

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* DAUDET

J'ai voté en faveur de l'ensemble des points du dispositif de l'arrêt sans néanmoins partager dans sa totalité le raisonnement suivi par la Cour et je pense donc devoir développer ici ma propre opinion sur certains éléments de celui-ci.

Mes réserves portent sur la manière dont la Cour a traité de la délimitation de la frontière entre la borne astronomique de Tao et la rivière Sirba à Bossébangou d'une part, et de la délimitation dans la région de Bossébangou en ce qui concerne la rivière Sirba d'autre part.

I. LE TRACÉ DE LA FRONTIÈRE ENTRE LA BORNE ASTRONOMIQUE DE TAO
ET LA RIVIÈRE SIRBA À BOSSÉBANGOU

La Cour décide que, sur cette portion, le tracé de la frontière suit la ligne qui figure sur la carte IGN de 1960. Si je suis en accord avec la décision de la Cour, je souscris à celle-ci au terme d'un raisonnement comportant des différences.

Sur cette portion du tracé, la position du Niger est en partie écartée par la Cour au motif que, sur un certain tronçon, elle n'est pas conforme à l'arrêté de 1927; ce point de vue est également le mien. Le Burkina Faso a, quant à lui, défendu la thèse selon laquelle, en l'absence de toute précision sur le tracé entre la borne de Tao et la rivière Sirba à Bossébangou, la ligne devait être droite. La Cour, dont je partage la position, rejette la prétention du Burkina Faso sur le fondement de trois arguments à l'égard desquels j'ai quelques réserves: le premier est tiré de la formulation même de l'arrêté; le deuxième résulte du contexte du décret du président de la République française sur la base duquel l'arrêté est intervenu; le troisième enfin découle de la localisation du village de Bangaré.

Le premier argument de la Cour, énoncé au paragraphe 88 de l'arrêt, repose sur le raisonnement *a contrario* suivant: puisque, à deux reprises ailleurs dans l'arrêté de 1927, il est question de «ligne droite» ou de «direction rectiligne» concernant d'autres portions de la limite que celle qui nous occupe présentement, pourquoi ne retrouve-t-on pas les mêmes formules s'agissant de la ligne allant de la borne astronomique de Tao jusqu'à la rivière Sirba à Bossébangou si celle-ci est également droite? Si vraiment cette ligne est telle, pourquoi ne pas l'avoir dit expressément ici comme c'est le cas dans d'autres parties du texte? Selon la Cour, ne pas l'avoir fait affaiblit la thèse du Burkina Faso en faveur de la configuration droite de la ligne.

L'argument est assurément sérieux, dans la limite toutefois de la portée des raisonnements *a contrario*. De manière générale, cependant, je pense

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* DAUDET

[*Translation*]

I voted in favour of all the points of the operative clause of the Judgment without, however, subscribing to all of the Court's reasoning, and I consider it necessary, therefore, to set out here my own opinion on certain of its elements.

My reservations focus on the manner in which the Court has dealt with the delimitation of the frontier between the Tao astronomic marker and the River Sirba at Bossébangou, and the delimitation in the area of Bossébangou with respect to the River Sirba.

I. THE COURSE OF THE FRONTIER BETWEEN THE TAO ASTRONOMIC MARKER AND THE RIVER SIRBA AT BOSSÉBANGOU

The Court decides that this portion of the frontier follows the line shown on the 1960 IGN map. While I agree with the Court's decision, I do so on the basis of different reasoning.

In this portion of the frontier, Niger's position is in part rejected by the Court on the ground that, in a certain section, it is not consistent with the 1927 *Arrêté*; I agree with this view. Burkina Faso, for its part, argued that, in the absence of any precise information regarding the course of the line between the Tao marker and the River Sirba at Bossébangou, the line should be straight. The Court, whose position I share, rejects Burkina Faso's claim on the basis of three arguments, in respect of which I have some reservations: the first argument is based on the wording itself of the *Arrêté*; the second arises from the context of the Decree of the President of the French Republic, which formed the basis of the *Arrêté*; and, finally, the third proceeds from the location of the village of Bangaré.

The first argument of the Court, set out in paragraph 88 of the Judgment, relies on the following *a contrario* reasoning: since the 1927 *Arrêté* twice uses the term "straight line" ("*ligne droite*" and "*direction rectiligne*") to describe portions of the boundary other than that with which we are at present concerned, why is the same wording not used for the line running from the Tao astronomic marker to the River Sirba at Bossébangou, if this too is straight? If this line is indeed straight, why was this not made explicit here, as it is in other parts of the text? According to the Court, the fact that this was not done weakens Burkina Faso's case in favour of a straight-line configuration.

The argument is assuredly sound, albeit within the limits of the *a contrario* reasoning. In general, however, I think that the Court could have

