-German Agreement of 1890, which define the boundary between Botswana and Namibia, including the status of Sedudu Island. The President also recalled the 1984 incident in which the South African Defence Force was prevented from violating Botswana's sovereign territory by intruding into the southern channel around Sedudu Island. He also referred to the 1985 Joint Survey Report, which confirmed that the northern channel was the main channel, and, therefore, the boundary around the Island.

The former President of Botswana concluded his letter by proposing the establishment of a Joint Technical Team of Experts to determine the boundary between Botswana and Namibia, around Sedudu Island. The relevant passage reads:

"In view of the foregoing, and with a view to resolving the misunderstanding, I propose that we set up as a matter of urgency a joint technical team which will determine the main channel of the Chobe River around Sedudu Island, and jointly report on the matter. It is my earnest hope that God will bless us with the wisdom to find solutions to the issues I have addressed above. I know that you are equally committed to the peace and prosperity that our two peoples cherish. We should not therefore let any issue, real or imagined, come between the people of Namibia and the people of Botswana."

The Court is respectfully asked to refer to Annex 45 to Botswana's Counter-Memorial for a fuller appreciation of this communication. This documentary evidence repudiates effectively the assertion made in Namibia's oral pleadings that they took the initiative that led to the establishment of the Joint Team of Technical Experts. The initiative was, in fact, taken by Botswana, as the letter of the President of Botswana indicates.

The Kasane Communiqué

Mr. President, distinguished Members of the Court, following this initiative, another tripartite summit was held on 24 May 1992 in Kasane, Botswana, whose proceedings are encapsulated in a

Communiqué featured as Annex 55 to the Botswana Memorial. In the Communiqué, the three Presidents:

"agreed that the boundary between Botswana and Namibia around Sedudu/Kasikili Island should be a subject of investigation by a joint team of six (6) technical experts, three from each country to determine where the boundary lies in terms of the Treaty".

It was also agreed, as stated at paragraph (f) of the Communiqué, that *"Military presence on the Island should be lessened except for the purpose of anti-poaching activities"*.

Mr. President, distinguished Members of the Court, this goes a long way to explain the continued presence of the Botswana Defence Force on the Island, to protect wildlife against poachers, a responsibility the Botswana Defence Force has been performing since 1987. The Court is therefore respectfully asked to note that the Kasane Communiqué stands out as documentary evidence to the fact that the continued presence of the Botswana Defence Force (BDF) on Sedudu Island, and the anti-poaching activities of the BDF were jointly approved, I repeat jointly approved, by the Presidents of Botswana, *Namibia* and Zimbabwe.

Memorandum of Understanding (MOU) And Joint Team of Technical Experts

In order to give effect to the Kasane Communiqué of 24 May 1992 a Memorandum of Understanding, or MOU, regarding the Terms of Reference of the Joint Team of Technical Experts (JTTE), on the boundary around Sedudu Island was agreed and signed in December 1992. The major provision of the Terms of Reference for the JTTE was *"to determine where the boundary lies in terms of the said Treaties"*, (*vide* Article 7 of the MOU, in Annex 57 to the Botswana Memorial). The JTTE's report was to be final and binding on Botswana and Namibia. It submitted its report to the Presidents of Botswana, Namibia and Zimbabwe on 15 February 1995, in Harare.

After deliberating on the Report, the Presidents accepted the gist of the Report of the JTTE, that: *"they had failed to reach a common agreement as mandated by the Heads of State in the Kasane Communiqué and the Memorandum of Understanding"* (according to paragraph 3 of the MOU, Annex 59 to the Botswana Memorial).

It would be pertinent for the Court to know the cause of failure on the part of the Joint Team of Technical Experts to submit a conclusive Report. From the very outset, it became clear that the outcome would be inconclusive, as the Namibian component of the JTTE had adopted an adversarial attitude. They did not discharge their function as part and parcel of a joint team; they fought their corner as a Namibian team. This was contrary to the spirit of the May 1992 Kasane Summit at which the three Presidents decided to defer the resolution of the dispute to a Joint Team of Technical Experts. It was as a result of the failure to reach a conclusive report that the Harare Summit decided to refer the dispute to this Court.

Significance of the Island and the northern channel

The Court is respectfully asked to note that Botswana attaches great importance to the maintenance of the status quo, in which both Botswana and Namibia continue to have equal access to the deeper and better-navigable northern channel. The northern channel around Sedudu Island was confirmed as the main channel and, therefore, the boundary between Botswana and Namibia, by the Joint Survey Report of July 1985 (Annex 48 to the Botswana Memorial). Namibia has not only refused to accept this technical Report, it has also refused to accept the proposal of the President of Botswana in his letter of April 1992, to conduct a similar survey to determine which of the two channels is the main channel around the Island and, therefore, the boundary around Sedudu Island.

The Island has been part of Botswana territory since the boundary was established by the Anglo-German Agreement. It formed an integral part of the Chobe Game Reserve when it was established in 1960 and of the Chobe National Park, created in 1967 (Annex 37 to the Botswana Memorial). In both cases, nobody was found residing on the Island. The Chobe National Park hosts some of the most unique wildlife species in Africa. Some of these, like the elephant and the buffalo, graze on the Island part of the day. The Park is attractive to transborder poachers because wildlife is varied and prolific. Poachers from abroad invade the Park to hunt for elephant and other species, as a result of which the rhino has virtually disappeared. Poachers use sophisticated

weaponry, including automatic weapons. That explains why the Botswana Defence Force was deployed in 1987 to curb the incidence of poaching.

The role of the Park as a wildlife sanctuary, and as open grazing ground for a number of wildlife species away from the predators, has boosted tourism on the southern channel. Tourists tend to use small boats, carrying four to six people. These boats can safely navigate the shallow southern channel. But the deep northern channel is of great importance because it offers the potential for further development as economic activities and regional trade increase in scope and scale. The northern channel is the only channel around Sedudu Island that can accommodate larger boats, and was used in the past decades by barges transporting heavy timber to the Serondela sawmill.

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

Botswana's policy on free navigation, including the free movement of tourist boats, was set out at paragraph (e) of the Kasane Communiqué, Annex 55 of the Botswana Memorial. Since the Kasane Communiqué was agreed in May 1992, there has been no complaint from the Namibian Government that Botswana ever breached paragraph (e) of the Communiqué which guarantees unimpeded navigation. The Namibian Government has had the opportunity to lodge such a complaint, if it wished, at any time. But, it is obvious that Namibia has had no reason to complain.

It is of the utmost importance that the current boundary, along the deeper northern channel, should remain unchanged. Otherwise the future of wildlife species, whose survival depends on the active anti-poaching patrols of the Botswana authorities, would be endangered. From 1990 to date,

a total of some 75 poaching incidents have been recorded by the Botswana Defence Force, in which such species as elephant, rhino, leopard, buffalo and zebra, were killed.

Botswana has a strong conservation ethos. Its development policies are governed by the principle of environmental conservation. In line with this principle, Botswana enthusiastically supports international conventions relating to the environment. Thus we are a signatory to the Convention on International Trade in Endangered Species or CITES, and to the Ramsar Convention on the Preservation of Wetlands and Associated Ecosystems. These Conventions enjoin us vigorously to police our wildlife against poaching, a menace that has already decimated wildlife populations in other parts of Africa beyond recovery.

Mr. President, distinguished Members of the Court, the geographical location of the dispute is a wildlife haven, but only on the Botswana side. The Namibian side of the border, in the Caprivi, has been cleared of virtually all wildlife, by poachers and systematic slaughter by the occupying apartheid South African army before independence. The situation has not changed much. The Caprivi has lost its wildlife population. By contrast, wildlife abounds across the Chobe River, in the Chobe National Park, of which the Island in dispute is an integral part. The Island is an important grazing ground for wildlife from the Chobe National Park. If the Court were to rule in favour of Namibia, the decision would immediately remove the Island from the range of the wildlife, as they would be hunted down on the Island, as was done in the rest of the Caprivi. Thus, in the interest of conservation, and for all the other reasons to be advanced by Botswana in this case, I respectfully submit that the Court should rule in favour of Botswana. By so doing, the Court would make a clear statement on conservation to all mankind, including Namibians.

General relations with Namibia

The relations between the peoples of Botswana and Namibia predate the independence of the two countries. As early as 1903/1904 and again in 1913, the people of Namibia had been fleeing into Botswana to seek refuge from colonial oppression at home. The trend continued during the Namibian war of liberation until independence in 1990. So, by the time of Botswana's

independence, in 1966, there was quite a large number of refugees from Namibia, some of whom chose to become citizens of Botswana.

Botswana spared no effort to press for the independence of Namibia, and was involved in the United Nations negotiations leading to the independence of Namibia. Indeed, the Botswana Permanent Representative to the United Nations was appointed Deputy Special Representative of the Secretary-General to Namibia in 1990. Botswana's spirit of goodwill towards Namibia has remained strong.

Co-operation agreements

It was during the State visit to Namibia that the two countries signed three co-operation agreements, namely the Protocol of Understanding on Defence and Security, the Namibia-Botswana Joint Commission of Co-operation and an Agreement on Cultural and Educational Co-operation. These agreements, discussed at paragraph 107 of the Botswana Memorial, relate to the exchange of information between security and law-enforcement agencies, particularly on cross-border crime and anti-poaching activities and on economic, technical and trade co-operation and people-to-people interaction. The two countries have lived up to the expectations of these Agreements, and concrete co-operation has resulted across the board.

His Excellency President Sam Nujoma paid a return visit to Botswana in September 1990, during which a major agreement was reached regarding the repatriation of Namibians who had lived in Botswana for generations. The agreement was unique in the sense that it allowed Namibians to emigrate *en masse* and to repatriate all their movable possessions. It waived the normal immigration, economic and foreign exchange laws. The repatriation exercise was started in 1993 and completed in 1996. According to the *New Era* newspaper of Namibia dated 11 August 1997 over 3,000 people were successfully resettled. There is a copy of this Article at tab 5 in the judges' folder.

Allegations of harassment and killings by the BDF

Mr. President, it is a paradox to note that hardly two years after Botswana repatriated over 3,000 Namibians to their country, some 2,500 other Namibians have since entered Botswana, this

time as political refugees from an independent Namibia. The first group, of 92, arrived on 27 October 1998, alleging harassment by security forces and political differences. It is a telling point to note that these Namibians from the Caprivi have chosen to seek refuge in Botswana, the country which, the Court has been told, has "adopted a shoot-to-kill policy of Namibians"! If it were so, Namibians from the Caprivi would have sought refuge in other neighbouring countries. But, they have chosen to flee to Botswana because they feel it is a safe and peaceful country. The Namibian refugees have also felt safe enough to be picked up by the Botswana Defence Force in their vehicles, and have shared food and water with them, before being surrendered to the civilian authorities. Namibia's allegations of harassment and killing of Caprivians are not supported by the facts on the ground. Action taken by Namibian refugees to seek refuge in Botswana speaks louder than words spoken at this Court!

It is most unfortunate that a wrong picture has been portrayed in this Court by Namibia, regarding the situation along our common boundary around Sedudu Island. Allegations of harassment, killings and tension between Botswana and Namibia are completely false, and cannot be substantiated.

First of all, a majority of the people who live along the boundary around Sedudu Island, are one people, called the Basubia people. The Basubia people of Botswana do not live hundreds of kilometres away, as the Court has been made to believe, they live around Sedudu Island, with Kasane as their administrative and commercial centre. The town of Kasane is no more than 2 kilometres away from Sedudu Island.

The Basubia people of Botswana have been separated from their kith and kin in Namibia by the international boundary, but they still visit each other across the boundary. They attend each other's weddings and funerals. This situation is not unique to the Basubia people. We have other communities along the rest of our common boundary with Namibia, who find themselves divided by the boundary. Examples are the Baherero, the San or Bushmen people and other Tswana-speaking ethnic groups who also straddle the boundary. I should add that this phenomenon is also common to many other African countries. Thus the Basubia people of Botswana live along

the boundary around Sedudu Island and have relatives across the river in the Caprivi Strip of Namibia.

The town of Kasane, situated only about 2 kilometres away from the Island inside Botswana, is the only commercial centre which serves both Botswana and the Eastern Caprivi of Namibia. The nearest town in Namibia is Katimo Molilo, which is 100 kilometres away by road. Kasane is a self-contained administrative and commercial centre, with a full complement of government departments, ranging from architecture to veterinary; and with private sector facilities ranging from wholesale merchandise to open fish markets.

The Namibian people from the East Caprivi use our Government and private sector facilities without let or hindrance. Every morning at daybreak, you will see them arrive in their rowing boats and canoes, either to sell fish and then purchase merchandise, or to receive medical facilities. Between the period 1993 and 1996 alone, there were over 160 patients from Namibia in our primary hospital in Kasane. Of these, 20 were referred to a bigger and more sophisticated hospital in Francistown, some 500 kilometres away from Kasane. Throughout the day, the Namibians simply row and paddle their small boats in and out of Kasane without any immigration facilities.

Thus the economic and social activities between the Basubia people in Botswana and the Basubia people in Namibia go on peacefully, across the river, contrary to the picture painted by Namibia in this Court. Botswana is always sensitive to the need to maintain peace and stability with her neighbours and, particularly, to respect the provisions of the Kasane Communiqué of May 1992. In this regard, paragraph (d) of the Communiqué states that "economic activities, such as fishing, shall continue on the understanding that fishing nets should not be laid across the river".

The three Presidents of Botswana, Namibia and Zimbabwe agreed on this provision in order to safeguard the Botswana Defence Force patrol boats against being clogged and choked by fishing nets, as they patrol along the river against poachers. Thus, the allegation made by Namibia of the Botswana Defence Force preventing fishermen from catching fish is not true. The only requirement, which has been endorsed by all three countries, including Namibia, is that the fishermen should not lay their nets across the river, because such nets tend to choke the engines of the BDF patrol boats.

Fishermen can lay their nets on the river, provided that they are not on the centre of the northern channel, along which the BDF boats patrol.

Namibia seeks the return of refugees

The President of Botswana lost no time in writing to his colleague, the President of Namibia, to bring this unfortunate development to the latter's attention. Namibia then responded by seeking the immediate return of all Namibian refugees in Botswana. Botswana's response was that this was not possible, as Botswana was obliged to abide by the 1951 Geneva Convention regarding the Status of Refugees. Botswana has since proposed, and Namibia accepted, that Namibia's Minister of Home Affairs should visit Botswana, where he will be given the opportunity to address the Namibian refugees. It is expected that the Minister will assure them of a safe return to their country. It is Botswana's hope that the visit of the Namibian Minister of Home Affairs to Botswana will be undertaken sooner rather than later, in order to facilitate a voluntary repatriation of Namibian refugees from Botswana to Namibia. Botswana wishes for nothing but peace and stability in Namibia because, as a close neighbour, Namibia's peace and stability impinge on peace and stability in Botswana. It is encouraging to note that the President of Namibia is planning a visit to Botswana from 10 to 12 March this year, during which the matter may be addressed definitively.

Mr. President, before I can summarize, I wish to repudiate what Namibia has introduced to this Court as serious misconduct of the Botswana Defence Force (BDF) in interfering with Professor Alexander's observations and flow measurements in the Chobe River. This allegation has been made repeatedly during the first round of pleadings and in paragraph 12 of the Namibian Reply. The Commander of the Botswana Defence Force was asked to comment on the allegation of interference in Professor Alexander's work. With the Court's permission, I wish to read the relevant parts of his reply which has been given to the Court.

"Troops were instructed to allow the team to conduct their survey not only along the Chobe river but to include both Channels at Kasikili/Sedudu Island. The task force Commander was clearly instructed as follows: (see Appendix A) 'They should be allowed free movement up to the tree line if they wish. Do not restrict them to the river bed.' To our knowledge no one ever interfered or prevented them from carrying out their task. Our instructions were very clear, unambiguous and in black and white . . .

The only incident known to us happened on the 11th April, 1998 at 12.30 hours when a warning flare was fired into the air and not at the helicopter. The Platoon Commander decided to do this when it appeared that the Pilot was only interested in pinpointing his position and not surveying the Channel as per the request. The Pilot had repeatedly circled the position occupied by the Unit. Previously there had been attempts by Namibia television crews to pinpoint the Unit's position. Hence the Pilot's actions necessitated the Platoon Commander to, at least, make him aware of their presence in that particular position, especially that there was no apparent need in as far as the Platoon Commander was concerned for this type of action by the Pilot."

Mr. President, what comes out of the account given by the Commander of the Botswana Defence Force is that clear instructions were issued in writing to the forces on the ground not to interfere with the work of the Namibian team along the river. These instructions were followed to the letter. There was no interference in Professor Alexander's work.

Namibia's allegations of interference are clearly at variance with what transpired on the ground. The Court will have seen from the video shown by the Republic of Namibia that the BDF patrol boat did not pose a threat to Professor Alexander. The Court will have noted from that video presented by Namibia that the BDF boat passed peacefully as Professor Alexander and his team were producing the work which has since been submitted as part of the Namibian Reply.

The Court will appreciate that as the Namibian teams were busy making river observations and producing a video film of the Botswana Defence Force, the BDF was also minding its own business of patrolling the river for poachers, a routine function they have been doing since 1987.

Conclusion

Mr. President, I wish to submit in conclusion that the boundary between Botswana and Namibia was established on the basis of Article 3 of the Anglo-German Agreement of 1890.

The Agreement states that where the river bifurcates, the boundary follows the main channel. The northern channel is the main channel. The Joint Survey Report of 1985, which resulted from the joint expertise of Botswana and South Africa, has also confirmed that, in more recent times. The Namibians have not only rejected this technical report, they have also rejected Botswana's proposal of April 1992 to measure the two channels once again, in order to determine the main channel and, therefore, the boundary in terms of the Anglo-German Agreement of 1890.

Botswana saw no need to raise a boundary issue with independent Namibia in 1990, because the dispute did not exist. The dispute only arose when the Namibian Deputy Minister claimed the Island in March 1992. Botswana finds it totally incomprehensible that Namibia should now transform the 1984 incident, which formed a part of the policy of apartheid aggression and destabilization, into a boundary dispute. The 1984 incident was not the only act of aggression against Botswana: quite a number have been cited at page 43 of the Botswana Memorial.

Botswana suggested, at the 1995 summit in Harare, that the boundary dispute with Namibia should be brought before this Court. Botswana made this proposal in order to avoid open conflict with Namibia, which has now staked its claim to Botswana territory. Botswana is confident that the Court will rule in favour of Botswana, that the northern channel is the boundary, because it is the main channel around Sedudu Island.

Mr. President, distinguished Members of the Court, I thank you for your attention.

The PRESIDENT: Thank you, Mr. Selepeng. The Court will suspend for 15 minutes.

The Court adjourned from 11.10 to 11.25 a.m.

The PRESIDENT: Please be seated. Professor Brownlie.

Mr. BROWNLIE: Thank you, Mr. President. Mr. President, distinguished Members of the Court, I have the privilege to appear on behalf of the Government of Botswana in these proceedings.

**The dispute concerns the interpretation of the
Anglo-German Agreement of 1890**

At the outset, what is this dispute about?

The question is one of the interpretation and application of the Anglo-German Agreement of 1890. Article 3 of the Agreement provides in material part:

"Article 3

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

.....

2. To the east by a line commencing at the above-named point, and following the 20th degree of east longitude to the point of its intersection by the 22nd parallel of south latitude; it runs eastward along that parallel to the point of its intersection by the 21st degree of east longitude; thence it follows that degree northward to the point of its intersection by the 18th parallel of south latitude; it runs eastward along the 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."

Mr. President, this is clearly a boundary treaty. It creates a political boundary, an alignment. It does not create a zone of any kind.

The particular problem is the application of this formulation in the situation where the river concerned is bifurcated.

Botswana considers that "the main channel" is the northern and western channel.

Criteria for determination of the main channel

The criteria determining this appreciation are as follows.

First, the negotiators of the Anglo-German Agreement had an interest in navigability and the northern channel has always been the channel used for large capacity river traffic.

In the Draft Articles of Agreement of 21 June 1890, after the identification of the boundary in the Chobe, it was provided that "Germany shall have free access from her Protectorate to the Zambezi by the Chobe". This and much other documentation indicates the general concern with navigability and access to major African rivers and lakes. (Draft Articles of Agreement : Memorial of Botswana, Vol. II, p. 102 at pp. 103-104).

Secondly, the northern channel satisfies the criterion of navigability because it is the *deeper* channel.

The Joint Survey Report of 1985 refers exclusively to depth (Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 48).

