

SEPARATE OPINION
OF JUDGE SEPÚLVEDA-AMOR

Agreement to provide interim measures of protection — Need to clearly define “plausibility” for the purposes of interim protection under Article 41 of the Statute — Disagreement with the second provisional measure — Unsatisfactory treatment of the risk of irreparable prejudice to possible Costa Rican rights and to the “caño” — The Court should have entrusted to both Parties the responsibility for any measures required to prevent irreparable prejudice to the environment in Isla Portillos.

1. I agree that interim measures of protection should be afforded by the Court in the present case. Although it would appear rather obvious, it is worth recalling, as the Order does, that the Court has the power to indicate *any* provisional measure it may deem necessary in order to preserve the respective rights of either party, and that the measures indicated may be different, in whole or in part, from those originally requested. Additionally, I do not find it futile to reaffirm, as the Court does on this occasion, that an Order on the indication of provisional measures has a binding effect and that the Parties to the case must comply with any international obligation arising under the Order.

2. In its Order, the Court addresses an important concern: the development of criminal activity in the disputed territory. The Court has decided, and rightly so, to give each Party the responsibility for policing the area over which it unquestionably has sovereignty. It is only to be hoped that the effectiveness of the bilateral collaboration required will be sufficient to keep the operation of organized crime away from this transitory no-man’s land.

3. On a different note, I believe the Court should have seized the opportunity to elucidate further the “plausibility requirement” for the purposes of Article 41 of the Statute. The indeterminacy surrounding the concept of plausibility in the Order could prove problematic in future Requests for the indication of provisional measures, as will be shown in this opinion.

4. Although I concur with the need to grant measures of interim protection in the present case, I do not subscribe to the second paragraph of the operative clause of the Order, nor do I share some of the reasons adduced in it as a basis for the Court’s decision. I consider insufficient and unsatisfactory the treatment given by the Court in the Order to the imminent risk of irreparable prejudice to the possible rights of Costa Rica. I am of the view that the provisional measures indicated fall far

OPINION INDIVIDUELLE
DE M. LE JUGE SEPÚLVEDA-AMOR

[Traduction]

Accord avec la décision prise par la Cour d'indiquer des mesures conservatoires — Nécessité de définir clairement le critère de « plausibilité » devant être respectée aux fins de permettre à la Cour d'indiquer des mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du Statut — Désaccord au sujet de la deuxième mesure conservatoire — Risque de préjudice irréparable à d'éventuels droits du Costa Rica et au caño insuffisamment pris en compte — Fait que la Cour aurait dû confier aux deux Parties la responsabilité de toute mesure requise pour empêcher qu'un préjudice irréparable ne soit causé à l'environnement sur Isla Portillos.

1. La Cour devait effectivement indiquer des mesures conservatoires en la présente espèce. Même si cela peut paraître aller de soi, il n'est pas inutile de rappeler — comme le fait l'ordonnance — que la Cour a le pouvoir d'indiquer *quelles* mesures conservatoires du droit de chacun elle estime devoir être prises à titre provisoire, ces mesures pouvant être totalement ou partiellement différentes de celles initialement demandées. En outre, il ne me paraît pas vain de réaffirmer, comme la Cour le fait ici, que, une ordonnance en indication de mesures conservatoires ayant un caractère obligatoire, les Parties à l'instance sont tenues de respecter toute obligation internationale qui en découle.

2. Dans son ordonnance, la Cour répond à une préoccupation importante: le développement d'activités criminelles sur le territoire en litige. Elle a décidé — à juste titre — de confier à chacune des Parties la responsabilité de maintenir l'ordre dans la zone sur laquelle sa souveraineté est incontestable. L'on ne peut qu'espérer que la collaboration bilatérale requise sera suffisamment efficace pour empêcher la criminalité organisée de sévir dans ce *no man's land* provisoire.

