

SEPARATE OPINION OF JUDGE XUE

1. Notwithstanding my vote on subparagraph (4) of the operative part of the Judgment, I wish to place on record my disagreement with the reasoning in relation to the location of the starting-point of the land boundary between the Parties and the way in which this issue is treated in the *Maritime Delimitation* case.

2. First of all, I am of the view that, under the 1858 Treaty of Limits, the Cleveland Award and the Alexander Awards, the starting-point of the land boundary should be located on the north-eastern end of the Harbor Head Lagoon rather than at the end of the sandspit of Isla Portillos at the mouth of the San Juan River (right bank).

3. In this joint case, identification of the starting-point of the land boundary is an essential issue, both for the determination of the territorial sovereignty of the coast in dispute and for the maritime delimitation between the Parties in the Caribbean Sea. The Parties do not disagree that the 1858 Treaty of Limits, the Cleveland Award and the Alexander Awards constitute the legal basis for the determination of the land boundary between the two countries. Notwithstanding the continuous geographical changes in the Isla Portillos in the course of the last one and half centuries, the provisions of the 1858 Treaty and the terms of the arbitral awards remain applicable. In other words, the starting-point of the land boundary has to be determined on the basis of these legal documents.

4. By its Order of 31 May 2016, the Court decided to appoint two experts to conduct site visits to the coast of the northern part of Isla Portillos and to advise the Court regarding the state of the coast between the point suggested by Costa Rica and the point suggested by Nicaragua in their pleadings as the starting-point of the maritime boundary in the Caribbean Sea. The Court put the following questions for the experts to answer:

- “(a) What are the geographical co-ordinates of the point at which the right bank of the San Juan River meets the sea at the low-water line?
- (b) What are the geographical co-ordinates of the land point which most closely approximates to that identified by the first Alexander Award as the starting-point of the land boundary?
- (c) Is there a bank of sand or any maritime feature between the points referred to in subparagraphs (a) and (b) above? If so, what are their physical characteristics? In particular, are these features, or

OPINION INDIVIDUELLE DE M^{me} LA JUGE XUE

[Traduction]

1. Bien qu'ayant voté en faveur du point 4 du dispositif de l'arrêt, je tiens à indiquer que je ne souscris pas au raisonnement présidant au choix de l'emplacement du point de départ de la frontière terrestre entre les Parties, ni à la manière dont cette question est traitée dans le cadre de la délimitation maritime opérée en l'espèce.

2. Pour commencer, je considère que, en vertu du traité de limites de 1858, de la sentence Cleveland et des sentences Alexander, le point de départ de la frontière terrestre devrait être situé à l'extrémité nord-est de la lagune de Harbor Head, et non à celle de la flèche littorale d'Isla Portillos, à l'embouchure du fleuve San Juan (rive droite).

3. Dans cette affaire, composée de deux instances jointes, la définition du point de départ de la frontière terrestre constitue un enjeu essentiel, tant aux fins de la détermination de la souveraineté territoriale sur la côte en litige qu'à celles de la délimitation maritime entre les Parties dans la mer des Caraïbes. Les Parties ne disconviennent pas que le traité de limites de 1858, la sentence Cleveland et les sentences Alexander constituent les bases juridiques sur le fondement desquelles doit être tracée la frontière terrestre entre les deux pays. En dépit des changements que n'a cessé de connaître la géographie d'Isla Portillos au cours du dernier siècle et demi, leurs dispositions demeurent applicables. En d'autres termes, c'est conformément à ces instruments juridiques que doit être fixé le point de départ de la frontière terrestre.

4. Par son ordonnance du 31 mai 2016, la Cour a décidé de désigner deux experts, qu'elle a chargés de se rendre sur la côte de la partie septentrionale d'Isla Portillos et de lui donner leur avis sur l'état de celle-ci entre les points invoqués respectivement par le Costa Rica et le Nicaragua, dans leurs écritures, comme étant le point de départ de la frontière maritime dans la mer des Caraïbes. Les experts étaient ainsi priés de répondre aux questions suivantes :

- «a) Quelles sont les coordonnées géographiques du point auquel la rive droite du fleuve San Juan rencontre la laisse de basse mer?
- b) Quelles sont les coordonnées géographiques du point terrestre le plus approchant de celui qui avait été défini dans la première sentence Alexander comme étant le point de départ de la frontière terrestre?
- c) Existe-t-il, entre les points visés aux *litt. a)* et *b)* ci-dessus, un banc de sable ou une quelconque formation maritime? Si tel est le cas, quelles en sont les caractéristiques physiques? En particulier, ces

some of them, permanently above water, even at high tide? Is Los Portillos/Harbor Head Lagoon separated from the sea?