que la Cour aurait pu avoir à ce sujet une position plus nuancée. L'effet de l'argument de la Cour me semble quelque peu amoindri du fait tout d'abord que le texte de l'arrêt est généralement mal rédigé, alternant laconisme avec détails superflus, ajoutant maladresses de style aux obscurités de fond en sorte qu'on ne peut être assuré de la pertinence d'une exégèse de ses termes. Il reste que, si de prime abord on peut être surpris qu'un tracé portant sur une aussi longue distance que celle de la borne de Tao à la rivière Sirba à Bossébangou ne fasse l'objet d'aucun détail, il n'est cependant pas infondé de penser que l'auteur de l'arrêt ait considéré que, puisqu'on vient de tracer une ligne droite pour le premier tronçon de Tong-Tong à Tao, il soit logique de continuer de la même manière, donc toujours en droite ligne, s'agissant du second tronçon jusqu'à la rivière Sirba sans avoir besoin de le préciser expressément, et ce, d'autant plus que la ligne droite est habituelle dans la pratique coloniale. Le fait que la Cour, à la suite des Parties, examine ces deux tronçons de manière distincte a pour effet que la lecture de l'arrêt se trouve morcelée: on lit d'abord le passage relatif au tracé de Tong-Tong à Tao qui fait l'objet de détails précis («cette ligne s'infléchit, ensuite vers le sud-est pour couper la piste automobile de Téra à Dori à la borne astronomique de Tao située à l'ouest de la mare d'Ossolo») fournissant tous les éléments sur la base desquels on établit aisément un tracé. Puis on passe au tronçon allant de Tao à Bossébangou pour apprendre de l'arrêt, en tout et pour tout, que la ligne «atteint la rivière Sirba à Bossébangou», ce qui apparaît alors par contraste parfaitement insuffisant pour identifier un tracé. Mais s'il avait été fait abstraction de cette césure à Tao et que l'arrêt était au contraire lu dans sa continuité, qui est celle de la ligne elle-même, il apparaîtrait alors que le texte exprime un déplacement ininterrompu depuis Tong-Tong jusqu'à Bossébangou en passant par Tao. Le tracé qui est bien reconnu par la Cour comme étant d'abord droit depuis Tong-Tong se poursuit ensuite après Tao de la même manière, toujours en ligne droite comme précédemment et à défaut d'indication contraire, jusqu'à «atteindre» la rivière Sirba à Bossébangou. Donc, si l'arrêt est lu dans le *continuum* de sa description, la ligne droite devient plus plausible. En revanche, la situation est différente et requiert davantage de précisions s'agissant des autres tronçons visés dans l'arrêt formellement décrits comme étant «rectilignes» ou «en ligne droite». En effet, ces tronçons soit font suite à des passages sinueux lorsque a été précédemment épousé le cours de la rivière Sirba, soit sont précédés de divers changements de direction qui, en comparaison avec le tronçon entre Tong-Tong et la rivière Sirba à Bossébangou, ne sont pas marqués par une même continuité ou une similitude. Le besoin de préciser le caractère rectiligne du tracé s'impose donc davantage dans ces cas.

Enfin, ce tracé rectiligne n'est nullement inconcevable puisqu'il a été adopté en 1988 en tant que «tracé consensuel» par la commission technique mixte d'abornement puis confirmé lors d'une rencontre tenue les 14 et 15 mai 1991 par les ministres des deux Etats qui ont marqué leur accord sur un tel tracé figurant sur un croquis annexé au communiqué conjoint qu'ils ont signé. Ce tracé sera remis en cause par le Niger en 1994. Cette

adopted a more nuanced position on this subject. The strength of the Court's argument seems to me to be somewhat undermined, above all by the fact that the text of the *Arrêté* is by and large poorly drafted, alternating between a scarcity and an abundance of details, mixing clumsy style with unclear content so as to make it impossible to be certain of the pertinence of an analysis of its terms. The fact remains that, while at first sight one might be surprised to find that a line stretching over a distance as great as that between the Tao marker and the River Sirba at Bossébangou is not described in any detail, it is not, however, inconceivable that the author of the *Arrêté*, having just drawn a straight line for the first section from Tong-Tong to Tao, considered it logical that that line would continue in the same way, i.e., in a straight line, in the second section as far as the River Sirba, without having to state so expressly, especially since the use of the straight line was common in colonial practice. The fact that the Court, following the lead of the Parties, examines those two sections separately has the effect of breaking up the reading of the *Arrêté*: one first reads the passage relating to the course of the line between Tong-Tong and Tao, which is the subject of precise details ("this line then turns towards the south-east, cutting the Téra-Dori motor road at the Tao astronomic marker located to the west of the Ossolo Pool"), providing all the information on the basis of which a line is easily established. This is followed by the section running from Tao to Bossébangou, in respect of which the *Arrêté* merely states that the line "reach[es] the River Sirba at Bossébangou", which, in contrast, does not therefore appear to be at all sufficient to identify its course. However, if the break at Tao had been disregarded and the *Arrêté* read as a continuous text instead, as the line itself is continuous, it would appear then that the text is describing an uninterrupted movement between Tong-Tong and Bossébangou, via Tao. The line, which the Court accepts as starting as a straight line at Tong-Tong, then continues after Tao in the same way, i.e., in a straight line as previously and in the absence of any indication to the contrary, until it "reach[es]" the Sirba at Bossébangou. Thus, if the *Arrêté* is read as a *continuous* description, a straight line becomes more plausible. The situation is different, however, and further precision is required for the other sections which the *Arrêté* categorically describes as being "straight" or "straight lines". In effect, those sections are preceded either by meandering passages, where the course of the River Sirba is followed, or by numerous changes of direction, and are not marked by the same continuity or similarity such as exists in the section between Tong-Tong and the River Sirba at Bossébangou. The need to make it clear that the line is straight is thus more pressing in those instances.

Finally, this straight line is by no means inconceivable, since it was adopted in 1988 as the "consensual line" by the Joint Technical Commission on Demarcation and later confirmed at a meeting held on 14 and 15 May 1991 by the Ministers of the two States, who recorded their agreement on such a course, shown on a sketch-map annexed to the joint communiqué they signed. That line would be challenged by Niger in 1994.

remise en cause n'a pas d'autre effet que de rendre l'accord désormais inapplicable entre les Parties et d'exclure ainsi que, sur cette base seulement, la ligne droite puisse être désormais retenue. Mais elle ne signifie pas que, de ce fait et en soi, la ligne droite soit devenue objectivement impropre à joindre les deux points identifiés dans l'arrêté.

Néanmoins, si tant la lecture faite ci-dessus de l'arrêté que la référence au tracé consensuel qui en est l'illustration donnent au tracé rectiligne un caractère plausible, la difficulté qui surgit est qu'aucun de ces éléments n'exclut non plus une interprétation différente de l'arrêté en l'absence de toute précision figurant dans le texte de celui-ci quant à la forme du tracé de la borne de Tao à la rivière Sirba à Bossébangou. Autrement dit, la ligne droite apparaît plausible mais elle n'est pas avérée sur la base du texte de l'arrêté et de l'interprétation qu'on peut en donner. L'arrêté est donc insuffisant et on doit lui substituer la carte IGN de 1960. Non pas parce que son tracé pourrait sembler meilleur ou plus approprié, mais seulement parce que l'arrêté ne permet pas de le déterminer. Cette distinction fait clairement apparaître la notion d'«insuffisance» de l'arrêté pour permettre de procéder à la délimitation de la frontière. On se heurte à une «insuffisance» de l'arrêté lorsque l'on ne trouve pas, dans les termes de celui-ci et dans l'interprétation qui en est faite, assez d'éléments ou des éléments assez établis pour permettre de dégager la solution recherchée. Il doit être à cet égard bien observé que la première source à laquelle il convient de se référer est l'arrêté de 1927 dont on explorera toutes les possibilités avant d'éventuellement conclure à son insuffisance, commandant alors de recourir mécaniquement à la carte IGN de 1960. On aurait pu imaginer que, sur d'autres bases offertes par le droit international, la Cour recherche elle-même une délimitation plus appropriée mais, malheureusement dans cette affaire, le compromis de saisine ne lui permet pas de le faire.

