

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE SKOTNIKOV

[Traduction]

1. J'ai voté en faveur de la plupart des paragraphes du dispositif. Cependant, je ne souscris pas au raisonnement de la Cour en ce qui concerne plusieurs points importants et suis en désaccord avec elle sur certaines des conclusions auxquelles elle est parvenue.

### INTERPRÉTATION DU TERME «COMERCIO»

2. Je conviens que le droit de libre navigation que le Costa Rica tient du traité de limites de 1858 ne devrait pas être automatiquement interprété de manière restrictive au motif qu'il constitue une limite à la souveraineté dont le Nicaragua a joui sur le San Juan en vertu de cet instrument. En effet,

«[s']il est bien exact que les limites à la souveraineté d'un Etat sur son territoire ne se présument pas, il n'en résulte pas pour autant que des dispositions conventionnelles instituant de telles limites, telles que celles qui sont en cause dans la présente espèce, devraient recevoir pour cette raison une interprétation étroite *a priori*» (arrêt, par. 48).

3. Néanmoins, ainsi que l'a établi la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, une interprétation restrictive s'impose en cas de doute:

«il n'en résulte pas moins pour l'Etat allemand une limitation importante de l'exercice du droit de souveraineté que nul ne lui conteste sur le Canal de Kiel; et cela suffit pour que la clause qui consacre une telle limitation doive, en cas de doute, être interprétée restrictivement. Toutefois, la Cour ne saurait aller, sous couleur d'interprétation restrictive, jusqu'à refuser à l'article 380 le sens qui est commandé par ses termes formels. Ce serait une singulière interprétation que de faire dire à un traité exactement le contraire de ce qu'il dit.» (*Vapeur Wimbledon, arrêts, 1923, C.P.J.I. série A n° 1, p. 24-25.*)

Il est manifeste que, dans la présente affaire, une interprétation restrictive ne serait pas contraire aux termes formels de l'article VI du traité de 1858 et ne retirerait pas ce qui a été clairement accordé. Le problème qui se pose à la Cour tient précisément à un manque de clarté quant à l'interprétation qu'il conviendrait de donner au terme «comercio».

4. Dans ces conditions, la Cour aurait dû considérer les intentions des Parties à l'époque de la conclusion du traité, en tenant dûment compte du

principe bien établi selon lequel les limites à la souveraineté d'un Etat ne se présument pas.

5. Les Parties n'ont présenté aucun élément de preuve démontrant que le Nicaragua et le Costa Rica auraient eu, à l'époque de la conclusion du traité, l'intention de conférer au terme «commerce» un sens évolutif. Dès lors, la Cour aurait dû partir du principe qu'il était improbable que le Nicaragua ait agi contre ses propres intérêts en conférant au Costa Rica des droits de navigation qui ne correspondaient pas au sens que le terme «comercio» revêtait à l'époque et qui allaient, tout comme le terme lui-même, évoluer et couvrir avec le temps un champ plus large.

6. La conclusion de la Cour selon laquelle il convient d'interpréter le terme «commerce» conformément à son sens actuel est sans rapport avec l'interprétation du traité proprement dite. Ni le caractère générique du terme «commerce», ni la durée illimitée du traité et la pérennité du régime juridique établi par celui-ci (arrêt, par. 67), n'excluent la possibilité que les Parties aient eu l'intention d'accorder au Costa Rica des droits de navigation définis conformément à ce que recouvrait la notion de «commerce» à l'époque de la conclusion du traité. La solution de la Cour repose exclusivement sur l'application mécanique de la jurisprudence qui, dans un cas particulier, favorise la prise en considération du sens évolutif (voir affaire du *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1978, p. 3). Elle passe sous silence la jurisprudence qui, dans d'autres affaires, favorise l'interprétation fondée sur le sens qu'avait à l'époque pertinente le terme considéré (voir *Droit des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 176; *Ile de Kasikilil Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 1045). La question de la spécificité de la présente affaire n'est pas abordée. La Cour ne tient pas compte du *dictum* de l'affaire du *Vapeur Wimbledon* (voir paragraphe 3 ci-dessus) et de la jurisprudence connexe. En conséquence, sa conclusion contrarie le principe selon lequel les limites à la souveraineté ne se présument pas.

7. En 1858, et pendant des dizaines d'années encore, le commerce se limitait aux échanges de biens. L'édition de 1852 du dictionnaire de l'Académie royale espagnole donne pour principale définition de «comercio»: «activité et trafic qui s'effectuent par l'achat, la vente ou l'échange de choses contre d'autres». Même encore en 1897, la sentence Alexander confirme que le traité de 1858 avait donné au Costa Rica le droit de libre navigation «con objetos de comercio» afin qu'il «ait sur l'Atlantique un débouché pour l'importation et l'exportation de biens». Il apparaît que d'autres traités commerciaux conclus à l'époque concernaient exclusivement le commerce de biens (voir, par exemple, le traité commercial Volio-Zelaya (Costa Rica-Nicaragua) de 1868). Il y a tout lieu de supposer que pour les Parties, en 1858, le sens du mot «comercio» se limitait aux échanges de biens.

8. Cette conclusion aurait cependant laissé sans réponse la question de savoir si, à l'heure actuelle, le transport des passagers et des touristes est

couvert par l'article VI du traité de 1858. En vue de répondre à cette question, la Cour aurait dû examiner la pratique des Parties ultérieurement à la conclusion du traité. Ainsi qu'elle l'a rappelé dans l'affaire de l'*Ile de KasikililSedudu*, «la Cour elle-même, par le passé, lorsqu'elle a été amenée à interpréter les dispositions d'un traité, a fréquemment examiné la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application de ce traité» (*Ile de KasikililSedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 1076, par. 50).

9. Le Nicaragua présente des éléments qui montrent qu'à l'époque de la conclusion du traité de limites, puis pendant plus d'un siècle, lui seul se chargeait du transport commercial de passagers. Quoi qu'il en soit, il est manifeste que les activités touristiques du Costa Rica sur le San Juan existent depuis au moins dix ans et qu'elles sont considérables. Le Nicaragua n'a jamais protesté. Il n'en va pas de même de l'accueil qu'il réserve aux bateaux de la police, qui, a-t-il affirmé à de nombreuses reprises, n'ont aucun droit de naviguer sur le San Juan. Non seulement le Nicaragua a systématiquement autorisé la navigation touristique prise en charge par des exploitants costa-riciens, mais il l'a aussi soumise à sa réglementation. Cela peut être interprété comme la reconnaissance par le Nicaragua de ce que le Costa Rica agissait de plein droit. La position commune des Parties à cet égard peut être inférée du mémorandum d'accord entre les ministres du tourisme des deux pays sur l'activité touristique dans la zone frontalière du fleuve San Juan, signé le 5 juin 1994.

10. A mon avis, la pratique ultérieure de l'application du traité indique que les Parties sont parvenues à un accord en ce qui concerne son interprétation: le Costa Rica détient, en vertu du traité de 1858, le droit de transporter des touristes — c'est-à-dire des passagers qui paient un prix en contrepartie du service rendu. Ce droit du Costa Rica s'étend nécessairement au transport de tous les autres passagers qui effectuent un paiement aux transporteurs.

#### QUESTIONS LIÉES À LA LIBERTÉ DE NAVIGATION

11. Selon l'arrêt, il faut présumer que les Parties avaient entendu maintenir au profit des riverains costa-riciens du San Juan un droit minimal de navigation afin qu'ils puissent subvenir à leurs besoins essentiels. Ce droit peut donc se déduire des dispositions du traité dans son ensemble (arrêt, par. 79). De surcroît, pour les mêmes raisons, on peut déduire du traité que le Costa Rica a le droit d'emprunter le San Juan avec des bateaux officiels (y compris des bateaux de la police) en vue de fournir aux riverains ce dont ils ont besoin pour faire face aux nécessités de la vie courante (*ibid.*, par. 84).

12. Je ne suis pas du tout convaincu que le traité de 1858 ait établi aucun autre droit de navigation que celui qui figure à son article VI — c'est-à-dire le seul article qui traite de la question de la navigation.

13. Bien que je ne souscrive pas au point de vue de la majorité de la

Cour selon lequel les riverains costa-riens jouissent, en vertu du traité, du droit de naviguer sur le San Juan, je considère que cet instrument n'a eu aucune incidence sur la pratique de ceux-ci consistant à emprunter le fleuve pour faire face aux nécessités de leur vie courante. Cette pratique doit pouvoir se poursuivre et être respectée par le Nicaragua.

Etant donné le contexte historique de la conclusion du traité et le libellé de celui-ci, il est très peu probable qu'en 1858 l'une ou l'autre des Parties aient pris en considération la population autochtone clairsemée de cette rive. Le comportement ultérieur du Nicaragua corrobore cette thèse. Le fait que le Nicaragua n'a pas étendu ses dispositions réglementaires, comme par exemple celle du visa obligatoire, à la navigation quotidienne des habitants de la rive costa-ricienne du San Juan montre qu'il considèrerait que le régime du traité de 1858 ne concernait pas cette pratique.

14. Rien ne justifie la conclusion de la Cour selon laquelle le Costa Rica jouit du droit, même limité, d'emprunter le fleuve avec des bateaux officiels afin d'assurer des services aux communautés riveraines.

Même si l'on présume comme le fait la Cour que les Parties, lorsqu'elles signèrent le traité, avaient l'intention de préserver un droit minimal de navigation pour les riverains mais décidèrent de ne pas l'inscrire dans le texte, il reste difficile de comprendre comment ce raisonnement pourrait conduire à la conclusion qui a été tirée en ce qui concerne les bateaux officiels. L'utilisation de bateaux officiels aux fins d'assurer des services aux communautés riveraines n'était pas pratiquée à l'époque de la conclusion du traité. Il est très difficilement concevable que les Parties aient eu l'intention de préserver un droit ne découlant pas d'une pratique préexistante.

Il est clair que le Costa Rica a certains besoins qui, pour être couverts, supposent que des bateaux officiels empruntent le San Juan à des fins non commerciales. Ces besoins ne se traduisent toutefois pas en droits. Les Parties devraient elles-mêmes conclure un accord à cet égard. La Cour n'a pas à le faire pour elles. Comme elle a eu l'occasion de le relever dans le passé, «[l]a Cour est appelée à interpréter les traités, non à les reviser» (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 229*).

#### QUESTIONS RELATIVES AUX POUVOIRS DE RÉGLEMENTATION

15. Je suis entièrement d'accord avec la Cour pour dire que le titulaire du droit de libre navigation est le Costa Rica. Je ne peux cependant pas la suivre lorsqu'elle range les propriétaires et les exploitants de bateaux costa-riens avec les passagers de ces bateaux, y compris les non-Costa-Riciens, dans une catégorie unique de personnes bénéficiant de ce droit (arrêt, par. 114). Je ne peux certainement pas convenir que ce soient les bateaux eux-mêmes qui exercent le droit de libre navigation (*ibid.*, par. 113, 117, 120).

A mon avis, le droit de libre navigation accordé au Costa Rica est exercé par des personnes, à savoir les propriétaires et les exploitants des bateaux qui naviguent sur le San Juan. C'est le transporteur qui exerce le droit de libre navigation.

Les vendeurs et les acheteurs de biens peuvent profiter des possibilités offertes par le droit de libre navigation du Costa Rica, mais ils n'exercent pas ce droit. Les touristes et les passagers ne font quant à eux qu'acheter un service. On ne peut interpréter le traité de 1858 comme conférant le droit perpétuel de libre navigation à des fins commerciales à ces personnes, qui peuvent être des Costa-Riciens, des ressortissants de pays tiers ou, éventuellement, des Nicaraguayens. On ne peut davantage l'interpréter comme leur conférant d'autres droits, comme celui de se soustraire au régime des visas du Nicaragua, au nom du droit de libre navigation du Costa Rica sur le fleuve San Juan.

16. L'obligation faite aux touristes et passagers voyageant sur le San Juan à bord de bateaux costa-riciens d'être munis d'un visa entre dans le champ des droits de réglementation que le Nicaragua tient du traité de 1858. Elle découle de ce que le Nicaragua a «*le dominium et l'imperium* exclusifs sur les eaux du fleuve San Juan» (arrêt, par. 44). Ce pouvoir de réglementation est distinct de ceux que détient le Nicaragua en matière de navigation sur le San Juan. Comme le fait observer la Cour, «la 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). Comme l'a établi la Cour dans l'affaire du *Droit de passage*, cela vaut même dans des cas où il y a liberté de transit :

«En raison de la tension existant alors dans le territoire indien intermédiaire, la Cour ne saurait considérer que le refus de passage opposé par l'Inde à la délégation proposée, ni le refus de visas aux ressortissants portugais d'origine européenne et aux Portugais d'origine indienne au service du Gouvernement portugais aient été contraires à l'obligation qu'imposait à l'Inde le droit de passage du Portugal. La demande portugaise de droit de passage est subordonnée à la pleine reconnaissance et à l'exercice de la souveraineté de l'Inde sur le territoire intermédiaire, sans aucune immunité en faveur du Portugal. La Cour estime que le refus de passage opposé dans ces cas par l'Inde relevait en l'espèce de son pouvoir de réglementation et de contrôle du droit de passage du Portugal.» (*Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 45.)

17. La disposition concernant les visas peut toucher les intérêts économiques des personnes dont l'activité est d'assurer le transport des touristes et des passagers. Elle peut gêner certains touristes. Mais elle n'est pas incompatible avec le droit de libre navigation à des fins de commerce que détient le Costa Rica. L'exercice de ce droit par le Costa Rica serait certainement entravé si le Nicaragua refusait systématiquement de délivrer

des visas aux bateliers ou à toute une catégorie de passagers, comme par exemple les touristes. Cela constituerait un abus manifeste de la disposition considérée. Tout droit peut donner lieu à des abus. Ce n'est cependant pas une raison pour le mettre en question, encore moins pour le nier. La Cour elle-même reconnaît que l'obligation imposée par le Nicaragua en matière de visas n'a pas entravé l'expansion du transport des passagers par le Costa Rica sur le San Juan (arrêt, par. 116).

18. Selon le raisonnement de la Cour, le caractère discrétionnaire de la faculté qu'a chaque Etat de délivrer ou de refuser des visas est décisif pour établir que le Nicaragua ne saurait imposer l'obligation d'être muni 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.) Or, la Cour admet au paragraphe 118 que le Nicaragua peut refuser l'entrée sur son territoire (c'est-à-dire, suivant la logique du raisonnement qu'elle adopte, lui refuser le bénéfice du droit de libre navigation détenu par le Costa Rica) à une personne pour des raisons valables au regard de l'objectif poursuivi, comme par exemple le maintien de l'ordre ou la protection de l'environnement. Le Nicaragua «peut agir ainsi lorsque l'intéressé fait connaître son identité» (*ibid.*, par. 118). Il n'y aurait pas dans ce cas de violation du droit de libre navigation. En d'autres termes, la Cour considère qu'un refus dûment motivé d'autoriser une personne à entrer sur le territoire serait une violation du droit de libre navigation détenu par le Costa Rica s'il se manifeste par le jeu du mécanisme des visas alors qu'il n'en serait pas une s'il est signifié à l'intéressé à son arrivée. A mon avis, dans un cas comme dans l'autre, il n'y aurait aucune violation du droit du Costa Rica, étant donné que c'est le même pouvoir qui est exercé et que le caractère discrétionnaire de ce pouvoir est le même.

Enfin, s'il était vrai que le visa obligatoire entrave la liberté de navigation du Costa Rica, alors il s'ensuivrait que le Nicaragua viole sa propre liberté de navigation en appliquant cette disposition aux passagers des bateaux nicaraguayens. La disposition réglementaire nicaraguayenne concernant les visas s'applique à tout non-Nicaraguayen, quelle que soit la nationalité du transporteur. Cette seule raison aurait à mon avis dû suffire pour que la Cour fasse droit au Nicaragua sur la question des visas.

19. La Cour admet que la disposition réglementaire imposant aux bateaux costa-riciens de battre pavillon nicaraguayen n'entrave pas la liberté de navigation. Cependant, la nature juridique de cette disposition demeure incertaine. Le Nicaragua a proposé à la Cour une vaste gamme de choix à cet égard. Il a présenté la disposition en question comme un attribut de sa souveraineté et comme relevant de la pratique et de la coutume internationales. Aucune preuve d'une pratique étatique n'a été présentée à l'appui des affirmations du Nicaragua. La Cour se borne à dire que le Nicaragua peut appliquer cette mesure réglementaire «dans l'exercice de ses pouvoirs souverains» (*ibid.*, par. 132). La question est cependant de savoir si cette disposition concernant le pavillon répond aux autres critères énoncés par la Cour en ce qui concerne les pouvoirs de

réglementation du Nicaragua (arrêt, par. 87). Je ne pense pas que le Nicaragua soit parvenu à indiquer quel but légitime il cherche à poursuivre par ce moyen. Il y aurait clairement un but légitime si le Nicaragua exigeait des bateaux costa-riens qu'ils battent pavillon costa-ricien, étant donné que cela permettrait de les identifier. Les autorités nicaraguayennes pourraient en effet vouloir distinguer les bateaux costa-riens des leurs. En revanche, il semble que l'obligation faite aux bateaux costa-riens d'arborer le pavillon nicaraguayen ait pour seul but de réaffirmer la souveraineté du Nicaragua sur le San Juan. Aux dires du Nicaragua, «battre pavillon nicaraguayen est un signe de respect pour la souveraineté de l'Etat hôte» (duplique du Nicaragua, p. 215, par. 4.93). Etant donné que la souveraineté du Nicaragua sur le San Juan est incontestable, la disposition visée ne me semble servir aucun objectif pratique. J'estime toutefois que le Costa Rica aurait pu accéder à la demande du Nicaragua par courtoisie.

#### PÊCHE DE SUBSISTANCE

20. A mon avis, de même que le traité de 1858 ne concernait pas les déplacements effectués par les riverains sur le fleuve afin de faire face aux nécessités de la vie courante (voir paragraphe 13 ci-dessus), il n'a eu aucune incidence sur la pêche pratiquée à des fins de subsistance par les riverains depuis la rive costa-ricienne du San Juan. Je ne suis pas convaincu que le Nicaragua ait le droit de réglementer cette pratique en tant que telle. Néanmoins, les Parties devraient coopérer pour s'assurer qu'elle ne franchit pas le seuil à partir duquel elle deviendrait une activité commerciale.

(*Signé*) Leonid SKOTNIKOV.