

SEPARATE OPINION
OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. INTRODUCTION	1-2
II. SUBMISSIONS OF THE PARTIES IN THE COURSE OF THE PRESENT PROCEEDINGS	3-19
1. Submissions in the written phase	3-5
2. First round of oral arguments	6-11
3. Second round of oral arguments	12-15
4. General assessment	16-19
III. THE CONFIGURATION OF THE AUTONOMOUS LEGAL RÉGIME OF PROVISIONAL MEASURES OF PROTECTION	20-28
1. The task of international tribunals	20-24
2. A reassuring jurisprudential construction (2000-2013)	25-28
IV. THE ONGOING CONSTRUCTION OF AN AUTONOMOUS LEGAL RÉGIME OF PROVISIONAL MEASURES OF PROTECTION	29-31
V. FINAL CONSIDERATIONS	32-40

*

I. INTRODUCTION

1. In its previous Order, of 16 July 2013, in the present case opposing Costa Rica to Nicaragua, in which the International Court of Justice [ICJ] refrained from indicating new provisional measures of protection, I presented a dissenting opinion expressing the foundations of my personal position on the matter; today, 22 November 2013, as the Court has now decided to order new provisional measures of protection in the case concerning *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*, I have concurred with my vote to the adoption of the present Order. As there are still a couple of points which appear to me deserving of closer attention, I feel thus obliged to leave on the records the reflections which form the present separate opinion, wherein I care — under the merciless pressure of time — to address those points and to lay the foundation of my personal position thereon.

2. To start with, I deem it appropriate to extract, from the corresponding *dossier* of the present case, the submissions of the Parties which seem to me

OPINION INDIVIDUELLE
DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. INTRODUCTION	1-2
II. CONCLUSIONS SOUMISES PAR LES PARTIES AU COURS DE LA PRÉSENTE INSTANCE	3-19
1. Conclusions présentées au stade de la procédure écrite	3-5
2. Premier tour de procédure orale	6-11
3. Second tour de procédure orale	12-15
4. Appréciation générale	16-19
III. STRUCTURATION D'UN RÉGIME JURIDIQUE AUTONOME DES MESURES CONSERVATOIRES	20-28
1. La mission des tribunaux internationaux	20-24
2. Un édifice jurisprudentiel dont il y a tout lieu de se féliciter (2000-2013)	25-28
IV. LES EFFORTS ACTUELS D'ÉLABORATION D'UN RÉGIME JURIDIQUE AUTONOME DES MESURES CONSERVATOIRES	29-31
V. CONSIDÉRATIONS FINALES	32-40

*

I. INTRODUCTION

1. Lorsque, le 16 juillet 2013, la Cour s'est, dans le présent différend entre le Costa Rica et le Nicaragua, refusée à indiquer de nouvelles mesures conservatoires, j'ai joint à son ordonnance une opinion dissidente détaillant les fondements de ma position personnelle à cet égard. Aujourd'hui, 22 novembre 2013, la Cour ayant décidé d'indiquer de nouvelles mesures conservatoires dans cette affaire relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière*, j'ai voté en faveur de l'adoption de son ordonnance. Toutefois, un ou deux points méritant à mon sens un examen plus attentif, j'estime devoir faire état de mes réflexions par la présente opinion individuelle, dans laquelle je m'emploie, impitoyablement pressé par le temps, à présenter les fondements de ma position personnelle sur ces points.

2. Je commencerai par extraire du dossier de l'affaire les conclusions des Parties qui me semblent particulièrement pertinentes pour l'examen

particularly pertinent for the consideration of the new factual situation brought to the attention of the Court. I shall then move onto the juridico-epistemological level, so as to focus on the questions of the configuration of the autonomous legal régime (as I perceive and conceive it) of provisional measures of protection. In doing so, I shall address the task of international tribunals, and a reassuring jurisprudential construction (2000-2013). I shall, in sequence, overview the ongoing construction of an autonomous legal régime of provisional measures of protection. The way will then be paved for the presentation of my final considerations on the matter.

II. SUBMISSIONS OF THE PARTIES IN THE COURSE OF THE PRESENT PROCEEDINGS

1. *Submissions in the Written Phase*

3. May I start at the factual level. In its new request for provisional measures lodged with the Court on 24 September 2013, Costa Rica stated that this new request was “an independent request based on new facts” (para. 4). After invoking its rights to territorial sovereignty and integrity, and to non-interference with its land and environmentally-protected areas (paras. 21-22), Costa Rica asked the Court for four provisional measures, transcribed in paragraph 15 of the present Order. The *next* facts brought to the Court’s attention in the present request for new provisional measures in the *cas d’espèce* concerning *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*, are in fact, all of them, subsequent to the Court’s previous Orders in the present case (of 8 March 2011 and 16 July 2013), and pertain to the construction of two “*caños*”, and the existence of a Nicaraguan military encampment, allegedly in the “disputed territory”.

4. Costa Rica argued that the new dredging and dumping activities allegedly conducted by Nicaragua were affecting the disputed territory and its ecology (paras. 2 and 10-11). For its part, in a diplomatic Note of 18 September 2013, Nicaragua opposed those contentions, arguing that, in its previous Order of 16 July 2013, the ICJ determined that the provisional measures previously indicated (on 8 March 2011) could not be modified, as Costa Rica had not demonstrated urgency nor risk of irreparable harm (pp. 1-2).

5. The present proceedings concerning *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* have demonstrated the importance of holding public sittings of the ICJ, in the matter of provisional measures, for the clarification of a given factual situation. After all, to the effect of the adoption of its Orders on such matters, the ICJ gathers *prima facie* — rather than substantial — evidence (*summaria cognitio*), and then renders

de la nouvelle situation factuelle portée à l'attention de la Cour. Je passerai ensuite au niveau juridique et épistémologique en concentrant mon analyse sur la structuration d'un régime juridique autonome (tel que je le perçois et le comprends) des mesures conservatoires, et en particulier sur la mission des tribunaux internationaux et sur l'édifice jurisprudentiel, dont il y a tout lieu de se féliciter, qui s'est construit dans ce cadre entre 2000 et 2013. Après cela, je m'intéresserai aux efforts actuels d'élaboration d'un régime juridique autonome des mesures conservatoires. Une fois ces fondements jetés, je présenterai mes considérations finales sur la question.

II. CONCLUSIONS SOUMISES PAR LES PARTIES AU COURS DE LA PRÉSENTE INSTANCE

1. Conclusions présentées au stade de la procédure écrite

3. Je commencerai mon analyse par un examen factuel. Dans sa demande en indication de nouvelles mesures conservatoires présentée à la Cour le 24 septembre 2013, le Costa Rica a précisé qu'il s'agissait d'une « demande distincte, fondée sur des faits nouveaux » (par. 4). Ayant invoqué ses droits à la souveraineté, à l'intégrité territoriale et à la non-ingérence dans ses terres et dans ses zones dont l'environnement est protégé (par. 21-22), le Costa Rica a sollicité quatre mesures conservatoires, reproduites au paragraphe 15 de la présente ordonnance. Les faits *nouveaux* signalés à la Cour dans la demande en indication de nouvelles mesures conservatoires présentée en l'affaire relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* sont tous effectivement postérieurs aux précédentes ordonnances rendues par la Cour dans le cas d'espèce (celle du 8 mars 2011 et celle du 16 juillet 2013) et ont trait à la construction de deux « *caños* » ainsi qu'à la présence d'un campement militaire nicaraguayen, prétendument dans le « territoire litigieux ».

4. Le Costa Rica a fait valoir que les nouvelles activités de dragage et de déversement de matériaux menées selon lui par le Nicaragua affectaient le territoire litigieux et son écologie (par. 2 et 10-11). Dans une note diplomatique du 18 septembre 2013, le Nicaragua a réfuté ces allégations en rappelant que la Cour, dans son ordonnance précédente du 16 juillet 2013, avait estimé que les mesures conservatoires déjà indiquées (le 8 mars 2011) ne pouvaient être modifiées, le Costa Rica n'ayant démontré aucune urgence ni aucun risque de dommage irréparable (p. 1-2).

5. La présente procédure relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* a démontré à quel point la tenue par la Cour d'audiences publiques dans le cadre de mesures conservatoires était importante pour éclairer une situation factuelle donnée. Rappelons que, aux fins de l'adoption de ses ordonnances comme suite de telles demandes, la Cour recueille des preuves *prima facie* — et non sur le fond

a *binding* decision, as its provisional measures are endowed with a conventional basis (Article 41 of its Statute).

2. First Round of Oral Arguments

6. It was, in effect, in the oral proceedings (rather than in the written phase) that the two contending Parties found the occasion to present to the ICJ their submissions in a more elaborate way. The public hearings of 14-17 October 2013 were in my view essential for the clarification of the position of the Parties as to the newly requested provisional measures of protection lodged with the Court. I shall next review such submissions, and then proceed to a general assessment of them.

7. In the first round of oral arguments, Costa Rica argued that, despite the provisional measures of protection indicated by the Court in its Order of 8 March 2011¹, and its concerns expressed in its Order of 16 July 2013, “Nicaragua continues to send groups of Nicaraguan nationals to the disputed area”, and, furthermore, “it is engaged in the construction of two new *caños* in the northern part of Isla Portillos”, with a “real risk” of creating “a fait accompli involving irreparable damage”, before the case is finally settled by the ICJ². There has thus been, Costa Rica proceeded, an “egregious breach” of the provisional measures³. Costa Rica then stated that

“[s]ince that time, work on the Pastora first *caño* has been continued, including by more than 10,000 Sandinista youth who have been officially brought to the area to further Nicaragua’s policies. (. . .) Nicaraguan personnel have been in the disputed territory carrying out dredging and other works, as late as 18 September 2013”⁴.

8. After the Court’s Order of 8 March 2011, Costa Rica proceeded, Nicaragua “changed the existing situation by occupying the territory”, and continuing “to send government personnel and, in particular, the head of the works, Commander Pastora, as well as numerous contingents of Nicaraguans who, by the Respondent’s own admission, are engaging in so-called ‘environmental’ activities”⁵. In Costa Rica’s perception, “Nicaragua has resorted to a piece of ‘sophistry’”, namely, that the

¹ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 6.

² Compte rendu (CR) 2013/24, p. 14, para. 8.

³ Costa Rica added that, moreover, Nicaragua announced, “at the very last moment”, that “it had withdrawn from the disputed territory, though without admitting it had ever been there (. . .) in the first place” (*ibid.*, p. 34, para. 1).

⁴ *Ibid.*, p. 36, para. 7, and cf. p. 44, para. 32.

⁵ *Ibid.*, p. 54, para. 24.

de l'affaire — (*summaria cognitio*) avant de rendre une décision *contraignante* puisque les mesures conservatoires ainsi indiquées reposent sur une base conventionnelle (article 41 de son Statut).

