

DECLARATION OF JUDGE *AD HOC* DUGARD

1. I have voted in favour of the Order and fully support the measures contained in the Order. There is, however, one issue that was not dealt with in the Order, which I believe should have received attention. This is the question of Costa Rica's access to the disputed territory by means of the San Juan River to enable it to take appropriate measures relating to the two new *caños* if, after consultation with the Secretariat of the Ramsar Convention, and after giving notice to Nicaragua, it considers it necessary to take such measures to prevent irreparable prejudice to the environment of the disputed territory. In my view this matter should have been addressed as it is clear that there is no agreement between the Parties on this subject and without proper regulation it could lead to conflict.

2. In the proceedings Nicaragua made it clear that it regards the San Juan River as being subject to its absolute sovereignty and jurisdiction except for the right that Costa Rica enjoys to navigate it for the "purposes of commerce" in terms of the Treaty of Limits of 1858. Relying on the decision of the Court in the *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (*Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 213), Nicaragua declared that it would not allow Costa Rica access to the San Juan River in order to carry out remediation work on the two *caños* in the disputed territory. At the same time it argued that the Court could not order provisional measures permitting Costa Rica to navigate on the San Juan River in order to gain access to the disputed territory on the grounds that this would impugn the territorial sovereignty of Nicaragua over the San Juan River.

3. Costa Rica, on the other hand, argued that the only way of reaching the disputed territory in order to carry out remediation work was by means of the San Juan River. It maintained that the terrain made it practically impossible to reach the two new *caños* by land or helicopter. Costa Rica argued that navigation on the San Juan River for the purpose of gaining access to the new *caños* would not prejudice the positions of the Parties *pendente lite* and pose no problem for Nicaragua.

4. In these circumstances I believe that the Court should in its Order have regulated Costa Rica's access to the two new *caños* in the disputed territory, if necessary by making provision for it to use the San Juan River. Instead provisional measure 2 (E) allows Costa Rica to "take appropriate measures related to the new *caños*, to the extent necessary to prevent irreparable prejudice to the environment of the disputed territory" without any indication as to how this may be done. The only limitation imposed on Costa Rica in taking these measures is that it "shall avoid

DÉCLARATION DE M. LE JUGE *AD HOC* DUGARD

[Traduction]

1. J'ai voté en faveur de l'ordonnance et approuve sans réserve les mesures y indiquées. Il est toutefois une question qui n'y a pas été traitée et qui, selon moi, méritait une certaine attention. Il s'agit de la question de savoir si le Costa Rica peut emprunter le fleuve San Juan pour se rendre dans le territoire litigieux en vue de prendre des mesures appropriées à l'égard des deux nouveaux *caños* dans l'éventualité où, après avoir consulté le Secrétariat de la convention de Ramsar et préalablement informé le Nicaragua, il estimerait que de telles mesures sont nécessaires pour empêcher qu'un préjudice irréparable ne soit causé à l'environnement du territoire en question. De mon point de vue, cette question aurait dû être examinée puisque, de toute évidence, elle oppose les Parties et que, en l'absence d'un cadre approprié, elle risque de donner lieu à conflit.

2. Au cours de la procédure, le Nicaragua a clairement fait savoir qu'il considérait le fleuve San Juan comme relevant de sa souveraineté et de sa juridiction pleines et entières, le Costa Rica n'ayant le droit d'y naviguer qu'aux « fins de commerce » visées dans le traité de limites de 1858. Invoquant la décision de la Cour en l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* (arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 213), il a déclaré qu'il ne permettrait pas au Costa Rica d'emprunter le San Juan pour aller réaliser des travaux de remise en état sur les deux *caños* situés dans le territoire litigieux. Il a également soutenu que la Cour ne pouvait indiquer de mesures conservatoires permettant au Costa Rica de naviguer sur le San Juan pour gagner le territoire litigieux, au motif qu'une telle mesure porterait atteinte à sa souveraineté territoriale sur ce fleuve.

