

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

Sources du droit applicable — Sources internationales: article 38 du Statut de la Cour, compromis du 24 février 2009, principes de l'intangibilité des frontières et de l'uti possidetis juris — Sources internes: décret du 28 décembre 1926, arrêté du 31 août 1927 et son erratum, autres textes de la période coloniale — Autres sources: documents acceptés d'accord Parties, carte IGN 1960, documents préparatoires de la période coloniale.

Place et rôle des effectivités coloniales — Relations avec l'arrêté et son erratum — Relations entre la carte IGN 1960 et les effectivités — Délimitation de la frontière: tracé de la borne astronomique de Tao à la ligne médiane de la rivière Sirba — Problèmes des localités de Petelkolé et Oussaltane — Liens effectifs des populations avec le Niger.

1. Tout en souscrivant globalement à la démarche d'ensemble de la Cour et à la plupart des conclusions auxquelles elle est parvenue dans la présente affaire, je voudrais dans cette opinion individuelle faire état de quelques observations sur certains points à propos desquels la position de la Cour appelle, de mon point de vue, des nuances ou précisions complémentaires. Il s'agit des points relatifs, d'une part, au statut des différents documents invoqués au cours de l'instance et, d'autre part, au statut des effectivités ou plus précisément leur place et rôle pour la détermination des différents tronçons de la frontière.

I. LE STATUT DES DOCUMENTS

2. Il ressort des écrits et plaidoiries que l'on est en présence de trois séries de documents auxquels les Parties se réfèrent: d'une part, les textes acceptés expressément par les Parties pour servir de référence et donc de titre juridique pour délimiter la frontière; d'autre part, les documents plus ou moins acceptés d'accord Parties, mais dont le statut reste contesté sur le point de savoir s'ils sont applicables dans le présent litige; et, enfin, les documents invoqués par l'une des Parties et récusés par l'autre.

3. C'est donc en ayant présente à l'esprit cette classification indicative entre les différents textes et documents que j'essaie de comprendre leur place dans la solution du présent litige. Mon énumération établit en même temps une hiérarchie, puisque je cite les textes dans l'ordre de priorité qu'il convient de leur accorder en vue de parvenir à la délimitation de la frontière entre le Burkina Faso et le Niger.

i) Les textes acceptés expressément sont les suivants :

- le compromis du 24 février 2009, dont l'article 6 renvoie à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et aux règles et principes du droit international qui s'appliquent au règlement des différends, ce qui indique, de manière incontestable, que d'autres règles du droit international ont un rôle à jouer, notamment lorsque les textes applicables s'avèrent lacunaires ou insuffisants ;
- le décret du 28 décembre 1926 fixant le chef-lieu du Niger à Niamey et opérant certains transferts de cercles et de cantons entre les colonies de la Haute-Volta et du Niger. On sait que les Parties ne sont pas d'accord sur le point de savoir si ce texte a une portée constitutive ou déclarative. Dans la mesure où il détermine déjà lui-même certaines frontières, il est nécessairement constitutif. Au surplus, comme c'est lui qui autorise le gouverneur de l'Afrique occidentale française à prendre l'arrêté du 31 août 1927 et l'erratum du 5 octobre 1927 fixant les limites des colonies, il revêt également une portée constitutive ;
- l'arrêté du 31 août 1927 et son erratum du 5 octobre 1927 (ci-dessous l'«arrêté») fixant les limites des colonies de la Haute-Volta et du Niger ;
- ce sont donc les textes de base ou de référence qui sont au cœur du litige et les Parties en conviennent même si elles leur donnent une portée différente, notamment sur le point de savoir s'ils sont seuls à s'appliquer et s'ils sont suffisants ou non pour délimiter l'ensemble de la frontière.

ii) S'agissant des documents, le principal d'entre eux est la carte IGN 1960 au 1/200 000, qui bénéficie d'un statut particulier dans la mesure où ce document géographique — qui n'avait jusque-là aucun statut officiel — est consacré dans l'accord du 28 mars 1987 (art. 2) ainsi que dans le compromis de saisine de la Cour du 24 février 2009.