3. Dans un autre ordre d'idées, j'estime cependant que la Cour aurait dû saisir l'occasion qui lui était offerte de préciser le « critère de plausibilité » auquel il doit être satisfait aux fins de l'article 41 du Statut. L'imprécision qui entoure la notion de plausibilité dans l'ordonnance pourrait se révéler problématique lors de futures demandes en indication de mesures conservatoires, ainsi que je le montrerai dans la présente opinion.

4. Bien que je convienne de la nécessité d'indiquer des mesures conservatoires en la présente espèce, je ne souscris pas au deuxième point du dispositif de l'ordonnance et ne puis m'associer à certaines des raisons avancées pour fonder la décision de la Cour. Je considère que laisse à désirer la manière dont cette dernière traite, dans son ordonnance, le risque imminent de préjudice irréparable aux droits éventuels du Costa Rica, les mesures conservatoires indiquées étant très en deçà de ce

short of what is needed to properly preserve and protect the Humedal Caribe Noreste. It must be recalled that the Humedal is intimately linked to both the Refugio de Vida Silvestre Corredor Fronterizo and the Refugio de Vida Silvestre Río San Juan Ramsar site. The fact that these wetlands are interconnected means that their environmental protection requires a wider bilateral collaboration and the full assistance of the Ramsar Secretariat.

I. “PLAUSIBILITY” AS A PRE-CONDITION FOR THE INDICATION OF PROVISIONAL MEASURES

5. In its jurisprudence, the Court has consistently underscored that decisions in incidental proceedings on interim protection in no way pre-empt any questions relating to the merits of a dispute submitted to it for consideration. It has repeatedly recalled that, in the exercise of its powers under Article 41 of the Statute, it

“cannot make definitive findings of fact or of imputability, and the right of each Party to dispute the facts alleged against it, to challenge the attribution to it of responsibility for those facts, and to submit arguments in respect of the merits, must remain unaffected by the Court’s decision” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, *Provisional Measures, Order of 8 April 1993*, *I.C.J. Reports 1993*, p. 22, para. 44; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Provisional Measures, Order of 15 March 1996*, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 23, para. 43; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *Provisional Measures, Order of 1 July 2000*, *I.C.J. Reports 2000*, pp. 127-128, para. 41).

6. A slightly different issue — and one which the Court has only recently started to address — is whether, when called upon to rule on a Request for the indication of provisional measures, it is appropriate for the Court to make a preliminary assessment of the merits of the rights asserted by the party seeking interim protection (and, if so, to what extent).

7. It is widely held that, in the exercise of its powers under Article 41 of the Statute, the Court should proceed on the assumption that the claimed rights do in fact exist, and confine its inquiry to ascertaining whether those rights are liable to suffer irreparable injury pending the final judgment on the merits, in the absence of measures for their protection.

8. The Court has entertained numerous cases in which the respondent has objected to the request for interim protection filed by the applicant on

qui serait nécessaire pour préserver et protéger comme il se doit le Humedal Caribe Noreste. Il convient de rappeler l'interdépendance qui existe entre celui-ci, d'une part, et, d'autre part, le Refugio de Vida Silvestre Corredor Fronterizo et le Refugio de Vida Silvestre Río San Juan, ce dernier étant un site Ramsar. Du fait de cette interdépendance, une collaboration bilatérale plus étendue et la pleine assistance du Secrétariat de la convention de Ramsar auraient été nécessaires pour assurer la protection de l'environnement de ces zones humides.

I. LA « PLAUSIBILITÉ » COMME CONDITION PRÉALABLE
À L'INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES

5. Dans sa jurisprudence, la Cour a toujours souligné que les décisions prises dans le cadre de procédures incidentes relatives à l'indication de mesures conservatoires ne sauraient préjuger aucune question relative au fond. Elle a maintes fois rappelé que, dans l'exercice des pouvoirs que lui confère l'article 41 du Statut, elle n'était

« pas habilitée à conclure définitivement sur les faits ou leur imputabilité et que sa décision [devait] laisser intact le droit de chacune des [p]arties de contester les faits allégués contre elle, ainsi que la responsabilité qui lui [était] imputée quant à ces faits et de faire valoir ses moyens sur le fond » (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 22, par. 44; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 mars 1996, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 23, par. 43; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, mesures conservatoires, ordonnance du 1^{er} juillet 2000, C.I.J. Recueil 2000, p. 127-128, par. 41).