(d) To what extent is it possible, or probable, that the area concerned will undergo major physical changes in the short and long term?" (*Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)*, Order of 31 May 2016, *I.C.J. Reports 2016 (I)*, pp. 237-238.)

5. In their report, the Court-appointed experts located the original starting-point of the land boundary, now submerged under the sea, in accordance with the terms of the 1858 Treaty and the arbitral awards, and marked the geographical co-ordinates of the land point which most closely approximates to that identified by the first Alexander Award as the starting-point of the land boundary.

6. The experts' report demonstrates that the initial segment of the land boundary, including its starting-point, remains identifiable and actually identified. What is left of Harbor Head Lagoon and the accreted sandbar separating the lagoon and the sea is a broken part of the land boundary, now enclaved within Costa Rica's territory. The experts' answer to the first question in fact identified the current location of the point at which the San Juan River reaches the sea, in other words, the place where the original land boundary breaks.

7. In the present Judgment, the Court considers that it has determined the starting-point of the land boundary in its 2015 Judgment in the case concerning *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*, where it interpreted the 1858 Treaty as providing that "the territory under Costa Rica's sovereignty extends to the right bank of the Lower San Juan River as far as its mouth in the Caribbean Sea" (*Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2015 (II)*, p. 703, para. 92). A closer perusal of the relevant paragraphs of the 2015 Judgment shows that this interpretation of the said Judgment is questionable.

8. In the first place, the location of the starting-point of the land boundary did not fall within the scope of the jurisdiction of the Court in that case. That issue depends on the determination of the sovereignty over the coast of the northern part of Isla Portillos. If the coast belonged to Nicaragua, the land boundary should extend eastward to Harbor Head Lagoon; otherwise, the boundary would start at the mouth of the river on the western side of Isla Portillos. In the present case, the question whether the watercourse that channelled the San Juan River and Harbor Head Lagoon still bears on who has the sovereignty over the coast of the northern part of Isla Portillos. By interpreting paragraphs 69 and 70 of the

formations, ou certaines d'entre elles, sont-elles constamment découvertes, même à marée haute? La lagune de Los Portillos/Harbor Head est-elle séparée de la mer?

- d) Dans quelle mesure est-il possible ou probable que la zone concernée subisse des modifications physiques importantes à court et long terme?» (*Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)*, ordonnance du 31 mai 2016, *C.I.J. Recueil 2016 (I)*, p. 237-238.)

5. Dans leur rapport, les experts désignés par la Cour ont déterminé l'emplacement du point de départ d'origine de la frontière terrestre, désormais recouvert par la mer, eu égard aux dispositions du traité de 1858 et des sentences arbitrales, et relevé les coordonnées géographiques du point terrestre le plus approchant de celui qui avait été défini dans la première sentence Alexander comme étant le point de départ de la frontière terrestre.

6. Le rapport établit que le segment initial de la frontière terrestre, y compris le point de départ de celle-ci, demeure identifiable et est, du reste, identifié. Ce qui subsiste de la lagune de Harbor Head constitue, avec le cordon littoral formé par accréion qui sépare celle-ci de la mer, un fragment de cette frontière qui, s'en trouvant détaché, est désormais enclavé en territoire costa-ricien. En répondant à la première question posée, les experts ont en réalité désigné l'emplacement actuel du point où le fleuve San Juan atteint la mer — en d'autres termes, l'endroit où la continuité de la frontière terrestre d'origine s'interrompt.