2. Premier tour de procédure orale

6. C'est en effet dans le cadre de la procédure orale, plutôt qu'au stade de la procédure écrite, que les Parties ont trouvé l'occasion de présenter leurs conclusions à la Cour de manière plus élaborée. Les audiences publiques tenues du 14 au 17 octobre 2013 ont revêtu, de mon point de vue, une importance capitale pour préciser la position des Parties sur la demande en indication de nouvelles mesures conservatoires présentée à la Cour. Je rappellerai ci-après le détail de ces conclusions, avant d'en donner une appréciation générale.

7. Lors du premier tour de procédure orale, le Costa Rica a fait valoir que, malgré les mesures conservatoires que la Cour avait indiquées dans son ordonnance du 8 mars 2011¹ et les préoccupations exprimées dans son ordonnance du 16 juillet 2013, «le Nicaragua continu[ait] d'envoyer des groupes de ressortissants nicaraguayens sur le territoire litigieux», et qu'il était, par ailleurs, «en train de construire deux nouveaux *caños* dans le secteur nord de Isla Portillos», avec «un réel risque» d'imposer «comme fait accompli un dommage irréparable» avant que la Cour ne se soit définitivement prononcée en l'affaire². L'on est donc en présence, selon lui, d'une «violation grossière et manifeste de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires»³. Il a ensuite affirmé que,

«[d]epuis lors, les travaux afférents au premier *caño* Pastora [s'étaient] poursuivis, grâce, entre autres, à plus de 10 000 membres de la jeunesse sandiniste amenés dans la région précisément pour mettre en œuvre les politiques du Nicaragua [et que] les agents nicaraguayens se trouvaient encore dans le territoire litigieux au 18 septembre 2013 pour y effectuer des travaux de dragage et autres»⁴.

8. Après l'ordonnance rendue par la Cour le 8 mars 2011, le Nicaragua «a modifié la situation existante en occupant le territoire» et en continuant «d'envoyer des agents gouvernementaux, au premier rang desquels le responsable des travaux, le commandant Pastora, ainsi que de nombreux contingents de Nicaraguayens qui, de l'aveu même du défendeur, s'adonnent à des activités soi-disant «environnementales»»⁵. Du point de vue du Costa Rica, «[l]e Nicaragua a recouru à une «argutie», à savoir

¹ *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 6.

² Compte rendu (CR) 2013/24, p. 14, par. 8.

³ Le Costa Rica a ajouté que le Nicaragua avait, de surcroît, annoncé «à la toute dernière minute» s'être «retiré du territoire litigieux, sans toutefois admettre ... s'y [être] jamais trouvé» (*ibid.*, p. 34, par. 1).

⁴ *Ibid.*, p. 36, par. 7; voir également p. 44, par. 32.

⁵ *Ibid.*, p. 54, par. 24.

provisional measures ordered by the ICJ “prevented Nicaraguan personnel, but not citizens, from entering the disputed territory and planting trees”⁶. And Costa Rica added that:

“Nicaragua has undertaken action on that territory on a major scale, with dredgers and chainsaws, which it has taken several weeks to carry out. It is thus not sufficient to remind the Parties of the existing obligation not to send personnel, but it is necessary to order a measure requiring the cessation of all canalization, dredging or other works in the disputed territory, and that no further works should be carried out in the future. It also requires that Nicaragua be ordered to dismantle all infrastructure on the territory and to refrain from introducing any more *pendente lite*. The same applies to the equipment used to carry out the works of canalization. (. . .) [T]he provisional measures of 2011 are incapable of preventing canalization or other works being continued or resumed.”⁷

9. Nicaragua retorted that Costa Rica also violated the Court’s Order “by overflights and visits to the disputed area” without fulfilling its requirements, and by the construction of the road “running along 160 km of the border of Nicaragua and Costa Rica and along the margin of the greater part of the San Juan River (. . .) without any environmental impact assessment and without any notice to Nicaragua”⁸. Nicaragua then denied that 10,000 members of the Guardabarranco group had been in the territory in dispute, as alleged by Costa Rica; there were only “small groups of youngsters” visiting “the place for a short period of time”; they “have not performed any work on the *caño*”, and they caused no damages to the disputed territory⁹.

10. Nicaragua then added that Mr. E. Pastora “was wrong” in claiming (in a television interview in a news programme) that his works of “clearing or constructing *caños*” at the mouth of the San Juan River were conducted “in areas not covered by the Court’s Order”¹⁰. Nicaragua observed that it “had not authorized any dredging or *caño* clearing activities in the disputed area”, to comply “fully” with the Court’s Order of 8 March 2011. And Nicaragua added:

“Mr. Pastora himself knew that this was Nicaragua’s policy. In the television interview (. . .) he insisted repeatedly that his actions were

⁶ CR 2013/24, pp. 59-60, para. 37.

⁷ *Ibid.*, pp. 55-56, paras. 28-29.

⁸ CR 2013/25, pp. 9-10, paras. 6-7.

⁹ *Ibid.*, pp. 12-13, paras. 20-22.

¹⁰ In its clarification, it was “plain to Nicaragua from Mr. Pastora’s indication of the location of his activities that they were inside the disputed territory, as defined in the Order” (*ibid.*, p. 22, para. 17).

que les mesures conservatoires indiquées par la Cour « empêcherai[en]t les agents, mais pas les citoyens nicaraguayens, d'entrer en territoire litigieux et de planter des arbres »⁶. Selon lui :

« le Nicaragua a engagé une action d'envergure dans ce territoire, avec des dragueurs et des tronçonneuses, et qui a requis des semaines pour être réalisée. Il ne suffirait donc pas de rappeler aux Parties l'obligation existante de ne pas envoyer des agents, il faudrait ordonner une mesure visant à ce que cesse tout travail de canalisation, dragage ou autre sur le territoire litigieux, et à ce qu'il n'y ait pas de nouveaux à l'avenir. Cela exige aussi que soient indiqués le démantèlement de toute installation sur le territoire et l'abstention d'en introduire de nouvelles *pendente lite*. Il en va de même pour le matériel grâce auquel les travaux de canalisation ont été menés. ... [L]es mesures conservatoires de 2011 ne peuvent pas empêcher que des travaux de canalisation ou autres ne se poursuivent ou ne soient repris. »⁷

9. En réponse, le Nicaragua a fait valoir que le Costa Rica avait lui aussi manqué aux prescriptions de l'ordonnance de la Cour en effectuant des « survols de la zone litigieuse et [d]es visites sur place », et en procédant à la construction de la route « qui longe la frontière entre le Nicaragua et le Costa Rica sur 160 km, et suit, en grande partie, le cours du fleuve San Juan ... sans qu'aucune évaluation de l'impact sur l'environnement n'ait été réalisée et sans que le Nicaragua n'en ait été préalablement informé »⁸. Le Nicaragua a ensuite contesté l'affirmation du Costa Rica selon laquelle 10 000 membres du groupe de défense de l'environnement Guardabarranco s'étaient rendus sur le territoire litigieux, indiquant qu'il ne s'agissait que de « petits groupes [de jeunes] » présents « sur place pendant une courte période », que ceux-ci « n'[avaient] rien à voir avec le *caño* » et qu'ils n'avaient causé aucun dommage dans le territoire litigieux⁹.

10. Le Nicaragua a par ailleurs indiqué que M. E. Pastora « avait tort » lorsqu'il a prétendu (lors d'un entretien retransmis dans le cadre d'un programme d'actualités télévisées) que les travaux de « dégagement ou [de] construction de *caños* » auxquels il avait fait procéder à l'embouchure du fleuve San Juan avaient été menés « dans des zones non visées par l'ordonnance de la Cour »¹⁰. Le Nicaragua a ainsi observé qu'il « n'avait autorisé aucune sorte de travaux de dragage ou de dégagement de *caño* dans la zone litigieuse », s'étant toujours « pleinement » conformé à l'ordonnance rendue par la Cour le 8 mars 2011. Il a ajouté :

« M. Pastora lui-même savait que telle était la ligne adoptée par le Nicaragua. Comme le montre la transcription de l'interview télévisé-

⁶ CR 2013/24, p. 59-60, par. 37.

⁷ *Ibid.*, p. 55-56, par. 28-29.

⁸ CR 2013/25, p. 9-10, par. 6-7.

⁹ *Ibid.*, p. 12-13, par. 20-22.

¹⁰ Selon les précisions apportées par le Nicaragua, il était « évident, pour [lui], que, compte tenu des endroits indiqués par M. Pastora, les travaux avaient été effectués à l'intérieur du territoire litigieux tel que défini dans l'ordonnance » (*ibid.*, p. 22, par. 17).

consistent with the Court's Order, as he understood it. Of course, he was wrong; and this does not exonerate Nicaragua of responsibility for his behaviour. Nicaragua has never said otherwise. But it does explain what happened. (. . .) There was no intention by Nicaragua to change the natural course of the San Juan River. What happened was that Mr. Pastora exceeded his mandate, and engaged in activities in the disputed area because he had an erroneous understanding of the Court's Order, specifically in regard to what constituted the disputed area, which was different from Nicaragua's understanding, and which Nicaragua did not appreciate, until 18 September [2013]. Since that date, when it learned of his activities, Nicaragua has not denied that they occurred or that they were inconsistent with the Court's Order. To the contrary, what Nicaragua contends, what it has consistently contended, is that it did not instruct or intend for Mr. Pastora to conduct any activities in the disputed area. They were the result of a misunderstanding, not a conspiracy."¹¹

11. Nicaragua further added that it had not intended to send Mr. E. Pastora "into the disputed area", but only "to clean up the river and the channels in Nicaragua's undisputed waters. It accepts responsibility for his mistaken and unauthorized actions in the disputed area, and has taken concrete steps to prevent their recurrence"¹². Yet, it went on, the problem now raised before the ICJ is not whether Nicaragua is responsible for the acts *ultra vires* of Mr. E. Pastora; it is a distinct one¹³.

3. *Second Round of Oral Arguments*

12. In the second round of oral arguments, Costa Rica began by stating that "Mr. Pastora and the National Port Authority were organs of the Nicaraguan State", with "actual authority" (at least until 22 September 2013) "to carry out the works in the disputed territory"¹⁴. Costa Rica stressed that

"[t]he only evidence on the record is the specific authorization for Mr. Pastora and the National Port Authority to carry out the project for the 'Improvement of Navigation on the San Juan de Nicaragua River'. We heard nothing about *ultra vires* action on the previous request."¹⁵

¹¹ CR 2013/25, pp. 22-23, paras. 20-21.

¹² *Ibid.*, pp. 28-29, paras. 42-43.

¹³ *Ibid.*, pp. 50-51, paras. 21-22.

¹⁴ Costa Rica added that, following the Court's Order of 8 March 2011, "they were never prohibited from doing so by any Nicaraguan instruction in evidence" (CR 2013/26, p. 12, para. 12).

