

SEPARATE OPINION
OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. <i>PROLEGOMENA</i>	1-5
II. PROVISIONS OF TREATIES AFTER INDEPENDENCE IN 1960 EXPRESSING CONCERN WITH THE LOCAL POPULATIONS	6-10
III. CONCERN OF THE PARTIES WITH THE LOCAL POPULATIONS IN THE WRITTEN PHASE OF PROCEEDINGS	11-22
IV. <i>COMMUNIQUÉS</i> AFTER INDEPENDENCE IN 1960 EXPRESSING CONCERN WITH THE LOCAL POPULATIONS	23-26
V. VIEWS OF THE PARTIES CONCERNING VILLAGES	27-31
VI. CONCERN OF THE PARTIES WITH THE LOCAL POPULATIONS IN THE ORAL PHASE OF PROCEEDINGS (FIRST AND SECOND ROUNDS OF ORAL ARGUMENTS)	32-34
VII. CONCERN OF THE PARTIES WITH THE LOCAL POPULATIONS IN THE RESPONSES OF THE PARTIES TO QUESTIONS FROM THE BENCH	35-54
1. Questions from the Bench	35-36
2. Responses from Burkina Faso	37-40
3. Responses from Niger	41-45
4. General assessment	46-54
VIII. SOME REMARKS ON THE TRACING OF THE FRONTIER LINE IN THE IGN MAP	55-62
IX. THE HUMAN FACTOR AND FRONTIERS	63-69
X. ADMISSION BY THE PARTIES THAT THEY ARE BOUND BY THEIR PLEDGE TO CO-OPERATION IN RESPECT OF LOCAL POPULATIONS	70-86
1. In multilateral African <i>fora</i>	71-79
2. In bilateral agreements	80-82
3. The régime of transhumance	83-86
XI. POPULATION AND TERRITORY TOGETHER: CONFORMATION OF A "SYSTEM OF SOLIDARITY"	87-98

OPINION INDIVIDUELLE
DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. PROLÉGOMÈNES	1-5
II. DISPOSITIONS CONVENTIONNELLES POSTÉRIEURES À L'INDÉPENDANCE DE 1960 REFLÉTANT LA PRÉOCCUPATION DES PARTIES À L'ÉGARD DES POPULATIONS LOCALES	6-10
III. INTÉRÊT DES PARTIES À L'ÉGARD DES POPULATIONS LOCALES AU STADE DE LA PROCÉDURE ÉCRITE	11-22
IV. COMMUNIQUÉS POSTÉRIEURS À L'INDÉPENDANCE DE 1960 REFLÉTANT LES PRÉOCCUPATIONS DES PARTIES À L'ÉGARD DES POPULATIONS LOCALES	23-26
V. VUES DES PARTIES CONCERNANT LES VILLAGES	27-31
VI. INTÉRÊT DES PARTIES À L'ÉGARD DES POPULATIONS LOCALES AU STADE DE LA PROCÉDURE ORALE (PREMIER ET SECOND TOURS DE PLAIDOIRIES)	32-34
VII. INTÉRÊT DES PARTIES À L'ÉGARD DES POPULATIONS LOCALES DANS LEURS RÉPONSES AUX QUESTIONS ÉMANANT DE MEMBRES DE LA COUR	35-54
1. Questions émanant de membres de la Cour	35-36
2. Réponses du Burkina Faso	37-40
3. Réponses du Niger	41-45
4. Appréciation générale	46-54
VIII. CERTAINES OBSERVATIONS SUR LE TRACÉ DE LA LIGNE FRONTIÈRE FIGURANT SUR LA CARTE IGN	55-62
IX. LE FACTEUR HUMAIN DANS LA DÉLIMITATION DES FRONTIÈRES	63-69
X. LA RECONNAISSANCE, PAR LES PARTIES, DE LEUR ENGAGEMENT DE COOPÉRATION À L'ÉGARD DES POPULATIONS LOCALES	70-86
1. Instances multilatérales africaines	71-79
2. Accords bilatéraux	80-82
3. Le régime de transhumance	83-86
XI. LA POPULATION ET LE TERRITOIRE CONSIDÉRÉS COMME UN TOUT : ÉTABLISSEMENT D'UN «SYSTÈME DE SOLIDARITÉ»	87-98

1. Transhumance and the “system of solidarity”	88
2. People and territory together	89-94
3. Solidarity in the <i>jus gentium</i>	95-98
XII. CONCLUDING OBSERVATIONS	99-105

*

I. PROLEGOMENA

1. I have voted in favour of the adoption of the present Judgment in the case of the *Frontier Dispute* between Burkina Faso and Niger, whereby the International Court of Justice (ICJ) has, at the request of the Parties, determined the course of their frontier. Although I have agreed with the Court’s majority as to the findings and resolatory points of the Court in its present Judgment, yet there are certain points — to which I attribute much importance — which are not properly reflected in the reasoning of its Judgment, or which have not been sufficiently stressed therein, as much as I think they should have been.

2. In respect of those points, I do not find the Judgment just adopted by the Court today entirely satisfactory, and I pursue a distinct reasoning, particularly in respect of the relationship between the territory at issue and the local (nomadic and semi-nomadic) populations. This being so, I feel thus obliged to dwell upon them in the present separate opinion, so as, on the basis of the documentation conforming the *dossier* of the present case (not wholly reflected in the present Judgment), to clarify the matter dealt with by the Court, and to present the foundations of my personal position thereon.

3. My reflections, developed in the present separate opinion, pertain to the following points, in relation to which I do not find the reasoning of the Court entirely satisfactory or complete, namely: (*a*) provisions of treaties (after independence in 1960) expressing concern with the local populations; (*b*) concern of the Parties with the local populations in the written phase of proceedings; (*c*) *communiqués* (after independence in 1960) expressing concern with the local populations; and (*d*) views of the Parties concerning villages.

4. Moving from the written to the oral phase of proceedings, I shall then turn attention to the following points: (*a*) concern of the Parties with the local populations in the oral phase of proceedings (first and second rounds of oral arguments); (*b*) concern of the Parties with the local populations in the responses of the Parties to questions from the bench; and (*c*) the tracing of the frontier line in the IGN map. May I here observe that there is a wealth of materials, in the *dossier* of the present case, in the responses provided by the Parties to questions from the bench, not fully or sufficiently reflected in the present Judgment of the Court.

1. La transhumance et le «système de solidarité»	88
2. Les peuples et le territoire pris comme un tout	89-94
3. Solidarité dans le <i>jus gentium</i>	95-98
XII. OBSERVATIONS FINALES	99-105

*

I. PROLÉGOMÈNES

1. J'ai voté en faveur de l'adoption du présent arrêt rendu en l'affaire du *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et le Niger, par lequel la Cour a, à la demande des Parties, déterminé le tracé de leur frontière. Bien que m'étant rallié à la majorité à l'égard des conclusions et du dispositif de cet arrêt, certains points — revêtus, à mon sens, d'une importance particulière — ne sont pas convenablement pris en compte dans le raisonnement suivi par la Cour, ou n'y ont pas la place qu'ils méritent selon moi.

2. A l'égard de ces points, l'arrêt adopté ce jour par la Cour ne me semble pas entièrement satisfaisant, et la logique que j'ai choisi de suivre s'en écarte quelque peu, notamment pour ce qui est de la relation entre le territoire en cause et les populations (nomades et semi-nomades) locales. Dans ces conditions, je crois de mon devoir de revenir sur ces points dans la présente opinion individuelle, afin d'apporter un éclairage supplémentaire sur la question tranchée par la Cour et de présenter les fondements de ma position personnelle à cet égard ; je le ferai sur la base des éléments versés au dossier de cette affaire, lesquels me semblent avoir été insuffisamment reflétés par le présent arrêt.

3. Les réflexions présentées dans cette opinion concernent les points sur lesquels le raisonnement suivi par la Cour me semble imparfait ou incomplet, à savoir : *a)* les dispositions conventionnelles (postérieures à l'accession à l'indépendance en 1960) reflétant la préoccupation des Parties à l'égard des populations locales ; *b)* l'intérêt exprimé par les Parties à l'égard des populations locales au stade de la procédure écrite ; *c)* les communiqués (postérieurs à l'accession à l'indépendance en 1960) reflétant la préoccupation des Parties à l'égard des populations locales ; et *d)* les vues des Parties sur les villages.

4. Je me pencherai ensuite sur la procédure orale, et plus particulièrement sur les points suivants : *a)* l'intérêt exprimé par les Parties à l'égard des populations locales au stade de la procédure orale (premier et second tours de plaidoiries) ; *b)* l'intérêt exprimé par les Parties à l'égard des populations locales dans leurs réponses aux questions des juges ; et *c)* le tracé de la ligne frontière sur la carte IGN. Je me permets ici de relever qu'il existe pléthore d'éléments, tant dans le dossier de l'affaire que dans les réponses fournies par les Parties aux questions émanant des membres de la Cour, qui n'ont pas été pleinement ou suffisamment pris en compte dans le présent arrêt.

5. My next line of considerations will focus on: (a) the human factor and frontiers; (b) admission by the Parties that they are bound by their pledge to co-operation in respect of local populations (in multilateral African *fora*, and in bilateral agreements, conforming the régime of transhumance); and (c) population and territory together, conforming a “system of solidarity” (encompassing transhumance and the “system of solidarity”; people and territory together; and solidarity in the *jus gentium*). The way will then be paved for the presentation of my concluding observations.

II. PROVISIONS OF TREATIES AFTER INDEPENDENCE IN 1960 EXPRESSING CONCERN WITH THE LOCAL POPULATIONS

6. In the present Judgment in the case of the *Frontier Dispute* between Burkina Faso and Niger, the ICJ begins by pointing out that the dispute at issue is set within a historical context marked by the *accession to independence* of the two contending Parties (Burkina Faso and Niger), which were formerly part of French West Africa (para. 12). In my reasoning in the present separate opinion, I ascribe particular importance to the documents *after* their independence in 1960. The Court further recalls that, in the colonial period, the two countries concerned were “made up of basic units called *cercles*”; each *cercle*, in turn, was composed of subdivisions, which “comprised *cantons*, which grouped together a number of villages” (*ibid.*).

7. In effect, in my view, it is commendable that the two contending Parties, Burkina Faso and Niger, deemed it fit to insert, into treaties they concluded after their independence in 1960, provisions expressing their concern with the local populations. Thus, their 1964 Protocol of Agreement (concluded in Niamey, on 23 June 1964)¹, contains a provision, on “population movements”, which states that

“2. Provided they are carrying the official identity documents of their State, nationals (within the meaning of the Nationality Code of the State concerned) of the Contracting Parties may move freely from one side of the frontier to the other.

All nationals of either of the Contracting Parties may enter the territory of the other, travel on that territory, establish their residence there in the place of their choice and leave the territory, without being obliged to obtain a visa or residence permit of any kind.

¹ Memorial of Niger, Annex A1.

5. Mes considérations porteront ensuite sur : *a*) le facteur humain dans la délimitation des frontières; *b*) la reconnaissance, par les Parties, de l'obligation de respecter leur engagement de coopération à l'égard des populations locales (manifesté auprès d'organisations multilatérales africaines et en vertu d'accords bilatéraux, qui constituent le régime de transhumance); et *c*) la population et le territoire considérés comme un tout, et le «système de solidarité» qui en découle (avec trois sous-parties : «La transhumance et le «système de solidarité»», «Les peuples et le territoire pris comme un tout» et «La solidarité dans le *ius gentium*»). Ces fondements ainsi jetés, je présenterai mes observations finales.

II. DISPOSITIONS CONVENTIONNELLES POSTÉRIEURES À L'INDÉPENDANCE DE 1960 REFLÉTANT LA PRÉOCCUPATION DES PARTIES À L'ÉGARD DES POPULATIONS LOCALES

6. Dans le présent arrêt rendu en l'affaire du *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et le Niger, la Cour commence par souligner que le différend s'inscrit dans un contexte historique marqué par l'*accession à l'indépendance* des deux Parties en présence (le Burkina Faso et le Niger), lesquelles faisaient autrefois partie de l'Afrique occidentale française (par. 12). Dans le raisonnement suivi en la présente opinion individuelle, j'ai accordé une importance particulière aux documents *postérieurs* à l'accession des deux pays à l'indépendance, en 1960. La Cour rappelle ensuite que, dans la période coloniale, les deux pays étaient «constitu[és] de circonscriptions de base appelées cercles», chaque cercle étant à son tour composé de subdivisions, lesquelles étaient constituées de «cantons, regroupant plusieurs villages» (*ibid.*).

7. Il y a tout lieu de se féliciter, me semble-t-il, de ce que les deux Parties en présence, le Burkina Faso et le Niger, aient jugé utile d'insérer, dans les traités conclus après leur accession à l'indépendance en 1960, des dispositions montrant qu'elles se préoccupaient des populations locales. Ainsi, le protocole d'accord signé entre elles à Niamey le 23 juin 1964¹ contient-il une clause sur le «mouvement de populations» qui se lit comme suit :

«2. Pourvu qu'ils soient munis des pièces d'identité réglementaires de leur Etat, les nationaux (au sens du Code de la nationalité de l'Etat intéressé) des parties contractantes circulent librement d'une part et d'autre de la frontière.

Tout national de l'une des parties contractantes peut rentrer sur le territoire de l'autre, y voyager, y établir sa résidence dans le lieu de son choix et en sortir sans être astreint à un visa ou [une] autorisation quelconque de séjour.

¹ Mémoire du Niger, annexe A1.

However, transhumant nationals of one State travelling to the other State must have a transhumance certificate stating the composition of their family and the number of their animals.

The two Contracting Parties shall communicate to each other all documents concerning transhumance, in particular details of routes followed and movement calendars. (. . .)”

8. Years later, the Agreement between Burkina Faso and Niger of 28 March 1987, on the demarcation of the frontier between the two countries², contained a provision to (Article 5) the effect that “[r]ights of peoples living along the frontier in respect of the utilization of farmland, pasturage, waterpoints, saline lands and economic trees shall be defined in the Protocol of Agreement”. This Protocol of Agreement, celebrated by those two States on the same date³, provides (Article 19) that

“After demarcation of the frontier has been completed, nationals of each State who are not originally from the State where they are residing, and who decide to remain there, shall forthwith become subject to the jurisdiction, laws and regulations of the latter State.”

9. And Article 20 of the same 1987 Protocol of Agreement adds that:

“Nationals of one State residing on the territory of the other who decide to return to their country of origin shall have a maximum of five (5) years in which to do so, with effect from the date on which their presence is recorded; during that period they shall not be subject to any form or taxation or other charge”⁴.

10. In addition, the Protocol of Agreement Establishing a Consultation Framework between Burkina Faso and Niger, celebrated at Tillabéry on 26 January 2003⁵, extends such consultation to “cross-border transhumance” (Article 1), and explains, in Article 2 that

² Memorial of Niger, Annex A4.

³ *Ibid.*

⁴ Moreover, Article 13 of the aforementioned 1987 Protocol of Agreement determines that:

“Use and/or ownership rights of nationals of the two Parties in respect of land situated along the frontier in regard to farming and pasturage, including the right to exploit economic trees such as the *nééré* and the *karaté*, shall be governed by the laws of the country where the land is located and, on a subsidiary basis, by customary law.”

And Article 14 adds that:

“Rights of utilization in respect of wells, rivers and waterpoints along the frontier shall likewise be governed by law and, subsidiarily, by the customs of the country where such wells, rivers and waterpoints are located. The régime governing frontier watercourses shall remain that applicable under the relevant international law.”

⁵ Replies of Burkina Faso and Niger to the Questions Put by Judge Cançado Trindade at the End of the Public Sitting Held on 17 October 2012, doc. of 16 November 2012 [Niger’s Response].

Cependant, les transhumants nationaux d'un Etat se rendant dans l'autre Etat devront être munis d'un titre de transhumance mentionnant la composition de la famille et le nombre des animaux.

Les deux parties contractantes se communiqueront tous documents concernant la transhumance, en particulier les itinéraires empruntés et les calendriers des déplacements...»

8. L'accord conclu entre le Burkina Faso et le Niger quelques années plus tard, le 28 mars 1987, sur la matérialisation de la frontière entre les deux pays², contenait une disposition (l'article 5) prévoyant que «[l]e droit d'usage des terres de culture, des pâturages, des points d'eau, des terres salées et des arbres économiques des populations résidant le long de la frontière, sera[it] défini dans le Protocole d'accord». Ce protocole, signé le même jour entre les deux Etats³, stipule, en son article 19, que,

«[a]près la matérialisation de la frontière, les ressortissants de l'un ou l'autre Etat qui ne sont pas originaires de l'Etat de leur lieu de résidence et qui décident d'y rester seront immédiatement soumis à la juridiction et aux lois et règlements de cet Etat».

9. A l'article 20 du même protocole d'accord de 1987, il est précisé que

«[l]es ressortissants d'un Etat qui résident sur le territoire de l'autre et qui décident de regagner leur pays d'origine auront un délai de cinq (5) ans au plus pour le faire, à compter de la date de leur recensement; durant cette période, ils ne seront soumis à aucune forme d'imposition ou de taxation»⁴.

10. Par ailleurs, le protocole d'accord portant création d'un cadre de concertation entre le Burkina Faso et la République du Niger, signé à Tillabéry le 26 janvier 2003⁵, inclut la «transhumance transfrontalière» (article 1) en précisant, en son article 2, que,

² Mémoire du Niger, annexe A4.

³ *Ibid.*

⁴ L'article 13 du protocole d'accord stipule en outre que

«[l]es droits d'usage et/ou de propriété des ressortissants des deux Parties, sur les terres le long de la frontière, concernant l'agriculture, les pâturages, y compris le droit d'exploitation des arbres économiques tels que le néré [et] le karité, seront régis par les lois du pays où la terre est située et, subsidiairement, par les coutumes»,

l'article 14 précisant que

«[l]e droit d'usage des fontaines, rivières et points d'eau, le long de la frontière, sera également régi par les lois et, subsidiairement, par les coutumes du pays où se trouvent ces fontaines, rivières et points d'eau. Le régime des cours d'eau aux frontières demeure celui de la réglementation internationale en la matière.»

⁵ Réponses du Burkina Faso et du Niger aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience tenue le 17 octobre 2012, document du 16 novembre 2012 [réponse du Niger].

“The purpose of the consultation framework on cross-border transhumance is to:

- manage transhumance between the two States; (. . .)
- promote consultation and exchange between the two States with respect to transhumance and the management of natural resources;
- propose all appropriate steps to promote and support the development and implementation of a regional⁶ inter-State transhumance policy.”

III. CONCERN OF THE PARTIES WITH THE LOCAL POPULATIONS IN THE WRITTEN PHASE OF PROCEEDINGS

11. In my perception, a significant feature of the documentation forming the *dossier* of the present case (written and oral phases) of the *Frontier Dispute* opposing Burkina Faso to Niger lies in the attention dispensed to the human factor — the local population — considered together with the territory under contention (cf. Part IX, *infra*). Niger has been attentive to it from the very start, since its Memorial of April 2011, whilst Burkina Faso has likewise turned attention to it as from its Counter-Memorial of January 2012. Niger invokes the constant displacements of population in order to interpret the inter-colonial line, as fixed by the 1927 *Arrêté* and Erratum, taking into account the position of the villages at that time.

12. Burkina Faso, for its part, contends that such constant displacements of population *per se* have rendered it impossible to take into account the segments of the population at issue in drawing the frontier line. Thus, in Burkina Faso’s view, the frontier was deliberately artificial, and the *effectivités* cannot, in its view, provide a basis for the interpretation of the 1927 *Arrêté*. Yet, the ICJ itself has pondered, in its Judgment (of 22 December 1986) in the *Frontier Dispute* between Burkina Faso and Mali, that in the hypothesis of a legal title not being precise as to the extent of the corresponding frontier, the *effectivités* can play “an essential role” to indicate how a legal title ought to be interpreted in practice (para. 63).

13. Some specific points, raised by both Niger and Burkina Faso in the written phase in the *cas d’espèce*, as to the ineluctable relationship between territory and population, should not, in my view, pass unnoticed here. In its aforementioned Memorial of April 2011, for example, Niger observes that the frontier ensuing from the 1927 *Arrêté* and Erratum, from the very beginning

“raised problems for the nomadic populations, who were accustomed to travelling within a unitary area, which was now divided into two

⁶ So as to ensure a proper implementation of Decision A/DEC.5/10/98 of 31 October 1998 regulating transhumance between ECOWAS member States (cf. *infra*).

«[J]e cadre de concertation sur la transhumance transfrontalière a pour objets de :

- gérer la transhumance entre les deux Etats; ...
- promouvoir les concertations et les échanges entre les deux Etats en matière de transhumance et de gestion des ressources naturelles;
- proposer toutes mesures de nature à favoriser et à soutenir la définition et la mise en œuvre de la politique régionale⁶ en matière de transhumance inter-Etats.»

III. INTÉRÊT DES PARTIES À L'ÉGARD DES POPULATIONS LOCALES AU STADE DE LA PROCÉDURE ÉCRITE

11. Ce qui caractérise, selon moi, les documents versés au dossier (tant au stade de la procédure écrite que dans le cadre de la procédure orale) dans la présente affaire du *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et le Niger, c'est l'attention qui y est accordée au facteur humain, c'est-à-dire à la population locale envisagée de manière indissociable avec le territoire en litige (voir section IX *infra*). Le Niger y a été attentif dès le départ, dans son mémoire d'avril 2011, le Burkina Faso commençant également à s'en préoccuper dans son contre-mémoire de janvier 2012. Le Niger invoque les déplacements constants de population aux fins de l'interprétation de la ligne de délimitation intercoloniale telle que fixée par l'arrêté de 1927 et son erratum, en tenant compte de l'emplacement des villages à l'époque.

12. Le Burkina Faso avance, pour sa part, que, du fait même de ces déplacements constants, il est devenu impossible de tenir compte des groupes de population en question pour délimiter la ligne frontière. Il considère, par conséquent, que c'est délibérément qu'un tracé artificiel a été donné à la frontière, et que les effectivités ne sauraient fonder l'interprétation de l'arrêté de 1927. Or, la Cour elle-même a estimé, dans son arrêt du 22 décembre 1986 rendu en l'affaire du *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et le Mali, que, lorsqu'un titre juridique manque de précision quant au tracé de la frontière correspondante, les effectivités peuvent alors jouer «un rôle essentiel» en indiquant comment le titre doit être interprété dans la pratique (par. 63).

13. Certains points soulevés dans les écritures des deux Parties, notamment le lien fondamental entre territoire et population, ne doivent pas, me semble-t-il, être sous-estimés. Ainsi, dans son mémoire d'avril 2011, mentionné ci-dessus, le Niger observe que, dès le départ, la frontière fixée en application de l'arrêté de 1927 et de son erratum

«suscita des problèmes pour les populations nomades habituées à circuler dans un seul espace qui se trouvait désormais divisé entre

⁶ Afin de garantir l'exécution conforme de la décision A/DEC.5/10/98 du 31 octobre 1998 relative à la réglementation de la transhumance entre les Etats membres de la CEDEAO (voir *infra*).

separate colonies. In order to retain their customary transhumant routes, or even to cultivate their croplands which overlapped the boundary, they had to pass from one colony to the other. (. . .)

On the other hand, very quickly, the nomadic or semi-nomadic populations became aware of the advantages that they could derive from the situation in order to escape taxes or other services required by the colonial power, or enlistment in the armed forces. (. . .)” (Para. 2.5.)

14. Niger holds that the 1927 *Arrêté* and the Erratum have not been sufficiently precise to fix the frontier at issue (paras. 2.1-4), and adds that this latter has raised problems for the nomadic populations (concerning, e.g., cultivation of croplands and tax collection — paras. 2.5-8), in their “customary transhumant routes”, which they wanted to retain (para. 2.5). Niger argues so, without questioning the principle of the “intangibility of boundaries” (as inherited by the colonial administration — paras. 5.1-2).