7. La Cour considère, en l'espèce, qu'elle a déterminé le point de départ de la frontière terrestre dans son arrêt de 2015 en l'affaire relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la zone frontalière*, où elle a conclu de son analyse du traité de 1858 «que le territoire relevant de la souveraineté du Costa Rica s'étend[ait] à la rive droite du cours inférieur du San Juan jusqu'à l'embouchure de celui-ci dans la mer des Caraïbes» (*Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, *C.I.J. Recueil 2015 (II)*, p. 703, par. 92). Or, un examen plus attentif des paragraphes pertinents de l'arrêt de 2015 jette un doute sur le bien-fondé d'une telle interprétation.

8. Premièrement, la question de l'emplacement du point de départ de la frontière terrestre ne relevait pas de la compétence de la Cour dans l'affaire susmentionnée. Cet emplacement, en effet, serait fonction de la souveraineté sur la côte de la partie septentrionale d'Isla Portillos: qu'elle soit attribuée au Nicaragua, et la frontière terrestre se poursuivrait vers l'est jusqu'à la lagune de Harbor Head; qu'elle soit attribuée au Costa Rica, et la frontière partirait de l'embouchure du fleuve, à l'ouest d'Isla Portillos. Or, pour attribuer la souveraineté sur la côte de la partie septentrionale d'Isla Portillos, il aura fallu, en l'espèce, déterminer si le cours d'eau qui reliait le fleuve San Juan à la lagune de Harbor Head

2015 Judgment, the Court states that, “no decision was taken by the Court in its 2015 Judgment on the question of sovereignty concerning the coast of the northern part of Isla Portillos, since this question had been expressly excluded”. This conclusion means that the status of the last segment of the land boundary including its starting-point, as determined by General Alexander, was yet to be determined.

9. Moreover, should the Court have determined the starting-point of the land boundary as at the mouth of the San Juan River in the 2015 Judgment, it would not have been reasonable for the Court to instruct the experts to relocate the original starting-point of the land boundary and to find the geographic co-ordinates of the land point that most closely approximates to the original starting-point identified by General Alexander, because the boundary would follow the natural course of the San Juan River to the sea and it would be pointless to identify these points.

10. Although the drafters of the 1858 Treaty and the arbitral awards well anticipated that the land boundary would necessarily be affected by gradual or sudden coastal changes in the future, they did not specifically spell out what principles of international law would apply in the event of such changes. Although it was mentioned that “[t]he ownership of any accretion to said Punta de Castilla is to be governed by the laws applicable to that subject” (see 1888 Cleveland Award, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XXVIII, p. 209), the situation of what now stands as partial disappearance of the watercourse was not envisaged.

11. It is true that General Alexander made it clear that in the practical interpretation of the 1858 Treaty, the San Juan River must be considered a navigable river. However, if the starting-point of the boundary is to be automatically determined by the river’s outlet to the sea, it would be difficult to explain why both Parties agree that Harbor Head Lagoon belongs to Nicaragua rather than Costa Rica; since the watercourse has now reached the Caribbean Sea at the mouth of the San Juan River, what is on the right bank of the River, including Harbor Head Lagoon, should automatically be merged with Costa Rica’s territory.

12. When the Court, on the basis of the experts’ report, determines that there is no longer any water channel connecting the San Juan River with Harbor Head Lagoon and therefore the coast of the northern part of Isla Portillos belongs to Costa Rica, it virtually states that the land boundary is disrupted at the mouth of the San Juan River by the natural change of the coast (see sketch-map No. 2 of the Judgment, reproduced below, p. 234).

13. The Court’s decision that Harbor Head Lagoon and the sandbar separating it from the Caribbean Sea are under Nicaragua’s sovereignty (Judgment, para. 73) cannot simply be attributed to the agreement of the Parties; the underlying reason is Costa Rica’s recognition that the line

existait toujours. Interprétant les paragraphes 69 et 70 de l'arrêt de 2015, la Cour affirme ne pas «s[']être] prononcée [alors] sur la souveraineté à l'égard de la côte de la partie septentrionale d'Isla Portillos[, c]e point a[ayant] été expressément exclu». Il s'ensuit que le statut du dernier segment de la frontière terrestre, y compris son point de départ, tel que défini par le général Alexander, restait à déterminer.

