

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* DUGARD

Broad agreement with dispositif of the Order — Troubled by Court's order in paragraph 1 of dispositif that both Parties should vacate the disputed territory — Examination of concept of plausible right — Requirement of plausible right on part of Applicant involves some consideration of merits — Boundary treaty, arbitral award and maps provide evidence of Applicant's plausible right to sovereignty over disputed territory — Respect for territorial integrity of State by other States a norm of jus cogens — Principle of respect for stability of boundaries related to respect for territorial integrity — Provisional measures in case involving violation of territorial integrity should vindicate position of invaded State — Restoration of status quo ante appropriate — Nature of disputed territory does not warrant different conclusion — Even-handed order in paragraph 1 of dispositif requiring both Parties to refrain from maintaining civilian, police or security personnel in disputed territory unfair to Applicant — This Order lends unwarranted legitimacy to Respondent's claim — Paragraph 2 of dispositif recognizes claim of Applicant to disputed territory — Allows Applicant to take measures to protect environment in disputed territory — Vote for Order in its entirety premised on acknowledgment of Applicant's stronger claim to the disputed territory in paragraph 2 of dispositif.

1. I have voted in favour of the provisional measures ordered by the Court in this case. Although the Court has indicated that both Costa Rica and Nicaragua should refrain from sending their civilian, police or security personnel into the disputed territory of the Isla Portillos, it has recognized that Costa Rica has a stronger claim to the territory by indicating that it bears responsibility for the protection of the environment of the territory and that it may dispatch its civilian personnel to the territory for this purpose. In effect, this restores the *status quo ante* as before Nicaragua dispatched military personnel and environmental workers into the territory in October 2010, Costa Rica mainly viewed the Isla Portillos as an important environmental site for which it bears responsibility under the Ramsar Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat of 1971. Its primary concern therefore was for the protection of the environment of the territory. That Costa Rica's main activities in the Isla Portillos relate to environmental protection should not obscure the fact that Costa Rica claims full territorial sovereignty over the territory. The issue of territorial title was not before the Court on account of the cardinal rule governing the award of provisional measures that the merits of the dispute — which in this instance relate to territorial title over the territory — are to be deci-

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

[Traduction]

Accord d'ensemble avec le dispositif de l'ordonnance — Réserves suscitées par la mesure prescrite au premier point du dispositif, qui impose aux deux Parties d'évacuer le territoire litigieux — Examen de la notion de droit plausible — Nécessité d'établir le caractère plausible du droit revendiqué par le demandeur rendant impossible à la Cour de se dispenser entièrement d'un examen du fond de l'affaire — Existence d'un droit plausible du demandeur à la souveraineté sur le territoire litigieux démontrée par un traité de délimitation, une sentence arbitrale et des cartes — Obligation de respecter l'intégrité territoriale d'un Etat constituant une norme de jus cogens — Lien entre respect de la stabilité des frontières et respect de l'intégrité territoriale — Mesures conservatoires indiquées dans une affaire ayant trait à la violation de l'intégrité territoriale devant appuyer la position de l'Etat envahi — Caractère approprié d'une mesure rétablissant le statu quo ante — Conclusion différente non justifiée par la nature du territoire — Injustice faite au demandeur par la mesure indiquée au premier point du dispositif qui prescrit à l'une et à l'autre des Parties sans distinction de s'abstenir de maintenir des agents civils, de police ou de sécurité sur le territoire litigieux — Légimité non justifiée prêtée par l'ordonnance aux prétentions du défendeur — Deuxième point du dispositif faisant droit aux prétentions du demandeur sur le territoire litigieux — Autorisation donnée au demandeur de prendre des mesures en vue de protéger l'environnement sur le territoire litigieux — Vote en faveur de l'ensemble de l'ordonnance motivé par la reconnaissance de la prétention plus solide du demandeur sur le territoire litigieux dans le deuxième point du dispositif.

1. J'ai voté en faveur des mesures conservatoires indiquées par la Cour en la présente affaire. Même si celle-ci a enjoint aussi bien au Costa Rica qu'au Nicaragua de s'abstenir d'envoyer des agents civils, de police et de sécurité sur le territoire litigieux de Isla Portillos, elle a dans le même temps reconnu que la prétention territoriale du Costa Rica était plus solide puisqu'elle lui a confié le soin de protéger l'environnement de ce territoire et l'a autorisé à y envoyer des agents civils à cette fin. De fait, le *statu quo ante* se trouve ainsi rétabli puisque, avant que le Nicaragua ne déploie du personnel militaire et des agents chargés de l'environnement sur Isla Portillos en octobre 2010, le Costa Rica considérait surtout ce territoire comme une importante réserve naturelle dont il était responsable au titre de la convention de 1971 relative aux zones humides d'importance internationale, particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau (convention de Ramsar). Sa préoccupation première était donc d'y protéger l'environnement. Le fait que ses activités sur Isla Portillos soient essentiellement liées à la protection de l'environnement ne devrait pas faire oublier que le Costa Rica revendique la pleine souveraineté sur ce territoire. Que la Cour n'ait pas eu à connaître à ce stade de la question du titre territorial s'explique par cette règle fondamentale régissant l'indication de mesures conservatoires, selon laquelle le bien-fondé des thèses en présence — qui se rapportent en

ded at the merits phase only. While I fully accept this important principle, a question which troubles me is whether in circumstances in which an applicant State for provisional measures demonstrates a strong prima facie case for territorial title, the Court should adopt an even-handed approach to the territorial claims by ordering both parties out of the disputed territory — as it has done in the present case — or whether it should give greater recognition to the applicant’s claim by ordering a return to the *status quo ante*. This is the subject of the present opinion.

