

DÉCLARATION DE M. LE JUGE *AD HOC* GUILLAUME

- I. *Affaire relative à Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière — Costa Rica ayant présenté à l'issue des audiences de nouvelles conclusions tendant à ce que sa souveraineté sur le territoire litigieux soit reconnue — Conclusions tardives et de ce fait irrecevables — Respect par le Nicaragua de l'ordonnance du 8 mars 2011 — Liberté de navigation sur le fleuve San Juan — Régime applicable aux dommages transfrontières causés par le dragage du fleuve.*
- II. *Affaire relative à la Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan — Dommages causés par cette construction au Nicaragua établis, mais absence de preuve du caractère important de ces dommages.*

1. Je souscris à nombre des conclusions auxquelles est parvenue la Cour. Je souhaiterais cependant présenter ici quelques observations et préciser en quoi je me sépare sur certains points de la décision adoptée. Je le ferai en traitant successivement des deux affaires jointes.

I. AFFAIRE RELATIVE À CERTAINES ACTIVITÉS MENÉES PAR LE NICARAGUA DANS LA RÉGION FRONTALIÈRE (*COSTA RICA c. NICARAGUA*)

2. Cette première affaire, intitulée affaire relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, ne concernait initialement que ces activités et le Costa Rica concluait exclusivement à la condamnation du Nicaragua pour avoir violé certaines de ses obligations, en particulier en ne respectant pas la souveraineté du Costa Rica sur la partie nord d'Isla Portillos (voir notamment les paragraphes 1 et 2 de la requête introductive d'instance). Dans ses conclusions finales, le Costa Rica demande en outre à la Cour de juger qu'il a souveraineté sur le territoire litigieux (par. 2 *a*)).

3. Dans sa décision, la Cour a dit :

- a*) que le Costa Rica a souveraineté sur le territoire litigieux tel que défini par la Cour aux paragraphes 69 et 70 de son arrêt;
- b*) que, en creusant trois *caños* et en établissant une présence militaire sur le territoire costa-ricien, le Nicaragua a violé la souveraineté de ce dernier.

4. J'ai voté contre la première décision et en faveur de la seconde. Je crois utile de m'expliquer sur les motifs de ces votes. Pour ce faire, je rappellerai le droit applicable et la situation géographique locale avant de préciser ma pensée.

DECLARATION OF JUDGE *AD HOC* GUILLAUME

[Translation]

- I. *Case concerning Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area — New submissions presented by Costa Rica at the close of the hearings seeking recognition of its sovereignty over the disputed territory — Submissions belated and hence inadmissible — Nicaragua’s compliance with the Order of 8 March 2011 — Freedom of navigation on the San Juan River — Régime applicable to transboundary harm caused by river dredging.*
- II. *Case concerning Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River — Proven harm to Nicaragua as a result of construction of the road, but no evidence that such harm is significant.*

1. I agree with a number of the Court’s findings. I should, however, like to present here certain comments, and to explain why I do not agree with some of the points in the Judgment. I will do so by taking each of the joined cases in turn.

I. CASE CONCERNING *CERTAIN ACTIVITIES CARRIED OUT BY NICARAGUA IN THE BORDER AREA (COSTA RICA v. NICARAGUA)*

2. This first case, entitled *case concerning Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, initially related only to those activities, and Costa Rica’s pleadings were directed exclusively to seeking a finding that Nicaragua had been in breach of certain of its obligations, in particular by failing to respect Costa Rica’s sovereignty over the northern part of Isla Portillos (see in particular paragraphs 1 and 2 of the Application instituting proceedings). In its final submissions, Costa Rica additionally asked the Court to find that it has sovereignty over the disputed territory (paragraph 2 (a) of its final submissions).

3. In its decision the Court found:

- (a) that Costa Rica has sovereignty over the “disputed territory”, as defined by the Court in paragraphs 69 and 70 of its Judgment;
- (b) that, by excavating three *caños* and establishing a military presence on Costa Rica’s territory, Nicaragua had violated the latter’s sovereignty.

4. I voted against the first of these findings and in favour of the second. I believe that it would be helpful if I explained my reasons for those votes. In order to do so, I will recall the applicable law and the local geographical situation, before explaining my reasoning.

1. *Le droit applicable*

5. L'article II du traité de limites entre le Costa Rica et le Nicaragua du 15 avril 1858 dispose que 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». L'article IV précise que la baie de San Juan del Norte sera «commun[e] aux deux républiques». L'article VI ajoute que «[l]a République du Nicaragua aura le *dominium* et l'*imperium* exclusifs sur les eaux du fleuve San Juan depuis son origine dans le lac jusqu'à son embouchure dans l'océan Atlantique».

6. Ces dispositions ont été interprétées au point 1 du troisième paragraphe de la sentence du président Cleveland du 22 mars 1888 selon laquelle

«[l]a frontière entre la République du Costa Rica et la République du Nicaragua du côté de l'Atlantique commence à l'extrémité de Punta de Castilla à l'embouchure du fleuve San Juan de Nicaragua, en leur état respectif au 15 avril 1858. La propriété de tous atterrissements à Punta de Castilla sera régie par le droit applicable en la matière.»

7. Devant à son tour interpréter ces textes, le général Alexander, dans sa première sentence arbitrale du 30 septembre 1897, nota que

- a) «[l]e Costa Rica devait avoir comme ligne de démarcation la rive droite ... du fleuve»;
- b) «cette démarcation impliquait aussi, à l'évidence, la propriété, par le Nicaragua, de toutes les îles dans le fleuve ainsi que de la rive et du promontoire gauches»;
- c) «il n'y a qu'un seul point de départ possible pour cette ligne, le promontoire droit de la baie», c'est-à-dire «l'extrémité de Punta de Castell[a], à l'embouchure du fleuve», telle qu'elle était en 1858.

