

SEPARATE OPINION OF JUDGE SEPÚLVEDA-AMOR

I find myself in full agreement with most of the reasoning of the Court in the present Judgment. The same is true of almost all the conclusions reached by the Court in the operative clause of the Judgment. However, as regards the legality of Nicaragua's imposition of visa requirements, the Court has, in my opinion, failed to take account of Nicaragua's legitimate interest in border and immigration control and to clarify accordingly the extent of Nicaragua's regulatory powers to that effect. I further consider that the Court's reasoning as regards Costa Rica's claim relating to subsistence fishing is based on a weak legal foundation which might undermine the acceptance of the Court's finding by the Parties.

I. BORDER CONTROL AS A LEGITIMATE PURPOSE

1. The Court has concluded that "Nicaragua has the power to regulate the exercise by Costa Rica of its right to freedom of navigation under the 1858 Treaty". It adds an important qualification: such right "is not unlimited"; it is subject to the "rights and obligations of the Parties" (Judgment, para. 87).

2. According to the Court, the exercise of Nicaragua's regulatory power must meet certain requirements. Obviously, it must be consistent with the terms of the Treaty. It further has to be non-discriminatory and reasonable. The purpose of the regulation must be legitimate and "it must only subject the activity to certain rules *without rendering impossible or substantially impeding the exercise of the right of free navigation*" (*ibid.*; emphasis added).

3. As regards the burden of proof in respect of Costa Rica's claims of unlawful action based on the alleged unreasonableness of Nicaragua's exercise of its regulatory power, the Court has clearly stated that it is for Costa Rica to establish points of facts supporting such claims:

"The Court notes that Costa Rica, in support of its claim of unlawful action, advances points of fact about unreasonableness by referring to the allegedly disproportionate impact of the regulations. The Court recalls that in terms of well established general principle it is for Costa Rica to establish those points (cf. *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 86, para. 68, and cases cited there). Further, a court exam-

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE SEPÚLVEDA-AMOR

[Traduction]

J'adhère pleinement à l'essentiel du raisonnement tenu par la Cour dans le présent arrêt, de même qu'à la quasi-totalité des conclusions auxquelles elle est parvenue dans le dispositif. Toutefois, en ce qui concerne la licéité de l'imposition par le Nicaragua d'une obligation de visa, il me semble que la Cour a manqué de prendre en compte l'intérêt légitime que cet Etat pouvait avoir à contrôler ses frontières et l'entrée sur son territoire, et de préciser en conséquence l'étendue de ses pouvoirs de réglementation à cet effet. En outre, son raisonnement concernant l'argument du Costa Rica relatif à la pêche de subsistance ne me semble pas reposer sur une base juridique solide, ce qui risque de rendre sa conclusion difficile à accepter pour les Parties.

I. LE CONTRÔLE DES FRONTIÈRES EN TANT QUE BUT LÉGITIME

1. La Cour a conclu que «le Nicaragua a le pouvoir de réglementer l'exercice par le Costa Rica du droit de libre navigation qu'il tient du traité de 1858». Elle ajoute toutefois — précision importante — que celui-ci «n'est pas illimité», mais subordonné aux «droits et obligations des Parties» (arrêt, par. 87).

2. De l'avis de la Cour, l'exercice par le Nicaragua de son pouvoir de réglementation doit satisfaire à certaines conditions. S'il doit naturellement être compatible avec les termes du traité, il doit en outre n'être ni discriminatoire ni déraisonnable. La mesure de réglementation en question doit poursuivre un but légitime et «seulement assujettir l'activité en cause à certaines règles, *sans rendre impossible ni entraver de façon substantielle l'exercice du droit de libre navigation*» (*ibid.*; les italiques sont de moi).

3. Pour ce qui est de la charge de la preuve concernant la thèse du Costa Rica selon laquelle le Nicaragua exercerait son pouvoir de réglementation de façon déraisonnable et agirait ainsi de façon illicite, la Cour a clairement affirmé que c'était au Costa Rica qu'il incombait d'établir les éléments de fait étayant ses griefs:

«La Cour note que le Costa Rica, à l'appui de sa thèse selon laquelle l'action du Nicaragua est illicite, avance des éléments de fait visant à en démontrer le caractère déraisonnable en invoquant l'incidence prétendument disproportionnée des mesures en question. La Cour rappelle que, selon un principe général bien établi, c'est au Costa Rica qu'il incombe d'établir ces éléments (cf. *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, C.I.J. Recueil

ining the reasonableness of a regulation must recognize that the regulator, in this case the State with sovereignty over the river, has the primary responsibility for assessing the need for regulation and for choosing, on the basis of its knowledge of the situation, the measure that it deems most appropriate to meet that need. It will not be enough in a challenge to a regulation simply to assert in a general way that it is unreasonable. Concrete and specific facts will be required to persuade a court to come to that conclusion.” (Judgment, para. 101.)

4. Nicaragua, as the State entitled to exercise sovereignty over the San Juan River, has the “primary responsibility for assessing the need for regulation and for choosing . . . the measure that it deems most appropriate to meet that need”. This is a principle which the Court itself has stated that it must respect when examining the reasonableness of Nicaragua’s regulations, taking into account “[c]oncrete and specific facts” (*ibid.*). All these issues become particularly relevant for the Judgment at the section where the Court considers the visa requirement and the power of Nicaragua to impose immigration controls.

5. On the requirement to stop and identify, the Court has indicated that “Nicaragua, as sovereign, has the right to know the identity of those entering its territory and also to know that they have left” (Judgment, para. 104). The Court also considers that “it has been established that the number of tourists on the river has increased over the years the requirement [to stop and identify] has been in force” (*ibid.*, para. 106). The Court concludes that the requirement is lawful and that Costa Rica did not show that it was unreasonable.