The Joint Survey carried out by senior qualified hydrologists appointed jointly by South Africa and Botswana, in taking 27 cross-sections, established that the northern channel is the deeper channel, and the report said: "its mean depth of 5.7 metres exceeds the depth of the south channel by 2.13 metres". These cross-sections were shown on a plan with a linear scale accompanying the Joint Survey Report.

Thirdly, the Joint Survey Report involved an instrument resulting from an inter-governmental agreement of 1984. The Joint Survey Report constitutes a "subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions" for the purposes of the Vienna Convention on the Law of Treaties (Art. 31 (3) (a)).

The Survey Report describes the authority for the Survey in the following terms:

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

And the report continues:

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

And, Mr. President, the "Conclusions" of the Joint Survey are in very clear terms:

"Conclusions

The main channel of the Chobe River now passes Sedudu/Kasikili Island to the west and to the north of it. (See annexed Map C.)" (Graphic: judges' folder, tab 6.)

And, the Report continues:

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

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

And, the Report goes on:

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

Air photographs showing the channels of the river in the vicinity of the Island are available in the archives of the two national survey organisations. They were taken in 1925, 1943, 1972, 1977, 1981 and 1982."

The last sentence is: "No substantial change in the position of the channels is evident from the photographs."

Mr. President, in fact the 1982 photograph does not exist and so in the Report series, the Report was, of course, in 1985, the first and last in the series of the aerial photographs of 1925 and 1981. Now what is a characteristic of the Island is its stable profile and so if you look at tab. 7, at page 1 we have the 1925 aerial photograph which is on the screen. A particularly important point for the present purposes, which is simply illustrative, is that on the extreme east of the island, as marked now by the yellow arrow, there is a prominent spot, and there it is in 1925.

Now, if one moves to what was the last aerial photograph in the series when the Report was compiled, that is the aerial photograph of 1981, you will find the same profile of the Island in general and you will see once more the same prominent spot on the eastern side of the island. And, so, there is very little to suggest that in spite of seasonal flooding the conditions on the Island and its physical profile have varied over the years. The prominent spot is there in 1925 and it is there with the same profile again in 1981.

Mr. President, the Joint Survey Report is a document which does not appear in the Annexes to the Memorial of Namibia, although there are 144 Annexes. Nor does it appear in the Annexes to Counter-Memorial or the Reply of Namibia.

It is, however, referred to briefly in the Namibia Memorial, at page 116, but without any documentary reference, but it is referred to at greater length in Professor Alexander's Report, in the Namibian Memorial, Volume VI, Part I, at pages 30 to 32. Professor Alexander's Report refers to the source which is not particularly convenient, that is the Botswana Submission to the Joint Team of Technical Experts.

And so our distinguished opponents show a certain coyness in respect to this document. In spite of its being marginalized in the present proceedings, by our opponents, the Joint Survey Report has in fact been invoked on previous occasions by the Government of Namibia, as in its

Memorandum Submitted to the Joint Team of Technical Experts on the Boundary Dispute between Namibia and Botswana around Kasikili Island, prepared by the Ministry of Foreign Affairs, in Windhoek, and dated 2 February 1994.

The relevant passage is as follows:

"Almost all the facts established as conclusive by the 1948 Joint Report such as boundary location on British, German, and South African official maps, effective occupation and control of the Kasikili Island by the German and later South African Authorities, and utilisation of the Island by the inhabitants of the Caprivi *were all confirmed by the 1985 Joint Survey.*"

And so Namibia is quite happy to rely on the joint survey at least for some purposes. And the Namibian submission continues:

"A new and legally interesting fact was added by the 1985 Joint Survey, namely that 'the main channel of the Chobe River NOW [emphasis added] passes Sedudu/Kasikili Island to the west and to the north of it' (see p. 3 of the conclusions ANNEXURE II). The Joint Survey further stated that the main channel had been to the west and north 'at least, since 1912' that is about 22 years since the 1890 treaty came into force . . ." (Emphasis added.)

As my colleague, Mr. Tafa, will explain, after the Joint Survey Report the South African Government was reluctant to accept its implementation but failed to challenge the principal conclusion, namely, that the main channel of the Chobe lay to the west and north of Kasikili/Sedudu Island.

The fourth element confirming the status of the northern channel as the main channel for the purposes of the 1890 Agreement is the concordance of the views of officials concerned with the issue at various times. The subsequent conduct of the parties and the conduct of officials will be examined further in due course.

The evidence on the question of identifying the "main channel" of the Chobe River is so clearly in favour of the Botswana position that our distinguished opponents have been forced to exercise an impressive amount of ingenuity in fashioning defensive strategies.

Namibia's defensive strategies

These defensive strategies have taken two principal forms.

First: Namibia's reliance upon prescription

The first of these strategies is not a happy one. It involves Namibia in a major admission of weakness. Namibia pleads prescription and this immediately involves an admission that there is a flaw in the claim which must therefore be compensated for by prescription.

The whole point of prescription is to give a relative legitimacy to what would otherwise be unlawful.

Writing only six years after the conclusion of the Anglo-German Agreement, the French authority of that period, Professor Audinet observed:

"La prescription aurait donc pour but de suppléer au consentement, qui a fait défaut : consentement de l'Etat, de la population ou de l'un et l'autre." (*RGDIP*, Vol. 3 (1896), p. 313, at p. 318: the text of the article is reproduced in the Counter-Memorial of Botswana, Annex 2.)

In his study, *The Acquisition of Territory in International Law*, Professor Jennings (as he then was) refers to

"prescription strictly so-called, where the actual exercise of sovereign rights over a period of time is allowed to cure a defect in title; the case, that is to say, where the exercise of sovereign rights either rests upon a demonstrably defective title or is even in origin wrongful" (*The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, 1963, p. 21).

The Namibian written pleadings reveal a major emphasis upon title on the basis of prescription.

The Memorial of Namibia devotes less than five pages to the actual text of the Agreement of 1890 (pp. 45-49). The major proportion of the pleading is devoted to the development of a case based upon prescription (pp. 59-139). The relevant section of the Namibian Memorial, Part Two, is entitled: "The Subsequent Conduct of the Parties to the Anglo-German Treaty of 1890 and Their Successors in Title with Relation to Kasikili Island" (p. 59). However, this heading does not reflect the real substance of the argument pursued in Part Two of the Namibian Memorial.

The text is in fact entirely frank about the direction to be taken. Thus the introduction to Chapter 1 of Part Two sets the tone as follows:

"The subsequent conduct of the parties to the Treaty set forth below is relevant to the present controversy . . . In the first place, it corroborates the interpretation of

the Treaty developed in Part One. *Second, it gives rise to a second and entirely independent basis for Namibia's claim under the doctrines concerning acquisition of territory by prescription, acquiescence and recognition.*" (Memorial, p. 60, para. 165).

The introduction to the second section of this chapter is no less emphatic:

"The conduct of the parties for the century after 1890 establishes that Namibia is entitled to sovereignty over Kasikili Island by operation of the doctrines of prescription, acquiescence and recognition, entirely independently of its treaty-based claim. Although much scholarly analysis has gone into developing distinctions between these three sets of doctrines, the fundamental elements relevant to all three are the facts that will be established in the succeeding chapters of this Part of the Memorial: (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." (Emphasis added.) (Memorial, p. 66, para. 180.)

The Namibian argument based upon "the subsequent conduct of the parties . . . and their successors in title" represents a major legal solecism, because it is not in reality related to a process of treaty interpretation. As the following quotations reveal, this thesis of Namibia's chapter on "subsequent conduct" is substantially related to the distinct theme of prescription:

"Namibia demonstrated in its Memorial that the Masubia of Caprivi had occupied and cultivated Kasikili Island from before the conclusion of the 1890 Treaty until well into the second half of the present century and that Namibia's predecessors in title had continuously exercised jurisdiction over the area with the full knowledge of Botswana and its predecessors and without any official objection or protest from them until 1984. In Namibia's view, this record not only confirms the interpretation of the Treaty as locating the boundary in the southern channel of the Chobe River at Kasikili Island, but also constitutes an independent title to sovereignty over the Island by operation of the doctrines of acquiescence, recognition and prescription." (Emphasis added.) (Counter-Memorial of Namibia, p. 40, para. 83; footnote omitted.)

And in another passage we have:

"The foregoing review of the materials relating to the subsequent conduct of the parties in Botswana's Memorial serves only to confirm the position that Namibia and its predecessors in title were in possession of Kasikili Island from 1890 to 1991. During all that time it exercised jurisdiction over Kasikili Island. All this occurred with the knowledge and acceptance of the Botswana authorities and without protest from them until 1984. This record on the one hand confirms the interpretation of the Treaty placing the boundary in the southern channel and, on the other, establishes Namibia's right to the Island by operation of the doctrines of acquiescence, recognition and prescription." (Emphasis added.) (Counter-Memorial of Namibia, p. 60, para. 137.)

In its Reply the Government of Namibia complains that Botswana alleges "that the major emphasis in the Namibian Memorial is upon an asserted title by prescription, that is, a title operating independently of the Agreement of 1890" (Reply, p. 2, para. 3).

Namibia then explains that the argument has been put in the alternative and that pleading in the alternative is permissible (Reply, p. 3, para. 8).

But, Mr. President, that is not the point. There are three points at least which Namibia fails to address. The first is that it is Namibia's own clearly adopted position that title by prescription exists independently of the 1890 Agreement. This separate basis of claim is re-emphasized in the Reply of Namibia.

The Reply thus quotes the Namibian Counter-Memorial (para. 2) which states:

"In its Memorial, Namibia based its claim to Kasikili Island on two separate grounds: *first*, by interpretation of the language of the Anglo-German Treaty of 1890, which establishes that the 'main channel' of the Chobe River around Kasikili Island is the southern channel; and *second*, on the basis of prescription evidenced by possession, use and exercise of jurisdiction over the Island, uninterrupted for almost a century after 1890 without objection or remonstrance by Botswana." (Emphasis in original.)

So once again Namibia confirms that she feels the need to seek to rely upon a title unrelated to the Treaty of 1890.

Mr. President, the second point which remains in place is this. It is Botswana's assessment of the Namibian pleadings, and especially the Counter-Memorial, that the main emphasis of the Namibian case in practice is upon the claim to title by prescription. The Court will no doubt form its own view of the matter, but it is clear that Botswana is entitled to advance its own assessment of the situation.

The third point which has to be reckoned with concerns the nature of the standard technique of arguing in the alternative. Of course, Botswana does not complain that the Namibian Government fashions arguments in the alternative. That is its forensic prerogative. However, Botswana is entitled to make its own assessment of the risks involved in pleading titles in the alternative when such titles are completely incompatible with each other. In such circumstances the parallel pleading will justify the drawing of adverse inferences.

In its Counter-Memorial the Government of Botswana made the following assessment of the Namibian argumentation:

"139. In this form the alleged evidence of prescriptive title cannot be accepted as 'subsequent practice', because in such a hypothesis the working assumption is precisely the existence of *a title of Botswana* (or its predecessor) which allegedly is displaced by the operation of prescription. The prescription argument must assume that the original (treaty-based) title of *Botswana* has been displaced by a process having no connection with the 1890 Agreement. 'Subsequent practice' cannot claim its status if the material adduced is *ab initio* antithetical to the concept of 'subsequent practice'."

And the Botswana Counter-Memorial continues:

"140. The reliance on prescriptive title must assume a prior state of affairs which is presumed to be lawful and based upon the application of the 1890 Agreement. Moreover, as a title operating independently of the Agreement, as the Namibian Memorial insists, the alleged possession could not be *à titre de souverain* in terms of the 1890 Agreement. Such a conception of the subsequent legitimation of an alleged possession is antithetical to the concept of 'any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation', according to the provisions of Article 31 (3) (b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. In this connection it is remarkable that Namibia is unwilling to attach any significance to the occasion in 1984 when the South African and Botswana Governments did agree expressly on the application of the 1890 Agreement: see the Botswana Memorial, Chapter IV, and below, paras. 241-246.

141. The preponderance of the prescription argument provides the clearest possible indication that Namibia has limited confidence in its treaty-based title and the scientific evidence offered in support of that title." (Counter-Memorial of Botswana, pp. 55-56.)

Mr. President, the Government of Botswana reaffirms this analysis of the Namibian position.

The emphasis placed by Namibia upon prescription can be tested quite simply by looking at the conclusions offered in Namibia's pleadings.

1. The Namibian Memorial has 140 pages of text of which the 82 pages of Part II are devoted to subsequent practice and prescription. These two topics are interwoven but it is adverse possession and prescription which are given the front seats in the theatre. This fact emerges with great clarity from a perusal of the conclusion. If I may quote two of the main passages of the conclusion:

"Part Two has set forth the practice and conduct of the relevant parties — Germany, Great Britain, Bechuanaland, South Africa, Botswana and Namibia — during the century between the conclusion of the Anglo-German Treaty of 1890 and the date of Namibia's independence in 1990. It shows:

The Masubia of the Caprivi Strip have used and occupied Kasikili Island as a part of their lands and their lives from before the Treaty date and for many decades thereafter. From the mid-1960s, South Africa exercised direct military control over the Island until Namibia's independence.

During this entire period, the governing authorities for the time being in the Caprivi Strip — first the Germans, then the British as delegate of the mandatory authority, then South Africa under the Mandate and *de facto* after its termination — exercised sovereign jurisdiction over Kasikili Island. For the most part, this authority was implemented through the modality of 'indirect rule', using the chiefs and political institutions of the Masubia to carry out the directives of the ruling power, under the control and supervision of officials of that power, but on occasion these officials asserted their authority directly, and South Africa was in direct military control of Kasikili Island during the Namibian war of independence." (Memorial, p. 139.)

The emphasis in this "Conclusion to Part Two" of the Namibian Memorial is on an alleged occupation of the Island. There is no single reference to any confirmation by subsequent practice of the interpretation of the phrase "main channel" in the Agreement of 1890.

2. I turn now to Namibia's Counter-Memorial. This contained a section on subsequent conduct of 20 pages and the following conclusion:

"The foregoing review of the materials relating to the subsequent conduct of the parties in Botswana's Memorial serves only to confirm the position that Namibia and its predecessors in title were in possession of Kasikili Island from 1890 to 1991. During all that time it exercised jurisdiction over Kasikili Island. All this occurred with the knowledge and acceptance of the Botswana authorities and without protest from them until 1984. This record on the one hand confirms the interpretation of the Treaty placing the boundary in the southern channel and, on the other, establishes Namibia's right to the Island by operation of the doctrines of acquiescence, recognition and prescription." (Counter-Memorial of Namibia, p. 60, para. 137.)

As the Court will appreciate, not for the first time, there is an elision between subsequent conduct and an alleged process of adverse holding or prescription. The concept of "subsequent practice" employed by Namibia is equivalent to a process of alleged adverse holding.

The conclusion on the issue of subsequent practice in the Namibian Reply is on exactly the same lines:

"In its Memorial and Counter-Memorial, Namibia showed an unbroken practice, dating from the signing of the 1890 Treaty until at least the independence of Botswana, that 'establishes the agreement of the parties regarding [the] interpretation' of that Treaty, within the meaning of Article 31 (3) (b) of the Vienna Convention. According to this practice, which is comprised of continuous acts by Namibia and silence and acceptance by Botswana, Kasikili Island lay within the Caprivi Strip. This chapter has shown that the arguments on which Botswana relies to negate this subsequent practice

are not supported by the evidence. The materials analyzed in this Chapter further confirm that Namibia and its predecessors in title exercised exclusive sovereign jurisdiction over Kasikili Island with full knowledge and without objection from Botswana or any of its predecessors in title. The record of the subsequent practice unambiguously establishes the parties' agreement regarding the location of the boundary in the channel to the south of Kasikili Island and the attribution of the Island to Namibia." (Reply, pp. 120-121, para. 280).

At pages 162 and 163 of the Namibian Reply will be found a conclusion on the Namibian argument based on prescription. Its content overlaps significantly with the conclusion devoted to subsequent practice and particularly with the conclusion on subsequent conduct and prescription in Namibia's Memorial.

Mr. President, it comes to this. No one can run with the hare and hunt with the hounds. Or, as the French would say, "*La Namibie mise sur les deux tableaux*". My distinguished opponents cannot rely heavily upon prescription and at the same time complain that Botswana insists on pointing out the legal and logical consequences of this course of action.

And this heavy reliance upon an alleged adverse possession clearly indicates a lack of confidence on the part of Namibia in the argument based upon the provisions of the Anglo-German Agreement.

The emphasis by Namibia upon adverse possession and prescription is intended to marginalize the role of the Anglo-German Agreement in these proceedings.

The centrality of the 1890 Agreement

This marginalization is incompatible with the various instruments in which Namibia has expressly accepted the centrality of the Anglo-German Agreement in relation to the boundary.

The first occasion on which this occurred was the Heads of State Meeting at Kasane, at which His Excellency President Mugabe of Zimbabwe performed the role of mediator. In the resulting Communiqué of 24 May 1992, the relevant paragraphs are as follows (tab 8, p. 1 of the judges' folder):

"Their Excellencies President Sam Nujoma of Namibia and Sir Ketumile Masire of Botswana met in Kasane, on 24th May, 1992 in the presence of his Excellency President Robert G. Mugabe of Zimbabwe to discuss the boundary between Botswana and Namibia around Sedudu/Kasikili Island. After the arrival of President Mugabe and President Nujoma, the three Presidents went on a tour of the Chobe River and viewed

the Sedudu/Kasikili Island, *after which they examined various documents defining the boundary around the Island. These included the 1890 Anglo-German Treaty, the 1892 Anglo-German-Portuguese Treaty and Maps. The two treaties define the Botswana-Namibia boundary along the Chobe as the middle of the main channel of that river.*"

The Communiqué then continues (tab 8, p. 2):

"The Three Presidents after a frank discussion, decided that the issue should be resolved peacefully. To this end they agree that the boundary between Botswana and Namibia around Sedudu/Kasikili Island should be a subject of investigation by a joint team of six (6) technical experts — three from each country *to determine where the boundary lies in terms of the Treaty.* The team should meet within three (3) to four (4) weeks. The team shall submit its findings to the three Presidents. The Presidents agreed that the findings of the team of technical experts shall be final and binding on Botswana and Namibia." (Emphasis added.) (Memorial of Botswana, III, Ann. 55)

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

The content of the preamble to the MOU confirms the role of the Anglo-German Agreement.

The material paragraphs are as follows:

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

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

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

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

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

The Memorandum of Understanding defined the terms of reference of the proceedings of the Joint Team of Technical Experts in Article 7, paragraph 1, of which:

"1. In the execution of its functions, the Team shall have authority to:

- (a) examine the Anglo-German Agreement of 1890 and the Anglo-German-Portuguese Treaty of 1892 defining the boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island and any relevant maps and/or other materials relating to the boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island and to determine where the boundary lies in terms of the said Treaties;

-
- (d) do, perform or carry out any act or function necessary and relevant for the determination of the boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island, taking into account, and subject to, the provisions of the Treaties referred to in (a) above;
 - (e) secure and examine any relevant documents, charts, maps, plans and diagrams produced before and after 1890 relating to the said boundary;
 - (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; . . ."

Mr. President, this is a key document and forms a significant part of the subsequent conduct of the parties. It contains no reference to prescription or acquiescence.

The provisions of the MOU make it clear that the task of the Joint Team of Technical Experts was confined to the interpretation and application of the Anglo-German Agreement signed on 1 July 1890. Article 7 (1) (a) refers exclusively to the Anglo-German Agreement of 1890 and the non-existent — this never created any problems — Anglo-German-Portuguese Treaty of 1892. Article 7 (1) (d) is significant in this context. This provision mandates the Joint Team of Technical Experts to,

"do, perform or carry out any act or function necessary and relevant for the determination of the boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island taking into account, and subject to, the provisions of the Treaties referred to in (a) above" (emphasis added).

Article 7 (1) (f) provides for the taking of oral evidence and includes the proviso "without prejudice to the 1890 and 1892 Treaties".

Of substantial assistance are the Minutes of the Meeting on the Terms of Reference of the Joint Team of Experts on the Boundary Between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island, held in Windhoek on 8 December 1992 — the Minutes appear in Annex 56 attached to the Memorial of Botswana. These Minutes were jointly approved by the delegations. In the Minutes it is recorded that the head of the Namibian delegation, Dr. Albert Kawana, the distinguished Agent in these proceedings,

"pointed out that the Government of South Africa has confirmed that the question of Kasikili was never resolved prior to the Independence of Namibia. *He maintained that the intention of the parties (Britain, Germany and South Africa) to the 1890 Treaty and their subsequent practice before the independence of the two countries are the most important factors to be taken into account in determining the dispute.*" (Para. 27.) (Emphasis added.)

