

## SEPARATE OPINION OF JUDGE OWADA

1. I have voted in favour of the conclusions reached by the Court in the operative part (*dispositif*) of the present Judgment, as I have no disagreement with these conclusions as such. It is my view, however, that certain specific aspects of the reasoning (*ratio decidendi*) of the Judgment that have led the Court to these conclusions have not been developed with sufficient clarity in the reasoning part (*motifs*) of the Judgment. For this reason, I wish to attach this opinion of mine, with a view to elaborating my own view on these points as I see them in the reasoning of the Judgment. (It goes without saying that I do not intend to put my own words into the language of the Judgment, but wish to explain how I see certain points covered by the Judgment.)

## I. THE ISSUE OF SOVEREIGNTY OVER THE DISPUTED TERRITORY

2. In my view, the question of sovereignty over the “disputed territory” constitutes the central issue of the dispute brought before the Court in 2010 by Costa Rica in relation to certain activities conducted by Nicaraguan authorities. In the present Judgment, while the Court has rightly concluded that the legal instruments relevant for determining sovereignty over the “disputed territory” should be the 1858 Treaty, the Cleveland Award of 1888 and the Alexander Award of 1897, the language of the Judgment does not seem to have been sufficiently articulate on the logical sequence that exists between these relevant legal instruments. Thus, on the issue of territorial sovereignty, which should be the prerequisite for determining the concrete allegations by the Applicant of violations of sovereignty by the Respondent, the Judgment summarily concludes that “Articles II and VI [of the 1858 Treaty], taken together, provide that the right bank of a channel of the river forms the boundary on the assumption that this channel is a navigable ‘outlet of commerce’” (Judgment, para. 76).

3. For the purpose of our analysis of these documents, however, the Court in my view should start from the premise that what is determinative in this case is first and foremost the interpretation of the 1858 Treaty and then to pursue the logical sequence of the relevant legal instruments, i.e., first the 1858 Treaty, then the Cleveland Award, which was meant to give an authoritative interpretation of the 1858 Treaty, and finally the Alexander Awards, which were given under the mandate of General Alexander to demarcate the boundary and to implement the Cleveland Award, in light of their assigned roles and purposes in their contexts. In my view,

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE OWADA

[Traduction]

1. J'ai voté en faveur des conclusions auxquelles est parvenue la Cour dans le dispositif du présent arrêt, puisque je ne m'y oppose pas à proprement parler. J'estime cependant que certains aspects précis du raisonnement (*ratio decidendi*) qui les sous-tend n'ont pas été développés avec suffisamment de clarté dans les motifs de l'arrêt. C'est pourquoi je joins l'exposé de mon opinion individuelle, afin d'exprimer mes vues sur la manière dont ces points sont traités dans la motivation. (Il va sans dire que je n'entends pas reformuler l'arrêt à ma façon, mais souhaite seulement expliquer ma perception en ce qui concerne certaines des questions abordées.)

### I. LA QUESTION DE LA SOUVERAINETÉ SUR LE TERRITOIRE LITIGIEUX

2. A mon avis, la souveraineté sur le « territoire litigieux » constitue la question centrale du différend porté devant la Cour par le Costa Rica en 2010, relativement à certaines activités menées par les autorités nicaraguayennes. Dans le présent arrêt, même si la Cour a eu raison de conclure que les textes à retenir sur ce point étaient le traité de 1858, la sentence Cleveland de 1888 et la sentence Alexander de 1897, les rapports logiques existant entre eux ne me semblent pas suffisamment exposés. Ainsi, sur la question de la souveraineté territoriale, préalable à toute décision sur les allégations concrètes de violation formulées par le demandeur contre le défendeur, l'arrêt se borne à conclure qu'« il découle des articles II et VI [du traité de 1858], lus conjointement, que, pour que la rive droite d'un chenal du fleuve constitue la frontière, ce chenal doit être navigable et offrir un « débouché en mer pour le commerce » » (arrêt, par. 76).

3. Au moment d'entreprendre l'analyse de ces documents, toutefois, la Cour aurait dû selon moi partir du principe que c'est avant tout l'interprétation du traité de 1858 qui est déterminante en l'espèce, puis aborder les textes applicables suivant un ordre logique, en fonction du rôle spécifique et du contexte de chacun, à commencer par le traité de 1858, pour passer ensuite à la sentence Cleveland, laquelle était censée donner une interprétation autorisée du traité, et enfin aux sentences Alexander, prononcées dans le cadre de l'exécution du mandat confié au général Alexander de procéder à la démarcation de la frontière et de mettre en œuvre la