6. According to the Court, Nicaragua’s requirement to obtain departure clearance certificates serves a legitimate purpose. Additionally, it “does not appear to have imposed any significant impediment on the exercise of Costa Rica’s freedom of navigation”; Costa Rica has not shown “a single case where navigation has been impeded by an arbitrary refusal of a certificate” (*ibid.*, para. 109).

7. The requirement to fly Nicaragua’s flag under certain circumstances “cannot in any respect be considered an impediment to the exercise of the freedom of navigation of Costa Rican vessels”. Moreover, the Court notes that it “has not been presented with any evidence that Costa Rican vessels have been prevented from navigation on the San Juan River as a result of Nicaragua’s flag requirement” (*ibid.*, para. 132).

8. From the preceding paragraphs it becomes clear that the Court has consistently adopted a line of reasoning which closely follows the general principles outlined in paragraph 101 of the Judgment, i.e., in all of these

2009, p. 86, par. 68 et affaires qui y sont citées). En outre, une juridiction qui examine le caractère raisonnable d'une réglementation doit reconnaître que c'est à l'autorité de réglementation, en l'occurrence à l'Etat qui jouit de la souveraineté sur le fleuve, que revient la responsabilité principale d'apprécier la nécessité de réglementer et, en se fondant sur sa connaissance de la situation, de retenir à cette fin la mesure qu'il estime la plus appropriée. Il ne suffit pas, pour contester une réglementation, d'affirmer en termes généraux qu'elle est déraisonnable; pour qu'une juridiction fasse droit à une telle contestation, des faits concrets et spécifiques doivent lui être présentés.» (Arrêt, par. 101.)

4. Le Nicaragua, en tant qu'Etat jouissant de la souveraineté sur le fleuve San Juan, a la «responsabilité principale d'apprécier la nécessité de réglementer et ... de retenir à cette fin la mesure qu'il estime la plus appropriée». Il s'agit là d'un principe que la Cour elle-même a déclaré devoir respecter au moment d'examiner le caractère raisonnable des mesures de réglementation prises par le Nicaragua, à la lumière de «faits concrets et spécifiques» (*ibid.*). Toutes ces questions deviennent particulièrement pertinentes dans la partie de l'arrêt que la Cour consacre à l'obligation d'obtention d'un visa et au pouvoir du Nicaragua d'imposer des contrôles à l'entrée sur son territoire.

5. Au sujet de l'obligation de faire halte et de faire connaître son identité, la Cour a indiqué que «le Nicaragua, en tant que souverain, a[vait] le droit de connaître l'identité des personnes entrant sur son territoire et de savoir si elles en [étaient] sorties» (arrêt, par. 104). Elle estime également «établi que le nombre de touristes empruntant le fleuve a augmenté dans les années durant lesquelles l'obligation [de faire halte et de faire connaître son identité] a été en vigueur» (*ibid.*, par. 106). La Cour conclut que cette obligation est licite et que le Costa Rica n'en a pas démontré le caractère déraisonnable.

6. Selon la Cour, l'obligation d'obtenir un certificat d'appareillage imposée par le Nicaragua sert un but légitime. En outre, elle «ne semble pas avoir constitué une entrave substantielle à l'exercice par le Costa Rica de sa liberté de navigation», ce dernier n'ayant pas mis en évidence «le moindre cas où l'un de ses bateaux aurait été empêché de naviguer pour s'être vu refuser arbitrairement un certificat» (*ibid.*, par. 109).

7. L'obligation d'arborer le pavillon nicaraguayen dans certaines circonstances «ne saurait être considérée comme représentant une entrave à l'exercice de la liberté de navigation garantie aux bateaux costa-riciens». La Cour note en outre qu'il «ne lui a été présenté aucun élément de preuve attestant que les bateaux costa-riciens avaient été empêchés de naviguer sur le San Juan du fait des conditions relatives aux pavillons imposées par le Nicaragua» (*ibid.*, par. 132).

8. Il ressort clairement des paragraphes précédents que, dans son raisonnement, la Cour s'est systématiquement conformée aux principes généraux exposés au paragraphe 101 de l'arrêt: dans chacun des cas pré-

cases the Court has examined whether a requirement imposed by Nicaragua entails a substantial impediment to the exercise of Costa Rica's right of free navigation, and whether the burden of proof has been met by Costa Rica. The Court answers both questions in the negative. But then there is a sudden inconsistency when the Court examines the imposition of a visa requirement on those persons who may benefit from Costa Rica's right of free navigation.

9. First, the Court recognizes that "[t]he power of a State to issue or refuse visas is a practical expression of the prerogative which each State has to control entry by non-nationals into its territory" (Judgment, para. 113).

10. Then the Court itself recalls the "[c]oncrete and specific facts", that are "required to persuade a court to come to [the] conclusion" that a specific regulation is unreasonable (*ibid.*, para. 101). These concrete and specific facts indicate, according to the Court,

"that in fact the number of tourists travelling on the river in Costa Rican vessels has increased in the period these requirements have been in force (see paragraph 99 above). Further, Costa Rica has provided no evidence of arbitrary refusals of visas to tourists and Nicaragua points out that it does not require nationals from countries which are the source of most of the tourists visiting the San Juan to obtain visas. Furthermore, it makes exceptions for residents of Costa Rican riparian communities and Costa Rican merchants who regularly use the river." (*Ibid.*, para. 116.)

11. It is clear that, in the light of what the Court has stated, these "[c]oncrete and specific facts" cannot lead to the conclusion that, by imposing a visa requirement, Nicaragua is rendering impossible or is substantially impeding the exercise of Costa Rica's right of free navigation. The requirement serves a legitimate purpose, notably the purpose of border and immigration control, and it is not discriminatory. Costa Rica has not produced any evidence establishing the unreasonable or discriminatory character of Nicaragua's visa requirement nor does the Court rely on such evidence in the Judgment.