A. PLAUSIBLE RIGHT

2. The Court has indicated in its Order that the applicant in a request for provisional measures should satisfy the Court that the rights it asserts are “at least plausible” (Order, para. 53). The “plausibility test” is a new feature of the Court’s jurisprudence on provisional measures and owes its origin to the 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. 151, para. 57). Prior to this decision the Court refrained from adopting a clear position on this subject as it was unwilling to do anything that might appear to prejudge the merits of a case¹. Nevertheless, a number of decisions of the Court indicate its support for the view that the applicant State was required to show that it had some prospect of success on the merits of the case or that it had established the existence of the right it sought to have protected on a prima facie basis². Thus in the case concerning *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)* (*Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports 1991*, p. 12), the Court replied to Denmark’s argument that Finland had failed to show that “a prima facie case exists” that “the existence of a right of Finland of passage through the Great Belt is not challenged” and that the dispute between the Parties was over the “nature and extent of that right” (*ibid.*, p. 17, paras. 21-23). Lord Collins was right therefore to ask in his lectures before the Hague Academy of International Law in 1992, “Is there a case in which interim measures have been granted in which there was not at least a prima facie case on the

¹ J. G. Merrills, “Interim Measures of Protection in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice”, 44 *International and Comparative Law Quarterly*, 1995, p. 90 at p. 114; S. Rosenne, *Provisional Measures in International Law*, 2005, p. 72.

² See the cases cited in the separate opinion of Judge Shahabuddeen in *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, *Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports 1991*, p. 30. See also A. Zimmermann, C. Tomuschat and K. Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice*, 2006, p. 938.

l'occurrence au titre territorial sur la zone en litige — ne peut être examiné qu'au stade du fond. Si j'adhère pleinement à ce principe important, une question ne laisse pas de me préoccuper en l'espèce: lorsque l'Etat demandeur l'indication de mesures conservatoires apporte *prima facie* des éléments de preuve tels qu'il apparaît comme le détenteur du titre territorial contesté, la Cour doit-elle réserver un traitement identique aux revendications territoriales des deux parties en leur prescrivant, à l'une comme à l'autre, d'évacuer le territoire litigieux — ainsi qu'elle l'a fait ici —, ou doit-elle, au contraire, accorder plus de poids aux prétentions du demandeur en ordonnant le retour au *statu quo ante*? Tel est l'objet de la présente opinion.

A. UN DROIT PLAUSIBLE

2. La Cour relève dans son ordonnance que, pour qu'elle puisse indiquer des mesures conservatoires, il faut que les droits allégués par l'Etat demandeur lui apparaissent «au moins plausibles» (ordonnance, par. 53). Le «critère de plausibilité» est un nouvel élément de sa jurisprudence en matière de mesures conservatoires, apparu pour la première fois en l'affaire relative à des *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. 151, par. 57)*. Avant cette ordonnance, la Cour, afin d'éviter de paraître préjuger d'une quelconque manière le fond d'une affaire, s'était gardée d'adopter une position tranchée sur la question¹. Il ressort néanmoins de plusieurs de ses décisions qu'elle a toujours considéré qu'il incombait à l'Etat demandeur de démontrer qu'il avait des chances d'obtenir gain de cause au fond ou d'établir *prima facie* l'existence du droit qu'il cherchait à protéger². Ainsi, dans l'affaire du *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark) (mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991, p. 12)*, la Cour a répondu à l'argument invoqué par le Danemark selon lequel «le bien-fondé de la thèse finlandaise n'[était] même pas établi *prima facie*», «qu'il n'[était] pas contesté qu'il exist[ât], pour la Finlande, un droit de passage par le Grand-Belt» et que le différend opposant les Parties avait trait «à la nature et à l'étendue de ce droit» (*ibid.*, p. 17, par. 21-23). Aussi lord Collins, lors de sa conférence devant l'Académie de droit international de La Haye en 1992, a-t-il eu raison de poser la question: «Existe-t-il

¹ J. G. Merrills, «Interim Measures of Protection in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice», *International and Comparative Law Quarterly*, 1995, vol. 44, p. 114; S. Rosenne, *Provisional Measures in International Law*, 2005, p. 72.

² Voir les affaires citées dans l'opinion individuelle du juge Shahabuddeen en l'affaire du *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark), mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991, p. 30*. Voir également A. Zimmermann, C. Tomuschat et K. Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice*, 2006, p. 938.

merits?”³. In general, it seems that the Court preferred to give implicit rather than express approval to the need for the applicant State to establish the prima facie existence of the right that it sought to protect⁴.

3. In practice it is impossible for the Court to avoid some consideration of the merits in a request for provisional measures. It is insufficient for the applicant State merely to assert its right⁵. It must, in addition, show, on a prima facie basis, that this right exists or that it is, in the new language of the Court, a “plausible right”. Inevitably this requires some consideration of the merits of the case. As Judge Abraham declared in the case concerning *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*:

“[T]he Court must be satisfied that the arguments are sufficiently serious on the merits — failing which it cannot impede the exercise by the respondent to the request for provisional measures of its right to act as it sees fit, within the limits set by international law.” (*Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006*, p. 141, para. 10.)