¹⁵ *Ibid.*, p. 12, para. 13.

sée ..., il a affirmé plusieurs fois au cours de celle-ci avoir agi conformément à l'ordonnance de la Cour, telle qu'il la comprenait. Il est bien entendu qu'il avait tort ; et cela ne dispense pas le Nicaragua d'assumer la responsabilité d'un tel comportement. Le Nicaragua n'a jamais dit le contraire. Cela illustre bien ce qui s'est passé. ... [Le Nicaragua] n'avait nullement l'intention de changer le cours naturel du San Juan. Ce qui s'est passé, c'est que M. Pastora a outrepassé son mandat et a engagé des travaux dans le secteur litigieux, ayant interprété l'ordonnance de la Cour — notamment quant à la définition de la zone litigieuse — d'une manière différente de celle de son gouvernement, situation dont ce dernier n'a été informé que le 18 septembre [2013]. Depuis cette date à laquelle il a eu connaissance des activités engagées, le Nicaragua n'en a nié ni l'existence ni la non-conformité à l'ordonnance de la Cour. Au contraire, ce que le Nicaragua dit, ce qu'il a toujours dit, c'est qu'il n'a pas donné pour instruction à M. Pastora de mener des activités dans la zone litigieuse, ni attendu de celui-ci qu'il en entreprenne. Celles-ci sont la conséquence d'un malentendu et non d'un complot.»¹¹

11. Le Nicaragua a également précisé qu'il n'avait pas eu l'intention d'envoyer M. Pastora «dans la zone en litige», et lui avait uniquement donné pour instruction de «nettoyer le fleuve et les canaux dans des eaux incontestablement nicaraguayennes», ajoutant qu'il «assum[ait] la responsabilité des activités non autorisées réalisées à tort par celui-ci dans la zone en litige, et a[vait] pris des mesures concrètes pour que cela ne se reproduise plus»¹². Toutefois, selon lui, la question aujourd'hui posée à la Cour n'est pas celle de savoir si le Nicaragua est responsable des actes *ultra vires* de M. Pastora ; il s'agit de tout autre chose¹³.

3. *Second tour de procédure orale*

12. Lors du second tour de procédure orale, le Costa Rica a commencé par déclarer que «M. Pastora et l'autorité portuaire nationale rel[evaient] de l'Etat nicaraguayen» et qu'ils étaient investis «du pouvoir ... réel — au moins jusqu'au 22 septembre 2013 — pour effectuer les travaux dans le territoire litigieux»¹⁴, avant d'ajouter :

«[J]e seul élément versé au dossier est l'autorisation spécifique donnée à M. Pastora et à l'autorité portuaire nationale pour mettre en œuvre le projet tendant à l'«amélioration de la navigation sur le fleuve San Juan de Nicaragua». Il n'a jamais été question d'excès de pouvoir à l'occasion de la précédente demande.»¹⁵

¹¹ CR 2013/25, p. 22-23, par. 20-21.

¹² *Ibid.*, p. 28-29, par. 42-43.

¹³ *Ibid.*, p. 50-51, par. 21-22.

¹⁴ Le Costa Rica a ajouté que «[p]armi les éléments de preuve versés au dossier ne figure aucune instruction du Nicaragua qui soit postérieure à l'ordonnance de la Cour du 8 mars 2011 et qui leur interdise d'effectuer ces travaux» (CR 2013/26, p. 12, par. 12).

¹⁵ *Ibid.*, p. 12, par. 13.

Costa Rica then added that:

“Nicaragua now finally accepts that its personnel were constructing and dredging the *caños* (. . .), its personnel have entered the disputed territory in breach of [the Court’s] Order and carried out activities there. It finally accepts that its army, camped in close and convenient proximity to the lagoon at the end of the eastern *caño*, must have known of it. It accepts that it is responsible for the acts of Mr. Pastora, its government delegate, and it is responsible for the acts of its government department, the National Port Authority. These reluctant concessions can hardly be considered timely: they finally came yesterday, 36 days after we wrote to protest, 36 days after we provided the co-ordinates of the new *caños*. But Nicaragua has still not admitted that its Mr. Pastora, his dredgers and the National Port Authority personnel were authorized to go there in the first place. (. . .) [T]hey had ostensible authority to do so, and there is nothing in the evidentiary record to suggest otherwise.”¹⁶

13. Moreover, Costa Rica retorted that “the construction of the new *caños*” could not be portrayed as a “simple blunder”. It insisted on its argument pertaining to the presence of “the Sandinista youths” in the “disputed area”, stating that there was evidence to this effect. Thus, its Note to Nicaragua of 16 September 2013 “not only protested the construction of new *caños*, but it pointed out that the Nicaraguan media reported on 9 September that some 10,000 youths had already visited the area”¹⁷. Costa Rica further stated that “Nicaragua admitted that it has breached the 2011 Order”; yet, it has provided “no evidence (. . .) about the present state of the *caño*, its depth, its carrying capacity, its length”¹⁸. To Costa Rica,

“Nicaragua’s belated explanations (. . .) do not provide sufficient protection of Costa Rica’s rights. (. . .) Yesterday Nicaragua told [the ICJ] that it had breached [its] 2011 Order. (. . .) the measures Costa Rica requests are urgently needed to prevent irreparable prejudice to its rights. (. . .) Costa Rica merely asks the Court to exercise its power to preserve and protect Costa Rica’s rights; rights which are at imminent risk of being irreparably harmed.”¹⁹

14. For its part, Nicaragua, at the second round of oral arguments, began by stating that “Mr. Pastora did what he did, and Nicaragua does not deny responsibility for his actions. (. . .) The evidence shows that Nicaragua did not ‘send’ Mr. Pastora to the disputed area, or ‘maintain’

¹⁶ CR 2013/26, pp. 20-21, para. 43, and cf. paras. 40 and 46.

¹⁷ *Ibid.*, p. 22, para. 47.

¹⁸ *Ibid.*, p. 22, para. 48.

¹⁹ *Ibid.*, p. 34, para. 3.

Le Costa Rica a ensuite fait valoir ce qui suit :

«Le Nicaragua reconnaît enfin maintenant que ses agents ont percé et dragué les *caños* ... en violation de l'ordonnance de la Cour, que ses agents ont pénétré dans le territoire litigieux pour y mener des activités. Il reconnaît enfin que ses forces armées, commodément installées à proximité de la lagune située à l'extrémité du *caño* oriental, étaient probablement au courant. Il reconnaît enfin qu'il est responsable des actes de M. Pastora, le représentant de son gouvernement, et de ceux de son organe administratif, l'autorité portuaire nationale. Faites à contrecœur, ces concessions sont pour le moins tardives : elles ont fini par arriver hier, soit trente-six jours après notre protestation écrite, trente-six jours après que nous avons fourni les coordonnées des nouveaux *caños*. Pourtant, le Nicaragua n'a toujours pas reconnu que M. Pastora, ses dragueurs et les agents de l'autorité portuaire nationale ont initialement été autorisés à se rendre dans le territoire litigieux. ... [I]ls avaient manifestement le pouvoir d'effectuer les travaux et aucun élément versé au dossier ne donne à entendre le contraire.»¹⁶

13. Par ailleurs, a également souligné le Costa Rica, le «perçement des nouveaux *caños*» ne saurait être qualifié de «simple bévue». Il a insisté sur son argument relatif à la présence de membres de la «jeunesse sandiniste» dans la «zone litigieuse», affirmant qu'il existait des preuves à cet égard. Ainsi, dans sa note adressée au Nicaragua le 16 septembre 2013, il «a non seulement protesté contre le perçement de nouveaux *caños*, mais a fait observer qu'un journal nicaraguayen avait signalé, le 9 septembre, que 10 000 jeunes s'étaient déjà rendus dans la zone»¹⁷. Selon le Costa Rica, «[l]e Nicaragua a admis avoir violé l'ordonnance de 2011» et n'a cependant fourni «aucun élément ... en ce qui concerne l'état actuel du *caño*, sa profondeur, son débit possible ou sa longueur»¹⁸. Il a également affirmé :

«[L]es explications tardives ... du Nicaragua ne suffisent pas à protéger [l]es droits [du Costa Rica]. ... Hier encore, le Nicaragua a ... reconnu [devant la Cour] qu'il n'avait pas respecté l'ordonnance de 2011. ... [L]es mesures demandées par le Costa Rica s'imposent de manière urgente afin d'empêcher qu'un préjudice irréparable soit porté à ses droits. ... Le Costa Rica demande simplement à la Cour d'exercer le pouvoir qui est le sien afin de sauvegarder et de protéger ses droits, lesquels sont exposés à un risque imminent de préjudice irréparable.»¹⁹

14. Le Nicaragua a, pour sa part, commencé le second tour de plaidoiries en affirmant : «M. Pastora a fait ce qu'il a fait, et le Nicaragua n'en rejette pas la responsabilité. ... Il ressort donc des éléments de preuve que le Nicaragua n'a pas «envoyé» M. Pastora dans la zone en litige, pas plus

¹⁶ CR 2013/26, p. 20-21, par. 43; voir également par. 40 et 46.

¹⁷ *Ibid.*, p. 22, par. 47.

¹⁸ *Ibid.*, p. 22, par. 48.

¹⁹ *Ibid.*, p. 34, par. 3.

him there, as prohibited by the first operative paragraph of the Court's March 2011 Order"²⁰. And Nicaragua added that

"It is notable that Costa Rica's request for new provisional measures does not complain about the presence of this military camp, which is in plain sight. (. . .) This is offered as evidence that a crew of workmen was clearing *caños* in the wetland, not that Nicaragua is unlawfully (. . .) maintaining a small military camp on the beach. There is no mention of the military camp anywhere in Costa Rica's request."²¹

15. As to the works carried out under the direction of Mr. E. Pastora — which Costa Rica alleges were undertaken in the "contested territory" — Nicaragua argues that, in requesting

"the withdrawal of the small Nicaraguan detachment stationed on the left bank, Costa Rica is modifying the very definition of the 'disputed territory' (. . .). [T]his constitutes a new claim, which cannot be made at this stage: it is the Application which defines the limits of the case (. . .). Costa Rica cannot today go back on what it wrote in order to enlarge the scope of its Application by surreptitiously redefining its territorial scope."²²

Yet, it conceded that:

"Nicaragua was 'perhaps' responsible for the actions of Mr. Pastora. (. . .) [E]ven if he is not minister, but only treated as a senior government official, Mr. Pastora does exercise official duties; (. . .) the work on the canals (. . .) is, without any doubt, incompatible with the terms of your Order of 2011; and these terms (. . .) are legally binding on the Parties."²³

4. General Assessment

16. The point which was object of most submissions of the Parties (*supra*) during the oral hearings of 14-17 October 2013 was the dredging and dumping works undertaken, allegedly by Nicaragua, after June 2013, in the construction of the two "*caños*" in the disputed area. In its own assessment, the Court found, in the present Order, that, in the new situation thus created in the "disputed territory", the requisites of urgency and real and imminent risk of "irreparable prejudice" are present therein (paras. 49-50), requiring from it new provisional measures of protection.

²⁰ CR 2013/27, p. 13, para. 22.

²¹ *Ibid.*, p. 17, para. 36.

²² *Ibid.*, p. 31, para. 13.