La Cour aurait pu s'arrêter à cette considération tirée de l'insuffisance de l'arrêté lui-même et décider sur cette seule première base de la nécessité de retenir le tracé de la carte IGN de 1960. Elle a cependant souhaité ajouter d'autres éléments justificatifs permettant d'approfondir l'interprétation du texte de l'arrêté.

Le deuxième argument de la Cour destiné à écarter la thèse du Burkina Faso découle de l'importance donnée au décret du président de la République française du 28 décembre 1926 décidant de l'attribution à la colonie du Niger de certains territoires de la Haute-Volta. La Cour souligne que, ayant le décret pour «base légale» (par. 85), l'arrêté devait être pris «en respectant les limites des circonscriptions préexistantes, pour autant qu'elles pouvaient être déterminées» (par. 91). Autrement dit, aux yeux de la Cour, le gouverneur général n'a qu'une compétence limitée pour prendre un arrêté qui n'a donc qu'une valeur déclarative.

Je suis en désaccord avec cette analyse et je pense pour ma part que, si bien entendu l'arrêté doit respecter le décret, cette exigence légale ne fait pas obstacle à ce que l'arrêté ait au contraire par lui-même non pas une

That challenge has no effect other than rendering the agreement henceforth inapplicable between the Parties and thus precluding, on that basis alone, the possibility of a straight line now being adopted. But that challenge does not mean that, for that reason and in itself, a straight line is now an objectively inappropriate means of joining the two points identified in the *Arrêté*.

Nevertheless, while both the above reading of the *Arrêté* and the reference to the consensual line, which is the illustration of that reading, give plausibility to the straight-line course, the problem remains that neither of these elements precludes a different interpretation of the *Arrêté*, in the absence of any detail in the text regarding the course of the line from the Tao marker to the River Sirba at Bossébangou. In other words, a straight-line course appears plausible, but it is not established on the basis of the text of the *Arrêté* or the interpretation which can be given of it. Hence, the *Arrêté* does not suffice and must be replaced by the 1960 IGN map. Not because the line shown on the map might appear better or more appropriate, but simply because the *Arrêté* does not allow for the course of the boundary to be determined. This distinction clearly brings to light the notion that the *Arrêté* does “not suffice” when it cannot be used to carry out the delimitation of the frontier. The *Arrêté* does “not suffice” when there is not enough information, or enough established information, in its terms, or in the interpretation thereof, to enable the desired solution to be achieved. In this connection, it should be pointed out that the 1927 *Arrêté* must be the first point of reference and all possibilities contained therein must be explored before it can be concluded that it does not suffice, which automatically calls for recourse to the 1960 IGN map. One might have expected the Court to seek a more suitable delimitation on other bases offered by international law; but, in this case, unfortunately, it is precluded from so doing by the Special Agreement.

The Court could have stopped there, with the observation that the *Arrêté* does not suffice, and could have decided on that basis alone that it was necessary to use the line shown on the 1960 IGN map. However, it wished to add further supporting evidence, allowing for a more in-depth interpretation of the text of the *Arrêté*.

The Court’s second argument for rejecting Burkina Faso’s position derives from the importance accorded to the Decree of the President of the French Republic of 28 December 1926, which attributed certain territories of Upper Volta to the Colony of Niger. The Court points out that, since the Decree was the “legal basis” (para. 85) of the *Arrêté*, the latter was supposed to “[respect] the pre-existing boundaries of the districts, to the extent that they could be determined” (para. 91). In other words, in the eyes of the Court, the Governor-General’s power was limited to issuing an *Arrêté* which therefore had only declaratory value.

I disagree with this analysis and for my part believe that, although the *Arrêté* must of course respect the Decree, this legal requirement does not, however, prevent the *Arrêté* itself from having a true constitutive value,

simple valeur déclarative, mais une valeur véritablement constitutive résultant de l'octroi au gouverneur général de compétences plus larges que celles que lui reconnaît la Cour. En effet, l'arrêté dispose que le gouverneur général «déterminera» le tracé. Il ne dit pas «précisera» le tracé, ce qu'il aurait dû faire dans l'hypothèse où le gouverneur général aurait été tenu par des limites existantes auxquelles le décret aurait d'ailleurs pu aussi bien faire lui-même référence si elles avaient existé. Contrairement à ce que dit la Cour au paragraphe 91, le gouverneur général ne doit pas déterminer une «nouvelle» limite intercoloniale (ce qui voudrait dire qu'il y en avait déjà eu une), mais il doit, conformément au texte du décret, «détermin[er] le tracé de la limite» (ce qui montre bien qu'il n'en y avait pas de connue). Cette vision me semble d'ailleurs correspondre à celle qui est décrite par la Chambre de la Cour dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 569, évoquant la compétence du gouverneur général à l'égard des circonscriptions administratives de base qu'étaient les cercles dont «la création et la suppression ... relevaient exclusivement du gouverneur général qui en *fixait l'étendue globale*» (les italiques sont de moi). Au total, par conséquent, le fait que, sans être soumis à un simple et strict pouvoir d'exécution, le gouverneur général ait eu soin de prêter attention aux limites existantes s'il s'en trouvait me paraît aller de soi et relever d'un comportement administratif normal. Mais cela n'exclut nullement de sa part la recherche de limites plus précises à laquelle il s'est incontestablement livré, ainsi que la Cour l'observe au paragraphe 92, dans un contexte juridique qui me semble toutefois différent de celui que retient la Cour.