4. The need for the applicant State to prove, albeit only on a prima facie basis, that it has a right that has some prospect of being successfully asserted at the merits phase of the proceedings has become much clearer since the Judgment of 27 June 2001 in the case of *LaGrand (Germany v. United States of America) (Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 466), in which the Court held that an order for provisional measures is legally binding. It would be unjust to subject a respondent State to a legally binding order for provisional measures if the applicant State had merely asserted a right, without showing on a prima facie basis that it had some prospect of succeeding on the merits.

5. Opinions will differ as to whether the test of “plausible right” is an appropriate and accurate formulation of what the applicant State must prove. In his separate opinion in the case concerning *Passage through the Great Belt*, Judge Shahabuddeen spoke of “a prima facie test, or of a test as to whether there is a serious issue to be tried, or of a test as to whether there is possible danger to a possible right”, as formulations acceptable “for purposes of international litigation” (*Provisional Measures, Order of*

³ “Provisional and Protective Measures in International Litigation”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 234, 1992, p. 228.

⁴ Separate opinion of Judge Bennouna in the case concerning *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006*, p. 143, para. 5 and p. 146, para. 14.

⁵ Separate opinion of Judge Shahabuddeen in the case concerning *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, *Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports 1991*, p. 30; separate opinion of Judge Abraham in the case concerning *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006*, p. 138, para. 6.

une affaire dans laquelle des mesures conservatoires ont été indiquées par la Cour sans que le bien-fondé de la thèse du demandeur n'ait au moins été établi *prima facie*?»³ De manière générale, il semble que la Cour ait préféré ne reconnaître qu'implicitement la nécessité pour le demandeur d'établir *prima facie* l'existence du droit qu'il cherchait à sauvegarder⁴.

3. Dans la pratique, lorsqu'elle examine une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour ne saurait éviter de toucher au fond de l'affaire. Il ne suffit pas pour le demandeur de faire simplement valoir son droit⁵. Il doit en outre démontrer l'existence *prima facie* d'un tel droit ou, selon la nouvelle terminologie de la Cour, l'existence d'un «droit plausible», si bien que la Cour ne peut se dispenser entièrement d'un examen au fond. Comme l'a déclaré le juge Abraham dans l'affaire relative à des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (*Argentine c. Uruguay*):

«Le juge [doit être] convaincu d'être en présence d'une argumentation qui, sur le fond, présente un caractère suffisamment sérieux — faute de quoi il ne saurait entraver le droit du défendeur d'agir comme il l'entend, dans les limites fixées par le droit international.» (*Mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, C.I.J. Recueil 2006*, p. 141, par. 10.)

4. La nécessité pour l'Etat requérant de prouver, ne serait-ce que *prima facie*, qu'il possède un droit qui a des chances raisonnables d'être reconnu au stade du fond est devenue beaucoup plus claire depuis l'arrêt du 27 juin 2001 en l'affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)* (arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 466), lorsque la Cour a conclu qu'une ordonnance en indication de mesures conservatoires avait un caractère obligatoire. Il serait en effet injuste d'exiger de l'Etat défendeur qu'il se conforme aux prescriptions juridiquement contraignantes d'une ordonnance en indication de mesures conservatoires alors que l'Etat demandeur s'est contenté de faire valoir un droit, sans démontrer *prima facie* qu'il a quelque chance d'obtenir gain de cause au fond.

5. Les avis divergeront sur la question de savoir si la démonstration de l'existence d'un «droit plausible» est la formule adéquate ou exacte pour désigner le critère auquel le demandeur doit satisfaire. Dans son opinion individuelle en l'affaire du *Passage par le Grand-Belt*, le juge Shahabuddeen a considéré que les formules «vérifier le fondement *prima facie*», «vérifier si la question à juger est sérieuse» ou «vérifier s'il existe un danger possible pour un droit possible» étaient toutes acceptables «pour les besoins des

³ «Provisional and Protective Measures in International Litigation», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1992 (III), t. 234, p. 228.

⁴ Opinion individuelle du juge Bennouna en l'affaire relative à des 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. 143, par. 5, et p. 146, par. 14.

⁵ Opinion individuelle du juge Shahabuddeen en l'affaire du *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, *mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991*, p. 30; opinion individuelle du juge Abraham en l'affaire relative à des 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. 138, par. 6.

29 July 1991, *I.C.J. Reports 1991*, p. 36). Another test suggested is that the case be at least arguable on the merits⁶. Any one of these formulations would probably have satisfactorily conveyed the standard of proof required. So does the test of “plausibility”, provided that plausible is understood as meaning “reasonable or probable” (*New Oxford Dictionary* (1998)) or “believable and appearing likely to be true” (*Encarta World Dictionary* (1999)). (The word “plausible” does in English, but not in French, have a secondary meaning of an argument that is specious or intended to deceive.)

B. PLAUSIBILITY OF COSTA RICA’S RIGHT

6. Much of the evidence in the proceedings in the present case concerned Costa Rica’s claim to sovereignty over the disputed territory and the infringement by Nicaragua of its environmental rights in the territory. Of course, this evidence was necessary to establish irreparable prejudice on the part of Costa Rica for the purpose of an order for provisional measures, but at the same time the evidence in support of Costa Rica’s claim to territorial title was fully canvassed. Conversely, Nicaragua also led evidence of its claim to territorial title. In fact, most of the evidence related to the Parties’ competing claims to sovereignty over the disputed territory, with the Applicant seeking to show that it had a strong case on the merits, if not a conclusive one, and the Respondent seeking to challenge this claim. In the course of its argument, Costa Rica asserted the plausibility of its right to territorial title and Nicaragua attempted to refute the existence of such right. Both Parties appeared to accept that this could not be done without an investigation of matters pertaining to the merits, although Nicaragua did caution the Court against trespassing on the merits of the case.