12. Surprisingly enough, the Court, recalling that "the power of a State to issue or refuse a visa entails discretion", reaches the conclusion that

"Nicaragua may not impose a visa requirement on those persons who . . . may benefit from Costa Rica's right of free navigation. If that benefit is denied, the freedom of navigation would be hindered. In these circumstances, an imposition of a visa requirement is a breach of the Treaty right." (*Ibid.*, para. 115.)

cités, elle a cherché à savoir si l'obligation imposée par le Nicaragua entravait de façon substantielle l'exercice du droit de libre navigation du Costa Rica, et si ce dernier s'était acquitté de la charge de la preuve. La Cour, sur ces deux points, répond par la négative. Toutefois, son raisonnement prend soudainement de sa cohérence lorsqu'elle en vient à l'obligation faite aux personnes pouvant bénéficier du droit de libre navigation détenu par le Costa Rica de se procurer un visa.

9. En effet, la Cour reconnaît tout d'abord que «[l]a faculté qu'a chaque Etat de délivrer ou de refuser des visas est une expression concrète des prérogatives dont il jouit afin de contrôler l'entrée des non-nationaux sur son territoire» (arrêt, par. 113).

10. Puis elle revient elle-même sur les «faits concrets et spécifiques» devant «être présentés» «pour qu'une juridiction fasse droit à une ... contestation» du caractère raisonnable d'une réglementation donnée (*ibid.*, par. 101). Selon elle, il ressort des faits présentés en l'espèce

«que le nombre de touristes voyageant sur le fleuve à bord de bateaux costa-riens a, en réalité, augmenté au cours de la période pendant laquelle [l']obligation était en vigueur (voir paragraphe 99 ci-dessus). Par ailleurs, le Costa Rica n'a présenté aucun élément de preuve attestant que des touristes se seraient vu arbitrairement refuser la délivrance d'un visa, et le Nicaragua précise qu'il n'impose pas aux ressortissants des pays d'où proviennent la plupart des touristes empruntant le San Juan d'obtenir des visas. En outre, des dérogations ont été accordées par le Nicaragua aux membres des communautés costa-riciennes riveraines et à certains commerçants costa-riens qui utilisent régulièrement le fleuve.» (*Ibid.*, par. 116.)

11. Or, il apparaît clairement, à la lumière de ce que la Cour a déclaré, que ces «faits concrets et spécifiques» ne sauraient amener à conclure que, en exigeant l'obtention d'un visa, le Nicaragua rend impossible ou entrave de façon substantielle l'exercice du droit de libre navigation du Costa Rica. L'obligation que le Nicaragua impose sert un but légitime, à savoir celui d'assurer le contrôle des frontières et de l'entrée sur le territoire, et n'est en rien discriminatoire. Le Costa Rica n'a produit aucune preuve du caractère déraisonnable ou discriminatoire de l'obligation de se procurer un visa imposée par le Nicaragua, et la Cour n'en a pas davantage invoqué dans l'arrêt.

12. C'est donc de manière fort surprenante que la Cour, après avoir rappelé que «la faculté qu'a chaque Etat de délivrer ou de refuser des visas est de nature discrétionnaire», parvient à la conclusion suivante :

«le Nicaragua ne saurait imposer l'obligation d'être munies d'un visa aux personnes qui ... peuvent bénéficier du droit de libre navigation détenu par le Costa Rica. Si ce bénéfice leur était refusé, la liberté de navigation serait entravée. Dans ces conditions, l'institution d'un visa obligatoire est une violation du droit consacré par le traité.» (*Ibid.*, par. 115.)

No explanation is provided by the Court as to why the freedom of navigation will be hindered if a person benefiting from Costa Rica's entitlement to free navigation is required to obtain a visa from the State which has sovereignty over the waters of the San Juan River.

13. The Judgment does not specify why non-Costa Ricans are also entitled to benefit from free navigation (Judgment, para. 114) without complying with the requirements established by the State which has exclusive dominion and full sovereignty over the waters of the San Juan River. To attribute the benefit of the right of free navigation to all foreign nationals, whatever may be the purpose of their voyage on the waters of the San Juan River and whatever may be their State of origin, must be considered as contrary to the principle the Court itself has established in the Judgment: "The power of a State to issue or refuse visas is a practical expression of the prerogative which each State has to control entry by non-nationals into its territory." (*Ibid.*, para. 113.) Surely Nicaragua cannot be barred from exercising its power to regulate the entry of foreign nationals into its territory.

14. The prohibition to enact any visa requirements for foreign nationals traversing the waters of the San Juan River may involve a risk for the public safety of Nicaragua, since there would be no immigration control when entering the land territory of Nicaragua from the waters of the San Juan River.

15. A consequence of extending the right of free navigation to all foreign nationals travelling on the San Juan River, without any further requirements, would be to force Nicaragua to establish a number of immigration posts all along the left bank of the San Juan River in the area where Costa Rica exercises its right of free navigation, although even that measure will not necessarily prevent illegal entries from the river into Nicaragua's land territory by non-Costa Ricans benefiting from a right legally attributed only to Costa Rica and to Costa Rican nationals.

16. From the Court's perspective, "Nicaragua may not impose a visa requirement on those persons who . . . may benefit from Costa Rica's right of free navigation. If that benefit is denied, the freedom of navigation would be hindered." (*Ibid.*, para. 115.) This finding is not consistent with the Court's reasoning in previous paragraphs of the Judgment and it is certainly not based on the "[c]oncrete and specific facts" which, according to the Court, are required to persuade a court to reach such conclusion. The reasoning of the Court does not provide any hard facts which could endorse its argument that Nicaragua would prohibit free navigation by exercising its discretionary power to issue visas. In this respect, the Court should have taken into account that, in its written or oral proceedings, Costa Rica has not submitted any evidence of cases where free navigation had been impeded by an arbitrary refusal to grant a visa. Evidence provided by Nicaragua and not contradicted by Costa Rica shows that

La Cour ne précise nullement en quoi la liberté de navigation serait entravée si une personne bénéficiant du droit de libre navigation du Costa Rica était tenue d'obtenir un visa de l'Etat ayant souveraineté sur les eaux du San Juan.