S'il y a accord des Parties pour recourir à cette carte pour la délimitation de la frontière, elles divergent profondément sur les conditions devant présider à ce recours et elles ont réitéré à maintes reprises ces divergences. Pour le Burkina Faso, «on ne peut avoir recours à la carte qu'en cas d'insuffisance de l'arrêté précisé par son erratum», qu'exceptionnellement et dans cette hypothèse seulement, et, «faute d'un quelconque autre document accepté d'accord Parties ..., on doit y avoir recours et on ne peut avoir recours qu'à elle». Pour le Niger, la carte de 1960 bénéficie d'un statut de «source subsidiaire», ce qui permet d'y recourir chaque fois qu'il y a des imperfections, lacunes, difficultés ou erreurs provenant de l'arrêté. Il ajoute que, «sauf à découvrir des déviations anormales par rapport aux textes, des failles évidentes dans l'information sur les limites des cantons ..., c'est la limite tracée par la carte IGN qui doit être retenue comme ligne frontalière»; dans ces derniers cas, il «estimait qu'il fallait y apporter des modifications et qu'elles étaient justifiées».

iii) Les documents acceptés d'accord Parties :

Il va de soi que les documents acceptés d'accord Parties sont applicables dans le présent litige, même s'il n'est pas toujours aisé de savoir dans quelle mesure il existe de tels documents, puisque chacune des Parties récusé, pour diverses raisons, ceux invoqués par l'autre. Doit-on, pour autant, les écarter entièrement dès lors qu'ils sont récusés par l'une des Parties? Je ne le crois pas, car, à défaut d'être une preuve, ils peuvent à tout le moins constituer une présomption et orienter l'interprétation que l'on peut donner d'un texte ou d'une situation (à titre d'exemple, on peut citer les travaux préparatoires des textes de référence qui ont d'ailleurs été cités par l'une ou l'autre des Parties ou par les deux). Dans cette perspective, je ne vois pas pourquoi ils seraient récusés *a priori*, surtout que les travaux préparatoires font traditionnellement partie des éléments susceptibles sinon de constituer des preuves, du moins d'étayer celles-ci.

iv) Les autres documents et les effectivités coloniales :

Tout autre document qui n'est pas accepté d'accord Parties ne peut pas servir en tant que tel de base pour la délimitation. Là également, faut-il, pour autant, l'écarter complètement? Je ne le crois pas, car il peut constituer une source d'information non négligeable. Là encore, même s'ils ne peuvent pas constituer des preuves irréfragables d'une frontière, on ne saurait exclure *a priori* que des cartes, études ou autres documents, qu'ils soient antérieurs ou postérieurs à la date de l'indépendance, ainsi que les effectivités, puissent être pertinents pour établir, en application de l'intangibilité des frontières ou de l'*uti possidetis*, la situation qui existait alors (affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 568, par. 29; affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 399, par. 62; affaire du *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 109, par. 26).

4. Finalement et pour conclure sur ce problème des textes et documents, il apparaît clairement que :

- d'une part, l'arrêté et son erratum constituent effectivement le principal texte de base pour déterminer la frontière à la lumière des autres textes et de la pratique coloniale concernant la délimitation des frontières ;
- d'autre part, il faut des raisons suffisamment solides pour s'en écarter ; mais, si l'erratum s'avère effectivement imprécis, insuffisant et *a fortiori* erroné sur un point ou un autre, il est alors normal de recourir à d'autres éléments complémentaires, notamment la carte de 1960, en vue de parvenir à une solution ;
- enfin, si la carte de 1960 s'avère à son tour insuffisante, il est alors possible de recourir aux effectivités ou à d'autres documents ou

éléments de nature à éclairer la Cour. C'est sur ce dernier point que l'argumentation de la Cour m'apparaît parfois trop tranchée et rigide lorsqu'elle donne une primauté excessive et formelle au texte et écarte les effectivités et autres éléments pour parvenir à une solution.