thus, the central issue that determines the issue of sovereignty over the disputed territory is *not* the identification of the geographical location of “the first channel met”, used in the first Alexander Award, among the many watercourses that could have existed (or now exist) in the wetland of the disputed territory, as some of the counsel have tried to persuade the Court. In my view, however, the Court’s task is rather to apply the basic interpretative reasoning followed by General Alexander within the scope of his mandate under the Pacheco-Matus Convention of 1896, to “proceed with [the demarcation] of the border line” on the basis of the 1858 Treaty and the Award rendered in 1888 by President Cleveland, who had been entrusted with the task of deciding upon, *inter alia*, “all . . . points of doubtful interpretation which either of the parties may find in the [1858 Treaty]”, and thus of giving an authoritative interpretation of the 1858 Treaty. Under these circumstances, the task for the Court has not and cannot have been literally to follow the line described in the first Alexander Award in 1897, particularly as General Alexander already was faced with the difficulty of investigating what the Cleveland Award had established as the authoritative interpretation of the 1858 Treaty, because of the changed geography of the area over the intervening 30 years. The resolution by the Court of the question of territorial sovereignty over the disputed territory in this situation is to be based on the same legal sources (i.e., the national boundary as determined by the 1858 Treaty) and the same legal reasoning that General Alexander applied in implementing the Cleveland Award of 1888, which, even after the passage of 30 years, provided the authoritative and binding interpretation and determination of the boundary prescribed by the 1858 Treaty.

4. It is this reasoning in my view that General Alexander applied in his first Award of 30 September 1897, when considering how the natural terminus of the San Juan River (which used to be the “right-hand headland of the harbour mouth”) as determined by the 1858 Treaty could reach the San Juan River proper following what used to be the San Juan River’s right bank. Already at the time of the first Alexander Award, the only possible way to identify the navigable waterway (as contrasted to any watercourse) that connected this “natural terminus” of the San Juan River to the Lower San Juan River was to follow the edge of the Harbor Head Lagoon until it reached the San Juan River proper. If we transfer this reasoning to the present situation, the contour of the territory following from General Alexander’s underlying reasoning, rather than the actual boundary line that he demarcated on the ground at that time, would unequivocally lead one to the conclusion that the disputed territory is under Costa Rican sovereignty.

5. Incidentally, in understanding the prescriptive description of the first Alexander Award, it is useful to note that the term used by General Alexander was “the first *channel* met” (emphasis added), and not “the first *caño* met”. (The term “channel”, according to the *Oxford Eng-*

sentence Cleveland. A mon sens, s'agissant de la souveraineté sur le territoire litigieux, la question principale à trancher n'est donc *pas* celle de l'emplacement géographique du «premier chenal rencontré» dont il est question dans la première sentence Alexander, parmi les différents cours d'eau qui ont pu sillonner (ou sillonnent actuellement) la zone humide du territoire litigieux, comme certains conseils ont voulu le faire croire à la Cour. J'estime que la mission qui incombe à la Cour est plutôt de reprendre la démarche interprétative initialement suivie par le général Alexander dans le cadre du mandat qui lui avait été confié par la convention Pacheco-Matus de 1896 de procéder à «la démarcation de la ligne frontière» sur la base du traité de 1858 et de la sentence rendue en 1888 par le président Cleveland, lequel avait été chargé, entre autres, de trancher «tous les ... points d'interprétation douteuse que l'une ou l'autre des parties aura[it] pu relever dans le traité [de 1858]» et de donner ainsi une interprétation autorisée de celui-ci. Dans ces conditions, la tâche de la Cour ne saurait consister à suivre littéralement la ligne précisée dans la première sentence Alexander de 1897, d'autant plus que le général Alexander avait déjà dû faire face à la difficulté d'analyser l'interprétation donnée au traité de 1858 par la sentence Cleveland en tenant compte de l'évolution de la géographie de la région au cours des trente années écoulées entre-temps. Pour trancher la question de la souveraineté sur le territoire litigieux, la Cour devait remonter aux mêmes sources de droit (soit la frontière politique établie par le traité de 1858) et suivre le même raisonnement que le général Alexander lorsqu'il a mis en œuvre la sentence Cleveland de 1888, laquelle, même après trente ans, faisait autorité quant à l'interprétation du traité de 1858 et au tracé de la frontière prescrite par celui-ci.

4. C'est à mon avis ce raisonnement que le général Alexander a appliqué dans sa première sentence, en date du 30 septembre 1897, lorsqu'il a examiné la question de savoir comment l'extrémité naturelle du fleuve San Juan (laquelle correspondait au «promontoire droit de l'embouchure du port»), définie par le traité de 1858, pouvait être reliée au San Juan proprement dit en suivant ce qui était alors la rive droite du fleuve. Dès l'époque de la première sentence Alexander, le seul moyen de déterminer quel était le cours d'eau navigable (par opposition à tout autre cours d'eau) qui joignait cette «extrémité naturelle» du fleuve San Juan au cours inférieur de celui-ci consistait à longer la lagune de Harbor Head jusqu'à atteindre le San Juan proprement dit. Si l'on transpose ce raisonnement dans le contexte actuel, la délimitation résultant de la démarche suivie par le général Alexander, plutôt que la ligne frontière dont ce dernier a effectivement réalisé la démarcation sur le terrain, conduit sans équivoque à la conclusion que le territoire litigieux relève de la souveraineté du Costa Rica.