13. L'arrêt n'indique pas pourquoi des personnes qui ne sont pas costa-riciennes peuvent également bénéficier du droit de libre navigation (arrêt, par. 114) sans s'acquitter des obligations imposées par l'Etat détenant l'autorité exclusive et la pleine souveraineté sur les eaux du San Juan. Accorder le bénéfice du droit de libre navigation à tous les ressortissants étrangers, indépendamment des raisons pour lesquelles ils empruntent le San Juan et de leur Etat d'origine, ne peut être que contraire au principe que la Cour a elle-même énoncé dans l'arrêt, selon lequel «[l]a faculté qu'a chaque Etat de délivrer ou de refuser des visas est une expression concrète des prérogatives dont il jouit afin de contrôler l'entrée des non-nationaux sur son territoire» (*ibid.*, par. 113). Assurément, le Nicaragua ne saurait être empêché d'exercer son pouvoir de réglementer l'entrée des ressortissants étrangers sur son territoire.

14. Le fait d'interdire l'imposition de toute obligation de se munir d'un visa aux ressortissants étrangers empruntant le San Juan, et ainsi d'empêcher le Nicaragua d'exercer un contrôle de l'entrée sur son territoire via les eaux du fleuve, peut entraîner un risque pour la sûreté publique de ce pays.

15. Etendre le droit de libre navigation à tous les ressortissants étrangers voyageant sur le San Juan, sans autre condition, aura pour effet de contraindre le Nicaragua à établir plusieurs postes de police aux frontières tout au long de la rive gauche du fleuve, dans le secteur où le Costa Rica exerce son droit de libre navigation, mesure qui ne lui permettra sans doute même pas d'empêcher l'entrée clandestine sur son sol, via le fleuve, de non-Costa-Riciens bénéficiant d'un droit qui, juridiquement, n'a été reconnu qu'au Costa Rica et à ses ressortissants.

16. Selon la Cour, «le Nicaragua ne saurait imposer l'obligation d'être munies d'un visa aux personnes qui ... peuvent bénéficier du droit de libre navigation détenu par le Costa Rica. Si ce bénéfice leur était refusé, la liberté de navigation serait entravée.» (*Ibid.*, par. 115.) Cette conclusion va à l'encontre du raisonnement tenu par la Cour dans de précédents paragraphes de l'arrêt et n'est certainement pas fondée sur les «faits concrets et spécifiques» requis, d'après la Cour, pour permettre à une juridiction de parvenir à un tel constat. Dans le cadre de son raisonnement, la Cour n'expose aucun fait déterminant qui viendrait appuyer l'argument selon lequel le Nicaragua entraverait la liberté de navigation en exerçant son pouvoir discrétionnaire de délivrer des visas. En l'occurrence, elle aurait dû tenir compte du fait que, dans ses écritures et à l'audience, le Costa Rica n'a mis en évidence aucun cas d'entrave à la liberté de navigation du fait d'un refus arbitraire de délivrance de visa. Il ressort au contraire des éléments de preuve que le Nicaragua a produits, et que le Costa Rica n'a pas contestés, que

“Costa Rica’s tourism traffic on the San Juan River increased by more than 350 per cent between 1998, when Costa Rica says Nicaragua first began to systematically deny her rights on the San Juan River, and 2004, the year before this lawsuit began” [CR 2009/7, pp. 45-46, para. 21 (Reichler); see also CR 2009/5, p. 25, para. 44 (Reichler); Rejoinder of Nicaragua, para. 4.33, table 1; and Vol. II, Ann. 71].

Costa Rica’s allegation that the visa requirement has “practically destroyed Costa Rican commercial transportation of tourists” on the San Juan River (Reply of Costa Rica, p. 159, para. 4.12 (iii)) has not been proven.

17. The Court concludes in its Judgment that Nicaragua “may not require persons travelling on Costa Rican vessels which are exercising their freedom of navigation on the river to obtain visas” (Judgment, para. 117). But Nicaragua can invoke certain conventional rights, enshrined in regional and multilateral treaties, which provide a legal basis for the imposition of visa requirements and which will enable Nicaragua to regulate immigration and border control on the waters of the San Juan River under certain clearly defined circumstances.

18. The American Convention on Human Rights (1969) and the International Covenant on Civil and Political Rights (1966), to which both Costa Rica and Nicaragua are parties, provide a similar language in regulating freedom of movement and residence: “Every person *lawfully* in the territory of a State party has the right to move about it and to reside in it *subject to the provisions of the law.*” These rights may be

“restricted only pursuant to a law to the extent necessary . . . to prevent crime or to protect national security, public safety, public order, public morals, public health, or the rights or freedoms of others” (American Convention, Article 22, see also Article 12 of the Covenant on Civil and Political Rights).

Any of these conditions could give rise to a justified imposition of visas by Nicaragua.

19. If Nicaragua strictly follows the terms prescribed in the Convention and in the Covenant, by enacting in a legal instrument the requirements for foreign nationals to obtain a visa, determining in which circumstances it will impose restrictions on the issuing of a visa (national security, public safety, public order, public morals, public health, etc.), it will not be in breach of any international obligation.

«la fréquentation touristique costa-ricienne sur le fleuve San Juan a augmenté de plus de 350% entre 1998 — année où, selon le Costa Rica, le Nicaragua a commencé à violer ses droits sur le San Juan de manière systématique — et 2004, année précédant le début de la présente instance» [CR 2009/7, p. 45-46, par. 21 (Reichler); voir également CR 2009/5, p. 25, par. 44 (Reichler); duplicque du Nicaragua, par. 4.33, tableau 1, et vol. II, annexe 71].