²³ *Ibid.*, p. 33, para. 18.

qu'il ne l'y a « maintenu », conformément à l'interdiction énoncée au premier paragraphe du dispositif de l'ordonnance rendue par la Cour en mars 2011. »²⁰ Il a poursuivi en ces termes :

« Il est à noter que, dans sa demande en indication de nouvelles mesures conservatoires, le Costa Rica ne se plaint nullement de la présence de ce campement militaire, qui est pourtant exposé à tous les regards. ... Cette image est censée prouver qu'une équipe d'ouvriers était en train de nettoyer les *caños* dans la zone humide, et non que le Nicaragua maintient illicitement ... un petit campement militaire sur la plage, lequel n'est d'ailleurs mentionné nulle part dans la demande du Costa Rica. »²¹

15. Pour ce qui concerne les travaux exécutés sous la direction de M. E. Pastora, dont le Costa Rica affirme qu'ils ont été menés dans le « territoire contesté », le Nicaragua a avancé que, en sollicitant

« le retrait du petit détachement nicaraguayen stationné sur la rive gauche, le Costa Rica [avait] modifié la définition même du « territoire contesté », [et que ceci] constituait une prétention nouvelle qui ne saurait être formulée à ce stade: c'est la requête qui fixe les contours de l'affaire. ... Le Costa Rica ne peut aujourd'hui s'en dédire pour élargir la portée de sa requête en redéfinissant subrepticement son champ d'application territoriale. »²²

Il a toutefois concédé :

« le Nicaragua est « peut-être » responsable des actions de M. Pastora. ... [M]ême s'il n'est pas ministre mais seulement assimilé à un directeur d'administration centrale, M. Pastora exerce des fonctions officielles; les travaux effectués sur les canaux ... sont, sans aucun doute, incompatibles avec les indications de votre ordonnance de 2011; et ces mesures ... sont juridiquement obligatoires pour les Parties. »²³

4. *Appréciation générale*

16. Le point sur lequel les Parties se sont le plus attardées dans leurs conclusions (*supra*), lors des audiences tenues du 14 au 17 octobre 2013, concerne les activités de dragage et de déversement de matériaux prétendument entreprises par le Nicaragua après juin 2013, dans le cadre de la construction de deux « *caños* » dans la zone en litige. La Cour, dans son ordonnance, a considéré que la nouvelle situation ainsi créée dans le « territoire litigieux » présentait les conditions requises d'urgence et de risque réel et imminent de « préjudice irréparable » (par. 49-50), justifiant l'indication de nouvelles mesures conservatoires.

²⁰ CR 2013/27, p. 13, par. 22.

²¹ *Ibid.*, p. 17, par. 36.

²² *Ibid.*, p. 31, par. 13.

²³ *Ibid.*, p. 33, par. 18.

17. The dredging operations for the construction of the two “caños”, the Court added, “were carried out by a group of [Nicaraguan] nationals led by Mr. Pastora”, who was officially appointed “to carry out this project” (para. 45). In carrying out such construction and the digging of the trench, they have caused “a change in the situation in the disputed territory”, after its recent Order of 16 July 2013 (para. 44). The Court then decided to indicate the new provisional measures contained in the Order it has just adopted today, 22 November 2013.

18. As to the other point which was the object of submissions of the Parties, concerning the Nicaraguan military encampment in the area, it appears from the arguments of the Parties during the oral hearings held in October 2013²⁴, and from the complementing evidence which the Parties submitted to the Court (photographs and satellite images), that a Nicaraguan military encampment indeed exists in the region, and after the Court’s previous Order of 8 March 2011. As to its location, the contending Parties submitted arguments as to its presence within “disputed territory”²⁵, as defined by the Court’s Order of 8 March 2011²⁶.

19. The evidence submitted to the Court, however, led to its finding that the military encampment is indeed located within the “disputed territory”, as the Court has concluded in the present Order (para. 46); the Court added that the “ongoing presence of this encampment” is confirmed by recent satellite images and [a] photograph (para. 46). Recalling, in this respect, that the previous Order of 8 March 2011 determined that the Parties ought to “refrain from sending to, or maintaining in the disputed territory, including the caño, any personnel, whether civilian, police or security” (para. 86 (1)), it has become undisputable that the presence of the Nicaraguan military encampment in the disputed territory, after the Order of 8 March 2011, is in clear breach of that Order.

III. THE CONFIGURATION OF THE AUTONOMOUS LEGAL RÉGIME OF PROVISIONAL MEASURES OF PROTECTION

1. *The Task of International Tribunals*

20. The new facts of the present case (*supra*) bring to the fore, in a prominent way, the issue of the necessary *compliance* with provisional mea-

²⁴ CR 2013/26, pp. 19-20, paras. 35-39 (Costa Rica); CR 2013/25, p. 29, paras. 43-44 (Nicaragua); and CR 2013/27, pp. 16-17, paras. 35-37 (Nicaragua).

²⁵ The Court defined the “disputed territory” as “the northern part of Isla Portillos, that is to say, 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” (Order, para. 55).

²⁶ While Costa Rica claimed that the encampment is within the “disputed territory” as defined by the Court, Nicaragua contended that Costa Rica did not complain about the camps until the first day of the hearings, and that, in any event, the encampment is not located within the “disputed territory” as defined by the Court. Cf., e.g., doc. CR 2013/25, p. 29, paras. 43-44, and cf. also doc. CR 2013/27, pp. 16-17, paras. 35-37.

17. La Cour a ensuite fait observer que les opérations de dragage menées en vue de la construction des deux « *caños* » « [étaient] l'œuvre d'un groupe de ressortissants nicaraguayens conduits par M. Pastora », officiellement chargé de « mettre en œuvre ce projet » (par. 45). Du fait de ces travaux de construction et de creusement de la tranchée, « la situation dans le territoire litigieux a changé » depuis l'ordonnance du 16 juillet 2013 de la Cour (par. 44). Celle-ci a donc décidé d'indiquer les nouvelles mesures conservatoires qui sont énoncées dans l'ordonnance adoptée ce jour, 22 novembre 2013.

18. Pour ce qui est de l'autre point sur lequel ont porté les conclusions des Parties, à savoir la présence d'un campement militaire nicaraguayen dans la zone, il ressort des arguments présentés lors des audiences d'octobre 2013²⁴ et des éléments produits à l'appui de ces arguments (photographies et images satellite) que ledit campement existe bien, et qu'il est postérieur à l'ordonnance du 8 mars 2011. Pour ce qui est de son emplacement, les Parties ont plaidé sur la question de savoir s'il se trouvait dans le « territoire litigieux »²⁵ tel que défini par la Cour dans son ordonnance du 8 mars 2011²⁶.

19. Au vu des éléments versés au dossier, la Cour a cependant conclu que le campement militaire était effectivement situé dans le « territoire litigieux », ainsi qu'il est énoncé dans la présente ordonnance (par. 46); elle a ensuite précisé que la « présence continue de ce campement » était confirmée par des images satellite et une photographie récentes (par. 46). Rappelant, à cet égard, la conclusion figurant dans son ordonnance du 8 mars 2011 selon laquelle les Parties devaient « s'abst[enir] d'envoyer ou de maintenir sur le territoire litigieux, y compris le *caño*, des agents, qu'ils soient civils, de police ou de sécurité » (par. 86, point 1), la Cour a estimé que la présence d'un campement militaire nicaraguayen dans le territoire litigieux après l'ordonnance du 8 mars 2011 constituait incontestablement une violation patente de cette ordonnance.

III. STRUCTURATION D'UN RÉGIME JURIDIQUE AUTONOME DES MESURES CONSERVATOIRES

1. *La mission des tribunaux internationaux*

20. Les faits nouveaux intervenus en la présente affaire (*supra*) posent de manière particulièrement cruciale la question de la nécessaire *mise en œuvre*

²⁴ CR 2013/26, p. 19-20, par. 35-39 (Costa Rica); CR 2013/25, p. 29, par. 43-44 (Nicaragua); et CR 2013/27, p. 16-17, par. 35-37 (Nicaragua).

²⁵ La Cour a défini le « territoire litigieux » comme « la partie septentrionale de Isla Portillos, soit 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 » (ordonnance, par. 55).

²⁶ Selon le Costa Rica, ce campement est situé dans le « territoire litigieux » tel que défini par la Cour, ce à quoi le Nicaragua a opposé que, jusqu'au début des audiences, le Costa Rica ne s'était nullement plaint de sa présence et que, en tout état de cause, il ne se trouvait pas dans le « territoire litigieux » défini par la Cour. Voir notamment CR 2013/25, p. 29, par. 43-44, ainsi que CR 2013/27, p. 16-17, par. 35-37.

asures of protection. This issue can be properly addressed, in my understanding, within the framework of what I behold as the *autonomous* legal régime of those measures. To embark on this task, I move from the factual context onto my considerations at the juridico-epistemological level. Preliminarily, I deem it fit to point out that, it has been in the era of contemporary international tribunals that provisional measures of protection have seen the light of day, and have flourished, in international legal procedure.

21. It was indeed with the advent of international tribunals that the conditions were met to move ahead with provisional measures, in the pursuit of the realization of justice, to the benefit of the *justiciables* in distinct domains of international law. In the historical trajectory of international tribunals, there are antecedents disclosing that, even at an early stage, one purported to ascribe *obligatory* character to provisional measures indicated or ordered by them. This is pointed out, for example, in a pioneering study on the matter by Paul Guggenheim, given to the public in 1931²⁷. Yet, progress in this respect has been very slow: for example, it has taken more than half a century for the ICJ to reach the obvious conclusion, in 2001, that provisional measures are, under its Statute²⁸, binding.

22. Yet, since the beginning of the evolution of provisional measures of protection in international legal procedure, the issue of compliance with them was already present, but was not sufficiently studied and cultivated, and, after several decades, there still remains nowadays much to be studied and cultivated in this matter. Already in the days of the Permanent Court of International Justice (PCIJ), there were indications that provisional measures were meant to be obligatory, in particular those ordered by the PCIJ and other international tribunals (such as the old Central American Court of Justice)²⁹; already in the era of the League of Nations, those measures were meant to have *legal effects*³⁰.

23. In his early study, Paul Guggenheim lucidly drew attention to the importance of provisional measures of protection, ultimately, to the progressive development of international law itself³¹. Writing in 1931, the learned author warned that one of the points to be solved in the future, was *to secure compliance with, and the faithful execution of*, those provisional measures³². And the learned author added, with insight, as to the consequences of breach of provisional measures, that

²⁷ Cf. P. Guggenheim, *Les mesures provisoires de procédure internationale et leur influence sur le développement du droit des gens*, Paris, Rec. Sirey, 1931, p. 177.

²⁸ I.e., endowed with a conventional basis (Art. 41).

²⁹ Cf., in this sense, P. Guggenheim, *op. cit. supra* note 27, pp. 24-25, 71-72, 177 and 187, and cf. p. 33.

³⁰ *Ibid.*, p. 58.

³¹ Cf. *ibid.*, pp. 195-196.

³² As “today, international law, most often, does not yet have the means to secure compliance with its orders or, at the very least, to supervise the execution of orders issued by its collective bodies” (*ibid.*, p. 175, and cf. p. 59).

des mesures conservatoires. Il est, de mon point de vue, judicieux d'examiner ces mesures dans le cadre de ce que je considère comme leur régime juridique *autonome*. Je délaisserai donc, aux fins de cet exercice, l'examen du contexte factuel pour passer à des considérations d'ordre à la fois juridique et épistémologique. Avant toute chose, il me semble utile de rappeler que c'est avec les tribunaux internationaux contemporains que la procédure judiciaire internationale a vu naître et prospérer les mesures conservatoires.

