

OPINION DISSIDENTE
DE M. LE JUGE *AD HOC* AL-KHASAWNEH

[Traduction]

Dissension limitée à la délimitation terrestre — Importance de résoudre un différend de longue date — Ambiguïté du traité de 1858 — A l'origine de pas moins de six arbitrages — Et de commissions bilatérales — Et de négociations — Cour saisie depuis 2005 de plusieurs aspects du différend — Arrêt de 2015 et présents arrêts revêtus de l'autorité de la chose jugée — En contradiction avec des décisions antérieures également revêtues de l'autorité de la chose jugée — Recul général de la côte caraïbe — Caractère éphémère du nouveau point choisi par la Cour — Et caractère injustifié — Point Alexander recouvert par la mer mais toujours identifiable — Embouchure du fleuve n'étant pas cruciale pour la délimitation territoriale — Présence de lagunes discontinues et allongées suggérant l'existence d'un caño disparu récemment — Constituant la frontière entre les Parties — Lagune de Harbor Head et cordon littoral relevant de la souveraineté du Nicaragua — Mais ne générant aucun droit maritime — Décision dénuée de fondement et reposant sur un simple espoir — Explication de vote sur le dispositif.

Je suis pour l'essentiel d'accord avec mes éminents collègues en ce qui concerne la délimitation maritime effectuée dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique. Mon opinion diverge néanmoins de celle de la majorité pour ce qui est de la portée de la notion d'équité et de l'application que la Cour en a faite à la délimitation dans le Pacifique, et je l'exposerai dans une déclaration distincte.

C'est au sujet de la délimitation terrestre que je regrette de ne pouvoir m'associer à mes collègues, n'étant pas convaincu par des conclusions dont le raisonnement qui les sous-tend me laisse sceptique. Je ne puis donc souscrire à leur avis.

Avant d'exposer en détail les raisons qui m'ont amené à cette position, je tiens à faire quelques observations liminaires à caractère général.

L'objectif de tout règlement judiciaire est sans conteste de résoudre, devant une instance judiciaire et conformément au droit, un différend existant. Dans le cas de la Cour, organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, le règlement d'un différend pendant sur la base du droit international contribue également à la préservation de la paix internationale — l'un des buts suprêmes de l'Organisation — et à la prévention ou, à tout le moins, à la réduction des conflits entre les Etats Membres.

Cette considération revêt une importance particulière dans la ou les présentes affaires car ce conflit de longue date, qui porte essentiellement sur des différends territoriaux entre les Parties, a débuté avant même la conclusion entre celles-ci du traité de limites de 1858. Cela en dit long sur l'ambiguïté «créative» de ce traité qui est à l'origine de pas moins de six

sentences sur ses interprétation et application, de la constitution de plusieurs commissions bilatérales et de la tenue de négociations bilatérales qui se sont enlisées jusqu'à la première saisine de la Cour en 2005¹. Celle-ci a déjà dû traiter de plusieurs aspects de ce différend territorial en cours et, dans son arrêt de 2015, a procédé à une délimitation partielle et imprécise de la zone concernée, la partie septentrionale d'Isla Portillos. Cette délimitation partielle, curieusement effectuée dans le cadre d'une affaire portant sur la responsabilité de l'Etat, est indubitablement revêtue de l'autorité de la chose jugée. En outre, les conclusions du présent arrêt sont largement fondées sur celles de l'arrêt de 2015, dans lequel, à titre d'exemple principal, la Cour a choisi comme frontière entre les deux Etats l'embouchure du fleuve San Juan, telle qu'elle se présentait alors, plutôt que le point de départ initial de la frontière terrestre, depuis longtemps situé sous la mer, qu'avait déterminé le général Alexander. Ce point est néanmoins toujours identifiable et, relié au point le plus proche sur la côte, il peut servir de point de départ à la délimitation territoriale (voir figures 84 et 85 du rapport des experts désignés par la Cour, reproduites ci-après).

Aussi devons-nous concilier deux ensembles de décisions contradictoires, toutes revêtues de l'autorité de la chose jugée: d'une part, la sentence Cleveland de 1888 et les première et deuxième sentences Alexander de 1897 et, d'autre part, l'arrêt de 2015 dans lequel la Cour a conclu, au paragraphe 92, que «le territoire relevant de la souveraineté du Costa Rica s'étend[ait] à la rive droite du cours inférieur du San Juan jusqu'à l'embouchure de celui-ci dans la mer des Caraïbes», ainsi que le présent arrêt qui fixe le point de départ de la délimitation territoriale à l'extrémité de la flèche littorale située à l'embouchure du fleuve (par. 71).