6. Ce n'est toutefois que récemment que la Cour a entrepris de se pencher sur une question légèrement différente : celle de savoir si (et, le cas échéant, dans quelle mesure) il est opportun pour elle, lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur une demande en indication de mesures conservatoires, de formuler une appréciation préliminaire sur les droits allégués par la partie à l'origine de cette demande.

7. Il est communément admis que, dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient de l'article 41 du Statut, la Cour devrait partir du principe que les droits revendiqués existent bien, et se borner à tenter de déterminer si, en l'absence de mesures tendant à les protéger, ces droits pourraient subir un dommage irréparable avant qu'elle ne se soit prononcée de manière définitive sur le fond.

8. La Cour a examiné nombre d'affaires dans lesquelles le défendeur, en contestant la demande en indication de mesures conservatoires présentée

the grounds that the rights asserted by the claimant do not exist, thus inviting the Court to look at the merits of the case, albeit provisionally, so as to establish whether to exercise its powers under Article 41 of the Statute¹.

9. Only in its recent decision in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* has the Court openly taken a position on this matter and ruled, for the first time, that “the power of the Court to indicate provisional measures should be exercised only if the Court is satisfied that the rights asserted by a party are at least plausible”².

10. The present Order confirms the stance taken by the Court in *Belgium v. Senegal* and goes a step further by appearing to make the “plausibility” of rights a definite requirement for interim protection under Article 41 of the Statute.

11. Whereas I take no issue with the rationale underlying the Court’s ruling, there is, in my view, an urgent need to define with greater precision the applicable legal standard for the present purposes. Firstly, “plausible” and “plausibility” are not terms of art, and their ordinary meaning is of limited assistance when it comes to explaining what is legally required by way of a prima facie demonstration of rights in the context of Article 41 of the Statute³.

12. Are States which request the indication of provisional measures expected to show prima facie the validity of their claims on the merits, or is *fumus non mali juris* sufficient, i.e., is it enough to ascertain that the claimed rights are not patently non-existent according to the information available to the Court?⁴ Does it suffice to demonstrate the *possibility* or *reasonableness* of the existence of a right⁵, or is *probability* the relevant standard?

¹ See, for instance, case concerning *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, *Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports 1991*, p. 12; case concerning *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006*, p. 113; case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, p. 139.

² *Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, p. 151, para. 57.

³ This is the case in English at least. According to the *Oxford English Dictionary Online*, “plausible” may have any of the following meanings: acceptable, agreeable, pleasing, gratifying; winning public approval, popular (1.a.); Expressing applause or approbation; plausible, applausive (2); Deserving of applause or approval; praiseworthy, laudable, commendable (3); Of an argument, an idea, a statement, etc.: seeming reasonable, probable, or truthful; convincing, believable; (formerly) *spec.* having a false appearance of reason or veracity; specious (4.a.).

⁴ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006*, separate opinion of Judge Abraham, p. 140, para. 10.

⁵ *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, *Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports 1991*, separate opinion of Judge Shahabuddeen, p 31.

par le requérant au motif que les droits allégués par celui-ci n'existaient pas, l'a invitée à toucher au fond — quoique à titre provisoire — pour décider de l'opportunité d'exercer les pouvoirs que lui confère l'article 41 du Statut¹.

9. Ce n'est que dans la décision qu'elle a récemment rendue en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* que la Cour s'est ouvertement prononcée sur ce point, jugeant, pour la première fois, que son «pouvoir ... d'indiquer des mesures conservatoires ne dev[ait] être exercé que si les droits allégués par une partie apparaiss[aient] au moins plausibles»².

10. Dans la présente ordonnance, la Cour non seulement confirme la position adoptée dans l'affaire *Belgique c. Sénégal* mais va même un peu plus loin, puisqu'elle semble faire de la «plausibilité» des droits une condition expresse de l'indication de mesures conservatoires au titre de l'article 41 du Statut.