21. C'est, en effet, avec l'apparition des tribunaux internationaux que les conditions se sont trouvées réunies pour que, dans le cadre de la quête d'une réalisation de la justice dans l'intérêt des justiciables, les mesures conservatoires se développent dans différents domaines du droit international. L'histoire des tribunaux internationaux est jalonnée d'éléments révélant, dès les débuts, une volonté de conférer un caractère *obligatoire* aux mesures conservatoires indiquées ou ordonnées. C'est ce que souligne notamment une étude novatrice réalisée dans ce domaine par Paul Guggenheim, et rendue publique en 1931²⁷. Les progrès en ce sens ont toutefois été extrêmement lents, et il a ainsi fallu à la Cour plus d'un demi-siècle pour qu'elle trouve l'occasion, en 2001, d'énoncer la conclusion évidente selon laquelle les mesures conservatoires qu'elle indique sont, en vertu de son Statut, revêtues d'un caractère obligatoire²⁸.

22. Or, depuis le début de l'évolution des mesures conservatoires dans la procédure judiciaire internationale, la question, bien que présente, de leur mise en œuvre a été insuffisamment étudiée et approfondie, et, plusieurs décennies après, beaucoup reste encore à faire à cet égard. À l'époque de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI), déjà, certains indices donnaient à penser que les mesures conservatoires, notamment celles ordonnées par la CPJI et d'autres tribunaux internationaux (tels que l'ancienne Cour de Justice centraméricaine), avaient vocation à être obligatoires²⁹; à l'ère de la Société des Nations, ces mesures étaient déjà censées avoir des *effets juridiques*³⁰.

23. Dans son étude pionnière, Paul Guggenheim avait insisté sur l'importance, à terme, des mesures conservatoires pour le développement même du droit international³¹. Écrivant en 1931, l'éminent auteur soulignait que l'une des priorités pour l'avenir serait d'*assurer la mise en œuvre et l'exécution conforme* de ces mesures conservatoires³². À propos des conséquences de leur inexécution, il ajoutait avec perspicacité que,

²⁷ Voir P. Guggenheim, *Les mesures provisoires de procédure internationale et leur influence sur le développement du droit des gens*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1931, p. 177.

²⁸ C'est-à-dire dotées d'une base conventionnelle (art. 41).

²⁹ Voir, à cet égard, P. Guggenheim, *op. cit. supra* note 27, p. 24-25, 71-72, 177 et 187; voir également p. 33.

³⁰ *Ibid.*, p. 58.

³¹ Voir *ibid.*, p. 195-196.

³² La raison étant que «le droit international, de nos jours, ne dispose pas encore, le plus souvent, de moyens propres pour assurer l'exécution de ses ordres ou pour contrôler du moins l'exécution des ordonnances de ses organes collectifs» (*ibid.*, p. 175; et voir p. 59).

“[s]ooner or later, the case law of the Permanent Court of International Justice or of competent tribunals will assuredly succeed in gaining acceptance of the fact that non-compliance with provisional measures ordered by such courts, must, by reason of the harm caused (regardless of the fault, or otherwise, of the author), have the effect in law of giving rise to a right to reparation.

.....

[I]n my view, the responsibility ultimately incumbent upon those members [of the international community itself] cannot be replaced by provisional measures of the collective bodies established by them. Nevertheless, the major ‘final’ decisions of international life – whether political or legal – are themselves, in the end, also provisional, in keeping with the adage, so profoundly true: ‘Il n’y a que le provisoire qui dure’ (only the provisional endures).”³³

24. As I pointed out almost one decade ago, the gradual conceptualization of the *autonomous* international responsibility in respect of provisional measures of protection owes much to the expansion of those measures at international level in our times, calling for the configuration of a legal régime of their own³⁴, thanks to the operation of contemporary international tribunals. In our days, there is indeed a growing attention to the importance of provisional measures of protection in expert writing³⁵, but advances in case law remain rather slow, as international tribunals have not yet elaborated on their *autonomous legal régime*, nor have they so far extracted the legal consequences of non-compliance with those measures. But at least the issue has been identified for forthcoming developments, hopefully.

2. *A Reassuring Jurisprudential Construction* (2000-2013)

25. And there have, however, been some endeavours clearly to this effect. Within the ICJ, for example, in my dissenting opinion in the

³³ P. Guggenheim, *op. cit. supra* note 27, pp. 197-198 [translation by the Registry].

³⁴ Cf. A. A. Cançado Trindade, “Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme”, *Mesures conservatoires et droits fondamentaux* (eds. G. Cohen Jonathan and J.-F. Flauss), Brussels, Bruylant/Nemesis, 2005, pp. 145-163.

³⁵ Cf., *inter alia*, e.g., [Various Authors], *Le contentieux de l’urgence et l’urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales: regards croisés* (eds. H. Ruiz Fabri and J.-M. Sorel), Paris, Pedone, 2003, pp. 7-180 and 205-210; A. A. Cançado Trindade, “La Expansión y la Consolidación de las Medidas Provisionales de Protección en la Jurisdicción Internacional Contemporánea”, *Retos de la Jurisdicción Internacional* (eds. S. Sanz Caballero and R. Abril Stoffels), Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 2012, pp. 99-117; T. Treves, “Mesures conservatoires et obligations environnementales — Tribunal international du droit de la mer et Cour internationale de Justice”, *ibid.*, pp. 119-137; and cf., for a general study, Eva Rieter, *Preventing Irreparable Harm — Provisional Measures in International Human Rights Adjudication*, Maastricht, Intersentia, 2010, pp. 3-1109.

«[t]ôt ou tard, la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale ou des tribunaux compétents réussira certainement à faire admettre que l'inexécution des mesures provisoires ordonnées par ces juridictions, en raison du dommage causé (avec ou sans la faute de l'auteur), a pour effet juridique d'ouvrir un droit à la réparation du dommage.

.....

[I]l ne semble guère possible de substituer à la responsabilité qui incombe en dernier lieu à ces membres [de la communauté internationale elle-même] des mesures provisoires des organes collectifs institués par eux. Néanmoins, les grandes décisions «définitives» de la vie internationale — d'ordre politique ou d'ordre juridique — ont, elles aussi, en fin de compte, un caractère provisoire, conformément à l'adage, d'une si profonde vérité: «Il n'y a que le provisoire qui dure.»³³

24. Comme je le soulignais il y a près de dix ans, la constitution progressive d'un concept de responsabilité internationale *autonome* en matière de mesures conservatoires doit beaucoup à l'expansion qu'ont récemment connue ces mesures au niveau international — grâce à l'action des tribunaux internationaux contemporains —, expansion qui a débouché sur la nécessité de configurer un régime juridique qui leur soit propre³⁴. Si, de nos jours, une attention croissante est portée, dans la littérature spécialisée, à l'importance des mesures conservatoires³⁵, les avancées de la jurisprudence demeurent assez lentes, et il reste encore aux tribunaux internationaux à élaborer le *régime juridique autonome* de ces mesures, et à extraire les conséquences juridiques de leur défaut de mise en œuvre. A tout le moins les contours de la question ont-ils été tracés en vue, peut-on espérer, de développements prochains.

2. *Un édifice jurisprudentiel dont il y a tout lieu de se féliciter* (2000-2013)

25. De toute évidence, des efforts ont néanmoins déjà été entrepris en ce sens, notamment au sein de la Cour. Ainsi, dans mon opinion dissi-

³³ P. Guggenheim, *op. cit. supra* note 27, p. 197-198.

³⁴ Voir A. A. Cañado Trindade, «Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme», *Mesures conservatoires et droits fondamentaux* (G. Cohen Jonathan et J.-F. Flauss, dir. publ.), Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2005, p. 145-163.

³⁵ Voir notamment [différents auteurs], *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales: regards croisés* (H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel, dir. publ.), Paris, Pedone, 2003, p. 7-180 et 205-210; A. A. Cañado Trindade, «La Expansión y la Consolidación de las Medidas Provisionales de Protección en la Jurisdicción Internacional Contemporánea», *Retos de la Jurisdicción Internacional* (S. Sanz Caballero et R. Abril Stoffels, dir. publ.), Cizur Menor (Navarre), Civitas/Thomson Reuters, 2012, p. 99-117; T. Treves, «Mesures conservatoires et obligations environnementales — Tribunal international du droit de la mer et Cour internationale de Justice», *ibid.*, p. 119-137; pour une analyse générale, voir Eva Rieter, *Preventing Irreparable Harm — Provisional Measures in International Human Rights Adjudication*, Maastricht, Intersentia, 2010, p. 3-1109.

Court's Order (of 28 May 2009) in the case of *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, in which the Court refrained from indicating the requested provisional measures of protection, I deemed it fit to examine, *inter alia*, the transposition of such measures from legal proceedings in comparative domestic procedural law onto the international legal procedure (paras. 5-7) and their juridical nature and effects (paras. 8-13). I then drew attention to the relevance of *compliance* with provisional measures of protection, which has "a direct bearing upon the rights invoked by the contending parties" (para. 14).

26. In reality, depending on the rights which are at stake, provisional measures may assume a character, more than precautionary, truly *tutelary*, directly related, as they are, to the realization of justice itself. In that same dissenting opinion I pondered that, this being so, provisional measures of protection, "with their preventive dimension, can indeed contribute to the development of international law" (para. 94). For that to happen, there remains a long way to go, in the refinement of their autonomous legal régime, as I have further pointed out on earlier occasions.

27. It is necessary, to start with, to bear in mind the advances already achieved in international case law in this respect. One decade ago, in 2000, I had the occasion, in another international jurisdiction, to dwell upon the *legal nature* of provisional measures of protection³⁶. Half a decade later the time seemed ripe, on the basis of the experience accumulated on the matter, to dwell upon the *autonomous legal régime* of those measures³⁷. Thus, in the case of the *Community of Peace of San José of Apartadó* (provisional measures of 2 February 2006), I stated that

"[p]rovisional measures of protection bring about obligations for the States at issue, which are distinguished from the obligations which emanate from the judgments as to the merits of the respective cases. There are effectively obligations emanated from provisional measures of protection *per se*. They are entirely distinct from the obligations which eventually ensue from a judgment as to the merits (and also, reparations) in the *cas d'espèce*. This means that provisional measures of protection constitute a juridical institute endowed with an *autonomy* of its own, what, in turn, reveals the high relevance of the *preventive* dimension (. . .). Provisional measures of protection, endowed

³⁶ Cf. Inter-American Court of Human Rights [IACtHR], case of the *Haitians and Dominicans of Haitian Origin in the Dominican Republic v. Dominican Republic* (provisional measures of 18 August 2000), concurring opinion of Judge Cançado Trindade, paras 13-25.