7. Costa Rica claimed that its rights to territorial integrity and the protection of its environment had been violated by Nicaragua’s incursion into the Isla Portillos. These rights are inseparable as this is not a case in which the environment has been damaged by acts occurring outside Costa Rica’s territory. Essentially therefore the right asserted by Costa Rica pertained to its territorial integrity.

8. The evidence established convincingly that Costa Rica’s right to sovereignty and territorial integrity over the Isla Portillos was plausible.

9. The 1858 Treaty of Limits establishing the boundary between Costa Rica and Nicaragua provides that the boundary line shall commence “in the mouth of the River San Juan de Nicaragua; and shall continue,

⁶ M. Mendelson “Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction”, 46 *British Year Book of International Law*, 1972-1973, p. 317.

litiges internationaux» (*mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991*, p. 36). Un autre critère a été suggéré, consistant à s'assurer que la position du demandeur était au moins défendable sur le fond⁶. N'importe laquelle de ces formules aurait sans doute fait l'affaire. Il en va de même pour le critère de «plausibilité», pour autant que le mot «plausible» s'entende dans le sens de «raisonnable ou probable» [«reasonable or probable»] (*New Oxford Dictionary*, 1998) ou de «crédible ou vraisemblable» [«believable and appearing likely to be true»] (*Encarta World Dictionary*, 1999)] (en anglais, le mot «plausible» a également un autre sens — qu'il n'a pas en français —, celui de «spécieux» ou «fallacieux»).

B. LE CARACTÈRE PLAUSIBLE DU DROIT DU COSTA RICA

6. Une grande partie des éléments de preuve versés au dossier de l'affaire se rapportent aux prétentions de souveraineté du Costa Rica sur le territoire litigieux et aux atteintes portées par le Nicaragua à ses droits en matière de protection de l'environnement sur ce territoire. Bien entendu, ces éléments de preuve étaient nécessaires pour établir le risque de préjudice irréparable et obtenir l'indication de mesures conservatoires, mais il n'en reste pas moins que le Costa Rica a ainsi donné une ébauche complète de l'argumentation qu'il entend faire valoir pour établir son titre territorial. Le Nicaragua a, lui aussi, produit des éléments tendant à prouver qu'il possède un titre territorial. En fait, la plupart des éléments de preuve ont porté sur les prétentions concurrentes des Parties à la souveraineté sur le territoire litigieux, le demandeur cherchant à démontrer le bien-fondé de ses revendications, fût-ce *prima facie*, et le défendeur cherchant à les contester. Dans le cours de son argumentation, le Costa Rica a défendu le caractère plausible de son droit à un titre territorial, tandis que le Nicaragua s'est efforcé de nier l'existence d'un tel droit. Il semble que les deux Parties aient reconnu que cela ne pouvait se faire sans que soient abordées des questions relevant du fond, même si le Nicaragua a invité la Cour à prendre garde de ne pas empiéter sur ce dernier.

7. Le Costa Rica a soutenu que l'incursion du Nicaragua dans Isla Portillos avait violé ses droits à l'intégrité territoriale et à la protection de son environnement. Ces deux droits sont indissociables puisque, dans cette affaire, les dommages à l'environnement ne sont pas causés par des actes commis en dehors du territoire costa-ricien. Aussi le droit revendiqué par le Costa Rica est-il essentiellement lié à son intégrité territoriale.

8. Les éléments de preuve ont permis d'établir de manière convaincante le caractère plausible du droit du Costa Rica à la souveraineté et à l'intégrité territoriale sur Isla Portillos.

9. Aux termes du traité de limites de 1858 établissant la frontière entre le Costa Rica et le Nicaragua, celle-ci commence «à l'embouchure du fleuve San Juan de Nicaragua, puis sui[t] la rive droite de ce fleuve»

⁶ M. Mendelson, «Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction», *British Year Book of International Law*, 1972-1973, vol. 46, p. 317.

always following the right bank of the said river” (Article II). In 1897 the First Alexander Award interpreted this treaty to mean that the boundary follows the waters edge around Harbor Head Lagoon until it reaches the San Juan River by “the first channel met” and continues “up this channel”, and then up the San Juan River as directed in the Treaty of 1858. The First Alexander Award was accompanied by a hand-drawn sketch which indicates that the “first channel met” is the San Juan River proper and makes it clear that the boundary line described by the Treaty of 1858 and the First Alexander Award allocates the Isla Portillos to Costa Rica. Moreover when the First Alexander Award was published by John Basset Moore in *History and Digest of the International Arbitration to which the United States Has Been a Party*, Vol. V (1898), it included a map of the area which confirms that the Isla Portillos falls within the territory of Costa Rica. Maps may not provide conclusive evidence of a boundary but they do still stand “as a statement of geographical fact” especially when the State adversely affected has itself produced and disseminated such maps (*Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 95, para. 271). It is therefore of significance that maps dating from the time of the Alexander Awards to the present time support Costa Rica’s claim. These maps include Nicaraguan maps, maps produced by both Costa Rica and Nicaragua in their 2009 dispute before the Court (*Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*), and maps produced by the United States and international agencies. Finally, Nicaragua accepted the border as claimed by Costa Rica for over 100 years. It was only after Costa Rica initiated proceedings before the Court and complained about Nicaragua’s incursion into the Isla Portillos to the Organization of American States that Nicaragua claimed sovereignty over the territory.