11. Si je ne suis pas en désaccord avec le raisonnement sous-tendant la décision de la Cour, il m'apparaît néanmoins nécessaire et urgent, aux fins de la présente espèce, de préciser le critère juridique applicable. Pour commencer, les mots «plausible» et «plausibilité» ne sont pas des termes de l'art, et leur sens ordinaire n'aide guère à cerner les conditions juridiques qu'une partie doit remplir pour établir *prima facie* l'existence de droits dans le contexte de l'article 41 du Statut³.

12. Les Etats demandant l'indication de mesures conservatoires sont-ils censés établir *prima facie* le bien-fondé de leurs prétentions sur le fond, ou le critère *fumus non mali juris* est-il suffisant — autrement dit, la Cour peut-elle se contenter de s'assurer que les droits revendiqués ne sont pas manifestement inexistantes en l'état des informations dont elle dispose?⁴ Suffit-il de démontrer la *possibilité* de l'existence d'un droit, le *caractère raisonnable* de l'affirmation de l'existence d'un droit⁵, ou bien le critère pertinent est-il celui de la *probabilité*?

¹ Voir, par exemple, les affaires suivantes: *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991, p. 12; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, C.I.J. Recueil 2006, p. 113; *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 139.

² *Mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 151, par. 57.*

³ Tel est du moins le cas en anglais. Selon l'*Oxford English Dictionary Online*, «plausible», en anglais, peut avoir les sens suivants: acceptable, agréable, plaisant, gratifiant; recueillant l'approbation du public, apprécié (1.a); saluant par des applaudissements, marquant son approbation (2); digne d'applaudissements ou d'approbation; digne d'éloges, louable, dont on peut se féliciter (3); à propos d'un argument, d'une idée, d'une déclaration, etc.: qui semble raisonnable, probable ou véridique; convaincant, crédible; (ancien sens) spécialement: donnant une apparence fallacieuse de raison ou de véracité; spécieux (4.a).

⁴ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, C.I.J. Recueil 2006, opinion individuelle du juge Abraham, p. 140, par. 10.

⁵ *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991, opinion individuelle du juge Shahabuddeen, p. 31.

13. These are not academic subtleties. The answers are likely to have direct implications on how Requests for provisional measures will be pleaded in the future and on the degree to which the Court considers the merits of the case in the course of the incidental proceedings on interim protection.

14. The Court should have seized the opportunity to clarify these matters, *inter alia*, by refining the language used to describe the “plausibility requirement”. To this effect, it would have been preferable to avoid the perpetuation of indeterminate terminology which, arguably, only adds confusion to an already complex topic.

15. I fear that the imprecision surrounding the “plausibility requirement” and the unwarranted emphasis placed upon that in this Order might ultimately encourage States seeking interim protection to over-address the substance of the dispute at an early stage and, as a result, overburden proceedings under Article 41 of the Statute with matters that should actually be dealt with by the Court when adjudicating on the merits.

16. This Order should not be read as introducing a new requirement under Article 41 of the Statute, or interpreted as signalling a departure from the Court’s jurisprudence on provisional measures. Rather, as I see it, it should be understood as an attempt on the part of the Court to “name” or “label” a requirement already implicit in the Court’s case law. As already noted, greater definition is required in order to ensure that consideration of the merits remains within the strict limits called for in proceedings under Article 41 of the Statute.

II. RISK OF IRREPARABLE PREJUDICE IN RELATION TO THE ENVIRONMENTAL CONSEQUENCES OF THE *CAÑO*

17. Overall, the “irreparable prejudice” requirement should have been the object of closer examination and more thorough analysis on the part of the Court. Notwithstanding the importance of this issue in the oral proceedings, and in contrast to the prominence accorded to the question of “plausibility”, this matter has been only cursorily addressed in this Order.

18. And yet the crucial question in this case is whether, as claimed by Costa Rica, the now navigable *caño* connecting the San Juan River to the Harbor Head Lagoon poses a risk of irreparable prejudice to its rights by reason of the possible threat of irreparable environmental damage to a portion of territory which the Court may ultimately adjudge to belong to the Applicant in its decision on the merits.