Le Costa Rica n'a pas prouvé ce qu'il avance, à savoir que l'institution du visa obligatoire aurait «pratiquement détruit ... le secteur [costa-ricien] du transport commercial de touristes» sur le San Juan (réplique du Costa Rica, p. 159, par. 4.12 iii)).

17. La Cour conclut dans son arrêt que le Nicaragua «n'a pas le droit d'exiger des personnes voyageant à bord de bateaux costa-riciens qui exercent leur droit de libre navigation sur le fleuve qu'elles se procurent des visas» (arrêt, par. 117). Le Nicaragua peut toutefois invoquer certains droits conventionnels, consacrés dans des traités régionaux et multilatéraux, qui fondent en droit l'imposition d'une obligation de visa et lui permettront de réglementer l'entrée sur son territoire et le contrôle de ses frontières sur les eaux du San Juan dans certaines circonstances clairement définies.

18. La convention américaine relative aux droits de l'homme (1969) et le pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), auxquels le Costa Rica et le Nicaragua sont tous deux parties, réglementent le droit de déplacement et de résidence en des termes similaires: «Quiconque se trouve *légalement* sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y résider *en conformité des lois régissant la matière.*» Ces droits ne peuvent

«faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures indispensables ... à la prévention des infractions pénales, à la protection de la sécurité nationale, de la sûreté ou de l'ordre publics, de la moralité ou de la santé publiques, ou des droits ou libertés d'autrui» (convention américaine, article 22; voir également l'article 12 du pacte relatif aux droits civils et politiques).

Autant de conditions qui peuvent chacune justifier l'imposition, par le Nicaragua, de l'obligation de se procurer un visa.

19. Si le Nicaragua s'en tient strictement aux termes de la convention et du pacte, il ne manquera à aucune obligation internationale en adoptant un instrument juridique à l'effet d'obliger les ressortissants étrangers à se procurer un visa et en déterminant les circonstances dans lesquelles la délivrance de celui-ci sera soumise à restriction (sécurité nationale, sûreté ou ordre publics, moralité ou santé publiques, etc.).

II. LEGAL BASIS OF SUBSISTENCE FISHING

20. The Court concludes in its Judgment that Costa Rica has a customary right to subsistence fishing. The Court's reasoning in the present case is not in accordance with its previous findings on the recognition of rules of customary international law. It will be difficult to find a precedent which corresponds with what the Court has determined in the present case. In paragraph 141 of the Judgment, the Court provides as follows:

“The Court observes that the practice [of subsistence fishing], by its very nature, especially given the remoteness of the area and the small, thinly spread population, is not likely to be documented in any formal way in any official record. For the Court, the failure of Nicaragua to deny the existence of a right arising from the practice which had continued undisturbed and unquestioned over a very long period, is particularly significant.”

These are the grounds on which the Court concludes that there is a customary right. An undocumented practice by a community of fishermen in a remote area. A practice which in previous times has not been claimed by Costa Rica as a right to which it is entitled. A practice which has not been objected to by Nicaragua — “the failure of Nicaragua to deny the existence of a right” — in circumstances where the existence of a right has not been claimed, let alone proven.

21. Costa Rica has not presented to the Court, at any time previous to the submission of its Memorial, evidence of a legal claim by which it would consider subsistence fishing on the right bank of the San Juan River as a right appertaining to it. Even Costa Rica's Application instituting these proceedings does not include such a claim.

22. Costa Rica is not conclusive in its assertions that there is a customary right of subsistence fishing. It says that the practice “has taken on a patina of custom”, unless the opposite can be shown conclusively (Reply of Costa Rica, p. 84, para. 3.117). It further argues that the practice of subsistence fishing “coupled with complete lack of application of internal regulations with respect to it and the complete absence of any negative response from Nicaragua, has given rise to a customary local rule” [CR 2009/3, p. 62, para. 41 (Kohen)]. No need for State practice; no need for *opinio juris*, only the lack of protest of Nicaragua to a practice not previously claimed as a right. However, given the absence of such a claim, there is little ground to impose on Nicaragua the duty to protest against the contents of an in-existent claim and, consequently, Costa Rica is not in a position to provide evidence that Nicaragua accepted subsistence fishing as part of its legal obligations.

23. It may well be that Costa Rica itself is not convinced of its argu-

II. FONDEMENT JURIDIQUE DE LA PÊCHE DE SUBSISTANCE

20. La Cour conclut dans son arrêt que le Costa Rica jouit d'un droit coutumier de pratiquer la pêche de subsistance. Or, son raisonnement en l'espèce ne s'accorde pas avec les conclusions qu'elle a déjà eu l'occasion de formuler en matière de reconnaissance des règles du droit international coutumier, et il sera difficile de trouver un précédent allant dans le sens de sa présente conclusion. Au paragraphe 141 de son arrêt, en effet, la Cour déclare ce qui suit :

«La Cour relève qu'il ne faut pas s'attendre qu'une telle pratique [la pêche de subsistance], par sa nature même, et tout particulièrement au vu de l'isolement de la région, ainsi que de la faible densité et du caractère clairsemé de sa population, soit consignée de manière formelle dans un quelconque compte rendu officiel. De l'avis de la Cour, le fait que le Nicaragua n'ait pas nié l'existence d'un droit découlant de cette pratique, qui s'était poursuivie sans être entravée ni remise en question durant une très longue période, est particulièrement révélateur.»

Telles sont les bases sur lesquelles la Cour conclut à l'existence d'un droit coutumier : la pratique, jamais consignée, d'une communauté de pêcheurs dans une région isolée ; une pratique qui n'avait jamais été revendiquée auparavant par le Costa Rica en tant que droit ; une pratique à laquelle le Nicaragua ne s'est pas opposé — «le fait que le Nicaragua n'ait pas nié l'existence d'un droit» —, alors que l'existence d'un droit n'a jamais été alléguée ni, *a fortiori*, prouvée.