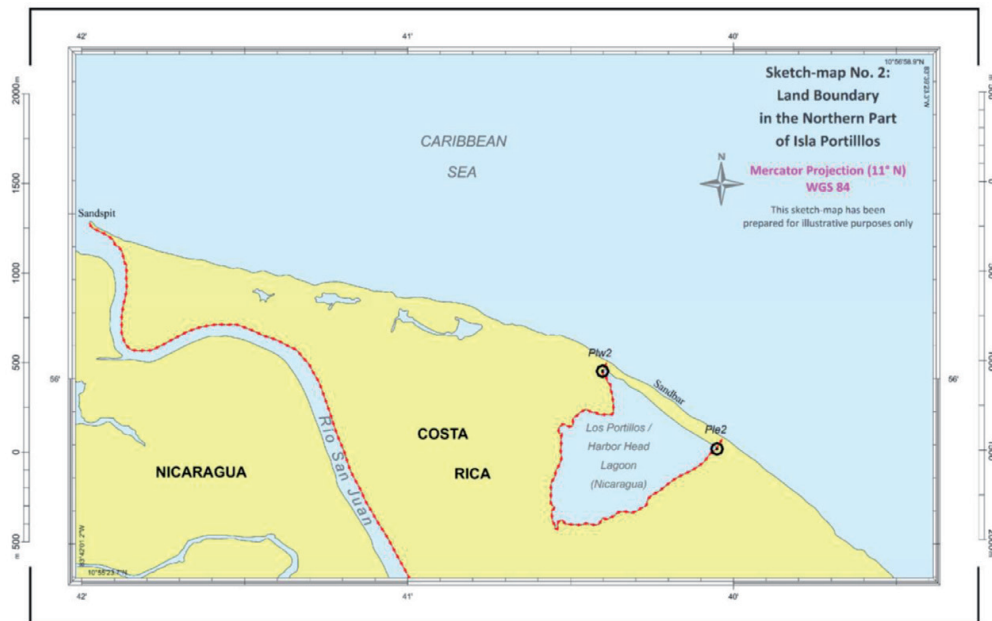
9. En outre, si la Cour avait déterminé, dans son arrêt de 2015, que le point de départ de la frontière terrestre était situé à l'embouchure du fleuve San Juan, pourquoi aurait-elle chargé les experts d'en retrouver le point de départ d'origine et de relever les coordonnées géographiques du point terrestre le plus approchant de celui qui avait été défini par le général Alexander? La frontière suivrait alors le cours naturel du fleuve San Juan jusqu'à la mer et, partant, il n'y aurait aucune raison de déterminer l'emplacement de ces points.

10. Bien que les auteurs du traité de 1858 et des sentences arbitrales eussent anticipé que la frontière terrestre subirait nécessairement les effets de changements graduels ou soudains de la configuration côtière, ils n'ont pas expressément spécifié quels seraient les principes de droit international qui trouveraient alors à s'appliquer. S'il était indiqué que «[l]a propriété de tous atterrissements à Punta de Castilla sera[it] régie par le droit applicable en la matière» (voir la sentence Cleveland de 1888, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XXVIII, p. 209), le cas présent, celui de la disparition partielle du cours d'eau, n'était pas envisagé.

11. Le général Alexander avait certes clairement précisé que, pour interpréter le traité de 1858 dans la pratique, le fleuve San Juan devait être considéré comme un fleuve navigable. Toutefois, si le point de départ de la frontière devait automatiquement être défini par référence à celui où le fleuve débouche en mer, il serait difficile de comprendre pourquoi les deux Parties sont convenues que la lagune de Harbor Head appartient au Nicaragua, et non au Costa Rica; vu l'emplacement actuel de l'embouchure du San Juan, tout ce qui se trouve à droite du fleuve, y compris la lagune de Harbor Head, devrait nécessairement être rattaché au territoire costaricien.

12. Le constat de la disparition du chenal reliant le fleuve San Juan à la lagune de Harbor Head, que fait la Cour sur la base du rapport des experts, et qui l'amène à conclure que la côte de la partie septentrionale d'Isla Portillos relève du Costa Rica, implique que la continuité de la frontière terrestre s'est trouvée brisée au niveau de l'embouchure du fleuve San Juan, par suite de l'évolution naturelle de la configuration côtière (voir le croquis n° 2 de l'arrêt, reproduit ci-dessous, p. 234).