10. Nicaragua sought to substantiate its claim to sovereignty over the Isla Portillos by arguing that the “first channel met” in the Harbor Head Lagoon, referred to in the First Alexander Award, was no longer the San Juan River but a small stream or *caño* which had opened up recently; and that Alexander had himself contemplated in his Second Award that the boundary would change as the terrain underwent physical changes. This argument is unsupported by the law or the facts. First, it is extremely difficult to reconcile the argument with the Treaty of 1858 or the First Alexander Award which clearly indicate the natural course of the San Juan River as the boundary. Secondly, there was no evidence that the terrain had changed substantially since the Alexander Awards. Thirdly, maps and satellite photographs failed to provide clear evidence of the existence of the *caño* before Nicaragua’s environmental cleaning operation in October 2010 which had opened up the *caño*.

(art. II). En 1897, selon l'interprétation du traité donnée par la première sentence Alexander, la ligne frontière longeait tout le pourtour de la lagune de Harbor Head jusqu'à atteindre le fleuve San Juan par «le premier chenal rencontré» et se poursuivait «en remontant ce chenal», puis le fleuve proprement dit, comme prescrit dans le traité de 1858. La première sentence Alexander était accompagnée d'un croquis tracé à la main qui montrait que «le premier chenal rencontré» était le fleuve San Juan proprement dit, et établissait sans le moindre doute que la ligne frontière décrite dans le traité de 1858 et la première sentence Alexander plaçait Isla Portillos en territoire costa-ricien. De surcroît, la première sentence Alexander, telle que publiée par John Basset Moore dans l'ouvrage intitulé *History and Digest of the International Arbitration to which the United States Has Been a Party*, vol. V (1898), était illustrée par une carte de la région confirmant que Isla Portillos faisait partie du territoire du Costa Rica. Certes, une carte ne saurait constituer un élément déterminant quant à la délimitation d'une frontière, mais elle n'en reste pas moins «une indication de fait géographique», en particulier lorsque l'Etat désavantagé l'a lui-même établie et distribuée (*Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 95, par. 271). Que des cartes établies à l'époque des sentences Alexander et jusqu'à ce jour — parmi lesquelles des cartes nicaraguayennes, des cartes produites par le Costa Rica et le Nicaragua dans le cadre d'un autre litige les ayant opposés, que la Cour a tranché en 2009 (*Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*), et des cartes présentées par les Etats-Unis et des organismes internationaux — viennent au soutien de la thèse costa-ricienne constitue donc un démenti important. Enfin, le Nicaragua a accepté la frontière revendiquée par le Costa Rica pendant plus d'un siècle. Ce n'est qu'après que ce dernier eut introduit une instance devant la Cour et dénoncé auprès de l'Organisation des Etats américains l'incursion de son voisin dans Isla Portillos que le Nicaragua a revendiqué sa souveraineté sur ce territoire.

10. Pour étayer sa prétention à la souveraineté sur Isla Portillos, le Nicaragua a soutenu, d'une part, que «le premier chenal rencontré» dans la lagune de Harbor Head, auquel il est fait référence dans la première sentence Alexander, n'était plus le fleuve San Juan mais un petit chenal, ou *caño*, apparu récemment, et, d'autre part, qu'Alexander lui-même avait envisagé dans sa deuxième sentence arbitrale que la frontière se modifierait sous l'effet des changements physiques du terrain. Cet argument n'est corroboré ni par le droit ni par les faits. Premièrement, il est extrêmement difficile de le concilier avec le traité de 1858 ou la première sentence Alexander, qui indiquent clairement que le cours naturel du fleuve San Juan constitue la frontière. Deuxièmement, rien ne montre que le terrain a subi des changements importants depuis les sentences Alexander. Troisièmement, les cartes et les photographies par satellite n'ont pas apporté la preuve de l'existence du *caño* avant les opérations de nettoyage de l'environnement entreprises par le Nicaragua en octobre 2010, qui ont justement ouvert ce passage.

11. Both Parties claimed to have exercised some governmental authority over the inhabited wetland of the Isla Portillos. Competing *effectivités* over the territory is clearly a matter for determination on the merits.

12. In these circumstances, the Court finds that Costa Rica has a plausible right to sovereignty over the Isla Portillos and that it was not called upon to rule on the plausibility of Nicaragua's claim to sovereignty (Order, para. 58).

C. TERRITORIAL INTEGRITY AND PROVISIONAL MEASURES

13. Before addressing the question of the appropriate order in the present case it is necessary to consider the question whether special considerations apply to such an order in cases involving the invasion of the territorial integrity of a State.

14. Respect for territorial integrity is a fundamental principle of the international legal order. It is a principle enshrined in Article 2 (4) of the Charter of the United Nations, the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations (General Assembly, resolution 2625 (XXV) of 24 October 1970), and a host of international instruments and resolutions. As Judge Koroma stated in his dissenting opinion in the Advisory Opinion on *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*: "This principle entails an obligation to respect the definition, *delineation* and territorial integrity of an existing State." (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 475, para. 21; emphasis added.)

15. The prohibition on the use of force in international relations is accepted as a peremptory norm, a norm of *jus cogens*⁷. This prohibition is directly related to the principle of respect for territorial integrity, as demonstrated by Article 2 (4) of the Charter of the United Nations which prohibits the "threat or use of force against the territorial integrity . . . of any State". In these circumstances, it is difficult to resist the conclusion that respect for the territorial integrity of a State *by other States*⁸ is a norm of *jus cogens*.

16. Related to respect for territorial integrity is the principle of respect for boundaries, particularly boundaries demarcated by treaty and confirmed by arbitral award. As the Court stated in the case concerning *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*: "In general, when two countries

⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 100, para. 190.