The transactions of the year 1992 resulted in the work of the Joint Team of Technical Experts. The Joint Team were unable to reach a conclusion on the question referred to it and accordingly recommended "recourse to the peaceful settlement of the dispute on the basis of the applicable rules and principles of international law".

The sequel was the decision of their Excellencies the Heads of State of Botswana, Namibia and Zimbabwe, to recommend reference of the dispute to this Court. (Memorial of Botswana, III, Ann. 59.)

Thus, there is a direct sequence of transactions from the Kasane Communiqué of 1992 through to the negotiation of the Special Agreement.

The character of the dispute is well reflected in the provisions of the Special Agreement.

The request to the Court in Article I — the text can be seen in tab 2 and will be on the screen — is compatible with all that has gone before in this series of transactions between the governments:

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

The provisions of Article I are to be understood in the light of the first two paragraphs of the preamble:

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

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

Then we move to the fourth of the preambular paragraphs:

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

The preamble of the Special Agreement, the provisions of Article I thereof, and the intergovernmental transactions of 1992 all point unequivocally to the character of the dispute *as a boundary dispute*.

The language of Article I of the Special Agreement

Article I of the Special Agreement asks the Court:

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

In the contention of Namibia, the words "and the rules and principles of international law" unequivocally establish that the dispute referred to the Court is not limited to the interpretation of the Treaty. The position of Botswana is criticized on the ground that this contravenes the principle that "an interpretation is not admissible which would make a provision meaningless, or ineffective". (Counter-Memorial of Namibia, p. 7, para. 16, quoting *Oppenheim's International Law*).

Is it true that Botswana's interpretation would involve such a solecism? The answer is in the negative for several reasons. The first is that the invocation of the principles of acquiescence, recognition and prescription (which is what this is all about) would indeed produce a contravention of the principle deployed by Namibia. If prescription were to be applicable then the provisions of

the Anglo-German Agreement would become completely and utterly redundant. Even if it be accepted that the reference to "the rules and principles of international law" is in some way puzzling, there is no sound reason for resolving the puzzle by ignoring the Anglo-German Agreement.

Whilst the problem under examination does not fall specifically within the doctrine or presumption *expressio unius est exclusio alterius*, it should attract the broader principle according to which special words have a more decisive role than general words. It is contrary to common sense to presume that the general reference to "the rules and principles of international law" should prevail over the reference to a specific international agreement *which defines the boundary in question*.

The interpretation insisted upon by Namibia is also contradicted by a whole series of other principles of treaty interpretation. Thus:

- (i) the meaning of a term is to be determined "not in the abstract but in its context" (*Oppenheim's International Law*, 9th ed., Vol. 1, by Jennings and Watts, p. 1273). As *Oppenheim's International Law* stipulates (*ibid.*):

"For this purpose the context of a treaty includes not only its text, preamble, and annexes, but also any agreement relating to the treaty and made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty . . ."

In the context both of the Special Agreement as a whole and of the series of related agreements, including the Kasane Communiqué and the Memorandum of Understanding, the dispute concerns the interpretation and application of the Anglo-German Agreement.

- (ii) The meaning of a term is to be determined in the light of the object and purpose of the treaty (*Oppenheim's International Law*, 9th ed., Vol. 1, p. 1273). The preamble to the Special Agreement emphasizes the connection with the Memorandum of Understanding and the fact that the purpose of the Special Agreement is to ensure the settling of the boundary dispute which the Joint Team of Technical Experts (created by the Memorandum of Understanding) had failed to resolve. The Communiqué of the

Summit Meeting held in Harare in 1995 confirms that this was the precise purpose of the reference to this Court.

- (iii) There is a third principle of interpretation which is relevant. As *Oppenheim's International Law* observes:

"The circumstances of a treaty's conclusion may be invoked to ascertain its meaning, since a treaty is not concluded as an isolated act but as part of a continuing series of international acts which shape and limit the circumstances with which the treaty deals." (9th ed., Vol. 1, p. 1278.)

Mr. President, this principle of common sense applies very appropriately to the sequence of transactions constituted by the Kasane Communiqué of 1992, the Memorandum of Understanding of 1992, the Communiqué of the Harare Summit Meeting of 1995, and the Special Agreement, to take the dispute to this Court in 1996.

And this because, if the Namibian contention were to be accepted, the Special Agreement would authorize the Court to decide this case *without any reference to the provisions of the Anglo-German Agreement*. In such a scenario the following conditions would be present:

- (i) The clearly expressed expectations of the Heads of State as recorded in the Kasane Communiqué and the Memorandum of Understanding would have been set aside.
- (ii) The preamble to the Special Agreement would have been ignored.
- (iii) The words "on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890" in Article I of the Special Agreement would have been ignored completely.
- (iv) The words "and the rules and principles of international law" would have been treated as overriding the reference to the Anglo-German Agreement rather than as subsidiary to it.

The whole point of prescription is that it *replaces* the originally lawful status quo. It is the perfect antithesis of the application of a valid international agreement which, for boundary purposes, is what the Anglo-German Agreement consists of.

The second defensive strategy of Namibia: the introduction of esoteric scientific theses

The second Namibian defensive strategy is to substitute a series of esoteric scientific theses for the provisions of the Anglo-German Agreement.

My colleague, Lady Fox, will deal with the substantial flaws in the Namibian scientific arguments in due course. My purpose is to provide only an hors d'oeuvre.

The propositions advanced by Namibia based upon various scientific hypotheses include the following:

1. Because parts of the Chobe River dry up on a seasonal basis and therefore are not navigable, Namibia contends that navigability is not a criterion for identifying the main channel (Reply of Namibia, p. 89, para. 194).
2. The concept of a river with stable banks is replaced by the concept of a river as a flood zone which is to be treated as more important than the river in its normal condition.
3. The Namibian pleading does not accept that depth is a criterion relevant to the determination of the "main channel" of the Chobe. Consequently, the only criterion which is applicable is the volume of the flow (Memorial of Namibia, I, pp. 49-50, para. 131).

In this context Namibia's expert advances the following thesis:

"The dispute concerns the reach of the Chobe River at Kasikili Island. The length of this reach of the river is only four kilometres compared with a total boundary length of more than 300 kilometres. Logic requires that the method used for determining the location of the boundary at Kasikili Island must be capable of being consistently and successfully applied to the whole length of the boundary along the Chobe river as identified in the 1890 Treaty. The only definition of the main channel of the Chobe River that can be successfully applied to the whole length of the Chobe River, including reaches of the river that have ephemeral, seasonal, or permanent islands in them, is the channel which conveys the largest proportion of the annual flow of the river. The southern channel meets the requirement while the northern channel does not." (Memorial, Vol. VI, Part 1, Expert Report, p. 4, para. 1.8.)

4. The associated idea is that the most important geographical feature is not the river itself, oh no, not the river itself, but the escarpment to the south.

None of these theses was present to the minds of the negotiators. None of the maps available to the negotiators of the Anglo-German Agreement establishes any connection between these concepts and the drafting of proposals for the Agreement.

The Memorial of Namibia refers to the 1889 map (Namibia, Atlas, Map II; graphic: judges' folder, tab 10, p. 1).

This map has a certain status, it is referred to expressly in the text of the Anglo-German Agreement. It is the only map to be given that status. And there can be little doubt that it was used as a general reference map to find where things were by the negotiators.

Now the relevant part of the map, which is now on the screen, is sought to be invoked by Namibia to support the thesis that the negotiators were not really interested in real rivers, or the Chobe itself, but in the Chobe Ridge to the south of the river. In my submission there is no evidence whatsoever that the lettering on that map or any other indications provide any assistance to a negotiator looking at a map and trying to find out what would be a convenient boundary. What we see in the box is an inscription "sand belt with large forest coming down to waters edge". That inscription bears no geographical relationship, no contiguity to the part of the map where in fact the area in dispute is to be found. And there is no necessary connection whatsoever between that inscription and the Chobe sand ridge, which does in fact, of course exist. Now the strange fact is that a map is given enormous significance by our opponents, but it is not that map; it's a diagram, it is not even a sketch map, it's a diagram, and it would be, I think, instructive for the Court to try and find if they can see any relationship between the 1889 map, which Namibia regards as very significant in relation to the negotiations, and diagram 4 on sheet 17, in the Report of the Namibian expert (Memorial of Namibia, Vol. VI, Part 2; judges' folder, tab 11). This is a graphic, it is not a real map of any kind and it is not designated as a sketch map, but simply as a diagram. And it is the key map forming part of the Namibian scientific evidence.

Now the Court is respectfully requested to study diagram 4 in relation to the passages I have just quoted from Professor Alexander's Report. And I would emphasize once again, that diagram 4 has no reality, it is a construct of the Namibian Government. What it reveals is a Chobe River not

seen on any of the 41 maps referred to in the Rushworth Report (Memorial of Namibia, Vol. V, p. 31, Ann. 102).

It is strange that the two distinguished Namibian experts have not had more communication with each other. The reason for this is the need of the Namibian Government to marginalize the northern and western channel of the River Chobe. The actual main channel of the Chobe in this sector has been replaced by zone d, diagram 4, which the report identifies "as being the bed of the currently active channel of the Chobe River" (p. 22, para. 8.11). Zone d is equated with the southern channel. From diagram 4 on sheet 17 it should be appreciated that the "southern" or what we called the "Alexandrine" channel is superimposed on an area which all the maps and aerial photographs show as an island, and further is superimposed on the western third of that island where, in fact, some of the highest elevations are located. (Second Opinion of Professor Sefe, App. 2).

Mr. President, none of this is related to the negotiation of the 1890 Agreement, but the Namibian Government makes an attempt to establish a connection in the Memorial. Here we find a rather splendid essay in forensic reconstruction:

"In choosing the Chobe River, the negotiators selected what they could identify as a major and prominent geographical feature. They were aware, perhaps from prior writings and certainly from the 1889 Map that the character of the terrain changed at the river — from the floodplains and swamps to the north of it to the sandy ridge and forest that lay to the south of it. It would have made little sense for the negotiators, having regard to this change in the terrain, to have constructed a boundary which left in the British sphere territory that was more naturally a continuation of the terrain to the north. *Had they known that Kasikili Island was annually covered for a period of five months by water spilling over from the Zambezi* (and that therefore the very existence of the northern channel would be obscured to the point of invisibility, whereas the course of the southern channel could always be identified by its contiguity with the southern bank and the adjacent sand ridge) *they could hardly have reached any other conclusion* than that use should be made of such a permanently visible natural feature for the purpose of identifying the 'main' channel in which the boundary should be drawn." (Emphasis added.) (Memorial of Namibia, p. 44, para. 116.)

This, Mr. President, is an exercise in pure speculation. Indeed, the Namibian Memorial in another passage concedes that "there was no negotiation about the precise course of the Chobe River as such" (Memorial of Namibia, p. 44, para. 115).

The passage I have quoted accepts that the negotiators did not *in fact* advert to the existence of the "sand ridge" to the south. The tell-tale phrases (which will be italicized in the transcript) are:

"Had they known that Kasikili Island was annually covered for a period of five months by water spilling over from the Zambezi . . . they could hardly have reached any other conclusion than that use should be made of such a permanently visible natural feature . . ."

But, Mr. President, they did not know and they did not reach such a conclusion. The attempt by Namibia to substitute the opinions of Professor Alexander for the *travaux préparatoires* of the Anglo-German Agreement is implausible.

The passage from the Namibian Memorial reproduced above is to be compared with the insistence elsewhere (pp. 31-32) on a "readily identifiable" boundary. The reference to the sandy ridge must also be related to the essay in boundary-making as it appears on diagram 4 of sheet 17 — the tab we have just been looking at, tab 11 — in the Appendices to the Expert Report. Here it becomes apparent that the process of identification is very complex, involving a redefinition of Kasikili/Sedudu Island, and the construction of a channel the configuration of which appears on no map or sketch-map other than that produced by Professor Alexander.

The defensive strategy of Namibia based upon scientific evidence and the complexities which this entails call for some reminiscence of the Court's own experience in these matters.

As the Court will recall, the *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* case involved the well-sustained attempt by Libya to persuade the Court of the legal and geological reality of a boundary which was based upon the concept of the existence of a rift zone south of Malta. Both Libya and Malta presented a considerable quantity of scientific evidence.

The Court was not very impressed. The key passage in the Judgment is as follows — and may I have your indulgence, Mr. President, so that I can put the whole thing in front of the Court:

"These juridical difficulties of the rift-zone argument are conclusive against it. Even had this not been so, there would still have been difficulties concerning the interpretation of the evidence itself. Having carefully studied that evidence, the Court is not satisfied that it would be able to draw any sufficiently cogent conclusions from it as to the existence or not of the 'fundamental discontinuity' on which the Libyan argument relies. Doubtless the region has many geological or geomorphological features which may properly be described in scientific terms as 'discontinuities'. The endeavour, however, in the terms of the Libyan argument, was to convince the Court of a discontinuity so scientifically 'fundamental', that it must also

be a discontinuity of a natural prolongation in the legal sense; and such a fundamental discontinuity was said to be constituted by a tectonic plate boundary which the distinguished scientists called by Libya detected in the rift zone, or at least by the presence there of a very marked geomorphological feature."

And the Court continues:

"However the no less distinguished scientists called by Malta testified that this supposed 'secondary' tectonic plate boundary was only an hypothesis, and that the data at present available were quite insufficient to prove, or indeed to disprove, its existence. The Court is unable to accept the position that in order to decide this case, it must first make a determination upon a disagreement between scientists of distinction as to the more plausibly correct interpretation of apparently incomplete scientific data; for a criterion that depends upon such a judgment or estimate having to be made by a court, or perhaps also by negotiating governments, is clearly inapt to a general legal rule of delimitation. For all the above reasons, the Court, therefore, rejects the so-called rift-zone argument of Libya." (*I.C.J. Reports 1985*, pp. 36-37, para. 41.)

Mr. President, no doubt the legal contexts are different but they have one significant common feature. In both that case and this one of the parties sought to give scientific evidence, which was in essence very problematical, a major role in the determination of a boundary, which is in reality a legal feature involving an *alignment*, and not a rift zone or, in the context of the present proceedings, a flood zone.

The Court in that case was in fact telling the parties, and potential litigants, that the inclinations and hypotheses of scientists do not provide a reliable foundation for the judicial determination of a boundary, and on behalf of Botswana I would respectfully commend the good sense of this position to Members of the Court not on the bench in 1985.

Mr. President, I shall now move on to the remaining segments of my agenda. They are as follows:

First, a brief history of the dispute.

Secondly, the weakness of the Namibian claim based upon prescription.

Thirdly, some conclusions on the interpretation and application of the Anglo-German Agreement.

A brief history of the dispute

And so I turn to the history of the dispute.

In this respect the Court is faced with two radically different perspectives. The Namibian position is that there was no dispute until 1985 or thereabouts. Thus the Memorial of Namibia contains the following assertion:

"During the entire period from 1890 to 1966, when they were responsible for the administration of Bechuanaland, the British authorities, with full knowledge of the facts set forth in the two preceding sections concerning Namibian/Masubia occupation and use of Kasikili Island and German and South African exercise of sovereignty there, failed to protest, object or interfere in any way with the situation as it existed. . . . After Botswana became independent, Botswana maintained its silence for almost two additional decades." (Memorial of Namibia, p. 102, para. 255.)

The allegations of occupation and use of Kasikili/Sedudu Island by competing authorities have no substance as I shall demonstrate in due course. For present purposes the feature of this passage calling for notice is the assumption that no dispute existed until the 1980s.

There is a certain mystery here. It is reasonably clear that, in order to develop a case based upon prescription, Namibia is reluctant to discern the existence of a dispute unless at the last minute. At the same time, there is a certain contradiction. If there was no dispute or adverse possession, there could be no acquiescence on the part of Botswana or its predecessor in title.

The result is that Namibia is placed in the difficult position of asserting a state of *adverse* possession whilst maintaining that for a very long time *there was no dispute*.

The picture offered to the Court by Namibia is misleading in many respects. In the first place, there is abundant documentary evidence which indicates that a dispute first surfaced in the period 1947 to 1951.

Secondly, when the dispute resurfaced in 1984, South Africa did not assert a *pre-existing* title on the basis of prescription.

Thirdly, as will be seen, the first representation emerging from the Eastern Caprivi was as late as 1992, and Mr. Selepeng has referred to that episode this morning.

In the light of these facts the reiterated generalizations of the Namibian pleadings stand in need of qualification.

One of the passages from the Memorial of Namibia may be taken as an example:

"Throughout these many changes, the British officials just across the Chobe River in Bechuanaland, and after 1966 the Botswana authorities, were fully aware that

Kasikili Island was continuously and exclusively used by the Basubia people and ruled by the authorities currently in charge of South West Africa. Yet not once, *throughout the whole period of British rule in Bechuanaland*, did the British authorities raise a formal or explicit challenge, protest or objection to this state of affairs. Even after Botswana's independence, almost two decades elapsed before an exchange of fire with a South African patrol boat in the southern channel finally led Botswana for the first time to challenge the existing status quo on the Island." (Emphasis added.) (Memorial of Namibia, p. 10, para. 31.)

The assertion that the Island was "ruled by the authorities currently in charge of South West Africa" in relation to the period after 1966 is significant. This constitutes further confirmation, were it needed, that Namibia adopts the acts and transactions of the Republic of South Africa in the material period.

The passage raises two further points. It is asserted that for a very long period no objection was made "to this state of affairs", but, as Botswana has demonstrated, there was no occasion for such objection because in reality there was no challenge to the title of the United Kingdom or Botswana.

It must also be pointed out that, when an incident occurred in 1984, which is coyly referred to in the passage I have just quoted, this did not involve any claim by South Africa to sovereignty on the basis of prescription. The relevant contemporary documents contain no reference to such a claim by South Africa on behalf of Namibia or otherwise.

The pertinent references which involve seven documents will appear in the transcript — they range from 25 October 1984 until a date in November 1986.

1. Telex from Botswana to South Africa, 25 October 1984; Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 35.
2. Telex from Botswana to South Africa, 26 October 1984, *ibid.*, Ann. 36.
3. Letter, Chief of South African Defence Force to Director-General of Foreign Affairs, South Africa, 27 November 1984; Memorial of Namibia, IV, Ann. 84.
4. Summary Minutes of Meeting in Gaborone, 13 October 1986; Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 37; Counter-Memorial of Namibia, II, Ann. 28.
5. Telex from Botswana to South Africa, 22 October 1986; Memorial of Namibia, IV, Ann. 85.

6. Telex from South Africa to Botswana, 17 November 1986; *ibid.*, Ann. 86.
7. Letter from Neil van Heerden to M. L. Selepeng, undated, *circa* 26 November 1986; Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 37.

These documents will be reviewed by the Agent of Botswana, Mr. Tafa. The point, for present purposes, is that they involve a consideration of the dispute about the boundary after the renaissance of the dispute in 1984, and at no stage does the South African Government refer to a long-established title by prescription.

The short history of the dispute is in fact as follows.

First, the boundary agreement is concluded and then nothing happens until 58 years later, in 1948.

Secondly, in the period 1948 to 1951 there is a prolonged correspondence between the British and South African Governments as a consequence of which the legal status quo remains in place. The British Government in these exchanges maintains the position that the northern channel is the "main channel" and that therefore the Island formed part of the Bechuanaland Protectorate.

Thirdly, the relevant documents of the period 1948 to 1951 include admissions by South African officials that it is the northern channel which is the "main channel".

Fourthly, when in 1984 the dispute resurfaced, the Governments of Botswana and South Africa agree to resolve the question of interpretation by means of a Joint Survey, the Report of which confirms that the northern channel was the "main channel" for the purposes of the Anglo-German Agreement of 1890.

Fifthly, South Africa shows a disinclination to agree to implement the Joint Survey Report but this was in any event self-executing.

Finally, when the issue emerged in 1992 in the context of relations between Botswana and Namibia, the Government of Botswana maintained its position on the basis of the Anglo-German Agreement and the Joint Survey Report of 1985. The position of Botswana is set forth in the letter from His Excellency the President of Botswana to His Excellency the President of Namibia dated 3 April 1992 (Counter-Memorial of Botswana, III, Ann. 45).

The views of officials concerning the identification of the main channel

It is instructive in this context to review the background to these proceedings in the light of the opinions of officials who were involved at various junctures in the development of the dispute — and there are three relevant episodes. Mr. President, if you are willing, that would be a useful place for me to stop.

The PRESIDENT: Thank you so much, Professor Brownlie. The Court will adjourn until tomorrow morning.

The Court rose at 12.50 p.m.

Non-Corrigé
Uncorrected

Traduction
Translation

[Faint, illegible text, possibly a stamp or header]

CR 99/6 (traduction)

CR 99/6 (translation)

Lundi 22 février 1999

Monday 22 February 1999

010

Le PRESIDENT : Veuillez prendre place. Ce matin, nous commençons les plaidoiries de la République du Botswana et je donne la parole à son éminent agent, M. Tafa.

M. Tafa : Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, c'est vraiment pour moi un honneur et un privilège que de prendre la parole devant vous en ma qualité d'agent de la République du Botswana. Le Botswana est un vaste pays peu peuplé d'Afrique australe qui a accédé à l'indépendance en septembre 1966. Pendant une longue période, mon pays a été un phare isolé de la démocratie dans un océan de régimes minoritaires. C'était une triste période où l'Afrique du Sud, le Zimbabwe, l'Angola, le Mozambique et la Namibie n'étaient pas encore parvenus au gouvernement de la majorité. Ce fut aussi l'époque à laquelle l'Afrique du Sud de l'apartheid fit des ravages en Afrique australe, attaquant et tuant des civils dans les pays qui apportaient un appui politique aux divers mouvements qui luttaient pour la liberté dans leurs pays respectifs. Le Botswana a lui aussi supporté sa part de la fureur de l'Afrique du Sud de l'apartheid à cette époque.

Le Botswana est resté jusqu'à ce jour le porte-drapeau de la démocratie et du principe de légalité. Nous sommes heureux que nos voisins accèdent aussi à l'indépendance et à l'autodétermination; et nous leur avons donné notre soutien actif à cet égard. Nous savons bien que la paix et la stabilité dans un pays dépendent de la paix et de la stabilité dans les autres, surtout s'il s'agit de voisins. Voilà pourquoi nous chérissons le principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures des autres Etats et le principe du règlement pacifique des différends entre Etats, qui tous deux sont consacrés dans la Charte des Nations Unies.

C'est conscient de ces principes que le Botswana a déposé son instrument d'adhésion à l'autorité de la Cour internationale de Justice dans les trois premières années de son indépendance. Au fil des ans, nous avons suivi avec intérêt et avec un appui sans défaillance le noble travail accompli par la Cour, surtout pour les questions du règlement pacifique des différends entre Etats. Par hasard, nous nous trouvons faire l'objet de vos délibérations pendant la session actuelle de la Cour. Il est tout à fait caractéristique du Botswana, en tant que pays qui respecte le principe de légalité, que nous nous soyons engagés par avance à accepter la décision judiciaire de la Cour.

0 1 1

La question dont la Cour est saisie consiste à déterminer, sur la base de l'accord anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890 ainsi que des règles et principes du droit international, la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu et le régime juridique de cette île.

Derrière moi, vous verrez une carte qui figure dans le dossier des juges à l'onglet 4, p. 2. L'île de Kasikili/Sedudu est une petite île d'environ 3,5 km² sur le Chobe, située à l'intérieur de la zone que délimitent approximativement 25° 7 ' et 25° 8 ' de longitude est, 17° 47 ' et 17° 5 ' de latitude sud; elle se trouve à environ 20 kilomètres de Kazungula, le lieu du confluent du Chobe avec le Zambèze. La ville de Kasane s'étend sur la rive sud, à environ 1,5 kilomètre en aval de l'île de Kasikili/Sedudu immédiatement au nord-est et le cours d'eau, après avoir continué encore pendant 2 kilomètres dans la direction du nord, s'écoule vers l'est après avoir rencontré des rapides d'une dénivellation d'environ 9 mètres, jusqu'à ce qu'il atteigne l'île Xahuma (Impalera sur les anciennes cartes) et son confluent avec le Zambèze à Kazungula.

Dans ses sections inférieures, le Chobe est limité du côté de sa rive sud par des arêtes sableuses qui s'élèvent jusqu'à 1 000 mètres et le long desquelles s'étendent les sentiers du bétail et la route moderne de Livingstone, via le ferry à Kazungula.

Juste au sud de l'île, sur la rive sud, se trouve situé le siège du parc national du Chobe et, de ce point jusqu'à Kasane et aux rapides de Commissioner's Kop, une arête sableuse d'une altitude d'environ 930 mètres au-dessus du niveau moyen de la mer forme la rive sud du cours d'eau, qui s'élève de façon abrupte au-dessus du bord de l'eau. A l'ouest du siège du parc national du Chobe, l'arête sableuse s'élève jusqu'à 1 000 mètres au-dessus du niveau moyen de la mer et elle est séparée du cours d'eau par une bande marécageuse d'une largeur d'un kilomètre environ. C'est à ce point que les arêtes de sable sont traversées par une haute vallée, bien boisée, connue sous le nom de vallée de Sedudu. Cette vallée s'étend dans le sens nord-sud avec un courant qui pénètre le marécage à environ 1 kilomètre de l'édifice du siège.

Le Botswana s'intéresse avant tout à la stabilité de ses frontières et à la confirmation de la frontière établie dans l'accord anglo-allemand de 1890.

L'île de Kasikili/Sedudu fait partie du parc national du Chobe établi en 1967 et, avant cela, elle faisait partie de la réserve animalière du Chobe créée en 1960. L'île est fréquentée de façon régulière par une faune sauvage diverse.

0 1 2 Le rôle de l'île en tant que lieu de première importance pour l'alimentation de la faune sauvage, d'un accès aisé pour que les touristes puissent la voir en toute sécurité, a aidé à développer un tourisme d'un fort volume à partir du côté botswanien du Chobe.

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, pendant les quelques jours à venir, nous allons démontrer à la Cour au-delà de tout doute raisonnable que le chenal nord et ouest du Chobe est le chenal principal, que la frontière entre le Botswana et la Namibie se situe dans ce chenal et qu'en conséquence le titre sur l'île de Kasikili/Sedudu appartient de façon exclusive à la République du Botswana.

J'ai maintenant le privilège et l'honneur de présenter les conseils et avocats qui vont représenter le Botswana en cette affaire. M. Molosiwa Selepeng prendra ma suite immédiate. Il parlera des conditions politiques et diplomatiques du différend dont la Cour est saisie.

M. Ian Brownlie, qui n'est pas du tout nouveau à la barre de cette Cour, traitera de l'accord anglo-allemand de 1890 et de l'histoire du différend. Il continuera son exposé demain. Alors, je reprendrai la présentation pour examiner l'accord de Pretoria de 1984 et le rapport sur le levé commun de 1985.

Mercredi, lady Fox traitera de trois questions : l'absence de tout village sur l'île, les éléments de preuve scientifiques et les éléments de preuve cartographiques. Jeudi, M. Stefan Talmon s'adressera à la Cour à propos du libellé de l'accord anglo-allemand de 1890 et du concept de *thalweg* en droit international. Alors, M. Brownlie conclura le premier tour des plaidoiries du Botswana.

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, ainsi s'achèvent mes observations liminaires. Puis-je vous demander de donner la parole à M. Selepeng ? Je vous remercie.

Le PRESIDENT : Je vous remercie. Je donne la parole à M. Selepeng.

M. SELEPENG : Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, j'ai l'honneur de plaider devant vous au nom de la République du Botswana. Mon gouvernement se félicite d'avoir la possibilité d'éclaircir les questions encore en suspens ainsi que de répondre aux allégations incorrectes figurant dans la réplique de la Namibie, notamment au chapitre VII, ou formulées durant le premier tour de plaidoiries.

Quelques données géographiques

Monsieur le président, le Botswana a une superficie d'environ 582 000 km², soit l'équivalent de la France et de la Belgique, mais il ne compte que 1,5 million d'habitants. Comme vous le voyez sur la carte qui vous est projetée, dont une copie figure dans votre dossier sur la cote 2, notre pays partage la plus longue frontière commune avec l'Afrique du Sud au sud et à l'est, une frontière d'environ 1703 kilomètres, à laquelle fait suite la frontière namibienne à l'ouest, 1390 kilomètres, et la frontière avec le Zimbabwe au nord, 790 kilomètres.

Le Botswana a de bonnes relations avec ses voisins d'Afrique australe

Le Botswana a toujours vécu en paix avec ses voisins et a un sens très vivace du respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriale des autres Etats, en particulier ses voisins. C'est pourquoi on parle communément du Botswana comme d'une nation d'Afrique australe éprise de paix.

La promotion de la paix avec ses voisins procède non seulement des obligations conventionnelles du Botswana — Charte de l'ONU et déclaration de 1964 de l'OUA sur les frontières coloniales — mais aussi du caractère national botswanais. Depuis trente-deux ans qu'il est un Etat, le Botswana n'a pas eu un seul différend frontalier avec aucun des pays voisins, excepté la Namibie. On peut se demander pourquoi, et comment, cette situation a vu le jour.

L'épisode de mars 1992

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, l'annexe 43 du contre-mémoire du Botswana montre qu'un commissaire de district du Botswana en poste à Kasane, une commune voisine de l'île de Sedudu, a reçu un appel téléphonique le 6 mars 1992 au matin et s'est vu convoqué à Kasika, dans la bande de Caprivi, pour y rencontrer le vice-ministre de l'intérieur namibien l'après-midi même. Aucune raison ne lui fut donnée pas plus qu'on ne lui donna d'ordre du jour pour la réunion. On lui dit simplement que le vice-ministre voulait «discuter de quelque chose». Le commissaire de district acquiesça et partit pour la Namibie avec trois fonctionnaires, à savoir un policier et deux fonctionnaires de l'immigration. A la suggestion des autorités namibiennes, le lieu de la réunion fut transféré de Namibie au Botswana, sur l'île de Sedudu. Le commissaire de district botswanais accepta également cette proposition. Le vice-ministre passa donc

0 1 4 la frontière pour entrer au Botswana, accompagné par son commissaire régional, son commissaire de police de district, des journalistes, quelques policiers et ce que notre commissaire de district a décrit comme «un important contingent de soldats».

Un vice-ministre namibien souhaite rencontrer des responsables botswanais (1992)

En territoire botswanais, le commissaire régional namibien décida de se nommer président de la réunion et déclara :

«Camarade commissaire de Kasane, Monsieur le vice-ministre, je suis heureux que vous ayez accepté de venir nous rencontrer à si brève échéance; en plus vous êtes venus du Botswana avec une forte délégation. *L'endroit où nous sommes présentement est une île qui fait partie de la Namibie*, et maintenant je vous présente S. Exc. M. Ithete, vice-ministre de l'intérieur, à qui je cède la parole pour traiter du problème.»

Le vice-ministre déclara alors :

«Camarade commissaire régional, Monsieur le commissaire de Kasane, Mesdames et Messieurs. *Nous sommes ici sur une île qui fait partie intégrante de la Namibie. Quand nous combattions dans le maquis, c'était pour libérer la Namibie tout entière, y compris cette île. Je vois un drapeau flotter sur l'île. A qui est-ce ?*»

Il marqua une pause, attendant une réponse et notre commissaire de district répondit qu'il s'agissait d'un drapeau botswanais. Le vice-ministre poursuivit :

«Nous considérons ce genre de problème non seulement comme grave mais également urgent. Nous ressentons la présence de ce drapeau sur notre sol comme celle d'une force d'occupation, c'est-à-dire qu'il y a violation de notre intégrité territoriale. Il faut que vous disiez à votre gouvernement que nous sommes extrêmement préoccupés par cette question, que les deux gouvernements doivent se réunir à ce sujet, et que s'il n'y a pas de réponse de votre part nous demanderons la tenue d'une réunion d'urgence. Nous ne nous attendons pas à ce qu'un de nos voisins s'engage dans une action de ce genre.»

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, voici un vice-ministre namibien, paré de l'autorité de son gouvernement, appuyé par un contingent de soldats armés, qui fait résonner les tambours de guerre et revendique une partie du territoire botswanais ! Non seulement le comportement du vice-ministre namibien était répréhensible, mais il faisait aussi totalement fi du protocole diplomatique établi pour les communications entre gouvernements.

L'incident de 1984 : une agression contre le Botswana

On peut lire au paragraphe 396 de la réplique de la République de Namibie : «Les ambitions territoriales du Botswana ... doivent être rapprochées de l'incident de 1984.» L'incident en question concerne l'intrusion d'un patrouilleur des forces de défense sud-africaines en territoire botswanais, qui pénétra dans le chenal sud du Chobe autour de l'île de Sedudu en octobre 1984.

015

Les forces de défense botswanaises ouvrirent le feu sur les soldats sud-africains lorsque ceux-ci refusèrent de se retirer, et trois des intrus furent blessés. Les forces de défense botswanaises défendaient la souveraineté et l'intégrité territoriale du Botswana qui étaient en train d'être violées par les soldats sud-africains. Les suites de cet incident sont décrites en détail au chapitre VI du mémoire de la République du Botswana.

Identification du chenal principal par accord en 1985

Le différend frontalier avec l'Afrique du Sud fut réglé par l'équipe mixte d'experts Botswana/Afrique du Sud en 1985, qui conclut que le chenal nord était plus profond et était donc la frontière, conformément à l'accord anglo-allemand de 1890. Mon collègue, M. Tafa, expliquera

ce point à la Cour plus en détail. Il n'est donc pas exact de dire, comme le fait la République de Namibie aux paragraphes 397 et 398 de sa réplique, que le Gouvernement sud-africain exerçait son autorité *de facto* sur l'île de Sedudu. L'incident de 1984 montre clairement que c'est le Botswana, et non la Namibie, qui a toujours exercé son autorité sur l'île.

L'Afrique du Sud ne s'aventura plus jamais dans le chenal sud du Chobe. Il est donc tout à fait fallacieux de dire à la Cour que les forces de défense sud-africaines ont été postées à un moment ou à un autre sur l'île de Sedudu et que le Gouvernement sud-africain et ses prédécesseurs ont exercé une autorité *de facto* sur l'île depuis 1890.

Le problème du braconnage

Monsieur le président, le problème que nous avons toujours connu sur l'île est celui du braconnage auquel se livrent des autochtones du Caprivi et d'autres pays. Au milieu des années quatre-vingt, les patrouilles de lutte contre le braconnage organisées par le département de la faune et des parcs nationaux étaient de plus en plus exposées, les braconniers utilisant des armes sophistiquées. Notre réaction a consisté à déployer les forces de défense botswanaises en 1987, l'armée ayant les moyens d'utiliser les mêmes armes et les mêmes tactiques que les braconniers. Il est respectueusement demandé à la Cour de noter que les forces de défense botswanaises ont commencé à effectuer des patrouilles contre le braconnage et ont fait flotter le drapeau botswanais sur l'île au moins depuis 1987, et non 1991 comme l'a déclaré la Namibie lors du premier tour de plaidoiries.

016

Le Botswana n'est pas un pays militariste ou ambitieux

Le Botswana proteste contre l'allégation de la Namibie selon laquelle il aurait une attitude militariste et des ambitions territoriales, en particulier sous la présidence de sir Ketumile Masire, comme il est dit aux paragraphes 395 et 396 de la réplique namibienne, et comme la Namibie l'a déclaré lors de ses plaidoiries.

C'est sous la présidence de sir Ketumile Masire que la SWAPO, le parti au pouvoir en Namibie, s'est vu donner vingt véhicules tout terrain pour l'aider dans sa campagne pour les élections de 1989, élections que ce parti a gagnées. Ce même ex-président Masire fut le premier chef d'Etat à se rendre en visite en Namibie indépendante pour proposer diverses formes d'aide au nouvel Etat. Depuis lors, des fonctionnaires namibiens viennent régulièrement au Botswana pour tirer parti de l'expérience acquise par celui-ci dans le domaine du développement économique et social. C'est le même président qui a promu la coopération économique, technique et commerciale entre le Botswana et la Namibie. Même avec de l'imagination, peut-on appeler cela de l'agression ? Etait-ce là de l'ambition ? Non, Monsieur le président. Il est très douloureux pour un homme qui a tant fait pour la Namibie d'être dépeint comme promouvant l'agression et les ambitions territoriales.

Allégations concernant des bases militaires et saisies de terres

Il est extrêmement regrettable que lors de l'épisode de 1992 le vice-ministre de l'intérieur namibien ait employé des méthodes peu orthodoxes pour communiquer à la République du Botswana la revendication territoriale de la Namibie sur l'île de Sedudu. A peu près au même moment, le Botswana a appris du Zimbabwe que le Gouvernement namibien avait fait des allégations troublantes contre le Botswana. La première était que le Botswana construisait trois bases militaires à Kasane, Maun et dans un endroit situé à l'est de Gaborone. La seconde était que le Botswana s'était emparé d'une partie du territoire namibien. Le Botswana s'est bien sûr ému qu'un voisin par ailleurs amical comme la Namibie ne se fût pas adressé directement à lui. Le président du Zimbabwe fut donc prié d'organiser une réunion au sommet, lors de laquelle la Namibie aurait la possibilité de formuler officiellement ses allégations.

Le sommet de mars 1992

Un sommet tripartite fut organisé à Gaborone (Botswana) le 18 mars 1992 auquel participèrent le président du Botswana, sir Ketumile Masire, le président de la Namibie, Sam Nujoma, et le président du Zimbabwe, Robert Mugabe. La réunion se pencha sur les craintes exprimées par la Namibie au sujet de la construction de trois bases militaires ainsi que le statut de l'île de Sedudu.

Les allégations de la Namibie concernant la construction de bases militaires à Kasane et à Maun se révélèrent inexactes. En fait, le Botswana modernisait les pistes d'atterrissage de ses aéroports civils. Les deux aéroports, à Maun et Kasane, sont principalement utilisés par les touristes. La seule base militaire en construction était la base aérienne de Thebephatshwa, à environ 80 kilomètres à l'ouest de Gaborone, au sud-est du Botswana. Il fallait construire cette base pour accueillir une base aérienne qui existait à Gaborone, et dont le terrain était en train d'être cédé pour l'agrandissement de l'université.

Pour ce qui est du statut de l'île, le Botswana appela l'attention de la réunion sur les dispositions de l'accord anglo-allemand de 1890, en particulier les paragraphes 1 et 2 de l'article 3 qui définissent la frontière entre le Botswana et la Namibie, qui part de l'embouchure du fleuve Orange au sud et suit le centre du chenal principal du Chobe au nord. Il est paradoxal de noter que les dispositions de l'accord anglo-allemand de 1890 sont acceptables pour la Namibie excepté pour ce qui concerne l'île de Sedudu.

Le sommet du 18 mars 1992 ne régla pas le problème, en dépit des explications fournies par le Botswana. Des responsables namibiens firent des déclarations aux médias qui ne favorisaient pas le bon voisinage. Il n'est pas exagéré de dire qu'à certains égards la presse namibienne s'efforçait de dresser la population namibienne contre la population botswanaise. Un article fut publié dans *The New Era*, un organe proche du Gouvernement namibien, du 26 mars-1^{er} avril 1992 sous le titre «Le Botswana — coupable en droit international» est un bon exemple (voir la liasse de documents additionnels du Botswana, pièce 8).

Lettre du président botswanais à la Namibie

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, c'est dans ce contexte que l'ex-président botswanais, sir Ketumile Masire, adressa au président namibien, le 3 avril 1992, une lettre qui fut remise par l'ex-ministre des affaires étrangères du Botswana, M. Gaositwe Chiepe, en qualité d'envoyé spécial. Le président rappelait le sommet qui avait eu lieu le 18 mars 1992 à Gaborone et lors duquel il avait donné lecture des dispositions de l'accord anglo-allemand de 1890 qui définissent la frontière entre le Botswana et la Namibie, y compris le statut de l'île de Sedudu. Le président rappelait aussi l'incident de 1984 lors duquel les forces de défense sud-africaines furent empêchées de violer la souveraineté territoriale du Botswana alors qu'elles tentaient de pénétrer dans le chenal sud autour de Sedudu. Il évoquait également le rapport remis par l'équipe mixte d'experts en 1985, qui confirmait que le chenal nord était le chenal principal et donc la frontière autour de l'île.

L'ex-président du Botswana terminait sa lettre en proposant de créer une équipe technique mixte, avec pour mission de déterminer la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Sedudu, dans les termes suivants :

«Compte tenu de ce qui précède, et en vue de dissiper le malentendu, je propose que nous constituions d'urgence une équipe technique mixte, avec pour mission de déterminer le chenal principal autour de l'île de Sedudu et de présenter un rapport commun sur la question. J'espère très sincèrement que Dieu nous donnera la sagesse nécessaire pour trouver des solutions aux problèmes que j'ai évoqués plus haut. Je sais que vous êtes tout aussi attaché à la paix et à la prospérité que chérissent nos deux peuples. Nous ne devons pas laisser le moindre problème, réel ou imaginaire, se placer entre les peuples namibien et botswanais.»

La Cour pourra vouloir prendre connaissance de l'annexe 45 du contre-mémoire du Botswana pour se faire une idée plus complète de cette communication. Cette preuve documentaire réfute de manière effective l'affirmation faite par la Namibie lors de ses plaidoiries selon laquelle c'est elle qui a pris l'initiative de créer l'équipe technique mixte. L'initiative a en fait été prise par le Botswana, comme l'indique la lettre du président botswanais.

Le communiqué de Kasane

019

A l'issue de cette initiative, un autre sommet tripartite fut organisé le 24 mai 1992 à Kasane (Botswana) dont les travaux sont résumés dans un communiqué reproduit à l'annexe 55 du mémoire du Botswana. Dans ce communiqué, les trois présidents déclarent qu'ils ont :

«convenu qu'une équipe mixte de six experts techniques — trois par pays — devrait inspecter la frontière entre le Botswana et la Namibie aux environs de l'île de Sedudu/Kasikili afin de définir l'emplacement de la frontière par rapport aux termes du traité».

Il fut aussi décidé, comme l'indique le paragraphe f) du communiqué, que *«la présence militaire sur l'île doit être atténuée sauf pour les opérations antibraconnage».*

Voilà l'explication, Monsieur le président, de la présence continue des forces de défense botswanaises sur l'île, protéger la faune contre les braconniers, une responsabilité dont ces forces s'acquittent depuis 1987. La Cour notera donc que le communiqué de Kasane est la preuve documentaire que la présence continue des forces de défense botswanaises sur l'île de Sedudu et les activités antibraconnage de ces forces ont été approuvées conjointement, je répète approuvées conjointement, par les présidents du Botswana, de la *Namibie* et du Zimbabwe.

Protocole d'accord et équipe technique mixte

Pour donner effet au communiqué de Kasane du 24 mai 1992, un protocole d'accord concernant la mission du groupe conjoint d'experts techniques en ce qui concerne la frontière autour de l'île de Sedudu fut approuvé et signé en décembre 1992. La principale mission du groupe d'experts techniques était de *«déterminer la frontière conformément aux termes desdits traités»* (voir article 7 du protocole d'accord, annexe 57 du mémoire du Botswana). Le rapport du groupe devait être définitif et lierait le Botswana et la Namibie. Le groupe remit son rapport aux présidents du Botswana, de la Namibie et du Zimbabwe le 15 février 1995 à Harare.

Après avoir examiné le rapport, les présidents en acceptèrent la principale conclusion, à savoir que les membres du groupe *«n'avaient pas réussi à atteindre un accord commun, conformément au mandat des chefs d'Etat repris dans le communiqué de Kasane et dans le protocole d'accord»* (annexe 59 du mémoire du Botswana, par. 3).

0 2 0 Il serait bon que la Cour sache pourquoi les membres du groupe d'experts techniques n'ont pu remettre un rapport concluant. Dès le départ, il fut clair que le résultat ne serait pas concluant, les membres namibiens du groupe ayant adopté une attitude de contradiction. Ils ne s'acquittèrent pas de leurs fonctions en tant que membres du groupe, mais se comportèrent en équipe namibienne soucieuse des seuls intérêts namibiens. Ceci était contraire à l'esprit du sommet de Kasane de mars 1992, lors duquel les trois présidents avaient décidé de confier le règlement du différend à un groupe technique mixte. C'est parce que le groupe n'a pu adopter un rapport concluant que le sommet de Harare décida de porter le différend devant la Cour.

Importance de l'île et du chenal nord

La Cour est respectueusement priée de noter que le Botswana accorde une grande importance au maintien du statu quo, selon lequel tant le Botswana que la Namibie continuent d'avoir accès, dans des conditions d'égalité, au chenal nord, plus profond et d'une navigation plus aisée. Le rapport de l'enquête conjointe de juillet 1985 (mémoire du Botswana, annexe 48) a confirmé que le chenal nord autour de l'île de Sedudu était le chenal principal et donc qu'il marquait la frontière entre le Botswana et la Namibie. La Namibie a refusé d'accepter non seulement ce rapport technique, mais également la proposition du président du Botswana, contenue dans sa lettre d'avril 1992, de mener une enquête similaire pour déterminer lequel des deux chenaux était le chenal principal autour de l'île et donc la frontière autour de l'île de Sedudu.

L'île fait partie du territoire botswanais depuis que la frontière a été établie par l'accord anglo-allemand. Elle faisait partie intégrante du parc animalier du Chobe lors de sa fondation en 1960, et du parc national du Chobe, lorsqu'il a été créé en 1967 (mémoire du Botswana, annexe 37). Lors de ces deux occasions, on n'a trouvé aucun résident sur l'île. Le parc national du Chobe abrite

0 2 1

des espèces animales parmi les plus exceptionnelles d'Afrique. Certaines d'entre elles, comme l'éléphant et le buffle, paissent sur l'île une partie de la journée. Le parc attire les braconniers d'au-delà de la frontière parce que sa faune est variée et prolifique. Les braconniers viennent de l'étranger et envahissent le parc pour y chasser l'éléphant et d'autres espèces, ce qui explique la quasi disparition du rhinocéros. Les braconniers emploient des armes perfectionnées, y compris des armes automatiques. C'est pourquoi les forces de défense botswanaises ont été déployées en 1987 pour juguler les effets du braconnage.

Le parc, qui joue le rôle de sanctuaire naturel et de pâturage pour un certain nombre d'espèces animales qui peuvent y paître à l'abri des prédateurs, a favorisé le développement du tourisme dans la zone du chenal sud. Les touristes ont tendance à employer de petites embarcations, transportant de quatre à six personnes. Ces embarcations peuvent naviguer en toute sécurité sur le chenal sud, peu profond. Mais le chenal nord, plus profond, est très important en raison du potentiel qu'il représente pour le développement à venir, au fur et à mesure que les activités économiques et le commerce régional gagneront en diversité et en ampleur. Le chenal nord est le seul chenal autour de l'île de Sedudu qui permette la navigation d'embarcations plus grandes et il a été emprunté au cours des décennies passées par des péniches transportant de lourdes cargaisons de bois à destination de la scierie de Serondela.

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

La politique botswanaise de libre navigation, y compris le libre mouvement des bateaux touristiques, a été énoncée dans le paragraphe *e*) du communiqué de Kasane (mémoire du Botswana, annexe 55). Depuis que le communiqué de Kasane a fait l'objet d'un accord en mai 1992, le Gouvernement de la Namibie ne s'est jamais plaint de ce que le Botswana avait violé le paragraphe *e*) de ce communiqué, qui garantit la libre navigation. Le Gouvernement de la Namibie aurait eu l'occasion de présenter à tout moment ce genre de grief, s'il l'avait souhaité, mais il est évident que la Namibie n'a jamais eu motif de se plaindre.

Il est de la plus grande importance que la frontière actuelle — le long du chenal nord, plus profond — demeure inchangée. Sans cela, l'avenir d'espèces sauvages, dont la survie dépend des patrouilles des autorités botswanaises actives dans la lutte contre le braconnage, serait compromis. De 1990 à ce jour, les forces de défense botswanaises ont enregistré un total de soixante-quinze incidents de braconnage, au cours desquels des animaux tels que des éléphants, des rhinocéros, des léopards, des buffles et des zèbres ont été abattus.

0 2 2

Le Botswana a une forte éthique de conservation. Sa politique de développement est gouvernée par le principe de la conservation de l'environnement. Conformément à ce principe, le Botswana apporte un soutien enthousiaste aux conventions internationales relatives à l'environnement. C'est ainsi que nous sommes signataires de la convention sur le commerce international des espèces sauvages de faune et de flore menacées d'extinction et de la convention RAMSAR relative aux zones humides d'importance internationale, particulièrement comme habitats de la sauvagine. Ces conventions nous engagent à protéger les espèces sauvages contre le braconnage, une menace qui a déjà décimé, de façon irréversible, des populations d'espèces animales dans d'autres parties de l'Afrique.

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, le présent différend porte sur une zone qui est un refuge pour les espèces sauvages, mais uniquement du côté botswanais. Du côté namibien de la frontière, dans le Caprivi, les braconniers et les massacres systématiques commis avant l'indépendance par l'armée d'occupation de l'Afrique du Sud de l'apartheid ont pratiquement

éliminé toute vie sauvage. La situation n'a pas beaucoup évolué. Les espèces sauvages ont disparu du Caprivi. En revanche, elles abondent de l'autre côté du fleuve, dans le parc national du Chobe, dont l'île en litige fait partie intégrante. Cette île est une zone de pâturage importante pour les espèces sauvages du parc naturel du Chobe. Si la Cour devait se prononcer en faveur de la Namibie, cette décision aurait pour effet immédiat de faire disparaître les espèces sauvages de l'île, car elles y seraient chassées comme elles l'ont été dans le reste du Caprivi. Ainsi, dans l'intérêt de la conservation, et pour toutes les autres raisons avancées par le Botswana en l'espèce, je fais respectueusement valoir que la Cour devrait se prononcer en faveur du Botswana. Ce faisant, la Cour adresserait à toute l'humanité, y compris aux Namibiens, un message clair relatif à la conservation.

Les relations générales avec la Namibie

0 2 3 Les relations entre les peuples botswanais et namibien ont commencé avant l'indépendance des deux pays. Dès 1903-1904 puis à nouveau en 1913, le peuple de la Namibie s'est réfugié au Botswana pour échapper à l'oppression coloniale qu'il connaissait chez lui. Cette tendance s'est poursuivie au cours de la guerre namibienne de libération, jusqu'à l'indépendance en 1990. De sorte que, lorsque le Botswana a accédé à l'indépendance, en 1966, il comptait un nombre assez grand de réfugiés namibiens; certains d'entre eux ont choisi de devenir citoyens botswanais.

Le Botswana n'a pas ménagé ses efforts pour soutenir l'indépendance de la Namibie, et a été partie prenante dans les négociations des Nations Unies ayant abouti à l'indépendance de la Namibie. De fait, le représentant permanent du Botswana auprès des Nations Unies a été désigné en 1990 représentant spécial adjoint du Secrétaire général en Namibie. Le Botswana est resté dans de très bonnes dispositions vis-à-vis de la Namibie.

Les accords de coopération

C'est au cours d'une visite d'Etat en Namibie que les deux pays ont signé trois accords de coopération, à savoir le protocole d'entente sur la défense et la sécurité, l'accord pour la création d'une commission mixte de coopération Namibie-Botswana et un accord de coopération dans les domaines de la culture et de l'éducation. Ces accords, dont il est question au paragraphe 107 du mémoire du Botswana, prévoient l'échange d'informations entre les autorités chargées de la sécurité et du respect des lois, particulièrement concernant la criminalité transfrontière, la lutte contre le braconnage, la coopération économique, technique et commerciale, ainsi que les rapports entre les peuples. Les deux pays ont répondu aux attentes suscitées par ces accords et il en a résulté une coopération concrète dans tous ces domaines.

A son tour, S. Exc. le président Sam Nujoma s'est rendu en visite au Botswana en septembre 1990, visite au cours de laquelle un accord majeur a été signé sur le rapatriement des Namibiens qui vivaient au Botswana depuis des générations. L'accord était unique en ce sens qu'il permettait aux Namibiens d'émigrer en masse et de rapatrier tous leurs biens meubles. Il revenait à renoncer aux lois normales régissant l'immigration, les échanges économiques et le change des devises. Les opérations de rapatriement ont commencé en 1993 et ont pris fin en 1996. D'après le journal namibien *New Era*, daté du 11 août 1997, plus de trois mille personnes se sont réinstallées avec succès. Une copie de cet article figure dans le dossier des juges (onglet n° 5).

Les allégations selon lesquelles les forces de défense botswanaises se seraient rendues coupables de harcèlement et d'assassinats

Monsieur le président, il est paradoxal de relever que deux ans à peine après que le Botswana avait assuré le retour chez eux de plus de trois mille Namibiens, quelque autres deux mille cinq cents Namibiens sont venus au Botswana, cette fois en tant que réfugiés politiques de la Namibie indépendante. Le premier groupe, de quatre-vingt douze personnes, est arrivé le 27 octobre 1998,

faisant état de harcèlement de la part des forces de sécurité et de divergences politiques. Il est révélateur de constater que ces Namibiens du Caprivi ont choisi de chercher refuge au Botswana, ce pays dont on a dit à la Cour qu'il avait adopté «une politique d'abattre sans sommation les Namibiens» ! Si tel était le cas, les Namibiens du Caprivi auraient cherché refuge dans d'autres pays avoisinants. Mais ils ont choisi de se réfugier au Botswana, parce qu'ils sentaient que le pays était sûr et pacifique. Les réfugiés namibiens se sont également sentis suffisamment en sécurité pour monter à bord des véhicules des forces de défense botswanaises, et pour partager avec elles la nourriture et l'eau, avant d'être remis aux autorités civiles. Les allégations namibiennes de harcèlement et d'assassinats de Capriviens ne correspondent pas aux faits qui ont eu lieu sur le terrain. L'initiative des réfugiés de chercher refuge au Botswana est plus parlante que les paroles prononcées devant la Cour !

Il est fort regrettable que la Namibie ait dressé devant la Cour un tableau trompeur de la situation le long de notre frontière commune autour de l'île de Sedudu. Les allégations de harcèlement, d'assassinats et de tension entre le Botswana et la Namibie sont complètement fausses, et ne sauraient être étayées.

Tout d'abord, dans sa majorité, la population qui vit le long de la frontière autour de l'île de Sedudu forme un seul peuple, le peuple Basubia. Le peuple Basubia du Botswana ne vit pas à des centaines de kilomètres, comme on a voulu le faire croire à la Cour, mais bien autour de l'île de Sedudu, et Kasane est son centre administratif et commercial. La ville de Kasane n'est pas à plus de deux kilomètres de l'île de Sedudu.

Le peuple Basubia du Botswana n'a pas été séparé par la frontière internationale de ses parents et amis en Namibie, ils franchissent toujours la frontière pour se rendre visite les uns aux autres. Ils participent aux mariages et funérailles les uns des autres. La situation des Basubia n'est pas exceptionnelle. D'autres communautés le long de notre frontière commune avec la Namibie se

0 2 5 trouvent divisées par la frontière : par exemple, les Baherero, les San ou Bushmen et autres groupes ethniques de langue tswana, qui vivent également de part et d'autre de la frontière. J'ajouterai que ce phénomène est commun à de nombreux pays africains. Ainsi, le peuple Basubia du Botswana vit le long de la frontière autour de l'île de Sedudu et a des parents de l'autre côté du fleuve dans la bande du Caprivi, en Namibie.

La ville de Kasane, située à l'intérieur du Botswana à 2 kilomètres seulement de l'île, est le seul centre commercial qui dessert à la fois le Botswana et le Caprivi oriental namibien. La ville namibienne la plus proche est Katimo Molilo, à 100 kilomètres par la route. Kasane est un centre administratif et commercial autonome, où toute une série d'autorités gouvernementales sont représentées — des autorités compétentes en matière d'architecture à celles compétentes en matière vétérinaire — et où le secteur privé offre des services, comme la vente en gros de marchandises et les marchés libres de poisson.

Le peuple namibien du Caprivi oriental bénéficie sans entrave des services offerts par notre gouvernement et par le secteur privé. Tous les jours à l'aube, vous les voyez arriver dans leurs barques et leurs canots, pour vendre du poisson, acheter des marchandises, recevoir des soins médicaux. Pendant la seule période allant de 1993 à 1996, l'hôpital pour soins de santé primaires de Kasane a accueilli plus de cent soixante patients namubiens. Sur ce total, vingt ont été transférés à l'hôpital de Francistown, plus important et mieux équipé, à environ 500 kilomètres de Kasane. Tout au long de la journée, les Namubiens manœuvrent simplement leurs petites embarcations pour entrer et sortir de Kasane sans devoir accomplir de formalités d'immigration.

Ainsi, les activités économiques et sociales entre les Basubia de Botswana et de Namibie se déroulent dans un climat pacifique, de part et d'autre du fleuve, contrairement au tableau dépeint par la Namibie devant la Cour. Le Botswana garde toujours à l'esprit la nécessité de conserver avec ses voisins des relations pacifiques et stables et, particulièrement, de respecter les dispositions

contenues dans le communiqué de Kasane de mai 1992. A cet égard, le paragraphe *d)* de ce communiqué énonce que «les activités économiques telles que la pêche se poursuivront, étant entendu que les filets de pêche ne seront pas posés en travers du cours d'eau».

Les trois présidents du Botswana, de la Namibie et du Zimbabwe se sont mis d'accord sur cette disposition afin d'éviter que les vedettes des forces de défense botswanaises ne soient gênées par les filets de pêche lorsqu'elles patrouillent le long de la rivière à la recherche de braconniers. Ainsi, l'allégation faite par la Namibie selon laquelle les forces de défense botswanaises empêcheraient les pêcheurs de pêcher n'est pas fondée. La seule condition — qui a été acceptée par les trois pays, y compris la Namibie — est que les pêcheurs ne doivent pas poser leurs filets en travers du fleuve, parce que ces filets tendent à endommager les moteurs des vedettes des forces de défense botswanaises. Les pêcheurs peuvent poser leurs filets dans le fleuve, sauf au centre du chenal nord, le long duquel patrouillent les bateaux des forces de défense botswanaises.

0 2 6

La Namibie souhaite le retour des réfugiés

Le président du Botswana n'a pas tardé à écrire à son homologue namibien pour attirer son attention sur cette évolution malheureuse. La Namibie a répondu en demandant le retour immédiat de tous les réfugiés namibiens au Botswana. Le Botswana a répondu que cela n'était pas possible, puisqu'il était tenu de respecter la convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés. Depuis, le Botswana a proposé, et la Namibie a accepté, que le ministre namibien de l'intérieur vienne en visite au Botswana, où il pourrait s'adresser aux réfugiés namibiens. On s'attend à ce que le ministre leur assure un retour au pays en toute sécurité. Le Botswana espère que la visite au Botswana du ministre namibien de l'intérieur aura lieu le plus tôt possible afin de permettre le rapatriement volontaire des réfugiés namibiens du Botswana vers la Namibie. Le Botswana ne peut que souhaiter la paix et la stabilité en Namibie parce que, celle-ci étant son proche voisin, la paix et la stabilité en Namibie conditionnent la paix et la stabilité au Botswana. Il est encourageant de relever que le président de la Namibie envisage une visite au Botswana du 10 au 12 mars prochain, au cours de laquelle cette question pourrait être réglée de façon définitive.

Monsieur le président, avant de résumer, je voudrais contester ce que la Namibie a présenté à la Cour comme une faute grave des forces de défense botswanaises, dont l'intervention aurait gêné M. Alexander dans ses observations et ses mesures du débit du Chobe. La Namibie a fait cette allégation à plusieurs reprises au cours du premier tour de plaidoiries et au paragraphe 12 de sa réplique. Le commandant des forces de défense botswanaises a été prié de faire des commentaires sur cette allégation selon laquelle M. Alexander aurait été gêné dans ses travaux. Avec la permission de la Cour, je voudrais lire les passages pertinents de la réponse qu'il a fournie à la Cour :

«Les troupes ont reçu pour instruction de permettre à l'équipe de mener son étude non seulement le long du Chobe, mais aussi dans les deux chenaux, à l'île de Kasikili/Sedudu. Le commandant de la force d'intervention a reçu les instructions claires ci-après : «Ils pourront circuler librement jusqu'à la ligne des arbres, s'ils le souhaitent. Ne les confinez pas au lit du cours d'eau.» (Voir app. A.) A notre connaissance, personne n'est intervenu ou ne les a empêchés de mener à bien leur tâche. Nos instructions étaient très claires, sans ambiguïté, écrites noir sur blanc...

0 2 7

Le seul incident qui a eu lieu à notre connaissance s'est produit le 11 avril 1990 à midi trente, lorsqu'une fusée d'avertissement a été tirée en l'air et non pas en direction de l'hélicoptère. Le commandant de la section a décidé de le faire lorsqu'il est apparu que le pilote ne cherchait qu'à identifier sa position et non pas à étudier le chenal, contrairement à ce que prévoyait l'autorisation. Le pilote a tourné de façon répétée autour de la position occupée par l'unité. Des équipes de télévision namibiennes avaient déjà tenté d'identifier cette position. Ainsi, les actions du pilote ont obligé le commandant de la section à l'avertir à tout le moins de leur présence en cet endroit particulier, d'autant plus que, du point de vue du commandant de section, rien apparemment ne justifiait ce comportement du pilote.»

Monsieur le président, il ressort du récit du commandant des forces de défense botswanaises, des instructions claires avaient été données par écrit aux forces sur le terrain de ne pas gêner les travaux de l'équipe namibienne le long du fleuve. Ces instructions ont été suivies à la lettre. M. Alexander n'a pas été gêné dans ses travaux.

Les allégations namibiennes d'intervention sont en contradiction manifeste avec la situation sur le terrain. La Cour aura vu sur le film vidéo projeté par la République de Namibie que la vedette des forces de défense botswanaises n'a en rien menacé M. Alexander. En regardant le film

vidéo présenté par la Namibie, la Cour aura noté que l'embarcation des forces de défense botswanaises circulait de façon pacifique alors que M. Alexander et son équipe effectuaient les travaux dont les résultats ont, depuis lors, été soumis en tant que partie de la réplique namibienne.

La Cour comprendra que, tout comme les équipes namibiennes étaient occupées à faire des observations sur le fleuve et à produire le film vidéo sur les forces de défense botswanaises, celles-ci vauaient à leurs propres affaires, qui consistaient à patrouiller la rivière à la recherche de braconniers, comme elles le font régulièrement depuis 1987.

Conclusion

Monsieur le président, en conclusion, je souhaite faire valoir que la frontière entre le Botswana et la Namibie a été établie sur la base de l'article 3 de l'accord anglo-allemand de 1890.

L'accord stipule qu'à l'endroit où le fleuve bifurque, la frontière suit le chenal principal. Or, c'est le chenal nord qui est le chenal principal. Le rapport d'enquête conjointe de 1985, qui est issu de l'expertise conjointe faite par le Botswana et l'Afrique du Sud, l'a également confirmé de façon plus récente. Les Namibiens ont non seulement rejeté ce rapport technique, mais aussi la proposition du Botswana, faite en avril 1992, de mesurer à nouveau les deux chenaux, afin de déterminer lequel était le chenal principal et donc la frontière aux termes de l'accord anglo-allemand de 1890.

028

Le Botswana n'a pas vu la nécessité de soulever un différend frontalier avec la Namibie indépendante en 1990, parce qu'un tel différend n'existait pas. Le différend n'a surgi que lorsque le vice-ministre namibien a revendiqué l'île en mars 1992. Pour le Botswana, il est totalement incompréhensible que la Namibie transforme maintenant en un différend frontalier l'incident de 1984, qui s'inscrivait dans la politique d'apartheid d'agression et de déstabilisation. L'incident de 1984 n'a pas été le seul acte d'agression contre le Botswana : celui-ci en a cité toute une série à la page 43 de son mémoire.

Lors du sommet d'Harare de 1995, le Botswana a proposé que le différend frontalier avec la Namibie soit porté devant la Cour. Il a fait cette proposition afin d'éviter un conflit ouvert avec la Namibie qui émettait une revendication sur le territoire botswanais. Le Botswana ne doute pas que la Cour se prononcera en faveur du Botswana et dira que le chenal nord est la frontière parce qu'il constitue le chenal principal autour de l'île de Sedudu.

Monsieur le Président, Madame et Messieurs de la Cour, je vous remercie de votre attention.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Selepeng. L'audience est suspendue pour une pause de quinze minutes.

L'audience est suspendue de 11 h 10 à 11 h 25.

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

M. BROWNLIE : Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, j'ai le privilège de représenter ici le Gouvernement du Botswana.

**Le différend concerne l'interprétation de l'accord
anglo-allemand de 1890**

Pour commencer, sur quoi porte le différend ?

Il s'agit d'une question d'interprétation et d'application de l'accord anglo-allemand de 1890.

La partie pertinente de l'article 3 de l'accord stipule :

029

«Article 3

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

.....

2. A l'est, par une ligne qui part du point d'intersection susmentionné et suit le 20° degré de longitude est jusqu'à son intersection avec le 22° parallèle de latitude sud, suit ce parallèle vers l'est jusqu'à son intersection avec le 21° degré de longitude est;

puis suit ce méridien vers le nord jusqu'à son intersection avec le 18^e parallèle de latitude sud; suit ce parallèle vers l'est jusqu'au Chobe; et suit le centre du chenal principal de cette rivière jusqu'à son confluent avec le Zambèze, où elle s'arrête.»

Monsieur le président, il s'agit manifestement d'un traité relatif à une frontière. Il crée une frontière politique linéaire. Il ne crée aucune sorte de zone.

Le problème précis qui se pose est celui de l'application de ce texte à la situation que crée la bifurcation du cours d'eau en question.

Le Botswana considère que «le chenal principal» est le chenal nord et ouest.

Critères applicables à la détermination du chenal principal

Les critères appliqués à cet égard sont les suivants :

Premièrement, les négociateurs de l'accord anglo-allemand s'intéressaient à la navigabilité et le chenal nord a toujours été le chenal utilisé pour le trafic fluvial à fort tonnage.

Le projet de convention du 21 juin 1890, après avoir délimité la frontière dans le Chobe, stipule que «la liberté d'accès du protectorat allemand au Zambèze par le Chobe est accordée à l'Allemagne» : ce document et beaucoup d'autres témoignent de l'intérêt généralement porté à la navigabilité et à l'accès aux grands fleuves et lacs africains (projet de convention : mémoire du Botswana, vol. II, p. 103-104).

Deuxièmement, le chenal nord répond au critère de navigabilité parce que c'est le chenal *le plus profond*.

Le rapport sur levé commun de 1985 traite exclusivement de la profondeur (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 48).

030

Le levé commun, qui a été effectué par des hydrologistes qualifiés et confirmés désignés conjointement par l'Afrique du Sud et le Botswana, a établi grâce à 27 coupes transversales que le chenal nord était le plus profond, avec une profondeur moyenne de 5,7 mètres, supérieure de 2,13 mètres à celle du chenal sud. Ces coupes transversales figurent sur un plan à échelle graphique linéaire joint au *rapport sur le levé commun*.

Troisièmement, le rapport sur le levé commun équivaut à un instrument résultant d'un accord intergouvernemental de 1984. Ce rapport constitue un «accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions» aux fins de la convention de Vienne sur le droit des traités (art. 31, par. 3 a)).

Le rapport donne les indications suivantes sur le mandat en vertu duquel le levé a été entrepris :

«Lors d'une réunion intergouvernementale tenue à Pretoria le 19 décembre 1984, il a été décidé d'effectuer un levé commun pour déterminer si le chenal principal du Chobe se situe au nord ou au sud de l'île de Sedudu/Kasikili.»

Il se poursuit ainsi :

«Des représentants du service compétent de chacun des deux pays, accompagnés de collègues des services d'hydrologie, se sont rendus sur place pour procéder à un levé du thalweg au voisinage de l'île. Mention expresse du thalweg est faite dans l'accord conclu en 1890 entre l'Angleterre et l'Allemagne.»

Et, Monsieur le président, les «conclusions» du rapport sur le levé commun sont très clairement énoncées :

«Conclusions

Le segment principal de la rivière Chobe contourne maintenant l'île de Sedudu/Kasikili en ses points ouest et nord (voir carte C en annexe.) (Illustrations : dossier des juges, onglet 6.)

Le rapport poursuit :

«Les éléments de preuve disponibles semblent indiquer que tel a été le cas depuis 1912 au moins.

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

On lit ensuite :

«Si le segment principal de la rivière se situait bien au sud de la rivière, il est alors envisageable que l'érosion de la vallée de Sedudu, dont on peut voir la location sur la carte C en annexe, ait provoqué l'ensablement partiel du segment méridional.

Des photographies aériennes montrant les segments de la rivière aux abords de l'île sont disponibles dans les archives des deux organisations nationales d'étude. Elles ont été prises en 1925, 1943, 1972, 1977, 1981 et 1982.»

La dernière phrase est : «Les photographies ne montrent aucune preuve de changements substantiels dans la position des segments.»

Monsieur le président, en réalité, la photographie de 1982 n'existe pas et donc, dans la série du rapport, qui date, bien entendu, de 1985, la première et la dernière photographies aériennes sont, respectivement, celles de 1925 et de 1981. Or, une des caractéristiques de l'île est la stabilité de son profil et si vous regardez à l'onglet 7, page 1, nous avons la photographie aérienne de 1925, qui est projetée à l'écran. Point particulièrement important dans le contexte actuel où il s'agit simplement d'illustrer la situation, il y a à l'extrémité est de l'île, marquée maintenant par la flèche jaune, une sorte de saillie, et elle est là en 1925.

Maintenant, si on passe à ce qui était la dernière photographie aérienne de la série quand le rapport a été rédigé, c'est-à-dire la photographie aérienne de 1981, vous découvrirez le même profil de l'île en général et vous verrez une fois de plus la même saillie à l'est de l'île. Et donc, il n'y a vraiment pas grand-chose qui donne à penser que, malgré les crues saisonnières, les conditions sur l'île et son profil physique aient varié au fil des ans. La saillie est là en 1925 et on la retrouve avec le même profil en 1981.

Monsieur le président, le rapport sur le levé commun est un document qui ne figure pas dans les annexes au mémoire de la Namibie, dont le nombre atteint 144. Il ne figure pas non plus dans les annexes au contre-mémoire ou à la réplique de la Namibie.

Il est toutefois mentionné brièvement dans le mémoire de la Namibie, à la page 116, mais sans renvoi à un document, et plus longuement dans le rapport de M. Alexander (mémoire de la Namibie, vol. VI, première partie, p. 30-32; trad. fr., p. 20-22). Le rapport de M. Alexander comporte un renvoi à une source qui n'est pas particulièrement bien choisie, à savoir les observations du Botswana soumises à la commission mixte d'experts techniques.

Et donc, nos distingués adversaires sont sur la réserve en ce qui concerne ce document. Bien qu'il soit marginalisé dans la présente instance par nos adversaires, le rapport sur le levé commun a été invoqué précédemment à diverses reprises par le Gouvernement de la Namibie, par exemple

0 3 2 dans son mémorandum présenté à la commission mixte d'experts techniques sur le différend frontalier entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili rédigé par le ministère des affaires étrangères à Windhoek et daté du 2 février 1994.

Le passage pertinent est le suivant :

«La quasi-totalité des faits établis et jugés concluants par le rapport conjoint de 1948 comme l'emplacement de la frontière sur les cartes officielles britanniques, allemandes et sud-africaines, l'occupation et le contrôle effectifs de l'île de Kasikili par les autorités allemandes puis sud-africaines et l'exploitation de l'île par les habitants du Caprivi *ont été confirmés par le levé commun de 1985.*»

La Namibie ne rechigne donc pas, du moins à certaines fins, à s'appuyer sur le levé commun. Et son exposé se poursuit ainsi :

«*Un fait nouveau et juridiquement intéressant a été ajouté par le levé de 1985, à savoir que le segment principal de la rivière Chobe contourne maintenant [les majuscules sont de moi] l'île Sidudu/Kasikili en ses points ouest et nord (voir conclusions, annexe 2, p. 3). Le rapport sur le levé commun indique en outre que le chenal principal passe à l'ouest et au nord «depuis 1912 au moins», soit environ 22 ans depuis que le traité de 1890 est entré en vigueur...*» (Les italiques sont de nous.)

Comme mon collègue, M. Tafa, l'expliquera, le Gouvernement de l'Afrique du Sud s'est montré peu enclin à accepter que les conclusions du rapport sur le levé commun soient mises en œuvre, mais n'a pas contesté la principale d'entre elles, à savoir que le chenal principal du Chobe passe à l'ouest et au nord de l'île de Kasikili/Sedudu.

Le quatrième élément confirmant que le chenal principal aux fins de l'accord de 1890 est celui du nord est la concordance de vues des fonctionnaires qui ont à diverses époques été concernés par cette question. La conduite ultérieure des parties et celle des fonctionnaires feront l'objet d'un examen plus approfondi en temps voulu.

Les éléments de preuve relatifs à la question de la détermination du «chenal principal» du Chobe sont si manifestement favorables à la position du Botswana que nos distingués adversaires ont été forcés de faire preuve d'une ingéniosité considérable pour élaborer des stratégies de défense.

Stratégies de défense de la Namibie

Ces stratégies de défense revêtent deux formes principales.

0 3 3 Premièrement : le recours de la Namibie à la prescription

La première de ces stratégies n'est pas bien inspirée. Elle conduit la Namibie à un aveu majeur de faiblesse. La Namibie plaide la prescription et cela entraîne immédiatement l'aveu d'une faille de sa thèse qui doit être compensée par la prescription.

Tout l'intérêt de la prescription est de conférer une légitimité relative à ce qui, sinon, serait illégal.

M. Audinet, le juriste français qui faisait alors autorité, a observé dans un article écrit six ans seulement après la conclusion de l'accord anglo-allemand :

«La prescription aurait donc pour but de suppléer au consentement qui a fait défaut : consentement de l'Etat, de la population ou de l'un et l'autre.» (*Revue générale de droit international public*, vol. 3, 1896, p. 318 : le texte de l'article est reproduit à l'annexe 2 du contre-mémoire du Botswana.)

Dans son étude intitulée, *The Acquisition of Territory in International Law*, M. Jennings (alors ainsi dénommé)

«la prescription au sens strict du terme, qui permet à l'exercice effectif de droit souverain pendant une certain laps de temps de remédier à une imperfection du titre, autrement dit au cas où l'exercice de droit souverain repose sur un titre dont le caractère imparfait peut être démontré ou est même initialement injustifié». (*The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, 1963, p. 21.) [*Traduction du Greffe.*]

Les écritures de la Namibie attachent beaucoup d'importance au titre fondé sur la prescription.

Le mémoire de la Namibie consacre moins de cinq pages au texte effectif de l'accord de 1890 (p. 45-49). La plus grande partie des écritures expose une thèse fondée sur la prescription (p. 59-139). La section en question du mémoire de la Namibie, qui en constitue la deuxième partie, s'intitule : «La conduite ultérieure des parties au traité anglo-allemand de 1890 et de leurs successeurs en titre en ce qui concerne l'île de Kasikili» (p. 59). Toutefois, ce titre ne correspond pas au contenu réel de l'argumentation figurant dans cette deuxième partie du mémoire de la Namibie.

Le texte indique en fait très franchement la direction prise. L'introduction au chapitre 1 de la deuxième partie en donne d'emblée un avant-goût :

0 3 4

«La conduite ultérieure des parties au traité est pertinente dans la présente controverse... En premier lieu, elle corrobore l'interprétation du traité développée dans la première partie du mémoire. *En deuxième lieu, elle constitue un deuxième fondement totalement distinct de la revendication de la Namibie en vertu des doctrines concernant l'acquisition des territoires par prescription, acquiescement et reconnaissance.*» (Mémoire, p. 60, par. 165.)

L'introduction à la deuxième section de ce chapitre n'est pas moins catégorique :

«*La conduite des parties au cours du siècle qui a suivi 1890 démontre que la Namibie est en droit d'exercer sa souveraineté sur l'île de Kasikili par l'effet des doctrines de la prescription, de l'acquiescement et de la reconnaissance de manière tout à fait indépendante à sa revendication fondée sur le traité.* Bien que les auteurs se soient livrés à maintes exégèses pour élaborer des distinctions entre ces trois doctrines, les éléments fondamentaux qui entrent en ligne de compte pour leur application sont les faits établis dans les chapitres ultérieurs de la présente partie du mémoire : 1. l'occupation et l'utilisation 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.» (Les italiques sont de nous; mémoire, p. 66, par. 180.)

L'argumentation de la Namibie fondée sur «la conduite ultérieure des parties ... et de leurs successeurs en titre» constitue du point de vue juridique un solécisme majeur parce qu'elle n'est pas réellement liée à un processus d'interprétation d'un traité. Comme le montrent les citations suivantes, la thèse développée par la Namibie dans le chapitre relatif à la conduite ultérieure est intimement liée au thème distinct de la prescription :

«La Namibie a démontré dans son mémoire que les Masubia du Caprivi avaient occupé et cultivé l'île de Kasikili avant même la conclusion du traité de 1890 jusque bien après le milieu du siècle actuel et que les prédécesseurs en titre de la Namibie avaient continuellement exercé leur juridiction sur la région au vu et au su du Botswana et de ses prédécesseurs et sans aucune opposition ni protestation officielle de leur part jusqu'en 1984. De l'avis de la Namibie, ces faits non seulement confirment l'interprétation du traité selon laquelle il situe la frontière dans le chenal sud du Chobe à l'île de Kasikili, *mais constitue également un titre distinct de souveraineté sur l'île en application de la doctrine de l'acquiescement, de la reconnaissance et de la prescription.*» (Les italiques sont de nous; contre-mémoire de la Namibie, p. 40, par. 83; la note de bas de page omise.)

«L'examen qui vient d'être entrepris des éléments relatifs à la conduite ultérieure des parties figurant dans le mémoire du Botswana ne fait que confirmer que la Namibie et ses prédécesseurs en titre étaient en possession de l'île de Kasikili de 1890 à 1991. Pendant toute cette période, la Namibie a exercé sa juridiction sur l'île de Kasikili.

Tout cela était su et accepté par les autorités du Botswana qui ne s'y sont pas opposées avant 1984. *Cette description, d'une part, confirme l'interprétation du traité qui situe la frontière dans le chenal sud et, d'autre part, établit le droit que possède la Namibie sur l'île en vertu des doctrines de l'acquiescement, de la reconnaissance et de la prescription.*» (Les italiques sont de nous; contre-mémoire de la Namibie, p. 60, par. 137.)

0 3 5 Dans sa réplique, le Gouvernement de la Namibie se plaint de ce que le Botswana affirme «que le mémoire de la Namibie met surtout l'accent sur l'allégation d'un titre acquis par prescription, c'est-à-dire d'un titre qui prend effet indépendamment de l'accord de 1890» (réplique de la Namibie, p. 1, par. 3).

La Namibie explique ensuite que ce moyen est invoqué à titre subsidiaire et que l'exposé de moyens subsidiaires est acceptable. (Réplique de la Namibie, p. 3, par. 8.)

Mais, Monsieur le président, ce n'est pas la question. Il y a trois points que la Namibie n'a pas abordés. Le premier est la position nettement prise par la Namibie elle-même selon laquelle le titre fondé sur la prescription existe indépendamment de l'accord de 1890. Ce fondement distinct de la revendication est souligné à nouveau dans sa réplique.

La réplique cite ainsi le contre-mémoire de la Namibie où on lit (par. 2) :

«Dans son mémoire, la Namibie fonde sa revendication concernant l'île de Kasikili sur deux motifs distincts : *en premier lieu*, son interprétation du libellé du traité anglo-allemand de 1890, qui établit que le «chenal principal» du Chobe autour de l'île de Kasikili est le chenal sud; *en second lieu*, sur la prescription assurée par la possession et l'usage de l'île et par l'exercice de la juridiction sur celle-ci de façon ininterrompue pendant près d'un siècle après 1890, sans opposition ni protestation du Botswana.» (Les italiques sont dans l'original.)

La Namibie confirme donc ainsi une fois de plus qu'elle ressent la nécessité de chercher à invoquer un titre qui n'est pas lié à l'accord de 1890.

Monsieur le président, le deuxième point qui reste valable est celui de l'évaluation par le Botswana des écritures de la Namibie et en particulier du contre-mémoire, suivant laquelle c'est en pratique surtout sur la revendication du titre par prescription que la Namibie insiste. La Cour se formera sans aucun doute sa propre opinion sur cette question mais il est clair que le Botswana a le droit d'avancer sa propre évaluation de la situation.

Le troisième point avec lequel il faut compter concerne la nature de la technique classique de l'argumentation à titre subsidiaire. Le Botswana ne se plaint pas de ce que le Gouvernement de la Namibie élabore des arguments à titre subsidiaire. C'est sa prérogative en matière de pratique judiciaire. Toutefois, le Botswana a le droit de faire sa propre évaluation des risques inhérents à l'invocation subsidiaire de titres lorsque ces titres sont totalement incompatibles les uns avec les autres. En pareil cas, l'invocation parallèle justifie que l'on en tire des conclusions opposées.

036 Dans son contre-mémoire, le Gouvernement du Botswana a fait l'évaluation suivante de l'argumentation namibienne :

«139. Sous cette forme, la preuve alléguée de l'acquisition d'un titre par prescription ne peut pas être admise comme une «pratique ultérieure», car dans un tel cas l'hypothèse de travail est précisément l'existence d'un *titre du Botswana* (ou de son prédécesseur), qui serait remplacé par l'effet de la prescription. L'argument tiré de la prescription doit partir du principe que le titre conventionnel initial du Botswana a été remplacé par un mécanisme dépourvu de tout rapport avec l'accord de 1890. La *pratique ultérieure* ne peut être considérée comme telle si les pièces du dossier sont *ab initio* l'antithèse du concept de la *pratique ultérieure*.»

Et le contre-mémoire du Botswana poursuit :

«140. Pour invoquer un titre fondé sur la prescription, il faut supposer au départ une situation préexistante qui serait licite et fondée sur l'application de l'accord de 1890. De plus, en tant que titre qui produirait des effets indépendamment de l'accord, comme le soutient avec insistance la Namibie, la possession alléguée ne pouvait pas être exercée à titre de souverain au sens de l'accord de 1890. Une telle conception de la légitimation ultérieure d'une possession alléguée est l'antithèse du concept «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», aux termes des dispositions de l'alinéa *b*) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités. A cet égard, il est remarquable que la Namibie ne veuille attacher aucune importance à ce qui s'est produit en 1984, lorsque les Gouvernements de l'Afrique du Sud et du Botswana sont effectivement convenus en termes exprès d'appliquer l'accord de 1890 (voir mémoire du Botswana, chap. IV, et ci-dessous, par. 241-246).

141. L'extrême importance accordée à l'argument tiré de la prescription indique de la façon la plus claire que le titre conventionnel et les éléments de preuve scientifiques présentés à l'appui de ce titre n'inspirent à la Namibie qu'une confiance limitée.» (Contre-mémoire du Botswana, p. 55-56.)

Monsieur le président, le Gouvernement du Botswana réaffirme cette analyse de la position namibienne. L'importance attachée par la Namibie à la prescription peut être constatée très simplement en examinant les conclusions de ses écritures.

1. Le mémoire de la Namibie comprend cent quarante pages de texte sur lesquelles les quatre-vingt-deux pages de la deuxième partie sont consacrées à la conduite ultérieure et à la prescription. Ces deux questions sont liées entre elles mais ce sont la possession de fait et la prescription acquisitive qui sont mises au premier plan. Cela ressort très clairement d'une lecture attentive de la conclusion. Permettez-moi de citer deux de ses principaux passages :

«Nous avons exposé dans la deuxième partie la pratique et la conduite des parties en cause — l'Allemagne, la Grande-Bretagne, le Bechuanaland, l'Afrique du Sud, le Botswana et la Namibie — au cours du siècle qui s'est écoulé entre la conclusion du traité anglo-allemand de 1890 et la date d'accession de la Namibie à l'indépendance en 1990. Les observations que nous pouvons formuler en guise de conclusion sont les suivantes :

037

Les Masubia de la bande de Caprivi ont utilisé et occupé l'île de Kasikili comme partie intégrante de leurs terres et de leur vie avant la date de conclusion du traité et pendant de nombreuses décennies par la suite. A partir du milieu des années soixante, l'Afrique du Sud a exercé un contrôle militaire direct sur l'île jusqu'à l'accession à l'indépendance de la Namibie.

Pendant toute cette période, les autorités administrant la bande de Caprivi à l'époque considérée — l'Allemagne en premier lieu, la Grande-Bretagne ensuite en tant que déléguée de la puissance mandataire et enfin l'Afrique du Sud en vertu du mandat et en tant qu'autorité *de facto* après qu'il eut été mis fin à celui-ci — ont exercé leur juridiction souveraine sur l'île de Kasikili. Pendant la plus grande partie de cette période, cette autorité s'est exercée suivant le régime de l'«administration indirecte», c'est-à-dire par le recours aux chefs et aux institutions politiques des Masubia pour exécuter les directives de la puissance administrante, sous le contrôle et la surveillance des représentants de celle-ci. Il est cependant arrivé que ces représentants exercent leur autorité directement et l'Afrique du Sud a exercé un contrôle militaire direct sur l'île de Kasikili au cours de la guerre d'indépendance de la Namibie.» (Mémoire de la Namibie, p. 139.)

«Cette observation finale sur la deuxième partie» du mémoire de la Namibie insiste sur une allégation d'occupation de l'île. On n'y trouve aucune mention d'une quelconque confirmation par la pratique ultérieure de l'interprétation des mots «chenal principal» dans l'accord de 1890.

2. J'en viens maintenant au contre-mémoire de la Namibie. Il comprend une section de vingt pages sur la conduite ultérieure dont la conclusion est la suivante :

«L'examen qui vient d'être entrepris des éléments relatifs à la conduite ultérieure des parties figurant dans le mémoire du Botswana ne fait que confirmer que la Namibie et ses prédécesseurs en titre étaient en possession de l'île de Kasikili de 1890 à 1991. Pendant toute cette période, la Namibie a exercé sa juridiction sur l'île de Kasikili. Tout cela était su et accepté par les autorités du Botswana, qui ne s'y sont pas opposées avant 1984. Cette description, d'une part, confirme l'interprétation du traité qui situe

la frontière dans le chenal sud et, d'autre part, établit le droit que possède la Namibie sur l'île en vertu des doctrines de l'acquiescement, de la reconnaissance et de la prescription.» (Contre-mémoire de la Namibie, p. 60, par. 137.)

Comme la Cour s'en rendra compte, on se trouve — et ce n'est pas la première fois — face à un amalgame entre la conduite ultérieure et un prétendu processus de possession sans titre ou prescription acquisitive. Le concept de «pratique ultérieure» utilisé par la Namibie équivaut à un prétendu processus de possession de fait.

La conclusion figurant dans la réplique de la Namibie sur la question de la pratique ultérieure est tout à fait similaire :

«Dans son mémoire et son contre-mémoire, la Namibie a montré qu'une pratique constante, de la signature du traité de 1890 jusqu'à l'accession du Botswana à l'indépendance, à tout le moins, «établit l'accord des parties à l'égard de l'interprétation» de ce traité, au sens de l'alinéa *b*) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne. Suivant cette pratique, constituée par l'action continuelle de la Namibie et par le silence et l'acceptation du Botswana, l'île de Kasikili se trouve dans la bande de Caprivi. Le présent chapitre a montré que les arguments invoqués par le Botswana pour nier cette pratique ultérieure ne sont pas étayés par des éléments de preuve. Les documents analysés dans ce chapitre confirment en outre que la Namibie et ses prédécesseurs en titre ont exercé une juridiction souveraine exclusive sur l'île de Kasikili, au vu et au su du Botswana et de ses prédécesseurs en titre et sans objection de leur part. La pratique ultérieure attestée par ces documents établit sans ambiguïté que les parties étaient d'accord pour placer la frontière dans le chenal qui contourne l'île de Kasikili par le sud et attribuer l'île à la Namibie.» (Réplique de la Namibie, p. 120-121, par. 280.)

Aux pages 162 et 163 de la réplique de la Namibie, on trouve une conclusion de l'argumentation de la Namibie fondée sur la prescription. Son contenu reprend de façon révélatrice la conclusion du mémoire de la Namibie relative à la pratique ultérieure et en particulier celle qui concerne la conduite ultérieure et la prescription.

Monsieur le président, voici à quoi cela revient. Personne ne peut à la fois courir avec le lièvre et chasser avec les chiens. Comme on dit en français, la Namibie mise sur les deux tableaux. Mes distingués adversaires ne peuvent se prévaloir fortement de la prescription tout en reprochant au Botswana de souligner les conséquences juridiques et logiques de cette position.

En se prévalant ainsi fortement d'une prétendue possession contraire acquisitive, la Namibie montre bien qu'elle n'a pas confiance dans l'argumentation fondée sur les dispositions de l'accord anglo-allemand.

En insistant sur la possession contraire et la prescription, la Namibie cherche à marginaliser le rôle de l'accord anglo-allemand en l'espèce.

Le caractère central de l'accord de 1890

Cette marginalisation est incompatible avec les divers instruments dans lesquels la Namibie a expressément admis le caractère central, en ce qui concerne la frontière, de l'accord anglo-allemand.

Elle l'a fait pour la première fois à l'occasion de la réunion des chefs d'Etat à Kasane, au cours de laquelle M. Mugabe, président du Zimbabwe, a joué le rôle de médiateur. Dans le communiqué du 24 mai 1992 qui en a résulté, les paragraphes pertinents sont libellés comme suit (onglet n° 8, p. 1 du dossier des juges) :

«S. Exc. le président Sam Nujoma de la Namibie et S. Exc. sir Ketumile Masire du Botswana se sont rencontrés en présence de S. Exc. le président Robert G. Mugabe du Zimbabwe le 24 mai 1992 à Kasane afin de discuter la frontière entre le Botswana et la Namibie aux environs de l'île de Sedudu/Kasikili. Après l'arrivée des présidents Mugabe et Nujoma, les trois présidents sont allés visiter le Chobe et inspecter l'île Sedudu/Kasikili *pour ensuite examiner les divers documents définissant la frontière autour de l'île. Ces documents comprenaient le traité anglo-allemand de 1890, le traité anglo-germano-portugais de 1892 et des cartes. Les deux traités définissent la frontière Botswana-Namibie le long du Chobe comme étant le milieu du segment principal de cette rivière.*»

Le communiqué se poursuit ainsi (onglet n° 8, p. 2) :

«Les trois présidents ont décidé après une franche discussion que la question devait être résolue de manière pacifique. Ils ont convenu à cette fin qu'une équipe mixte de six (6) experts techniques — trois par pays — devrait inspecter la frontière entre le Botswana et la Namibie aux environs de l'île Sedudu/Kasikili *afin de définir l'emplacement de la frontière par rapport aux termes du traité.* L'équipe devait se réunir dans les trois (3) à quatre (4) semaines à venir et soumettre ses résultats aux trois présidents. Les présidents ont convenu que les résultats de l'équipe d'experts seraient définitifs et auraient force obligatoire pour le Botswana et la Namibie.» (Les italiques sont de nous; mémoire du Botswana, vol. III, annexe 55.)

Conséquence directe des décisions prises à Kasane, les Gouvernements du Botswana et de la Namibie ont négocié le mémorandum d'accord du 23 décembre 1992 (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 57). La première disposition de fond de ce mémorandum est son article 2, qui prévoit la constitution d'un «groupe d'experts techniques ... *chargés de déterminer la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de Kasikili/Sedudu Island, conformément au traité germano-britannique de 1890*» (les italiques sont de nous).

La teneur du préambule du mémorandum d'accord confirme le rôle de l'accord anglo-allemand. Les alinéas pertinents sont les suivants :

«attendu qu'un traité entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne respectant les sphères d'influence des deux pays en Afrique fut signé le 1er juillet 1890;

attendu que l'article III(2) dudit traité entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne, respectant les sphères d'influence des deux pays en Afrique, signé à Berlin le 1er juillet 1890, définit la ligne frontalière de la sphère où l'exercice de l'influence était réservé à la Grande-Bretagne et à l'Allemagne dans le Sud-Ouest africain;

attendu que le territoire du protectorat britannique de Bechuanaland accédait à l'indépendance le 30 septembre 1966, sous la dénomination de République souveraine du Botswana, succédant ainsi aux droits et obligations du traité susmentionné entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne;

attendu que le territoire du Sud-Ouest africain accédait à l'indépendance le 21 mars 1990, sous la dénomination de République souveraine de Namibie, succédant ainsi aux droits et obligations, conformément audit traité;

attendu qu'un litige existe à propos de la frontière entre la République du Botswana et la République de Namibie, tel que décrit à l'article III, paragraphe 2 dudit traité;...»

040 Le mémorandum d'accord définit en son article 7 le mandat du groupe mixte d'experts techniques comme suit :

«1. Dans l'exécution de ses fonctions, le groupe aura le pouvoir :

- a) d'examiner l'accord germano-britannique de 1890 et le traité germano-britannico-portugais de 1892, définissant la frontière entre le Botswana et la Namibie dans la région de l'île de Kasikili/Sedudu, ainsi que toute autre carte et/ou matériel intéressants, se rapportant à la frontière entre le Botswana et la Namibie dans la région de l'île de Kasikili/Sedudu et de déterminer la frontière, conformément aux termes desdits traités;

.....

- d) de faire, de réaliser ou d'exécuter tout acte ou fonction nécessaire et pertinent pour la détermination de la frontière entre le Botswana et la Namibie dans la région de l'île de Kasikili/Sedudu, en tenant compte des, et en étant soumis aux, dispositions des traités susmentionnés au point a);
- e) de se procurer et d'examiner tous documents, graphiques, cartes, plans et tableaux, produits avant ou après 1890, relatifs à cette frontière;
- f) d'entendre, sans porter préjudice aux traités de 1890 et 1892, tout témoignage oral de toute personne compétente au Botswana et en Namibie ou dans n'importe quel pays, que le groupe considère nécessaire, afin de lui permettre d'arriver à une décision dans le litige portant sur la région de l'île de Kasikili/Sedudu; ...»

Monsieur le président, il s'agit là d'un document clé qui est un élément de la conduite ultérieure des parties. Il n'y est nullement question de prescription ou d'acquiescement.

Les dispositions du mémorandum d'accord montrent clairement que la tâche de la commission mixte d'experts techniques se limitait à l'interprétation et à l'application de l'accord anglo-allemand signé le 1^{er} juillet 1890. L'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 7 mentionne exclusivement cet accord de 1890 et le traité (non existant) de 1892 entre l'Angleterre, l'Allemagne et le Portugal. L'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 7 est significatif à cet égard. Cette disposition charge la commission mixte d'experts techniques

«de faire, de réaliser ou d'exécuter tout acte ou fonction nécessaire et pertinent pour la détermination de la frontière entre le Botswana et la Namibie dans la région de l'île de Kasikili/Sedudu, en tenant compte de, et en étant soumis aux, dispositions des traités susmentionnés au point a)». (Les italiques sont de nous.)

0 4 1 L'alinéa f) du paragraphe 1 de l'article 7 prévoit des témoignages oraux et comporte la réserve «sans porter préjudice aux traités de 1890 et 1892».

Le compte rendu de la réunion tenue à Windhoek le 8 décembre 1992 sur les termes du mandat de l'équipe commune d'experts techniques concernant la frontière entre le Botswana et la Namibie aux environs de l'île de Kasikili/Sedudu (mémoire du Botswana, annexe 56) est d'un grand secours. Ce compte rendu a été approuvé conjointement par les délégations. Il y est indiqué que selon le chef de la délégation de la Namibie, M. Albert Kawana, le distingué agent en l'espèce :

«le Gouvernement sud-africain a confirmé que la question de Kasikili n'a jamais été résolue préalablement à l'indépendance de la Namibie. *Il a maintenu que le but des parties au traité de 1890 (Grande-Bretagne, Allemagne et Afrique du Sud) et leurs pratiques ultérieures avant l'indépendance des deux pays étaient les éléments les plus importants à considérer dans la définition du litige.*» (Les italiques sont de nous; par. 27.)

Les négociations de l'année 1992 ont débouché sur les travaux de la commission mixte d'experts techniques. Celle-ci n'a pu parvenir à une conclusion sur la question qui lui était soumise et a donc recommandé «de recourir à un règlement pacifique du litige, sur la base des règles et principes du droit international applicable».

Il en est résulté que L.L. Exc. les chefs d'Etat du Botswana, de la Namibie et du Zimbabwe ont décidé de recommander que le litige soit porté devant la Cour internationale de Justice (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 59).

Il y a donc eu une séquence ininterrompue de négociations, depuis celles qui ont abouti au communiqué de Kasane de 1992 jusqu'à celles qui ont débouché sur le compromis.

Le caractère du différend est bien indiqué dans les dispositions du compromis.

La demande faite à la Cour à l'article I — dont le texte figure à l'onglet n° 2 et sera projeté à l'écran — est compatible avec tout ce qui a précédé dans cette série de négociations entre les gouvernements :

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

0 4 2 Les dispositions de l'article I doivent être interprétées à la lumière des deux premiers paragraphes du préambule :

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

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

Nous passons ensuite au quatrième alinéa :

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

Le préambule du compromis, les dispositions de son article I et les négociations intergouvernementales de 1992 indiquent tous clairement que le litige a le caractère *d'un différend frontalier*.

La formulation de l'article I du compromis

L'article I du compromis prie la Cour :

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

Selon la Namibie, les mots «et des règles et principes du droit international» établissent clairement que le différend soumis à la Cour n'est pas limité à l'interprétation du traité. La position du Botswana est critiquée au motif qu'elle contrevient au principe selon lequel «on ne saurait admettre une interprétation qui ôterait à une disposition tout sens ou tout effet». (Contre-mémoire de la Namibie, p. 7, par. 16, citant *Oppenheim's International Law*.)

Est-il vrai que l'interprétation du Botswana entraînerait un tel solécisme ? La réponse est négative, pour plusieurs motifs. Premièrement, invoquer les principes d'acquiescement, de reconnaissance et de prescription (et c'est bien là tout ce dont il est question) contreviendrait en réalité au principe dont fait état la Namibie. Si la prescription était applicable, les dispositions de l'accord anglo-allemand deviendraient complètement et totalement superflues. Même en admettant que la mention des «règles et principes du droit international» soit assez mystérieuse, il n'y a aucune raison valable de résoudre cette énigme en ne tenant aucun compte de l'accord anglo-allemand.

Si le problème considéré n'entre pas spécifiquement dans le cadre de la doctrine ou de la présomption *expressio unius est exclusio alterius*, il devrait obéir au principe plus large selon lequel les formulations particulières ont un rôle plus décisif que les formulations générales. Il est contraire au bon sens de présumer que la mention générale des «règles et principes du droit international» devrait l'emporter sur la mention d'un accord international précis *qui définit la frontière en question*.

L'interprétation sur laquelle insiste la Namibie est également contredite par toute une série d'autres principes d'interprétation des traités. Ainsi :

- i) le sens d'un terme doit être déterminé «non dans l'abstrait mais dans son contexte»
[traduction du Greffe] (*Oppenheim's International Law*, 9^e éd., vol. 1, par Jennings et Watts, p. 1273). Comme *Oppenheim's International Law* le stipule (*ibid.*) :

«A cette fin, le contexte d'un traité comprend non seulement son texte, son préambule et ses annexes, mais aussi tout accord relatif au traité et conclu entre toutes les parties en relation avec la conclusion du traité...»
[Traduction du Greffe.]

Dans le contexte aussi bien du compromis dans son ensemble que de la série d'accords connexes, notamment le communiqué de Kasane et le mémorandum d'accord, le différend concerne l'interprétation et l'application de l'accord anglo-allemand.

- ii) Le sens d'un terme doit être déterminé en fonction de l'objet et du but du traité (*Oppenheim's International Law*, 9^e éd., vol. 1, p. 1273). Le préambule du compromis souligne le lien avec le mémorandum d'accord et le fait que le but du compromis est d'assurer le règlement du différend frontalier que la commission mixte d'experts techniques (créée par le mémorandum d'accord) n'a pas réussi à résoudre. Le communiqué de la réunion au sommet tenue à Harare en 1995 confirme que tel était le but précis recherché en soumettant le différend à la Cour.

iii) Il y a un troisième principe d'interprétation qui est pertinent. Comme le fait observer

Oppenheim's International Law :

«Les circonstances de la conclusion d'un traité peuvent être invoquées pour déterminer son sens, puisqu'un traité n'est pas conclu en tant qu'acte isolé mais dans le cadre d'une série continue d'actes internationaux qui façonnent et limitent les circonstances sur lesquelles portent le traité.» [*Traduction du Greffe.*] (9^e éd., vol. 1, p. 1278.)

Ce principe de bon sens s'applique fort à propos à la succession de textes constituée par le communiqué de Kasane (1992), le mémorandum d'accord (1992), le communiqué du sommet de Harare (1995) et le compromis (1996).

Et ce parce que, s'il fallait admettre la thèse de la Namibie, le compromis autoriserait la Cour à statuer sur cette affaire *sans aucune mention des dispositions de l'accord anglo-allemand*. Un tel scénario impliquerait les conditions suivantes :

- i) les attentes clairement exprimées des chefs d'Etat telles qu'elles sont consignées dans le communiqué de Kasane et dans le mémorandum d'accord auraient été écartées;
- ii) il n'aurait pas été tenu compte du préambule du compromis;
- iii) il n'aurait absolument pas été tenu compte des mots «sur la base du traité anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890» qui figurent à l'article I du compromis;
- iv) les mots «et les règles et principes du droit international» auraient été traités comme supérieurs à la mention de l'accord anglo-allemand et non comme subsidiaires par rapport à elle.

Tout le sens de la prescription est qu'elle *remplace* le statu quo initialement conforme au droit. C'est l'antithèse parfaite de l'application d'un accord international valide — ce qu'est l'accord anglo-allemand aux fins de la délimitation de la frontière.

0 4 5

Deuxième stratégie défensive de la Namibie : présentation de thèses scientifiques absconses

La deuxième stratégie défensive de la Namibie consiste à substituer une série de thèses scientifiques absconses aux dispositions de l'accord anglo-allemand.

Ma collègue, lady Fox, exposera en temps voulu les failles substantielles dans l'argumentation scientifique de la Namibie. Je me propose d'en donner seulement un premier aperçu.

Sur la base de diverses hypothèses scientifiques, la Namibie avance notamment les propositions suivantes :

1. parce que des tronçons du Chobe sont périodiquement à sec et donc impropres à la navigation, la Namibie affirme que la navigabilité n'est pas un critère permettant d'identifier le chenal principal (réplique de la Namibie, p. 75, par. 194);
2. la notion de cours d'eau dont les berges sont stables fait place à celle de cours d'eau en tant que zone d'inondation, à laquelle il faudrait accorder plus d'importance qu'au cours d'eau dans son état normal;
3. dans ses écritures, la Namibie n'admet pas que la profondeur soit un critère pertinent aux fins de déterminer le «chenal principal» du Chobe. Le seul critère applicable serait alors le débit (mémoire de la Namibie, vol. I, p. 45, par. 131).

A cet égard, l'expert de la Namibie avance la thèse suivante :

«Le différend porte sur la section du Chobe à la hauteur de l'île de Kasikili. La longueur de cette section de la rivière est d'à peine 4 kilomètres, alors que la frontière compte en tout plus de 300 kilomètres. La logique exige que la méthode utilisée pour déterminer l'emplacement de la frontière à la hauteur de l'île de Kasikili soit applicable, d'une manière cohérente et efficace, à toute la longueur de la frontière en bordure du Chobe, telle qu'elle est définie dans le traité de 1890. La seule définition du chenal principal du Chobe qui puisse s'appliquer efficacement à toute la longueur du Chobe – y compris les sections de la rivière comportant des îles temporaires, saisonnières ou permanentes – est le chenal qui transporte la plus grande proportion de l'écoulement annuel de la rivière. Le chenal sud répond à cette exigence, mais pas le chenal nord.» (Mémoire de la Namibie, vol. VI, première partie, rapport d'expertise, p. 2, par. 1.8.)

4. C'est laisser entendre que la caractéristique géographique principale n'est pas le cours d'eau lui-même, mais l'escarpement plus au sud.

0 4 6 Aucune de ces thèses n'était présente à l'esprit des négociateurs. Aucune des cartes dont ils disposaient de l'accord anglo-allemand n'atteste un quelconque lien entre ces notions et leurs propositions préliminaires.

Dans son mémoire, la Namibie se réfère à la carte de 1889 (mémoire de la Namibie, atlas, carte II — graphique : dossier de la Cour — tableau 10, p. 1).

Cette carte a un certain poids; mention expresse en est faite dans le texte de l'accord anglo-allemand. C'est la seule carte qui soit ainsi mentionnée. Et l'on ne peut guère douter que les négociateurs s'en soient servis comme d'un document de référence de caractère général pour se repérer.

Or, la Namibie prétend invoquer la partie pertinente de la carte, que vous voyez à présent sur l'écran, à l'appui de la thèse selon laquelle les négociateurs ne se seraient pas véritablement intéressés aux cours d'eau réels, ni au Chobe lui-même, mais à l'arête du Chobe, au sud de la rivière. A mon sens, absolument rien n'autorise à penser que les légendes ni aucune autre indication figurant sur cette carte aient pu être d'un quelconque secours à un négociateur consultant celle-ci pour tenter de déterminer où il conviendrait de faire passer un tracé frontalier. Dans l'encadré, nous voyons écrit «ceinture sablonneuse couverte d'une vaste forêt descendant jusqu'au bord de l'eau». Cette mention ne possède aucun lien géographique, aucun rapport direct avec la partie de la carte où se situe en réalité la zone litigieuse. Et il n'existe pas la moindre relation nécessaire entre cette mention et l'arête sablonneuse du Chobe qui, bien sûr, existe effectivement. Chose étrange, nos adversaires accordent une importance considérable à une carte, mais ce n'est pas à cette carte; c'est à un diagramme — même pas un croquis cartographique, non : un diagramme — et il serait, je pense, instructif que la Cour tente de discerner un quelconque lien entre la carte de 1889 que la Namibie juge extrêmement importante au regard des négociations, et le diagramme 4 qui figure sur le feuillet 17 dans le rapport d'expertise produit par elle (mémoire de la Namibie, vol. VI, deuxième partie; tableau 11 dans le dossier de la Cour). Ceci est un graphique, non une véritable carte, et n'est pas conçu comme un croquis cartographique, mais comme un simple diagramme. Et c'est cette carte qui joue un rôle clé dans les preuves scientifiques avancées par la Namibie.

047 A présent, j'invite respectueusement la Cour à étudier le diagramme 4 à la lumière des extraits du rapport de M. Alexander que je viens de citer. Et j'aimerais souligner une fois encore que le diagramme 4 est une pure fiction, une invention du Gouvernement de la Namibie. Il nous présente une image du Chobe qui n'apparaît dans aucune des quarante et une cartes visées dans le rapport Rushworth (mémoire de la Namibie, vol. V, p. 20, annexe 102).

Il est curieux que les deux éminents experts de la Namibie ne se soient pas davantage concertés. La raison en est que le Gouvernement de la Namibie avait besoin de marginaliser le rôle du chenal nord et ouest. Le véritable chenal principal du Chobe dans ce secteur se trouve remplacé sur le diagramme 4 par la zone d, désignée par le rapport «comme étant le lit du chenal actif du Chobe à l'heure actuelle» (p. 15, par. 8-11). La zone d est assimilée au chenal sud. On constatera que sur le diagramme 4 du feuillet 17, le chenal «sud» — le chenal «alexandrin», comme nous l'avons appelé — est superposé à une zone qui, sur l'ensemble des cartes et des photographies aériennes, correspond à l'emplacement d'une île et, qui plus est, au tiers occidental de cette île où se situent quelques-uns de ses points les plus élevés (deuxième rapport de M. Sefe, app. 2).

Monsieur le président, rien de tout cela n'a de rapport avec la négociation de l'accord de 1890, mais le Gouvernement de la Namibie tente dans son mémoire d'établir un tel rapport. Nous y trouvons cette assez admirable tentative de reconstruction des faits :

«En retenant le Chobe, les négociateurs ont choisi ce qu'ils jugeaient être un élément topographique important et bien visible. Ils savaient, parce qu'ils avaient eu connaissance des écrits antérieurs et certainement de la carte de 1889, que la nature du relief se modifiait près de la rivière, passant de la plaine d'inondation et de marécages au nord à l'arête sablonneuse et à la forêt au sud de la rivière. Compte tenu du changement de relief, il aurait été dénué de sens pour les négociateurs d'établir une frontière qui laissait dans le territoire soumis à l'influence britannique ce qui constituait davantage le prolongement naturel du relief au nord. *S'ils avaient su que l'île de Kasikili était submergée chaque année pendant cinq mois par les eaux refluant du Zambèze* (et que la présence même du chenal nord serait occultée au point que celui-ci devenait invisible alors que le cours du chenal sud pouvait toujours être identifié du fait qu'il est contigu à la rive sud et à l'arête sablonneuse adjacente), *ils n'auraient pu que conclure* qu'il convenait d'utiliser cet élément topographique naturel, permanent et visible pour identifier le chenal «principal» où devrait être tracée la frontière.» (Les italiques sont de nous; mémoire de la Namibie, p. 38, par. 116.)

Pareil exercice, Monsieur le président, est pure spéculation. La Namibie admet dans son mémoire que «le cours précis de la rivière Chobe en tant que tel n'a ... donné lieu à aucune négociation» (mémoire de la Namibie, p. 38, par. 115).

048 Dans le passage que je viens de citer, la Namibie reconnaît que les négociateurs n'avaient pas *en fait* connaissance de l'existence de l'«arête sablonneuse» située plus au sud. Les passages décisifs (qui figureront en italiques dans le compte rendu) se lisent comme suit :

«S'ils avaient su que l'île de Kasikili était submergée chaque année pendant cinq mois par les eaux refluant du Zambèze ... ils n'auraient pu que conclure qu'il convenait d'utiliser cet élément topographique naturel, permanent et visible...»

Mais, Monsieur le président, ils ne le savaient pas et ils n'ont conclu rien de tel. La tentative de la Namibie visant à substituer les opinions de M. Alexander aux travaux préparatoires de l'accord anglo-allemand n'est guère convaincante.

Le passage du mémoire de la Namibie dont j'ai donné tout à l'heure lecture est à comparer avec l'accent qui est mis ailleurs (p. 27-28) sur l'idée d'une frontière «facilement identifiable». Il y a de même lieu de rapprocher la référence à l'arête sablonneuse de la tentative de délimitation de la frontière dont témoigne le diagramme 4 du feuillet 17, — c'est-à-dire le graphique que nous venons d'observer, la pièce 11 —, dans les appendices au rapport d'expertise. Il apparaît clairement sur ce diagramme que le processus d'identification est fort complexe, et nécessite une redéfinition de l'île de Kasikili/Sedudu, et le tracé d'un chenal dont la configuration ne se retrouve sur aucun document ou croquis cartographique autre que ceux qui sont produits par M. Alexander.

Cette stratégie défensive fondée sur des éléments de preuve scientifiques, et les difficultés qui en résultent, obligent à certains rappels concernant l'expérience de la Cour elle-même en la matière.

La Cour s'en souviendra, en l'affaire du *Plateau continental*, qui opposait la Libye et Malte, la Libye avait tout fait pour la persuader de la réalité juridique et géologique d'une frontière fondée sur la thèse d'existence d'une zone d'effondrement au sud de Malte. Les deux parties avaient présenté une quantité considérable de preuves scientifiques.

La Cour ne fut guère impressionnée. Le passage déterminant de son arrêt était rédigé comme suit — si vous le permettez, Monsieur le président, que j'en donne lecture complète à la Cour :

0 4 9

«L'argument de la zone d'effondrement soulève donc des difficultés juridiques insurmontables. En irait-il autrement que l'interprétation des preuves elles-mêmes aurait prêté à difficulté. Ayant examiné de près les dires des experts, la Cour ne croit pas être en mesure d'en tirer des conclusions suffisamment convaincantes au sujet de l'existence de la «discontinuité fondamentale» sur laquelle repose l'argumentation libyenne. Sans doute la région présente-t-elle de nombreuses particularités géologiques ou géomorphologiques pouvant être qualifiées de «discontinuités» au sens scientifique. Cependant la thèse libyenne visait à convaincre la Cour de l'existence d'une discontinuité si «fondamentale» d'un point de vue scientifique qu'elle devait constituer aussi une rupture du prolongement naturel au sens juridique; et, affirmait-on, une discontinuité fondamentale de cette nature résultait de la présence d'une limite de plaque tectonique que les éminents experts de la Libye détectaient dans la zone d'effondrement, ou, à tout le moins, de l'existence d'une caractéristique géomorphologique notable.»

Et la Cour de poursuivre :

«Les spécialistes non moins éminents que Malte a fait comparaître ont affirmé pour leur part que cette prétendue limite «secondaire» de plaque tectonique ne reposait que sur une hypothèse, et que les données disponibles actuellement ne permettent en aucune façon d'établir ou d'infirmer son existence. La Cour ne peut accepter l'idée que, pour statuer en l'espèce, elle devrait d'abord trancher un désaccord entre des hommes de science réputés sur l'interprétation plus ou moins plausible de données apparemment incomplètes; car un critère nécessitant un tel jugement ou une telle évaluation lors d'une instance judiciaire, voire au cours de négociations entre gouvernements, ne convient manifestement pas comme règle juridique de délimitation applicable à titre général. Pour tous les motifs qui précèdent, la Cour rejette donc l'argument libyen de la zone dite d'effondrement.» (C.I.J. Recueil 1985, p. 36-37, par. 41.)

Certes, Monsieur le président, les contextes juridiques sont certes différents, mais ils ont en commun un élément significatif. Dans les deux affaires, l'une des parties a voulu faire jouer des preuves scientifiques, en essence très problématiques, un rôle majeur dans la détermination d'une frontière, qui est en réalité, un élément juridique impliquant un *alignement*, et non une zone d'effondrement, ou comme en la présente espèce, une zone d'inondation.

Dans ladite affaire, la Cour a en fait dit aux parties, et aux plaideurs potentiels, que les opinions et hypothèses des scientifiques ne constituaient pas une base solide pour la détermination d'une frontière dans le cadre d'une instance judiciaire. Puis-je me permettre, au nom du Botswana, de souligner respectueusement le bon sens de cette position à l'intention des membres de la Cour qui ne siégeaient pas en 1985 ?

Monsieur le président, je me propose de passer à présent au point suivant de mon exposé.

Je procéderai comme suit :

Premièrement, je présenterai un bref historique du différend.

Deuxièmement, je mettrai en évidence les faiblesses de l'argumentation de la Namibie fondée sur la prescription.

Enfin, je tirerai certaines conclusions quant à l'interprétation et à l'application de l'accord anglo-allemand.

Bref historique du différend

050

J'en viens donc à l'historique du différend.

A cet égard, la Cour se trouve confrontée à deux points de vue radicalement différents. La position de la Namibie est qu'il n'a existé aucun différend jusqu'aux environs de 1985. Le mémoire de la Namibie contient ainsi l'affirmation suivante :

«Pendant toute la période allant de 1890 à 1966, c'est-à-dire pendant qu'elles étaient chargées d'administrer le Bechuanaland, les autorités britanniques, en pleine connaissance des faits exposés dans les deux chapitres précédents relativement à l'occupation et l'utilisation de l'île de Kasikili par la Namibie et les Masubia et à l'exercice de la souveraineté par l'Allemagne et l'Afrique du Sud sur cette île, n'ont élevé aucune protestation contre la situation existante, ne l'ont pas contestée et n'ont cherché en aucune façon à la modifier... Après son accession à l'indépendance, le Botswana a gardé le silence pendant presque vingt ans de plus.» (Mémoire de la Namibie, vol. 1, p. 94, par. 255.)

Les allégations selon lesquelles l'île de Kasikili/Sedudu aurait été occupée et utilisée par des autorités rivales sont dénuées de tout fondement, comme j'en ferai le moment venu la démonstration. Pour l'heure, ce qu'il convient de retenir de ce passage, c'est l'hypothèse qu'il n'existait aucun différend antérieurement aux années quatre-vingt.

Il y a là quelque chose qui m'échappe. Il est raisonnablement clair que, soucieuse de développer une argumentation fondée sur la prescription, la Namibie se refuse à discerner jusqu'au dernier moment l'existence d'un différend. Cela ne va pas sans contradiction. En l'absence de différend ou de possession sans titre, il ne saurait y avoir acquiescement de la part du Botswana ou de son prédécesseur en titre.

La Namibie se trouve de ce fait obligée de défendre une position difficile : postuler l'existence d'une possession *sans titre* tout en soutenant que, durant une très longue période, *il n'y avait pas de différend*.

Le tableau que la Namibie présente à la Cour est trompeur à bien des égards. Pour commencer, d'abondantes preuves documentaires montrent qu'un différend s'est fait jour une première fois entre 1947 et 1951.

Deuxièmement, lorsque ce différend a refait surface en 1984, l'Afrique du Sud n'a pas fait valoir un titre *préexistant* sur la base de la prescription.

Troisièmement, comme nous le verrons, la première revendication émanant du Caprivi oriental date de 1992 seulement, et M. Selepeng a fait référence à cet épisode ce matin.

A la lumière de ces faits, les généralisations auxquelles la Namibie se livre à maintes reprises dans ses écritures demandent à être nuancées.

Voici à titre d'exemple un extrait du mémoire de la Namibie :

051 «Durant ces nombreux changements, les fonctionnaires britanniques qui se trouvaient juste de l'autre côté du Chobe au Bechuanaland, puis après 1966, les autorités du Botswana, savaient parfaitement que l'île de Kasikili était utilisée de façon continue et exclusive par la population masubia et relevait des autorités responsables à l'époque du Sud-Ouest africain. Or, pas une seule fois, *tout au long de la période du régime britannique au Bechuanaland*, les autorités britanniques n'ont contesté cet état de choses de façon officielle ou explicite ni élevé de protestations ou d'objections à ce sujet. Même après l'indépendance du Botswana, il s'est écoulé près de vingt ans avant qu'un échange de coups de feu avec une vedette sud-africaine dans le chenal sud conduise finalement le Botswana pour la première fois à contester le statu quo concernant l'île. Sur ce point, voir le chapitre IV de la deuxième partie.» (Les italiques sont de nous; mémoire de la Namibie, p. 8, par. 31.)

L'affirmation selon laquelle l'île «relevait des autorités responsables à l'époque du Sud-Ouest africain» postérieurement à 1970 est révélatrice. Elle vient confirmer s'il en était besoin que la Namibie fait siens les actes et transactions de la République d'Afrique du Sud durant la période considérée.

Ce passage appelle deux autres remarques. Il y est dit que, pendant très longtemps, aucune objection n'a été élevée face à cet «état de choses», mais, comme le Botswana l'a montré, il n'y avait pas lieu d'élever une telle objection, le titre du Royaume-Uni et du Botswana n'étant en réalité pas contesté.

Il convient aussi de faire observer que lorsqu'un incident auquel le passage que je viens de citer fait allusion en des termes pudiques, celui-ci s'est produit en 1984, l'Afrique du Sud n'a fait aucune revendication de souveraineté fondée sur la prescription. Les documents de l'époque ne font aucunement mention d'une telle revendication de l'Afrique du Sud, au nom de la Namibie ou à quelque autre titre.

Ces documents, dont les dates vont d'octobre 1984 à novembre 1986, sont au nombre de sept :

1. téléx du Botswana à l'Afrique du Sud, 25 octobre 1984 (contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 35);
2. téléx du Botswana à l'Afrique du Sud, 26 octobre 1984 (*ibid.*, annexe 36);
3. lettre adressée au directeur général des affaires étrangères de l'Afrique du Sud par le chef des forces de défense sud-africaines, 27 novembre 1984 (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 84);
4. procès-verbal de la réunion du 13 octobre 1986 à Gaborone (contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 37; contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 28);
5. téléx du Botswana à l'Afrique du Sud, 22 octobre 1986 (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 85);
6. téléx de l'Afrique du Sud au Botswana, 17 novembre 1986 (*ibid.*, annexe 86);
7. lettre de Neil van Heerden à M. L. Selepeng, non datée (circa 26 novembre 1986; contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 37).

L'agent du Botswana, M. Tafa, commentera ces documents. Le point important, aux fins qui nous occupent, est qu'il y est question du différend frontalier, après que celui-ci a rebondi en 1984, et qu'à aucun moment le Gouvernement de l'Afrique du Sud ne s'y prévaut d'un titre acquis de longue date par voie de prescription.

On peut résumer le différend de la façon suivante.

Premièrement, un accord frontalier est conclu, puis rien ne se produit durant cinquante-huit ans, jusqu'en 1948.

Deuxièmement, de 1948 à 1951, les Gouvernements britannique et sud-africain procèdent à un long échange de correspondance, à l'issue duquel le statu quo juridique est maintenu. Dans le cadre de cet échange, le Gouvernement britannique maintient que le chenal nord est le «chenal principal», et que l'île fait par conséquent partie du protectorat du Bechuanaland.

Troisièmement, dans les documents pertinents de la période comprise entre 1948 et 1951, les autorités sud-africaines admettent que c'est le chenal nord le «chenal principal».

Quatrièmement, lorsque le différend resurgit en 1984, les Gouvernements du Botswana et de l'Afrique du Sud conviennent de résoudre la difficulté d'interprétation au moyen d'un levé commun, lequel fait l'objet d'un rapport confirmant que le chenal nord est le «chenal principal» aux fins de l'accord anglo-allemand de 1890.

Cinquièmement, l'Afrique du Sud se montre peu disposée à donner effet au rapport sur le levé commun, mais celui-ci était de toute façon directement applicable.

Enfin, lorsque la question se pose en 1992 dans le cadre des relations entre le Botswana et la Namibie, le Gouvernement du Botswana maintient sa position sur la base de l'accord anglo-allemand et du rapport sur le levé commun de 1985. Cette position est exposée dans la lettre de S. Exc. le président du Botswana à S. Exc. le président de la Namibie, en date du 3 avril 1992 (contre-mémoire du Botswana, vol. III, annexe 45).

053

Le point de vue des autorités concernant l'identification du chenal principal

Il est instructif d'examiner les antécédents de la présente procédure à la lumière des opinions exprimées par les autorités qui à un moment ou à un autre ont pris part à l'évolution du différend. Trois épisodes méritent d'être mentionnés. Monsieur le président, si vous êtes d'accord, je pourrais interrompre ici mon exposé.

Le **PRESIDENT** : Je vous remercie beaucoup, Monsieur Brownlie. La Cour se réunira de nouveau demain matin.

L'audience est levée à 12 h 50.