L'extrémité de ce promontoire ayant cependant été recouverte par la mer entre 1858 et 1897, le général Alexander retint comme point de départ de la délimitation ce même promontoire dans l'état où il se trouvait à l'époque de sa sentence. Il décida par suite que

«la ligne initiale de la frontière sera la suivante :

Son orientation sera nord-est sud-ouest, à travers le banc de sable, de la mer des Caraïbes aux eaux de la lagune de Harbor Head. Elle passera au plus près à 300 pieds au nord-ouest de la petite cabane qui se trouve actuellement dans les parages. En atteignant les eaux de la lagune de Harbor Head, la ligne frontière obliquera vers la gauche, en direction du sud-est, et suivra le rivage autour du port jusqu'à atteindre le fleuve proprement dit par le premier chenal rencontré. Remontant ce chenal et le fleuve proprement dit, la ligne se poursuivra comme prescrit dans le traité.»

1. Applicable Law

5. Article II of the Treaty of Limits between Costa Rica and Nicaragua of 15 April 1858 provides that “[t]he 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”. Article IV provides that the Bay of San Juan del Norte shall be “common to both Republics”. Article VI further provides that: “[t]he Republic of Nicaragua shall have exclusively the dominion and sovereign jurisdiction over the waters of the San Juan River from its origin in the Lake to its mouth in the Atlantic”.

6. Those provisions were interpreted as follows in point 1 of the third paragraph of President Cleveland’s Award of 22 March 1888:

“the boundary line between the Republics of Costa Rica and Nicaragua, on the Atlantic side, begins at the extremity of Punta de Castilla at the mouth of the San Juan de Nicaragua River, as they both existed on the 15th day of April 1858. The ownership of any accretion to said Punta de Castilla is to be governed by the laws applicable to that subject.”

7. Those texts were in turn interpreted by General Alexander, who, in his first Arbitral Award of 30 September 1897, noted the following:

- (a) “Costa Rica was to have as a boundary line the right . . . bank of the river”;
- (b) “this division implied also, of course, the ownership by Nicaragua of all islands in the river and of the left . . . bank and headland”;
- (c) “there is but one starting-point possible for such a line, and that is at the right headland of the bay”, that is to say “the extremity of Punta de Castell[a], at the mouth of the river”, as it was in 1858.

However, given that, between 1858 and 1897, the extremity of the headland had become covered by the sea, General Alexander took as the starting-point for the delimitation that same headland as it was at the time of his Award. He accordingly decided as follows:

“the initial line of the boundary to run as follows:

Its direction shall be due northeast and southwest, across the bank of sand, from the Caribbean Sea into the waters of Harbor Head Lagoon. It shall pass, at its nearest point, 300 feet on the northwest side from the small hut now standing in that vicinity. On reaching the waters of Harbor Head Lagoon, the boundary line shall turn to the left, or southeastward, and shall follow the water’s edge around the harbor until it reaches the river proper by the first channel met. Up this channel, and up the river proper, the line shall continue to ascend as directed in the treaty.”

8. Dans sa deuxième sentence du 20 décembre 1897, le général Alexander nota en outre que

«le fleuve San Juan traverse, dans sa partie inférieure, un delta plan et sablonneux, et qu'il est bien sûr possible non seulement que ses rives s'élargissent ou se resserrent de manière progressive, mais aussi que ses chenaux soient radicalement modifiés... De tels changements, qu'ils soient progressifs ou soudains, auront nécessairement des incidences sur la ligne frontière actuelle. Mais, concrètement, les conséquences ne pourront être déterminées qu'en fonction des circonstances particulières à chaque cas, conformément aux principes du droit international applicables.»

Il ajouta que «[l]e mesurage et la démarcation proposés de la ligne frontière seront sans incidence sur l'application desdits principes». Il conclut que «[c]e mesurage et cette démarcation auront pour seul effet de permettre de déterminer plus aisément la nature et l'ampleur des modifications futures».

9. C'est dans ces conditions que la démarcation a été opérée et que ses résultats ont été consignés le 2 mars 1898 (minutes Alexander n° X).

10. A titre complémentaire, le général Alexander précisa dans sa troisième sentence du 22 mars 1898 que «[l]es frontières sont destinées à maintenir la paix et, ainsi, à prévenir les différends en matière de juridiction. A cet effet, la frontière doit être la plus stable possible.» Il en déduisit que «[l]es fluctuations du niveau des eaux n'auront aucune incidence sur l'emplacement de la ligne frontière; en revanche, toute modification des rives ou des chenaux influera sur le tracé de cette ligne, d'une manière qui sera déterminée au cas par cas selon les règles du droit international applicables».

11. On observera que ces diverses sentences ne sont pas d'une cohérence parfaite. En effet la sentence Cleveland précise que la frontière commence à l'extrémité de Punta de Castilla, à l'embouchure du fleuve dans l'état où ce promontoire et cette embouchure se trouvaient le 15 avril 1858. Cette sentence semble donc figer la situation telle qu'elle était à une date précise. En revanche, les deuxième et troisième sentences Alexander n'excluent pas une évolution de la frontière dans l'avenir.

2. *La situation géographique actuelle*

12. Or, et comme on pouvait le prévoir, la situation géographique a profondément évolué depuis 1897 du fait de l'érosion du rivage à l'est du delta et de son alluvionnement à l'ouest.