19. In its final submissions, Costa Rica requested the Court to indicate provisional measures ordering Nicaragua not to undertake, *inter alia*, any of the following activities in the area comprising the entirety of Isla Portillos (Order, para. 73):

13. Ce ne sont pas là pures subtilités théoriques. Les réponses qui seront apportées auront sans doute une incidence directe sur la manière dont les demandes en indication de mesures conservatoires seront plaidées à l'avenir, et sur la mesure dans laquelle la Cour abordera le fond au stade des procédures incidentes relatives à l'indication de telles mesures.

14. La Cour aurait dû saisir l'occasion qui lui était offerte d'éclaircir ces points, notamment en affinant les termes utilisés pour formuler son « critère de plausibilité ». Dans cette optique, il eût été préférable d'éviter de reprendre une terminologie vague dont on peut estimer qu'elle ne fait qu'ajouter à la confusion entourant une question déjà fort complexe.

15. Je crains que l'imprécision du « critère de plausibilité » et l'importance injustifiée accordée à celui-ci dans la présente ordonnance n'encouragent en définitive les Etats demandant l'indication de mesures conservatoires à trop entrer, très en amont, dans le fond du différend, grevant ainsi la procédure prévue à l'article 41 du Statut de questions que la Cour devrait en réalité examiner au stade du fond.

16. Selon moi, cette ordonnance de la Cour ne doit pas être comprise comme introduisant une nouvelle exigence quant à l'article 41 du Statut, ou comme marquant un revirement de jurisprudence en matière de mesures conservatoires ; j'y vois une simple tentative de « nommer » ou de « qualifier » une prescription déjà implicitement contenue dans cette jurisprudence. Or, ainsi que je l'ai déjà relevé, une définition plus précise s'impose, afin de veiller à ce que l'examen au fond demeure dans les limites de ce qui est strictement nécessaire aux fins de la procédure visée à l'article 41 du Statut.

II. RISQUE DE PRÉJUDICE IRRÉPARABLE EN RAPPORT AVEC LES CONSÉQUENCES ÉCOLOGIQUES LIÉES AU CAÑO

17. Globalement, l'exigence relative au « préjudice irréparable » aurait dû faire l'objet d'un examen plus attentif et d'une analyse plus méthodique : la Cour n'a que sommairement traité ce point, en dépit de l'importance qui lui avait été accordée à l'audience, et en net contraste avec la place que la question de la « plausibilité » occupe dans l'ordonnance.

18. Or, la question cruciale, en l'espèce, est celle de savoir si, comme le prétend le Costa Rica, le *caño*, aujourd'hui navigable, qui relie le fleuve San Juan à la lagune de Harbor Head fait peser sur ses droits un risque de préjudice irréparable, un dommage irréversible étant susceptible d'être causé à l'environnement d'une partie d'un territoire dont la Cour pourrait, dans sa décision sur le fond, juger qu'il lui revient.

19. Dans ses conclusions finales, le Costa Rica a prié la Cour d'indiquer des mesures conservatoires prescrivant au Nicaragua, entre autres, de n'entreprendre dans la zone comprenant l'entièreté de Isla Portillos (ordonnance, par. 73) aucune des activités suivantes :

- (i) engage in the construction or enlargement of a canal;
- (ii) fell trees or remove vegetation or soil;
- (iii) dump sediment.

20. At the hearings, it became apparent that the “cleaning and clearing operations” conducted by Nicaragua in the disputed area were over and finished. Consequently, Nicaragua observed that the issue of the felling of trees and the dumping of sediment in certain areas along the *caño* “no longer arises” (Order, para. 71).

21. The fact that the very situation that Costa Rica had sought to avert with its Request for interim protection has materialized prior to the Court’s Order does not render the indication of provisional measures without object, if the Court considers that such measures are still required in order to preserve the rights at issue.