15. From then onwards — Niger proceeds — “[a]t all times, the Administrators sought to determine the boundaries of their *cantons*” (para. 5.11). There have occurred different kinds of transhumance; for example, in the Say sector (not so much populated) — Niger adds — there have been: (a) “major transhumance, . . . generally practiced by the Bororo and related Peulhs”; (b) a movement over short and medium distances, generally carried out in order to exploit the pastureland beside rivers and pools”; (c) commercial transhumance, concerning “small flocks” “for the purpose of increasing milk production and taking advantage of the pasturage provided by fallow croplands” (para. 7.7). This longstanding activity — Niger remarks — is nowadays regulated within ECOWAS, of which Niger and Burkina Faso are members (*ibid.*).

16. Moreover, Niger argues that the territorial colonial partitions constituted “socially disruptive factor”, which provoked “population movements motivated by the preservation of communal or cultural identities, or the safeguard of interests” (para. 6.6). And it adds:

“The instability of the populations of areas close to the shared boundaries or territories resulted in multiple registrations and the use of contradictory criteria for defining administrative links (place of temporary settlement or village of origin).

Apart from traditional nomadic movements or the search for new land, there were various factors impelling populations to change from one territory to another: differences in régime as between colonies in the matter of compulsory service or of human or livestock taxation, the existence of basic infrastructure in the neighbouring territory (access to water, vaccination facilities for livestock, schools, health centres, etc.), power relationships within tribes, etc. Thus, all along

deux colonies différentes [et que] [p]our conserver leurs parcours habituels de transhumance ou même pour cultiver leurs champs chevauchant des limites, il leur fallait passer d'une colonie à l'autre...

En revanche, très rapidement, les populations nomades ou semi-nomades se rendirent compte des avantages qu'elles pouvaient tirer de la situation pour échapper à l'impôt, aux autres prestations requises par la puissance coloniale, ou à l'enrôlement dans les forces armées...» (Par. 2.5.)

14. Le Niger fait valoir que l'arrêté de 1927 et son erratum n'ont pas défini de manière suffisamment précise la frontière en cause (par. 2.1-4), et que la création de celle-ci a généré des difficultés pour les populations nomades (concernant, notamment, l'exploitation des terres cultivées et le recouvrement de l'impôt, par. 2.5-8), sur leurs «parcours habituels de transhumance», qu'ils souhaitaient conserver (par. 2.5). Le Niger avance cet argument sans contester le principe de l'«intangibilité des frontières» (telles qu'héritées de l'administration coloniale, par. 5.1-2).

15. Il poursuit en indiquant que, depuis lors et «[à] toutes époques, les administrateurs ont cherché à retrouver les limites de leurs cantons» (par. 5.11). La transhumance revêt différentes formes. Ainsi, explique-t-il, dans le secteur (faiblement peuplé) de Say, l'on a observé des mouvements *a)* «de très grande amplitude généralement pratiqués par les peulhs Bororo et apparentés», *b)* un mouvement «de courte et moyenne amplitude généralement effectué pour exploiter les pâturages des rivières et des mares», et *c)* une transhumance commerciale concernant les «petits troupeaux», ayant pour objectif de «valoriser la production laitière et de profiter des pâturages offerts par les champs de culture après leur exploitation» (par. 7.7). Cette activité, précise le Niger, est aujourd'hui réglementée dans le cadre de la Communauté économique des Etats d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), dont le Niger et le Burkina Faso sont membres (*ibid.*).

16. Le Niger soutient par ailleurs que les partitions territoriales coloniales ont constitué un «facteur de désordre social» et provoqué des «mouvements de populations motivés par la conservation des identités communautaires ou culturelles, ou par la sauvegarde des intérêts» (par. 6.6). Il ajoute :

«L'instabilité des populations voisinant les limites ou les terroirs partagés a donné lieu à des enregistrements multiples et à l'invocation de critères de rattachement contradictoires (lieu de nomadisation ou village d'origine).

Outre les mouvements relevant du nomadisme traditionnel ou de la recherche de nouvelles terres, divers facteurs ont amené les populations à changer de secteur : les différences de réglementation entre colonies en matière de servitudes coloniales ou de fiscalité sur les personnes ou le bétail, l'existence d'infrastructures de base sur le territoire voisin (accès à l'eau, parc de vaccination pour le bétail, écoles, centres de santé, etc.), les relations de pouvoir au sein des tribus, etc. Ainsi, tout au long de la

the frontier, a game of cat-and-mouse developed between colonial administrators and frontier populations.” (Para. 6.6.)

17. Niger further remarks that the Téra/Dori frontier zone, for example, has been inhabited by sedentary, nomadic and semi-nomadic peoples (para. 6.7). It then added that

“[t]he problems of the frontier area are conditioned by various dominant forms of production, namely: itinerant nomadism, seasonal trans-frontier pastoral transhumance, conducted on a pendular basis, semi-nomadism, sedentary field agriculture, itinerant agriculture, gold prospection and extraction” (para. 6.7).

18. For its part, Burkina Faso, in its Memorial (of 20 April 2011) concedes that the boundary created by the 1927 *Arrêté* and Erratum was deliberately an artificial one (“artificial in nature” — para. 2.38). It adds that such has been the practice in the fixing of borders by the colonial administrations (paras. 2.36-39), the primary goal being stability, so as to reach the consolidation of peace and security in the region (para. 3.37).

19. In its Counter-Memorial (of January 2012), Niger contends that, even in the colonial times, the administrators took into due account “the human factor/l’*élément humain*”⁷, with regard to a possible change of limits between Upper Volta and Niger (para. 1.1.11). The transfer of territory between the two colonies — it proceeds — was effected on the basis not of straight lines, but rather of transferring *cantons* between them (paras. 1.1.14-15), with attention to local traditions (paras. 1.1.24-25). Burkina Faso, in turn, in its Counter-Memorial (of 20 January 2012), retorted that the 1927 *Arrêté* and Erratum never intended to base the delimitation on the then existing limits of *cantons*, not to allocate villages to one or the other colony; if that was the intention — it added — it would have been explicit (paras. 3.53-55).

20. By and large, one may distinguish two main trends of thinking, in the briefs of the Parties, on the relationship between the population concerned and the territory under contention, namely: (a) the reasoning on the impact of the presence of the population on the fixing of the frontier; and (b) the historical accounts of the displacements of the populations in the frontier surroundings. While Niger generally upholds that local populations are to be taken into account in the fixing of the boundary, Burkina Faso sustains the opposite, adding that, in any case, such populations are nomadic, and their continuous displacement renders it difficult to take them into account for the fixing of the border.

21. From its perspective, it is thus not surprising to find that Burkina Faso does not refer in its Memorial to the population spreading on the land in both parts of the frontier. Niger, on the other hand, dedi-

⁷ In relation to a letter by the administrator of the Dori *cercle*.

frontière, s'est développé un jeu du chat et de la souris entre administrateurs coloniaux et populations frontalières.» (Par. 6.6.)

17. Le Niger fait ensuite observer que la zone frontalière Téra/Dori, par exemple, est peuplée de sédentaires, nomades et semi-nomades (par. 6.7), et que

«[l]es problèmes de la zone frontalière sont conditionnés par divers facteurs de production dominants, à savoir : le nomadisme itinérant, les transhumances pastorales saisonnières transfrontalières en mouvement pendulaire, le semi-nomadisme, l'agriculture sédentaire de plein champ, l'agriculture itinérante et l'orpaillage» (par. 6.7).

18. Dans son mémoire du 20 avril 2011, le Burkina Faso concède, pour sa part, que la frontière définie par l'arrêté de 1927 et son erratum était délibérément «de nature artificielle» (par. 2.38), et précise que telle était la pratique des administrations coloniales en matière de délimitation des frontières (par. 2.36-39), essentiellement dans un but de stabilité, l'objectif étant de parvenir à consolider la paix et la sécurité dans la région (par. 3.37).

19. Dans son contre-mémoire de janvier 2012, le Niger avance que, même à l'époque coloniale, les administrateurs prirent dûment en compte «l'élément humain»⁷ lorsqu'il fut question d'une éventuelle modification des limites séparant la Haute-Volta du Niger (par. 1.1.11). Le transfert de territoire entre les deux colonies, poursuit-il, ne fut pas effectué sur la base de lignes droites, mais de telle sorte que fussent rattachés à l'une et à l'autre des cantons préexistants (par. 1.1.14-15), en suivant les traditions locales (par. 1.1.24-25). Dans son contre-mémoire du 20 janvier 2012, le Burkina Faso soutient, pour sa part, que l'arrêté de 1927 et son erratum n'ont jamais eu vocation à établir la délimitation sur la base des limites des cantons telles qu'elles existaient alors, ni à attribuer tel village à telle colonie ; si telle avait été l'intention, ajoute-t-il, cela aurait été expressément indiqué (par. 3.53-55).

20. Dans l'ensemble, il se dégage des écritures des Parties deux grands axes de réflexion concernant le rapport entre la population en question et le territoire litigieux : *a*) le raisonnement touchant à l'impact de la présence de cette population sur la détermination du tracé de la frontière, et *b*) l'historique des déplacements de population dans les environs de la frontière. Si le Niger fait valoir, de manière générale, que les populations locales doivent être prises en compte dans la délimitation de la frontière, le Burkina Faso soutient le contraire, considérant que, en tout état de cause, il s'agit de populations nomades, qui, du fait de leurs mouvements incessants, peuvent difficilement être prises en compte dans la détermination du tracé de la ligne frontière.

21. Il n'est donc pas surprenant, si l'on se place de son point de vue, que le mémoire du Burkina Faso ne fasse nullement référence à la population occupant les territoires situés de part et d'autre de la frontière. Le

⁷ Dans le cadre d'une lettre adressée par l'administrateur du cercle de Dori.

cates a part of its Memorial⁸ to an examination of the distribution of those populations⁹ and to their historical belonging to one or another State. It thus challenges the “artificial nature” of the frontier invoked by Burkina Faso.

22. In turn, in its Counter-Memorial (of 20 January 2012), Burkina Faso dismisses the practice — and the *effectivités* invoked by Niger — subsequent to the 1927 *Arrêté* and Erratum (paras. 3.56-64)¹⁰. It insists that,

“[i]n actual fact, the colonial authorities were fully aware that the ‘artificial’ colonial boundary which had been adopted could not reflect the complex situations on the ground, *far removed* from any ideas of frontier division” (para. 3.60).

Burkina Faso concedes that

“It is indeed an undisputed fact that the human geography of the frontier area has always been characterized by mobility on the part of the local people. This is an everyday occurrence and also follows a more general pattern. Population groups move according to weather conditions or the economic situation. The consequence is the existence of ‘fossilized’ or ‘ghost’ villages, and also a degree of vagueness with regard to the names of places in the frontier zone, to mention just these two aspects. Besides, even the most sedentary groups may live in different villages according to the season, and those villages may in some instances be on different sides of the colonial frontier.” (Para. 3.61.)¹¹

Yet, Burkina Faso’s conclusion is that, given all these complexities, “[i]n such circumstances, the choice of an artificial boundary, despite its alleged disadvantages, probably turned out to be the wisest one” (para. 3.63).

IV. COMMUNIQUÉS AFTER INDEPENDENCE IN 1960 EXPRESSING CONCERN WITH THE LOCAL POPULATIONS

23. In addition to the aforementioned treaty provisions expressing concern with the local populations, references were made, in the course

⁸ Passages in Chapters VI-VII.

⁹ Niger examines the movements of populations on the sectors of Téra and Say, and warns that to adopt straight lines throughout, making abstraction of the villages therein, would have the effect of “uprooting” some villages of Niger, by placing them on the territory of Burkina Faso.

¹⁰ It further dismisses Niger’s argument that some of the local villages (such as Bangaré) allegedly belonged always to Niger; Burkina Faso argues lack of evidence to that end (cf. *infra*).

¹¹ Burkina Faso adds that “the territories to which the native *groupements* lay claim, in particular in semi-desert savannah areas, have traditional boundaries which are somewhat imprecise” (para. 3.61).

Niger, en revanche, consacre une partie de son mémoire⁸ à l'examen de la répartition de ces populations⁹ et à leur appartenance historique à tel ou tel Etat. Il conteste ainsi la « nature artificielle » de la frontière invoquée par le Burkina Faso.

22. Dans son contre-mémoire du 20 janvier 2012, le Burkina Faso rejette la pratique — ainsi que les effectivités invoquées par le Niger — postérieure à l'arrêté de 1927 et à son erratum (par. 3.56-64)¹⁰, soulignant que,

« [e]n réalité, les autorités coloniales avaient pleinement conscience que la limite coloniale « artificielle » qui avait été adoptée ne pouvait refléter les réalités complexes du terrain qui étaient *étrangères* à toute idée de partage frontalier » (par. 3.60).

Il concède néanmoins :

« C'est un fait incontesté en effet que la géographie humaine de la zone frontière a toujours été caractérisée par la mobilité des populations. Celle-ci est à la fois quotidienne et joue aussi sur un plan plus général. Les populations se déplaçaient en fonction des aléas climatiques ou de la conjoncture économique. La conséquence en est l'existence de villages « fossiles » ou « fantômes », mais aussi l'imprécision de la toponymie de la zone frontière, pour ne citer que ces deux aspects. Par ailleurs, même des populations plus sédentaires pouvaient vivre dans des villages distincts selon les saisons, situés le cas échéant de part et d'autre de la frontière coloniale. » (Par. 3.61.)¹¹

Toutefois, conclut-il, l'ensemble des difficultés rencontrées faisaient que, « [d]ans de telles circonstances, le choix d'une limite artificielle était celui qui, malgré ses inconvénients allégués, se révéla sans doute être le plus sage » (par. 3.63).

IV. COMMUNIQUÉS POSTÉRIEURS À L'INDÉPENDANCE DE 1960 REFLÉTANT LES PRÉOCCUPATIONS DES PARTIES À L'ÉGARD DES POPULATIONS LOCALES

23. Outre les dispositions conventionnelles visées ci-dessus, où étaient formulées certaines préoccupations à l'égard des populations locales, il a

⁸ Différents passages dans les chapitres VI et VII.

⁹ Le Niger analyse les mouvements de population dans les secteurs de Téra et de Say, et relève que l'adoption systématique de lignes droites, en faisant abstraction des villages qui s'y trouvent, aurait pour effet de « déraciner » certains d'entre eux du Niger en les plaçant sur le territoire du Burkina Faso.

¹⁰ Il réfute également l'argument du Niger selon lequel certains villages locaux (tel Bangaré) auraient toujours appartenu au Niger, invoquant l'absence de preuve à cet effet (voir *infra*).

¹¹ Le Burkina Faso ajoute que « les territoires revendiqués par les groupements indigènes, surtout en pays de savane semi-désertique, ont des limites traditionnelles plutôt vagues » (par. 3.61).

of the written phase of proceedings, also to *communiqués* between Burkina Faso and Niger (after independence in 1960), concerning freedom of movement of local populations (free circulation of persons and goods; trade, transportation and customs). Thus, in the Ministerial Meeting between Niger and Upper Volta in January 1968, the two parties agreed “henceforth to dispense with the movement calendar requirement”, as that clause was difficult to put into practice”; instead, they decided that the local administrative authorities were to “communicate to each other all documents concerning transhumance”¹².

24. Subsequently, in their meeting at Ouagadougou, of 12-14 February 1985, Niger’s Minister Delegate for the Interior and Burkina Faso’s Minister for Territorial Administration and Security, reached a *modus vivendi* on transit (of livestock), in the ambit of ECOWAS, including trade and customs¹³. Shortly afterwards, in another meeting, on 9 April 1986, Burkina Faso’s Minister for Territorial Administration and Security and Niger’s Minister Delegate for the Interior agreed on directives concerning free circulation of persons and goods, public health (including campaigns of vaccination), animal health, reciprocal recognition of documents, water and protected zones¹⁴.

25. One decade later, the report of the meeting held at Kompienga, on 5-6 December 1997, between the Ministers for Territorial Administration and Security of Niger and Burkina Faso, addressed specific issues that needed further consideration on their part, concerning free circulation of persons and goods, documentation for transhumance policy, vaccination cards, public health (before vaccination), customs harmonization and public security. These issues admittedly required the continuing co-operation between the authorities of the two bordering States. Accordingly,

“With a view to enhancing the free movement of people and goods, the meeting of Kompienga urges: the harmonization of regulations and procedures in force; the interconnection of road networks; the involvement of transporters in the management of transportation and transit problems; the monitoring of the application of ECOWAS Conventions concerning inter-State transport and transit routes.”¹⁵

26. Subsequently, in their meeting held at Tenkodogo, on 24-26 May 2000, Niger’s Minister for the Interior and Burkina Faso’s Minister for Territorial Development agreed on fostering the “integration among the populations in border areas”, with particular attention to the “free circulation of persons and goods” in the ambit of “transhumance”¹⁶.

¹² Memorial of Burkina Faso, Annex 54.2.

¹³ Memorial of Niger, Annex A2.

¹⁴ Memorial of Burkina Faso, Annex 68.

¹⁵ *Ibid.*, Annex 92.

¹⁶ *Ibid.*, Annex 93.

également été fait état, dans le cadre de la procédure écrite, de communiqués échangés entre le Burkina Faso et le Niger (après leur accession à l'indépendance en 1960) concernant la liberté de mouvement des populations locales (libre circulation des personnes et des biens; commerce, transport et douane). Ainsi, lors de la réunion ministérielle tenue en janvier 1968 entre le Niger et la Haute-Volta, il fut décidé de «ne plus exiger les calendriers de déplacements ... cette clause étant difficile à mettre en pratique»; dorénavant, les autorités administratives locales intéressées «se communiquer[aient] tous documents concernant la transhumance»¹².

24. Lors d'une rencontre tenue à Ouagadougou du 12 au 14 février 1985, le ministre délégué à l'intérieur du Niger et le ministre de l'administration territoriale et de la sécurité du Burkina Faso parvinrent, dans le cadre de la CEDEAO, à un *modus vivendi* sur le transit (du bétail), couvrant les questions touchant au commerce et aux douanes¹³. Lors d'une nouvelle réunion tenue peu de temps après, le 9 avril 1986, les deux ministres établirent conjointement des directives concernant la libre circulation des personnes et des biens, la santé publique (avec notamment des campagnes de vaccination), la santé animale, la reconnaissance réciproque des documents, l'eau et les zones protégées¹⁴.

25. Une dizaine d'années plus tard, lors d'une rencontre tenue à Komienga les 5 et 6 décembre 1997, les ministres de l'administration territoriale et de la sécurité de la République du Niger et du Burkina Faso abordèrent certaines questions qui méritaient d'être plus amplement examinées, concernant la libre circulation des personnes et des biens, les formalités de transhumance, les carnets de vaccination, la santé publique (avant vaccination), l'harmonisation douanière et la sécurité publique. Il fut convenu que ces questions exigeaient une coopération continue entre les autorités des deux Etats voisins. Par conséquent,

«[e]n vue de renforcer la libre circulation des personnes et des biens, la rencontre de Komienga préconise: l'harmonisation de la réglementation et des procédures en vigueur; l'interconnexion des réseaux routiers; l'implication des transporteurs dans la gestion des problèmes de transport et de transit; le suivi de l'application des conventions de la CEDEAO en matière de transport et de transit routiers inter-Etats»¹⁵.

26. Par la suite, lors de leur rencontre tenue à Tenkodogo du 24 au 26 mai 2000, le ministre de l'intérieur de la République du Niger et le ministre de l'administration territoriale du Burkina Faso convinrent de promouvoir l'«intégration entre les populations frontalières», en mettant un accent particulier sur la «libre circulation des personnes et des biens dans le cadre de la transhumance»¹⁶.

¹² Mémoire du Burkina Faso, annexe 54.2.

¹³ Mémoire du Niger, annexe A2.

¹⁴ Mémoire du Burkina Faso, annexe 68.

¹⁵ *Ibid.*, annexe 92.

¹⁶ *Ibid.*, annexe 93.

V. VIEWS OF THE PARTIES CONCERNING VILLAGES

27. Both Niger and Burkina Faso have conveyed to the ICJ considerable additional information and their views on the villages in their border surroundings¹⁷, in their responses to the questions I deemed fit to pose to them, at the end of the public sitting of 17 October 2012. Niger's claims over some villages in the region at issue were challenged by Burkina Faso on five grounds, namely:

- (a) the documents produced purportedly supporting Niger's claim that certain villages belonged to it, in its view, did not demonstrate "anything" claimed by Niger (sector of Téra: villages of Petelkolé, Ihouchaltane [Ouchaltan], Bangaré, Beina, Mamassirou, Ouro Gaobé, Yolo, Paté Bolga; and sector of Say: Fombon, Tabaré, Latti, Dissi, Boborgou Saba [Dogona])¹⁸;
- (b) certain villages were mentioned in Niger's written pleadings, but no documents were cited in support of the claim that they were "Niger" villages (sector of Téra: villages of Tindiki, Lolnango, Hérou Boularé, Nababori);
- (c) the basis for Niger's claim over the villages had not, in its view, been provided by Niger (sector of Téra: Bambaré, Imoudakan 1, Imoudakan 2 or Kogonyé, Dankama, Zongowaétan Gourmantché, Bourouguita, Tchintchirguel, Mandaw; and sector of Say: Kankani, Nioumpalma, Bounga Bounga, Foltianguou, Mangou, Bandiolo, Kerta, Danbouti, Golongana, Kakao Tamboulé, Koguel, Hantikouta, Déba, Béla);
- (d) Niger had, in its view, attributed the villages to Burkina Faso in Niger's written arguments (sector of Téra: Komanti, Kamanti [Ouro Toupé], Gourel Manma, Sénobellabé, Hérou Bouléba); and
- (e) there were, at last, in its view, those which were encampments, and not villages (sector of Téra: Débéré Bagna or Débéré Siri N'gobé [Ousalta peul], Komanti, Zongowaétan [Fété Tao], Ouro Tambella [Dingui Dingui]).¹⁹

28. One can consider, without precision or certainty, that certain villages belonged to Niger or else to Burkina Faso, at the time of their accession to independence in 1960. Moreover, there were villages (e.g.,

¹⁷ Mainly in the sectors of Téra (about 150 km long), relatively more populated, and of Say (about 160 km long), not so much populated, with "a relatively hostile natural environment"; cf., e.g., Niger's Counter-Memorial, of January 2012, para. 2.0.

¹⁸ Burkina Faso did not expressly refer to these villages, but this information can be understood from other information provided in: Written Comments of Burkina Faso on Niger's Replies to the Questions Put by Judge Cançado Trindade at the End of the Hearing Held on 17 October 2012 (hereinafter "Written Comments of Burkina Faso"), doc. of 23 November 2012, p. 4, para. 12 (v).

¹⁹ *Ibid.*, pp. 3-4, para. 12 (i-v).

V. VUES DES PARTIES CONCERNANT LES VILLAGES

27. Le Niger et le Burkina Faso ont tous deux présenté à la Cour, dans le cadre de leurs réponses aux questions qu'il m'a semblé devoir leur poser à l'issue de l'audience du 17 octobre 2012, de nombreuses informations complémentaires ainsi que leurs vues sur les villages situés dans leurs zones frontalières respectives¹⁷. Contestant les prétentions du Niger sur certains villages de la région concernée, le Burkina Faso a exposé les cinq arguments suivants :

- a) les documents produits par le Niger, censés étayer ses prétentions, n'en démontrent nullement le bien-fondé, et ce, pour aucun des villages revendiqués (secteur de Téra : Petelkolé, Ihouchaltane [Ouchaltan], Bangaré, Beina, Mamassirou, Ouro Gaobé, Yolo, Paté Bolga; secteur de Say : Fombon, Tabaré, Latti, Dissi, Boborgou Saba [Dogona])¹⁸;
- b) pour certains villages mentionnés dans ses écritures, le Niger ne cite aucun document prouvant qu'il s'agit bien de villages « nigériens » (secteur de Téra : Tindiki, Lolnango, Hérou Boularé, Nababori);
- c) le Niger n'a, selon le Burkina Faso, apporté aucun élément à l'appui de ses prétentions sur les villages concernés (secteur de Téra : Bambaré, Imoudakan 1, Imoudakan 2 ou Kogonyé, Dankama, Zongowaétan Gourmantché, Bourouguita, Tchintchirguel, Mandaw; secteur de Say : Kankani, Nioumpalma, Bounga Bounga, Foltianguou, Mangou, Bandiolo, Kerta, Danbouti, Golongana, Kakao Tamboulé, Koguel, Hantikouta, Déba, Béla);
- d) le Niger lui avait, dans ses écritures, attribué les villages (secteur de Téra : Komanti, Kamanti [Ouro Toupé], Gourel Manma, Sénobellabé, Hérou Bouléba); et
- e) enfin, certains des noms cités correspondent à des campements et non à des villages (secteur de Téra : Débéré Bagna ou Débéré Siri N'gobé [Ousalta peul], Komanti, Zongowaétan [Fété Tao], Ouro Tambella [Dingui Duingui]).¹⁹

28. L'on peut considérer, sans précision ni certitude, que certains villages appartenaient au Niger et d'autres au Burkina Faso, lors de leur accession à l'indépendance en 1960. Par ailleurs, certaines localités

¹⁷ Essentiellement dans le secteur relativement peuplé de Téra (s'étendant sur environ 150 km) et dans celui de Say (environ 160 km), zone moins peuplée, caractérisée par un « environnement naturel relativement hostile »; voir notamment contre-mémoire du Niger, janvier 2012, par. 2.0.