II. LE TRACÉ DE LA FRONTIÈRE

5. Pour tracer la frontière, la Cour l'a subdivisée en quatre tronçons concernant, respectivement, les tracés de Tong-Tong à Tao, de Tao à la ligne médiane de la rivière Sirba, de ce dernier point jusqu'à l'intersection de la rivière Sirba avec le parallèle de Say en passant par la ligne IGN et certains points géographiques, enfin du dernier point au début de la boucle de Botou.

6. Je voudrais faire quelques observations portant sur le troisième tronçon, dans la mesure où le tracé retenu par la Cour soulève quelques difficultés liées au problème des effectivités.

1. De la borne astronomique de Tao à la ligne médiane de la rivière Sirba

7. Le texte de l'erratum indique que de la borne astronomique de Tao la ligne atteint «la rivière Sirba à Bossébangou».

8. Pour cette partie de la frontière, le Burkina Faso propose une ligne fondée sur une interprétation particulière du texte de l'erratum. Le tracé du Burkina épouse en réalité celui de la commission mixte de 1988. Ainsi, de la borne astronomique de Tao jusqu'à la rivière Sirba à Bossébangou, la frontière suit une ligne droite. Le Burkina Faso réitère sa position selon laquelle, «en jurisprudence, un acte de délimitation indiquant, à défaut d'indication contraire, qu'une ligne passe par deux points est interprété comme adoptant une frontière sous forme d'un segment de droite reliant ces deux points».

9. Quant au Niger, il opte pour une ligne qui consiste à suivre les limites des cantons, position reflétée en grande partie par la carte IGN de 1960. Il divise cette partie de la frontière en deux : de la borne astronomique de Tao à Bangaré et de Bangaré à la limite du cercle de Say. Le Niger fonde son approche sur le fait que le décret du président de la République française du 28 décembre 1926 s'exprime en termes de cantons, ce qui «ne va pas dans le sens d'une volonté d'établir une ligne arbitraire et artificielle», et sur un certain nombre de documents, notamment trois procès-verbaux qui furent conclus pour les deux cercles concernés — Tillabéry et Say — entre les représentants des deux colonies en vue de la préparation de l'arrêté d'exécution par le gouverneur général.

10. Au-delà de la borne de Tao, une première approche théorique possible consiste à opter pour un tracé en ligne droite, comme pour la frontière entre Tong-Tong et Tao. Or, il s'agit là d'un tronçon de la frontière relativement important, le long duquel plusieurs villages s'échelonnent et sont

revendiqués par les deux Parties. Un tracé en ligne droite aurait un résultat aléatoire et non souhaitable sur le terrain, notamment en divisant artificiellement des villages frontaliers ou des communautés entre les deux Etats.

11. Si l'arrêté voulait tracer une ligne droite, il l'aurait dit expressément, comme pour le tracé précédent de Tong-Tong à Tao et comme il le dira pour la dernière portion de la frontière, du point où le parallèle de Say coupe la rivière Sirba à la boucle de Botou. Or, le texte de l'erratum s'abstient de le faire et il ne peut s'agir là que d'une abstention intentionnelle et donc d'une volonté tout aussi claire de renoncer à un tel tracé. Par conséquent, il n'y a aucune base logique et convaincante pour soutenir que la frontière atteinte en ligne droite la rivière Sirba à Bossébangou, surtout que Bossébangou est un village nigérien qui n'est pas sur la rive de la Sirba. De ce fait, il en résulte que, dans le silence de l'erratum sur le tracé de la ligne dans cette partie, on est nécessairement renvoyé à la source subsidiaire, la carte IGN de 1960. C'est donc sur cette base que la Cour retient le tracé de la carte, non seulement sur ce point mais pour l'ensemble de la frontière allant de la borne astronomique de Tao à la rivière Sirba.