Au plan des résultats concrets, la différence importe peu. Le fait est que, quelle que soit l'étendue de ses pouvoirs, le gouverneur général n'est en effet pas parvenu à fixer des limites dont assurément rien n'indique, comme le dit la Cour, «qu'elles suivaient une ligne droite dans le secteur considéré» (par. 93). Si tel avait été le cas, cette ligne droite aurait pu en effet être rapidement déterminée sans nécessiter les nombreuses, complexes et finalement infructueuses recherches auxquelles les administrateurs coloniaux se sont livrés ou, ainsi que l'estime la Cour, «il eût été facile de [la] reporter sur une carte» (*ibid.*).

J'éprouve quelques réserves enfin à propos du troisième argument tiré de la localisation de Bangaré dont il est dit qu'il est situé au Niger et qu'il se retrouverait au Burkina Faso en cas de tracé droit de la limite. Je comprends bien le raisonnement suivi par la Cour qui consiste à dire que ce village est pris en considération «au titre de la pratique suivie par les autorités coloniales pour l'application de l'arrêté» (par. 94) venant ainsi maintenir l'argumentation strictement et exclusivement dans le cadre de la référence à l'arrêté et confirmer que celui-ci ne peut donc être interprété comme ayant entendu établir une délimitation en ligne droite. Cependant, pour ce village comme tous les autres situés de part et d'autre de la frontière où se trouve également une population nomade ou semi-nomade, les appartenances ne sont pas toujours établies de manière indubitable. Sans doute aussi la période de disparition de la Haute-Volta au profit du Niger

not simply a declaratory value, resulting from the Governor-General being granted broader powers than those which are recognized by the Court. In effect, the *Arrêté* provides that the Governor-General “shall determine” the course of the boundary. It does not say “shall state” the course, which it should have done had the Governor-General been constrained by existing boundaries, which, moreover, could have been referred to in the Decree had they existed. Contrary to what is noted by the Court in paragraph 91, the Governor-General’s task is not to determine a “new” inter-colonial boundary (which would mean that there had already been one), but, according to the text of the Decree, to “determine the course of the boundary” (thus demonstrating that there was no known boundary). This view also seems to me to correspond to that described by the Chamber of the Court in the case concerning the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 569, with respect to the Governor-General’s power over the basic administrative divisions, the *cercles*, “the creation and abolition [of which] were the sole prerogative of the governor-general, who *decided their overall extent*” (emphasis added). In conclusion, therefore, the fact that, without being restricted simply to an implementing power, the Governor-General was careful to pay attention to any existing boundaries he found is, in my view, a matter of course and of normal administrative conduct. Nevertheless, that in no way prevents him from looking for more accurate boundaries, which he clearly did, as the Court observes in paragraph 92, but in a legal context which seems to me to be different to that set out by the Court.

In practical terms, the difference is of little importance. The fact is that, whatever the scope of his powers, the Governor-General did not succeed in fixing the boundaries, for which there is clearly no indication, as the Court states, “that they followed a straight line in the sector in question” (para. 93). If such had been the case, that straight line could have been quickly determined, without the need for the numerous, complex and ultimately fruitless inquiries carried out by the colonial administrators and, as the Court notes, “it would have been easy to plot [that] line on a map” (*ibid.*).

Finally, I have some reservations about the third argument, based on the location of Bangaré, which is said to be situated in Niger, but which would be located in Burkina Faso if the boundary line were straight. I understand the reasoning of the Court, which states that, in respect of this village, “account should be taken of the practice followed by the colonial authorities concerning the implementation of the *Arrêté*” (para. 94), thus keeping its argument firmly and exclusively within the framework of the *Arrêté* and confirming that the *Arrêté* cannot therefore be interpreted as having intended to establish a straight-line delimitation. However, in the case of this village, as in the case of all the other villages situated on either side of the frontier with nomadic or semi-nomadic populations, it is not always clearly established on which side of the frontier these populations belong. It is also clear that the period during which

a-t-elle pu être à l'origine de la création d'habitudes. Au total par conséquent, si la Cour estime que le cas de Bangaré est distinct de celui de Petelkolé et Oussaltane, il me semble pour ma part que toutes ces situations (et pas seulement les deux dernières) comportent des incertitudes que l'on pourrait tenter de lever par le recours aux effectivités coloniales. Or celles-ci doivent être exclues car, comme la Cour le rappelle: «l'accord de 1987 impose à la Cour d'appliquer le tracé de la carte IGN de 1960, au lieu de se référer aux effectivités» (par. 98). Pour cette raison, en considérant, à la différence de la Cour, que Bangaré relève des effectivités je n'aurais pas invoqué ce troisième argument qui au demeurant me semble surabondant en vue de justifier le recours à la la carte IGN de 1960.

II. LE TRACÉ DE LA FRONTIÈRE DANS LA RÉGION DE BOSSÉBANGOU

J'ai voté en faveur du point 4 du dispositif en dépit de la position de la Cour concernant le tracé de la limite dans la remontée du cours de la rivière Sirba qui me pose un certain nombre de problèmes que je souhaite évoquer.

A. Quant au point d'aboutissement de la frontière à la rivière Sirba à Bossébangou

Au paragraphe 101 de son arrêt, la Cour opte pour une frontière située au milieu de la rivière Sirba, cette solution permettant de «mieux satisfai[re]» à «l'exigence en matière d'accès aux ressources en eau de l'ensemble des populations des villages riverains». Ce choix est pleinement justifié du point de vue de l'équité et correspond à une vision moderne du droit international qui privilégie la coopération et le partage plutôt qu'il ne favorise l'appropriation privative et le bénéfice exclusif, tel que celui qui en matière fluviale résulterait d'une délimitation à la rive.

Cependant, il n'est pas demandé à la Cour de tracer une frontière équitable mais une frontière fondée sur l'arrêté de 1927 ou, en cas d'insuffisance de ce dernier, sur la carte IGN de 1960. Pour cette raison, tout en conservant cette considération d'équité en quelque sorte en «arrière-plan», la Cour a tenté, mais sans totalement y parvenir, de maintenir son raisonnement dans le cadre de l'arrêté.