³⁷ Cf. IACtHR, case of *Eloísa Barrios and Others v. Venezuela* (provisional measures of 29 June 2005), concurring opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 4-11; IACtHR, case of *Eloísa Barrios and Others v. Venezuela* (provisional measures of 22 September 2005), concurring opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 2-9; IACtHR, case of the *Children and Adolescents Deprived of Their Freedom in the 'Complex of Tatuapé' of FEBEM v. Brazil* (decision of 17 November 2005), concurring opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 1-10.

dente jointe à l'ordonnance du 28 mai 2009 en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, dans laquelle la Cour avait refusé d'indiquer les mesures conservatoires sollicitées, j'ai souligné qu'il convenait d'examiner notamment la transposition de telles mesures, issues du droit procédural interne comparé, dans l'ordre juridique international (par. 5-7), ainsi que leur nature et leurs effets juridiques (par. 8-13). J'ai ensuite appelé l'attention sur l'importance du *respect* des mesures conservatoires, qui «a une incidence directe sur les droits invoqués par les parties en litige» (par. 14).

26. En réalité, selon la nature des droits en jeu, les mesures conservatoires peuvent avoir un caractère non pas uniquement préventif, mais proprement *tutélaire*, en ce qu'elles sont directement liées à la réalisation de la justice. Dans cette même opinion dissidente, j'insistais sur le fait que, dans ces conditions, les mesures conservatoires, «avec leur dimension préventive, peuvent bel et bien contribuer au développement du droit international» (par. 94). Avant que cela ne se réalise, il reste toutefois fort à faire au niveau de l'affinement de leur régime juridique autonome, comme je l'ai déjà indiqué à plusieurs reprises.

27. Il conviendra cependant, dans un premier temps, de garder à l'esprit les avancées déjà accomplies à cet égard dans la jurisprudence internationale. Il y a une dizaine d'années, en 2000, j'ai eu l'occasion, au sein d'une autre juridiction internationale, de me pencher sur la *nature juridique* des mesures conservatoires³⁶. Cinq ans plus tard, au vu de l'expérience accumulée en la matière, il m'a semblé opportun d'examiner le *régime juridique autonome* de ces mesures³⁷. Ainsi, en l'affaire de la « *Communauté de paix* » de *San José de Apartadó* (décision du 2 février 2006), j'ai indiqué que,

«[I]es mesures conservatoires entraînent, pour les Etats en cause, des obligations distinctes de celles émanant des décisions rendues sur le fond de l'affaire en question. Il existe, de fait, des obligations générées par les mesures conservatoires elles-mêmes, qui sont entièrement distinctes de celles qui découleront, en fin de compte, de la décision sur le fond (ainsi que des réparations) dans le cas d'espèce. Ainsi les mesures conservatoires constituent-elles une institution juridique dotée d'une *autonomie* propre, ce qui révèle également l'importance particulière de leur dimension *préventive*. ... Les mesures conservatoires, ainsi dotées de cette autonomie, ont un régime juridique qui

³⁶ Voir Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH), affaire des *Haïtiens et Dominicains d'origine haïtienne en République dominicaine c. République dominicaine* (décision du 18 août 2000), opinion concordante de M. le juge Cançado Trindade, par. 13-25.

³⁷ Voir CIADH, affaire relative à *Eloísa Barrios et autres c. Venezuela* (décision du 29 juin 2005), opinion concordante de M. le juge Cançado Trindade, par. 4-11; CIADH, affaire relative à *Eloísa Barrios et autres c. Venezuela* (décision du 22 septembre 2005), opinion concordante de M. le juge Cançado Trindade, par. 2-9; CIADH, affaire du « *Complexe du Tatuapé* » de la *CASA (ex-FEBEM) c. Brésil* (décision du 17 novembre 2005), opinion concordante de M. le juge Cançado Trindade, par. 1-10.

as they are with autonomy, have a legal régime of their own, and non-compliance with them generates the responsibility of the State, has legal consequences, besides singling out the central position of the victim (of such non-compliance), without prejudice to the examination and resolution of the concrete case as to the merits.”³⁸

28. One has here in mind, of course, provisional measures of protection endowed with a *conventional* basis, and ordered or indicated by international tribunals. The figure of the “injured party” may thus also appear, in my perception, in the realm of provisional measures of protection, in case of non-compliance with them. Accordingly, non-compliance with, or breach of, such measures, engages autonomously the international responsibility of the State at issue, within the domain of provisional measures of protection³⁹, irrespective of the subsequent judgments as to the merits of the concrete cases. Hence the utmost importance of compliance with those measures⁴⁰, for the realization of justice itself.

IV. THE ONGOING CONSTRUCTION OF AN AUTONOMOUS LEGAL RÉGIME OF PROVISIONAL MEASURES OF PROTECTION

29. In the previous Court’s Order of 16 July 2013, where it refrained from indicating the requested provisional measures of protection, I presented a dissenting opinion wherein, *inter alia*, I sought to demonstrate the need to proceed in the conceptual construction of an *autonomous legal régime* of provisional measures of protection (paras. 69-76). To that end, I pondered that

“[c]ompliance with provisional measures of protection runs parallel to the course of proceedings leading to the Court’s subsequent decision on the merits of the cases at issue. Should the Court find, e.g., a breach of international law in its decision on the merits of a given case, and, parallel to that, it further finds non-compliance with its

³⁸ IACtHR, case of the *Community of Peace of San José of Apartadó v. Colombia* (provisional measures of 2 February 2006), concurring opinion of Judge Cañado Trindade, paras. 6-7, and cf. also paras. 4 and 8-10; and cf., to the same effect, IACtHR, case of the *Communities of Jiguamiandó and Curbaradó v. Colombia* (provisional measures of 7 February 2006), concurring opinion of Judge Cañado Trindade, paras. 6-7, and cf. also paras. 4 and 8-11.

³⁹ Cf. also, in this sense, IACtHR, case of the *Prisons of Mendoza v. Argentina* (provisional measures of 30 March 2006), concurring opinion of Judge Cañado Trindade, paras. 11-12; IACtHR, case of the *Prison of Araraquara v. Brazil* (provisional measures of 30 September 2006), concurring opinion of Judge Cañado Trindade, paras. 24-25.

⁴⁰ Cf. in this sense, IACtHR, case of the *Communities of Jiguamiandó and Curbaradó v. Colombia* (provisional measures of 15 March 2005), concurring opinion of Judge Cañado Trindade, paras. 4 and 10; case of the *Community of Peace of San José of Apartadó v. Colombia* (provisional measures of 15 March 2005), concurring opinion of Judge Cañado Trindade, paras. 4 and 10; case of the *Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador* (provisional measures of 6 July 2004), concurring opinion of Judge Cañado Trindade, paras. 2 and 30.

leur est propre: leur absence de mise en œuvre de la part d'un Etat engage la responsabilité de celui-ci et a des conséquences juridiques; elles mettent par ailleurs en évidence la place centrale de la victime (de l'absence de mise en œuvre), sans préjuger de l'examen de l'affaire au fond et de la décision rendue à l'issue de cet examen.»³⁸

28. L'on pense ici, bien entendu, aux mesures conservatoires dotées d'une base *conventionnelle*, et ordonnées ou indiquées par des tribunaux internationaux. La figure de la «partie lésée» peut ainsi également se faire jour, selon moi, dans le domaine des mesures conservatoires, lorsque celles-ci ne sont pas correctement mises en œuvre. Le défaut de mise en œuvre de telles mesures, voire leur violation, engage automatiquement la responsabilité internationale de l'Etat en question, au stade même des mesures conservatoires³⁹, indépendamment des décisions rendues par la suite sur le fond. La mise en œuvre des mesures conservatoires revêt donc une importance capitale⁴⁰ pour la réalisation de la justice en soi.

IV. LES EFFORTS ACTUELS D'ÉLABORATION D'UN RÉGIME JURIDIQUE AUTONOME DES MESURES CONSERVATOIRES

29. Dans le cadre de l'ordonnance du 16 juillet 2013 par laquelle la Cour s'est refusée à indiquer les mesures conservatoires sollicitées, j'ai présenté une opinion dissidente dans laquelle je m'efforçais notamment de démontrer la nécessité de poursuivre l'élaboration conceptuelle d'un *régime juridique autonome* des mesures conservatoires (par. 69-76). J'ai, à cet égard, souligné que,

«[I]a mise en œuvre des mesures conservatoires intervient parallèlement au déroulement de la procédure qui doit conduire à la décision que prendra la Cour sur le fond de l'affaire qui lui est soumise. Si, dans une affaire donnée, la Cour conclut par exemple, dans sa décision sur le fond, à l'existence d'une violation du droit international et

³⁸ CIADH, affaire relative à la «*Communauté de paix*» de *San José de Apartadó c. Colombie* (décision du 2 février 2006), opinion concordante de M. le juge Cañado Trindade, par. 6-7; voir également par. 4 et 8-10; et, sur le même sujet, voir CIADH, affaire des *Communautés du Jiguamiandó et du Curbaradó c. Colombie* (décision du 7 février 2006), opinion concordante de M. le juge Cañado Trindade, par. 6-7; voir également par. 4 et 8-11.

³⁹ Voir également, à cet égard, CIADH, affaire des *Centres pénitentiaires de Mendoza c. Argentine* (décision du 30 mars 2006), opinion concordante de M. le juge Cañado Trindade, par. 11-12; CIADH, affaire des *Centres pénitentiaires d'Araraquara c. Brésil* (décision du 30 septembre 2006), opinion concordante de M. le juge Cañado Trindade, par. 24-25.

⁴⁰ Voir, sur ce point, CIADH, affaire des *Communautés du Jiguamiandó et du Curbaradó c. Colombie* (décision du 15 mars 2005), opinion concordante de M. le juge Cañado Trindade, par. 4 et 10; CIADH, affaire relative à la «*Communauté de paix*» de *San José de Apartadó c. Colombie* (décision du 15 mars 2005), opinion concordante de M. le juge Cañado Trindade, par. 4 et 10; CIADH, affaire du *Peuple autochtone de Sarayaku c. Equateur* (décision du 6 juillet 2004), opinion concordante de M. le juge Cañado Trindade, par. 2 et 30.

provisional measures, this latter is an *additional* breach of an international obligation. In its work in the present context, the Court still has before itself the task of elaborating on the *legal consequences* of non-compliance with provisional measures, endowed, in my perception, with an autonomy of their own.

Provisional measures of protection indicated or ordered by the ICJ (or other international tribunals) generate *per se* obligations for the States concerned, which are distinct from the obligations which emanate from the Court's (subsequent) judgments on the merits (and on reparations) of the respective cases. In this sense, in my conception, provisional measures have an autonomous legal régime of their own, disclosing the high relevance of their *preventive* dimension. Parallel to the Court's (subsequent) decisions on the merits, the international responsibility of a State may be engaged for non-compliance with, or breach of, a provisional measure of protection ordered by the Court (or other international tribunals).

My thesis, in sum, is that provisional measures, endowed with a conventional basis — such as those of the ICJ (under Article 41 of the Statute) — are also endowed with autonomy, have a legal régime of their own, and non-compliance with them generates the responsibility of the State, entails legal consequences, without prejudice of the examination and resolution of the concrete cases as to the merits. This discloses their important preventive dimension, in their wide scope. The proper treatment of this subject-matter is the task before this Court, now and in the years to come.” (Paras. 70-72.)