Si la côte dans sa configuration actuelle avait semblé devoir rester stable, le choix d'un ou de plusieurs nouveaux points aurait pu trouver quelque justification, mais les réalités géographiques et géomorphiques de la portion en question de la côte caraïbe témoignent du recul constant que celle-ci a subi au cours des cent soixante dernières années, soit depuis la conclusion du traité de 1858. Que de vérité dans ce sonnet de Shakespeare pris au sens littéral:

«Quand je vois l'Océan affamé
empiéter sur le royaume du rivage.»²

Ce recul général de la côte se poursuivra très probablement. Les deux experts désignés par la Cour l'ont largement confirmé, et celle-ci en est convenue, recourant à un point pivot fixe situé au large pour se prémunir des modifications à moyen et long terme de l'embouchure du fleuve. Ainsi, non sans ironie, un point historique situé en mer, décrit avec précision dans le traité de 1858, la sentence Cleveland et les première et

¹ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, requête introductive d'instance soumise par le Costa Rica le 29 septembre 2005.

² William Shakespeare, *Sonnet 64* (1609).

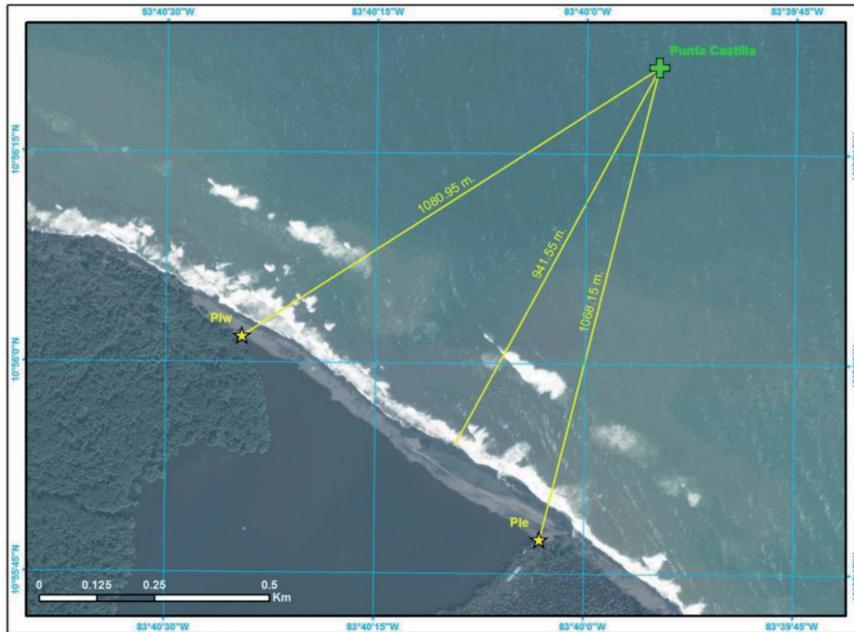


Figure 84. Distance entre l'emplacement estimé de Punta de Castilla et le point terrestre le plus proche sur une image satellite du 22 janvier 2016, et entre cet emplacement et les points Plw et Ple mesurés lors de la première visite sur les lieux.