A cet égard, j'éprouve des réserves sur l'interprétation donnée par la Cour des termes de celui-ci et sur la démarche qui la sous-tend.

1. L'interprétation des termes de l'arrêté de 1927

Alors que l'arrêté de 1927 dispose que la ligne se poursuit depuis la borne de Tao pour «atteindre la rivière Sirba à Bossébangou», la Cour, en considérant que «l'utilisation dans l'arrêté du terme «atteindre» n'indique pas que la ligne frontière franchit complètement la Sirba et atteint sa rive droite» (par. 101), juge que le point terminal de la frontière se

Upper Volta was dissolved in favour of Niger could have caused habits to form. In conclusion, therefore, while the Court is of the view that the case of Bangaré is different from that of Petelkolé or Oussaltane, to my mind, they all (and not simply the last two) entail uncertainties that one could try to eliminate by recourse to the colonial *effectivités*. However, they must be excluded since, as the Court recalls, “the 1987 Agreement requires the Court to apply the line shown on the 1960 IGN map, instead of referring to the *effectivités*” (para. 98). For that reason, since, unlike the Court, I believe that the case of Bangaré requires recourse to *effectivités*, I would not have invoked this third argument, which, moreover, I do not think is necessary to justify the recourse to the 1960 IGN map.

II. THE COURSE OF THE FRONTIER IN THE AREA OF BOSSÉBANGOU

I voted in favour of point 4 of the operative clause, despite the Court’s position on the course of the boundary as it turns back up along the River Sirba, which, to my mind, raises a number of problems that I would like to set out.

A. The Endpoint of the Frontier at the River Sirba at Bossébangou

In paragraph 101 of its Judgment, the Court opts for a frontier situated in the middle of the River Sirba, as that solution “better me[ets]” “the requirement concerning access to water resources of all the people living in the riparian villages”. That choice is fully justified from the point of view of equity and corresponds to a modern vision of international law, which favours co-operation and sharing over private appropriation and exclusive benefit, such as that which would arise in respect of the river from delimitation along the river bank.

However, the Court is not called upon to draw an equitable frontier, but a frontier based on the 1927 *Arrêté* or, should the latter not suffice, the 1960 IGN map. Consequently, without completely dismissing such considerations of equity, the Court has tried, although not entirely successfully, to keep its reasoning within the framework of the *Arrêté*.

In this respect, I have some reservations regarding the Court’s interpretation of the terms of the *Arrêté* and the approach underpinning it.

1. The interpretation of the terms of the 1927 Arrêté

Whereas the 1927 *Arrêté* provides that the line continues from the Tao marker to “[reach] the River Sirba at Bossébangou”, the Court, considering that “[t]he use of the verb ‘reach’ (*atteindre*) in the *Arrêté* does not suggest that the frontier line crosses the Sirba completely, meeting its right bank” (para. 101), decides that the endpoint of the frontier is situ-

trouve sur la ligne médiane de la rivière. Je ne vois à vrai dire rien qui permette, dans ce contexte, de donner ce sens au verbe «atteindre» et je pense que si l'auteur de l'arrêté l'avait voulu ainsi, il aurait dû le préciser.

En l'état du texte de l'arrêté de 1927, et en rappelant que la ligne rencontre d'abord la rive gauche de la rivière Sirba tandis que Bossébangou est situé sur la rive droite, je ne puis partager l'interprétation de la Cour. Le verbe «atteindre» signifie assurément que l'on parvient à un point donné. Si le texte avait dit que la ligne «atteint la Sirba» sans autre précision, cela aurait signifié qu'elle s'arrêtait aussitôt qu'elle parvenait à la rivière, donc à sa rive gauche, sans aller au-delà, sans la traverser. Cette hypothèse peut être écartée puisque, et la Cour le rappelle, le texte dit plus loin que la ligne traverse «de nouveau» la Sirba. Pour ce faire, il faut l'avoir précédemment traversée. La ligne peut-elle avoir traversé la Sirba à Bossébangou à moitié, comme le dit la Cour? Non, car le texte précise que la ligne «atteint la Sirba à Bossébangou» (pas la Sirba «tout court», pas la Sirba «à hauteur» de Bossébangou, ce qui eût été imprécis, mais bien la Sirba «à Bossébangou»). Si la ligne atteint la Sirba à Bossébangou, c'est donc qu'elle se poursuit jusqu'à la rive droite de la rivière où est situé ce village. Pour atteindre cet emplacement, la ligne a donc nécessairement traversé la rivière (et la traversera de nouveau ultérieurement) dans sa totalité.

2. La démarche de la Cour

Dans la situation contrainte où elle est placée par le compromis, la Cour doit appliquer l'arrêté de 1927 ou la carte IGN de 1960 selon les modalités que l'on sait. Dans le cas présent toutefois, la Cour a introduit un élément supplémentaire dans sa démarche en observant que

«aucun élément n'a été présenté à la Cour attestant que la rivière Sirba, dans la région de Bossébangou, aurait été entièrement attribuée à l'une ou l'autre colonie. A cet égard, la Cour relève que l'exigence en matière d'accès aux ressources en eau de l'ensemble des populations des villages riverains est mieux satisfaite par une frontière placée dans la rivière plutôt que sur l'une ou l'autre rive.» (Par. 101.)

Si l'on comprend sans peine la préoccupation de la Cour et si l'on est naturellement enclin à la partager, force est néanmoins de constater qu'en avançant un tel motif tiré d'une considération d'équité afin de mieux justifier son choix de la ligne médiane de la Sirba la Cour ajoute à ce qui lui est demandé: appliquer l'arrêté ou, en cas d'insuffisance de ce dernier, la carte IGN de 1960. Rien d'autre ne peut être ajouté en vertu du compromis.

Or, la difficulté ici est que, à mes yeux, la Cour n'a pas adopté une position claire. En disant que «l'utilisation du terme «atteindre» *n'indique pas* que la frontière franchit complètement la Sirba» (les italiques

ated on the median line of the river. In fact, I do not see any reason why that meaning should be attributed to the verb “reach” in this context and I think that, if this was what the author of the *Arrêté* had intended, he would have made this clear.