12. Comme nous l'avons noté précédemment, le tracé passe à proximité d'un certain nombre de villages, et plus précisément trois d'entre eux (Petelkolé, Oussaltane et Bangaré) pour lesquels il y avait des revendications d'appropriation opposées des Parties. Certes, contrairement à ce qu'a soutenu le Burkina Faso, la Cour a tenu, à juste titre, à faire entrer en ligne de compte les effectivités, mais c'est pour les écarter pour deux d'entre eux (Petelkolé et Oussaltane) et les retenir seulement pour l'un d'entre eux (Bangaré).

13. C'est sur ce point que la solution ne m'apparaît pas entièrement satisfaisante, parce que la Cour a écarté les preuves d'effectivité présentées par le Niger alors qu'elles m'apparaissent beaucoup plus convaincantes que celles présentées par le Burkina Faso.

14. S'agissant de l'emplacement de Petelkolé, le Niger relève une contradiction des données de la carte IGN de 1960 (sur la feuille Sebba, Petelkolé se trouve sur la ligne frontière, alors que sur la feuille Téra cette localité se trouve légèrement à l'ouest de cette ligne); puis il se fonde sur des informations administratives de l'époque coloniale pour prouver que ce village était nigérien, et il «est resté sous autorité nigérienne depuis l'indépendance; il est administrativement rattaché à la commune rurale de Bankilaré et compte 2654 habitants». Il ajoute que, aux abords de Petelkolé, la ligne frontière doit s'écarter légèrement de la ligne IGN vers l'ouest afin d'englober le poste frontalier juxtaposé entre le Niger et le Burkina Faso, situé entièrement en territoire nigérien et choisi par le comité bilatéral (Burkina-Niger) d'identification du site d'implantation des postes de contrôle juxtaposés entre les deux pays.

15. Le Burkina Faso conteste la position du Niger et dit que ni l'erratum ni le tracé de la carte de 1960 n'attribuent Petelkolé au Niger. S'agissant des documents invoqués par le Niger, ils ne sont pas opposables au Burkina, parce qu'ils n'ont pas été entérinés soit par les autorités compétentes (documents de la période coloniale), soit par les autorités burkinabés (documents d'après l'indépendance).

16. L'examen de la carte de 1960 montre que la carte IGN de 1960 place le toponyme Petelkolé presque sur la frontière, avec un décalage à l'ouest vers le Burkina Faso. Toutefois, le fait que les deux Etats aient créé des postes de contrôle juxtaposés à Petelkolé et qu'ils aient considéré ou «*croyaient* que la frontière laissait Petelkolé au Niger» (contre-mémoire du Niger, p. 66, par. 2.1.7) constitue un indice non négligeable pour se prononcer sur la situation du village, même si cet accord de 2006 n'est pas entré en vigueur. Par ailleurs, les informations administratives de 1933 et 1953-1954 invoquées par le Niger, faisant référence aux populations Rimaibés ayant créé deux hameaux, l'un (Seynotyondi) situé en Haute-Volta et l'autre (Petelkolé) au Niger, entre lesquels passe la frontière, ajoutent un élément supplémentaire à prendre en considération. Il me semble que la Cour aurait dû accorder une attention beaucoup plus grande aux éléments de preuve avant de statuer sur le sort du village qui semble, eu égard aux effectivités, relever de l'administration nigérienne.

17. S'agissant du village d'Oussaltane, le Niger soutient que ce village est nigérien, en se fondant là également sur des documents coloniaux (croquis Delbos de juin 1927, accord Roser/Boyer d'avril 1932 selon lequel la limite passe «à Houssaltane qu'elle laisse à l'Est, à Petelkarkalé qu'elle laisse à l'Ouest, à Petelkolé qu'elle laisse à l'Est»). Il fait valoir que cette région, administrée par le Niger, correspond à un groupe de campements de la tribu Kel Tamajirt, du groupement Tinguéréguédesch de la commune rurale de Bankilaré, à laquelle ils versent régulièrement leurs impôts.

18. Le Burkina Faso se contente de dire que le tracé de 1960 place Oussaltane du côté voltaïque du tracé (contre-mémoire du Burkina Faso, par. 3.71), et que le fait que le campement ait été placé à l'est de la limite proposée par l'accord Roser/Boyer d'avril 1932 est sans pertinence, parce que «la localisation d'un lieu par rapport à une délimitation qui n'a pas été consacrée ne peut venir remettre en cause celle qui l'a été». Il reproche au Niger une déviation importante et injustifiée par rapport à la carte IGN dans le seul souci d'enclaver et de soustraire Oussaltane du territoire voltaïque, sans apporter d'élément quelconque d'effectivité pour appuyer sa réclamation.

19. Notons que la carte IGN de 1960 place le toponyme Oussaltane vers l'ouest, du côté de la Haute-Volta, mais la ligne frontière est interrompue à ce niveau. La carte apparaissant ainsi insuffisante pour déterminer avec précision le tracé de la frontière au niveau de ce village, il convient alors de se référer à d'autres éléments pour se prononcer sur cette portion. Les différents documents invoqués par le Niger plaident, à mon avis, en faveur d'un rattachement du village au Niger, dans la mesure où la tribu Kel Tamajirt serait majoritairement nigérienne et verserait les impôts à la commune nigérienne de Bankilaré. Il y a là un élément objectif d'effectivité pour une telle solution plutôt que pour un rattachement au Burkina Faso qui n'est appuyé par aucun élément pertinent d'effectivité.

2. *Le point d'arrivée de la ligne qui part de Tao pour arriver à la rivière Sirba*

20. Concernant le point d'arrivée de la ligne qui part de Tao, le texte de l'erratum de 1927 indique que la ligne «atteint la rivière Sirba à Bossébangou». La formule est pour le moins ambiguë, surtout que le village de Bossébangou est nigérien et, qui plus est, il ne se situe pas sur la rive de la Sirba, mais à quelques centaines de mètres.

21. Pourtant, le Burkina Faso soutient que le point d'arrivée doit se situer sur la rive droite de la Sirba, en se fondant sur le syllogisme suivant : l'erratum mentionne Bossébangou ; mais, Bossébangou étant en territoire nigérien et loin de la rivière, il ne peut être le point à atteindre ; donc cela signifie que la ligne coupe la rivière pour atteindre la rive droite.

22. Il m'apparaît clairement que c'est un faux syllogisme et c'est à juste titre que la Cour écarte cette allégation. D'une part, la mention de Bossébangou par l'erratum ne fait qu'indiquer une direction et un point d'arrivée, la rivière Sirba, mais sans autre précision pour savoir notamment s'il s'agit de la rive droite ou gauche ou encore de la ligne médiane. D'autre part, le verbe atteindre une rivière ne signifie pas en soi qu'il faut la couper. Enfin, et c'est là le point clef qui doit guider la solution : le fait de retenir la rive droite est d'une telle importance pour la suite du tracé, à partir de Bossébangou, que, si l'erratum voulait situer toute la rivière dans une seule colonie, il l'aurait dit clairement ; cela est bien trop important et grave pour être passé sous silence. Par conséquent, en l'absence d'une telle précision, le fait d'atteindre la rivière n'a pas d'autre signification que la frontière doit suivre la ligne médiane, solution habituelle des délimitations fluviales qui partagent l'espace entre les pays riverains et leur assurent un égal accès à ses ressources, notamment l'eau. C'est une solution de bon sens, fondée juridiquement et en équité.

(Signé) Ahmed MAHIU.