⁸ In its Advisory Opinion on *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* of 22 July 2010, the Court found that the principle of territorial integrity is "confined to the sphere of relations between States", (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 437, para. 80).

11. Les deux Parties prétendent avoir exercé certaines prérogatives de puissance publique sur la zone humide inhabitée de Isla Portillos. La question des effectivités concurrentes sur ce territoire relève clairement du fond.

12. Dans ces circonstances, la Cour conclut que le Costa Rica possède un droit plausible à la souveraineté sur Isla Portillos et qu'elle n'a pas à se prononcer sur la plausibilité du titre de souveraineté revendiqué par le Nicaragua (ordonnance, par. 58).

C. L'INTÉGRITÉ TERRITORIALE ET LES MESURES CONSERVATOIRES

13. Avant de s'interroger sur les mesures appropriées qu'aurait dû indiquer une ordonnance en l'espèce, il faut déterminer si le fait qu'il s'agissait d'une violation de l'intégrité territoriale d'un Etat sous forme d'une invasion appelait des considérations particulières.

14. Le respect de l'intégrité territoriale est un principe fondamental de l'ordre juridique international, consacré par le paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies, la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies (Assemblée générale, résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970), et toute une série d'instruments et de résolutions adoptés à l'échelle internationale. Comme l'a indiqué le juge Koroma dans son opinion dissidente sur l'avis consultatif relatif à la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, «[c]e principe entraîne l'obligation de ne pas porter atteinte à la définition, à la *délimitation* et à l'intégrité territoriale des Etats existants.» (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 475, par. 21; les italiques sont de moi.)

15. L'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales est acceptée comme une norme impérative, faisant partie du *jus cogens*⁷. Cette interdiction est directement liée au respect du principe de l'intégrité territoriale, comme l'indique le paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies, qui interdit le recours «à la menace ou à l'emploi de la force ... contre l'intégrité territoriale ... de tout Etat». Il est donc difficile dans ces conditions de ne pas conclure que le respect de l'intégrité territoriale d'un Etat *par d'autres Etats*⁸ est une norme relevant du *jus cogens*.

16. Un principe lié au respect de l'intégrité territoriale est celui du respect des frontières, en particulier des frontières délimitées par un traité et confirmées par une sentence arbitrale. Comme l'a affirmé la Cour en l'affaire du *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, «[D]'une

⁷ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 100, par. 190.

⁸ Dans son avis consultatif du 22 juillet 2010 sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, la Cour a conclu que la portée du principe de l'intégrité territoriale était «donc limitée à la sphère des relations interétatiques» (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 437, par. 80).

establish a frontier between them, one of the primary objects is to achieve stability and finality.” (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 34.)

17. Incursions across borders, that is, violations of territorial integrity, bring with them not only a risk of irreparable prejudice to the State whose border has been violated, but also risk of loss of life arising from the likelihood of armed confrontations between the forces of the invader and the invaded⁹. This consideration led the Court in the present case to conclude that the likelihood that Nicaragua might send troops into the disputed territory created a risk of irreparable prejudice to Costa Rica (Order, para. 75).

18. For the above reasons, special considerations apply to a request for provisional measures in a case involving the violation of the territorial integrity of a State that has proved a “plausible right” to such territory. Such considerations should not only result in a finding of irreparable prejudice but also in an order that fully vindicates the position of the invaded State by directing that the invading State withdraw its military forces pending the hearing on the merits.

D. THE NATURE OF THE TERRITORY AND PROVISIONAL MEASURES

19. In its Order (para. 77), the Court finds that “given the nature of the disputed territory” both Parties should refrain from sending to, or maintaining, in the disputed territory, any personnel, whether civilian, police or security, until the Court has decided the dispute on the merits. Whether the “nature of the disputed territory” warrants an even-handed order that treats both parties alike, instead of one directing the invading State alone to withdraw, is questionable.

20. If, hypothetically, the State of Utopia invaded the State of Arcadia, a densely populated State, and sought to establish a military presence in an Arcadian city, and, if Arcadia could show that it had a highly plausible title to its territory, which had hitherto been unchallenged, it is surely unlikely that the Court would make an order for provisional measures calling on both parties to withdraw their forces from the disputed city. Instead, it is more likely that the Court would order Utopia, the invader and recent challenger or Arcadia’s territorial title, to withdraw pending a decision on the merits of the dispute. Here a direction to both parties to withdraw their forces would result in an administrative vacuum and cause chaos in the disputed city.

⁹ See S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, Vol. III, *Procedure*, 2006, p. 1410.

manière générale, lorsque deux pays définissent entre eux une frontière, un de leurs principaux objectifs est d'arrêter une solution stable et définitive.» (*Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 34.)

17. Les incursions au-delà des frontières, autrement dit les violations de l'intégrité territoriale, font naître non seulement un risque de préjudice irréparable pour l'Etat dont la frontière a été violée, mais aussi un risque de pertes en vies humaines en raison des affrontement armés qui opposeront vraisemblablement les forces de l'Etat envahisseur et celles de l'Etat envahi⁹. Cette considération a porté la Cour à conclure en l'espèce que la probabilité de voir le Nicaragua envoyer des forces armées dans le territoire litigieux créait un risque de préjudice irréparable au Costa Rica (ordonnance, par. 75).