- a) Le promontoire de Punta de Castilla s'est encore réduit et la borne initiale posée en 1897 est aujourd'hui recouverte par les flots.
- b) La lagune de Harbor Head a conservé pour l'essentiel son ancienne configuration.
- c) Les Parties sont en désaccord en ce qui concerne la situation de la formation sableuse qui fermait en partie la lagune en 1897. Le Costa

8. In his second Award of 20 December 1897, General Alexander further noted that

“the San Juan River runs through a flat and sandy delta in the lower portion of its course and . . . it is obviously possible that its banks will not only gradually expand or contract but that there will be wholesale changes in its channels . . . Today’s boundary line must necessarily be affected in future by all these gradual or sudden changes. But the impact in each case can only be determined by the circumstances of the case itself, on a case-by-case basis in accordance with such principles of international law as may be applicable.”

He added that “[t]he proposed measurement and demarcation of the boundary line will not have any effect on the application of those principles”, concluding that “[t]he only effect obtained from measurement and demarcation is that the nature and extent of future changes may be easier to determine”.

9. It was in these circumstances that the demarcation was effected, and that its results were recorded on 2 March 1898 (Alexander Proceedings Acta X).

10. In his third Award of 22 March 1898, General Alexander further stated that “[b]orders are intended to maintain peace, thus avoiding disputes over jurisdiction. In order to achieve that goal, the border should be as stable as possible.” He accordingly concluded that “[f]luctuations in the water level will not alter a position of the boundary line, but changes in the banks or channels of the river will alter it, as may be determined by the rules of international law applicable on a case-by-case basis”.

11. It should be noted that these various awards are not totally consistent. Thus the Cleveland Award states that the boundary begins at the extremity of Punta de Castilla at the mouth of the river, as those features were on 15 April 1858. That award accordingly appears to freeze the situation as it was at a precise date. On the other hand, the second and third Alexander Awards do not preclude the possibility of changes in the boundary in the future.

2. The Current Geographical Situation

12. As to be expected, the geographical situation has radically changed since 1897 as a result of erosion to the east of the delta and accretion to the west.

- (a) The headland of Punta de Castilla has been reduced still further, and the initial marker placed there in 1897 is today under the sea.
- (b) Harbor Head Lagoon has essentially retained its former shape.
- (c) The Parties disagree regarding the sandbank which partially closed the lagoon in 1897. Costa Rica claims that this feature still exists only

Rica soutient que cette formation subsiste seulement dans la partie orientale et qu'elle a disparu dans la partie occidentale. Il estime en outre que le *caño* retenu par les sentences Alexander a également disparu (CR 2015/14, p. 31). Le Nicaragua soutient que cette formation existe toujours et qu'elle demeure rattachée à l'île de San Juan et à Punta de Castilla (CR 2015/15, p. 24).

- d) L'île de San Juan s'est, semble-t-il, rétrécie, mais elle figure toujours sur les cartes les plus récentes.
- e) Le lit principal du fleuve San Juan est demeuré comparable à ce qu'il était (avec quelques légères modifications). Il est toutefois difficile de déterminer quelle est à l'heure actuelle son embouchure.
- f) La baie de San Juan del Norte s'est complètement ensablée. Elle a disparu, comme d'ailleurs le port de Greytown, ainsi que le phare et les installations que M. Vanderbilt avait construits sur l'île de San Juan.

3. *L'arrêt de la Cour*

13. Le Nicaragua rappelle que, selon la première sentence arbitrale du général Alexander, la frontière à partir du promontoire de Punta de Castilla «suivra le rivage autour du port [à Harbor Head] jusqu'à atteindre le fleuve proprement dit par le premier chenal rencontré», puis remontera «[l]e chenal et le fleuve proprement dit». Il soutient qu'aujourd'hui le premier chenal rencontré en venant de l'est est le *caño* qu'il a dragué et que la frontière s'établit sur ce chenal. Il en déduit que les activités qu'il a menées sur ce *caño* et un peu plus au nord l'ont été en territoire nicaraguayen et étaient licites. Le Costa Rica le nie.

14. La Cour a estimé que «la rive droite du *caño* que le Nicaragua a dragué en 2010 ne correspond pas à la frontière entre les deux Etats» (arrêt, par. 92). Je partage entièrement cette opinion et estime par suite avec la Cour qu'en draguant ce *caño*, puis en creusant deux autres *caños* et en établissant une présence militaire sur les lieux, le Nicaragua a violé la souveraineté territoriale du Costa Rica.

15. En revanche, la Cour ne pouvait, me semble-t-il, se prononcer sur les conclusions présentées tardivement par le Costa Rica et tendant à ce que soit reconnue sa souveraineté sur le territoire litigieux. Aussi bien la Cour n'était-elle pas en mesure de prendre une telle décision au vu du dossier.

16. L'article 40, paragraphe 1, du Statut dispose que l'objet du différend doit être indiqué dans la requête, comme il est rappelé à l'article 38, paragraphe 1, du Règlement de la Cour. Celle-ci considère que ces exigences sont «essentielles au regard de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice» (*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 656, par. 38, citant *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992,

in its eastern part, and that its western part has disappeared. It further contends that the channel referred to in the Alexander Awards has also disappeared (CR 2015/14, p. 31). Nicaragua maintains that this feature still exists and that it remains connected both to San Juan Island and to Punta de Castilla (CR 2015/15, p. 24).

- (d) The Island of San Juan has, it appears, been reduced in size, but is still shown on the most recent maps.
- (e) The main channel of the San Juan River has remained comparable to what it was before (with some slight changes). It is, however, difficult to determine at the current time where its actual mouth lies.
- (f) The Bay of San Juan del Norte is now completely silted up. It has disappeared, as have the Port of Greytown and the lighthouse and facilities constructed by Vanderbilt on San Juan Island.