13. Si la Cour a décidé de reconnaître au Nicaragua la souveraineté sur la lagune de Harbor Head et le cordon littoral qui sépare celle-ci de la mer des Caraïbes (arrêt, par. 73), ce n'est pas uniquement sur le fondement de l'accord des Parties, mais essentiellement parce que le Costa Rica

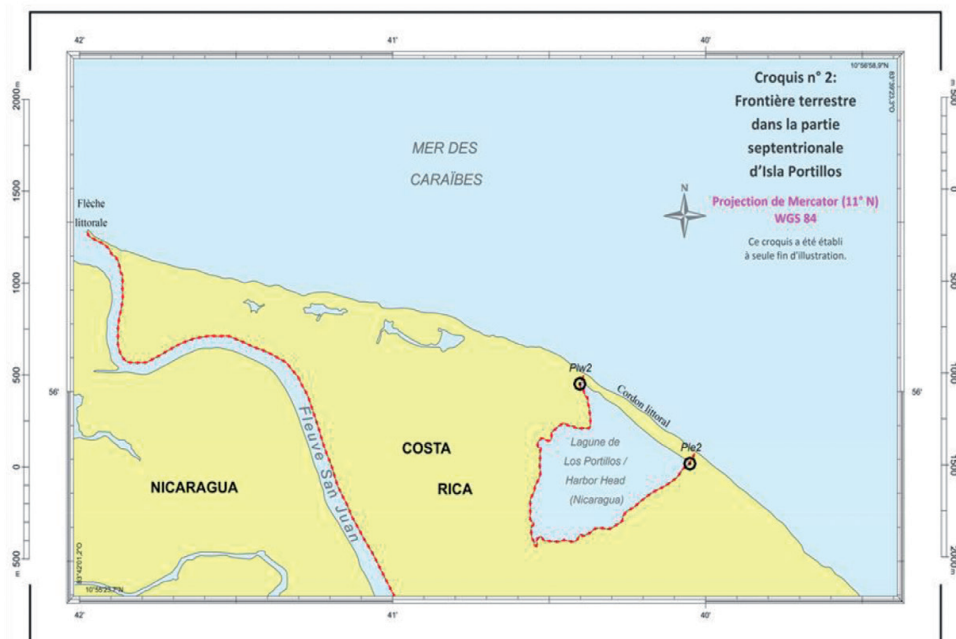


around Harbor Head Lagoon still constitutes part of the land boundary, albeit disconnected with the rest of the land boundary.

14. Situations with water boundaries vary from case to case. There is no established rule of customary international law governing the legal impact of watercourse change on boundaries (e.g. Anzilotti, Bardonnnet, Bouchez, Caffisch)¹. In the present case, so far as the land boundary is concerned, there are two relevant factors that should be taken into account. First, the starting-point of the land boundary, even after being relocated, remains in an unstable situation. As the experts pointed out in their report,

“the position of the mouth of the San Juan River experiences continuous variations, mainly related to changes in the spit of Isla Portillos, i.e., westward growth by accumulation of sand and destruction by erosion (. . .). The growth of the spit by sediment accretion is a progressive process, whereas its destruction, including the opening of channels, may occur rapidly by strong waves (e.g., hurricanes) and floods of the San Juan River. Consequently, the mouth of the San Juan

¹ D. Bardonnnet, “Frontières terrestres et frontières maritimes”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 35, 1989, pp. 10-11, citing D. Anzilotti’s 1914 study of State practice published in the *Rivista italiana di diritto internazionale*; L. J. Bouchez, “The Fixing of Boundaries in International Boundary Rivers”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 12, 1963, p. 807; L. Caffisch, «Règles générales du droit des cours d’eau internationaux», *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 219, 1989, p. 82.



a reconnu que le pourtour de la lagune de Harbor Head constituait toujours, nonobstant cette solution de continuité, un segment de la frontière terrestre.