30. This is, after all, I then proceeded, a matter of much importance for the progressive development of international law (para. 74). A related aspect to be kept in mind, I continued, is

“The *juridical nature* of provisional measures, with their preventive dimension, has lately been clarified by a growing case law on the matter, as those measures came to be increasingly indicated or ordered, in recent years, by contemporary international⁴¹, as well as national⁴², tribunals⁴³. Soon the recourse to provisional measures of protection,

⁴¹ Cf. R. Bernhardt (ed.), *Interim Measures Indicated by International Courts*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 1994, pp. 1-152.

⁴² Cf. E. García de Enterría, *La Batalla por las Medidas Cautelares*, 2nd [enlarged] ed., Madrid, Civitas, 1995, pp. 25-385.

⁴³ Cf. also L. Collins, “Provisional and Protective Measures in International Litigation”, 234 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1992), pp. 23, 214 and 234.

estime, parallèlement, que les mesures conservatoires qu'elle a indiquées n'ont pas été dûment mises en œuvre, cette absence de mise en œuvre constitue une violation *supplémentaire* d'une obligation internationale. Dans le cadre de ses travaux en la matière, la Cour doit encore approfondir la question des *conséquences juridiques* d'une absence de mise en œuvre des mesures conservatoires, lesquelles, de mon point de vue, jouissent d'une autonomie qui leur est propre.

Les mesures conservatoires indiquées ou ordonnées par la Cour (ou par tout autre tribunal international) génèrent en elles-mêmes, pour les Etats concernés, des obligations distinctes de celles découlant de la décision (ultérieurement) rendue sur le fond de l'affaire considérée... En ce sens, les mesures conservatoires participent, me semble-t-il, d'un régime juridique autonome qui leur est propre, caractérisé par l'importance particulière de leur dimension *préventive*. Indépendamment de la décision (ultérieurement) rendue par la Cour sur le fond, la responsabilité internationale d'un Etat peut être engagée en raison de l'absence de mise en œuvre ou de la violation d'une mesure conservatoire ordonnée par la Cour (ou par un autre tribunal international).

En somme, je suis d'avis que les mesures conservatoires, dotées d'une base conventionnelle — comme celles indiquées par la Cour (en application de l'article 41 de son Statut) —, jouissent également d'une autonomie propre en ce qu'elles relèvent d'un régime juridique spécifique, et que toute absence de mise en œuvre engage la responsabilité de l'Etat concerné et entraîne des conséquences juridiques, sans préjudice de l'examen au fond de l'affaire en question et de la décision rendue à cet égard. Cela met en lumière l'importante dimension préventive de telles mesures, ainsi que leur portée. Il incombe à la Cour, aujourd'hui et dans les années à venir, d'examiner cette question comme il se doit.» (Par. 70-72.)

30. Ainsi que je l'indiquais ensuite, cette question revêt, en fin de compte, une importance capitale pour le développement du droit international (par. 74). Un autre aspect, étroitement lié au précédent, doit, comme je le faisais ensuite observer, demeurer présent à l'esprit :

«Une jurisprudence sans cesse plus abondante en la matière — pareilles mesures étant de plus en plus fréquemment indiquées ou ordonnées par les tribunaux⁴¹ internationaux⁴² et nationaux⁴³ — a depuis quelque temps permis de préciser la *nature juridique* des mesures conservatoires, et en particulier la dimension préventive. Le

⁴¹ Voir L. Collins, «Provisional and Protective Measures in International Litigation», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 234 (1992), p. 23, 214 et 234.

⁴² Voir R. Bernhard (dir. publ.), *Interim Measures Indicated by International Courts*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 1994, p. 1-152.

⁴³ Voir E. García de Enterria, *La Batalla por las Medidas Cautelares*, 2^e éd. [augmentée], Madrid, Civitas, 1995, p. 25-385.

also at international level, had the effect of expanding the domain of international jurisdiction, with the consequent reduction of the so-called 'reserved domain' of the State⁴⁴. This grows in importance in respect of régimes of *protection*, such as those of the human person as well as of the environment. The clarification of the juridical nature of provisional measures is, however, still the initial stage of the evolution of the matter, — to be followed, in our days, in my understanding, by the elaboration on the *legal consequences* of non-compliance with those measures, and the conceptual development of what I deem it fit to call their *autonomous legal régime*. (. . .)

In effect, the notion of victim (or of potential victim⁴⁵), or injured party, can thus emerge also in the context proper to provisional measures of protection, parallel to the merits (and reparations) of the cas d'espèce. Provisional measures of protection generate obligations (of prevention) for the States concerned, which are distinct from the obligations which emanate from the judgments of the Court as to the merits (and reparations) of the respective cases. This ensues from their autonomous legal régime, as I conceive it. There is, in my perception, pressing need nowadays to refine and to develop conceptually this autonomous legal régime — focused, in particular, on the contemporary expansion of provisional measures, the means to secure due and prompt compliance with them, and the legal consequences of non-compliance — to the benefit of those protected thereunder." (Paras. 73 and 75.)

31. By means of the construction of the propounded autonomous legal régime of provisional measures of protection, I added, contemporary international tribunals can

"contribute effectively to the avoidance or prevention of irreparable harm in situations of urgency, to the ultimate benefit of *all* subjects of international law, — States as well as groups of individuals, and *simples particuliers*. After all, the human person (living in harmony in her natural habitat) occupies a central place in the new *jus gentium* of our times." (Para. 76.)

The contribution of contemporary international tribunals to the conceptualization of the legal régime of provisional measures of protection

⁴⁴ Paul Guggenheim, *op. cit. supra* note 27, pp. 15, 174, 186, 188 and cf. pp. 6-7 and 61-62.

⁴⁵ On the notion of *potential* victims in the framework of the evolution of the notion of victim or the condition of the complainant in the domain of the international protection of human rights, cf. A. A. Cançado Trindade, "Co-Existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1987), Chap. XI, pp. 243-299, esp. pp. 271-292.

recours aux mesures conservatoires, y compris au niveau international, a rapidement eu pour effet d'étendre le domaine de la compétence internationale et de réduire, par conséquent, le «domaine réservé» des Etats⁴⁴. Cela est d'autant plus important pour ce qui touche aux régimes de *protection*, notamment des personnes et de l'environnement. Préciser la nature juridique des mesures conservatoires ne représente toutefois, selon moi, qu'une première étape de l'évolution en la matière, première étape qui doit être à présent suivie par une réflexion sur les *conséquences juridiques* d'un défaut de mise en œuvre des mesures conservatoires, et sur le développement conceptuel de ce que je crois devoir appeler leur *régime juridique autonome*...

De fait, la notion de victime (ou de victime *potentielle*⁴⁵), ou de partie lésée, peut ainsi également se faire jour dans le contexte propre aux mesures conservatoires, parallèlement au déroulement de la procédure au fond (et, le cas échéant, de celle relative aux réparations). Les mesures conservatoires génèrent, pour les Etats concernés, des obligations (de prévention) distinctes de celles qui découlent des décisions rendues par la Cour sur le fond (et les réparations) des affaires en question. C'est là une conséquence de ce que je considère comme étant le régime juridique autonome de telles mesures. Il est aujourd'hui impératif, me semble-t-il, d'affiner et de développer conceptuellement ce régime juridique autonome, en s'attachant en particulier à l'essor contemporain des mesures conservatoires, aux moyens d'en garantir la mise en œuvre diligente et aux conséquences juridiques d'un défaut de mise en œuvre — et ce, dans l'intérêt de ceux qu'elles tendent à protéger.» (Par. 73 et 75.)

31. L'élaboration du régime envisagé, ajoutais-je, permettra aux tribunaux internationaux contemporains de

«contribuer efficacement à éviter ou prévenir les dommages irréparables dans des situations d'urgence, ce qui profitera, en fin de compte, à *tous* les sujets du droit international — qu'il s'agisse des Etats, de groupes d'individus ou de simples particuliers. Après tout, la personne humaine (vivant en harmonie dans son habitat naturel) occupe une place centrale dans le *jus gentium* renouvelé de notre temps.» (Par. 76.)

Si les tribunaux internationaux contemporains ont contribué et contribuent, de manière continue, à conceptualiser ce régime juridique, il reste,

⁴⁴ P. Guggenheim, *op. cit. supra* note 27, p. 15, 174, 186, 188 et 14-15; et voir p. 6-7 et 61-62.

⁴⁵ Sur la notion de victimes *potentielles* dans le contexte de l'évolution de la notion de victime ou de la condition du demandeur dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme, voir A. A. Cançado Trindade, «Co-Existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 202 (1987), chap. XI, p. 243-299, en particulier p. 271-292.

has been taking place, is ongoing; yet, there is still much to be done and there remains a long way to go, in the perennial search for the realization of justice.

V. FINAL CONSIDERATIONS

32. In the domain of provisional measures of protection, the ICJ has recently moved forward, in ordering provisional measures, in the case of the *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* (*Cambodia v. Thailand*), *Provisional Measures (Order of 18 July 2011, I.C.J. Reports 2011 (II)*, p. 537) to the effect of the withdrawal of military personnel from a provisional demilitarized zone that it defined in the Order itself (para. 62). In my separate opinion appended to it, I dwell upon the relation between time and law (paras. 3-42), and the *legal effects* of the aforementioned measures in connection with the importance of prevention of irreparable harm for the protection of people in territory, and of cultural and spiritual heritage, altogether (paras. 64-70, 82-94 and 96-117). There is thus reason for hope that, on the basis of this precedent, the Court will keep on advancing in the present domain of provisional measures of protection, to the benefit of the *justiciables*.

33. In the present Order that it has just adopted today, 22 November 2013, the Court finds that there has indeed been “a change in the situation in the disputed territory” (para. 44) since it adopted its last Order (of 16 July 2013). Accordingly, the Court, in the present Order, decided, at last, that three earlier provisional measures (indicated in the Order of 8 March 2011) “must be reinforced and supplemented” (para. 55), especially concerning, in addition, the presence of private individuals in the “disputed territory” (para. 56). However, in its previous Order of 16 July 2013 concerning the Parties’ requests for modification of the Court’s Order of 8 March 2011, the Court did not find, on the basis of the facts presented to it, any “evidence of urgency that would justify the indication of further provisional measures”; the Court thus decided — with my dissent — that it had then not yet been sufficiently demonstrated that there was a risk of irreparable prejudice to the rights claimed by Costa Rica⁴⁶.

34. Yet, the presence of private individuals in the disputed territory already configured a change in the situation, by the time the Order of 16 July 2003 was adopted; the Court should *then*, four months ago, have modified the earlier Order of 8 March 2011, by means of its Order of 16 July 2003, so as expressly to provide for the prohibition not only of

⁴⁶ When Costa Rica requested (on 23 May 2013) it to do so alleging that there were private Nicaraguan nationals present in the disputed territory (cf. para. 35).

en la matière, beaucoup à faire et un long chemin à parcourir dans cette quête permanente de la réalisation de la justice.