5. Soit dit en passant, pour bien comprendre le tracé prescrit par la première sentence Alexander, il convient de garder à l'esprit que le général Alexander a employé le terme «premier *chenal* rencontré» (les italiques sont de moi) et non «premier *caño* rencontré». (Dans le domaine de la

*lish Dictionary*, denotes as a geographic term “[a] (comparatively) narrow piece of water, wider than a mere ‘strait’, connecting two larger pieces, usually seas”. This would appear to be the proper definition of the term for establishing what General Alexander had in mind, assuming that the first Alexander Award was originally drafted in English.) Be that as it may, there seems to be no doubt that General Alexander came to the conclusion that this “channel” was the one to follow in determining the boundary line as defined by the 1858 Treaty and interpreted by the Cleveland Award, not because General Alexander found that it was there as the first watercourse that he came across on his journey following the water along the Harbor Head Lagoon, but because he acted on his understanding that this “first channel” represented part of the main stream of water flowing from the San Juan River proper leading to the starting-point of the boundary line which was at the mouth of the river. In other words, General Alexander was trying faithfully to follow the prescription of the 1858 Treaty contained in its Article II, namely that:

“The dividing line between the two Republics, starting from the Northern Sea, shall begin at the end of Punta de Castilla, at the mouth of the San Juan de Nicaragua River, and *shall run along the right bank of the said river up to a point three English miles distant from Castillo Viejo . . .*” (Emphasis added.)

6. The third Alexander Award is also indicative of the reasoning of General Alexander, inasmuch as it explicitly affirms that the position of the boundary line will be altered only by “changes *in the banks or channels of the river . . .* as may be determined by the rules of international law applicable on a case-by-case basis” (third Alexander Award, *RIAA*, Vol. XXVIII, p. 230; emphasis added), and not just by any watercourse that can serve the purpose of letting water pass from the San Juan River proper to the Harbor Head Lagoon.

7. In other words, if we translate the language and transfer the reasoning of the Alexander Awards to the present-day geographical situation of the area, there could be no question that the reasoning underlying the first Alexander Award would lead to the unequivocal outcome that the Court has reached in the present Judgment on the question of sovereignty over the disputed territory. The task of the Court is simply to apply the reasoning of General Alexander in his first Award in a geographically generic, though not geodetically specific, manner to the boundary as prescribed in the 1858 Treaty, in order to reach the conclusion on the issue of sovereignty over the disputed territory. For this purpose, the Court has only to proceed from the “natural terminus” of the Lower San Juan River determined in the 1858 Treaty as interpreted by the Cleveland Award and as subsequently implemented by the Alexander Awards. This “natural terminus” is, as was determined by General Alexander in his first Award, “the north-western extremity of what seems to be the solid land, on the east side of the Harbor Head Lagoon” (first Alexander Award, *RIAA*,

géographie, le terme anglais « *channel* » est ainsi défini par l'*Oxford English Dictionary*: « cours d'eau (relativement) étroit, mais plus large qu'un simple détroit, reliant deux étendues plus vastes, généralement des mers ». Cette définition paraît juste pour déterminer ce que le général Alexander avait à l'esprit, à supposer que la première sentence Alexander ait été initialement rédigée en anglais.) Quoi qu'il en soit, il ne semble faire aucun doute que le général Alexander en est venu à la conclusion que ce « *channel* » était à retenir pour établir la frontière délimitée par le traité de 1858 suivant l'interprétation donnée à celui-ci par la sentence Cleveland, et ce, non pas parce qu'il s'agissait du premier cours d'eau qu'il avait croisé en longeant la lagune de Harbor Head, mais parce qu'il a agi en partant du principe que ce « *premier chenal* » était l'un des segments du principal cours d'eau reliant le San Juan proprement dit au point de départ de la frontière, lequel se trouvait à l'embouchure du fleuve. Autrement dit, le général Alexander s'est efforcé d'observer fidèlement les prescriptions de l'article II du traité de 1858, ainsi libellé :

« La limite entre les deux républiques, à partir de la mer du Nord, partira de l'extrémité de Punta de Castilla, à l'embouchure du fleuve San Juan de Nicaragua, puis *suivra la rive droite de ce fleuve jusqu'à un point distant de trois milles anglais de Castillo Viejo...* » (Les italiques sont de moi.)

6. La troisième sentence prononcée par le général Alexander est aussi révélatrice du raisonnement suivi par ce dernier, en ce qu'elle confirme explicitement que l'emplacement de la frontière ne saurait changer que par suite de la « *modification des rives ou des chenaux ... d'une manière qui sera déterminée au cas par cas selon les règles du droit international applicables* » (troisième sentence Alexander, *RSA*, vol. XXVIII, p. 230; les italiques sont de moi), et non pas simplement en fonction de tout cours d'eau susceptible de permettre l'écoulement des eaux entre le San Juan proprement dit et la lagune de Harbor Head.