14. La situation, dans le cas des frontières fluviales, varie d'un cas sur l'autre. Il n'y a, en droit international coutumier, pas de règle établie régissant l'effet juridique que l'évolution d'un cours d'eau est susceptible d'avoir sur une frontière (voir, par exemple, Anzilotti, Bardonnnet, Bouchez, Caffisch)¹. En la présente espèce, pour ce qui est de la frontière terrestre, deux facteurs sont pertinents et doivent, à cet égard, être pris en compte. Premièrement, le point de départ de la frontière terrestre, même tel que redéfini, demeure instable. Comme les experts l'ont relevé dans leur rapport,

«l'emplacement de l'embouchure du fleuve San Juan ne cesse de varier, essentiellement en raison des modifications de la langue de sable (ou flèche littorale) d'Isla Portillos, modifications qui prennent tantôt la forme d'une expansion vers l'ouest par accumulation de sable, tantôt celle d'une destruction par érosion... L'expansion de la langue de sable par accrétion de sédiments est un processus progressif, tandis que sa destruction, y compris l'ouverture de chenaux, peut

¹ D. Bardonnnet, «Frontières terrestres et frontières maritimes», *Annuaire français de droit international*, vol. 35, 1989, p. 10-11, citant l'étude de D. Anzilotti sur la pratique étatique (1914) parue dans la *Rivista italiana di diritto internazionale*; L. J. Bouchez, «The Fixing of Boundaries in International Boundary Rivers», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 12, 1963, p. 807; L. Caffisch, «Règles générales du droit des cours d'eau internationaux», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 219, 1989, p. 82.

River and its right bank are *highly mobile*.” (Report of the Court-Appointed Experts, 30 April 2017, p. 42, para. 117; emphasis added.)

To maintain stability and certainty of the boundary, more weight should be given to its legal title than to the factual change on the ground. Secondly, the enclave resulting from the break-up of the land boundary is not a self-standing geographical feature as such; until the Court’s present decision on the sovereignty of the coast of the northern part of Isla Portillos, it formally constituted part of the land boundary. Whether Harbor Head Lagoon and its frontal sandbar would eventually disappear as a result of coastal recession, as claimed by Costa Rica, the enclave, as it currently stands, should form part of the geomorphological circumstances of the coast for the maritime delimitation, a point I now turn to.

15. The location of the starting-point of the land boundary is not a hard issue. So far as the land boundary is concerned, it does not matter where to locate its starting-point; whether it is identified at the eastern headland of Harbor Head Lagoon, or at the mouth of the San Juan River as a result of the disappearance of the water channel, the boundary continues to serve its purposes well despite the break-up of the initial segment of the boundary. What matters in this case is the impact of the coastal change on the maritime delimitation. Although the Court takes cognition of the great instability of the coastline in the area of the mouth of the San Juan River, it does not give sufficient consideration to the coastal relationship between the Parties. With Costa Rica’s coast now situated between Nicaragua’s territories, Harbor Head Lagoon on the eastern side and the river mouth on the western side, it would be difficult, if not impossible, to choose a starting-point on land that would genuinely reflect a median point. Either way, there would be some cut-off effect to the detriment of one Party. That is to say, to use the point suggested by Nicaragua as the starting-point of the maritime boundary, Costa Rica’s coast would be cut off from the sea. To use the point suggested by Costa Rica, on the other hand, there would also be some cut-off effect on Nicaragua’s enclave.

16. The Court stated in the *Nicaragua v. Honduras* case that,

“[n]othing in the wording of Article 15 suggests that geomorphological problems are *per se* precluded from being ‘special circumstances’ within the meaning of the exception, nor that such ‘special circumstances’ may only be used as a corrective element to a line already drawn” (*Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II), p. 744, para. 280).

survenir rapidement en cas de fortes houles (lors d'ouragans, par exemple) ou de crues du fleuve San Juan. Par conséquent, l'embouchure du fleuve et sa rive droite sont *extrêmement mouvantes*.» (Rapport des experts désignés par la Cour, 30 avril 2017, p. 42, par. 117; les italiques sont de moi.)

Pour garantir la stabilité de la frontière, et éviter l'incertitude, il conviendrait de donner au titre juridique qui fonde cette frontière plus de poids qu'à l'évolution factuelle de la géographie locale. Deuxièmement, l'enclave résultant du morcellement de la frontière terrestre n'est pas une formation géographique autonome en tant que telle; avant que, dans le présent arrêt, la Cour n'attribue au Costa Rica la souveraineté sur la côte de la partie septentrionale d'Isla Portillos, elle faisait formellement partie de la frontière terrestre. Quand bien même la lagune de Harbor Head et le cordon littoral qui en barre l'accès seraient appelés à disparaître du fait du recul de la côte, comme le soutient le Costa Rica, l'enclave, en son état actuel, devrait être considérée, aux fins de la délimitation maritime, comme l'une des circonstances propres à la géomorphologie de la côte, point sur lequel je reviendrai maintenant.