22. It is well established that the Court is not bound by the Parties’ requests and “Article 75, paragraph 2, of the Rules of Court recognizes the power of the Court, when a request for provisional measures has been made, to indicate measures that are in whole or in part other than those requested” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, *Provisional Measures, Order of 13 September 1993*, *I.C.J. Reports 1993*, p. 347, para. 47; see also *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)*, *Provisional Measures, Order of 1 July 2000*, *I.C.J. Reports 2000*, p. 128, para. 43; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Provisional Measures, Order of 15 October 2008*, *I.C.J. Reports 2008*, p. 397, para. 145).

23. Whether, as asserted by the Applicant, Nicaragua has constructed an artificial canal within Costa Rican territory or, as claimed by the Respondent, Nicaragua has limited itself to clearing a pre-existing canal connecting the San Juan River to the Harbor Head Lagoon, is something to be decided in the merits phase, and has no bearing on the Court’s ruling on Costa Rica’s request at this stage of the proceedings.

24. The important question, and the one on which the Parties fundamentally disagree, is whether the mere existence of the *caño* as a navigable channel across Isla Portillos poses a risk of irreparable environmental damage, taking into consideration that the disputed territory is part of the “Humedal Caribe Noreste” wetland, which Costa Rica designated for inclusion on the List of Wetlands of International Importance in 1996, in accordance with Article 2 of the Convention on Wetlands of 1971 (“Ramsar Convention”), to which Nicaragua is also a Contracting Party.

25. In my view, the evidence before the Court supports the conclusion that even in its current state — i.e., even if Nicaragua does not pursue any further “clearing activities” or other works in the area — the *caño* poses an imminent risk of irreparable damage to the ecological characteristics

- i) creusement ou élargissement d'un canal;
- ii) abattage d'arbres ou enlèvement de végétation ou de terre;
- iii) déversement de sédiments.

20. A l'audience, il est apparu que les «opérations de nettoyage et de dégagement du *caño*» menées par le Nicaragua dans la zone en litige étaient terminées. Aussi le Nicaragua a-t-il observé que la question de l'abattage d'arbres et du dépôt de sédiments dans certaines zones le long du *caño* «ne se pos[ait] plus» (ordonnance, par. 71).

21. Que la situation même dont le Costa Rica a cherché à empêcher la survenance par sa demande en indication de mesures conservatoires se soit matérialisée avant le prononcé de l'ordonnance ne rend pas sans objet l'indication de telles mesures, dès lors que la Cour considère que celles-ci restent nécessaires aux fins de sauvegarder les droits en cause.

22. Il est bien établi que la Cour n'est pas liée par les demandes des parties et que «le paragraphe 2 de l'article 75 du Règlement [lui] reconnaît, ... lorsqu'une demande en indication de mesures conservatoires lui a été présentée, le pouvoir d'indiquer des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 347, par. 47; voir aussi *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, mesures conservatoires, ordonnance du 1^{er} juillet 2000, C.I.J. Recueil 2000, p. 128, par. 43; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, C.I.J. Recueil 2008, p. 397, par. 145).

23. Savoir si, comme l'affirme le demandeur, le Nicaragua a construit un canal artificiel sur le territoire costa-ricien ou si, comme le prétend le défendeur, il s'est contenté de dégager un chenal préexistant reliant le fleuve San Juan à la lagune de Harbor Head est une question qui devra être tranchée au fond; elle est, à ce stade de la procédure, sans incidence sur la décision de la Cour concernant la demande du Costa Rica.

24. Ce qui importe ici — et c'est là une question sur laquelle les Parties sont foncièrement en désaccord —, c'est de savoir si la simple présence du *caño* en tant que chenal navigable traversant Isla Portillos constitue un risque de dommage écologique irréparable, sachant que le territoire en litige fait partie de la zone humide «Humedal Caribe Noreste», désignée par le Costa Rica pour inscription sur la liste des zones humides d'importance internationale de 1996 en application de l'article 2 de la convention de 1971 relative aux zones humides d'importance internationale (ou «convention de Ramsar»), à laquelle le Nicaragua est également partie.