7. Autrement dit, si l'on transpose le libellé des sentences Alexander et le raisonnement qui les sous-tend dans le contexte géographique actuel de la région, il ne fait aucun doute que la conclusion à laquelle est parvenue la Cour dans le présent arrêt s'impose sans la moindre équivoque au regard de la première sentence Alexander en ce qui concerne la question de la souveraineté sur le territoire litigieux. La tâche qui incombe à la Cour se résume donc à appliquer le raisonnement suivi par le général Alexander dans sa première sentence, d'une manière à la fois générale sur le plan géographique et non spécifique sur le plan géodésique, à la frontière délimitée par le traité de 1858 afin de se prononcer sur la question de la souveraineté sur le territoire litigieux. Il lui suffit pour cela de partir de l'« *extrémité naturelle* » du San Juan inférieur, définie dans le traité de 1858, suivant l'interprétation donnée à celui-ci par la sentence Cleveland et mise en œuvre par les sentences Alexander. Ainsi que le général Alexander l'a établi dans sa première sentence, cette « *extrémité naturelle* » correspond à « *l'extrémité nord-ouest de ce qui paraît être la*

Vol. XXVIII, p. 220). Having thus identified the terminus of the boundary, the determination of sovereignty over the disputed territory flows from the boundary line that runs along the right bank of the river. Of course, such a riverine connection between the Harbor Head Lagoon and the San Juan River itself is no longer in existence at the present time. In this situation, the only logical way to draw that boundary line connecting what was “the right-hand headland of the harbour mouth” to the San Juan River is to follow the edge of the Harbor Head Lagoon until it reaches the present-day stream of the San Juan River proper. Once this line reaches the right bank of the river, the boundary line must turn upstream as the 1858 Treaty prescribes.

8. It should be added that the Parties in the present case have also provided the Court with a number of arguments, including references to *effectivités*, and have produced a range of supporting evidentiary materials, such as maps, witness affidavits, and expert statements relating to fluvial morphology and other aspects of the geographical context of the disputed territory, all relating to the question of whether or not any navigable channels might have traversed or currently traverse the disputed territory. The Judgment has assessed the evidentiary merit of all these materials for determining the question of territorial sovereignty, but has come to the conclusion that their evidentiary value was not determinative of the question of sovereignty. My own conclusion is that the totality of such evidence amounts in fact to very little that is material or conclusive for determining the question of territorial sovereignty over the disputed territory, to the extent that the central issue that is determinative of the question is the content of the 1858 Treaty, as interpreted by the Cleveland Award and subsequently implemented by the Alexander Awards.

## II. LEGAL CONSEQUENCES OF THE COURT'S FINDING RELATING TO SOVEREIGNTY OVER THE DISPUTED TERRITORY

9. In my view, what is involved in the present dispute is not, in its fundamental nature, the situation of a classical territorial dispute that is normally brought before the International Court of Justice for judicial settlement. A territorial dispute is typically presented to the Court after attempts by the parties at an exchange of views in order to identify the existence of a difference of positions on an issue and following a process of negotiations for its peaceful settlement. In the present case, however, the territorial dispute has been caused primarily by unilateral action taken in the form of a physical incursion by one State into the territory of another State that had been primarily held for many years by the latter State. This appreciation of the nature of the dispute in the present case is apparent from the language of the Judgment itself (Judgment, paras. 67-69 and para. 229 (2)), including in addition its finding that Nicaragua breached the Court's Order of 8 March 2011, *inter alia*, by establishing a military presence in the disputed territory (*ibid.*, para. 229 (3)). Whatever validity

terre ferme, sur la rive est de la lagune de Harbor Head» (première sentence Alexander, *RSA*, vol. XXVIII, p. 220). Une fois défini le point terminal de la frontière, la souveraineté sur le territoire litigieux est déterminée par la ligne frontière longeant la rive droite du fleuve. Bien entendu, le lien fluvial joignant la lagune de Harbor Head au San Juan lui-même n'existe plus de nos jours. Dans ces conditions, la seule façon logique de tracer la ligne frontière pour relier au fleuve San Juan ce qui correspondait au « promontoire droit de l'embouchure du port » consiste à longer la lagune de Harbor Head jusqu'à atteindre le cours actuel du San Juan proprement dit. Dès qu'elle rencontre la rive droite du fleuve, la ligne doit bifurquer vers l'amont comme le prescrit le traité de 1858.

8. Il convient d'ajouter que, en l'espèce, les Parties ont également soumis à la Cour différents moyens, invoquant notamment des effectivités, et produit une gamme d'éléments de preuve comprenant cartes, déclarations de témoins sous serment et exposés d'experts concernant la morphologie fluviale et d'autres aspects de la géographie du territoire litigieux, et se rapportant tous à la question de savoir s'il a existé ou s'il existe actuellement des chenaux navigables traversant le territoire litigieux. Dans le présent arrêt, la Cour analyse la valeur probante de l'ensemble de ces éléments dans le contexte de la question de la souveraineté territoriale, mais en vient à la conclusion que cette valeur probante n'est pas déterminante à cet égard. J'estime pour ma part que, de tous ces nombreux éléments de preuve, très peu sont pertinents ou concluants en ce qui concerne la souveraineté sur le territoire litigieux, dans la mesure où l'élément principal reste la teneur du traité de 1858, suivant l'interprétation que lui a donnée la sentence Cleveland et qu'ont mise en œuvre les sentences Alexander.

## II. LES CONSÉQUENCES EN DROIT DE LA DÉCISION DE LA COUR CONCERNANT LA SOUVERAINÉTÉ SUR LE TERRITOIRE LITIGIEUX

9. A mon avis, la présente affaire se distingue fondamentalement des différends territoriaux normalement soumis au jugement de la Cour internationale de Justice. Généralement, un tel différend n'est porté devant la Cour qu'après que les parties ont tenté un échange de vues afin de définir les différences qui opposent leurs positions respectives et à la suite d'un processus de négociation en vue d'un règlement pacifique. Or, en l'espèce, le différend résulte essentiellement d'un acte unilatéral ayant pris la forme d'une incursion physique de la part d'un Etat sur le territoire qu'un autre Etat possède depuis de nombreuses années. C'est ainsi que se définit la nature du différend au regard tant du libellé de l'arrêt lui-même (arrêt, par. 67-69 et point 2 du paragraphe 229) que de la conclusion selon laquelle le Nicaragua a violé l'ordonnance rendue par la Cour le 8 mars 2011, notamment en établissant une présence militaire sur le territoire litigieux (*ibid.*, point 3 du paragraphe 229). Quel qu'ait été le fondement des prétentions du défendeur sur ce territoire, une telle incursion



the claim by the Respondent over the disputed territory may have had, such a unilateral act of incursion by that State would amount to something more than an incidental violation of the territorial sovereignty of that latter State.

10. In my view, given this undisputable circumstance, it would have been appropriate for the Court to have treated the actions by Nicaragua in question as a straightforward case of the commission of an internationally wrongful act, which could arguably constitute an unlawful use of force under Article 2 (4) of the United Nations Charter. An act of this nature would generally entail an obligation to undertake remedial measures, including reparation, going beyond a mere obligation to achieve the *restitutio in integrum* of the *status quo ante*.

11. While I have concurred with the Court's decision to consider that an incursion has taken place, but to refrain from going further into the question of what other legal consequences of this incursion should follow in light of the Court's finding that "by excavating three *caños* and establishing a military presence on Costa Rican territory, Nicaragua has violated the territorial sovereignty of Costa Rica" (Judgment, para. 229 (2), see also para. 229 (3)), it is my view that it would have been more appropriate for the Court to have gone further by declaring that these internationally wrongful acts by Nicaraguan authorities constituted an unlawful use of force under Article 2 (4) of the United Nations Charter.

12. The present Judgment has not pursued that course, limiting itself to the factual finding of an incursion as referred to above, without going into any further discussion on the possible legal consequences of such an incursion. A reference made to the Judgment in the *Cameroon v. Nigeria* case of 2002 in this context to justify this approach would seem to be quite inappropriate. In that earlier Judgment, the Court had concluded that

"by the very fact of the present Judgment and of the evacuation of the Cameroonian territory occupied by Nigeria, the injury suffered by Cameroon by reason of the occupation of its territory will in all events have been sufficiently addressed. The Court will not therefore seek to ascertain whether and to what extent Nigeria's responsibility to Cameroon has been engaged as a result of that occupation." (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 452, para. 319.)

This reference to the case of *Cameroon v. Nigeria* in my view could be quite misleading as the *Cameroon v. Nigeria* case is qualitatively different from the present case and should clearly be distinguished from the present situation, inasmuch as the former case, different from the present case, had not been caused by an action of one party to alter the existing status quo through unilateral means. The Judgment should in my view have taken a more correct approach in its characterization of such a blatant case of incursion and its legal consequences.

unilatérale de sa part ne saurait être considérée comme une violation fortuite de la souveraineté territoriale de l'autre Etat en cause.

10. Devant cette réalité incontestable, la Cour aurait selon moi été fondée à considérer les agissements du Nicaragua comme un fait internationalement illicite pur et simple, susceptible de constituer un emploi illicite de la force au sens du paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies. Un acte de cette nature emporte généralement l'obligation de prendre des mesures de redressement et de réparation allant au-delà de la simple *restitutio in integrum* du *statu quo ante*.

11. J'ai souscrit à la décision de la Cour de considérer qu'une incursion avait eu lieu, mais de ne pas poursuivre sa démarche quant aux conséquences que pourrait avoir en droit la conclusion selon laquelle, «en creusant trois *caños* et en établissant une présence militaire sur le territoire costa-ricien, le Nicaragua a violé la souveraineté territoriale du Costa Rica» (arrêt, point 2 du paragraphe 229; voir aussi le point 3 du même paragraphe). Cela dit, j'estime qu'il aurait été préférable que la Cour aille plus loin en déclarant que les faits internationalement illicites imputables aux autorités nicaraguayennes constituent un emploi illicite de la force au sens du paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies.

12. La Cour n'a pas voulu s'engager dans cette voie, se bornant à la constatation factuelle de l'incursion mentionnée ci-dessus, sans examiner plus avant les conséquences qui auraient pu en découler sur le plan juridique. Dans ce contexte, elle paraît assez malvenue de se réclamer, pour justifier cette position, de l'arrêt qu'elle a rendu en 2002 dans l'affaire *Cameroun c. Nigéria* et dans lequel elle a conclu que,

«du fait même du présent arrêt et de l'évacuation du territoire camerounais occupé par le Nigéria, le préjudice subi par le Cameroun en raison de l'occupation de son territoire aura en tout état de cause été suffisamment pris en compte. La Cour ne recherchera donc pas si et dans quelle mesure la responsabilité du Nigéria est engagée à l'égard du Cameroun du fait de cette occupation.» (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 452, par. 319.)

A mon avis, la référence faite dans le présent arrêt à l'affaire *Cameroun c. Nigéria* pourrait prêter à confusion et il y a lieu de faire clairement la distinction entre l'espèce et cette affaire, fondamentalement différente, où le litige n'était pas dû au fait d'une partie visant à modifier la situation existante par des moyens unilatéraux. Selon moi, l'arrêt aurait dû adopter une position plus rigoureuse sur la qualification d'une incursion aussi manifeste et ses conséquences en droit.

### III. THE NATURE OF THE REQUIREMENT TO CONDUCT AN ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT

13. In their written and oral pleadings, both Parties invoked the existence of a legal obligation under general international law not to cause significant transboundary harm. The existence of such an obligation has been confirmed in some of the Court's past decisions, including, in particular, its Judgment in the case concerning *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* (*Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I)*, pp. 55-56, para. 101).

14. In the process of carrying out the obligation to act in due diligence under international environmental law, the requirement of conducting an environmental impact assessment becomes a key element for determining whether certain activities may cause significant transboundary harm. This requirement comes to play a significant role in both of the joined cases in the present proceedings. The issue of environmental impact assessment has been raised by both Parties against each other respectively in each of the joint cases. In this context, they seemed to quote approvingly the dictum from the Court's Judgment in the *Pulp Mills* case.

15. In its Judgment in the *Pulp Mills* case, the Court referred to the environmental impact assessment as "a practice, which in recent years has gained so much acceptance among States that it may now be considered a requirement under general international law" (*ibid.*, p. 83, para. 204).

16. This dictum of the Court should be placed in contrast with that of the International Tribunal for the Law of the Sea, which in its 2011 Advisory Opinion on the *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area* appears to have gone a step further by declaring that an environmental impact assessment as such is a "general obligation under customary international law". More specifically, it states as follows: "It should be stressed that the obligation to conduct an environmental impact assessment is a *direct obligation under the [UNCLOS] and a general obligation under customary international law.*" (*Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011*, p. 50, para. 145; emphasis added.)

17. By comparison, the reasoning of this Court in its Judgment in the *Pulp Mills* case appears to take a more nuanced approach to this requirement, when it circumscribes the scope and content of such an environmental impact assessment in the following manner:

"general international law [does not] specify the scope and content of an environmental impact assessment . . . Consequently, it is the view

### III. LA NATURE DE L'OBLIGATION D'EFFECTUER UNE ÉVALUATION DE L'IMPACT SUR L'ENVIRONNEMENT

13. Dans leurs écritures et leurs plaidoiries, les Parties ont toutes deux invoqué l'obligation, en droit international général, de ne pas causer de dommages transfrontières importants. L'existence d'une telle obligation a d'ailleurs été confirmée dans certains arrêts antérieurs de la Cour, notamment en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* (arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 55-56, par. 101).

14. Dans le cadre de l'exécution de l'obligation de diligence qu'impose le droit international de l'environnement, la réalisation d'une évaluation de l'impact environnemental devient un élément essentiel pour déterminer si telle ou telle activité est susceptible de causer des dommages transfrontières importants. Cette obligation tient une place prépondérante dans les deux instances jointes en l'espèce, chacune des Parties ayant respectivement invoqué contre l'autre la question de l'évaluation de l'impact sur l'environnement. Dans ce contexte, elles ont toutes deux semblé se réclamer du *dictum* énoncé par la Cour dans l'arrêt rendu en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*.

15. Dans cet arrêt, la Cour disait considérer que l'évaluation de l'impact sur l'environnement était une « pratique acceptée si largement par les Etats ces dernières années que l'on p[ouvai]t désormais considérer qu'[elle constituait], en droit international général, une obligation » (*ibid.*, p. 83, par. 204).

16. Il convient de lire ce *dictum* en regard de la conclusion émise par le Tribunal international du droit de la mer, qui, dans l'avis consultatif qu'il a donné en 2011 en l'affaire des *Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, paraît être allé encore plus loin en déclarant que l'évaluation de l'impact environnemental constituait en soi « une obligation générale en vertu du droit international coutumier ». Plus précisément, il s'est exprimé ainsi : « Il convient toutefois de souligner que l'obligation de procéder à une évaluation de l'impact potentiel sur l'environnement constitue également une obligation directe en vertu de la Convention [CNUDM] et une obligation générale en vertu du droit international coutumier. » (*Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif, 1<sup>er</sup> février 2011, TIDM Recueil 2011*, p. 50, par. 145 ; les italiques sont de moi.)

17. Par comparaison, le raisonnement suivi par la Cour dans son arrêt en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier* semble procéder d'une conception plus nuancée de cette obligation, lorsqu'il délimite comme il suit la portée et la teneur de l'évaluation de l'impact sur l'environnement :

« le droit international général ne [précise pas] la portée et le contenu des évaluations de l'impact sur l'environnement... Dès lors, la Cour

of the Court that *it is for each State to determine* in its domestic legislation or in the authorization process for the project, *the specific content of the environmental impact assessment required in each case*, having regard to the nature and magnitude of the proposed development and its likely adverse impact on the environment as well as to the need to exercise due diligence in conducting such an assessment.” (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 83, para. 205; emphasis added.)

The Court also stressed the continuous nature of the process of environmental impact assessment on a case-by-case basis, as follows:

“an environmental impact assessment must be conducted prior to the implementation of a project. Moreover, once operations have started and, where necessary, throughout the life of the project, continuous monitoring of its effects on the environment shall be undertaken.” (*Ibid.*, pp. 83-84, para. 205.)

18. These statements of the Court in its Judgment in the *Pulp Mills* case would seem to suggest that in the dictum quoted in paragraph 15 above, the Court emphasized the crucial importance of this element in the context of the process of carrying out the obligation of due diligence, which is a holistic process. To summarize, conducting an environmental impact assessment is one important constituent element of the process that emanates from the international obligation of States to act in due diligence to avoid or mitigate significant transboundary harm, rather than a separate and independent obligation standing on its own under general international law. This obligation to act with due diligence in such a way that the initiation of potentially environmentally hazardous activities may be avoided constitutes an established obligation of international environmental law. In this holistic process, an environmental impact assessment plays an important and even crucial role in ensuring that the State in question is acting with due diligence under general international environmental law. It should also be noted that in the *Pulp Mills* case there was no need for the Court to establish this requirement of environmental impact assessment as a general legal obligation of international environmental law or to define its limits under customary international law, to the extent that the case hinged upon the construction of the 1975 Statute, which was a *lex specialis* applicable to that case.

19. Against this background the Court in the present Judgment can be said in my view to have maintained this balanced approach when it stated as follows:

“to fulfil its obligation to exercise due diligence in preventing significant transboundary environmental harm, a State must, before embarking on an activity having the potential adversely to affect the environment of another State, ascertain if there is a risk of significant

estime qu'il revient à chaque Etat de déterminer, dans le cadre de sa législation nationale ou du processus d'autorisation du projet, la teneur exacte de l'évaluation de l'impact sur l'environnement requise dans chaque cas en prenant en compte la nature et l'ampleur du projet en cause et son impact négatif probable sur l'environnement, ainsi que la nécessité d'exercer, lorsqu'il procède à une telle évaluation, toute la diligence requise.» (*Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 83, par. 205; les italiques sont de moi.)

La Cour a par ailleurs souligné le caractère continu du processus d'évaluation de l'impact sur l'environnement, selon le cas :

«[U]ne évaluation de l'impact sur l'environnement doit être réalisée avant la mise en œuvre du projet. En outre, une fois les opérations commencées, une surveillance continue des effets dudit projet sur l'environnement sera mise en place, qui se poursuivra au besoin pendant toute la durée de vie du projet.» (*Ibid.*, p. 84, par. 205.)

18. Les propos tenus dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier* donnent à penser que, dans le passage cité au paragraphe 15 ci-dessus, la Cour souhaitait souligner l'importance cruciale de cet élément dans le cadre du processus global que constitue l'exécution de l'obligation de diligence. En bref, la réalisation d'une évaluation de l'impact sur l'environnement est un élément constitutif essentiel du processus qui traduit l'obligation internationale qu'ont les Etats d'agir avec la diligence requise pour prévenir ou atténuer les dommages transfrontières importants, et non une obligation distincte ayant une existence autonome en droit international général. Cette obligation d'agir de manière à éviter l'exercice d'activités susceptibles de porter préjudice à l'environnement est bien établie en droit international de l'environnement. Dans le cadre de ce processus global, l'évaluation de l'impact environnemental joue un rôle important, voire crucial, pour garantir que l'Etat en cause agit avec la diligence requise par le droit international général de l'environnement. Il y a par ailleurs lieu de faire remarquer que, dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, il n'était pas nécessaire pour la Cour de consacrer l'évaluation de l'impact environnemental en tant qu'obligation générale en droit international de l'environnement ou d'en définir les limites en droit international coutumier, dans la mesure où cette affaire mettait en jeu l'interprétation du statut de 1975, lequel avait valeur de *lex specialis* en l'espèce.

19. Dans ce contexte, on peut dire selon moi que, dans le présent arrêt, la Cour a conservé cette position équilibrée lorsqu'elle s'est exprimée ainsi :

«[A]fin de s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de faire preuve de la diligence requise en vue de prévenir les dommages environnementaux transfrontières importants, un Etat doit, avant d'entreprendre une activité pouvant avoir un impact préjudiciable sur

transboundary harm, which would trigger the requirement to carry out an environmental impact assessment.

Determination of the content of the environmental impact assessment should be made in light of the specific circumstances of each case.

.....

If the environmental impact assessment confirms that there is a risk of significant transboundary harm, the State planning to undertake the activity is required, in conformity with its due diligence obligation, to notify and consult in good faith with the potentially affected State, where that is necessary to determine the appropriate measures to prevent or mitigate that risk.” (Judgment, para. 104.)

20. Based on this reasoning, the Court has held in the operative part of its Judgment that: “Costa Rica has violated its obligation under general international law by failing to carry out an environmental impact assessment concerning the construction of Route 1856” (*ibid.*, para. 229 (6)).

21. In sum, the environmental impact assessment, which is essentially of a technical nature, is a means to achieve the ultimate objective of preventing transboundary harm — an obligation relating to the due diligence required. In addition, an environmental impact assessment serves the purpose of enabling the public or civil society to participate in the ultimate decision-making process on activities with potentially significant environmental effects. Significant as the environmental impact assessment may be, as reflecting prevailing practice in recent years, the fact remains that the function of the environmental impact assessment is essentially one of a number of means to be employed when the circumstances of the case so require, in order to attain the ultimate legal objective that is binding upon States acting in the environmental field — an obligation to act with due diligence in order to prevent significant transboundary harm in the light of the assessed risks involved.

22. The present Judgment is in my view based on this position, as demonstrated by the passages of the Judgment quoted above. The relevant activities by States are to be reviewed in the specific circumstances of the case in light of this obligation of due diligence, through verifying whether the State has acted with due diligence, as evidenced by such elements as taking necessary measures to prevent significant transboundary harm, as it is the case here with Costa Rica in relation to its construction of the road, or with Nicaragua in relation to the undertaking of its dredging activities. Conducting an environmental impact assessment is one important element (though not necessarily constituting an indispensable obligation as such) in the process of fulfilling the obligation of acting with due diligence to prevent significant transboundary harm in each case.

(Signed) Hisashi OWADA.

l'environnement d'un autre Etat, vérifier s'il existe un risque de dommage transfrontière important, ce qui déclencherait l'obligation de réaliser une évaluation de l'impact sur l'environnement.

C'est à la lumière des circonstances propres à chaque cas que doit être déterminée la teneur de l'évaluation de l'impact sur l'environnement.

.....  
 Si l'évaluation de l'impact sur l'environnement confirme l'existence d'un risque de dommage transfrontière important, l'Etat d'origine est tenu, conformément à son obligation de diligence due, d'informer et de consulter de bonne foi l'Etat susceptible d'être affecté, lorsque cela est nécessaire aux fins de définir les mesures propres à prévenir ou réduire ce risque.» (Arrêt, par. 104.)

20. Sur la base de ce raisonnement, la Cour a conclu dans le dispositif de l'arrêt que «le Costa Rica, en omettant d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement en ce qui concerne la construction de la route 1856, a violé l'obligation qui lui incombait au titre du droit international général» (*ibid.*, point 6 du paragraphe 229).

21. En somme, l'évaluation de l'impact sur l'environnement, qui revêt avant tout un caractère technique, constitue un moyen d'atteindre l'objectif ultime qu'est la prévention des dommages transfrontières, obligation qui s'apparente à celle d'agir avec la diligence requise. En outre, elle présente l'avantage de permettre au public ou à la société civile de participer à la prise des décisions finales concernant les activités susceptibles d'effets importants sur l'environnement. Mais, indépendamment de l'importance qu'elle a pu acquérir en pratique au cours des dernières années, elle demeure essentiellement un moyen parmi d'autres à mettre en œuvre, lorsque les circonstances l'exigent, en vue d'atteindre l'objectif ultime que le droit impose aux Etats dans le domaine environnemental, à savoir l'obligation d'agir avec la diligence requise afin de prévenir tout dommage transfrontière important à la lumière de l'analyse des risques en jeu.

22. Le présent arrêt s'inscrit selon moi dans cette ligne de pensée, comme le montrent les passages précités. C'est à la lumière de cette obligation de diligence qu'il y a lieu d'examiner les activités auxquelles se livre un Etat dans les circonstances propres à l'affaire, en vérifiant s'il a agi avec la diligence requise au regard d'éléments tels que la prise des mesures nécessaires pour prévenir les dommages transfrontières importants. Tel est le cas en l'espèce pour le Costa Rica en ce qui concerne la construction de la route et pour le Nicaragua relativement à ses opérations de dragage. La réalisation d'une évaluation de l'impact sur l'environnement est un élément important (sans toutefois constituer nécessairement une obligation incontournable en tant que telle) du processus d'exécution, dans chaque cas, de l'obligation d'agir avec la diligence requise afin de prévenir les dommages transfrontières importants.

(Signé) Hisashi OWADA.