3. Le Costa Rica, en revanche, a affirmé que le fleuve San Juan constituait pour lui la seule voie d'accès au territoire litigieux pour y réaliser des travaux de remise en état. Il a fait valoir que la nature du terrain rendait les deux nouveaux *caños* quasiment inaccessibles par voie terrestre ou par hélicoptère, et que lui permettre de naviguer sur le fleuve pour accéder aux nouveaux *caños* ne préjugerait en rien des positions des Parties *pendente lite* ni ne constituerait un problème pour le Nicaragua.

4. Dans ces circonstances, il me semble que la Cour aurait dû préciser dans son ordonnance les conditions d'accès du Costa Rica aux deux nouveaux *caños* situés dans le territoire litigieux, en l'autorisant si nécessaire à emprunter le San Juan. Or, dans le cadre de la mesure conservatoire prescrite au point 2 E), elle s'est bornée à permettre au Costa Rica de « prendre des mesures appropriées au sujet des deux nouveaux *caños*, dès lors que de telles mesures seront nécessaires pour empêcher qu'un préjudice irréparable soit causé à l'environnement du territoire litigieux », sans

any adverse effects on the San Juan River”. In effect this leaves it open to Costa Rica to access the new *caños* in the disputed territory by sea, land, air or river.

5. The uncertainty relating to access to the two new *caños* is aggravated by the fact that it is not clear that the decision of the Court in the *Dispute regarding Navigational Rights (I.C.J. Reports 2009*, p. 213) imposes an absolute prohibition on Costa Rica’s right to navigate the San Juan River for purposes other than commerce. There is language in the decision which suggests that the protection of the environment should be considered in interpreting the legal régime to govern navigation on the San Juan River and that Nicaragua should not regulate navigation in an unreasonable manner. The Court makes it clear that the protection of the environment is a “legitimate purpose” to consider in regulating traffic on the San Juan River (*ibid.*, p. 250, paras. 88-89; p. 261, para. 127). Moreover, it stated that the power of Nicaragua to regulate the exercise by Costa Rica of its right to freedom of navigation under the 1858 Treaty of Limits “is not unlimited, being tempered by the rights and obligations of the Parties” (*ibid.*, p. 249, para. 87) and that any such regulation “must not be unreasonable, which means that its negative impact on the exercise of the right in question must not be manifestly excessive when measured against the protection afforded to the purpose invoked” (*ibid.*, pp. 249-250, para. 87 (5)). It may therefore be persuasively argued that it would be unreasonable for Nicaragua to prevent Costa Rica from using the San Juan River to gain access to the new *caños* to carry out remediation work on the grounds that the protection of the environment is a “legitimate purpose” for regulating traffic on the river. The legitimacy of such a purpose and the reasonableness of such action might be seen to be a necessary consequence of the illegality of Nicaragua’s construction of two new *caños* in an environmentally protected area.

6. In these circumstances it might have been wise for the Court to have ordered that Nicaragua should not obstruct Costa Rica’s free access to the two new *caños* by means of the San Juan River, along the lines of its Order by way of provisional measures to Thailand not to obstruct the free access of Cambodians to the Temple of Preah Vihear (*Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I.C.J. Reports 2011 (II)*, p. 555, para. 69 (2)).

7. The subject of how Costa Rica is to gain access to the disputed territory if it considers it necessary to take appropriate measures to prevent irreparable prejudice to the environment as a result of the construction of the two new *caños* remains unsettled. The fact that Costa Rica is required

préciser en rien la manière de procéder. La seule limitation imposée au Costa Rica à cet égard est qu'il devra «évite[r] de porter atteinte de quelque façon que ce soit au fleuve San Juan», ce qui revient à laisser le Costa Rica libre de gagner les nouveaux *caños* situés dans le territoire litigieux par voie maritime, terrestre, aérienne ou fluviale.

