

JOINT DECLARATION OF JUDGES TOMKA,  
GREENWOOD, SEBUTINDE  
AND JUDGE *AD HOC* DUGARD

*Costs — Article 64 of the Statute of the Court — Provisional measures — Obligation of a State to comply with Order indicating provisional measures — Obligations imposed by 2011 Order violated by Nicaragua — Conduct of Nicaragua — Costs incurred by Costa Rica in seeking further Order in 2013 — Whether Court should have exercised discretion to order Nicaragua to pay Costa Rica’s costs of the 2013 request for provisional measures.*

1. We regret that we are unable to agree with the decision of the majority of the Court to reject Costa Rica’s request that it be awarded the costs of having had to come to the Court in October 2013 for a second Order on provisional measures of protection. We have therefore voted against operative paragraph 5 (*c*) of the Judgment.

2. Article 64 of the Statute of the Court provides that “[u]nless otherwise decided by the Court, each party shall bear its own costs”. This provision is supplemented by Article 97 of the Rules of Court, which provides that “[i]f the Court, under Article 64 of the Statute, decides that all or part of a party’s costs shall be paid by the other party, it may make an order for the purpose of giving effect to that decision”.

We accept that, in the words of a leading work on the Court, Article 64 of the Statute “may be interpreted as implying the general rule that each party bears its own costs, and that only in exceptional circumstances will the Court decide otherwise” (see Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, Vol. III, 4th ed., 2006, p. 1281). In no case so far has the Court considered that such exceptional circumstances existed. Nevertheless, it is clear that the Statute gives the Court discretion in this matter and we consider it important that the Court exercises that discretion, when it is called upon to do so, after careful consideration of the particular circumstances of the case.

3. What, then, are the circumstances of the present case? In its Order on provisional measures of 8 March 2011, the first measure, indicated unanimously by the Court, was that “[e]ach Party shall refrain from sending to, or maintaining in the disputed territory, including the *caño*, any personnel, whether civilian, police or security” (*Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 27, para. 86 (1)). The “disputed territory” was

DÉCLARATION COMMUNE DE MM. LES JUGES TOMKA  
ET GREENWOOD, M<sup>me</sup> LA JUGE SEBUTINDE  
ET M. LE JUGE *AD HOC* DUGARD

[Traduction]

*Frais de procédure — Article 64 du Statut de la Cour — Mesures conservatoires — Obligation des Etats de se conformer aux ordonnances en indication de mesures conservatoires — Obligations imposées par l'ordonnance de 2011 ayant été violées par le Nicaragua — Agissements du Nicaragua — Frais encourus par le Costa Rica pour demander à la Cour de rendre une nouvelle ordonnance en 2013 — Point de savoir si la Cour aurait dû user de son pouvoir discrétionnaire pour ordonner au Nicaragua de supporter les frais faits par le Costa Rica dans le cadre de la demande en indication de mesures conservatoires de 2013.*

1. Nous regrettons de ne pouvoir nous rallier à la décision prise par la majorité de la Cour de rejeter la demande du Costa Rica tendant à ce que lui soient remboursés les frais qu'il a encourus lorsqu'il a dû se présenter devant la Cour en octobre 2013 pour obtenir le prononcé d'une deuxième ordonnance en indication de mesures conservatoires. Nous avons donc voté contre le point 5 *c*) du dispositif de l'arrêt.

2. Aux termes de l'article 64 du Statut de la Cour, «[s]'il n'en est autrement décidé par la Cour, chaque partie supporte ses frais de procédure». Cette disposition est complétée par l'article 97 du Règlement, qui prévoit que, «[s]i la Cour décide en vertu de l'article 64 du Statut que les frais de procédure de l'une des parties seront entièrement ou partiellement supportés par l'autre, elle peut rendre une ordonnance à cet effet».

Nous admettons que, pour reprendre les termes utilisés dans un ouvrage sur la Cour faisant autorité, l'article 64 du Statut «peut être interprété comme signifiant que, en règle générale, chaque partie supporte ses frais de procédure et que la Cour n'en décide autrement que dans des circonstances exceptionnelles» (voir Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, vol. III, 4<sup>e</sup> éd., 2006, p. 1281). Jamais jusqu'ici la Cour n'a été saisie d'une affaire dans laquelle elle a considéré qu'il existait de telles circonstances. Néanmoins, il est évident que le Statut confère à la Cour un pouvoir discrétionnaire en la matière et nous estimons qu'il est important que celle-ci s'en prévale, lorsqu'elle est appelée à le faire, à charge de procéder à un examen minutieux des circonstances propres à l'espèce.