21. Le Costa Rica n'a présenté à la Cour aucune preuve d'une revendication juridique antérieure au dépôt de son mémoire et attestant qu'il ait jamais considéré disposer du droit de pratiquer la pêche de subsistance sur la rive droite du San Juan. Même sa requête introductive d'instance ne fait pas mention d'une telle revendication.

22. Le Costa Rica n'est guère convaincant lorsqu'il allègue l'existence d'un droit coutumier de pratiquer la pêche de subsistance. Il déclare que cette pratique «a revêtu la patine d'une coutume», en l'absence de preuve du contraire (réplique du Costa Rica, p. 84, par. 3.117). Il affirme en outre que la pratique de la pêche de subsistance, «doublée de l'inapplication totale de la réglementation interne à son égard et d'une absence totale de réaction négative du Nicaragua, a donné naissance à une règle coutumière locale» [CR 2009/3, p. 62, par. 41 (Kohen)]. Point n'est besoin de pratique étatique ; point n'est besoin d'*opinio juris* ; il suffit que le Nicaragua n'ait pas protesté contre une pratique jamais revendiquée en tant que droit. Mais l'on peut difficilement mettre à la charge du Nicaragua l'obligation de contester la teneur d'une revendication qui n'a jamais été formulée ; dès lors, le Costa Rica n'est pas en mesure de démontrer que le Nicaragua avait accepté le respect de la pratique de la pêche de subsistance comme l'une de ses obligations juridiques.

23. Il se pourrait fort bien que le Costa Rica ne soit pas lui-même

ment that the practice of subsistence fishing amounts to a customary rule. Costa Rica alleges that “it is of little consequence whether we talk about a local custom, acquiescence, tacit agreement, a territorial régime or even the survival of a traditional right dating back to the colonial era which has never been curtailed” [CR 2009/3, p. 62, para. 41 (Kohen)]. It is clear that Costa Rica’s aim is to obtain recognition from the Court that there is a right to subsistence fishing, with not too much of a concern as to the legal basis which supports such a right. It is regrettable that the Court did not resort to a more solid legal foundation when examining Costa Rica’s claim to subsistence fishing.

24. Following the *Asylum* case precedent, Costa Rica must prove that the customary right of subsistence fishing is established in such a manner that it has become binding on the other Party and that the practice of subsistence fishing is the expression of a right appertaining to Costa Rica and a duty incumbent on Nicaragua (*Asylum (Colombia/Peru)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1950*, pp. 276-277). The principle that the States concerned must act with the conviction that they are conforming to what amounts to a legal obligation has been reiterated by the Court on a number of occasions, one example being the *North Sea Continental Shelf* cases ((*Federal Republic of Germany/Denmark*; *Federal Republic of Germany/Netherlands*), Judgment, *I.C.J. Reports 1969*, p. 44).

25. Time is another important element in the process of creation of customary international law. In the present case, Costa Rica’s claim regarding the existence of a customary right of subsistence fishing for the local riparian community on the Costa Rican bank of the San Juan River was made for the first time in its Memorial submitted to the Court on 29 August 2006, i.e., less than three years before the delivery of the Court’s Judgment. To claim the existence of a customary right, created in such a short span of time, clearly contradicts the Court’s previous jurisprudence on the matter; in the *Right of Passage* case, the Court found:

“This practice having continued *over a period extending beyond a century and a quarter . . .* the Court is, in view of all the circumstances of the case, satisfied that *that practice was accepted as law by the Parties and has given rise to a right and a correlative obligation.*” (*Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, Merits, Judgment, *I.C.J. Reports 1960*, p. 40; emphasis added.)

26. Similarly, in the *Nicaragua* case, the Court reiterated that in order to establish a rule of customary international law, it “has to direct its attention to the practice and *opinio juris* of States” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, *I.C.J. Reports 1986*, p. 97, para. 183). In the present case, the practice of a local community of Costa Rican ripar-

convaincu par l'argument tendant à faire de la pratique de la pêche de subsistance une règle coutumière. N'affirme-t-il pas que «[p]eu importe au fond que l'on parle de coutume locale, d'acquiescement, d'accord tacite, de régime territorial ou encore de subsistance d'un droit traditionnel datant de l'époque coloniale auquel il n'a jamais été dérogré» [CR 2009/3, p. 62, par. 41 (Kohen)]? Il est clair que le Costa Rica veut faire reconnaître par la Cour l'existence d'un droit de pêcher à des fins de subsistance, sans guère se soucier de la base juridique sur laquelle asseoir ce droit. Il est regrettable que la Cour n'ait pas privilégié un fondement juridique plus solide lorsqu'elle a examiné l'argument du Costa Rica relatif à la pêche de subsistance.

24. Conformément au précédent constitué par l'affaire du *Droit d'asile*, le Costa Rica doit prouver que le droit coutumier de pratiquer la pêche de subsistance s'est constitué de telle manière qu'il est devenu opposable à l'autre Partie et que cette pratique reflète un droit appartenant au Costa Rica et un devoir incombant au Nicaragua (*Droit d'asile (Colombie/Pérou)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1950, p. 276-277). Le principe selon lequel les États intéressés doivent agir avec la conviction de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique a été réaffirmé par la Cour à plusieurs reprises, par exemple dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* ((*République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas*), arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 44).

25. Le temps constitue un autre élément important dans le processus de formation du droit international coutumier. En la présente affaire, c'est dans le mémoire qu'il a soumis à la Cour le 29 août 2006, soit moins de trois ans avant que celle-ci ne rende son arrêt, que le Costa Rica a pour la première fois allégué l'existence, pour la communauté riveraine locale établie sur la rive costa-ricienne du San Juan, d'un droit coutumier de pêcher à des fins de subsistance. Affirmer l'existence d'un droit coutumier s'étant constitué sur une période aussi brève va clairement à l'encontre de la jurisprudence de la Cour en la matière; dans l'affaire du *Droit de passage*, en effet, la Cour était parvenue à la conclusion suivante:

«Cette pratique s'étant maintenue *sur une période de plus d'un siècle un quart*, ... la Cour considère, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, que *cette pratique a été acceptée par les Parties comme étant le droit et a donné naissance à un droit et à une obligation correspondante*.» (*Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 40; les italiques sont de moi.)