3. *The Judgment of the Court*

13. Nicaragua recalls that, according to General Alexander's first Arbitral Award, from the headland of Punta de Castilla the boundary "shall follow the water's edge around the harbor [at Harbor Head] until it reaches the river proper by the first channel met". It will then continue "up this channel and up the river proper". Nicaragua claims that today the first channel met coming from the east is the *caño* which it dredged, and that the boundary runs along that channel. It accordingly concludes that the activities carried out by it on that *caño* and a little further north were conducted on Nicaraguan territory and were lawful. Costa Rica denies this.

14. The Court has concluded that "the right bank of the *caño* which Nicaragua dredged in 2010 is not part of the boundary between Costa Rica and Nicaragua" (Judgment, para. 92). I entirely agree with this, and I accordingly consider, like the Court, that in dredging that *caño* and then excavating two others, and in establishing a military presence in the area, Nicaragua violated Costa Rica's territorial sovereignty.

15. On the other hand, in my view the Court was not entitled to rule on the belated submissions by Costa Rica in which it asked the Court to recognize its sovereignty over the disputed territory, since the latter was not in a position to take such a decision in light of the material in the case file.

16. Article 40, paragraph 1, of the Statute provides that the subject of the dispute must be indicated in the application, and this is reiterated in Article 38, paragraph 1, of the Rules. The Court has deemed those provisions "essential from the point of view of legal security and the good administration of justice" (*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 656, para. 38, citing *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports*

p. 267, par. 69). L'objet d'un différend est ainsi délimité par les demandes présentées dans la requête. Les demandes additionnelles ne sont recevables que si elles rentrent dans cet objet; dans le cas contraire, elles doivent être écartées comme tardives. Cette règle ne supporte exception que si les demandes nouvelles étaient implicitement contenues dans la requête ou découlaient directement de la question qui fait l'objet de la requête (*Ahmadou Sadio Diallo*, précité, p. 657, par. 41, citant ces deux critères dégagés par la Cour dans l'arrêt sur les exceptions préliminaires rendu en l'affaire relative à *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, précité, p. 266, par. 67). Or, en l'espèce, la requête était relative à certaines activités du Nicaragua dans la zone frontalière et n'avait pas pour objet la détermination du territoire des Parties. En outre, les nouvelles demandes du Costa Rica n'étaient pas implicitement contenues dans la requête et ne découlaient pas directement de la question qui avait fait l'objet de cette dernière. Elles transformaient un contentieux de la responsabilité en un contentieux territorial.

17. J'ajouterai que peu importe le fait que le Nicaragua n'ait pas objecté aux conclusions nouvelles du Costa Rica, et que l'un de ses conseils ait même admis que les deux Parties demandaient à la Cour de se prononcer sur le tracé de la frontière et la souveraineté territoriale en résultant (CR 2015/15, p. 58). Ce faisant, le Nicaragua a certes admis la compétence de la Cour pour statuer sur les conclusions nouvelles du Costa Rica. Mais il convient de ne pas confondre compétence et recevabilité. Même si ces conclusions nouvelles relevaient de la compétence de la Cour au titre du *forum prorogatum*, elles n'en devaient pas moins être présentées dans le respect des règles de procédure fixées par le Statut et le Règlement de la Cour. Il incombait à la Cour de s'interroger *proprio motu* sur la recevabilité des nouvelles conclusions du Costa Rica¹.

18. Cette solution s'imposait d'autant plus que la Cour ne disposait pas de tous les éléments nécessaires pour se prononcer clairement. Elle a d'ailleurs soigneusement évité de le faire. Tout en reconnaissant la souveraineté du Costa Rica sur le territoire litigieux, elle s'est en effet abstenue d'en fixer les limites. Elle a certes défini ce territoire comme «la partie septentrionale [d']Isla Portillos ... comprise entre la rive droite du *caño* litigieux, la rive droite du fleuve San Juan lui-même jusqu'à son embouchure dans la mer des Caraïbes et la lagune de Harbor Head» (arrêt, par. 69). Par voie de conséquence, elle a reconnu, en accord avec les Parties, la souveraineté du Nicaragua sur cette lagune et sur la formation sableuse qui en marque la limite. Elle a également constaté la souveraineté du Costa Rica sur le territoire litigieux. Mais elle a aussi relevé que les Parties avaient exprimé des vues divergentes sur la localisation de l'embouchure du fleuve San Juan dans la mer des Caraïbes sans aborder la question de son emplacement précis. Elle a par la suite décidé de ne pas se prononcer sur ce point (*ibid.*, par. 70). Elle a tenu le même raisonne-

¹ Voir dans ce sens, R. Kolb, *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2013, p. 256.

1992, p. 267, para. 69). The subject of a dispute is thus defined by the claims presented in the application. Additional claims are not admissible unless they fall within the scope of that subject; if not, they must be dismissed for lateness. The only exception to that rule is if the new claims were implicit in the application, or arose directly out of the question which is the subject-matter of the application (*Ahmadou Sadio Diallo, op. cit.*, p. 657, para. 41, citing those two criteria as identified by the Court in its preliminary objections Judgment in the case concerning *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, *op. cit.*, p. 266, para. 67). However, in the present case, the Application concerned certain activities carried out by Nicaragua in the border area, and its subject was not the delimitation of the Parties' territory. Moreover, Costa Rica's new claims were not implicit in the Application; nor did they arise directly out of the question that was the latter's subject-matter. They transformed a dispute over State responsibility into a territorial dispute.

17. Furthermore, it makes no difference that Nicaragua did not object to Costa Rica's new submissions, and that one of its counsel even admitted that both Parties were asking the Court to rule on the course of the boundary and the resultant territorial sovereignty (CR 2015/15, p. 58). In so doing, Nicaragua did indeed accept the Court's jurisdiction to rule on Costa Rica's new submissions. But jurisdiction must not be confused with admissibility. Even if those new submissions fell within the Court's jurisdiction under the *forum prorogatum* principle, they still had to comply with the procedural rules set out in the Statute and the Rules of Court. It was for the Court to ask itself *proprio motu* whether Costa Rica's new submissions were admissible¹.