3. Quelles étaient donc les circonstances propres à l'affaire? Dans l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du 8 mars 2011, la première mesure, adoptée à l'unanimité par la Cour, était ainsi libellée: «Chaque Partie s'abstiendra d'envoyer ou de maintenir sur le territoire litigieux, y compris le *caño*, des agents, qu'ils soient civils, de police ou de sécurité» (*ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 27,

defined in paragraph 55 of that Order as “the area of wetland of some 3 square kilometres 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” (*I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 19, para. 55). The first provisional measure, therefore, could not have been clearer. Nicaragua was prohibited from “sending to, or maintaining in the disputed territory” any personnel, military or civilian, let alone from carrying out any works therein. The Court’s orders on provisional measures being binding (*LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 506, para. 109), Nicaragua had a legal obligation to comply with this measure. The Court also enjoined both Parties to “refrain from any action which might aggravate or extend the dispute before the Court or make it more difficult to resolve” (*Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011 (I)*, p. 27, para. 86 (3)).

4. On 13 September 2013, Costa Rica received evidence, in the form of satellite images, that two new *caños* had been dug in the disputed territory, that a dredger was operating in one of them and that a Nicaraguan military encampment had been established on the beach nearby. On 16 September, Costa Rica wrote to Nicaragua complaining of a violation of the provisional measures. According to counsel for Nicaragua, this letter prompted the President of Nicaragua to order an investigation into the state of affairs in the disputed territory. Nevertheless, on 18 September, the Nicaraguan Foreign Ministry replied to Costa Rica, stating that Nicaragua had authorized no works in the disputed territory (Costa Rica, Request for the Indication of New Provisional Measures, 24 September 2013, Attachment PM-5). As counsel for Nicaragua subsequently remarked, “[i]n retrospect, it would have been better if the Foreign Ministry had waited until the investigation ordered by President Ortega was completed, or at least until the following day” (CR 2013/25, p. 21). Costa Rica reacted to the Foreign Ministry’s letter by filing, on 24 September 2013, a new request for provisional measures. In the meantime, however, the investigation ordered by President Ortega had disclosed that two new *caños* had indeed been dug on the orders of Mr. Eden Pastora, who was described in a Nicaraguan document as the “Government Delegate for [the] Dredging Works” (see letter from Nicaragua to the Court, 11 October 2013, Ref. HOL-EMB-197, Ann. 8). On 21 September 2013, President Ortega gave instructions that Mr. Pastora was to cease all operations on the two new *caños* and to withdraw the dredger. These instructions were complied with. Nicaragua did not, however, inform either Costa Rica or the Court of this development, or take any steps to rectify the impression created by its letter of 18 September, until Thursday 10 October 2013. In the meantime, the Court had informed both Parties that it would hold hearings on the new Costa Rican request for provisional measures beginning on Monday 14 October 2013. So far as the military encampment was concerned, Nicaragua maintained that it was located on Nica-

par. 86, point 1). Le « territoire litigieux » était défini au paragraphe 55 de ladite ordonnance comme la « zone humide d'environ trois kilomètres carrés 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 » (*C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 19, par. 55). La première mesure conservatoire était donc on ne peut plus claire. Le Nicaragua s'était vu interdire « d'envoyer ou de maintenir sur le territoire litigieux » des agents, civils ou militaires et, à plus forte raison, d'y réaliser des travaux quels qu'ils soient. Les ordonnances en indication de mesures conservatoires de la Cour étant obligatoires (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 506, par. 109), le Nicaragua était tenu de se conformer à cette mesure. La Cour a aussi enjoint aux deux Parties de « s'abst[enir] de tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend dont [elle était] saisie ou d'en rendre la solution plus difficile » (*ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 27, par. 86, point 3).