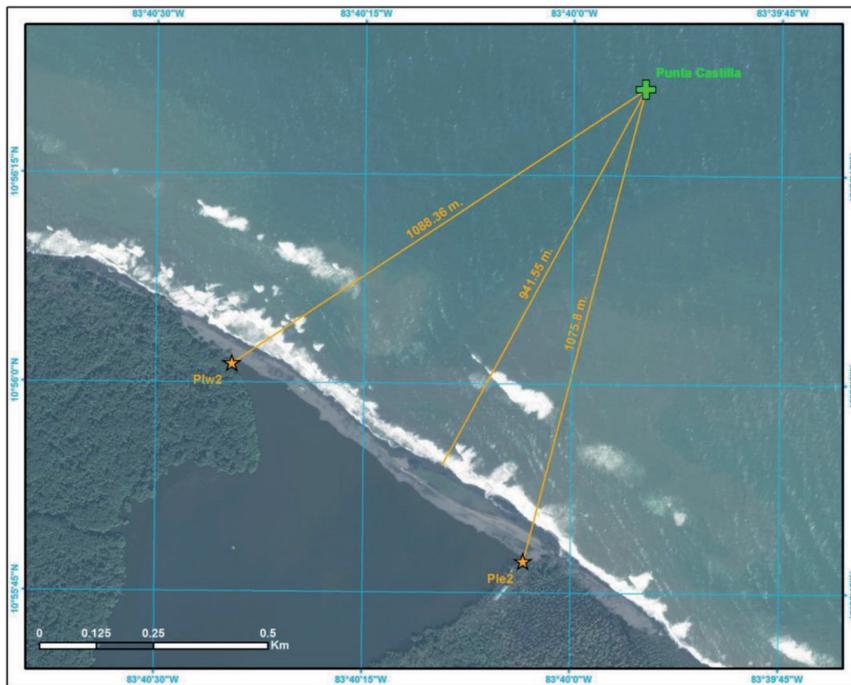


Figure 85. Distance entre l'emplacement estimé de Punta de Castilla et le point terrestre le plus proche sur une image satellite du 22 janvier 2016, et entre cet emplacement et les points Plw2 et Ple2 mesurés lors de la seconde visite sur les lieux.

deuxième sentences Alexander, a été remplacé par un autre point lié à un point pivot situé en mer, dont l'emplacement varie selon l'emplacement de l'embouchure du fleuve. On peut toutefois prédire sans crainte de se tromper que ce dernier emplacement est éphémère et que le fleuve pourrait à nouveau se jeter dans la lagune de Harbor Head³. La cause de la stabilité et de la permanence des frontières, notion essentielle pour une société internationale composée d'Etats souverains, n'aurait-elle pas été mieux servie si la Cour n'avait pas abandonné la délimitation initiale revêtue de l'autorité de la chose jugée en faveur d'un fleuve au cours fluctuant et d'une côte dont la ligne subit un recul constant et général? Et l'existence d'une lagune séparée de la mer par un cordon littoral et recon nue par les deux Parties comme relevant de la souveraineté du Nicaragua n'aurait-elle pas dû alerter la Cour sur le fait que la zone litigieuse *était* nicaraguayenne avant que le cours du fleuve ne s'oriente vers le nord-ouest et que, *a priori*, il devait en aller de même de la zone côtière située entre la lagune et l'embouchure du fleuve?

Ce sont ces questions que je vais maintenant examiner. Je commencerai par reconnaître que si, dans son arrêt de 2015 et, partant, dans le présent arrêt, la Cour avait choisi comme point de départ de la frontière terrestre le point Alexander initial, celui-ci n'aurait pas coïncidé avec l'embouchure du fleuve sur sa rive droite. Le Nicaragua aurait ainsi conservé un territoire des deux côtés du fleuve, mais il ne s'agit là ni d'une calamité ni d'une possibilité que n'avaient pas envisagée les deux arbitres, le président Cleveland et le général Alexander. Ainsi, le président Cleveland, appelé à se prononcer sur les différents « points d'interprétation douteuse indiqués par la République du Nicaragua », décida ce qui suit au point 3 1) de sa sentence arbitrale de 1888 :

« La frontière entre la République du Costa Rica et la République du Nicaragua du côté de l'Atlantique commence à l'extrémité de Punta de Castilla à l'embouchure du fleuve San Juan de Nicaragua, *en leur état respectif au 15 avril 1858*. La propriété de tous atterrissements à Punta de Castilla sera régie par le droit applicable en la matière. » (*Sentence arbitrale du président des Etats-Unis relative à la validité du traité de limites entre le Costa Rica et le Nicaragua du 15 juillet 1858*, décision du 22 mars 1888, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XXVIII, p. 209; les italiques sont de moi.)

Près de dix ans plus tard, lorsque, en 1897, il était devenu évident que Punta de Castilla était déjà recouverte par la mer, le général Alexander a fixé le point de départ de la délimitation terrestre par référence à ce point. Comme le Nicaragua le souligne dans ses pièces écrites⁴, M. Alexander ne

³ Rapport des experts désignés par la Cour, CRNIC-CRNIP 2017/18, p. 77, par. 195.

⁴ *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, contre-mémoire de la République du Nicaragua (18 avril 2017), p. 25, par. 3.22.

cherchait pas l'embouchure du fleuve, ce qui aurait été bien plus aisé que de tenter de localiser Punta de Castilla, car il reconnaissait ce dernier point comme l'endroit où devait se trouver le point de départ fixe de la frontière.