5. L'incertitude entourant l'accès aux deux nouveaux *caños* est aggravée par celle qui subsiste quant au point de savoir si la décision rendue par la Cour en l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (C.I.J. Recueil 2009, p. 213) proscribit catégoriquement toute navigation du Costa Rica sur le San Juan à des fins autres que de commerce. Certains passages de cette décision semblent indiquer que la protection de l'environnement doit être prise en considération dans l'interprétation du régime juridique appelé à régir la navigation sur le San Juan, et que le Nicaragua doit s'abstenir d'adopter des mesures de réglementation déraisonnables en matière de navigation. La Cour y indique clairement que la protection de l'environnement constitue un «but légitime» à prendre en compte lors de la réglementation de la circulation sur le fleuve (*ibid.*, p. 250, par. 88-89, et p. 261, par. 127). Elle précise en outre que le pouvoir du Nicaragua de réglementer l'exercice, par le Costa Rica, du droit de libre navigation que celui-ci tient du traité de limites de 1858 «n'est pas illimité, puisqu'il est subordonné aux droits et obligations des Parties» (*ibid.*, p. 249, par. 87) et que toute mesure de réglementation ainsi prise «ne doit pas être déraisonnable, ce qui signifie que son incidence négative sur l'exercice du droit en question ne doit pas être manifestement excessive par rapport au bénéfice qu'elle présente pour atteindre le but recherché» (*ibid.*, p. 249-250, par. 87, point 5). Rien ne s'oppose donc à la conclusion qu'il serait déraisonnable, de la part du Nicaragua, d'empêcher le Costa Rica d'emprunter le fleuve San Juan pour aller réaliser des travaux de remise en état sur les nouveaux *caños*, la protection de l'environnement constituant bien un «but légitime» aux fins de la réglementation de la navigation sur le fleuve. Le caractère à la fois légitime de ce but et raisonnable de cette approche constituerait ainsi une conséquence nécessaire de la construction illicite, par le Nicaragua, de deux nouveaux *caños* dans une zone dont l'environnement est protégé.

6. Dans ces circonstances, la Cour eût peut-être été bien inspirée d'ordonner au Nicaragua de ne pas faire obstacle au libre accès du Costa Rica aux deux nouveaux *caños* via le fleuve San Juan, en reprenant les termes de son ordonnance prescrivant à la Thaïlande, à titre de mesure conservatoire, de ne pas faire obstacle au libre accès du Cambodge au temple de Préah Vihéar (*Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar* (Cambodge c. Thaïlande) (*Cambodge c. Thaïlande*), mesures conservatoires, ordonnance du 18 juillet 2011, C.I.J. Recueil 2011 (II), p. 555, par. 69, point 2).

7. Se pose donc toujours la question de savoir comment le Costa Rica est censé se rendre dans le territoire litigieux s'il estime nécessaire de prendre des mesures appropriées pour empêcher qu'un préjudice irréparable ne soit causé à l'environnement du fait de la construction des deux

to give prior notice of its intention relating to the taking of any such measures to Nicaragua provides some assurance that this process will be conducted peacefully. This is, however, a matter for the exercise of restraint on the part of both Parties. Both Nicaragua and Costa Rica attach great importance to the protection of the environment of the disputed territory. This should be the guiding and paramount interest on the part of both Parties in respect of any remediation works on the new *caños*.

(Signed) John DUGARD.

nouveaux *caños*. Le Costa Rica étant tenu d'informer préalablement le Nicaragua de son intention de prendre de telles mesures, il est permis d'espérer que ce processus se déroulera sans heurts. Il s'agit là toutefois d'une question de retenue de la part de chacune des Parties. Le Nicaragua et le Costa Rica sont l'un et l'autre très attachés à la protection de l'environnement du territoire litigieux, et c'est avant tout cet attachement qui devrait les guider si des travaux de remise en état sur les nouveaux *caños* étaient envisagés.

(Signé) John DUGARD.