18. Pour les raisons exposées ci-dessus, une demande en indication de mesures conservatoires dans une affaire se rapportant à la violation de l'intégrité territoriale d'un Etat qui a prouvé l'existence d'un «droit plausible» sur le territoire concerné appelle des considérations particulières. Celles-ci auraient dû conduire la Cour non seulement à conclure à l'existence d'un risque de préjudice irréparable, mais aussi à rendre une ordonnance qui vienne pleinement au soutien de la position de l'Etat envahi en enjoignant à l'Etat envahisseur de retirer ses forces jusqu'à l'examen au fond.

D. LA NATURE DU TERRITOIRE ET LES MESURES CONSERVATOIRES

19. Dans son ordonnance (par. 77), la Cour conclut que, «compte tenu de la nature du territoire litigieux», chaque Partie doit s'abstenir d'envoyer ou de maintenir sur le territoire litigieux des agents, qu'ils soient civils, de police ou de sécurité, jusqu'à ce qu'elle ait tranché le différend sur le fond. Que «la nature du territoire litigieux» justifie une ordonnance traitant les deux Parties de la même manière, sans distinction, plutôt qu'une ordonnance prescrivant au seul Etat envahisseur de se retirer, m'apparaît discutable.

20. Si, par hypothèse, l'Etat d'Utopie envahissait l'Etat d'Arcadie, très densément peuplé, et cherchait à établir une présence militaire dans une ville arcadienne, et si l'Arcadie était en mesure de prouver qu'elle possédait un titre très plausible sur ce territoire, incontesté jusqu'alors, la Cour ne rendrait très probablement pas une ordonnance en indication de mesures conservatoires dans laquelle elle prescrirait aux deux parties de retirer leurs forces de la ville en question. Plus vraisemblablement, elle enjoindrait à l'Utopie, qui aurait envahi le territoire et contesterait depuis peu le titre territorial de l'Arcadie, de retirer ses forces dans l'attente d'une décision sur le fond de l'affaire. En l'espèce, une mesure imposant aux deux parties de retirer leurs forces créerait un vide administratif et serait source de chaos dans la ville en litige.

⁹ Voir S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, vol. III, *Procedure*, 2006, p. 1410.

21. It seems, according to the reasoning of the Court, that the situation is different when the disputed territory is an uninhabited wetland, where the absence of law enforcement officers from both applicant and respondent States will not have adverse consequences for the population of the applicant State. But is this necessarily a fair and just solution? Courts have held that a State may not be required to display the same degree of *effectivité* over an uninhabited and uninhabitable territory for the purpose of establishing title to territory¹⁰, but there is no reason why such a territory, once it has been shown that a State has a plausible right to the territory, should not be administered by that State in the same way as an inhabited part of the State's territory. Considerations of respect for territorial integrity apply as much to uninhabited territory as they do to inhabited territory as a State's sovereignty extends over both the inhabited and uninhabited parts of its territory. There is no more justification for an order for the withdrawal of forces from both parties in such a case than there is in the hypothetical case depicted in paragraph 20.

E. CONCLUSION

22. The Court has adopted a highly even-handed approach in the first paragraph of its *dispositif* in an effort to avoid making any pre-judgment of the merits of the case. Both Parties are ordered to refrain from sending to, or maintaining in the disputed area any personnel, whether civilian, police or security. But even-handedness can be taken too far. In this case Costa Rica has shown convincingly that it has a plausible right to sovereignty over the disputed territory and that Nicaragua's conduct creates an imminent risk of irreparable prejudice to the territory (Order, para. 75). Moreover, without prejudging Nicaragua's claim to sovereignty over the disputed territory, it should be stressed that its claim was first raised only after the initiation of the present proceedings and Costa Rica's complaint to the Organization of American States. In these circumstances, justice requires that Nicaragua alone should have been ordered to "refrain from sending to, or maintaining in the disputed territory, including the *caño*, any personnel, whether civilian, police or military". In other words, the first paragraph of the *dispositif* should have sought to restore the *status quo ante*, the situation as it existed before Nicaragua's incursion into the Isla Portillos.

23. A serious objection to the even-handedness displayed by the Court in its Order is that by directing both Parties to keep out of the disputed territory it inevitably will be perceived as giving credibility or legitimacy

¹⁰ *Island of Palmas*, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. II, p. 840; *Legal Status of Eastern Greenland, Judgment, 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 53*, p. 46; "Clipperton Island", *26 American Journal of International Law*, 1932, p. 394.

21. Si l'on s'en tient au raisonnement de la Cour, il semble que la situation soit différente lorsque le territoire litigieux est une zone humide inhabitée, où l'absence de forces de l'ordre, qu'elles soient envoyées par l'une ou l'autre Partie, n'aura pas d'effet préjudiciable sur la population de l'Etat demandeur. Mais cette décision est-elle nécessairement juste et équitable? Il ressort de la jurisprudence internationale que, aux fins d'établir son titre territorial¹⁰, un Etat n'est pas tenu de montrer le même degré d'effectivité sur un territoire inhabité et inhabitable, mais il n'y a pas de raison pour qu'un Etat ayant démontré l'existence d'un droit plausible à la souveraineté sur ce territoire ne puisse l'administrer au même titre qu'une partie habitée du territoire national. Les considérations de respect de l'intégrité territoriale s'appliquent aussi bien aux territoires habités qu'aux territoires non habités, un Etat étant souverain sur l'ensemble de son territoire, qu'il soit peuplé ou non. Il n'est pas plus justifié d'imposer en l'espèce à chacune des Parties le retrait de ses forces que cela ne l'est dans l'hypothèse envisagée au paragraphe 20.