4. Le 13 septembre 2013, le Costa Rica est entré en possession d'images satellite prouvant que deux nouveaux *caños* avaient été creusés dans le territoire litigieux, qu'une drague était en service dans l'un d'eux et qu'un camp militaire nicaraguayen avait été établi sur la plage voisine. Le 16 septembre, il s'est plaint par écrit auprès du Nicaragua de la violation des mesures conservatoires. Selon le conseil de ce dernier, cette lettre a conduit le président nicaraguayen à ordonner une enquête sur la situation dans le territoire litigieux. Pourtant, le 18 septembre, le ministère nicaraguayen des affaires étrangères a répondu au Costa Rica que le Nicaragua n'avait pas autorisé de travaux dans le territoire litigieux (Costa Rica, demande en indication de nouvelles mesures conservatoires, 24 septembre 2013, annexe 5). Comme l'a ensuite fait observer le conseil du Nicaragua, « [t]out bien considéré, le ministère des affaires étrangères aurait mieux fait d'attendre les résultats de l'enquête menée à la demande du président Ortega ou au moins jusqu'au lendemain » (CR 2013/25, p. 21). Le Costa Rica a réagi à la lettre du ministère en déposant, le 24 septembre 2013, une nouvelle demande en indication de mesures conservatoires. Dans l'intervalle, toutefois, l'enquête ordonnée par le président Ortega avait révélé que les deux nouveaux *caños* avaient effectivement été creusés sur instruction de M. Eden Pastora, lequel était désigné, dans un document nicaraguayen, comme le « délégué du gouvernement responsable des travaux de dragage » (voir lettre en date du 11 octobre 2013 adressée à la Cour par le Nicaragua, réf. HOL-EMB-197, annexe 8). Le 21 septembre 2013, le président Ortega a ordonné à M. Pastora de cesser toute activité sur les deux nouveaux *caños* et de retirer la drague, instructions qui ont été exécutées. Ce n'est pourtant que le jeudi 10 octobre 2013 que le Nicaragua en a informé le Costa Rica et la Cour, et qu'il a pris des mesures pour corriger l'impression produite par sa lettre du 18 septembre. Entre-temps, la Cour avait informé les deux Parties qu'elle tiendrait, à compter du lundi 14 octobre 2013, des audiences sur la nouvelle demande en indication de mesures conservatoires présentée par le Costa Rica. En

raguan territory outside the disputed territory, specifically, on a beach just to the north of the disputed territory, and that Nicaragua was therefore under no obligation to withdraw (CR 2013/25, p. 29).

5. The Court has unanimously found (see Judgment, paras. 121-129 and para. 229 (3)) that this conduct amounted to a violation of the provisional measures ordered by the Court in March 2011. While Mr. Pastora may have exceeded his instructions, he was a senior official of the Republic of Nicaragua and his actions purported to be an exercise of his official authority. That they would have seemed as such to any observer was accepted by Nicaragua, which stated that those who saw him may have assumed he was authorized to be in the area; in the words of Nicaragua's counsel, "Mr. Pastora is a well-known figure in Nicaragua" and "[i]t would have been quite strange that a young lieutenant in charge of the nearby areas would question what Mr. Pastora was doing" (CR 2013/25, p. 16). It is beyond question that Mr. Pastora's actions were attributable to Nicaragua and engaged its responsibility for a breach of the obligations under the March 2011 provisional measures Order. Nicaragua quite rightly accepted that responsibility. Nevertheless, while Nicaragua's counsel described the breach as "unintentional" (CR 2015/7, p. 61), the senior position held by Mr. Pastora means that the breach cannot be so lightly put aside. There was nothing "unintentional" about the breach of the Court's Order; it was a deliberate action undertaken on the instructions of the senior government official entrusted by Nicaragua with responsibility for the dredging programme in the area immediately adjacent to the disputed territory.

6. As for the establishment of a military encampment, the Court found, in its 2013 Order, that — contrary to what Nicaragua said — that encampment was not on the sandbank but on land that formed part of the disputed territory (*Order of 22 November 2013, I.C.J. Reports 2013*, p. 365, para. 46). Nicaragua has never suggested that the presence of this encampment was unauthorized.