¹⁸ Le Burkina Faso n'a pas expressément mentionné ces villages, mais leur liste peut être déduite d'autres informations figurant dans ses observations écrites sur les réponses du Niger aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience du 17 octobre 2012, document du 23 novembre 2012 (ci-après « observations écrites du Burkina Faso »), p. 4, par. 12 v).

¹⁹ *Ibid.*, p. 3-4, par. 12 i)-v).

Tokalan and Tankouro) that seem to have disappeared during the period contemporary of the *Arrêté* and Erratum of 1927, and thus can no longer be taken into account in the determination of the frontier nowadays (cf. sketch-map No. 1, p. 108).

29. It further appears, adding to uncertainties, that some of the villages in the region at issue were at times designated by different names²⁰. By and large, the documentation forming part of the *dossier* of the present case, as to the distribution of the local populations (and the administration of villages) on both sides of the frontier, in sum, is not amenable to clear conclusions as to their belonging to Burkina Faso or Niger. It is not my intention to proceed to an examination of the present situation of each of those villages for the purposes of the present separate opinion; it is beyond its scope.

30. The present case before the Court is far more specific, and concerns the tracing of a part of the frontier between Burkina Faso and Niger. My purpose herein is to demonstrate and sustain that people and territory are related to each other, that they go together, that the tracing of the frontier in the present context cannot be made *in abstracto*. To this end, the consideration of the local populations and of the surrounding villages in the frontier zone is necessary and suffices. The determination of the frontier line is thus to take into account the transhumant movement of persons across the border, so as to secure its freedom. Frontier line fixing and free movement of persons, in the present African context, do not exclude each other.

31. More important than the aforementioned challenges, controversies, uncertainties, is the fact that, when it comes to take into account the fulfilment of the needs of the peoples (nomadic or semi-nomadic), living in, and moving around, the region across the border, both Burkina Faso and Niger appear to converge in their acknowledgement of a shared and common duty to that end (cf. Part VII, *infra*). More than that, they have recognized to be bound by their duty of co-operation in this respect (cf. Part X, *infra*). Such engagement in securing the freedom of movement of those persons is, in my perception, highly significant, and stands to the credit of both Niger and Burkina Faso.

VI. CONCERN OF THE PARTIES WITH THE LOCAL POPULATIONS IN THE ORAL PHASE OF PROCEEDINGS (FIRST AND SECOND ROUNDS OF ORAL ARGUMENTS)

32. In their two rounds of oral arguments before the Court, the contending Parties retook their respective lines of reasoning on the rela-

²⁰ As pointed out by Niger, in its oral arguments; cf. CR 2012/26, of 17 October 2012, p. 56.

(notamment Tokalan et Tankouro) semblent avoir disparu à l'époque de l'arrêté de 1927 et de son erratum, et ne peuvent donc plus être prises en compte aujourd'hui pour déterminer le tracé de la frontière (voir carte n° 1, p. 108).

29. Source supplémentaire d'incertitude, il apparaît que certains des villages concernés dans la région ont été désignés, au fil du temps, sous des noms différents²⁰. De manière générale, et en résumé, les éléments versés au dossier de la présente affaire concernant la répartition de la population locale (et l'administration des villages) de part et d'autre de la frontière ne permettent pas de tirer de conclusions claires quant à l'appartenance des villages en question au Burkina Faso ou au Niger. Mon propos n'est pas ici d'examiner la situation actuelle de chacune de ces localités, car il ne m'appartient pas de procéder à un tel examen dans le cadre de la présente opinion.

30. Le différend dont la Cour a à connaître est bien plus spécifique, puisqu'il porte sur le tracé d'une partie de la frontière entre le Burkina Faso et le Niger. Dans la présente opinion, j'entends démontrer et soutenir que les peuples et le territoire sont étroitement liés, qu'ils vont de pair, et que, dans le contexte de la présente affaire, la délimitation de la frontière ne saurait être faite *in abstracto*. A cette fin, il est nécessaire et suffisant de prendre en considération les populations locales et les villages environnants de la zone frontalière. La détermination de la frontière doit donc tenir compte des mouvements de transhumance transfrontalière des personnes afin d'en garantir la liberté. La fixation d'une ligne frontière et la libre circulation des personnes, dans le contexte africain actuel, ne s'excluent pas l'une l'autre.

31. Plus encore que les difficultés, divergences et incertitudes mentionnées ci-dessus, ce qui importe, c'est que, lorsqu'il s'agit de prendre en considération les besoins des peuples (nomades ou semi-nomades) vivant et se déplaçant dans les régions situées de part et d'autre de la frontière, le Burkina Faso et le Niger semblent admettre tous deux l'existence d'un devoir commun et partagé à cet égard (voir section VII *infra*), chacun ayant même reconnu être lié par une obligation de coopération en ce sens (voir section X *infra*). Pareil engagement à garantir la liberté de mouvement de ces populations revêt, me semble-t-il, une importance particulière, et est à porter au crédit du Niger autant que du Burkina Faso.

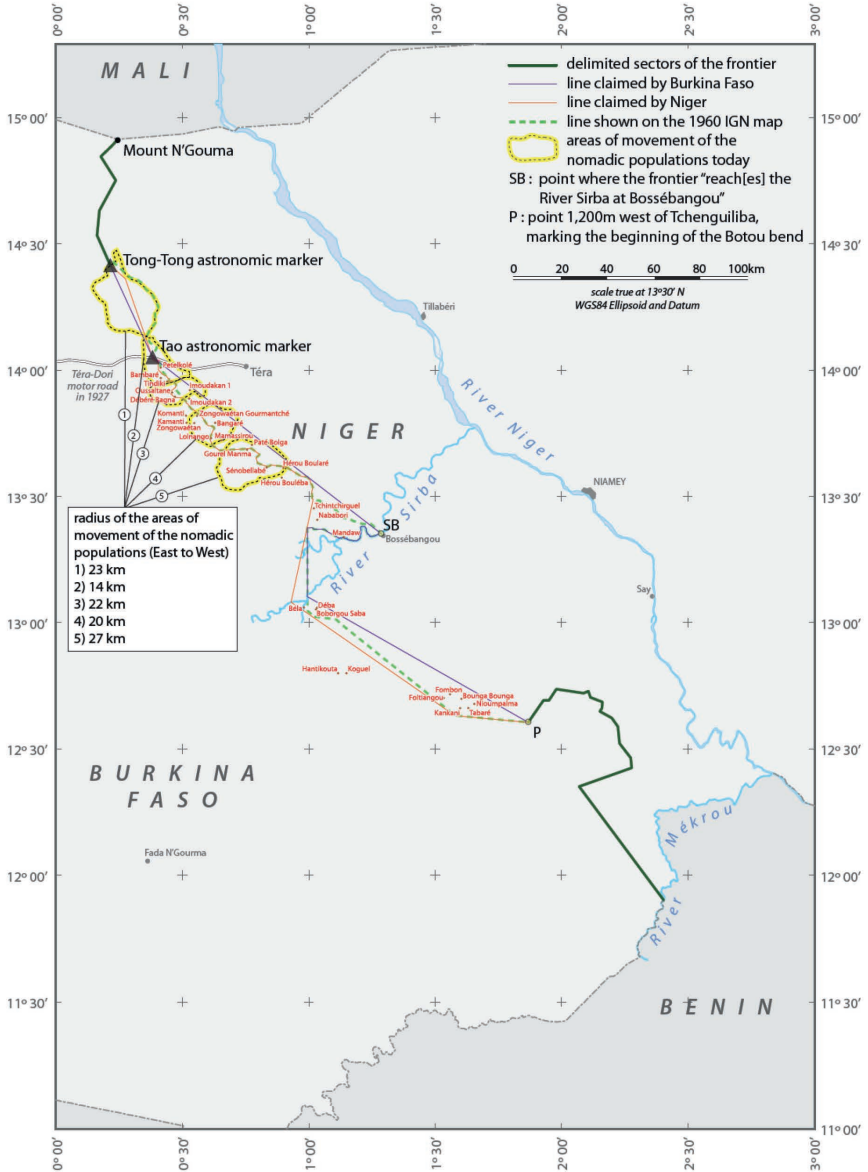
VI. INTÉRÊT DES PARTIES À L'ÉGARD DES POPULATIONS LOCALES AU STADE DE LA PROCÉDURE ORALE (PREMIER ET SECOND TOURS DE PLAIDOIRIES)

32. Lors de leurs deux tours de plaidoiries, les deux Parties ont repris leurs argumentations respectives concernant les rapports entre populations

²⁰ Comme l'a souligné le Niger à l'audience; voir CR 2012/26 (17 octobre 2012), p. 56.

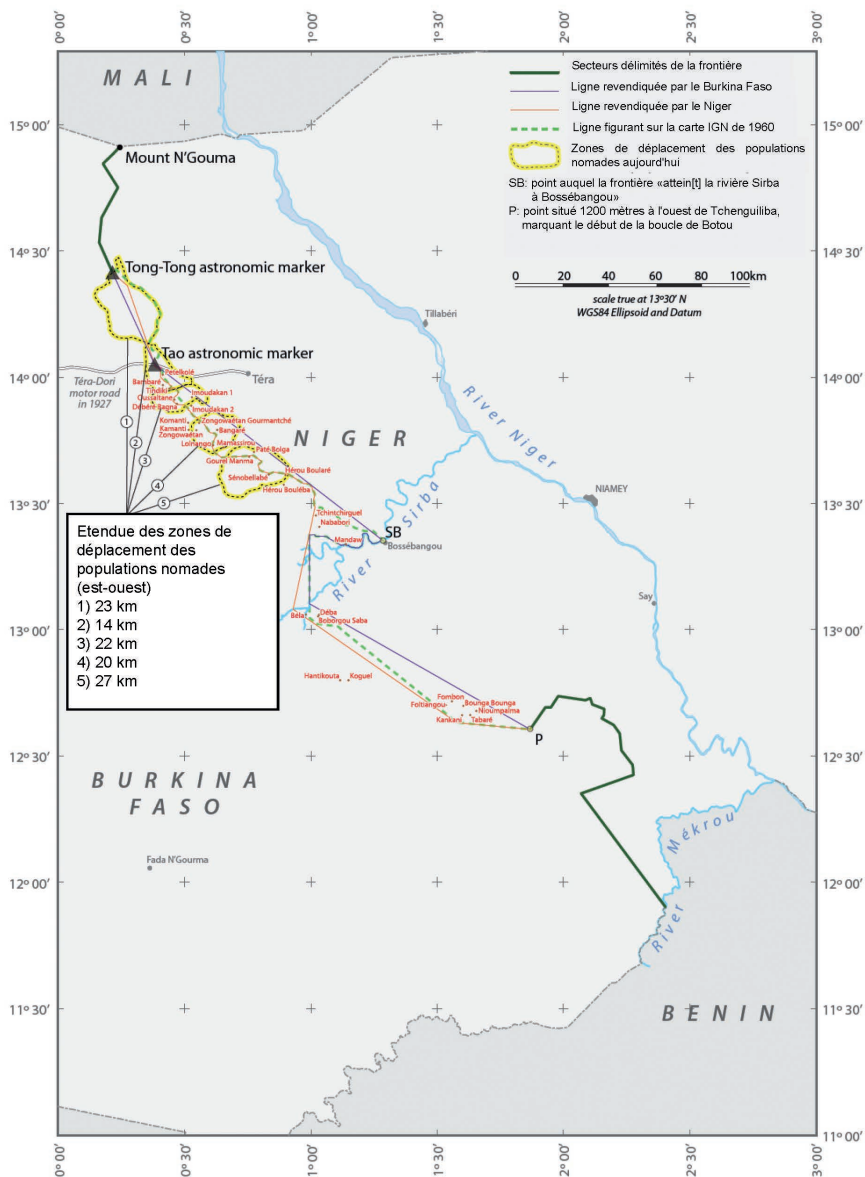
Separate Opinion of Judge Cançado Trindade: Sketch Map 1:
PARTIES' CLAIMS AND LINE DEPICTED ON THE 1960 IGN MAP

This sketch map has been prepared for illustrative purposes only



Opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade : carte n° 1 :
PRÉTENTIONS DES PARTIES ET LIGNE REPRÉSENTÉE SUR LA CARTE IGN DE 1960

Cette carte a été établie à fin d'illustration uniquement



tionship between people and territory in the *cas d'espèce*. In the first round of those arguments, Burkina Faso, for its part, referred to the demographic, ecological and economic elements of the region²¹, and to the fact that the nomadic peoples lived therein, in the frontier area, off pastoralism²². It explained that they tend to settle in easily dismantlable huts, so that they can move according to the pastoral calendar²³. Burkina Faso recalled that Niger and itself are member States of ECOWAS, which has adopted agreements concerning cross-border movements of livestock²⁴. Having said that, it insisted on its position based on legal title, discarding Niger's reliance on *effectivités*²⁵.

33. Niger, in turn, dismissed Burkina Faso's reliance on a deliberately "artificial" frontier line, and invoked the *cantons*' borders (created by going from one village to another), which, in its view, showed the awareness of colonial administrators of the fact that villages had been established on both sides of the frontier, and had been taken into account for the frontier's delimitation²⁶. According to Niger, the limits established by the 1927 *Arrêté* and its Erratum ought to be presumed to have followed the limits of the *cantons*²⁷. Niger then invoked the *effectivités* to the effect of interpreting the legal title in practice²⁸.

34. In the second round of oral arguments, the two contending Parties devoted much of their attention to the argument on the *effectivités*. Once again, Niger supports recourse to these latter, as it sees the legal title unclear; Burkina Faso, on the other hand, opposes such recourse to the *effectivités*, as it regards the historical title as being clear²⁹. That was not, however, the end of the exchanges between the contending Parties in the procedure of the *cas d'espèce*.

VII. CONCERN OF THE PARTIES WITH THE LOCAL POPULATIONS IN THE RESPONSES OF THE PARTIES TO QUESTIONS FROM THE BENCH

1. Questions from the Bench

35. At the end of the public sittings before the Court, on 17 October 2012, I deemed it fit to put to the contending Parties the following questions:

²¹ CR 2012/19, of 8 October 2012, p. 33.

²² *Ibid.*, pp. 34 and 36.

²³ *Ibid.*, p. 40.

²⁴ *Ibid.*, p. 38.

²⁵ CR 2012/20, of 8 October 2012, pp. 34-45; and CR 2012/21, of 9 October 2012, pp. 10-13.

²⁶ CR 2012/22, of 11 October 2012, pp. 50-51 and 53.

²⁷ *Ibid.*, pp. 55-56.

²⁸ CR 2012/23, of 12 October 2012, pp. 45 and 48.

²⁹ Cf., as to the arguments of Niger, CR 2012/26, of 17 October 2012, pp. 21-23, 25-29, 33, 35-36 and 38-41. And, as to the arguments of Burkina Faso, cf. CR 2012/22, of 11 October 2012, pp. 23 and 50; and CR 2012/25, of 15 October 2012, pp. 24 and 26-36.

et territoire en l'espèce. Lors du premier tour, le Burkina Faso a, pour sa part, évoqué les aspects démographiques, écologiques et économiques de la région²¹, et le fait qu'il existe, dans la zone frontalière, des populations nomades qui vivent du pastoralisme²². Il a expliqué que ces populations s'abritent généralement dans des cases rapidement démontables afin de pouvoir se déplacer en fonction du calendrier pastoral²³. Le Burkina Faso a rappelé que le Niger et lui-même sont membres de la CEDEAO, laquelle a adopté des accords relatifs à la circulation transfrontalière des troupeaux²⁴. Il a ensuite insisté sur le fait que sa position repose sur un titre juridique, contestant la possibilité pour le Niger d'invoquer des effectivités²⁵.

33. Le Niger a, pour sa part, réfuté l'argument du Burkina Faso selon lequel la ligne frontalière serait de nature délibérément « artificielle », et s'est référé aux limites des cantons (établies sur le terrain, en allant d'un village à l'autre), témoignant de ce que les administrateurs coloniaux avaient conscience du fait que les villages avaient été établis de part et d'autre de la limite et pris en compte dans la détermination de son tracé²⁶. Il convient, selon lui, de présumer que les frontières établies par l'arrêté de 1927 et son erratum suivaient les limites des cantons²⁷. Le Niger a ensuite invoqué les effectivités aux fins de l'interprétation pratique du titre juridique²⁸.

34. Lors du second tour, les deux Parties ont consacré l'essentiel de leurs plaidoiries à l'argument des effectivités. Une fois encore, le Niger a préconisé de s'y référer, considérant que le titre juridique manque de clarté. Le Burkina Faso s'est, quant à lui, opposé à pareille approche, le titre historique étant, selon lui, sans ambiguïté²⁹. Les échanges entre les Parties n'en sont toutefois pas restés là.

VII. INTÉRÊT DES PARTIES À L'ÉGARD DES POPULATIONS LOCALES DANS LEURS RÉPONSES AUX QUESTIONS ÉMANANT DE MEMBRES DE LA COUR

1. Questions émanant de membres de la Cour

35. Au terme des audiences publiques, le 17 octobre 2012, il m'a semblé utile d'interroger les Parties sur les points suivants :

²¹ CR 2012/19 (8 octobre 2012), p. 33.

²² *Ibid.*, p. 34 et 36.

²³ *Ibid.*, p. 40.

²⁴ *Ibid.*, p. 38.

²⁵ CR 2012/20 (8 octobre 2012), p. 34-45, et CR 2012/21 (9 octobre 2012), p. 10-13.

²⁶ CR 2012/22 (11 octobre 2012), p. 50-51 et 53.

²⁷ *Ibid.*, p. 55-56.

²⁸ CR 2012/23 (12 octobre 2012), p. 45 et 48.

²⁹ Voir, concernant les arguments du Niger, CR 2012/26 (17 octobre 2012), p. 21-23, 25-29, 33, 35-36 et 38-41, et, concernant les arguments du Burkina Faso, CR 2012/22 (11 octobre 2012), p. 23 et 50, et CR 2012/25 (15 octobre 2012), p. 24 et 26-36.

“For the purposes of precision as to the factual context of the present case, I pose the following questions to both Parties:

- (1) First, could the Parties indicate in a map the location areas of nomadic populations at the epoch of accession to independence and nowadays, and indicate with precision to what extent will the fixing of the frontier have a bearing on those populations?
- (2) In which radius around the frontier between the two States do the populations’ movements take place? Would you please indicate in a map, if possible, which are precisely the portions of the frontier at issue.
- (3) Which are the villages susceptible of being affected by the fixing of the frontier claimed by the Parties?”³⁰

36. In response to my questions, Burkina Faso and Niger have provided the Court — in three rounds of responses to my questions³¹ — with considerable additional information (a file of 140 pages), containing relevant details for the consideration of the present case. Certain passages of their responses were particularly enlightening — in particular those pertaining to nomadic populations — as we shall see next (*infra*). Both Burkina Faso and Niger thus disclosed a commendable spirit of procedural co-operation before the Court.

2. Responses from Burkina Faso

37. Burkina Faso has provided responses to each of the questions I posed to both Parties³². In response to the question concerning the areas through which nomadic populations used to move, during the period when they became independent and today, Burkina Faso submits that, despite its efforts, it is unable to indicate in a map the areas used by the nomads at the time of independence since it was not able to find this information in the colonial archives and studies consulted; it does however provide indications of nomadic existence in the border area in the years close to the States’ independence³³. As to the nomads in the “Téra sector”, Burkina Faso claims that although it cannot identify the precise

³⁰ CR 2012/26, of 17 October 2012, pp. 59-60.

³¹ Cf. Replies of Burkina Faso and Niger to the Questions Put by Judge Cançado Trindade at the End of the Public Sitting Held on 17 October 2012, doc. of 16 November 2012, pp. 1-150; Burkina Faso’s Response to the Questions Put by Judge Cançado Trindade at the End of the Public Sitting Held on 17 October 2012, doc. of 23 November 2012, pp. 1-2; Written Comments of Burkina Faso on Niger’s Replies to the Questions Put by Judge Cançado Trindade at the End of the Public Sitting Held on 17 October 2012, doc. of 23 November 2012, pp. 1-7.

³² Replies of Burkina Faso and Niger to the Questions Put by Judge Cançado Trindade at the End of the Public Sitting Held on 17 October 2012, doc. of 16 November 2012 [hereinafter referred to as “Burkina Faso’s Response to the Questions Put by Judge Cançado Trindade”].

³³ *Ibid.*, paras. 1-3.

«A des fins de précision quant au contexte factuel dans lequel s'inscrit la présente affaire, je souhaite adresser aux deux Parties les questions suivantes :

- 1) Les Parties pourraient-elles indiquer sur une carte les zones fréquentées par les populations nomades à l'époque de l'accession à l'indépendance et aujourd'hui, et préciser dans quelle mesure le tracé de la frontière aura une incidence pour ces populations ?
- 2) Dans quel rayon autour de la frontière séparant les deux Etats ces populations évoluent-elles ? Merci d'indiquer sur une carte, si possible, quelles sont exactement les portions de la frontière concernées.
- 3) Quels sont les villages susceptibles d'être affectés par le tracé de la frontière que les Parties revendiquent ?»³⁰

36. En réponse à mes questions, le Burkina Faso et le Niger ont fourni à la Cour, en trois tours³¹, un volume considérable d'informations complémentaires (140 pages) contenant des éléments pertinents aux fins de l'examen de la présente affaire. Certains passages de leurs réponses étaient particulièrement instructifs, notamment ceux ayant trait aux populations nomades, comme nous le verrons (*infra*). Les deux Parties ont ainsi fait montre d'une volonté louable de coopération dans le cadre de la procédure conduite devant la Cour.

2. Réponses du Burkina Faso

37. Le Burkina Faso a répondu à chacune des questions que j'avais posées aux deux Parties³². En réponse à la question concernant les zones dans lesquelles les populations nomades évoluaient à l'époque de l'accession à l'indépendance et aujourd'hui, le Burkina Faso a fait valoir que, malgré ses efforts, il n'était pas en mesure d'indiquer sur une carte les zones fréquentées par les nomades à l'époque de l'accession des deux pays à l'indépendance, n'ayant pas retrouvé ces informations dans les archives coloniales et les différentes études consultées; il a toutefois fourni des indications sur l'existence du nomadisme dans la région frontalière dans les années proches de celle de l'indépendance des deux Etats³³. Concer-

³⁰ CR 2012/26 (17 octobre 2012), p. 59-60.

³¹ Voir réponses du Burkina Faso et du Niger aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience tenue le 17 octobre 2012, document du 16 novembre 2012, p. 1-150; réponse du Burkina Faso en réponse aux questions posées aux Parties à l'issue de l'audience de la Cour du 17 octobre par M. le juge Cançado Trindade, document du 23 novembre 2012, p. 1-2; observations écrites du Burkina Faso sur les réponses du Niger aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience tenue le 17 octobre 2012, document du 23 novembre 2012, pp. 1-7.

³² Réponses du Burkina Faso et du Niger aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience tenue le 17 octobre 2012, document du 16 novembre 2012 [ci-après «réponse du Burkina Faso aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade»].

³³ *Ibid.*, par. 1-3.

nomadic areas at the time of independence, it asserts that the Parties have engaged, since their independence, in the facilitation of freedom of circulation from each side of the border³⁴.

38. As to the question as to how the frontier could affect these populations, Burkina Faso claims that, in general, the reduction of pastoral spaces posed by international borders may cause difficulties to the nomads, while stating that, in the present case, any frontier that is determined between it and Niger will have no detrimental effect on the populations (nomads or otherwise) living in the border area³⁵. As to the question concerning the movement of nomadic populations in the border area, between the two countries, Burkina Faso submits a map depicting the itineraries of transhumance at present time³⁶. Then, in relation, more specifically, to the radius of areas of movement of the nomadic populations, Burkina Faso claims that it can be calculated on the basis of a description of the transhumance movements. It explains that transhumance is dictated by nature and natural resources, without taking into account border lines between States; and, it adds, *transhumance is also based on solidarity*³⁷ (cf. *infra*).

39. Burkina Faso next submits that States take political, technical and judicial measures concerning transhumance, and that regional organizations develop initiatives to promote breeding. Burkina Faso adds that the available statistics are poor, which leads it to rely on scattered studies to examine the question of transhumance movements. Between Burkina Faso and Niger, transhumance movements arrive, depart and transit through the border regions of Tillabéry, Niamey and Dosso, for Niger, and the Sahel and Est for Burkina Faso³⁸.

40. Burkina Faso adds that the radius of movement of nomadic populations depends on the richness of the pasture, watering points and salt licks, animal health conditions and commercial facilities (livestock and animal produce markets)³⁹. And — last but not least — as to the question of villages susceptible to be affected by the frontier, Burkina Faso simply claims that because the 1987 Agreement confirms that the legal title is the Erratum of 1927, no village is susceptible of being affected by the frontier, since the delimitation has remained the same between 1927 and the present date⁴⁰.

³⁴ Burkina Faso's Response to the Questions Put by Judge Cançado Trindade, paras. 4-15.

³⁵ *Ibid.*, paras. 16-17 and 19.

³⁶ *Ibid.*, paras. 53-55.

³⁷ *Ibid.*, para. 59.

³⁸ *Ibid.* It submits two maps showing first the movements in West Africa and secondly between Burkina Faso and Niger.

³⁹ *Ibid.*, paras. 56-65.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 23, par. 66.

nant les nomades évoluant dans le «secteur de Téra», s'il ne peut déterminer avec précision les zones de nomadisme à l'époque de l'accession à l'indépendance, le Burkina Faso affirme toutefois que les Parties se sont engagées, depuis leur accession à l'indépendance, à faciliter la liberté de circulation de part et d'autre de la frontière³⁴.

38. A la question de savoir dans quelle mesure le tracé de la frontière pourrait avoir une incidence sur ces populations, le Burkina Faso indique que, de manière générale, la réduction des espaces pastoraux engendrée par le tracé de frontières internationales est susceptible de poser des difficultés aux nomades, tout en affirmant que, en l'espèce, le tracé d'une frontière entre lui et le Niger ne saurait affecter les populations (nomades et autres) vivant dans la zone frontalière³⁵. En réponse à la question concernant les déplacements des populations nomades de la zone frontalière entre les deux pays, le Burkina Faso a présenté une carte faisant apparaître les itinéraires contemporains de transhumance³⁶. Concernant, plus particulièrement, le rayon autour de la frontière dans lequel les populations nomades évoluent, il serait possible de calculer cette amplitude à partir de la description des mouvements de transhumance. Le Burkina Faso a ainsi expliqué que la transhumance est dictée par la nature et les ressources naturelles, sans que soient prises en compte les limites frontalières entre Etats; elle serait, de surcroît, *fondée sur un système de solidarité*³⁷ (voir *infra*).

39. Le Burkina Faso souligne ensuite que les Etats prennent des mesures politiques, techniques et juridiques en matière de transhumance, et que les organisations régionales développent des initiatives pour promouvoir l'élevage. Il ajoute que, les statistiques faisant défaut, l'on en est réduit à s'appuyer sur des études éparses pour examiner la question des mouvements de transhumance. Entre le Burkina Faso et le Niger, ceux-ci auraient pour points de départ, d'arrivée et de transit les zones frontalières de Tillabéry, Niamey et Dosso pour le Niger, et le Sahel et l'Est pour le Burkina Faso³⁸.

40. Le Burkina Faso ajoute que le rayon de déplacement des populations nomades dépend de la richesse en pâturages, points d'eau et zones d'affleurement de sel, des conditions zoosanitaires et des facilités d'écoulement (marchés de bétail et de produits de l'élevage)³⁹. Enfin et surtout, sur la question de savoir quels villages sont susceptibles d'être affectés par le tracé de la frontière, le Burkina Faso se contente d'avancer que, l'accord de 1987 ayant confirmé que le titre juridique était l'erratum de 1927, le tracé de la frontière ne saurait affecter aucun village, puisque la délimitation n'a pas varié depuis 1927⁴⁰.

³⁴ Réponse du Burkina Faso aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade, par. 4-15.

³⁵ *Ibid.*, par. 16-17 et 19.

³⁶ *Ibid.*, par. 53-55.

³⁷ *Ibid.*, par 59.

³⁸ *Ibid.* Il fournit deux cartes, représentant, pour l'une, les mouvements en Afrique de l'Ouest, et pour l'autre, ceux entre le Burkina Faso et le Niger.

³⁹ *Ibid.*, par. 56-65.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 23, par. 66.

3. Responses from Niger

41. For its part, Niger, likewise, has provided responses to the questions I put to both Parties⁴¹. As to the questions concerning nomadic populations, Niger explains that the relevant area from the Niger River to the south of Dori is populated by sedentary, nomads and semi-nomads. It adds that these populations remain the same at this date and that they are currently located in the new administrative sections (the Téra sector, and the provinces of Oudalan, Séno and Yagha). It further points out that the disputed area is not occupied exclusively by nomadic populations. Niger further asserts that transhumance across borders is regulated in numerous documents annexed to Niger's Memorial, ensuring the liberty of movement of nomads⁴².

42. In relation to my first question⁴³, Niger submits that it was not able to find maps adequately addressing the question; it thus relies on the documents used in the proceedings⁴⁴, and it submits two maps indicating first the areas through which nomadic populations used to move during the period when they became independent, and another map indicating the areas of movement today. It notes that, during the colonial and

⁴¹ Replies of Burkina Faso and Niger to the Questions Put by Judge Cançado Trindade at the End of the Public Sitting Held on 17 October 2012 (hereinafter "Niger's Response to the Questions Put by Judge Cançado Trindade"), doc. of 16 November 2012.

⁴² *Ibid.*, pp. 1-3.

⁴³ Which reads as follows: "indicate in a map the areas through which nomadic populations used to move, during the period when they became independent and today".

⁴⁴ Mainly in its Memorial. The documents referred to are the following: (a) Letter No. 96 from the Commander of Dori *cercle* to the Commander of Upper Volta dated 23 April 1929, which Niger claims to highlight transhumance movement between Dori and Téra; (b) Letter No. 367 from the Commander of Dori *cercle* to the Governor of Upper Volta dated 31 July 1929 and previous correspondence, wherein Niger claims the links which exist between populations and the places where they were established or had pastures; (c) Report No. 416 from the Commander of Dori *cercle* on the difficulties created by the delimitation established in 1927 between the Colonies of Niger and Upper Volta (*Arrêté* of 31 August 1927) regarding the boundaries between Dori *cercle* and Tillabéry *cercle*, 7 July 1930; (d) Niger claims that this Report highlights the problem of the distribution of the nomadic populations between Téra and Dori; (e) Directory (of 1941) of Villages of Téra Subdivision (villages of Kel Tamared, Kel Tinijirt, Logomaten Assadek, Logomaten Allaban), in respect to which Niger argues all the nomadic tribes, their pasture areas and watering points are mentioned; (f) Report of Delimitation Operations between Dori and Tillabéry *cercles*, dated 8 December 1943, stating: "[T]here is traditionally a cross-movement of Yagha and Diagourou herds. At the start and end of the rainy season, the herds from the central area of the Yagha go to Taka Pool, in Diagourou, for the salt lick, while, during the same periods, the Diagourou herds travel to the banks of Yiriga Pool for the same purpose"; (g) Report from the Head of Téra Subdivision on the Census of Diagourou *canton*, dated 10 August 1954, in relation to which Niger claims that the sheets of place names show the historical background and the places of establishment of certain villages and certain tribes.

3. Réponses du Niger

41. Le Niger a, lui aussi, fourni des réponses aux questions que j'avais posées aux deux Parties⁴¹. Sur les questions concernant les populations nomades, il indique que la zone en question, qui s'étend du fleuve Niger au sud de Dori, est peuplée de sédentaires, de nomades et de semi-nomades. Ces populations, poursuit-il, qui n'ont pas changé à ce jour, sont actuellement réparties dans les nouvelles circonscriptions administratives (département de Téra et provinces de l'Oudalan, du Séno et du Yagha). Il souligne que la zone en litige n'est pas exclusivement occupée par des populations nomades et fait valoir, pour finir, que la question de la transhumance transfrontalière est abordée dans un ensemble de documents annexés à son mémoire, lesquels garantissent la liberté de mouvement des nomades⁴².

42. Concernant ma première question⁴³, le Niger indique qu'il n'a pas été en mesure de trouver des cartes permettant d'y répondre de manière satisfaisante; il se réfère donc aux documents utilisés dans le cadre de la procédure⁴⁴ et présente deux cartes, représentant l'une les zones fréquentées par les populations nomades à l'époque de l'accession à l'indépendance et l'autre leur rayon de déplacement aujourd'hui. Il

⁴¹ Réponses du Burkina Faso et du Niger aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience tenue le 17 octobre 2012, document du 16 novembre 2012 [ci-après «réponse du Niger aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade»].

⁴² *Ibid.*, p. 1-3.

⁴³ Par laquelle les Parties étaient priées d'«indiquer sur une carte les zones fréquentées par les populations nomades à l'époque de l'accession à l'indépendance et aujourd'hui».

⁴⁴ Emanant essentiellement de son mémoire, les documents invoqués sont les suivants: a) lettre n° 96 en date du 23 avril 1929 adressée au gouverneur de la Haute-Volta par le commandant du cercle de Dori, qui, selon le Niger, met en lumière le mouvement de transhumance entre Dori et Téra; b) lettre n° 367 en date du 31 juillet 1929 adressée au gouverneur de la Haute-Volta par le commandant du cercle de Dori et échange de correspondance préalable, dans lesquels le Niger invoque les liens existant entre les populations et les lieux dans lesquels elles vivaient ou possédaient des pâturages; c) rapport n° 416 du commandant du cercle de Dori sur les difficultés créées par la délimitation établie en 1927 entre les colonies du Niger et de Haute-Volta (arrêté du 31 août 1927) en ce qui concerne les limites entre le cercle de Dori et le cercle de Tillabéry, en date du 7 juillet 1930; d) le Niger avance que ce rapport met en évidence le problème de la répartition des populations nomades entre Téra et Dori; e) dictionnaire (de 1941) des villages de la subdivision de Téra (Kel Tamared, Kel Tinijirt, Logomaten Assadek, Logomaten Allaban), dont le Niger prétend qu'il mentionne toutes les tribus nomades, ainsi que leurs zones de pâturage et leurs points d'eau; f) procès-verbal des opérations de délimitation entre les cercles de Dori et de Tillabéry, en date du 8 décembre 1943, dans lequel il est indiqué qu'«[u]n chassé-croisé traditionnel a lieu en effet entre le cheptel du Yagha et celui du Diagourou: les troupeaux de la région centrale du Yagha se rendent au début et à la fin des pluies d'été à la mare de Taka, dans le Diagourou, pour la cure saline; ceux du Diagourou au contraire fréquentent, aux mêmes époques et pour le même motif, les rives de la mare de Yiriga»; g) rapport du chef de la subdivision de Téra sur le recensement du canton de Diagourou, en date du 10 août 1954, dont le Niger avance que les fiches des toponymes font apparaître l'historique et les lieux d'établissement de certains villages et certaines tribus.

post-colonial periods, there was little transhumance movement between Burkina Faso and the Say *cercle*, as during the colonial and the post-colonial periods pastoral activities were prohibited⁴⁵.

43. As to the question concerning the extent to which the frontier will affect these populations, Niger explains first the current régime (in the absence of a definite frontier). It states that the movement of populations and the access to natural resources follows the *modus vivendi* between the authorities of both States, which does not apply very rigorously the regulations for the movement of populations (such as, e.g., the requirement of an identity card, or else a vaccination booklet); it refers, in this regard, to paragraph 2 of Protocol of Agreement of 1964.

44. As to the future movement of populations, Niger asserts that the free circulation of populations and goods between the two States will be guaranteed by the bilateral and multilateral agreements concerning the liberty of movement and access to natural resources between member States. Niger refers in this regard to documents submitted with its response, explaining the transhumance movements and the organization of the transhumance régime conceived on the basis of international agreements. It then concludes that such agreements guarantee that the nomadic populations that move across the border between Niger and Burkina Faso will be able to keep their *modus vivendi*⁴⁶.

45. And, last but not least, as to the question of which villages are susceptible of being affected by the frontier which each Party is claiming, in addressing the question from its point of view, Niger distinguishes a scenario in which there is a change in the current national status of villages that have always been considered to be in Niger's territory and which it continues to claim to be located in its territory; and villages with Nigerien populations located in territory that Niger implicitly admits, by excluding them from its claim, will no longer be part of the State of Niger. Niger submits four maps (two for each scenario), as well as a list of villages with respective co-ordinates⁴⁷.

4. General Assessment

46. The Parties' responses have shed light on some important questions that, earlier on, were not entirely clear. Some observations can be made in view of the responses of the Parties. As to the nomadic and semi-nomadic populations, both Parties have submitted that: (a) there

⁴⁵ Niger's Response to the Questions Put by Judge Cançado Trindade, pp. 4-8.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 9-11. As to the question concerning the radius of the areas of movement of nomadic populations along the border between the two States concerned, Niger indicates such movement in a map which it submits with its response; cf. *ibid.*, pp. 11-12.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 13-21.

relève que, tant à l'époque coloniale que dans la période qui a suivi, il y a eu peu de mouvements de transhumance entre le Burkina Faso et le cercle de Say, étant donné que les activités pastorales y étaient interdites⁴⁵.

43. Sur la question de savoir dans quelle mesure le tracé de la frontière aura une incidence pour ces populations, le Niger commence par présenter le régime actuel (en l'absence de frontière bien définie). Il indique que le mouvement des populations et l'accès aux ressources naturelles suivent le *modus vivendi* établi entre les autorités respectives des deux Etats, lequel n'applique pas de manière très rigoureuse les réglementations applicables en matière de mouvement de population (telles que, par exemple, l'obligation de présenter une carte d'identité ou un carnet de vaccinations); il se réfère, à cet égard, au paragraphe 2 du protocole d'accord de 1964.

44. Concernant l'avenir de ces populations, le Niger affirme que la libre circulation des personnes et des biens entre les deux Etats sera garantie par les accords bilatéraux et internationaux relatifs à la liberté de mouvement et d'accès aux ressources naturelles conclus entre les Etats membres. Il renvoie, à cet égard, aux documents annexés à sa réponse, qui fournissent des renseignements sur les mouvements de transhumance et l'organisation du régime correspondant établi sur la base des accords internationaux. Il conclut en indiquant que pareils accords garantissent aux populations qui effectuent des migrations transfrontalières entre le Niger et le Burkina Faso de pouvoir conserver leur mode de vie actuel⁴⁶.

45. Dernier point, mais non des moindres, le Niger répond à la question de savoir quels villages, à son sens, sont susceptibles d'être affectés par le tracé de la frontière que revendique chaque Partie, en distinguant deux situations: d'une part, un changement d'appartenance nationale de certains villages qui ont toujours été considérés comme situés en territoire nigérien et qu'il continue à considérer comme tels, et, d'autre part, le cas des villages occupés par des populations nigériennes et situés sur des territoires dont le Niger admet implicitement, en les excluant de sa demande, qu'ils ne feront plus partie de la République du Niger. Il présente quatre cartes (deux pour chacun de ces deux scénarios), ainsi qu'une liste de villages avec les coordonnées correspondantes⁴⁷.

4. *Appréciation générale*

46. Dans leurs réponses, les Parties ont fait la lumière sur certains points importants qui n'étaient, jusqu'alors, pas parfaitement clairs. Quelques observations peuvent être faites sur ces réponses. Concernant les populations nomades et semi-nomades, les deux Parties ont fait valoir

⁴⁵ Réponse du Niger aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade, p. 4-8.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 9-11. Concernant la question de savoir dans quel rayon autour de la frontière séparant les deux Etats ces populations évoluent, le Niger représente ce rayon de déplacement sur une carte soumise avec sa réponse; voir *ibid.*, p. 11-12.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 13-21.

are nomads and semi-nomads located in the border area and in the region; (b) the nomadic populations move across the areas where any of the frontiers claimed by the Parties would be located; (c) the Parties are willing and are bound (by their membership in regional organizations and by their bilateral engagements), to continue to guarantee free movement to the nomadic populations.

47. In this light, any frontier to be determined does not seem likely to have an impact on the population, as long as both States continue to guarantee the free movement to the nomads and semi-nomads, and their living conditions do not change as a consequence of the fixing of the frontier (by the Court). It is important, in this connection, that the Judgment makes use of the extensive information now available in the case file and refers to the guarantees both States have given that they will not curtail the living conditions of the nomads and semi-nomads of the region.

48. As to the question relating to villages which are susceptible to be affected by the frontier, each Party claims, according to the responses provided by Niger (as Burkina Faso practically evaded the question, without providing much information in this regard), taking the claims of Niger at face value, there appear to be many Niger villages that would be on Burkina Faso's side were the Court to adopt a straight line between Tao and Bossébangou (i.e., as proposed by Burkina Faso). Furthermore, it is to be noted that Niger made the distinction in its response between villages that in its view have always belonged to Niger and should continue so, and villages that have a Nigerien population but that it does not claim to be on Niger's side.

49. This is a point which was not entirely clear before. Niger provided specific (and helpful) co-ordinates for most villages to which it refers, which is very helpful to locate these villages in a map. Yet, there remains a question which the Parties' responses did not clarify entirely: whether there is sufficient evidence in the case file that these villages have been as Niger claims Nigerien. Niger, in its response, limits itself to providing the names and co-ordinates of villages it claims to be Nigerien (and maps to this effect), without however providing evidence that these villages are indeed Nigerien. The next question to consider is that of the possible courses of the frontier in the area between Tao and Bossébangou, where most villages are located.

50. *The area between the Tao astronomic marker and Bossébangou*, in particular, seems to be the most complex portion of the frontier to be determined. This is so because first, the text of the Erratum is not entirely clear in its description of the course of the frontier. Secondly, another difficulty of determining the frontier in this area concerns the presence of villages located near the border and claimed by Niger. I propose thus to share some reflections concerning this section of the frontier, in light of

que: *a*) il existe des groupes nomades et semi-nomades dans la zone frontalière et dans la région qui l'entoure; *b*) les populations nomades se déplacent à travers les zones où passeraient l'une et l'autre des lignes frontalières revendiquées par les Parties; *c*) les Parties sont déterminées à continuer de garantir la libre circulation des populations nomades, et y sont d'ailleurs tenues (de par leur appartenance aux organisations régionales et leurs engagements bilatéraux).

47. Compte tenu de ces éléments, il semble peu probable que le tracé d'une frontière, quelle qu'elle soit, ait une incidence sur la population, sous réserve que les deux Etats continuent de garantir la libre circulation aux nomades et semi-nomades, et que les conditions de vie de ces groupes ne changent pas en conséquence de l'établissement (par la Cour) du tracé de la frontière. Il est important, à cet égard, que l'arrêt repose sur les nombreux éléments versés au dossier, et rappelle les engagements pris par les deux Etats de ne pas contraindre les conditions de vie des nomades et semi-nomades de la région.

48. Sur la question de savoir quels villages sont susceptibles d'être affectés par le tracé de la frontière revendiquée par chaque Partie, suivant les réponses fournies par le Niger (le Burkina Faso ayant pour sa part quasiment occulté la question, ne fournissant que très peu d'information sur ce point), et en appliquant à la lettre les prétentions du Niger, il apparaît que, si la Cour devait adopter une ligne droite entre Tao et Bossébangou (soit, la solution préconisée par le Burkina Faso), de nombreux villages nigériens se retrouveraient du côté burkinabé. Par ailleurs, il convient de relever que le Niger a fait une distinction, dans sa réponse, entre les villages qui lui ont, de son point de vue, toujours appartenu et devraient donc demeurer nigériens, et ceux dont la population est nigérienne mais dont il ne prétend pas qu'ils sont situés en territoire nigérien.

49. Ce point n'était pas entièrement clair auparavant. Le Niger a fourni des coordonnées précises (et fort précieuses) pour la plupart des villages qu'il mentionne, ce qui est très utile pour les localiser sur une carte. Il reste toutefois une question que les réponses des Parties n'ont pas permis d'éclairer entièrement, celle de savoir s'il existe, dans cette affaire, des preuves suffisantes démontrant que ces villages appartiennent bien au Niger, comme celui-ci le prétend. Dans sa réponse, le Niger se contente de fournir les noms et coordonnées des villages qu'il revendique (ainsi que des cartes correspondantes), mais ne présente aucun élément prouvant qu'ils sont effectivement nigériens. Il nous reste à présent à examiner les tracés possibles de la frontière dans la zone comprise entre Tao et Bossébangou, où sont situés la plupart des villages.

50. *La zone comprise entre la borne astronomique de Tao et Bossébangou*, en particulier, semble être le segment de frontière le plus difficile à définir. La première raison à cela est que le texte de l'erratum n'est pas parfaitement clair dans la description qu'il fait de ce segment de frontière. Le deuxième élément expliquant la complexité liée à la délimitation de la frontière dans ce secteur concerne la présence de villages, à proximité de la frontière, qui sont revendiqués par le Niger. Dans ces conditions, je me propose de

the responses of the Parties previously discussed. My observations are informed by the principle that the territory exists for the people that inhabit it.

51. The responses of the Parties were necessary in order to form a clear opinion on the border in this area, where the majority of concerned villages are located. As to methodology, the point of start should be the Erratum. In this regard, however, the text of the Erratum does not appear entirely clear as to the course of the frontier in this area (except concerning the ending point, which the text is clear that the line “reach[es] the River Sirba at Bossébangou”). It gives some indications (frontier points, direction, and that the line “turns”); yet, these indications of the Erratum do not necessarily lead to a straight line on the basis of the text of the Erratum.

52. Thus, as the text of the Erratum is not by itself clear as to the frontier line, other elements of the case file — which do not seem to clarify further the exact course of the frontier — need to be assessed to interpret the text of the Erratum. As to the top part of the frontier between Tong-Tong to Tao, both Parties propose a straight line, there appearing to exist enough elements to justify it, connecting Tong-Tong and Tao.

53. It is the area between Tao and Bossébangou, as already stated, that is the more complex one, in particular due to the presence of villages. On the basis of the clarifying responses of the Parties concerning the villages in question, many villages seem to be susceptible to be affected by the frontier if a straight line were to connect the Tao astronomic marker and the Bossébangou area. Recourse can thus be made, in my view, to the line of the 1960 IGN map (given the insufficiency of the Erratum to determine the course of the frontier — *supra*), pursuant to the 1987 Agreement.

54. As to the part of the frontier between Tao and Bossébangou, the text of the Erratum does not appear entirely clear in its description. It gives some indications (frontier points, direction); yet it does not state the shape of the line. It is, however, clear that the line should reach the River Sirba at Bossébangou (the ending point of this section of the frontier). In face of a text that is not entirely clear, it is necessary to have recourse to other elements of the case file, so as to interpret the text in an attempt to clarify its meaning. As to the bottom part of the section of the frontier (from Tao to Bossébangou), if the text of the Erratum and the elements of the case file do not appear sufficient to clarify the meaning of the text, it would thus appear necessary to have recourse to the 1960 IGN map to determine the course of the frontier.