25. Selon moi, les éléments de preuve soumis à la Cour confirment que, même en l'état actuel — c'est-à-dire même si le Nicaragua ne poursuivait pas ses «activités de dégagement» ou autres travaux dans la zone —, le *caño* fait peser sur les caractéristiques écologiques de Isla Portillos un

of Isla Portillos and, therefore, provisional measures are required in order to prevent the materialization of such a risk.

26. This is not tantamount to saying that the clearing or construction of the *caño* has *already* caused irreparable environmental damage to Isla Portillos. For the purposes of interim protection under Article 41 of the Statute, irreparable prejudice does not have to be established, just the risk thereof.

27. Of particular importance in this regard are the findings of the report prepared by the Ramsar Advisory Mission on the basis of Article 3 (2) of the Ramsar Convention (hereinafter the “Ramsar Report”), and submitted to the Court in the course of the proceedings.

28. Firstly, the Report identifies a threat of damage to the ecology of the wetland in the medium and long term, including through a loss of habitat for terrestrial fauna, progressive erosion and changes in the groundwater aquifer recharge beneath the wetland.

29. Moreover, it points out that the ecology of the Harbor Head Lagoon, which is not part of the disputed territory and is located in another Ramsar wetland of international importance, namely the Refugio Vida Silvestre Río San Juan in Nicaragua, is most at risk as a result of the hydraulic connection made between the San Juan River and the lagoon by the clearing or construction of the *caño*. In particular, it is estimated that “the sandbank currently separating [the Harbor Head Lagoon] from the Caribbean Sea is in danger of being breached due to the change in hydrodynamic balance that maintains it between the flow of the San Juan River and the tidal limit” (Ramsar Report, at paragraph 32). As a result, the Harbor Head Lagoon could be partially or completely lost within six to twelve months.

30. The foregoing underscores the interconnectedness between the protection of the environment in Isla Portillos, on the one hand, and the protection of the adjacent wetland located in what is indisputably Nicaraguan territory, on the other.

31. According to the Report,

“[d]ue to its geographical location and dynamics closely linked to the Refugio de Vida Silvestre Corredor Fronterizo and to the Refugio de Vida Silvestre Río San Juan Ramsar site, the preservation of Humedal Caribe Noreste calls for substantial cooperation and collaboration between the two bordering countries of both Ramsar sites” (Ramsar Report, p. 35).

32. Significantly, the Court falls short of declaring the existence of an imminent risk of irreparable prejudice to Costa Rica’s rights in connection with the clearing or construction of the *caño*. And yet the Applicant alone is allowed to dispatch civilian personnel to “avoid irreparable prejudice being caused to” the wetland in the disputed area, without the Court having first established that there is indeed a risk that such a prejudice may actually occur.

risque imminent de dommage irréparable et que, partant, des mesures conservatoires s'imposent pour éviter que ce risque ne se matérialise.

26. Cela ne revient pas à affirmer que le dégagement, ou le creusement, du *caño* a déjà causé un dommage irréparable à l'environnement de Isla Portillos. Aux fins de l'indication de mesures conservatoires prévue à l'article 41 du Statut, point n'est besoin d'établir qu'un préjudice irréparable a été causé — il suffit d'établir qu'il risque de l'être.

27. A cet égard, revêtent une importance particulière les conclusions du rapport établi par la mission consultative en application du paragraphe 2 de l'article 3 de la convention de Ramsar (ci-après le «rapport Ramsar»), soumis à la Cour pendant le déroulement de la procédure.

28. Pour commencer, le rapport met en évidence un risque de dommage à l'environnement de la zone humide à moyen et à long terme, prenant notamment la forme d'une disparition d'habitats pour la faune terrestre, d'une érosion progressive et d'une altération de l'alimentation de nappes souterraines.