Given the wording of the text of the 1927 *Arrêté*, and recalling that the line first meets the left bank of the Sirba whereas Bossébangou is situated on the right bank, I cannot share the Court’s interpretation. The verb “reach” clearly signifies that one arrives at a given point. If the text had said that the line “reaches the Sirba”, without any further information, this would have meant that the line stopped as soon as it arrived at the river, thus on its left bank, without going any further and without crossing the river. This theory can be dismissed since, as the Court recalls, the text later states that the line cuts the Sirba “again”. In order to do so, it must have cut it previously. Can the line have cut halfway across the Sirba at Bossébangou, as the Court contends? No, because the text states that the line “reach[es] the River Sirba at Bossébangou” (not “simply” the Sirba, not the Sirba “at the level of” Bossébangou, which would have been imprecise, but the Sirba “at Bossébangou”). For the line to reach the Sirba at Bossébangou, it must, therefore, continue as far as the right bank of the river, where that village is located. Thus, in order to reach that location, the line must have crossed (and will cross again later) the river completely.

2. *The Court’s approach*

Under the strict terms of the Special Agreement, the Court must apply the 1927 *Arrêté* and the 1960 IGN map in accordance with the established procedures. In the present case, however, the Court has introduced an additional element in its approach, observing that

“there is no evidence before the Court that the River Sirba in the area of Bossébangou was attributed entirely to one of the two colonies. In this regard, the Court notes that the requirement concerning access to water resources of all the people living in the riparian villages is better met by a frontier situated in the river than on one bank or the other.” (Para. 101.)

While the Court’s concern is easy to understand and the inclination to share it natural, there is, however, no avoiding the fact that, by advancing such a ground based on considerations of equity, in order better to justify its choice of the median line of the Sirba, the Court goes beyond what is asked of it, which is to apply the *Arrêté* or, should the latter not suffice, the 1960 IGN map. This is all that is allowed under the terms of the Special Agreement.

However, the difficulty here is that, in my eyes, the Court has not set out its position clearly. By stating that “[t]he use of the verb ‘reach’ (*atteindre*) . . . does not suggest that the frontier line crosses the Sirba

sont de moi), elle laisse entendre qu'une forme d'incertitude demeurait quant aux termes de l'arrêté ou quant à l'interprétation qu'elle en donnait. Elle n'a cependant pas considéré que cette incertitude était constitutive d'une insuffisance de l'arrêté et elle a au contraire estimé que, ainsi compris, l'arrêté de 1927 pouvait fonder sa décision en faveur de la ligne médiane qui, sans que ce soit dit expressément, était dès lors une limite équitable.

La Cour aurait pu aussi tirer une conséquence différente de cette incertitude et considérer qu'elle rendait l'arrêté «insuffisant», nécessitant de recourir à la carte IGN de 1960. Mais la solution aurait alors été toute autre. La carte aurait en effet indiqué que la rivière est «complètement», et non pas partiellement, franchie puisque quatre croisillons figurant la frontière en barrent le cours, de la rive gauche à la rive droite, et placent ainsi formellement le point d'arrivée de la ligne sur la rive droite, à quelques centaines de mètres de Bossébangou. L'interprétation de l'arrêté par la Cour semble donc différer de la lecture faite par les cartographes de l'IGN.

B. Quant à la remontée du cours de la Sirba

Passé le point d'aboutissement de la ligne frontière à la Sirba à Bossébangou, le tracé va se poursuivre en remontant le cours de la rivière. Je conviens bien volontiers que l'arrêté est avare de précisions sur le tracé de cette longue portion qui s'étend des alentours de Bossébangou jusqu'à l'intersection de la rive droite de la Sirba avec le parallèle de Say. Selon l'arrêté, après avoir atteint la rivière Sirba à Bossébangou, la ligne «remonte presque aussitôt vers le nord-ouest laissant au Niger, sur la rive gauche de cette rivière, un saillant comprenant les villages de Alfassi, Kouro, Tokalan, Tankouro; puis, revenant au sud, elle coupe de nouveau la Sirba à hauteur du parallèle de Say».

En vue de conforter son choix d'un point d'aboutissement de la ligne permettant une remontée du cours de la Sirba selon une ligne médiane, la Cour observe que

«si le point d'aboutissement de la frontière était situé sur la rive droite de la Sirba près de Bossébangou, la ligne devrait «couper» une deuxième fois la Sirba à un endroit intermédiaire pour passer, cette fois, de la rive droite à la rive gauche avant de la «couper à nouveau» dans l'autre sens. Or, rien de semblable n'est énoncé dans l'arrêté.» (Par. 101.)

A vrai dire, ce qui selon la Cour vaut, en matière de silence du texte, pour une traversée depuis la ligne médiane de la rivière seulement (par. 102), vaudrait tout autant à mon sens pour une traversée totale de rive à rive. A cet égard, il est constant que, à un moment donné, la ligne va devoir quitter la Sirba pour laisser au Niger le saillant des quatre villages (qui n'ont pas tous été identifiés). Même si, en effet, l'arrêté ne dit pas expressément que la Sirba est traversée, le passage de la rive droite à

completely” (emphasis added), it implies that some uncertainty remained as to the terms of the *Arrêté* and the Court’s interpretation of those terms. However, the Court did not consider that that uncertainty constituted a situation in which the *Arrêté* did not suffice and, in fact, it was of the opinion that, understood in that way, the 1927 *Arrêté* could form the basis of its decision in favour of the median line, which was thus, although not expressly stated, an equitable boundary.

The Court could also have drawn a different conclusion from that uncertainty and considered that it amounted to the *Arrêté* “not sufficing” and that recourse to the 1960 IGN map was necessary. However, the solution would then have been completely different. The map would in fact have indicated that the river is crossed “completely”, and not partially, since four crosses representing the frontier cut across it from the left bank to the right bank and thus categorically place the point of arrival of the line on the right bank, a few hundred metres from Bossébangou. The Court’s interpretation of the *Arrêté* therefore seems to differ from that of the IGN cartographers.