V. CONSIDÉRATIONS FINALES

32. Dans le domaine des mesures conservatoires, la Cour a récemment accompli certaines avancées en ordonnant, dans l'affaire de la *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande) (Cambodge c. Thaïlande), mesures conservatoires (ordonnance du 18 juillet 2011, C.I.J. Recueil 2011 (II), p. 537)*, des mesures tendant au retrait d'agents militaires d'une zone démilitarisée provisoire définie dans le texte même de l'ordonnance (par. 62). Dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à cette ordonnance, je me suis intéressé à la question du temps et du droit (par. 3-42) et aux *effets juridiques* des mesures susmentionnées au regard de l'importance de la prévention des dommages irréparables pour protéger les populations vivant dans le territoire en question, ainsi que le patrimoine culturel et spirituel dudit territoire (par. 64-70, 82-94 et 96-117). Il y a donc des raisons d'espérer que la Cour, s'appuyant sur ce précédent, continuera à progresser dans ce domaine des mesures conservatoires dans l'intérêt des justiciables.

33. Dans l'ordonnance adoptée ce jour, 22 novembre 2013, la Cour estime que «la situation dans le territoire litigieux a changé» (par. 44) depuis sa précédente ordonnance (du 16 juillet 2013). La Cour a donc enfin considéré que les mesures conservatoires précédemment indiquées (dans l'ordonnance du 8 mars 2011) «d[evaient] être renforcée[s] et complétée[s]» (par. 55), et ce, notamment en ce qui concerne la présence de personnes privées dans le «territoire litigieux» (par. 56). Dans son ordonnance précédente du 16 juillet 2013 sur les demandes tendant à la modification de son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 8 mars 2011 présentées par les deux Parties, la Cour n'avait, en revanche, pas trouvé, dans les faits tels qu'ils lui avaient été rapportés, «l'élément d'urgence qui [aurait] justifié l'indication d'autres mesures conservatoires» et avait donc estimé — ce à quoi je m'étais opposé — qu'il n'était pas prouvé à suffisance qu'un risque de préjudice irréparable pèserait sur les droits allégués par le Costa Rica⁴⁶.

34. Or, la présence de personnes privées dans le territoire litigieux constituait déjà un changement de situation au moment où l'ordonnance du 16 juillet 2013 a été adoptée; c'est à *ce moment-là*, dans sa décision du 16 juillet 2013, que la Cour aurait dû, il y a quatre mois, modifier son ordonnance précédente du 8 mars 2011, afin d'interdire expressément la

⁴⁶ Lorsque le Costa Rica avait prié la Cour (le 23 mai 2013) de reconnaître l'existence d'un tel risque, invoquant la présence de personnes privées nicaraguayennes sur le territoire litigieux (voir par. 35).

the presence of personnel, but also of incursion of private individuals as well into the disputed territory. By then, last July, in my perception there had already occurred a change in the situation in the disputed territory, disclosing urgency and the risk of irreparable harm, thus calling for the ordering of *new* provisional measures.

35. Indeed, the new, changed situation had already been clearly formed by the time the ICJ was called to issue its Order of 16 July 2013; the earlier Order of 8 March 2011, having referred only to “personnel”, had become too narrow. In the Order of 16 July 2013 the Court took note of the presence of Nicaraguan private individuals in the disputed area as an aggravating circumstance, yet it did nothing concrete about it. Only now, in the present Order of 22 November 2013, it has done so, in order to prevent the deterioration of the situation. The Court has at last clarified that the disputed area is to be free of *all* persons, comprising personnel and private individuals (apart from the remediation work to be promptly done in the eastern *caño*).

36. So, only with the worsening of the situation (with the dredging and construction of the two new *caños*) in the disputed territory, the Court reconsidered its previous “self-restrained” approach. This worsening of the situation once again demonstrates that the worst possible posture that an international tribunal can take is that of judicial inactivism. Fortunately the Court has now taken a distinct stand. This time, four months later, the provisional measures just indicated or ordered today (22 November 2013) by the Court address both *personnel* and *private persons*, to be kept all away from the disputed territory (resolatory points 2 (C) and (D)); they also order the cessation of any dredging and other activities in the disputed territory (resolatory point 2 (A)), in addition to what I perceive as remediation work in respect of the eastern *caño* (resolatory point 2 (B)).

37. The two contending Parties do not actually controvert the responsibility for non-compliance (cf. *supra*) with the Court’s earlier Order of 8 March 2011⁴⁷. The only point surrounded by some controversy is that of the *attribution* of responsibility (cf. *supra*) for such non-compliance. To me, this point is clear, as responsibility for non-compliance is necessarily accompanied by the attribution of that responsibility to the State concerned. There is an autonomous breach of a conventional obligation (concerning provisional measures), without prejudice to what will later be decided by the Court as to the merits.

38. Had the Court last July, on the occasion of the adoption of its Order of 16 July 2013, indicated or ordered the provisional measures of

⁴⁷ Admitted by the respondent State itself, as pointed out by the Court in the present Order (cf. CR 2013/27, p. 33, para. 18, and CR 2013/25, pp. 22-23, paras. 20-21, transcribed *supra*).

présence non seulement d'agents, mais également de personnes privées, dans le territoire litigieux. Il me semble en effet que, en juillet dernier, la situation avait déjà changé dans ce territoire, qu'elle présentait un caractère d'urgence et un risque de dommage irréparable, et que cela justifiait que de *nouvelles* mesures conservatoires fussent ordonnées.

35. La nouvelle situation s'était, ainsi, déjà formée au moment où la Cour a été appelée à rendre son ordonnance, le 16 juillet 2013; son ordonnance précédente du 8 mars 2011, ne faisant référence qu'aux «agents», était devenue trop restrictive. Dans l'ordonnance du 16 juillet 2013, la Cour a pris acte, en tant qu'élément d'aggravation, de la présence de personnes privées nicaraguayennes dans la zone en litige, mais n'a pas pris de mesure concrète à cet égard. Ce n'est qu'aujourd'hui, avec la présente ordonnance du 22 novembre 2013, qu'elle a pris pareilles mesures afin d'empêcher que la situation ne se dégrade. La Cour a enfin précisé que la zone litigieuse devait être évacuée par *toutes* les personnes présentes, à savoir les agents et les personnes privées (exception faite du personnel chargé des travaux de remise en état qui doivent être rapidement réalisés dans le *caño* oriental).

36. Ce n'est donc qu'avec l'aggravation de la situation (du fait du dragage et de la construction des deux nouveaux *caños*) dans le territoire litigieux que la Cour est revenue sur la position «mesurée» qu'elle avait initialement choisi d'adopter. Cette aggravation de la situation démontre une fois encore que le pire choix qu'un tribunal international puisse faire est celui de l'inaction judiciaire. La Cour a maintenant fort heureusement revu sa position. Les mesures conservatoires qui ont été indiquées ou ordonnées ce jour (22 novembre 2013), quatre mois plus tard, concernent à la fois les *agents* et les *personnes privées*, lesquels doivent tous se voir interdire l'accès au territoire litigieux (points 2 C) et 2 D) du dispositif). L'ordonnance prévoit en outre la cessation des travaux de dragage et des autres activités menées dans ledit territoire (point 2 A) du dispositif), ainsi que l'adoption, à l'égard du *caño* oriental, de ce que je considère comme des mesures correctives (point 2 B)).

37. Les Parties ne sont pas réellement divisées sur l'existence d'une responsabilité pour défaut d'exécution (voir *supra*) de la précédente ordonnance du 8 mars 2011 de la Cour⁴⁷. Elles divergent en revanche sur l'*attribution* de cette responsabilité (voir *supra*). Or, ce point est clair, me semble-t-il: la responsabilité du défaut d'exécution entraîne nécessairement l'attribution de cette responsabilité à l'Etat visé par les mesures. Il s'agit alors d'un manquement indépendant à une obligation conventionnelle (née de l'indication de mesures conservatoires), sans préjudice de ce que la Cour décidera ultérieurement sur le fond.

38. Il est fort probable que si la Cour avait, dans son ordonnance du 16 juillet 2013, indiqué ou ordonné les mesures conservatoires sollicitées,

⁴⁷ Cette responsabilité est admise par le défendeur lui-même, ainsi que la Cour l'a souligné dans la présente ordonnance (voir CR 2013/27, p. 33, par. 18, et CR 2013/25, p. 22-23, par. 20-21, conclusions transcrites ci-dessus).

protection requested, probably the present situation in the disputed territory (created in the last four months) would not have arisen. Be that as it may, this new situation has been created, and the Court now, in the Order of today (22 November 2013), has just taken the right decision to order the present provisional measures of protection. Better late — and still in time — than never.

39. In any case, in the handling of the present controversy between two States which share the long-standing and respectable Latin American tradition in international legal doctrine, the ICJ has been provided with the occasion to dwell at greater depth upon the legal nature and effects of provisional measures, endowed with a relevant preventive dimension. The Court could have gone further than it did, in its analysis of this legal issue, — an analysis which does not need to be deferred to the merits. The present case reveals an *additional* ground of responsibility (irrespective of any decision on the merits), for non-compliance with provisional measures.

40. The *legal effects* of these latter, without prejudice to the subsequent decision of the Court as to the merits of the case, can be more appropriately examined within the framework of the *autonomous* legal régime of provisional measures of protection. Non-compliance with such measures entails an *additional* ground of responsibility; the task ahead of us is to extract the consequences ensuing therefrom. The day this is done, an additional service will be rendered to the cause of the realization of justice at international level.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

la situation qui prévaut actuellement dans le territoire litigieux, aboutissement de quatre mois d'évolution, aurait pu être évitée. Quoi qu'il en soit, cette nouvelle situation existe bel et bien, et c'est à juste titre que la Cour a indiqué les mesures conservatoires qui figurent dans son ordonnance rendue ce jour, 22 novembre 2013. Mieux vaut tard — tant qu'il est encore temps — que jamais.

39. En tout état de cause, dans le cadre de l'examen du présent différend, qui oppose deux États partageant la longue et respectable tradition qui est celle de l'Amérique latine en matière de doctrine juridique internationale, la Cour aura eu l'occasion de se pencher plus longuement sur la nature et les effets juridiques des mesures conservatoires, lesquelles revêtent une dimension préventive certaine. Elle aurait pu aller plus loin qu'elle n'a été dans son analyse de ce point de droit, analyse qu'il n'y a pas lieu de différer jusqu'à l'examen au fond. La présente affaire met en évidence l'existence d'une responsabilité *supplémentaire* (indépendamment de toute décision sur le fond), fondée sur l'absence de mise en œuvre des mesures conservatoires.

40. Sans que cela ne préjuge en rien de la décision ultérieure de la Cour sur le fond d'une affaire, il serait plus judicieux d'examiner les *effets juridiques* de telles mesures conservatoires dans le cadre de leur régime *autonome*. Leur défaut de mise en œuvre constitue un chef de responsabilité *supplémentaire* dont il incombe à la Cour d'extraire les conséquences. Une fois atteint cet objectif, un pas supplémentaire vers la réalisation de la justice au niveau international aura été franchi.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.