15. L'emplacement du point de départ de la frontière terrestre ne pose guère problème. Peu importe, à cet égard, où on le situe; qu'on place ce point au niveau du promontoire est de la lagune de Harbor Head ou de l'embouchure du fleuve San Juan par suite de la disparition du chenal, la frontière terrestre continue, même si le segment initial se trouve séparé du reste de la ligne qui en marque le tracé, de dûment servir les fins auxquelles elle répond. Ce qui importe, en l'espèce, c'est l'incidence de l'évolution de la configuration côtière sur la délimitation maritime. Bien que la Cour prenne acte de la grande instabilité du littoral aux environs de l'embouchure du fleuve San Juan, elle ne tient pas suffisamment compte de la relation côtière entre les Parties. La côte du Costa Rica étant désormais flanquée de part et d'autre de territoires nicaraguayens — la lagune de Harbor Head, à l'est, et l'embouchure du fleuve, à l'ouest —, il serait difficile, sinon impossible, de retenir un point de départ, sur la terre ferme, qui constitue véritablement un point médian. Dans tous les cas, l'une des Parties subirait un effet d'amputation — amputation de la projection en mer soit de la côte costa-ricienne, si l'on retient le point de départ de la frontière maritime préconisé par le Nicaragua, soit de l'enclave nicaraguayenne, si l'on retient celui revendiqué par le Costa Rica.

16. En l'affaire *Nicaragua c. Honduras*, la Cour a dit que

«[r]ien dans l'énoncé de l'article 15 ne permet[tait] de conclure que des problèmes géomorphologiques ne [pouvaient] en tant que tels constituer des «circonstances spéciales» ..., ni que de telles «circonstances spéciales» ne pu[ssent] être invoquées que pour corriger une ligne déjà tracée» (*Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 744, par. 280).

In the present case, the geomorphological conditions of the coast of the northern part of Isla Portillos and the break-up of the land boundary constitute such special circumstances.

17. I agree with the majority that given the prevailing circumstances of the coast and the current location of the mouth of the San Juan River, it is reasonable and equitable to draw the provisional median line from the coast on the western side of Isla Portillos near the mouth of the San Juan River. I doubt, however, the wisdom to select as the starting-point of the maritime boundary a point on the solid land closest to the mouth of the river, currently identified as point Pv. This is because, first, that point is equally unstable and secondly, little consideration is given to Nicaragua's access to Harbor Head Lagoon.

18. In paragraph 105 of the Judgment, the Court recognizes that the situation of the enclave is a special circumstance and calls for "a special solution". It nevertheless considers that "[s]hould territorial waters be attributed to the enclave, they would be of little use to Nicaragua, while breaking the continuity of Costa Rica's territorial sea". Therefore, the delimitation in the territorial sea between the Parties will not take into account any entitlement which might result from the enclave. In my opinion, this is not a convincing reasoning to ignore Nicaragua's entitlement from the enclave, no matter how small it is.

19. The prevailing geographical phenomenon of the coast is instability. In considering the special circumstances in the delimitation of the territorial sea, the Court does not attach much importance to the experts' advice that the overall coast will undergo continuous changes due to coastal erosion and whether the mouth of the San Juan River would move further westwards or eastwards is unpredictable. Indeed, the Court cannot base its decision on the prediction of future changes, but on the factual situation of today. To treat the enclave as negligible, however, in my view, cannot be regarded as "a special solution".