B. *Turning Back up the Sirba*

From the endpoint of the frontier line at the Sirba at Bossébangou, the line continues upstream, following the course of the river. I readily acknowledge that the *Arrêté* lacks any detail about this lengthy portion of the line, which stretches from the vicinity of Bossébangou as far as the point where the right bank of the Sirba intersects the Say parallel. According to the *Arrêté*, having reached the River Sirba at Bossébangou, the line “almost immediately turns back up towards the north-west, leaving to Niger, on the left bank of that river, a salient which includes the villages of Alfassi, Kouro, Tokalan, and Tankouro; then, turning back to the south, it again cuts the Sirba at the level of the Say parallel”.

With a view to reinforcing its choice of endpoint, which sees the frontier line turn back up along the median line of the Sirba, the Court observes that

“if the endpoint of the frontier were situated on the right bank of the Sirba close to Bossébangou, the line would have to ‘cut’ the Sirba a second time at an intermediate location in order, this time, to cross from the right bank to the left bank before ‘cutting it again’ in the other direction. But nothing of that nature is mentioned in the *Arrêté*.” (Para. 101.)

In fact, with respect to the silence of the text, what the Court sees as justification for the frontier crossing only as far as the median line of the river (para. 102) could, in my opinion, just as easily be used to justify a complete crossing from one bank to the other. In this connection, it is established that, at a given point, the line must leave the Sirba, in order to leave to Niger the salient which includes the four villages (which have not all been identified). Even though the *Arrêté* does not in fact explicitly

la rive gauche est une conséquence logique et nécessaire de l'obligation de laisser les villages en question au Niger. Si la Sirba n'était pas de nouveau traversée, les villages deviendraient burkinabés.

Au total, certes l'arrêté ne dit rien, mais le fait même de la traversée se déduit de la question du saillant des quatre villages. Quant à la nature de la traversée (partielle ou totale), elle se déduit du point déterminé à Bossébangou (milieu de la rivière ou rive droite de celle-ci). L'élément restant inconnu est l'emplacement de cette traversée au sujet de laquelle l'arrêté est muet, donc insuffisant. Ce qui nécessite de recourir à la carte IGN de 1960. Celle-ci indique le point de traversée aux coordonnées 13° 20' 01,8" de latitude nord ; 01° 07' 29,3" de longitude est.

Il convient ici de remarquer que, sur la carte IGN de 1960, ce point est marqué de trois croisillons qui traversent la totalité de la Sirba, d'une rive à l'autre, exactement de la même manière qu'à Bossébangou où, comme il a été dit plus haut, quatre croisillons traversaient la rivière d'une rive à l'autre.

Entre ces deux points de traversée de la rivière, la carte fait figurer les croisillons sur la rive droite de la rivière Sirba, ce qui semble bien signifier qu'elle retient une délimitation à la rive droite.

Telles sont les raisons pour lesquelles je considère pour ma part que mon interprétation de l'arrêté conduit à la délimitation à la rive droite de la Sirba.

Cette position m'est exclusivement dictée par les termes de l'arrêté tels que, différemment de la Cour, je les interprète (et en étant confirmé dans mon interprétation par les indications figurant sur la carte) et par les exigences du compromis obligeant à appliquer d'abord l'arrêté puis, en cas d'insuffisance de celui-ci, la carte IGN de 1960 et rien d'autre. J'ai bien conscience, comme je l'ai déjà laissé entendre, qu'en termes d'équité cette solution n'est pas satisfaisante. Pour les raisons que j'ai données, je pense qu'elle aurait pourtant dû être choisie et il aurait alors à mon avis convenu que, soit en complétant le texte figurant au paragraphe 112 de l'arrêt, soit en rédigeant un paragraphe distinct y renvoyant, la Cour attirât l'attention des Parties, et plus particulièrement du Burkina Faso, sur la nécessité de prendre en compte les besoins des populations et d'organiser une coopération, de façon à atténuer les éléments peu équitables de sa décision. En toute hypothèse et en se plaçant sur un plan très concret et pratique, si la délimitation à la rive avait ainsi été décidée, on aurait mal imaginé que le Burkina Faso établît une clôture le long de la rive droite de la Sirba empêchant les habitants nigériens de la région de continuer à puiser l'eau de la Sirba ou à y conduire leurs troupeaux comme ils l'ont certainement toujours fait. Quant aux habitants de Bossébangou, probablement les plus nombreux dans cette zone, en tout état de cause, ils auraient eu plein accès à la rivière sur la partie droite (à l'est) du poteau frontière installé sur la rive droite de la Sirba. Au total par conséquent, il est probable que, sur ces quelques dizaines de kilomètres, les populations nigériennes n'au-

state that the Sirba is crossed, the crossing from the right bank to the left bank is a logical and necessary consequence of the obligation to leave the four villages in question to Niger. If the Sirba was not crossed again, the villages would belong to Burkina Faso.

In conclusion, although the *Arrêté* admittedly remains silent, it is possible to deduce from the question of the salient and the four villages that the line crosses the river. As for the nature of that crossing (partial or complete), this can be deduced from the point determined at Bossébangou (middle of the river or its right bank). What remains unknown is the location of that crossing, on which subject the *Arrêté* is silent and thus does not suffice. This calls for recourse to the 1960 IGN map. That map indicates that the line crosses the river at co-ordinates 13° 20' 01.8" N and 01° 07' 29.3" E.

It should be noted here that, on the 1960 IGN map, that crossing is marked by three crosses, which cut across the Sirba completely, from one bank to the other, in exactly the same way as at Bossébangou, where, as stated above, four crosses cut the river from one bank to the other.

Between those two crossing points, the map shows a series of crosses along the right bank of the River Sirba, which seems to suggest that delimitation occurs along the right bank.

Such are the reasons why I believe that my interpretation of the *Arrêté* calls for delimitation along the right bank of the Sirba.