26. De même, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, la Cour a réaffirmé que, pour établir une règle de droit international coutumier, elle «d[evait] examiner la pratique et l'*opinio juris* des États» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 97, par. 183). En l'espèce, la pratique d'une communauté locale de

ians cannot be equated with the practice of the Costa Rican State as invoked by Costa Rica (Judgment, para. 132). The Court has repeatedly indicated the nature of acts which it will take into account in order to determine whether a practice exists, acts which may lead to the creation of a customary right. These acts include administrative measures, legislation, acts of the judiciary and treaties.

27. As regards the requirements of State practice and *opinio juris*, the Court has been subject to criticism in cases where it recognized the existence of such a practice in its findings without providing sufficient support for its claim. In the *Arrest Warrant* case, the Court indicated that it had “carefully examined State practice, including national legislation and those few decisions of national higher courts” (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 24, para. 58). In her dissenting opinion, Judge *ad hoc* Van Den Wyngaert was of the view that

“the International Court of Justice, by deciding that incumbent Foreign Ministers enjoy *full* immunity from foreign criminal jurisdiction (Judgment, para. 54), has reached a conclusion which has no basis in positive international law. Before reaching this conclusion, the Court should have satisfied itself of the existence of *usus* and of *opinio juris*. *There is neither State practice nor opinio juris establishing an international custom to this effect.*” (*Ibid.*, p. 151, para. 23; emphasis added).

28. It follows from the foregoing that subsistence fishing, based on a customary right as determined by the Court, has no support in law. Costa Rica’s claim might however be based on other legal foundations which could provide a better ground for the findings of the Court on this matter, namely the principle of acquired or vested rights. Already the Permanent Court had determined that “the principle of respect for vested rights” is “a principle which . . . forms part of generally accepted international law” (*Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits, Judgment No. 7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7, p. 42*).

29. In the *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* case, the Chamber also referred to the concept of acquired rights in the context of the particular situation that it expected to arise following the delimitation of the land boundary in some areas where nationals of one Party would, following the delimitation, find themselves living in the territory of the other, and property rights established under the laws of the one Party would be found to have been granted over land which is part of the territory of the other. The Chamber indicated that it was confident that both Parties would carry out the necessary measures “in full respect for acquired rights, and in a humane and orderly manner” (*Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras; Nicaragua intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 1992, pp. 400-401, para. 66).

riverains costa-riens ne peut être assimilée à celle de l'Etat costa-ricien lui-même, quoi qu'en dise ce dernier (arrêt, par. 132). La Cour a précisé à plusieurs reprises la nature des actes qu'elle entendait prendre en considération pour statuer sur l'existence d'une pratique, c'est-à-dire des actes susceptibles d'aboutir à la création d'un droit coutumier. Il peut notamment s'agir de mesures administratives, de textes législatifs, d'actes judiciaires, ou encore de traités.

27. S'agissant des exigences relatives à la pratique et à l'*opinio juris* des Etats, la Cour s'est attiré certaines critiques lorsqu'elle a reconnu l'existence d'une telle pratique sans étayer suffisamment ses conclusions. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, elle a ainsi indiqué avoir « examiné avec soin la pratique des Etats, y compris les législations nationales et les quelques décisions rendues par de hautes juridictions nationales » (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 24, par. 58). Le juge *ad hoc* Van den Wyngaert, dans son opinion dissidente, a toutefois estimé que,

« en jugeant que les ministres des affaires étrangères en exercice bénéficient d'une immunité *totale* de juridiction pénale (par. 54 de l'arrêt), la Cour est parvenue à une conclusion dépourvue de fondement en droit international positif. Avant d'en arriver à cette conclusion, la Cour aurait dû s'assurer qu'il existait un *usus* et une *opinio juris* établissant une coutume internationale en la matière. *Il n'existe ni usus ni opinio juris établissant l'existence d'une coutume internationale en ce sens.* » (*Ibid.*, p. 151, par. 23; les italiques sont de moi.)

28. De ce qui précède, il découle que la thèse de l'existence d'un droit qui serait fondé sur une coutume au sens où l'entend la Cour de pratiquer la pêche de subsistance est dépourvue de tout fondement juridique. Cela dit, un tel droit revendiqué par le Costa Rica pourrait s'appuyer sur un autre fondement juridique offrant une assise plus solide aux conclusions de la Cour en la matière — je songe ici au principe des droits acquis. La Cour permanente avait en effet déjà indiqué en son temps que le « principe du respect des droits acquis » était un « principe qui ... fai[sai]t partie du droit international commun » (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. série A n° 7, p. 42*).

29. Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, la Chambre a également renvoyé à la notion de droits acquis dans le contexte de la situation particulière qu'elle s'attendait à voir naître dans certaines régions où, à l'issue de la délimitation de la frontière terrestre, des ressortissants de l'une des Parties se trouveraient vivre sur le territoire de l'autre, les droits de propriété établis en vertu des lois de l'une des Parties se révélant avoir été accordés sur des terres faisant partie du territoire de l'autre. La Chambre s'est déclarée convaincue que les deux Parties prendraient les mesures nécessaires « dans le respect total des droits acquis comme dans un souci d'ordre et d'humanité » (*Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 400-401, par. 66).

30. Similarly, in the *Cameroon v. Nigeria* case, the Court determined that it is up to the Parties to find a solution when a village previously situated on one side of the boundary has spread beyond it, “with a view to respecting the rights and interests of the local population” (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, p. 374, para. 123 and p. 370, para. 107).