29. En outre, il montre que l'environnement de la lagune de Harbor Head, qui ne fait pas partie du territoire en litige et se trouve située dans une autre zone humide d'importance internationale inscrite sur la liste Ramsar, à savoir le Refugio de Vida Silvestre Río San Juan, au Nicaragua, se trouve tout particulièrement menacé du fait de la liaison hydrographique entre le San Juan et la lagune résultant du dégagement ou du creusement du *caño*. Il estime notamment que «le banc de sable qui sépare actuellement la lagune de Harbor Head de la mer des Caraïbes est menacé de destruction par la modification de l'équilibre hydrodynamique qui le maintient entre les eaux du fleuve San Juan et la laisse de haute mer» (rapport Ramsar, par. 32). La lagune de Harbor Head pourrait ainsi en partie, voire totalement, disparaître d'ici six à douze mois.

30. Ces éléments font apparaître l'interconnexion existant entre, d'une part, la protection de l'environnement sur Isla Portillos et, d'autre part, la protection de la zone humide adjacente située sur ce qui est incontestablement le sol nicaraguayen.

31. D'après le rapport,

«le Humedal Caribe Noreste présentant une situation géographique et une dynamique étroitement liées à celles du Refugio de Vida Silvestre Corredor Fronterizo et du Refugio de Vida Silvestre Río San Juan, qui est un site Ramsar, sa préservation requiert une coopération et une collaboration substantielles entre les deux pays à la frontière desquels se trouvent les deux sites Ramsar» (rapport Ramsar, p. 35).

32. Fait notable, la Cour ne va pas jusqu'à affirmer l'existence d'un risque imminent de préjudice irréparable aux droits du Costa Rica lié au dégagement ou au creusement du *caño*. Pour autant, seul le demandeur est autorisé à envoyer des agents civils pour «éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé» à la zone humide dans le territoire en litige, et ce, sans que la Cour ait au préalable établi que ce préjudice risquait effectivement de se concrétiser.

33. In the light of the first provisional measure, designed to exclude the presence of both Parties in the disputed territory, it is difficult to discern the rationale behind the second measure indicated by the Court. One is left to wonder whether the Court may not in fact have assessed the “plausibility” of the Parties’ claims (*both* the Applicant’s *and* the Respondent’s) in far broader terms than those advanced in paragraphs 53 to 62 of the Order and, as a result, anticipated a decision on the merits in favour of Costa Rica. This, it is submitted, is not the proper role of “plausibility” in the context of Article 41 of the Statute.

34. To conclude, the Court should have acknowledged that there is indeed an imminent risk of irreparable prejudice to Costa Rica’s possible rights by reason of the clearing or construction of the *caño*. However, given the interconnectedness between the Humedal Caribe Noreste and the Refugio de Vida Silvestre Río San Juan, the Court should have entrusted to both Parties, in consultation with the Ramsar Secretariat, the responsibility for taking the necessary measures to avoid irreparable prejudice being caused in the disputed territory.

(Signed) Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR.

33. La première mesure conservatoire visant à exclure la présence des deux Parties sur le territoire en litige, la raison d'être de la deuxième mesure indiquée par la Cour n'apparaît pas clairement. On en vient à se demander si, en définitive, celle-ci ne se serait pas livrée à une évaluation bien plus générale de la «plausibilité» des prétentions des Parties (*à la fois* celles du demandeur *et* celles du défendeur) qu'elle n'affirme l'avoir fait aux paragraphes 53 à 62 de l'ordonnance, et n'aurait pas anticipé en conséquence une décision au fond favorable au Costa Rica. Or, telle n'est pas, selon moi, la finalité du recours à la notion de «plausibilité» dans le contexte de l'article 41 du Statut.

34. Pour conclure, la Cour aurait dû reconnaître qu'il existe effectivement un risque imminent de préjudice irréparable aux droits éventuels du Costa Rica, lié au dégagement ou au creusement du *caño*; toutefois, étant donné l'interconnexion qui existe entre le Humedal Caribe Noreste et le Refugio de Vida Silvestre Río San Juan, c'est aux deux Parties qu'elle aurait dû confier la responsabilité de prendre, en concertation avec le Secrétariat Ramsar, les mesures nécessaires pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé au territoire en litige.

(Signé) Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR.