VIII. SOME REMARKS ON THE TRACING OF THE FRONTIER LINE IN THE IGN MAP

55. Reference has already been made to the line of the map (1960 edition) of the Institut géographique national de France (IGN) in the factual context

livrer certaines de mes réflexions sur cette partie de la frontière, au vu des réponses des Parties examinées plus haut. Mes observations s'appuient sur le principe selon lequel le territoire existe pour les peuples qui l'habitent.

51. Les réponses des Parties étaient nécessaires pour permettre à la Cour de se forger une opinion claire sur la frontière dans cette zone, où sont situés la majorité des villages en cause. Concernant la méthodologie, c'est l'erratum qui doit servir de point de départ. Toutefois, son texte ne semble pas parfaitement limpide sur le tracé de la frontière dans ce secteur (à l'exception du point de terminaison, clairement défini comme celui où la ligne « attein[t] la rivière Sirba à Bossébangou »). S'il fournit certaines indications (points de la frontière, orientation, et le fait que la frontière « remonte »), le texte de l'erratum ne conduit pas nécessairement à établir une ligne droite.

52. Ainsi, étant donné que ce texte n'est pas lui-même suffisamment clair, il y a lieu de prendre en considération d'autres éléments versés au dossier — qui ne semblent pas apporter d'éclairage supplémentaire sur le tracé précis de la frontière — pour interpréter le texte de l'erratum. Concernant la partie supérieure de la frontière entre Tong-Tong et Tao, les deux Parties préconisent de relier ces deux points par une ligne droite, laquelle semble être étayée par des éléments suffisants.

53. C'est le secteur situé entre Tao et Bossébangou, comme on l'a vu, qui pose le plus de difficultés, notamment en raison de la présence de villages. Sur la base des réponses éclairantes des Parties concernant les villages en question, de nombreuses localités semblent susceptibles d'être affectées par la frontière si une ligne droite devait être tracée entre la borne astronomique de Tao et la zone de Bossébangou. Il est donc possible, selon moi, d'utiliser la ligne de la carte IGN de 1960 (étant donné l'insuffisance de l'erratum pour déterminer le tracé de la frontière, ainsi qu'on l'a vu *supra*), conformément à l'accord de 1987.

54. Concernant le segment de frontière entre Tao et Bossébangou, la description fournie par l'erratum ne semble pas totalement claire. Si le texte donne certaines indications (points de la frontière, orientation), il ne précise pas la forme de la ligne. Il apparaît néanmoins très clairement que celle-ci doit atteindre la rivière Sirba à Bossébangou (le point terminal de la frontière). Face à un texte manquant de clarté, il est nécessaire d'avoir recours aux autres éléments versés au dossier, afin d'interpréter le texte et de tenter d'en éclairer le sens. Concernant la partie inférieure de ce segment de frontière (de Tao à Bossébangou), étant donné que le sens du texte ne se dégage pas clairement ni du texte lui-même ni des éléments versés au dossier, il apparaît nécessaire de se référer à la carte IGN de 1960 pour déterminer le tracé de la frontière.

VIII. CERTAINES OBSERVATIONS SUR LE TRACÉ DE LA LIGNE FRONTIÈRE FIGURANT SUR LA CARTE IGN

55. Il a déjà été fait référence à la ligne de la carte (édition de 1960) de l'Institut géographique national de France (IGN) dans le contexte factuel

of the present case (*supra*). In effect, the IGN map had already drawn the attention of the ICJ Chamber in the earlier case of the *Frontier Dispute* between Burkina Faso and Mali (Judgment of 22 December 1986, para. 61). The Chamber expressly referred to one of the documents in the *dossier* of that case, namely, a Note of 27 January 1975, compiled by the IGN, on the positioning of the frontiers on the maps (para. 61). In its Judgment, the Chamber quoted only an extract of that Note; its full text is in the archives of this Court. In effect, having researched on the archives of the ICJ, bearing in mind the present case between Burkina Faso and Niger, I have found out that there are some other related and supporting documents (pertaining to the previous *Frontier Dispute* between Burkina Faso and Mali, 1986), of pertinence and relevance for the adjudication of the *cas d'espèce*⁴⁸.

56. For example, one such document of the IGN (letter of 24 June 1975) expressly refers to difficulties in the tracing of frontiers, solved, on most occasions, with the obtaining of information provided *in loco* to the “opérateurs sur le terrain” by the “chefs des circonscriptions frontalières, les chefs de villages et les populations locales”⁴⁹. In this way, local populations and their representatives gave their contribution to the tracing of the frontiers in the region they lived, as set in the IGN map, — as the documentation of the previous *Frontier Dispute* between Burkina Faso and Mali, kept in the archives of this Court, indicates.

57. In the course of the proceedings (written and oral phases) of the present *Frontier Dispute* case between Burkina Faso and Niger, the point was stressed by Niger. Thus, in its Counter-Memorial (of January 2012), Niger observes that, from the cartographical standpoint, the 1960 IGN map rests on “solid technical bases”, being as complete as “knowledge of occupation on the ground allowed. [T]he indications of the boundaries are based on information obtained from the local authorities” (para. 1.1.32).

58. In its oral argument in the public sitting before the Court of 11 October 2012, Niger added that the 1960 IGN map, prepared “at the dawn of decolonization”, was the one to be relied upon. After all, it was compiled, as far as possible, not only on the basis of “detailed topographical surveys”, but also on the basis of “information provided by the local authorities on the boundaries of their *cantons*”. In its view, all those elements, “gathered on the eve of independence”, were therefore “highly relevant”⁵⁰.

⁴⁸ Namely, besides the aforementioned Note of 27 January 1975 (doc. D/134), the following ones: (a) letter of 31 January 1975, accompanying the aforementioned Note (doc. D/135); (b) document (D/136) of 25 February 1975 (on the insufficiency of the *Arrêté* and the Erratum); (c) telegram of 9 June 1975 (on the need of observation *in loco*, doc. D/137); (d) letter of 24 June 1975 (doc. D/138), on information obtained *in loco*; and (e) letter of 5 September 1978 (doc. D/139), on the need of new cartography.

⁴⁹ Doc. D/138, p. 3, para. 4.

⁵⁰ CR 2012/22, of 11 October 2012, p. 30, para. 17.

de la présente affaire (*supra*). En réalité, la Chambre de la Cour s'était déjà intéressée à la carte IGN dans la précédente affaire du *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et le Mali (arrêt du 22 décembre 1986, par. 61), faisant expressément référence à l'un des documents versé au dossier de l'affaire, une note du 27 janvier 1975, établie par l'IGN, sur le positionnement des frontières sur les cartes (par. 61). Dans son arrêt, la Chambre n'a cité qu'un extrait de cette note, dont le texte intégral a été consigné dans les archives de la Cour. Ayant effectué des recherches dans les archives de la Cour aux fins de la présente affaire entre le Burkina Faso et le Niger, j'ai découvert l'existence d'autres documents (relatifs au *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et le Mali de 1986) qui présentent une certaine pertinence et un certain intérêt en la présente espèce⁴⁸.

56. Ainsi, l'un de ces documents émanant de l'IGN (lettre du 24 juin 1975) fait expressément état de difficultés liées au tracé des frontières, dont la plupart auraient été surmontées grâce à l'obtention d'informations fournies sur place par les «opérateurs sur le terrain», ainsi que par les «chefs des circonscriptions frontalières, les chefs de villages et les populations locales»⁴⁹. Ainsi, les populations locales et leurs représentants ont-ils contribué à délimiter, dans leur région, les frontières telles qu'elles apparaissent sur la carte IGN, comme l'indiquent les documents versés au dossier du précédent *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et le Mali, consignés dans les archives de la Cour.

57. Au cours de la procédure (phases écrite et orale) en la présente affaire du *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et le Niger, ce point a été souligné par le Niger. En effet, dans son contre-mémoire de janvier 2012, il observe que, d'un point de vue cartographique, la carte IGN de 1960 repose sur des «bases techniques solides», qu'elle est aussi complète que «le permettaient les connaissances relatives à l'occupation du terrain ... [et que] les indications quant aux limites ... s'appuient sur des informations obtenues des autorités locales» (par. 1.1.32).

58. Lors des plaidoiries qu'il a présentées à l'audience du 11 octobre 2012, le Niger a précisé que la carte IGN de 1960, établie «à l'aube de la décolonisation», était celle à laquelle il convenait de se fier. Celle-ci, rappelle-t-il, avait été élaborée, autant que faire se peut, en s'appuyant non seulement sur les «levés topographiques affinés», mais également sur des «indications données par les autorités locales sur les limites de leurs cantons». Tous ces éléments, «recueilli[s] à la veille de l'indépendance», étaient donc, selon le Niger, «des plus pertinent[s]»⁵⁰.

⁴⁸ A savoir, outre la note susmentionnée du 27 janvier 1975 (doc. D/134): *a*) lettre du 31 janvier 1975 accompagnant ladite note (doc. D/135); *b*) document du 25 février 1975 (doc. D/136) concernant l'insuffisance de l'arrêt et de l'erratum; *c*) télégramme du 9 juin 1975 relatif à la nécessité de procéder à des observations sur les lieux (doc. D/137); *d*) lettre du 24 juin 1975 (D/138) relative aux informations recueillies lors des observations sur place; et *e*) lettre du 5 septembre 1978 (doc. D/139) mettant en évidence la nécessité d'établir de nouvelles cartes.

⁴⁹ Doc. D/138, p. 3, par. 4.

⁵⁰ CR 2012/22 (11 octobre 2012), p. 30, par. 17.

59. Furthermore, again in its Counter-Memorial, Niger retorted the usual argument that its frontier with Burkina Faso, like other frontiers in the African continent, had a rather “artificial and arbitrary” character. Niger dismissed this argument by remarking that

“It is of course well known that the colonial powers, particularly in Africa, did have recourse to straight lines of an artificial and arbitrary character in drawing the boundaries of colonial territories. This was the case across deserts, uninhabited regions and regions that remained unexplored before or after conquest. One needs only to think of the boundaries of Western Sahara, Mauritania, Algeria, Libya, Chad, etc., to cite just a few examples. [P. 13.]

However, this is not at all the case in respect of the boundaries concerned here. The circumstances in which the boundary between Niger and Upper Volta was established reveal, on the contrary, a true concern to respect local inhabitants and pre-existing administrative divisions. The historical context and map archives prove this.” (Para. 1.1.7.)

60. Also in relation to the present case, Niger further stated in the Counter-Memorial that

“It was thus not a question of drawing (straight or curved) geometric lines through unknown regions, but rather of incorporating pre-existing *cantons* into the territory of one colony or the other. The areas comprising these *cantons* — inhabited by indigenous peoples and consisting of villages, crop and pastureland, and nomad routes — did not in principle follow abstract lines, but were based on land occupation and followed the configuration or nature of the ground.” (Para. 1.1.15.)

61. In sum, in my perception, in the area between the Tao astronomic marker and Bossébangou, the IGN line appears, from the perspective of the relations between people and territory, as the appropriate one. All evidence available in the *dossier* of the present case, as well as in the archives of this Court, points to the fact that the IGN line was drawn taking into account the consultations undertaken *in loco* by IGN cartographers with village chiefs and local people⁵¹.

62. People and territory stand together; it is clear, in contemporary *jus gentium*, that territorial or frontier disputes cannot be settled making abstraction of the local populations concerned. As it can be seen (cf. sketch-map No. 2, p. 119), the IGN line, and indeed the course of the frontier determined by the Court in the *cas d'espèce* in the area between the Tao astronomic marker and Bossébangou, cuts across the width of

⁵¹ Cf., to this effect, e.g., case of the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1986*, pp. 585-586, para. 61.

59. Le Niger a également réfuté, dans son contre-mémoire, l'argument habituel selon lequel sa frontière avec le Burkina Faso aurait, comme d'autres sur le continent africain, un « caractère artificiel et arbitraire », et fait observer :

« Il est certes bien connu que les puissances coloniales, en particulier en Afrique, n'ont pas manqué de recourir à des lignes droites ayant un caractère artificiel et arbitraire pour tracer les limites des territoires coloniaux. Il en est allé ainsi à travers les déserts, les régions inhabitées ou dans celles restées inexploitées avant ou après la conquête. Il suffit de penser aux limites du Sahara occidental, de la Mauritanie, de l'Algérie, de la Libye, du Tchad, etc., pour ne citer que quelques exemples. [P. 13].

On ne trouve cependant rien de tel pour les limites ici concernées. Les conditions dans lesquelles la limite entre le Niger et la Haute-Volta fut établie font apparaître, au contraire, un grand souci du respect des populations et des circonscriptions administratives pré-existantes. Le contexte historique et les archives cartographiques le démontrent. » (Par. 1.1.7.)

60. Au sujet du présent différend, le Niger a également indiqué :

« Il ne s'agit donc pas de tracer des lignes géométriques (droites ou courbes) à travers des terres inconnues, mais bien de rattacher des *cantons préexistants* au territoire de l'une et l'autre des colonies. Les espaces composant ces cantons, occupés par des populations autochtones, composés de villages, de terrains de culture ou pâturages, de circuits de nomadisation, ne se développaient pas en suivant des lignes abstraites, mais reposaient sur des occupations de sol et épousaient la configuration ou la nature du terrain. » (Par. 1.1.15.)

61. En résumé, entre la borne astronomique de Tao et Bossébangou, la ligne de la carte IGN me semble être, du point de vue du rapport entre les peuples et le territoire, celle qu'il convient d'adopter. Tous les éléments versés au dossier de la présente affaire, ainsi que les documents consignés aux archives de la Cour, indiquent que cette ligne a été tracée en prenant en considération les concertations entreprises sur les lieux par les cartographes de l'IGN avec les chefs de villages et les populations locales⁵¹.

62. Les peuples et les territoires vont de pair. Il ne fait aucun doute que, dans le *jus gentium* de notre époque, les différends territoriaux ou frontaliers ne sauraient être réglés en faisant abstraction des populations locales concernées. Ainsi que l'on peut l'observer (voir carte n° 2, p. 119), la ligne IGN et, de fait, le tracé de la frontière déterminé par la Cour entre la borne astronomique de Tao et Bossébangou coupent à travers les

⁵¹ Voir notamment, à cet effet, *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 585-586, par. 61.

the areas of population movements today in a balanced way, equitably within the orbit of their present-day movements' areas.

IX. THE HUMAN FACTOR AND FRONTIERS

63. It ensues from all the aforesaid that, in circumstances of the kind of the present case, or of inhabited territories in general, people and territory go together (cf. Part XI, *infra*). In the case of nomadic peoples, in distinct regions of the world, it has been observed that nomads "have become the prisoners of an annual climatic and vegetational cycle (. . .). They have not, indeed, passed across the stage of the histories of civilizations without having left their mark."⁵² This has been pondered by Arnold J. Toynbee, in his masterful, if not epic, 10-volume *A Study of History* (1934-1957). He then added that

"in spite of (. . .) occasional incursions into the field of historical events, Nomadism is essentially a society without a history. Once launched on its annual orbit, the Nomadic horde revolves in it thereafter and might go on revolving forever if an external force against which Nomadism is defenceless did not eventually bring the horde's movements to a standstill and its life to an end. This force is the pressure of the sedentary civilizations round about."⁵³

64. May I add, in this respect, that this may happen to any community, in any part of the world, for example, those who have lived on agriculture for generations and then decide to migrate into (new) industrialized centres, in the quest for, or illusion of, a "better" life. Furthermore, as the present case illustrates, nomadic, semi-nomadic and sedentary peoples may co-exist harmoniously in the same region. In any case, it is not surprising to me to find learned historians of the twentieth century (such as Arnold J. Toynbee and F. Braudel, among others) approaching their discipline from the outlook of lifecycles, or, in a longer-time scale, of cultural cycles.

65. Nomads may not have a history of big events, but they surely have *their* history, their *modus vivendi*, projected in time immemorial. History is included in civilization, which, in Fernand Braudel's outlook, further requires, in order to be understood, the combined endeavours of all the social sciences, and encompasses climate, vegetation, animal species, natural or other elements; it, moreover, comprises and considers what the human beings concerned have made of such basic conditions as "agri-

⁵² A. J. Toynbee, *A Study of History* (abridged by D. C. Somervell), Oxford/London, Oxford University Press, 1960 [reimpr.], p. 169.

⁵³ *Ibid.*, p. 169.

zones dans lesquelles les populations se déplacent aujourd'hui, et ce, de manière équilibrée, et dans le respect de leur rayon de déplacement actuel.

IX. LE FACTEUR HUMAIN DANS LA DÉLIMITATION DES FRONTIÈRES

63. Il découle de l'ensemble des éléments qui précèdent que, dans des circonstances telles que celles de la présente affaire, ou, de manière générale, dans le contexte des territoires inhabités, les peuples et le territoire vont de pair (voir section XI *infra*). Concernant les peuples nomades, il a été observé dans différentes régions du monde que ceux-ci «sont aujourd'hui prisonniers d'un cycle annuel en matière de climat et de végétation... Ils n'ont certes pas traversé l'histoire des civilisations sans avoir laissé leur marque.»⁵² C'est M. Arnold J. Toynbee qui nous livrait cette réflexion dans son ouvrage magistral, pour ne pas dire épique, en dix volumes *A Study of History* (1934-1957). Il ajoutait :

«en dépit ... d'incursions ponctuelles sur le terrain des événements historiques, le nomadisme est, en substance, une société dénuée d'histoire. Une fois lancée sur son orbite annuelle, la horde nomade tourne ensuite autour de cette orbite et pourrait continuer à l'infini si une force extérieure, que le nomadisme est impuissant à combattre, ne mettait finalement un terme à ce mouvement et à son existence même. Cette force, c'est la pression des civilisations sédentaires qui l'entourent.»⁵³

64. J'ajouterai que cette réflexion s'applique à n'importe quelle communauté, dans n'importe quelle région du monde; l'on peut ainsi citer les peuples qui vivaient de l'agriculture depuis plusieurs générations et ont décidé de migrer vers les (nouveaux) centres industrialisés à la recherche, sans doute illusoire, d'une vie «meilleure». De plus, comme l'illustre la présente affaire, les peuples nomades, semi-nomades et sédentaires peuvent cohabiter de manière harmonieuse dans la même région. En tout état de cause, il n'est guère surprenant, selon moi, de constater que d'éminents historiens du XX^e siècle tels que MM. Arnold J. Toynbee et F. Braudel, pour ne citer qu'eux, appréhendent leur discipline en se plaçant dans la perspective de cycles biologiques ou, à plus long terme, de cycles culturels.

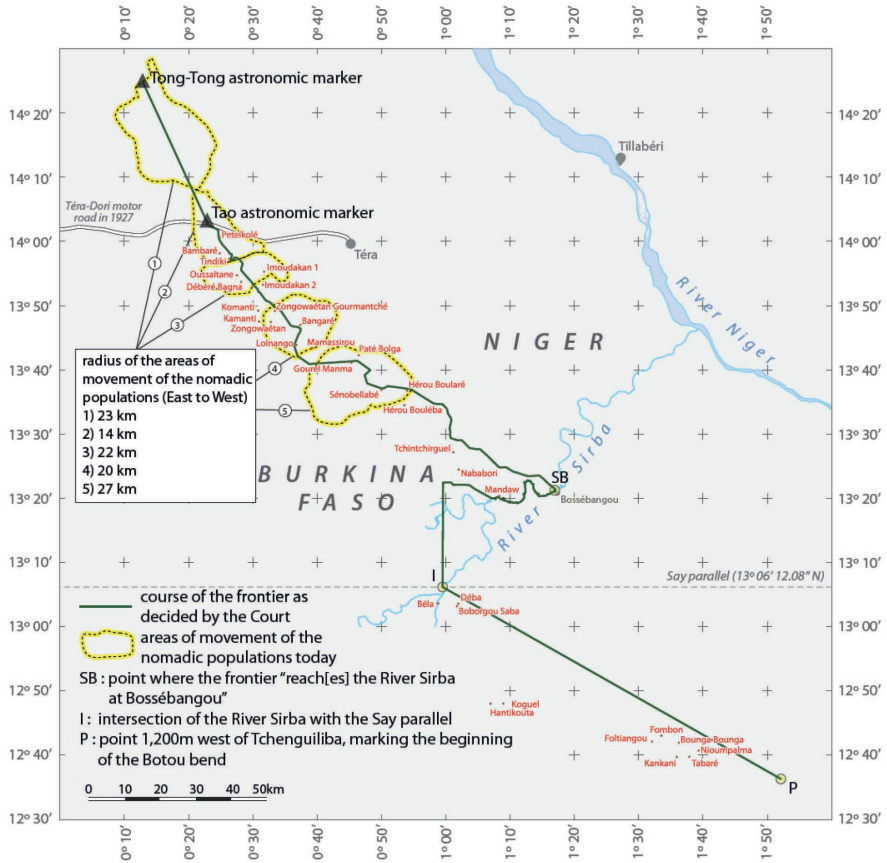
65. Les nomades n'ont peut-être pas d'histoire, en termes de grands événements, mais ils ont sans aucun doute *leur* histoire, leur mode de vie perpétué depuis des temps immémoriaux. L'histoire fait partie intégrante de la civilisation, dont Fernand Braudel estime qu'elle ne peut être bien comprise qu'avec le concours de toutes les sciences sociales, et qu'elle recouvre le climat, la végétation, les espèces animales, ainsi que les éléments naturels et autres; l'on ajoutera que cette notion englobe et prend

⁵² A. J. Toynbee, *A Study of History* (abrégé par D. C. Somervell), Oxford/Londres, Oxford University Press, 1960 (réimpr.), p. 169.

⁵³ *Ibid.*, p. 169.

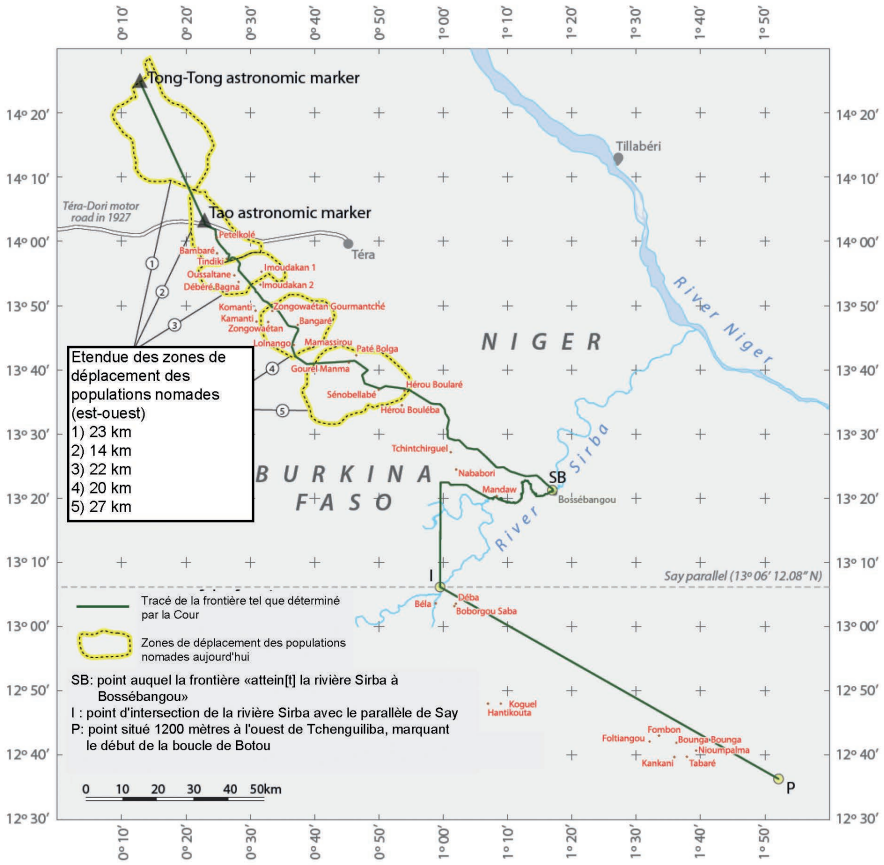
Separate Opinion of Judge Cançado Trindade: Sketch Map 2:
COURSE OF THE FRONTIER AS DECIDED BY THE COURT

This sketch map has been prepared for illustrative purposes only



Opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade : carte n° 2 :
TRACÉ DE LA FRONTIÈRE TEL QUE DÉTERMINÉ PAR LA COUR

Cette carte a été établie à fin d'illustration uniquement



culture, stock-breeding, food, shelter, clothing, communications, industry and so on”⁵⁴. One can then identify the “underlying structures” of civilizations, namely, “religious beliefs, family life, attitudes towards life and death, timeless peasantry, attitudes towards work and leisure”⁵⁵.

66. Nomadic groups constitute one of the most ancient forms of community, as aptly recalled by Toynbee. He added that nomadic shepherds move or displace themselves in a “fixed annual orbit”; they have never been able to become “technologically or economically independent” from the type of community or society they came from⁵⁶, nor did they seem to have wanted to become so. He further observed that the members of those ancient agricultural communities never broke up into serious conflict with each other, nor even with their more distant neighbours⁵⁷.

67. Another learned historian (and anthropologist) of the last century, the Senegalese scholar Cheikh Anta Diop, in one of his thoughtful monographs, *L'unité culturelle de l'Afrique noire* (1959), pondered that sedentary and nomadic ways of life (in distinct regions) have led to two distinct types of family life (matriarchal and patriarchal) and to distinct organizations of social collectivities, leading later to distinct forms of State⁵⁸. Nomadic life soon disclosed needs of its own, and everything seemed linked to the earlier conditions of existence (and survival), with the notion of justice only emerging later on, in time perspective; distinct social ideas derived from nomadic and sedentary ways of life⁵⁹.

68. Cheikh Anta Diop added that private law emerged first, and only much later on, with the passing of time, public law was to take its place in order to regulate social relations, then followed by the rise of the States, marked by the *séquences* of the earlier historical periods⁶⁰. As observed, for his part, by the archaeologist Félix Sartiaux in 1938, in ancient times nomadic populations exerted influence upon sedentary populations; the two forms of *modus vivendi* (pastoral life and agriculture) were to co-exist, and, with the passing of time, sedentary populations gained increasing importance and were to influence others⁶¹.

69. Yet — as the present case bears witness of — nomadic populations never vanished, and their way of life and their spirit survive nowadays,

⁵⁴ F. Braudel, *A History of Civilizations*, N.Y./London, Penguin Books, 1995, pp. 9-10, and cf. pp. 18 and 25.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 28.

⁵⁶ A. J. Toynbee, *Le changement et la tradition*, Paris, Payot, 1969, pp. 33-34 and 73.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 119.

⁵⁸ Cheikh Anta Diop, *L'unité culturelle de l'Afrique noire* [1959], 2nd rev. ed., Dakar/Paris, Ed. Présence africaine, 1982, pp. 135-136.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 150, 152, 154 and 167, and cf. pp. 185-186.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 139-140.

⁶¹ F. Sartiaux, *La civilisation*, Paris, Libr. A. Colin, 1938, pp. 40-42, 72-73 and 182.

en compte ce que les êtres humains concernés ont fait de leur condition dans des domaines aussi élémentaires que «l'agriculture, l'élevage, la nourriture, la maison, les vêtements, les communications, l'industrie, etc.»⁵⁴. Il est alors possible de découvrir les «grandes permanences ... inconscientes» des civilisations, c'est-à-dire les «sentiments religieux ... ou les immobilités paysannes, ou les attitudes devant la mort, le travail, le plaisir, la vie familiale»⁵⁵.

66. Le nomadisme fait partie des formes de communauté les plus anciennes, ainsi que le rappelait fort à propos Toynbee. Il ajoutait que les bergers nomades circulent ou se déplacent sur une «orbite annuelle fixe»; ils ne sont jamais «affranchis technologiquement ou économiquement» du type de communauté ou de société dont ils sont issus⁵⁶, et ne semblent pas avoir jamais cherché à le faire. Par ailleurs, ces antiques communautés agricoles n'ont pas connu de conflits graves, que ce soit en leur sein même ou vis-à-vis de communautés voisines⁵⁷.

67. Un autre grand historien (et anthropologue) du siècle dernier, l'universitaire sénégalais Cheikh Anta Diop, soulignait, dans l'une de ses monographies riches d'enseignements, *L'unité culturelle de l'Afrique noire* (1959), que les modes de vie sédentaires et nomades (dans différentes régions) ont conduit à deux types de structures familiales (matriarcale et patriarcale) et à des organisations différentes des collectivités locales, aboutissant, à terme, à des régimes étatiques différents⁵⁸. Il est apparu assez rapidement que la vie nomade comportait des besoins propres, et que tout semblait lié aux conditions de vie (et de survie) prévalant autrefois, la notion de justice ne se faisant jour que plus tard, au fil du temps; les modes de vie nomades et sédentaires ont donné naissance à des idées sociales différentes⁵⁹.

68. Pour Cheikh Anta Diop, le droit privé s'est fait jour le premier, et ce n'est que bien plus tard que le droit public a, peu à peu, pris sa place pour encadrer les relations sociales, avant d'être suivi par la montée des Etats, marquée par les séquences des toutes premières périodes de l'histoire⁶⁰. Comme l'a observé l'archéologue Félix Sartiaux en 1938, les populations sédentaires ont d'abord subi l'influence des peuples nomades; les deux formes de modes de vie (vie pastorale et agriculture) ont coexisté, mais ce sont les populations sédentaires qui ont peu à peu gagné en importance et fini par triompher⁶¹.

69. Toutefois, comme en témoigne la présente affaire, les populations nomades n'ont jamais disparu, et leur mode de vie ainsi que l'esprit qui les

⁵⁴ F. Braudel, *Grammaire des civilisations*, Paris, Flammarion, 1993, p. 50; voir également p. 73.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 75.

⁵⁶ A. J. Toynbee, *Le changement et la tradition*, Paris, Payot, 1969, p. 33-34 et 73.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 119.

⁵⁸ Cheikh Anta Diop, *L'unité culturelle de l'Afrique noire* [1959], 2^e éd. rev., Dakar/Paris, Ed. Présence africaine, 1982, p. 135-136.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 150, 152, 154 et 167; voir également p. 185-186.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 139-140.

⁶¹ F. Sartiaux, *La civilisation*, Paris, Libr. A. Colin, 1938, p. 40-42, 72-73 et 182.

“in the agitation and disquiet of modern times”⁶². In my perception, even in the determination of frontiers in regions inhabited by human groups of such dense cultural features, one should not simply draw entirely and admittedly “artificial” lines, overlooking the human element; the centrality, in my view, is of human beings.

X. ADMISSION BY THE PARTIES THAT THEY ARE BOUND BY THEIR PLEDGE TO CO-OPERATION IN RESPECT OF LOCAL POPULATIONS

70. In the present Judgment on the *Frontier Dispute* case between Burkina Faso and Niger, the Court has expressed “its wish” that each Party has due regard to the needs of the population concerned, in particular those of the nomadic or semi-nomadic populations (para. 112). This is very reassuring. In effect, the contending Parties themselves have, in response to my questions, indicated that they regard themselves bound to do so, by virtue of their acknowledgment of their duty of co-operation in respect of local populations (in particular nomadic and semi-nomadic ones), as manifested in multilateral African *fora*, as well as in bilateral agreements, conforming the régime of transhumance (with freedom of movement of those local populations across their borders).

1. *In Multilateral African Fora*

71. In their responses to questions I have deemed it fit to put to both of them at the end of the public sittings before this Court, on 17 October 2012, Burkina Faso points out, together with Niger, that both States are parties to numerous regional co-operation and integration organizations establishing freedom of movement of populations, goods and service, as well as the right of residence and establishment⁶³. Burkina Faso refers, in this regard, to the Economic Community of West African States (ECOWAS), the West African Economic and Monetary Union (WAEMU), the Permanent Interstate Committee for Drought Control in the Sahel (CILSS), the Liptako-Gourma Integrated Development Authority (LGA), the Niger Basin Authority (NBA) and the *Conseil de l'entente*.

72. As to the ECOWAS, in explaining the nature of the organization, Burkina Faso notes in particular its objective of suppressing obstacles to the free movement of people, goods and services, as well as the right of residence. Burkina Faso contends that the Heads of State and Government

⁶² F. Sartiaux, *La civilisation*, Paris, Libr. A. Colin, 1938, p. 73.

⁶³ Replies of Burkina Faso and Niger to the Questions Put by Judge Cançado Trindade at the End of the Public Sitting Held on 17 October 2012, doc. of 16 November 2012, paras. 18-19.

anime se perpétuent encore aujourd'hui, «dans l'agitation et l'inquiétude des temps modernes»⁶². L'on ne saurait, à mon sens, même dans les régions hébergeant des populations au patrimoine culturel moins dense, tracer tout simplement des lignes qui sont purement, et de l'avis de tous, «artificielles», en faisant abstraction de l'élément humain; c'est, selon moi, l'être humain qui doit être au cœur des préoccupations dans ce domaine.

X. LA RECONNAISSANCE, PAR LES PARTIES, DE LEUR ENGAGEMENT
DE COOPÉRATION À L'ÉGARD DES POPULATIONS LOCALES

70. Dans le présent arrêt rendu en l'affaire du *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et le Niger, la Cour a formulé «le souhait» que chaque Partie tienne dûment compte des besoins des populations concernées, en particulier des populations nomades ou semi-nomades (par. 112). Il y a tout lieu de s'en féliciter. En effet, les Parties en présence ont indiqué, en réponse à mes questions, qu'elles s'y considèrent elles-mêmes comme tenues, ayant reconnu leur devoir de coopération à l'égard des populations locales (notamment nomades et semi-nomades) tel qu'il a pu être formulé dans le cadre d'instances multilatérales africaines et d'accords bilatéraux, par lesquels a ainsi été établi le régime de la transhumance (qui garantit à ces populations locales la liberté de déplacement à travers leurs frontières).

1. *Instances multilatérales africaines*

71. Dans leurs réponses aux questions que j'ai cru devoir poser à chacune des Parties à l'issue des audiences tenues devant la Cour, le 17 octobre 2012, le Burkina Faso et le Niger ont tous deux souligné leur appartenance respective à de nombreuses organisations régionales de coopération et d'intégration consacrant la liberté de circulation des personnes, des biens et des services, ainsi que le droit de résidence et d'établissement⁶³. Le Burkina Faso cite, à cet égard, la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), le Comité permanent inter-Etats de lutte contre la sécheresse dans le Sahel (CILSS), l'Autorité de développement intégré du Liptako-Gourma (ALG), l'Autorité du bassin du Niger (ABN) et le Conseil de l'entente.

72. Pour ce qui est de la CEDEAO, le Burkina Faso en décrit la nature en soulignant, en particulier, qu'elle a pour objectif de supprimer les obstacles à la libre circulation des personnes, des biens et des services, ainsi qu'au droit de résidence. Il rappelle que les chefs d'Etat et de gouver-

⁶² F. Sartiaux, *La civilisation*, Paris, Libr. A. Colin, 1938, p. 73.

⁶³ Réponses du Burkina Faso et du Niger aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience tenue le 17 octobre 2012, document du 16 novembre 2012, par. 18-19.

of ECOWAS adopted Protocol A/P.1/5/79, in Dakar, on 29 May 1979⁶⁴, on freedom of movement of persons, the right of residence and establishment in the ECOWAS area, which reasserted and clarified the details of the freedom of movement of persons as well as the right of residence and establishment. In this regard, it also invokes Protocol A/P.3/5/82, of 29 May 1982, on the definition of community citizenship⁶⁵.

73. Moreover, it cites other documents of the ECOWAS concerning the free circulation of persons⁶⁶. Burkina Faso further argues that freedom of movement is accorded to nomadism or cross-border transhumance, which is subject to a minimum amount of regulatory legislation⁶⁷. Burkina Faso also notes that ECOWAS authorities have organized awareness-raising and outreach seminars, and workshops concerning freedom of movement, residence and establishment within the ECOWAS member States⁶⁸.

74. As to the West African Economic and Monetary Union (WAEMU), in recalling that it is a regional economic and monetary union composed of eight West African countries, Burkina Faso notes, in particular, that its objective is to create a common market based, *inter alia*, on the free circulation of people, goods, services, capitals, and the right of establishment of people conducting an independent or paid activity, as well as external tariff and a common trade policy. Burkina Faso further claims that several texts issued by the Conference of the Heads of State and Government, the Council of Ministers, the Commission and the President of the Commission, supplement and further clarify the nature and scope

⁶⁴ Burkina Faso's Response to the Questions Put by Judge Cançado Trindade, Annex 2.

⁶⁵ *Ibid.*, Annex 3.

⁶⁶ Namely, Supplementary Protocol A/SP.1/7/85, signed in Lomé, on 6 July 1985, on the code of conduct for the implementation of the Protocol on free movement of persons, the right of residence and establishment; Decision A/DEC.2/7/85, of 6 July 1985, on the establishment of the ECOWAS travel certificate for member States; Supplementary Protocol A/SP.1/7/86, signed in Abuja, on 1 July 1986, on the second phase (right of residence) of the Protocol on free movement of persons, the right of residence and establishment; Supplementary Protocol A/SP.2/5/90, signed in Banjul, on 29 May 1990, on the implementation of the third phase (right of establishment) of the Protocol on free movement of persons, right of residence and establishment; Decision A/DEC.2/5/90, adopted in Banjul, on 30 May 1990, establishing a residence card in the ECOWAS member States; Decision C/DEC.3/12/92, adopted in Abuja, on 5 December 1992, on the introduction of a harmonized immigration and emigration form in the ECOWAS member States; and the adoption of the ECOWAS Embarkation and Disembarkation Form, used by the airport police services of the various ECOWAS member States.

⁶⁷ Burkina Faso cites, in this regard, the Decision A/DEC.5/10/98, of 31 October 1998, regulating transhumance between the ECOWAS member States, and the Regulation C/REG.3/01/03 on the implementation of the regulation of transhumance between the ECOWAS member States, submitted as Annexes 4 and 5 of Burkina Faso's Response.

⁶⁸ Burkina Faso's Response to the Questions Put by Judge Cançado Trindade, paras. 20-30.

nement de la CEDEAO ont adopté, à Dakar, le 29 mai 1979, le protocole A/P.1/5/79⁶⁴ sur la libre circulation des personnes, le droit de résidence et d'établissement dans l'espace CEDEAO, lequel a réaffirmé et précisé les contours de la liberté de circulation des personnes et du droit de résidence et d'établissement. A cet égard, il invoque également le protocole A/P.3/5/82 du 29 mai 1982 portant code de la citoyenneté de la communauté⁶⁵.

73. Le Burkina Faso cite également d'autres instruments de la CEDEAO relatifs à la libre circulation des personnes⁶⁶. Il fait ensuite valoir que la liberté de circulation est reconnue à l'égard des activités de nomadisme et de transhumance transfrontalière, même si une réglementation minimale s'applique en la matière⁶⁷. Il relève par ailleurs que les autorités de la CEDEAO ont, depuis peu, entrepris l'organisation de séminaires et d'ateliers de sensibilisation et de vulgarisation sur le thème de la liberté de mouvement, ainsi que des droits de résidence et d'établissement dans les Etats membres de la CEDEAO⁶⁸.

74. A propos de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), le Burkina Faso rappelle qu'il s'agit d'une organisation économique et monétaire régionale regroupant huit pays de l'Afrique de l'Ouest et visant, en particulier, à créer un marché commun basé notamment sur la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux, et le droit d'établissement des personnes exerçant une activité indépendante ou salariée, ainsi que sur un tarif extérieur commun et une politique commerciale commune. Il ajoute que plusieurs textes émanant de la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement, du conseil des ministres, de la commission et du président de la commission complètent

⁶⁴ Réponse du Burkina Faso aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade, annexe 2.

⁶⁵ *Ibid.*, annexe 3.

⁶⁶ A savoir, le protocole additionnel A/SP.1/7/85 signé à Lomé le 6 juillet 1985, portant code de conduite pour l'application du protocole sur la libre circulation des personnes, le droit de résidence et d'établissement; la décision A/DEC.2/7/85 du 6 juillet 1985, portant institution d'un carnet de voyage des Etats membres de la CEDEAO; le protocole additionnel A/SP.1/7/86 signé à Abuja le 1^{er} juillet 1986, relatif à l'exécution de la deuxième étape (droit de résidence) du protocole sur la libre circulation des personnes, le droit de résidence et d'établissement; le protocole additionnel A/SP.2/5/90 signé à Banjul le 29 mai 1990, relatif à l'exécution de la troisième étape (droit d'établissement) du protocole sur la libre circulation des personnes, le droit de résidence et d'établissement; la décision A/DEC.2/5/90 adoptée à Banjul le 30 mai 1990, portant institution d'une carte de résident des Etats membres de la CEDEAO; la décision C/DEC.3/12/92 adoptée à Abuja le 5 décembre 1992, relative à l'institution d'un formulaire harmonisé d'immigration et d'émigration des Etats membres de la CEDEAO; et l'adoption de l'exemplaire de la carte d'embarquement et de débarquement de la CEDEAO, utilisé par les services de police des aéroports des différents Etats membres de la CEDEAO.

⁶⁷ Le Burkina Faso cite, à cet égard, la décision A/DEC.5/10/98 du 31 octobre 1998, relative à la réglementation de la transhumance entre les Etats membres de la CEDEAO, et le règlement C/REG.3/01/03, relatif à la mise en œuvre de la réglementation de la transhumance entre les Etats membres de la CEDEAO, joints en annexes 4 et 5 de sa réponse aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade.

⁶⁸ Réponse du Burkina Faso aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade, par. 20-30.

of the freedom of movement and the right of establishment and residence in the WAEMU area⁶⁹.

75. As to the Permanent Interstate Committee for Drought Control in the Sahel (CILSS), Burkina Faso points out that a transhumance agreement has been concluded among its member States⁷⁰. And as to the *Conseil de l'entente*, Burkina Faso refers to the free movement of people and goods, the right of residence and of establishment (recognized in Article 2 and 3 of the Charter of the *Conseil*), and to a Protocol of Agreement adopted by member States in 1989 relating to an international transhumance certificate in the *Conseil* member States, and highlighting transit through the entry and exit points established by the States and the health protection and security conditions to cross borders⁷¹.

76. As to the Liptako-Gourma Integrated Development Authority (LGA), in recalling that it is a sub-regional organization composed of Burkina Faso, Mali and Niger (created by a Protocol of Agreement, signed in Ouagadougou on 3 December 1970), Burkina Faso remarks that this institution is the most active on the ground concerning nomadic populations of member States and transhumance movements. It further claims that LGA, in partnership with the ECOWAS (financial development partners), non-governmental organizations (NGOs) and professional agro-pastoral organizations and associations, organized a regional workshop on the findings of a study concerning existing legislation governing transhumance in the Organization's member States⁷².

77. For its part, in response to a question I have deemed it fit to put to the two contending Parties, on 17 October 2012, at the end of the public sittings before this Court, Niger refers to ECOWAS Decision A/DEC.5/10/98, of 31 October 1998, which purports to regulate transhumance between ECOWAS member States, in the "communitarian space" (preamble). The Decision⁷³ provides, *inter alia* (Article 3), that

"The crossing of terrestrial frontiers for purposes of transhumance is authorized between all countries of the Community for bovine, ovine, caprine, cameline and asine species under the conditions laid down in the present Decision. (. . .)"

78. To regulate transhumance harmoniously — it proceeds — an ECOWAS certificate, with public health indications (Article 5), provides for the protection of the rights of the "beneficiaries of transhumance", as set forth in Article 16, which states that

"Transhumant pastoralists who have lawfully been admitted to the country shall be entitled to the protection of the authorities in the

⁶⁹ Burkina Faso's Response to the Questions Put by Judge Cançado Trindade, paras. 31-34.

⁷⁰ *Ibid.*, paras. 35-36.

⁷¹ *Ibid.*, paras. 37-40.

⁷² *Ibid.*, paras. 41-46.

⁷³ Niger's Response to the Questions Put by Judge Cançado Trindade, Annex A.

et précisent le sens et la portée de la liberté de circulation et du droit d'établissement et de résidence dans l'espace UEMOA⁶⁹.

75. Concernant le Comité permanent inter-Etats de lutte contre la sécheresse dans le Sahel (CILSS), le Burkina Faso relève qu'un accord sur la transhumance a été conclu entre ses Etats membres⁷⁰, et, pour ce qui est du Conseil de l'entente, il renvoie au principe de libre circulation des personnes et des biens et à celui du droit de résidence et d'établissement, lesquels sont reconnus aux chapitres 2 et 3 de sa charte, ainsi qu'au protocole d'accord adopté par les pays membres en 1989, instituant un certificat international de transhumance dans les pays membres du Conseil, le recours à des portes de sortie et d'entrée établies par les Etats, et des conditions de protection et de sécurité sanitaires à respecter pour traverser les frontières⁷¹.

76. Au sujet de l'Autorité de développement intégré du Liptako-Gourma (ALG), le Burkina Faso rappelle qu'il s'agit d'une organisation sous-régionale regroupant le Burkina Faso, le Mali et le Niger (et créée par un protocole d'accord signé à Ouagadougou le 3 décembre 1970), et précise que c'est dans les domaines touchant aux populations nomades des Etats membres et aux mouvements de transhumance que cette institution est le plus active. Il ajoute que, en partenariat avec la CEDEAO, des acteurs financiers d'aide au développement, des organisations non gouvernementales et des associations professionnelles agropastorales, l'ALG a organisé un atelier régional visant à analyser les résultats d'une étude conduite sur la législation en vigueur en matière de transhumance dans les Etats membres de l'organisation⁷².

77. Dans sa réponse à une question que j'ai estimé devoir poser aux deux Parties le 17 octobre 2012 au terme des audiences tenues devant la Cour, le Niger se réfère, pour sa part, à la décision A/DEC.5/10/98 du 31 octobre 1998 de la CEDEAO visant à régler la transhumance entre les Etats membres de la CEDEAO dans l'«espace communautaire» (préambule). Cette décision⁷³ prévoit notamment ce qui suit (article 3):

«Le franchissement des frontières terrestres en vue de la transhumance est autorisé entre tous les pays de la Communauté pour les espèces bovine, ovine, caprine, caméline et asine dans les conditions définies par la présente décision...»

78. Afin de réguler harmonieusement la transhumance, poursuit-il, un certificat CEDEAO comportant des indications de santé publique (article 5) assure la protection des droits des «bénéficiaires de la transhumance» tel qu'il est prévu à l'article 16, aux termes duquel

«[[]es éleveurs transhumants, qui sont régulièrement admis, bénéficient de la protection des autorités du pays d'accueil, et leurs droits

⁶⁹ Réponse du Burkina Faso aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade, par. 31-34.

⁷⁰ *Ibid.*, par. 35-36.

⁷¹ *Ibid.*, par. 37-40.

⁷² *Ibid.*, par. 41-46.

⁷³ Réponse du Niger aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade, annexe A.

host country, and their basic rights shall be guaranteed by the judicial institutions of the host country. (. . .)”

79. Furthermore, Niger refers to the general report on the Consultation Meeting on Cross-Border Transhumance, held in Dori, Burkina Faso, on 19-20 December 2002. The report⁷⁴ was prepared following that meeting, on animal transhumance, which gathered ministers “responsible for animal husbandry”, from ECOWAS member States, held in Ouagadougou, Burkina Faso, on 9-10 October 2002.

2. *In Bilateral Agreements*

80. In response to a question I have deemed it fit to put to the contending Parties at the end of the public sittings before this Court, on 17 October 2012, Burkina Faso further adds that the two States have developed bilateral relations concerning this question. In this regard, Burkina Faso cites the 1964 Protocol of Agreement which recognized the free movement of populations and it also asserts that the two States have never ceased to co-operate to further improve and facilitate the conditions and modalities of free circulation of people and transhumance movements. Burkina Faso concludes that the frontier will not affect the nomads particularly since both States’ membership in regional integration and co-operation institutions recognizes the freedom of movement and residence rights to the populations⁷⁵.

81. For its part, Niger states, in its response to my question, that

“As regards the future, the free movement of persons and goods between the two States will remain safeguarded under the conventions binding the two States within a bilateral framework and under international agreements establishing freedom of movement and free access to natural resources between member States.”⁷⁶

82. The admission by the contending Parties, that they are bound by their pledge to co-operation — at multilateral and bilateral levels — in respect of local populations, is, in my perception, very significant indeed. However harmonious human relations might be in the interior of nomadic and semi-nomadic communities (cf. *supra*), it is not surprising to find that their relations with the public power of the State may at times disclose tension and some degree of mistrust⁷⁷. Yet, this seems also to be surmountable, and renders it much to the credit of both Burkina Faso and Niger to have found the way to establish a régime of transhumance and a true “system of solidarity” (cf. *infra*), so as to fulfil the needs of the local

⁷⁴ Niger’s Response to the Questions Put by Judge Cançado Trindade, Annex B.

⁷⁵ Burkina’s Faso’s Response to the Questions Put by Judge Cançado Trindade, paras. 47-52.

⁷⁶ Niger’s Response to the Questions Put by Judge Cançado Trindade, p. 6.

⁷⁷ For a recent account, cf. *inter alia*, e.g., B. Oumarou, *Pasteurs nomades face à l’Etat du Niger*, Paris, L’Harmattan, 2011, pp. 69-74, 168-175, 198-206 and 215-216.

fondamentaux sont garantis par les institutions judiciaires du pays d'accueil... ».

79. Le Niger invoque par ailleurs le rapport général de la rencontre de concertation sur la transhumance transfrontalière tenue à Dori (Burkina Faso) les 19 et 20 décembre 2002. Ce document⁷⁴ a été établi à la suite de la réunion des ministres chargés de l'élevage des Etats membres de la CEDEAO sur la transhumance des animaux, tenue à Ouagadougou, au Burkina Faso, les 9 et 10 octobre 2002.

2. Accords bilatéraux

80. Dans sa réponse à l'une des questions que j'ai cru devoir poser aux Parties au terme des audiences, le 17 octobre 2012, le Burkina Faso précise que des accords bilatéraux ont été établis entre les deux Etats sur cette question. Il cite, à cet égard, le protocole d'accord de 1964 qui a consacré la libre circulation des personnes, indiquant en outre que les deux Etats n'ont jamais cessé de coopérer en vue d'améliorer et de faciliter les conditions et modalités de la libre circulation des personnes et de la transhumance. Il conclut en affirmant que le tracé de la frontière n'affectera pas les populations nomades étant donné, notamment, l'appartenance des deux Etats aux organisations régionales d'intégration et de coopération, qui témoigne de leur attachement à préserver la liberté de circulation et les droits de résidence de ces populations⁷⁵.

81. Le Niger, pour sa part, affirme dans sa réponse que,

«[s]'agissant de l'avenir, la libre circulation des personnes et des biens entre les deux Etats restera garantie par les conventions liant les deux Etats dans le cadre bilatéral ainsi que par les accords internationaux qui consacrent la liberté de circulation et le libre accès aux ressources naturelles entre les Etats membres... »⁷⁶.

82. La reconnaissance par les Parties du fait qu'elles sont liées par leur engagement de coopération — aux niveaux international et bilatéral — à l'égard des populations locales est, me semble-t-il, tout à fait déterminante. L'on constate sans surprise que les rapports humains, si harmonieux soient-ils au sein des communautés nomades et semi-nomades (voir *supra*), peuvent parfois s'accompagner de tensions et d'une certaine méfiance, lorsqu'il s'agit des échanges avec la puissance publique de l'Etat dont elles relèvent⁷⁷. Ces difficultés semblent toutefois être surmontables, et ne rendent que plus louables encore les moyens mis en œuvre par le Burkina Faso et le Niger pour établir un régime de transhumance ainsi

⁷⁴ Réponse du Niger aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade, annexe B.

⁷⁵ Réponse du Burkina Faso aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade, par. 47-52.

⁷⁶ Réponse du Niger aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade, p. 6.

⁷⁷ Pour une analyse récente, voir notamment B. Oumarou, *Pasteurs nomades face à l'Etat du Niger*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 69-74, 168-175, 198-206 et 215-216.

populations (and to preserve their *modus vivendi*, whether nomadic, semi-nomadic or sedentary), within themselves and in their international relations.

3. *The Régime of Transhumance*

83. Besides transmitting to the Court important elements such as the ones reviewed in the present separate opinion (*supra*), the two contending Parties, also in their responses to the questions I have deemed it fit to put to both of them at the end of the public sittings before this Court, on 17 October 2012, added some thoughts which leave no doubt as to their clear pledge to co-operation with regard to the living conditions of the population over the territory at issue. Thus, in this respect Burkina Faso ponders that

“it is the practice of nomadism in Africa and, more generally, the movement of pastoralists and their herds as part of transhumance (. . .), which led Niger and Burkina, once they had achieved independence, to undertake to facilitate the freedom of movement on either side of the frontier”⁷⁸.

84. Burkina Faso assures that the living conditions of the local populations will not be affected by the tracing of the frontier line between itself and Niger. In its own words,

“[C]ommunity law in West Africa, as deriving from the legal provisions of the instruments establishing the sub-regional organizations which Burkina Faso and Niger have joined, and as deriving from the regulatory instruments of the organs of those organizations, as well as the practices followed or observed by the States of the sub-region, Burkina Faso is in a position to respond that the frontier line between Burkina Faso and Niger will not affect the life or fate of the nomadic populations living on either side of the border.”⁷⁹

85. For its part, in basically the same general line of thinking, Niger contends that

“The current system of transhumance is as described hereafter. In the absence of a precise frontier line, movements and access to natural resources on either side of the frontier are unrestricted under a *modus vivendi* arrangement between the authorities of the two States, which do not strictly apply the rules in force concerning the movement of persons and livestock (requirement for an identity card, laissez-passer, vaccination certificate, etc.)”⁸⁰

⁷⁸ Burkina Faso’s Response to the Questions Put by Judge Cançado Trindade, para. 15. Burkina Faso adds that “the area frequented by nomads goes way beyond the frontier zone” (para. 54); in referring to their free circulation between itself and Niger, Burkina Faso adds that the “transhumance routes” correspond to the “zones currently frequented by nomads” (para. 55).

⁷⁹ *Ibid.*, par. 52.

⁸⁰ Niger’s Response to the Questions Put by Judge Cançado Trindade, p. 8.

qu'un vrai «système de solidarité» (voir *infra*) afin de répondre aux besoins des populations locales (et de préserver leur mode de vie, qu'il soit nomade, semi-nomade ou sédentaire), tant au sein de chacun des deux Etats que dans leurs relations internationales.

3. *Le régime de transhumance*

83. Outre les éléments importants communiqués à la Cour, tels que ceux examinés dans la présente opinion individuelle (*supra*), les deux Parties ont, dans leurs réponses aux questions que j'ai cru devoir leur poser à l'issue de l'audience du 17 octobre 2012, formulé certaines réflexions qui ne laissent planer aucun doute quant à leur engagement clair à coopérer en vue de préserver les conditions de vie des populations présentes sur le territoire en cause. Le Burkina Faso affirme ainsi, sur ce point, que

«c'est la pratique du nomadisme en Afrique, et, plus généralement, la circulation des pasteurs et de leurs troupeaux dans le cadre de la transhumance ..., qui a conduit le Niger et le Burkina, une fois leur indépendance acquise, à s'engager à faciliter la liberté de circulation de part et d'autre de la frontière»⁷⁸.

84. Le Burkina Faso assure que les conditions de vie des populations locales ne seront pas affectées par le tracé de la frontière avec le Niger, affirmant à cet égard :

«[L]e droit communautaire en Afrique de l'Ouest tel qu'il résulte des dispositions juridiques des textes constitutifs des organisations sous-régionales auxquelles le Burkina Faso et le Niger ont adhéré et des actes réglementaires des organes de ces organisations, ainsi que la pratique suivie ou observée par les Etats de la sous-région permettent de répondre que le tracé de la frontière entre le Burkina Faso et le Niger n'affectera pas la vie ou le sort des populations nomades vivant de part et d'autre de la frontière.»⁷⁹

85. Le Niger adopte, pour sa part, une logique assez proche :

«Le régime actuel de la transhumance est le suivant. En l'absence d'un tracé précis de la frontière, les déplacements et l'accès aux ressources naturelles de part et d'autre de la frontière se font librement en application d'un *modus vivendi* entre les autorités des deux Etats, qui n'appliquent pas de manière rigoureuse la réglementation en vigueur en matière de déplacement des populations et du bétail (exigence de carte d'identité, laissez-passer, carnet de vaccination, etc.)»⁸⁰

⁷⁸ Réponse du Burkina Faso aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade, par. 15. Le Burkina Faso ajoute que «la zone fréquentée par des nomades dépasse largement la zone frontalière» (par. 54); au sujet de la libre circulation entre son territoire et celui du Niger, le Burkina Faso précise que les «itinéraires de transhumance» correspondent aux «zones fréquentées par les nomades à l'heure actuelle» (par. 55).

⁷⁹ *Ibid.*, par. 52.

⁸⁰ Réponse du Niger aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade, p. 8.

86. Despite not coinciding in their submissions as to the specific aspects of the tracing of the frontier line, Burkina Faso and Niger agree as to the assurance of freedom of movement of nomadic populations across their borders. Thus, in its additional comments to the responses given by Niger to the questions I put to both contending Parties at the close of the public sittings before the ICJ, on 17 October 2012, Burkina Faso ponders, *inter alia*, that

“it should be pointed out that both Parties agree that the rules in force and effectively applied between the two States allow for — and widely facilitate — cross-border transhumance. Niger describes this as a *modus vivendi* arrangement (. . .): whatever its precise significance, that expression does not give an accurate representation of the situation. As shown by Burkina Faso in its own reply⁸¹, and confirmed by the additional information given by Niger, the freedom of nomadic movement and transhumance is established (and supported) by an effective legal framework, which guarantees its continuity.”⁸²

XI. POPULATION AND TERRITORY TOGETHER: CONFORMATION OF A “SYSTEM OF SOLIDARITY”

87. All the aforementioned discloses that the two Parties, in response to my questions, have confirmed their understanding of the conformation of a régime of transhumance, described, by one of them, as a true “system of solidarity”. The ICJ now sees that people and territory go together (*infra*); the latter cannot make abstraction of the former, in particular in cases of such a cultural density as the present one. After all, since the time of its “founding fathers”, the law of nations (*jus gentium*) has born witness of the presence of solidarity in its *corpus juris*, as we shall see next.

1. *Transhumance and the “System of Solidarity”*

88. May I single out, at this stage, a passage of the responses of Burkina Faso to the questions that I put to both Parties at the end of the public sittings before this Court, on 17 October 2012; in dwelling upon the phenomenon of transhumance, Burkina Faso observes that

⁸¹ Burkina Faso’s Response to the Questions Put by Judge Cançado Trindade, paras. 17-52.

⁸² Written Comments of Burkina Faso on Niger’s Replies to the Questions Put by Judge Cançado Trindade at the End of the Public Sitting Held on 17 October 2013, doc. of 23 November 2012, para. 4.

86. Bien que présentant des conclusions divergentes quant aux aspects précis du tracé de la frontière, le Burkina Faso et le Niger conviennent tous deux de la nécessité de garantir la liberté de mouvement aux populations nomades vivant le long de leurs frontières. Dans ses observations complémentaires sur les réponses du Niger aux questions que j'ai posées aux Parties au terme des audiences, le 17 octobre 2012, le Burkina Faso livre, notamment, la considération suivante :

«il convient de constater que les deux Parties s'accordent pour considérer que les règles en vigueur et effectivement appliquées entre les deux Etats permettent — et facilitent largement — les mouvements de transhumance transfrontière. Le Niger qualifie cette situation de *modus vivendi*... ; quelle que soit sa signification précise, cette expression ne la décrit pas de manière exacte : comme le Burkina l'a montré dans sa propre réponse⁸¹ et comme les informations complémentaires données par le Niger le confirment, la liberté des mouvements nomades et de la transhumance est établie (ou encadrée) par un véritable ordre juridique qui en garantit la pérennité.»⁸²

XI. LA POPULATION ET LE TERRITOIRE CONSIDÉRÉS COMME UN TOUT : ÉTABLISSEMENT D'UN «SYSTÈME DE SOLIDARITÉ»

87. L'ensemble des éléments qui précèdent démontrent que les deux Parties, dans leurs réponses à mes questions, ont confirmé leur accord sur l'existence d'un régime de transhumance, que l'une d'elles décrit comme un réel «système de solidarité». La Cour considère aujourd'hui que les peuples et les territoires vont de pair (*infra*) ; l'on ne saurait envisager les uns en faisant abstraction des autres, notamment dans les affaires présentant une grande densité culturelle, comme celle qui nous occupe aujourd'hui. Après tout, depuis l'époque de ses «pères fondateurs», le droit des nations (*jus gentium*) témoigne de la présence de la notion de solidarité dans son *corpus juris*, comme nous le verrons ci-après.

1. La transhumance et le «système de solidarité»

88. Je me permettrai, à ce stade, de citer un passage des réponses du Burkina Faso aux questions que j'ai posées aux Parties au terme des audiences, le 17 octobre 2012, qui, à propos du phénomène de la transhumance, observe ce qui suit :

⁸¹ Réponse du Burkina Faso aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade, par. 17-52.

⁸² Observations écrites du Burkina Faso sur les réponses du Niger aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience tenue le 17 octobre 2012, document du 23 novembre 2012, par. 4.

“Transhumance is a traditional herding system based on longstanding routes and itineraries which are still in use today. The volume of movement varies in terms of both time and space, depending on the year and more particularly, periods of drought. (. . .)

Livestock are moved in search of pasture, watering points and salt licks. Those movements of livestock take no account of national frontiers. Livestock movements are dependent solely upon nature, natural resources and their capacity to feed their stock. (. . .)

The resources shared by herders are never appropriated by one community to the detriment of another. All depend on the rainfall and its vagaries; no one knows in advance when fodder resource conditions will fail. A system of solidarity, of *tontine* (mutual assistance) exists, where each welcomes the other when the conditions are better in his area, in the certainty of being welcomed in turn in other areas when nature is more favourable there.” (Paras. 57-59.)

After explaining that the radius of movement or displacement of the nomadic populations depends on “the richness of the pasture, watering points and salt licks, animal health conditions and commercial facilities”, it concludes on this matter that Burkina Faso and Niger are, “at the same time, and reciprocally, host and transit zones for livestock moving between the countries” (para. 65).

2. *People and Territory Together*

89. It is reassuring that, even a classic subject like territory, is seen today — even by the International Court of Justice — as going together with the population. In this respect, it should not pass unnoticed that, in its Order of Provisional Measures of Protection (of 18 July 2011) in the *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, the ICJ approached territory together with the (affected) population, and ordered — in an unprecedented way in its case law — the creation of a demilitarized zone in the surroundings of the aforementioned Temple (near the borderline between the two countries).

90. In my separate opinion appended thereto, I observed that such demilitarized zone seeks to protect not only the territory at issue, but also the segments of the populations that live thereon⁸³. Beyond the classic territorialist approach is the “human factor”; this paves the way, I proceeded, for protecting, by means of such provisional measures, the right to life of the members of the local populations as well as the spiritual

⁸³ As well as a set of monuments situated thereon (conforming the Temple) which nowadays integrate — by decision of UNESCO — the cultural and spiritual heritage of humankind (*I.C.J. Reports 2011 (II)*, pp. 588-598, paras. 66-95).

«La transhumance est un mode d'élevage traditionnel reposant sur des axes et itinéraires créés de longue date et qui perdurent de nos jours. Les amplitudes des mouvements varient dans le temps et dans l'espace selon les années et plus encore lors des périodes de crise alimentaire du bétail (sécheresse)...

La transhumance est organisée à la recherche de pâturages, de points d'eau et de cures salées. Elle ne tient pas compte des limites de frontières entre les Etats. Le territoire du transhumant n'obéit qu'à la nature, ses richesses naturelles et leurs capacités à bien nourrir le cheptel...

[C]es ressources partagées entre éleveurs ne sont jamais appropriées par une communauté au détriment d'une autre. Tous dépendant de la pluviométrie et de ses caprices, nul ne sait à l'avance quand manqueront les bonnes conditions pour nourrir le bétail. On est alors dans un système de solidarité, de tontine, où chacun accueille les autres quand les conditions sont meilleures chez lui, dans la certitude d'être accueilli à son tour chez les autres lorsque les faveurs de la nature leur sont plus favorables.» (Par. 57-59.)

Après avoir expliqué que le rayon de déplacement des populations nomades dépend de la «richesse en pâturages, points d'eau et cures salées, des conditions zoosanitaires et des facilités d'écoulement», il conclut sur ce point en affirmant que le Burkina Faso et le Niger sont «à la fois, et réciproquement, des zones d'accueil et de transit des transhumants venant de l'un ou de l'autre pays» (par. 65).

2. *Les peuples et le territoire pris comme un tout*

89. Il y a tout lieu de se réjouir qu'un sujet aussi classique que le territoire soit aujourd'hui considéré — même par la Cour internationale de Justice — comme allant de pair avec la population. Rappelons, à cet égard, que, dans l'affaire relative à la *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar* (présentée par le Cambodge contre la Thaïlande), la Cour a pris en compte le territoire sans le dissocier de la population (affectée), et a indiqué, de manière inédite dans sa jurisprudence, la création d'une zone démilitarisée dans les environs dudit temple (à proximité de la frontière entre les deux Etats).

90. Dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à cette ordonnance, j'observais qu'une telle zone démilitarisée visait à protéger non seulement le territoire en question, mais également les segments de population l'occupant⁸³. Au-delà de la conception traditionnelle exclusivement axée sur le territoire, il convient de prendre en considération le «facteur humain»; pareille démarche permet, poursuivais-je, de protéger, au moyen des

⁸³ Ainsi qu'un ensemble de monuments s'y trouvant (et formant le temple), qui font aujourd'hui partie, par décision de l'UNESCO, du patrimoine culturel et spirituel de l'humanité (*C.I.J. Recueil 2011 (II)*, p. 588-598, par. 66-95).

heritage of humankind (paras. 96-113). Underlying this jurisprudential construction, I added, is the *principle of humanity*, orienting the search for the improvement of the conditions of living of the *societas gentium* and the attainment and realization of the common good (paras. 114-115), in the framework of the new *jus gentium* of our times (para. 117).

91. In my aforementioned separate opinion, I further pondered that “the needs of protection of people comprise all their needs”, including their *modus vivendi*, their “right to live with dignity” (para. 102), and I added that

“Cultural and spiritual heritage appears more closely related to a *human context*, rather than to the traditional State-centric context; it appears to transcend the purely inter-State dimension, that the Court is used to. I have made this point also on other occasions, in the adjudication of distinct cases lodged with the Court. For example, two weeks ago, in the Court’s Order of 4 July 2011 in the case of the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)* (intervention of Greece), I sustained, in my separate opinion, that rights of States and rights of individuals evolve *pari passu* in contemporary *jus gentium* (*I.C.J. Reports 2011 (II)*), pp. 506-530, paras. 1-61), to a greater extent than one may *prima facie* realize or assume.

In any case, beyond the States are the human beings who organize themselves socially and compose them. The State is not, and has never been, conceived as an end in itself, but rather as a means to regulate and improve the living conditions of the *societas gentium*, keeping in mind the basic *principle of humanity*, amongst other fundamental principles of the law of nations, so as to achieve the *common good*. Beyond the States, the ultimate *titulaires* of the right to the safeguard and preservation of their cultural and spiritual heritage are the collectivities of human beings concerned, or else humankind as a whole.” (*I.C.J. Reports 2011 (II)*), p. 606, paras. 113-114.)

After all — I concluded — “[c]ultures, like human beings, are vulnerable, and need protection” in all their diversity, and such protection is “well in keeping with the *jus gentium* of our times” (*ibid.*, para. 117).

92. The ICJ’s 2011 decision in the case of the *Temple of Preah Vihear* is not the only example to this effect. Reference could further be made to a couple of other recent ICJ decisions acknowledging likewise the need to take into account people and territory together. For example, earlier on, in its Judgment (of 13 July 2009) on the *Dispute relating to Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, the ICJ upheld the customary right of fishing for subsistence (*Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 266, paras. 143-144) of the inhabitants of both margins of the River San Juan. Such fishing for subsistence was never objected to (by the respondent State). And, ultimately, those who fish for subsistence are not the States, but rather the human beings affected by poverty. The ICJ thus

mesures conservatoires, le droit à la vie des populations locales ainsi que le patrimoine spirituel mondial (par. 96-113). J'ajoutais encore que cet édifice jurisprudentiel repose sur le *principe d'humanité*, lequel anime la quête d'amélioration des conditions de vie de la *societas gentium* et de réalisation du bien commun (par. 114-115) dans le cadre du *jus gentium* contemporain (par. 117).

91. Dans l'opinion individuelle susmentionnée, je soulignais que, « par « besoins auxquels doit répondre la protection », [il convenait d'entendre] tous les besoins de la population », à commencer par son mode de vie et son « droit de *vivre* dans la dignité » (par. 102), et j'ajoutais :

« Le patrimoine culturel et spirituel relève d'une *dimension humaine* plutôt que de la dimension étatique traditionnelle, et paraît transcender la dimension purement interétatique à laquelle la Cour est habituée. Je l'ai déjà fait observer à d'autres occasions, dans le cadre d'affaires dont le règlement avait été confié à la Cour. Par exemple, au sujet de l'ordonnance rendue par la Cour il y a deux semaines, le 4 juillet 2011, en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* (intervention de la République hellénique), j'ai dit, dans mon opinion individuelle, que les droits des Etats et ceux des personnes évoluaient *de concert* dans le cadre du *jus gentium* moderne (*C.I.J. Recueil 2011 (II)*, p. 506-530, par. 1-61), bien davantage qu'on pourrait l'observer ou le supposer de prime abord.

En tout état de cause, au-delà des Etats se trouvent les êtres humains, qui s'organisent en société et forment l'Etat. Celui-ci n'est pas, et n'a jamais été, conçu comme une fin en soi, mais comme un moyen de régir et d'améliorer les conditions de vie de la *societas gentium*, en gardant à l'esprit le *principe d'humanité*, entre autres principes fondamentaux du droit des gens, de sorte à parvenir à la réalisation du *bien commun*. Au-delà des Etats, les titulaires ultimes du droit à la sauvegarde et à la préservation du patrimoine culturel et spirituel sont les collectivités humaines concernées, voire l'humanité tout entière. » (*C.I.J. Recueil 2011 (II)*, p. 606, par. 113-114.)

Après tout, concluais-je, « [l]es cultures, comme les êtres humains, sont vulnérables et doivent être protégées » dans toute leur diversité, protection « parfaitement en accord avec le *jus gentium* contemporain » (*ibid.*, par. 117).

92. La décision rendue en 2011 par la Cour dans l'affaire relative à la *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear* n'est pas le seul exemple à cet égard, et l'on pourrait, de fait, mentionner une ou deux autres décisions récentes par lesquelles la Cour a, de la même manière, reconnu la nécessité de prendre en compte les peuples et le territoire de manière indissociable. Ainsi, dans son arrêt du 13 juillet 2009 en l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Cour avait confirmé l'existence d'un droit coutumier de pratiquer la pêche à des fins de subsistance (*C.I.J. Recueil 2009*, p. 266, par. 143-144) en faveur des habitants des deux rives du fleuve San Juan, l'Etat défendeur n'ayant formulé

turned its attention, beyond strictly territorial inter-State outlook, also towards the affected segments of the local populations concerned. This was reassuring, bearing in mind, in historical perspective, that States exist for human beings, and not *vice versa*.

93. Shortly afterwards, in its Judgment (of 20 April 2010) in the case concerning the *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, the ICJ, in examining the arguments and evidence produced by the parties (on the environmental protection in the River Uruguay), took into account aspects pertaining to the affected local populations, and the consultation to these latter. I drew attention to this point in my separate opinion (*I.C.J. Reports 2010 (I)*), pp. 192-207, paras. 153-190), wherein I pondered that, once again, it was necessary to go beyond the purely territorial inter-State dimension, and to take in due account the imperatives of human health and the well-being of the peoples concerned, the role of civil society in environmental protection⁸⁴, as well as the emergence of the obligations of objective character (beyond reciprocity) in environmental protection, to the benefit of present and future generations.

94. In the present case of the *Frontier Dispute* between Burkina Faso and Niger, the Court has taken yet another step in the right direction, to the same effect of caring about the fulfilment of the needs of the populations concerned, in pointing out, in paragraph 112 of the Judgment just delivered today, that

“Having determined the course of the frontier between the two countries (. . .), as the Parties requested of it, the Court expresses its wish that each Party, in exercising its authority over the portion of the territory under its sovereignty, should have due regard to the needs of the populations concerned, in particular those of the nomadic or semi-nomadic populations, and to the necessity to overcome difficulties that may arise for them because of the frontier. The Court notes the co-operation that has already been established on a regional and bilateral basis between the Parties in this regard, in particular

⁸⁴ In that same separate opinion, I deemed it fit to recall that, before that case had become an inter-State dispute by the end of 2003, in its origins was the initiative, two years earlier (end of 2001), of an Argentinean non-governmental organization (NGO), of expressing its preoccupation to an international entity (CARU), with a subject of considerable public interest (the alleged environmental risks), affecting the local populations. Subsequently, several NGOs (both Argentinean and Uruguayan) manifested themselves in this respect. This disclosed the artificiality of a simply inter-State outlook when one is faced with challenges of public or general interest (such as those pertaining to environmental protection).

aucune objection à l'égard de cette pêche de subsistance. Et, après tout, ceux qui pêchent pour vivre ne sont pas des Etats, ce sont des êtres humains frappés par la pauvreté. La Cour a donc, dans cette affaire, dépassé la dimension interétatique strictement axée sur le territoire pour s'intéresser également aux segments affectés des populations locales concernées. Il y a tout lieu de s'en féliciter, si l'on considère que, d'un point de vue historique, l'Etat est au service des êtres humains, et non l'inverse.

93. Dans son arrêt rendu peu de temps après (le 20 avril 2010) dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, la Cour, examinant les arguments et éléments de preuve présentés par les Parties (sur la protection de l'environnement du fleuve Uruguay), a pris en considération des aspects concernant les populations locales touchées ainsi que la consultation entreprise auprès d'elles. J'ai appelé l'attention sur ce point dans mon opinion individuelle (*C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 192-207, par. 153-190), en soulignant que, une fois encore, il était nécessaire de dépasser la dimension interétatique focalisée sur le territoire et de prendre dûment en compte les impératifs de la santé humaine et du bien-être des peuples concernés, le rôle de la société civile dans la protection de l'environnement⁸⁴, ainsi que l'émergence d'obligations à caractère objectif (au-delà de la réciprocité) en matière de protection de l'environnement, dans l'intérêt des générations présentes et futures.

94. Dans la présente affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, la Cour a franchi un nouveau pas en direction de la prise en considération des besoins des populations concernées, en soulignant, au paragraphe 112 de l'arrêt rendu ce jour :

«Ayant procédé à la détermination du tracé de la frontière entre les deux pays ..., comme les Parties le lui ont demandé, la Cour exprime le souhait que chaque Partie, en exerçant son autorité sur le territoire qui relève de sa souveraineté, tienne dûment compte des besoins des populations concernées, en particulier des populations nomades ou semi-nomades, et de la nécessité de surmonter les difficultés qui pourraient surgir pour ces populations du fait de la frontière. La Cour prend note de la coopération sur une base régionale et bilatérale qui s'est déjà instaurée entre les Parties à ce propos, notam-

⁸⁴ Dans cette même opinion individuelle, j'ai estimé utile de rappeler que cette affaire, avant de devenir un litige interétatique à la fin de 2003, avait pour origine une initiative menée deux ans auparavant (à la fin de 2001) par une organisation non gouvernementale (ONG) argentine qui s'était inquiétée, auprès d'une instance internationale (CARU), d'un problème d'intérêt public considérable (les risques supposés pour l'environnement) affectant les populations locales. Par la suite, différentes ONG (argentines et uruguayennes) étaient intervenues sur cette question. Avait ainsi été mis en lumière le caractère artificiel d'une démarche strictement interétatique lorsque se trouvent en présence des questions d'intérêt public ou général (comme celles touchant à la protection de l'environnement).

under Chapter III of the 1987 Protocol of Agreement, and encourages them to develop it further.”

3. *Solidarity in the Jus Gentium*

95. Working in a hectic and short-sighted *milieu* of *droit d'étatistes*, who can only behold State sovereignty (without knowing what it exactly means), I feel that some words of caution and serenity are here called for, in the light of the circumstances and lessons of the *cas d'espèce*. In historical perspective, may I recall herein that the “founding fathers” of the law of nations (in the sixteenth and seventeenth centuries) propounded a universalist outlook (encompassing *totus orbis*), in a world marked by diversification (of peoples and cultures) and by pluralism (of ideas and cosmovisions), seeking thereby to secure the unity of the *societas gentium*.

96. The *jus gentium* they conceived was for everyone, all peoples, individuals and groups of individuals, as well as States (then, only then, emerging), all “fractions” of humankind⁸⁵. They endeavoured to pave the way for the prevalence of a true *jus necessarium*, transcending the traditional limitations of the *jus voluntarium*. The gradual and felicitous encounter of scholastic knowledge with humanism propitiated further perennial insights. This is, in my perception, an appropriate moment to rescue herein a couple of them.

97. Thus, one of the most learned of the “founding fathers” of the law of nations (*droit des gens*), Francisco Suárez, in Book II (on “The Eternal Law, the Natural Law, and the *Jus Gentium*”) of his masterful *De Legibus, Ac Deo Legislatore* (1612), in upholding the unity of the human kind (wherefrom *jus gentium* emanates), singled out the “natural precept” (*praeceptum naturale*) of mutual “affection and mercy” [solidarity] (*mutui amoris et misericordiae*)⁸⁶, applying to everyone. There was awareness of sociability and mutual interdependence as limits to State sovereignty, to the benefit of the populations concerned, who stood in need of each other and could hardly live (or survive) in an isolated way.

98. “Natural precepts” of the kind found expression by the force of “natural reflection”, under the “pressure of necessity”, rather than as a

⁸⁵ A. A. Cançado Trindade, “*Totus Orbis: A Visão Universalista e Pluralista do Jus Gentium: Sentido e Atualidade da Obra de Francisco de Vitoria*”, 24 *Revista da Academia Brasileira de Letras Juridicas* — Rio de Janeiro (2008), No. 32, pp. 197-212; Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez — Contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939, pp. 169-170; A. Truyol y Serra, “La conception de la paix chez Vitoria et les classiques espagnols du droit des gens”, in: A. Truyol y Serra and P. Foriers, *La conception et l'organisation de la paix chez Vitoria et Grotius*, Paris, Libr. Philos. J. Vrin, 1987, pp. 243, 257, 260 and 263; A. Gómez Robledo, “Fundadores del Derecho Internacional — Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio”, *Obras — Derecho*, Vol. 9, Mexico, Colegio Nacional, 2001, pp. 434-442, 451-452, 473, 481, 493-499, 511-515 and 557-563.

⁸⁶ Chapter XIX, para. 9; and cf. Chapter XX, paras. 2-3.

ment en vertu du chapitre III du protocole d'accord de 1987, et les encourage à la développer ultérieurement.»

3. *La solidarité dans le jus gentium*

95. Evoluant dans un milieu agité et peu clairvoyant d'étatistes aveuglés par la notion de souveraineté des États (sans savoir exactement de quoi il retourne), je pense qu'une attitude de prudence et de sérénité s'impose ici, au vu des circonstances et des enseignements de l'affaire. Je rappellerai, d'un point de vue historique, que les «pères fondateurs» du droit des gens (aux XVI^e et XVII^e siècles) préconisaient une démarche universaliste (englobant l'ensemble du genre humain) dans un monde marqué par la diversification (des peuples et des cultures) et le pluralisme (des idées et des visions du monde), cherchant ainsi à garantir l'unité de la *societas gentium*.

96. Le *jus gentium* a été conçu pour tous — les peuples, les individus et les groupes d'individus, ainsi que les États (qui n'en étaient alors qu'à leurs premiers balbutiements) —, autrement dit, pour toutes les «fractions» du genre humain⁸⁵. Ses pères fondateurs se sont efforcés d'ouvrir la voie à la primauté d'un véritable *jus necessarium* transcendant les limites traditionnelles du *jus voluntarium*. La rencontre progressive et heureuse entre le savoir scolastique et l'humanisme a donné naissance à de nouvelles réflexions appelées à un long avenir. Le moment me semble opportun pour revenir sur certaines d'entre elles.

97. Ainsi, dans le livre II («La loi éternelle, la loi naturelle et le droit des gens») de son ouvrage magistral *De legibus, ac Deo legislatore* («Des lois et du Dieu législateur», 1612), Francisco Suárez, l'un des plus éminents «pères fondateurs» du droit des nations (ou droit des gens), réaffirmant l'unité du genre humain (dont émane le *jus gentium*), s'est notamment arrêté sur le «précepte naturel» (*praeceptum naturale*) de la «fraternité et [d']aide étendue à tous [soit, la solidarité]» (*mutui amoris et misericordiae*)⁸⁶, qui s'applique à tous. La sociabilité et l'interdépendance se sont, selon lui, imposées comme autant de limites à la souveraineté des États, et ce, dans l'intérêt des populations concernées, qui avaient besoin les unes des autres et pouvaient difficilement vivre (ou survivre) de manière isolée.

98. Les «préceptes naturels» de ce type ont pu s'exprimer sous l'effet d'une «réflexion naturelle» menée «par nécessité», et non du fait d'une

⁸⁵ A. A. Cançado Trindade, «*Totus Orbis: A Visão Universalista e Pluralista do Jus Gentium: Sentido e Atualidade da Obra de Francisco de Vitoria*», *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, vol. 24 (2008), n° 32, Rio de Janeiro, p. 197-212; Association internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez — Contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939, p. 169-170; A. Truyol y Serra, «La conception de la paix chez Vitoria et les classiques espagnols du droit des gens», dans A. Truyol y Serra et P. Foriers, *La conception et l'organisation de la paix chez Vitoria et Grotius*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1987, p. 243, 257, 260 et 263; A. Gómez Robledo, «Fundadores del Derecho Internacional — Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio», *Obras — Derecho*, vol. 9 (2001), Mexico, Colegio Nacional, p. 434-442, 451-452, 473, 481, 493-499, 511-515 et 557-563.

⁸⁶ Chap. XIX, par. 9; voir également chap. XX, par. 2-3.

result of “deliberate will”. After all, in the *jus gentium*, reason stands above the will. The foundation of law lies in the *recta ratio* (evoking Cicero’s *De Legibus*, 52-43 BC), and solidarity and mutual interdependence are always present in the regulation of the relations among the members of the universal *societas*. In the words of F. Suárez himself,

“equity and justice must be observed in the precepts of the *jus gentium*. For such observance is included in the essential character of every true law (. . .); and the rules pertaining to the *jus gentium* are indeed true law (. . .); it is impossible that these precepts of the *jus gentium* should be contrary to natural equity.”⁸⁷

In sum, solidarity has always had a place in the *jus gentium*, in the law of nations. And the circumstances of the *cas d’espèce* before the ICJ between Burkina Faso and Niger bear witness of that today, in so far as their nomadic and semi-nomadic (local) populations are concerned.

XII. CONCLUDING OBSERVATIONS

99. The basic lesson I extract from the present case of the *Frontier Dispute* between Burkina Faso and Niger is that — as the present Judgment of the ICJ shows — it is perfectly warranted and viable to determine a frontier line keeping in mind the needs of the local populations. In the *cas d’espèce*, the contending Parties themselves, disclosing a commendable spirit of procedural co-operation, have provided the Court with the elements needed for its determination, taking into account people and territory together. Both Burkina Faso and Niger have expressed their common concern with the local populations (on both sides of their border and constantly moving across it) in their arguments before the Court in the written and oral phases of the proceedings. They have expressed their common concern with the villages in the region, focusing on territory and their inhabitants together.

100. Both Niger and Burkina Faso have referred to provisions of treaties, as well as *communiqués*, after independence in 1960, likewise giving expression to their common concern with the local populations. Significantly, they have jointly admitted that they are bound by their pledge to co-operate in respect of local populations, as expressed in multilateral African *fora* as well as at bilateral level, in respect of the régime of transhumance. They have made it clear that this latter amounts to a “system of solidarity”, to be pursued, encompassing people and territory together.

101. The Court, for its part, has rightly expressed its wish that each Party kept its attention to “the needs of the populations concerned, in

⁸⁷ F. Suárez, *Selections from Three Works — De Legibus, Ac Deo Legislatore* (1612), Vol. II, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford, 1944, p. 352.

«volonté délibérée». Après tout, dans le *jus gentium*, la raison prend le pas sur la volonté. Le droit trouve ses fondements dans la *recta ratio* (qui renvoie au *De legibus* de Cicéron, 52-43 av. J.-C.), ou «droite raison», et les notions de solidarité et d'interdépendance sont systématiquement présentes dans la réglementation des relations entre les membres de la société universelle. Selon les termes de F. Suárez lui-même,

«dans les préceptes du droit des gens, il faut respecter les exigences de l'équité et de la justice. En effet, cette observation constitue la raison de toute loi ... et les lois qui font partie du droit des gens sont de véritables lois ... ; il en découle qu'il est impossible que ces préceptes du droit des gens soient contraires à l'équité naturelle.»⁸⁷

En résumé, la solidarité a toujours eu sa place dans le *jus gentium*, dans le droit des nations, ce dont témoignent d'ailleurs les circonstances du présent différend entre le Burkina Faso et le Niger, pour ce qui concerne leurs populations nomades et semi-nomades (locales).

XII. OBSERVATIONS FINALES

99. L'enseignement élémentaire que je tire de la présente affaire du *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et le Niger est que, comme le montre l'arrêt rendu ce jour par la Cour, il est parfaitement justifié et possible de déterminer le tracé d'une frontière en prenant en considération les besoins des populations locales. En l'espèce, les Parties elles-mêmes, faisant preuve d'un esprit louable de coopération procédurale, ont fourni à la Cour les éléments requis pour lui permettre de se prononcer, en appréhendant les peuples et le territoire de manière indissociable. Le Burkina Faso et le Niger ont tous deux exprimé leur préoccupation commune à l'égard des populations locales (qui vivent de part et d'autre de la frontière et la traversent constamment) dans les écritures et plaidoiries qu'ils ont présentées devant la Cour au fil de la procédure. Ils ont manifesté un intérêt commun à l'égard des villages de la région, en considérant le territoire et leurs habitants comme un tout.

100. Les deux Parties ont invoqué des dispositions conventionnelles ainsi que des communiqués, postérieurs à leur accession à l'indépendance en 1960, exprimant également leur préoccupation commune pour les populations locales. Il convient de relever, en particulier, qu'elles ont toutes deux admis être liées par leur engagement de coopérer dans l'intérêt des populations locales, engagement qu'elles ont exprimé dans le cadre d'instances multilatérales africaines et au niveau bilatéral, concernant le régime de la transhumance. Elles ont indiqué que ce régime constituait un «système de solidarité» qu'il convenait de faire perdurer, et qui englobait les peuples et le territoire.

101. La Cour a, pour sa part, exprimé à juste titre le souhait que chaque Partie demeure attentive aux «besoins des populations concernées, en parti-

⁸⁷ F. Suárez, *Des lois et du Dieu législateur*, introduction, traduction et notes par Jean-Paul Coujou, Paris, Dalloz, 2003, p. 632-633.

particular those of the nomadic or semi-nomadic populations, and to the necessity to overcome difficulties that may arise for them because of the frontier” (para. 112). Moreover, as to the River Sirba in the area of Bossébangou, the Court has pointed out 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). The ICJ has thus indicated, in the Judgment that it has just adopted today on the *Frontier Dispute* between Burkina Faso and Niger, that the age of resolving territorial disputes in the abstract, not taking into account the needs of local populations, is fortunately over.

102. The ghost of the outcome of the Berlin Conference (1885 onwards)⁸⁸ has at last vanished, and is no longer haunting Africa, with its secular cultures. The complexities of African boundary problems⁸⁹ cannot be reduced to the tracing simply of “artificial” straight lines everywhere. In the present case of the *Frontier Dispute* between Burkina Faso and Niger, the ICJ has found that, in the area between the Tao astronomical marker and Bossébangou, the IGN line was the one which constitutes the course of their frontier. The IGN line in that area is indeed the appropriate frontier line therein, for all the reasons that I have pointed out in the present separate opinion, from the perspective of the relations between people and territory.

103. The ICJ could have examined such relations to a far greater depth, had it dwelt upon — as I think it should have done — more attentively, the wealth of information on this matter (a *dossier* of 140 pages) transmitted to it by the Parties in response to the questions I deemed it fit to put to them at the end of the public sittings before the Court, on 17 October 2012. In any case (keeping in mind that the *optimum* is enemy of the *bonum*), the Court has moved a significant step ahead, in expressly acknowledging that territorial problems, such as the one raised in the *cas d’espèce*, are to be properly tackled taking into account the fulfilment of the needs of the local (nomadic, semi-nomadic and sedentary) populations.

104. Law cannot be applied mechanically; the unending work of jurists and magistrates appears to me — paraphrasing Isaiah Berlin⁹⁰ — like swimming against the current, and consideration of frontiers cannot

⁸⁸ Cf. N. J. Udombana, “The Ghost of Berlin Still Haunts Africa! The ICJ Judgment on the Land and Maritime Boundary Dispute between Cameroon and Nigeria”, 10 *African Yearbook of International Law* (2003), pp. 13-61. The Berlin Conference itself lasted from 15 November 1884 to 26 February 1885.

⁸⁹ Cf., *inter alia*, e.g., S. Tägil, “The Study of Boundaries and Boundary Disputes”, in C. G. Widstrand (ed.), *African Boundary Problems*, Uppsala, Scandinavian Institute of African Studies, 1969, pp. 22-32; A. Allott, “Boundaries and the Law in Africa”, in *ibid.*, pp. 9-21; A. C. McEwen, *International Boundaries of East Africa*, Oxford, Clarendon Press, 1971, pp. 21-27 and 285-290; and cf. the well-known monograph (of 1962) of the agronomic engineer René Dumont, *L’Afrique noire est mal partie*, Paris, Seuil, 2012 [reed.], pp. 7-264; among others.

⁹⁰ I. Berlin, *Against the Current — Essays in the History of Ideas*, N.Y., Viking Press, 1980 [reed.], pp. 1-355.

culier des populations nomades ou semi-nomades, et [à] la nécessité de surmonter les difficultés qui pourraient surgir pour ces populations du fait de la frontière» (par. 112). Par ailleurs, concernant la rivière Sirba, dans la région de Bossébangou, la Cour a relevé 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). Ainsi, dans l'arrêt adopté ce jour sur le *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et le Niger, la Cour a montré que le temps où les différends territoriaux étaient résolus dans l'abstrait, sans prendre en compte les besoins des populations locales, était heureusement révolu.

102. Les résultats de la conférence de Berlin (qui prévalaient depuis 1885)⁸⁸ ont enfin cessé de nous hanter, notamment dans le contexte de l'Afrique et de ses cultures séculaires. L'on ne saurait surmonter les difficultés liées aux différends frontaliers africains⁸⁹ en se contentant de tracer systématiquement des lignes droites «artificielles». En la présente affaire du *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et le Niger, la Cour a estimé que, dans la zone comprise entre la borne astronomique de Tao et Bossébangou, la ligne figurant sur la carte IGN représentait le tracé de la frontière entre les Parties. Dans cette zone, la ligne IGN est, de fait, celle qu'il y a lieu de retenir, pour toutes les raisons que j'ai évoquées dans la présente opinion individuelle, du point de vue de la relation entre les peuples et le territoire.

103. La Cour aurait pu examiner cette relation de manière bien plus approfondie, si elle s'était penchée plus attentivement — comme elle aurait dû le faire à mon sens — sur la multitude d'informations (un dossier de 140 pages) communiquées sur ce point par les Parties en réponse aux questions que j'ai cru devoir leur poser au terme de l'audience du 17 octobre 2012. En tout état de cause (car il ne faut pas oublier que le mieux est l'ennemi du bien), la Cour a accompli un pas important en reconnaissant expressément que les différends territoriaux tels que celui qui était en cause ici doivent être réglés en prenant en considération les besoins des populations (nomades, semi-nomades et sédentaires) locales.

104. Le droit ne peut pas être appliqué mécaniquement; le travail sans fin que mènent juristes et magistrats revient, me semble-t-il — et je me permets ici de paraphraser Isaiah Berlin⁹⁰ —, à nager à contre-courant, et

⁸⁸ Voir N. J. Udombana, «The Ghost of Berlin Still Haunts Africa! The ICJ Judgment on the Land and Maritime Boundary Dispute between Cameroon and Nigeria», *African Yearbook of International Law*, vol. 10 (2003), p. 13-61. La conférence proprement dite s'est tenue du 15 novembre 1884 au 26 février 1885.

⁸⁹ Voir notamment S. Tägil, «The Study of Boundaries and Boundary Disputes», dans C. G. Widstrand (dir. publ.), *African Boundary Problems*, Uppsala, Scandinavian Institute of African Studies, 1969, p. 22-32; A. Allott, «Boundaries and the Law in Africa», dans *ibid.*, p. 9-21; A. C. McEwen, *International Boundaries of East Africa*, Oxford, Clarendon Press, 1971, p. 21-27 et 285-290; et voir la monographie (de 1962) bien connue de l'ingénieur agronome René Dumont, *L'Afrique noire est mal partie*, Paris, Seuil, 2012 (rééd.), p. 7-264, et d'autres ouvrages.

⁹⁰ I. Berlin, *Against the Current — Essays in the History of Ideas*, New York, Viking Press, 1980 (rééd.), p. 1-355.

ignore or overlook the human factor. After all, in historical or temporal perspective, nomadic and semi-nomadic, as well as sedentary, populations have largely antedated the emergence of States in classic *jus gentium*. This latter, the law of nations (*droit des gens*), cannot be reduced to the inter-State cosmos of the *plaidours* of the great-small world of the Peace Palace here at The Hague and of the legal profession “specialized” on inter-State litigation and its idiosyncrasies.

105. The fact remains that States, in turn, are not perennial entities, not even in the history of the law of nations. States were conceived, and gradually took shape, in order to take care of human beings under their respective jurisdictions, and to strive towards the common good. States have human ends. Well beyond State sovereignty, the basic lesson to be extracted from the present case is, in my perception, focused on human solidarity, *pari passu* with the needed juridical security of frontiers. This is in line with sociability, emanating from the *recta ratio* in the foundation of *jus gentium*. *Recta ratio* marked presence in the thinking of the “founding fathers” of the law of nations, and keeps on echoing in human conscience in our days.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

l'on ne saurait envisager les frontières en ignorant ou en sous-estimant le facteur humain. Après tout, d'un point de vue historique ou temporel, les populations nomades et semi-nomades, comme les populations sédentaires, ont largement devancé l'émergence des Etats dans le *jus gentium* classique. Ce droit des nations (ou droit des gens) ne se réduit pas au cosmos interétatique des plaideurs du formidable petit monde du Palais de la Paix de La Haye, et des juristes «spécialistes» du contentieux interétatique et de ses particularités.

105. Il reste que les Etats ne sont pas des entités pérennes, pas même dans l'histoire du droit des nations. Les Etats ont été conçus, et ont pris forme, progressivement, dans le but de prendre soin des êtres humains relevant de leurs juridictions respectives et de parvenir à réaliser le bien commun. Ils ont des finalités humaines. Bien au-delà de la souveraineté de l'Etat, l'enseignement fondamental qui peut être retiré de la présente affaire touche, selon moi, à la solidarité humaine et, parallèlement, à la nécessaire sécurité juridique des frontières. Ces notions sont dans le droit-fil de la sociabilité découlant de la *recta ratio* qui constitue le fondement du *jus gentium*. Cette «droite raison» était particulièrement présente dans l'esprit des «pères fondateurs» du droit des nations, et continue à résonner aujourd'hui dans la conscience humaine.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.