E. CONCLUSION

22. Au premier point du dispositif de son ordonnance, par souci de ne pas préjuger le fond de l'affaire, la Cour a choisi de n'établir strictement aucune distinction entre les deux Parties, prescrivant à chacune d'entre elles de s'abstenir d'envoyer ou de maintenir des agents sur le territoire litigieux, qu'ils soient civils, de police ou de sécurité. Mais une telle absence de distinction peut être excessive. En la présente affaire, le Costa Rica a montré de manière convaincante qu'il possédait un droit plausible à la souveraineté sur le territoire litigieux et que le comportement du Nicaragua faisait naître un risque imminent de préjudice irréparable à ce territoire (ordonnance, par. 75). De plus, sans préjuger du droit revendiqué par le Nicaragua à la souveraineté sur le territoire litigieux, il convient de souligner que ce n'est qu'après que la présente instance eut été introduite par le Costa Rica et que ce dernier se fut plaint auprès de l'Organisation des Etats américains que le Nicaragua a pour la première fois soulevé cette question. Dans ces circonstances, l'équité aurait voulu que l'injonction de s'abstenir « d'envoyer ou de maintenir sur le territoire litigieux, y compris le *caño*, des agents, qu'ils soient civils, de police ou de sécurité » s'adressât au seul Nicaragua. Autrement dit, dans le premier point du dispositif, la Cour aurait dû chercher à rétablir le *statu quo ante*, c'est-à-dire la situation telle qu'elle était avant l'incursion du Nicaragua dans Isla Portillos.

23. L'absence de distinction opérée par la Cour dans son ordonnance se heurte à une sérieuse objection: en demandant aux deux Parties de rester en dehors du territoire litigieux, la Cour ne manquera pas d'être

¹⁰ *Ile de Palmas*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. II, p. 840; *Statut juridique du Groënland oriental, arrêt, 1933, C.P.J.I. série AIB n° 53*, p. 46; « Cliperton Island », *American Journal of International Law*, 1932, vol. 26, p. 394.

to Nicaragua's claim, despite the weakness of the claim (on the evidence before the Court) and the late raising of the claim. There is a danger that the Court's Order may encourage a State with territorial ambitions to invade its neighbour, occupy coveted territory, raise a claim to territorial title in the face of the Court, and then hope to gain legitimacy for its claim by an even-handed order for provisional measures of the kind rendered by the Court in this case. In short, it is a dangerous precedent.

24. The second paragraph of the *dispositif* recognizes that Costa Rica has a stronger claim to the disputed territory as it permits Costa Rica to take measures to protect the environment of the disputed territory and to dispatch civilian personnel to the territory for this purpose. In discharging its responsibility for the protection of the environment of the disputed territory, including the *caño*, Costa Rica is required to consult with the Secretariat of the Ramsar Convention, give prior notice to Nicaragua of its actions and use its best endeavour to find common solutions with Nicaragua in respect of its actions. In the final resort, however, the responsibility for the protection of the environment of the Isla Portillos, including the *caño*, lies with Costa Rica which has demonstrated a plausible right to territorial sovereignty over the territory.

25. Despite my misgivings about the first paragraph of the *dispositif*, I have voted in favour of the Order in its entirety because the second paragraph of the *dispositif* recognizes Costa Rica's claim to the disputed territory and ensures that Costa Rica will be able to discharge its responsibility for the protection of the environment of the Isla Portillos.

26. Paragraph three of the *dispositif* is also important as it requires each Party to refrain from any action which might aggravate the dispute. It is my earnest hope that both Parties will scrupulously comply with this direction.

(Signed) John DUGARD.

perçue comme accordant une certaine crédibilité et une certaine légitimité à la revendication du Nicaragua, en dépit de la faiblesse de celle-ci (du moins au vu des éléments soumis à la Cour) et de sa formulation tardive. Il est à craindre que cette ordonnance n'incite un Etat nourissant des ambitions territoriales à envahir son voisin, à occuper un territoire convoité puis à faire valoir une prétention territoriale devant la Cour, en espérant que sa prétention se trouvera légitimée par une ordonnance en indication de mesures conservatoires qui, comme celle rendue en l'espèce, mettra les deux parties sur le même plan. En bref, il s'agit d'un dangereux précédent.

24. Le deuxième point du dispositif reconnaît que le Costa Rica a une prétention plus solide sur le territoire litigieux puisqu'il autorise cet Etat à prendre des mesures en vue d'en protéger l'environnement, dont celui du *caño*, et à y envoyer des agents civils à cette fin. Dans l'accomplissement de cette tâche, le Costa Rica devra consulter le Secrétariat de la convention de Ramsar, informer préalablement le Nicaragua de ses activités et faire de son mieux pour rechercher avec ce dernier des solutions communes. En dernier ressort, toutefois, la responsabilité de la protection de l'environnement de Isla Portillos, et notamment du *caño*, incombe au Costa Rica, qui a prouvé l'existence d'un droit plausible à la souveraineté sur ce territoire.

25. Si, malgré les réserves que m'inspire le premier point du dispositif, j'ai voté en faveur de l'ensemble de l'ordonnance, c'est parce que, au point suivant, la Cour reconnaît la prétention du Costa Rica sur le territoire litigieux et fait en sorte qu'il puisse assumer la responsabilité qui est la sienne de protéger l'environnement de Isla Portillos.

26. Le troisième point du dispositif a également son importance en ce qu'il impose à chaque Partie de s'abstenir de tout acte qui risquerait d'aggraver le différend. J'espère très sincèrement que les deux Parties se conformeront scrupuleusement à cette exigence.

(Signé) John DUGARD.