My position is based solely on the terms of the *Arrêté* as I interpret them (and my interpretation is confirmed by the indications on the map) — an interpretation which is different from that of the Court — and on the provisions of the Special Agreement, which require that the *Arrêté* be applied first, and then, should this not suffice, the 1960 IGN map, and nothing more. I am aware — as I have already indicated — that in terms of equity this solution is not satisfactory. However, for the reasons given, I think that it should have been the solution chosen by the Court, which should, in my opinion, either by adding to the text of paragraph 112 of the Judgment, or by drafting a separate paragraph on that subject, have drawn the attention of the Parties — and the attention of Burkina Faso, in particular — to the obligation to take account of the needs of the populations and to co-operate in order to mitigate the less equitable elements of its decision. In any event and considering the situation in very concrete and practical terms, had it been decided to delimit along the river bank in this way, it is difficult to imagine Burkina Faso establishing a fence along the right bank of the Sirba, preventing Niger inhabitants in the area from continuing to draw water from the Sirba and from watering their herds at the river, as doubtless they always have done. With respect to the inhabitants of Bossébangou, probably the largest population in that area, they would in any event have had full access to the river on the right (to the east) of the frontier post installed on the right bank of the Sirba. In conclusion, therefore, it is likely that over these few dozen kilometres, the

raient pas subi d'inconvénients significatifs si la Cour avait adopté une délimitation à la rive plutôt que décidé en faveur de la ligne médiane.

Mais la Cour a opté pour la ligne médiane, et si, en dépit des arguments que je viens d'exposer, j'ai voté en faveur du dispositif de la décision, c'est essentiellement parce que le dispositif porte également sur d'autres portions importantes de la frontière, sur la délimitation desquelles je tenais à marquer mon accord. C'est tout de même aussi parce qu'il m'a semblé que, dans le cas de la rivière Sirba, la stricte application de l'arrêté au sens où je l'ai compris, justifiée comme je l'ai dit sur la seule base du compromis et sans aucune considération d'équité, aboutirait à un résultat marqué d'un excessif formalisme. A mon avis, on touche ici du doigt la limite de l'*uti possidetis* et le caractère « décalé » de son application aux situations du monde actuel. Dans ce cas précis, l'objet qui était le sien en 1927, puis l'effet stabilisateur qu'il recherchait, et qu'il a pu présenter au moment des indépendances il y a plus d'un demi-siècle, ne sont plus ni l'un ni l'autre adaptés aux besoins d'aujourd'hui, ni même, s'agissant de cette délimitation fluviale, du moment de l'accession à l'indépendance. En effet, en 1927, les enjeux ne se présentaient pas dans les mêmes termes entre deux territoires relevant de la même administration coloniale. La limite ainsi choisie visait avant tout à être commode (il est plus facile de l'identifier à la rive qu'au milieu d'une rivière dont le cours est très variable selon les saisons) sans probablement avoir en vue de possibles difficultés d'accès aux ressources en eau. Je ne pense pas en effet que cet accès pouvait être affecté par une délimitation à l'époque de caractère strictement interne et qui devait laisser intacts des comportements et habitudes d'ailleurs bien antérieurs à l'occupation coloniale consistant à puiser quelques seaux d'eau à la rivière pour les besoins domestiques, profiter de l'humidité des sols à certaines saisons pour y développer des cultures et amener boire les troupeaux appartenant à des populations nomades et semi-nomades allant naturellement et traditionnellement de part et d'autre de la rivière. Exercés à l'époque actuelle, dans le cadre d'une frontière internationale, ces mêmes droits nécessitent en revanche une organisation et des garanties d'exercice qui sont l'enjeu majeur de chaque part d'une ligne qui n'est plus une simple limite administrative interne au sein d'un même ensemble colonial mais une frontière internationale entre deux Etats indépendants et souverains. Certes, il n'existe pas de règle établie à ce sujet, mais il semble cependant que les traités établissant une délimitation à la rive, d'ailleurs peu fréquents, aient été plutôt conclus à des époques éloignées et ne répondent plus guère à la pratique actuelle qui retient de préférence soit le thalweg soit la ligne médiane, selon le caractère navigable ou non du cours d'eau.

(Signé) Yves DAUDET.

Niger populations would not have encountered any significant problems had the Court opted for delimitation along the river bank rather than deciding in favour of the median line.

The Court, however, did opt for the median line, and although I voted in favour of this part of the operative clause — in spite of the arguments which I have just set out — I did so mainly because the clause also covers other important portions of the frontier, in respect of which I wished to record my agreement. I did so as well because it seemed to me that, in the case of the River Sirba, a strict application of the *Arrêté*, in accordance with my understanding thereof, which, I have said, is based solely on the Special Agreement and without any considerations of equity, would create an unduly formalistic result. In my opinion, this demonstrates the limits of *uti possidetis*, the application of which is not always in keeping with present-day situations. In this particular case, neither its object in 1927, nor the later stabilizing effect which it sought and was able to provide at the time of the two States' accession to independence more than half a century ago, is suited to today's needs, nor were they, as far as the river delimitation is concerned, at the time of independence. In effect, in 1927, the challenges posed by a boundary between two territories within the same administrative colony were not the same. The boundary chosen at that time was aimed above all at convenience (it is easier to identify a boundary along the bank of a river than in the middle of a river, which varies significantly according to the season) and, in all likelihood, the possibility of difficulties of access to the water resources was not even considered. Indeed, I do not think that such access could be affected by delimitation at that time, since delimitation was strictly internal and not intended to interfere with behaviour and customs which, moreover, dated back to well before the colonial occupation, including drawing water from the river for domestic purposes, taking advantage of the moisture in the soil in certain seasons to grow crops and using the river to water the herds of the nomadic and semi-nomadic populations who have traditionally roamed freely on either side of the river. On the other hand, those same rights exercised today, in the context of an international frontier, must be articulated and safeguarded, and pose the biggest challenge along every part of the line, which is no longer a mere administrative and internal boundary within a single colonial territory, but an international frontier between two independent and sovereign States. While there is no established rule on this subject, it would seem, however, that those treaties which establish delimitation along the bank, of which, moreover, there are very few, were concluded a long time ago and no longer reflect current practice, in which the use of either the thalweg or the median line is preferred, depending on whether or not the water course is navigable.

(Signed) Yves DAUDET.