7. The Court is thus faced with two serious violations of the obligations imposed upon Nicaragua by the 2011 Order on provisional measures. The Court has made plain that Nicaragua must compensate Costa Rica for any damage caused by its violation of those obligations. Costa Rica will therefore be able to recover, for example, the costs of any remediation work which was necessary in order to deal with the two additional *caños*. The Court has, however, denied Costa Rica the chance of recovering from Nicaragua what may well be the largest expense it was obliged to incur, namely the costs of nearly a week of hearings before the Court. Those costs were a direct consequence of Nicaragua's breach of the obligations imposed by the 2011 Order. Moreover, even after it had ordered Mr. Pastora's withdrawal, Nicaragua could have taken steps which would have made the hearings in October 2013 unnecessary but it did not do so. Instead of notifying the Court and Costa Rica of its order

ce qui concerne le camp militaire, le Nicaragua a fait valoir qu'il se trouvait sur son propre territoire, en dehors du territoire litigieux, plus précisément sur une plage juste au nord de celui-ci, et qu'il n'était donc aucunement tenu de le retirer (CR 2013/25, p. 29).

5. La Cour a conclu à l'unanimité (voir arrêt, par. 121-129 et point 3 du paragraphe 229) que ces agissements emportaient violation des mesures conservatoires qu'elle avait indiquées en mars 2011. S'il a pu outrepasser les instructions qu'il avait reçues, M. Pastora était un haut responsable de la République du Nicaragua et paraissait agir dans l'exercice de ses fonctions officielles. Le Nicaragua a lui-même admis qu'il devait en être ainsi aux yeux de n'importe quel observateur et que quiconque a vu M. Pastora a sans doute pensé que sa présence sur les lieux était autorisée; pour reprendre les termes du conseil du Nicaragua, «M. Pastora ... est une personnalité connue au Nicaragua» et «[i]l aurait été impensable que le jeune lieutenant responsable des secteurs avoisinants mette en cause ce qu'il venait y faire» (CR 2013/25, p. 16). Il ne fait aucun doute que les actes de M. Pastora étaient imputables au Nicaragua et engageaient la responsabilité de ce dernier à raison du manquement aux obligations qui lui incombaient au titre de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires de mars 2011. Le Nicaragua a, comme il se doit, reconnu cette responsabilité, mais il n'en reste pas moins que, même s'il a pu être qualifié d'«involontaire» par le conseil du Nicaragua (CR 2015/7, p. 61), ce manquement ne saurait, étant donné les hautes fonctions qu'occupait M. Pastora, être ainsi écarté à la légère. Le non-respect de l'ordonnance de la Cour n'avait rien d'«involontaire»; il s'agissait d'un acte délibéré accompli sur ordre du haut fonctionnaire chargé par le Nicaragua de la mise en œuvre du programme de dragage dans le secteur jouxtant le territoire litigieux.

6. En ce qui concerne l'établissement du camp militaire, la Cour a conclu dans son ordonnance de 2013 que, contrairement à ce qu'affirmait le Nicaragua, il se trouvait non pas sur un banc de sable, mais à l'intérieur du territoire litigieux (*ordonnance du 22 novembre 2013, C.I.J. Recueil 2013*, p. 365, par. 46). Le Nicaragua n'a jamais laissé entendre que l'installation de ce campement n'avait pas été autorisée.

7. La Cour se trouve donc en présence de deux manquements graves aux obligations imposées au Nicaragua par l'ordonnance en indication de mesures conservatoires de 2011. Elle a dit clairement que celui-ci était tenu d'indemniser le Costa Rica de tout dommage qu'il lui aurait causé en contrevenant à ces obligations, y compris, par exemple, les frais correspondant à toute mesure correctrice nécessitée par les deux *caños* supplémentaires. Elle a toutefois privé le Costa Rica de la possibilité d'être remboursé par le Nicaragua de ce qui constitue sans doute la dépense la plus importante qu'il ait dû supporter, à savoir le coût d'une semaine d'audiences devant elle. Or ces frais étaient la conséquence directe du non-respect, par le Nicaragua, des obligations que lui imposait l'ordonnance de 2011. Par ailleurs, même après avoir ordonné à M. Pastora de quitter le territoire litigieux, le Nicaragua aurait pu prendre des mesures qui auraient rendu inutile la tenue des audiences d'octobre 2013, mais

to Mr. Pastora on 21 September 2013, it said nothing until the eve of the hearings, leaving Costa Rica — and the Court — under the impression that it denied that there had been any activity in the disputed territory. When it did inform the Court and Costa Rica of its actions, Costa Rica suggested that the Parties agree [to] an Order which the Court would issue and thus save the cost of the hearing itself. Nicaragua refused. It is illogical for the Court to adopt a posture in which a party which has been the victim of a breach of provisional measures indicated by the Court is treated less favourably if it incurs expense in coming back to the Court to seek redress than if it takes unilateral action to remedy the damage caused by that breach.

8. We consider that these are exceptional circumstances which warrant an exercise by the Court of the power given to it by Article 64 of the Statute. It is true that the Court has never previously exercised that power but it has seldom been asked to do so and none of the cases in which costs have been requested by a party has been remotely comparable to the present one. The power to indicate provisional measures is of the utmost importance for the maintenance of the integrity of proceedings before the Court. The measures thus indicated are legally binding and their breach is an autonomous violation of legal obligations, entirely distinct from the merits of the case. The Court, and those States appearing before it, are entitled to assume that a State litigating in good faith will be scrupulous in complying with those measures. If its failure to do so necessitates a further hearing, it is only right that that State should bear the costs incurred.

9. It is therefore a matter for regret that the Court has dismissed Costa Rica's request for the costs incurred in obtaining the Order of 22 November 2013 and that it has done so without any discussion of the circumstances considered in this declaration. This was surely a case in which something more was called for than a Delphic pronouncement that "taking into account the overall circumstances of the case, an award of costs to Costa Rica . . . would not be appropriate" (Judgment, para. 144).

*(Signed)* Peter TOMKA.

*(Signed)* Christopher GREENWOOD.

*(Signed)* Julia SEBUTINDE.

*(Signed)* John DUGARD.

il n'en a rien fait. Au lieu d'informer la Cour et le Costa Rica des instructions qu'il avait données à M. Pastora le 21 septembre 2013, il a gardé le silence jusqu'à la veille de l'ouverture des audiences, leur donnant à penser qu'il continuait à nier toute activité sur le territoire litigieux. Lorsqu'il a enfin prévenu la Cour et le Costa Rica, ce dernier a proposé que les Parties se mettent d'accord sur une ordonnance à rendre par la Cour, ce qui aurait permis d'économiser les frais correspondant à la tenue des audiences; mais le Nicaragua a refusé. Il est absurde que la Cour adopte une position ayant pour effet de placer la partie victime de la violation des mesures conservatoires qu'elle a indiquées dans une situation moins favorable si elle fait des frais pour obtenir justice auprès d'elle que si elle entend de réparer elle-même le préjudice qui en découle.

8. Nous considérons qu'il s'agit là de circonstances exceptionnelles justifiant que la Cour exerce le pouvoir que lui confère l'article 64 du Statut. Certes, elle ne l'a jamais fait jusqu'à présent, mais on ne le lui a que rarement demandé et aucune des affaires dans lesquelles le remboursement des frais de procédure a été réclamé n'était un tant soit peu comparable à la présente instance. Le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires revêt une importance cruciale pour le maintien de l'intégrité de la procédure devant la Cour. Les mesures ainsi indiquées sont contraignantes et leur violation constitue en soi un manquement à des obligations en droit, totalement indépendant du fond de l'affaire. La Cour et les Etats qui se présentent devant elle sont en droit de supposer que l'Etat qui s'adresse de bonne foi à la justice respectera scrupuleusement lesdites mesures. Si un manquement à cet égard requiert de nouvelles audiences, il est normal que ledit Etat supporte les frais de procédure afférents.

9. En conséquence, il est regrettable que la Cour ait rejeté la demande du Costa Rica tendant à ce que lui soient remboursés les frais qu'il a encourus en vue d'obtenir le prononcé de l'ordonnance du 22 novembre 2013, et ce, sans même examiner les circonstances exposées dans la présente déclaration. A l'évidence, c'était là une affaire qui appelait davantage qu'une obscure déclaration selon laquelle, «compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, la condamnation du Nicaragua à supporter certains frais de procédure du Costa Rica ... ne serait pas appropriée» (arrêt, par. 144).

*(Signé)* Peter TOMKA.

*(Signé)* Christopher GREENWOOD.

*(Signé)* Julia SEBUTINDE.

*(Signé)* John DUGARD.