31. In the present case, the existence of vested rights or acquired rights by Costa Rican riparians has not been claimed by Costa Rica. Surely the Court could have taken the initiative to explore this legal avenue, explaining the reasons why it regards the argument of acquired rights founded or unfounded. Furthermore, other legal options should have also been taken into account by the Court, in accordance with the express petitions and commitments of the Parties.

32. In the oral proceedings, Costa Rica required the following:

“we ask the Court, in its dispositif, respectfully, to record and give effect to Nicaragua’s stated position that subsistence fishing by riparians, whether from the Costa Rican bank or from boats on the river, will not be impeded” [CR 2009/6, p. 63, para. 30 (Crawford)].

33. Nicaragua replied to this petition by indicating that while it “does not agree that there is a customary right to fish in her territorial waters, she has absolutely no intention of preventing Costa Rican residents from engaging in subsistence fishing activities” [CR 2009/5, p. 27, para. 48 (Reichler)].

34. The undertaking made by Nicaragua before the Court must be regarded as a legal commitment with a binding character. In the *Nuclear Tests* Judgment, the Court found that

“[w]hen it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being henceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration. An undertaking of this kind, if given publicly, and with an intent to be bound . . . is binding.” (*Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1974*, p. 267, para. 43.)

35. Similarly, the Court found in a very recent case (*Belgium v. Senegal*) that

“Senegal, both *proprio motu* and in response to a question put by a Member of the Court, gave a formal assurance on several occasions during the hearings that it will not allow Mr. Habré to leave its territory before the Court has given its final decision”.

30. De même, dans l'affaire *Cameroun c. Nigéria*, la Cour a conclu que, lorsqu'un village précédemment situé d'un côté de la frontière s'était étendu au-delà de celle-ci, il appartenait aux Parties de trouver une solution «aux fins d'assurer le respect des droits et intérêts de la population locale» (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 374, par. 123, et p. 370, par. 107).

31. Dans la présente instance, le Costa Rica n'a pas revendiqué l'existence de droits acquis par les riverains costa-riciens du fleuve. La Cour n'en aurait pas moins pu explorer cette voie juridique de sa propre initiative, en exposant les raisons pour lesquelles l'argument des droits acquis lui semblait fondé ou non. En outre, elle aurait également dû prendre en considération d'autres possibilités juridiques, conformément aux demandes et engagements exprès des Parties.

32. Au cours de la procédure orale, le Costa Rica a en effet formulé la demande suivante:

«nous prions respectueusement la Cour ... de prendre acte, dans son dispositif, pour suite à donner, de la position affichée par le Nicaragua selon laquelle la pêche de subsistance pratiquée par les riverains, que ce soit de la rive costa-ricienne ou à partir de bateaux naviguant sur le fleuve, ne sera pas entravée» [CR 2009/6, p. 63, par. 30 (Crawford)].

33. Le Nicaragua a répondu en indiquant que, bien que «ne reconnaissant] pas l'existence d'un droit coutumier de pêche dans ses eaux territoriales, il n'a[vait] nullement l'intention d'empêcher les résidents costa-riciens de se livrer à la pêche de subsistance» [CR 2009/5, p. 27, par. 48 (Reichler)].

34. L'engagement pris par le Nicaragua devant la Cour doit être considéré comme un engagement juridique revêtant un caractère obligatoire. Dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la Cour a conclu que,

«[q]uand l'Etat auteur de la déclaration entend[ait] être lié conformément à ses termes, cette intention conf[érait] à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'Etat intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, ... a un effet obligatoire.» (*Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 267, par. 43.)

35. Dans une affaire très récente (*Belgique c. Sénégal*), la Cour a de même déclaré que

«le Sénégal, tant *proprio motu* qu'en réponse à une question posée par un membre de la Cour, a formellement et à plusieurs reprises, au cours des audiences, donné l'assurance qu'il ne permettra[it] pas à M. Habré de quitter son territoire avant que la Cour ait rendu sa décision définitive».

Belgium indicated that such a solemn declaration “could be sufficient for Belgium to consider that its Request for the indication of provisional measures no longer had any object, provided that certain conditions were fulfilled”. In the light of these statements, the Court decided that there was no risk of irreparable prejudice to the rights claimed by Belgium (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, pp. 155-156, paras. 69, 71, 72 and 76).

36. In the present case, the Court could thus have followed its previous jurisprudence by taking note, in the reasoning and in the operative clause of the Judgment, of the legal commitment undertaken by Nicaragua during the oral proceedings. By following this legal option, by which it would determine the binding character of the commitment made publicly by Nicaragua before the Court, the Court could have avoided deviating from its own precedents on the nature and substance of customary international law. But it chose a different route, one that will subject the decisions of the Court to disagreement and objections.

(Signed) Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR.

La Belgique a pour sa part indiqué qu'une telle déclaration solennelle «pourrait [lui] suffire ... pour considérer que sa demande en indication de mesures conservatoires n'aurait plus d'objet, pour autant que certaines conditions soient remplies». Compte tenu de ces déclarations, la Cour a conclu à l'absence de tout risque de préjudice irréparable aux droits revendiqués par la Belgique (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009*, p. 155-156, par. 69, 71, 72 et 76).

36. Dans la présente affaire, la Cour aurait donc pu suivre sa jurisprudence en prenant note, dans son raisonnement et dans le dispositif de son arrêt, de l'engagement juridique pris par le Nicaragua au cours de la procédure orale. En optant pour cette solution, consistant à constater le caractère obligatoire de l'engagement formulé publiquement devant elle par le Nicaragua, la Cour aurait évité de s'écarter de ses propres précédents concernant la nature et la teneur du droit international coutumier. Elle a toutefois choisi une autre voie, exposant de ce fait sa décision à des désaccords et à des objections.

(Signé) Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR.