

OPINION DISSIDENTE DE M. PARRA-ARANGUREN

[Traduction]

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

I. L'ACCORD ANGLO-ALLEMAND DE 1890

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

.....

2. A l'est, par une ligne qui part du point d'intersection susmentionné [entre le 20° degré de longitude est et une ligne qui part de l'embouchure du fleuve Orange et suit vers l'amont la rive nord de ce fleuve] et suit le 20° 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° parallèle de latitude sud; suit ce parallèle vers l'est jusqu'au Chobe, et suit le centre du chenal principal de ce fleuve jusqu'à son confluent avec le Zambeze, où elle s'arrête.

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

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

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

En outre, l'article VI du traité dispose :

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

L'article VII ajoute :

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

Il est entendu qu'aucune personne physique ou morale de l'une ou de l'autre puissance ne peut exercer de droits souverains dans une sphère attribuée à l'autre sans le consentement de cette dernière.» (Mémoire du Botswana, annexes, vol. II, annexe 12, p. 206-207, 209-210.)

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

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

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

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

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

Par suite, la Namibie conclut :

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

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

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

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

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

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

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

11. En énonçant une règle générale d'interprétation, la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités dispose à l'article 31, paragraphe 3 *b)*, qu'il doit être tenu compte en même temps que du contexte «de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

«La thèse développée par la Namibie sur la base de la conduite ultérieure des parties repose sur des fondements extrêmement peu solides du point de vue aussi bien conceptuel que factuel. L'assise conceptuelle est faible parce que «la conduite ultérieure» invoquée par la Namibie est en vérité un argument reposant sur la prescription acquisitive. La conduite ultérieure, qui est liée à un instrument juridique existant, s'oppose à la prescription, qui a pour objet de défaire et de remplacer un titre préexistant.» (Réplique du Botswana, vol. I, p. 55, par. 157.)

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

«est pertinente dans la présente controverse pour trois raisons distinctes. En premier lieu, elle corrobore l'interprétation du traité... En deuxième lieu, elle constitue un deuxième fondement totalement distinct de la revendication de la Namibie en vertu des doctrines concer-

nant l'acquisition de territoires par prescription, acquiescement et reconnaissance. En dernier lieu, la conduite des parties montre que la Namibie était en possession de l'île à l'époque où il a été mis fin au régime colonial, fait qui est pertinent pour l'application du principe de l'*uti possidetis*.» (Mémoire de la Namibie, vol. I, p. 60, par. 165.)

23. En outre, au cours de la procédure orale, la Namibie a souligné que «sa thèse principale est que son titre est d'origine conventionnelle», et qu'elle n'avance l'argument «de la prescription ... qu'à titre subsidiaire» et que

«l'objet même de la faculté de plaider une thèse puis une autre à titre subsidiaire est que chacune des thèses doit être considérée pour ce qu'elle vaut et que l'on ne peut tirer aucune conclusion à l'encontre d'une thèse au seul motif qu'une thèse divergente a également été plaidée» (CR 99/10, p. 24, par. 10 (Chayes)).

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

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

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

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

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

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

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

28. Le paragraphe 2 du même article 22 ajoute:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

36. La Cour ajoutait que

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

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

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

et que

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

37. L'Assemblée générale des Nations Unies a mis fin au mandat de l'Union sud-africaine sur le Sud-Ouest africain par sa résolution 2145 (XXI) de 1966; et elle a confié au Conseil de sécurité l'administration du Sud-Ouest africain portant désormais le nouveau nom de Namibie par sa résolution 2248 (S-V) de 1967. En outre, l'Afrique du Sud refusant de se retirer du territoire, le Conseil de sécurité a déclaré que sa présence en Namibie (Sud-Ouest africain) était illicite dans sa résolution 176 de 1970; cette illicéité a été confirmée par la Cour dans l'avis consultatif qu'elle a rendu le 26 janvier 1971 sur les *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (C.I.J. *Recueil 1971*, p. 58, par. 113) (voir le paragraphe 69 de l'arrêt).

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

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

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

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

«l'aspect international ... dépend en majeure partie de la question de savoir si le mandat est toujours considéré comme étant en vigueur. Le gouvernement de l'Union est d'avis que le mandat est arrivé à expiration. [Ce rapport de M. Baxter a été établi en 1950 avant que la Cour ait rendu son avis consultatif sur la question.] Or, ce point de vue n'est pas universellement partagé par les autres gouvernements et la situation, au regard du droit international, semble complexe. Le mandat est limité, par le préambule et son article I, au territoire qui constituait l'ancien protectorat allemand du Sud-Ouest africain. En vertu de l'article III d'un accord conclu en 1900 avec l'Allemagne, la frontière a été fixée à l'époque comme passant par la ligne médiane du cours principal de la rivière et, comme il s'avère être le cas aujourd'hui, le cours principal se situait concrètement au nord de l'île en question, le territoire sous mandat ne comprenant donc pas ladite île. En vertu de l'article 7 du mandat, aucune modification n'est réalisable sans le consentement du Conseil de la Société des Nations. Dans la mesure où le mandat est toujours en vigueur, on pourrait en conclure qu'il convient donc d'en référer à un organe des Nations Unies ou bien qu'il est impossible de procéder à la moindre rectification de frontière. Certes, il est possible que personne n'émette d'objection au sein des Nations Unies, puisque la proposition consiste en un accroissement territorial et non pas en une réduction, mais l'éventualité d'une objection ne peut être ignorée.» (Mémoire du Botswana, vol. III, annexes, annexe 28, p. 288.)

Et M. G. H. Baxter ajoute :

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

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

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

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

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

VI. ÉLÉMENTS DE PREUVE PERTINENTS PRÉSENTÉS À LA COUR

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

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

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

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

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

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

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

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

«A 2 miles [3,20 kilomètres] en amont des rapides, on trouve l'île de Kissikiri. Là, j'estime que c'est sans aucun doute le chenal nord qui doit être considéré comme le chenal principal. A l'extrémité occidentale de l'île, en cette période de l'année, le chenal nord est large de plus de 100 pieds [30,50 mètres] et sa profondeur est de 8 pieds [2,40 mètres], et le chenal sud a une largeur d'environ 40 pieds [12,20 mètres] et une profondeur de 4 pieds [1,20 mètre]. Ce chenal sud est principalement un bras mort et, s'il y a du courant, celui-ci s'écoule vers le nord. Les autochtones qui vivent à Kasika, en territoire allemand, y pratiquent actuellement la culture.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 47, p. 177.)

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

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

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

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

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

«De l'ensemble de la documentation administrative et diplomatique mentionnée ci-dessus, la Cour, pour sa part, retiendra les éléments suivants: 1) jusqu'en 1947, aucune divergence de vues n'avait surgi entre, d'une part, la puissance administrant la bande de Caprivi et, d'autre part, le Bechuanaland au sujet de la frontière dans la région de l'île de Kasikili/Sedudu; 2) il semble que, compte tenu des cartes alors disponibles, la frontière était jusque là supposée se situer dans le chenal sud du Chobe...» (Par. 62.)

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

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

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

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

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

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

D. Les témoins produits par la Namibie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E. Eléments de preuve présentés par le Botswana

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

F. Les cartes

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

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

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

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

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

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

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

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

G. Photographies aériennes et images par satellite

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

85. Le Botswana dit néanmoins :

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

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

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

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

VII. CONCLUSION

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

(Signé) Gonzalo PARRA-ARANGUREN.