18. This was particularly necessary here, since the Court did not have before it all of the necessary material to enable it to give a clear ruling. Moreover, it carefully avoided doing so. Thus, while recognizing Costa Rica's sovereignty over the disputed territory, it refrained from defining that territory's limits. It is true that it defined that territory as "the northern part of Isla Portillos . . . between the right bank of the disputed *caño*, the right bank of the San Juan River up to its mouth at the Caribbean Sea and the Harbor Head Lagoon" (Judgment, para. 69). Thus, the Court agreed with the Parties in its recognition of Nicaragua's sovereignty over the lagoon and over the sandbank marking the latter's margin. The Court further found that Costa Rica had sovereignty over the disputed territory. However, it also noted that the Parties had expressed differing views on the location of the mouth of the San Juan River where it flows into the Caribbean Sea, and did not address the question of its precise location. It accordingly decided to refrain from ruling on that point (*ibid.*, para. 70). It adopted the same reasoning for the

¹ See to this effect, R. Kolb, *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2013, p. 256.

ment pour le segment de la côte caraïbe qui va de la lagune de Harbor Head à l'embouchure du San Juan (arrêt, par. 70).

19. Je comprends les scrupules de la Cour sur ces deux derniers points. Le dossier est muet sur le premier et incomplet sur le second. Je note en particulier que le professeur Thorne, expert du Costa Rica, ne traite pas de cette seconde question dans son rapport. Le professeur Kondolf, expert du Nicaragua, précise par contre que «la lagune semble être reliée sous l'angle hydrologique à Greytown Harbor à l'ouest, via un chenal se trouvant derrière le cordon littoral» (rapport figurant en appendice du contre-mémoire du Nicaragua, vol. I, sect. 2.7). En outre, ce chenal apparaîtrait sur certaines photos récentes. Enfin, il figure sur les cartes les plus fiables produites par le Costa Rica. J'aurais par suite tendance à penser que la description des lieux faite par le Nicaragua est plus proche de la réalité que celle défendue par le Costa Rica. Le silence de la Cour n'en demeure pas moins compréhensible.

20. La Cour a ainsi été amenée à définir le territoire litigieux, puis à décider quel Etat avait souveraineté sur ce territoire sans fixer complètement les limites dudit territoire. Or, selon la jurisprudence, ««[d]éfinir» un territoire signifie définir ses frontières» (*Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 26, par. 52). La Cour, en procédant comme elle l'a fait, a méconnu ce principe, comme elle a méconnu sa jurisprudence concernant la recevabilité des demandes nouvelles. Il eût été suffisant en l'espèce de constater que les activités du Nicaragua avaient eu lieu en territoire costa-ricien sans se prononcer sur ces demandes.

21. J'ai par ailleurs souscrit aux conclusions de l'arrêt selon lesquelles, «en creusant deux *caños* en 2013 et en établissant une présence militaire sur le territoire litigieux, le Nicaragua a violé les obligations auxquelles il était tenu en vertu de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour le 8 mars 2011» (point 3 de la décision de la Cour). J'ajouterai que, contrairement à ce que soutient le Costa Rica, le Nicaragua avait respecté les autres dispositions de l'ordonnance, comme le reconnaît implicitement la Cour.

22. Le point 4 de la décision de la Cour concerne certains incidents évoqués par le Costa Rica. Il appelle de ma part quelques observations complémentaires. Les deux incidents mentionnés au paragraphe 135 de l'arrêt emportaient certainement violation de la part du Nicaragua des droits de navigation que le Costa Rica tient du traité de 1858 tel qu'interprété par la Cour en faveur des habitants de la rive droite du fleuve. En revanche, les trois autres incidents mentionnés par le Costa Rica et non retenus par la Cour n'emportaient pas une telle violation (arrêt, par. 136). Le premier d'entre eux concernait un instituteur qui aurait été empêché de se rendre à son école en bateau au motif qu'il n'avait pas obtenu la permission écrite du Nicaragua à cet effet. Il n'est cependant étayé que par des articles de presse et n'est pas établi. Il en va de même d'un autre incident impliquant deux habitants du Costa Rica qui, d'après la déclaration de l'officier de police costa-ricien ayant reçu la plainte, se seraient vu

stretch of the Caribbean coast lying between Harbor Head Lagoon and the mouth of the San Juan (Judgment, para. 70).

19. I can understand the Court's scruples on these two latter points. The case file is silent on the first, and incomplete on the second. I note in particular that Professor Thorne, Costa Rica's expert, does not address this second question in his report. On the other hand, Professor Kondolf, Nicaragua's expert, states that "[t]he lagoon appears to have a hydrologic connection to Greytown Harbor to the west, via a channel behind the barrier spit" (App. 1, Sec. 2.7, of Nicaragua's Counter-Memorial, Vol. I). Furthermore, that channel appears on some of the recent photos. Finally, it is shown on the most reliable of the maps produced by Costa Rica. I would therefore tend to think that Nicaragua's description of the area is closer to the reality than that claimed by Costa Rica. The Court's silence nonetheless remains understandable.

20. The Court thus took it upon itself to define the disputed territory, and then to decide which State had sovereignty over that territory, without completely fixing its boundaries. However, according to the Court's jurisprudence, "to define' a territory is to define its frontiers" (*Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 26, para. 52). In acting as it did, the Court ignored that principle, just as it ignored its jurisprudence on the admissibility of new claims. It would have sufficed in this case to find that Nicaragua's activities had taken place on Costa Rican territory, without ruling on these additional claims.

21. I also agreed with the Judgment's finding that, "by excavating two *caños* in 2013 and establishing a military presence in the disputed territory, Nicaragua has breached the obligations incumbent upon it under the Order indicating provisional measures issued by the Court on 8 March 2011" (point 3 of the operative clause). I would add that, contrary to what Costa Rica claims, Nicaragua did comply with the Order's other provisions, as the Court implicitly recognizes.

22. Point 4 of the operative clause concerns certain incidents cited by Costa Rica. It calls for certain additional comments on my part. The two incidents mentioned in paragraph 135 of the Judgment undoubtedly involved a violation by Nicaragua of Costa Rica's rights of navigation under the 1858 Treaty, as interpreted by the Court in favour of inhabitants of the right bank of the river. On the other hand, the three other instances mentioned by Costa Rica, and not accepted by the Court, did not involve such a violation (Judgment, para. 136). The first of them concerns a teacher who was allegedly prevented from reaching his school by boat in the absence of a letter of authorization from Nicaragua. However, the only evidence was from press articles, and the incident was not proved. The same applies to another incident involving two Costa Rican residents, who, according to a statement by a Costa Rican police officer who received the complaint, were made to pay a departure tax at a Nicara-

contraints de payer une taxe de départ à un poste de l'armée nicaraguayenne. Le dernier incident concernait des journalistes qui n'auraient pas été autorisés à se rendre à Isla Portillos. Mais ces journalistes n'exerçaient aucune activité commerciale sur le fleuve et n'habitaient pas la rive droite du fleuve San Juan. Dès lors leur déplacement ne relevait pas des dispositions du traité de 1858 tel qu'interprété par la Cour. Au total, les deux incidents prouvés sont évidemment regrettables, mais on ne peut manquer de noter qu'il s'agit là de deux incidents isolés en cinq ans dont on ne saurait tirer des conclusions concernant le comportement d'ensemble des autorités nicaraguayennes.

23. Le Costa Rica se plaignait par ailleurs des conditions dans lesquelles le Nicaragua a procédé au dragage du fleuve San Juan. La Cour a écarté ces conclusions par des motifs recueillant mon entier accord. Elle a notamment estimé que, en l'absence de tout dommage transfrontière résultant du dragage du fleuve, il n'était pas nécessaire pour elle de déterminer le régime de responsabilité applicable en la matière (arrêt, par. 119). Elle ne s'est par suite pas prononcée sur la question de savoir si le régime de responsabilité établi pour ce type de dommage par le traité de 1858 avait ou non été modifié du fait de l'évolution du droit international coutumier.

24. A cet égard, je souhaiterais rappeler que, selon le point 6 du troisième paragraphe de la sentence arbitrale du président Cleveland du 22 mars 1888,

«[I]a République du Costa Rica ne peut empêcher la République du Nicaragua d'exécuter à ses propres frais et sur son propre territoire de tels travaux d'amélioration, à condition que le territoire du Costa Rica ne soit pas occupé, inondé ou endommagé en conséquence de ces travaux et que ceux-ci n'arrêtent pas ou ne perturbent pas gravement la navigation sur ledit fleuve ou sur l'un quelconque de ses affluents en aucun endroit où le Costa Rica a le droit de naviguer. La République du Costa Rica aura le droit d'être indemnisée si des parties de la rive droite du fleuve San Juan qui lui appartiennent sont occupées sans son consentement ou si des terres situées sur cette même rive sont inondées ou endommagées de quelque manière que ce soit en conséquence de travaux d'amélioration.»

25. Il ressort de ces dispositions que, pour reprendre les termes de la Cour dans son arrêt du 13 juillet 2009,

«le Nicaragua peut exécuter [à ses frais] les travaux d'amélioration [de la navigation sur le fleuve San Juan] qu'il estime convenables, à condition que lesdits travaux ne perturbent pas gravement la navigation sur les affluents du San Juan appartenant au Costa Rica» (*Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 269, par. 155).

26. Par ailleurs, selon la sentence du président Cleveland, les opérations d'amélioration menées à des fins de navigation sur le San Juan

guan army post. The last incident concerned journalists who were not allowed to travel to Isla Portillos. However, they were not engaged in commerce on the San Juan, nor were they inhabitants of the river's right bank; thus their travel was not covered by the provisions of the 1858 Treaty as interpreted by the Court. In sum, the two proven incidents are clearly regrettable, but one is bound to note that these were two isolated incidents over a period of five years, from which no general conclusions can be drawn regarding the overall conduct of the Nicaraguan authorities.

23. Costa Rica further complained of the manner in which Nicaragua was carrying out dredging works on the San Juan River. The Court rejected Costa Rica's submissions for reasons with which I am entirely in agreement. In particular, it took the view that, in the absence of any transboundary harm as a result of the dredging programme, it was unnecessary for it to determine the responsibility régime applicable in the matter (Judgment, para. 119). The Court thus refrained from deciding whether or not the rules governing responsibility for this type of harm under the 1858 Treaty had been modified as a result of developments in international customary law.

24. In this regard I would recall that, according to point 6 of the third paragraph of President Cleveland's Arbitral Award of 22 March 1888:

“The Republic of Costa Rica cannot prevent the Republic of Nicaragua from executing at her own expense and within her own territory such works of improvement, *provided* such works of improvement do not result in the occupation or flooding or damage of Costa Rica territory, or in the destruction or serious impairment of the navigation of the said River or any of its branches at any point where Costa Rica is entitled to navigate the same. The Republic of Costa Rica has the right to demand indemnification for any places belonging to her on the right bank of the River San Juan which may be occupied without her consent, and for any lands on the same bank which may be flooded or damaged in any other way in consequence of works of improvement.”

25. It is clear from this passage that, to quote what the Court said in its Judgment of 13 July 2009:

“Nicaragua may execute [at its own expense] such works of improvement [of navigation] as it deems suitable, provided that such works do not seriously impair navigation on tributaries of the San Juan belonging to Costa Rica” (*Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 269, para. 155).

26. Furthermore, according to the Cleveland Award, works of improvement conducted for purposes of navigation on the San Juan must

doivent l'être sans qu'il y ait occupation du territoire costa-ricien, sans que celui-ci soit inondé et sans que d'autres dommages soient causés à ce territoire. La sentence ajoute que le Costa Rica a le droit d'être indemnisé de tout dommage de ce type.

27. Les Parties s'opposent sur l'interprétation à donner à cette dernière disposition. Le Nicaragua soutient que, en cas de dommage résultant de travaux d'amélioration du fleuve, le Costa Rica n'est pas en droit d'empêcher la poursuite de ces travaux, mais peut seulement demander indemnisation du préjudice subi. Le Costa Rica est d'une opinion contraire.

28. Pour ma part, j'observerai que les première et seconde phrases du point 6 du troisième paragraphe de la sentence du président Cleveland n'ont pas la même portée. En effet, le droit à indemnisation du Costa Rica est reconnu dans la seconde phrase uniquement en cas de dommages causés à son territoire et non en cas de perturbation grave apportée à la navigation. Par ailleurs, les dommages ponctuels résultant en territoire costa-ricien des travaux menés sur le San Juan impliquent indemnisation du préjudice subi. Il s'agit là, me semble-t-il, de dommages transfrontières relevant d'un régime de responsabilité objective (pour un cas analogue, voir les sentences arbitrales des 16 avril 1938 et 11 mars 1941 dans l'affaire de la *Fonderie du Trail*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, t. III, p. 1905-1982). Ce régime de responsabilité est à mon sentiment toujours applicable. Le traité de 1858 et la sentence Cleveland donnent au Nicaragua une large liberté d'action pour les travaux à exécuter sur le fleuve San Juan. Cette liberté comporte une contrepartie : l'obligation d'indemniser le Costa Rica des dommages causés à son territoire, que ces dommages soient importants ou non. Ce régime spécial, qui forme un tout, demeure applicable, et je ne vois pas de raison de restreindre les droits à indemnisation du Costa Rica, pas plus que les droits à agir du Nicaragua. Ces droits sont indissolublement liés.

29. Je partage enfin entièrement les conclusions auxquelles la Cour est parvenue lorsqu'elle a rejeté l'ensemble des conclusions du Costa Rica concernant la réparation des dommages qu'il a pu subir à l'exception des dommages matériels causés par les activités illicites du Nicaragua sur le territoire costa-ricien. Ces dommages sont ceux ayant pu résulter de la construction des *caños*. Ils sont à l'évidence modestes et l'on peut espérer que les deux Etats pourront parvenir à les évaluer d'un commun accord.

II. AFFAIRE RELATIVE À LA CONSTRUCTION D'UNE ROUTE AU COSTA RICA LE LONG DU FLEUVE SAN JUAN (NICARAGUA C. COSTA RICA)

30. En ce qui concerne cette seconde affaire, je souscris à la décision de la Cour selon laquelle le Costa Rica, lors de la construction de la route 1856, a violé ses obligations procédurales en ne procédant pas à une étude d'impact environnementale préalable. Le Nicaragua soutenait en outre que la construction de la route avait eu un impact préjudiciable important sur le fleuve San Juan. La Cour a écarté ces prétentions. Je m'y suis

be carried out without resulting in the occupation or flooding or damage of Costa Rican territory. The Award further states that Costa Rica is entitled to be indemnified on account of any such damage.

27. The Parties disagree on the interpretation of this latter provision. Nicaragua maintains that, in the event of any damage as a result of improvement works on the river, Costa Rica is not entitled to have those works halted, but can only claim compensation for any damage suffered. Costa Rica disagrees.

28. For my part, I observe that the first and the second sentences of point 6 of the third paragraph of the Cleveland Award differ in scope. Thus, Costa Rica's right to indemnification is recognized in the second sentence solely in the event of damage to its territory and not in the case of serious impairment of navigation. Moreover, incidental damage to Costa Rican territory as a result of works carried out on the San Juan requires indemnification on account of the damage suffered. This, it seems to me, is a case of transboundary harm covered by a régime of objective responsibility (for a comparable case, see the Arbitral Awards of 16 April 1938 and 11 March 1941 in the *Trail Smelter* case (United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. 3, pp. 1905-1982)). In my view that responsibility régime is still applicable. The 1858 Treaty and the Cleveland Award give Nicaragua wide freedom of action in relation to works on the San Juan River. The counterpart of that freedom is an obligation to indemnify Costa Rica for damage caused to its territory, irrespective of whether such damage is significant. This special régime, which forms a single whole, remains applicable, and I see no reason to restrict Costa Rica's right to be compensated, any more than Nicaragua's right to act. The two rights are indissolubly linked.

29. Finally, I agree entirely with the Court's rejection of all of Costa Rica's submissions regarding reparation for such damage as it may have suffered, with the exception of material damage caused by Nicaragua's wrongful acts on Costa Rican territory, that is to say, any damage resulting from the construction of the *caños*. Such damage is plainly modest, and it is to be hoped that the two States can succeed in evaluating it by joint agreement.

II. CASE CONCERNING CONSTRUCTION OF A ROAD IN COSTA RICA ALONG THE SAN JUAN RIVER (NICARAGUA V. COSTA RICA)

30. As regards the second case, I agree with the Court's decision that, in constructing Route 1856, Costa Rica was in breach of its procedural obligations by not carrying out a prior environmental impact study. Nicaragua further contended that the construction of the road had had a significant harmful impact on the San Juan River. The Court rejected those claims. I agreed with that finding with a certain amount of hesita-

rallié avec quelque hésitation et souhaiterais fournir certaines explications complémentaires à cet égard.

31. Il ne fait guère de doute que cette route, construite à la hâte par diverses entreprises sans planification technique préalable et sans surveillance suffisante, souffrait de nombreuses malfaçons qui en l'état n'ont été réparées que pour partie et parfois de façon temporaire.

32. Les Parties s'accordent pour penser que la construction de la route a entraîné une augmentation de la charge sédimentaire du fleuve San Juan. Elles divergent sur la quantité de sédiments en cause.

Pour le professeur Kondolf, il s'agirait de 190 000 à 250 000 tonnes par an (arrêt, par. 182). Pour le professeur Thorne, il s'agirait tout au plus d'environ 75 000 tonnes par an (*ibid.*, par. 183). Les experts discutent en outre de la part dans ces totaux des sédiments grossiers se déposant sur le fond du fleuve et de ceux restant en suspension. Les premiers, selon les évaluations, vont de 5 à 18%.

Les Parties en revanche estiment toutes deux que 90% des eaux du San Juan se déversent dans la mer via le fleuve Colorado et 10% via le cours inférieur du San Juan (*ibid.*, par. 198). Elles s'accordent aussi pour penser que 16% des sédiments en suspension et 20% des sédiments grossiers sont transportés par le San Juan, le reste l'étant par le Colorado (*ibid.*).

Sur la base de ces données, le Nicaragua expose que 22 192 tonnes de sédiments se retrouvent chaque année dans le cours inférieur du San Juan (dont 7600 tonnes de sédiments grossiers) (CR 2015/10, p. 13). Le Costa Rica soutient que ces derniers sont seulement de l'ordre de 750 à 1500 tonnes par an (voir notamment le rapport du professeur Thorne figurant en appendice de la duplique du Costa Rica, vol. I, par. 4.100).

33. En revanche les Parties s'accordent pour constater que la charge sédimentaire du fleuve San Juan est déjà très élevée. Le Costa Rica l'évalue à 12 678 000 tonnes par an et l'expert du Nicaragua mentionne le chiffre de 13 700 000 tonnes (arrêt, par. 193). Dès lors, la charge annuelle sédimentaire moyenne attribuable à la route correspond, selon les évaluations, de 0,6% à 2% de la charge sédimentaire totale (*ibid.*, par. 186 et 194).

34. Il me paraît dès lors établi que l'augmentation de la charge sédimentaire du fleuve résultant de la construction de la route conduisait nécessairement à des travaux de dragage supplémentaire du bas San Juan et causait ainsi un dommage au Nicaragua.

35. S'agit-il là d'un dommage frontalier important? On peut en douter, compte tenu de la charge en sédiment qui est déjà celle du fleuve San Juan. Le Nicaragua soutient certes que la charge sédimentaire additionnelle née de la construction de la route, bien que marginale, a créé des obstacles sérieux à la navigation dans les trois premiers kilomètres du cours inférieur du fleuve. Je n'exclus nullement qu'il puisse en être ainsi, mais suis contraint de constater que le Nicaragua n'en apporte pas la preuve et que de ce fait ses conclusions sur ce point ne peuvent qu'être écartées.

(Signé) Gilbert GUILLAUME.

tion, and would now like to provide some additional clarification in this regard.

31. There is no doubt that this road, constructed in haste by a variety of undertakings, without prior technical planning or proper supervision, suffered from numerous defects, which to date have not been remedied, or only remedied in part, and sometimes temporarily.

32. The Parties agree that the construction of the road resulted in an increase in the sedimentary load of the San Juan River. They disagree on the quantity of sediment involved.

According to Professor Kondolf, it amounts to 190,000 to 250,000 tonnes per year (Judgment, para. 182). In the view of Professor Thorne, it amounts, at most, to 75,000 tonnes per year (*ibid.*, para. 183). The experts further debated the proportion of those sediment totals deposited on the bed of the river to those remaining suspended. The former, according to the estimates, varies from 5 to 18 per cent.

On the other hand, both Parties consider that 90 per cent of the waters of the San Juan flow into the sea via the Colorado River, and 10 per cent via the Lower San Juan (*ibid.*, para. 198). They further agree that 16 per cent of the suspended sediments and 20 per cent of the coarse load are carried by the San Juan, with the remainder being carried by the Colorado (*ibid.*).

On the basis of these figures, Nicaragua states that 22,192 tonnes of sediment reach the Lower San Juan each year, including 7,600 tonnes of coarse sediment (CR 2015/10, p. 13). Costa Rica contends that the latter only amounts to some 750 to 1,500 tonnes per year (see, *inter alia*, the report by Professor Thorne in the Appendix to Costa Rica's Rejoinder, Vol. I, para. 4.100).

33. On the other hand, the Parties agree that the sedimentary load of the San Juan is already very high. Costa Rica estimates it at 12,678,000 tonnes per year, while Nicaragua's expert mentions a figure of 13,700,000 tonnes (Judgment, para. 193). Thus, the average annual sedimentary load attributable to the road is estimated at from 0.6 per cent to 2 per cent of the total (*ibid.*, paras. 186 and 194).

34. It therefore appears to me clearly established that the increase in the river's sedimentary load as a result of the construction of the road has inevitably led to additional dredging works on the Lower San Juan, and thus caused harm to Nicaragua.

35. Does that amount to significant transboundary harm? That is open to question, given the sedimentary load already carried by the San Juan. Nicaragua indeed claims that the additional sedimentary load produced by the construction of the road, although marginal, has created serious obstacles to navigation over the first 3 km of the lower part of the river. While not excluding such a possibility, I am bound to note that Nicaragua has provided no evidence of this, and that its submissions on this point must accordingly be rejected.

(Signed) Gilbert GUILLAUME.