20. In order to overcome the difficulty arising from the repositioning of the starting-point of the land boundary at the mouth of the San Juan River as a result of the disappearance of the watercourse along the coast, the starting-point of the maritime delimitation, in my opinion, can be detached from the starting-point of the land boundary. To provide access to Harbor Head Lagoon for Nicaragua, in light of the geographical situation of the coast, the maritime boundary may start from a fixed point (the same as the hinge point) on the median line at a distance of 2 nautical miles from the coast without being connected with a mobile line to a point on land. Although with 2 nautical miles' territorial sea undelimited, this approach would place the Parties in a better position to manage their coastal relations, particularly in respect of navigation. It would not be the first time that a delimitation begins at some distance out to the sea; the judicial and arbitral practices support such a resolution where there is an uncertain land boundary terminus (see, for example, *Territorial and Mar-*

En la présente espèce, c'est de ce type de circonstances que relèvent la géomorphologie de la côte de la partie septentrionale d'Isla Portillos et la solution de la continuité de la frontière terrestre.

17. Je conviens avec la majorité qu'il était raisonnable et équitable, compte tenu des caractéristiques actuelles de la côte et de l'emplacement présent de l'embouchure du fleuve San Juan, de tracer la ligne médiane provisoire à partir du littoral à l'ouest d'Isla Portillos, près de l'embouchure du fleuve San Juan. Toutefois, je nourris des doutes quant à l'opportunité de retenir comme point de départ de la frontière maritime le point le plus proche, sur la terre ferme, de l'embouchure du fleuve, appelé ici le point Pv. En effet, le choix de ce point, au reste lui aussi instable, revient à faire peu de cas de l'accès du Nicaragua à la lagune de Harbor Head.

18. Au paragraphe 105 de l'arrêt, la Cour reconnaît que la situation de l'enclave constitue une circonstance spéciale appelant une «solution particulière». Pour autant, elle affirme que, «[s]i l'enclave devait se voir attribuer des eaux territoriales, celles-ci seraient peu utiles au Nicaragua, tout en brisant la continuité de la mer territoriale du Costa Rica». En conséquence, il n'est pas tenu compte, aux fins de la délimitation de la mer territoriale entre les Parties, d'un quelconque droit qui en découlerait. Or, d'après moi, ce n'est pas là une raison convaincante pour faire abstraction du droit que le Nicaragua tire de l'enclave, aussi limité soit-il.

19. La principale caractéristique de la côte est son instabilité. La Cour, lorsqu'elle examine les circonstances spéciales aux fins de délimiter la mer territoriale, n'accorde guère d'importance au fait que, selon les experts, la configuration côtière, dans son ensemble, ne cessera d'évoluer sous l'effet de l'érosion, et qu'il est impossible de prédire si l'embouchure du fleuve San Juan se déplacera vers l'ouest ou vers l'est. De fait, la Cour ne peut fonder sa décision sur des changements anticipés, mais doit se baser sur la situation telle qu'elle existe aujourd'hui dans les faits. Reste que ce n'est pas, selon moi, une «solution particulière» que de considérer l'enclave comme quantité négligeable.

20. Afin de pallier la difficulté liée au fait que la disparition du cours d'eau le long de la côte a conduit à déplacer le point de départ de la frontière terrestre au niveau de l'embouchure du fleuve San Juan, les points de départ des délimitations maritime et terrestre pourraient, selon moi, être dissociés. Pour ménager au Nicaragua un accès à la lagune de Harbor Head, compte tenu de la géographie de la côte, la frontière maritime pourrait partir d'un point fixe (le même que celui faisant office de pivot) sur la ligne médiane, à une distance de 2 milles marins de la côte, qui ne serait pas relié par une ligne mobile à un point situé sur la terre ferme. La mer territoriale demeurerait certes non délimitée sur 2 milles marins, mais cette solution n'en placerait pas moins les Parties en meilleure position pour gérer leurs relations côtières, et particulièrement les questions relatives à la navigation. Du reste, ce ne serait pas la première fois qu'une délimitation commencerait à une certaine distance en mer; la pratique judiciaire et arbitrale justifie un tel procédé, lorsque le point terminal de

itime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II), p. 756, para. 311; Case concerning the delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau, Award of 14 February 1985, United Nations, RIAA, Vol. XIX, pp. 149-196).

(Signed) XUE Hanqin.

la frontière terrestre est incertain (voir, par exemple, *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 756, par. 311; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, sentence du 14 février 1985, Nations Unies, *RSA*, vol. XIX, p. 149-196).

(Signé) XUE Hanqin.