Tout doute qui pourrait persister quant au fait que le général Alexander cherchait l'embouchure du fleuve est dissipé par le dispositif de sa première sentence. Il y est expressément exposé que l'extrémité orientale de la lagune de Harbor Head était Punta de Castilla, et que, à partir de là, «la ligne frontière obliquera[it] vers la gauche, en direction du sud-est, et suivra[it] le rivage autour du port *jusqu'à atteindre le fleuve proprement dit* par le premier chenal rencontré»⁵ (les italiques sont de moi). Il est on ne peut plus clair que le point de départ ne se trouvait pas à l'embouchure du fleuve.

Il est aussi amplement prouvé que, dans les commissions bilatérales qui se sont réunies après le prononcé de la sentence, les deux Parties, qui considéraient le point Alexander initial comme le point de départ de la délimitation terrestre, se sont efforcées de retrouver et de remettre en état la première borne que le général avait placée et qui avait été recouverte par la mer, en reliant le point Alexander à des points situés à l'intérieur des terres.

En effet, lorsque l'on examine leur position au cours des cent vingt années écoulées depuis le prononcé de la sentence Alexander, force est de constater que les Parties avaient accepté de longue date le point de départ initial de la délimitation frontalière, et ce, jusqu'à ce que la Cour soit récemment saisie des différends qui les opposent.

Quant à la question de savoir s'il existe un chenal reliant le fleuve et la lagune de Harbor Head, mon opinion diffère de celle de mes éminents collègues, qui ont tiré des conclusions définitives de l'existence de «lagunes ... allongées parallèles à la côte».

S'il n'existe pas, à l'heure actuelle, de chenal continu reliant la lagune au fleuve, les experts ont néanmoins indiqué que, «dans un *passé récent*» (les italiques sont de moi), «il existait une passe formant une sorte de chenal entre la langue et la terre ferme, et que la lagune de Los Portillos/Harbor Head était reliée à la mer via le San Juan»⁶. Je crois donc que la déduction définitive que mes collègues ont tirée quelque peu hâtivement du constat, établi par les experts au moment de leur visite, que ce chenal n'était pas connecté au fleuve, ne conduit pas à la conclusion que la côte caraïbe et le chenal partiellement asséché relèvent de la souveraineté du Costa Rica.

Il convient de rappeler que, dans des régions arides du monde, il est fréquent de tracer des frontières par référence au lit de rivières totalement

⁵ *Première sentence de l'ingénieur arbitre, convention entre le Costa Rica et le Nicaragua du 8 avril 1896 pour la démarcation de la frontière entre les deux républiques*, décision du 30 septembre 1897, *RSA*, vol. XXVIII, p. 220.

⁶ Rapport des experts désignés par la Cour, CRNIC-CRNIP 2017/18, p. 26, par. 100.



Figure 41. Rapport des experts désignés par la Cour, CRNIC-CRNIP 2017/18, p. 35.

ou partiellement asséchées. Je suis fortement enclin à penser que les lagunes allongées mais discontinues s'étendant parallèlement à la côte caraïbe correspondent à ce que les experts entendaient par une passe formant une sorte de chenal entre la langue et la terre ferme qui existait «dans un passé récent»⁷.

Là se trouve, selon moi, la frontière entre les Parties. La majorité a toutefois rejeté cet élément et choisi de croire que ce *caño* a été submergé par la mer. Or cette conclusion n'est étayée par aucun indice et demeure pure conjecture.

Pour ce qui est du cordon littoral séparant les eaux de la lagune de la mer, reconnu par le Costa Rica comme relevant de la souveraineté du Nicaragua «pour autant qu'[il] soit émergé en permanence»⁸, la Cour a conclu qu'il ne générerait pas de droits maritimes.

Cette conclusion est totalement dénuée de fondement. Il n'est pas expliqué pourquoi une parcelle de *terra firma* longeant la côte ne devrait pas générer de droits maritimes, pas même dans la mer territoriale où se limite expressément le pouvoir discrétionnaire du juge. Il va sans dire que cette conclusion, dépourvue de toute base juridique, n'est rien d'autre que la conséquence nécessaire de la décision erronée prise au sujet de la côte située entre l'extrémité du cordon littoral et l'embouchure du fleuve, qui a été attribuée au Costa Rica.

Ne sachant comment traiter ce fait embarrassant, la Cour a décidé de n'en rien faire, dans l'espoir que les flots affamés et le sable remédieraient

⁷ Rapport des experts désignés par la Cour, CRNIC-CRNIP 2017/18, p. 26, par. 100.

⁸ CR 2017/14, p. 27, par. 10, al. 2), s.-al. a) (Ugalde Alvarez, conclusions finales en l'affaire relative à la *Frontière terrestre*).

à son inaction, donnant ainsi un sens nouveau et littéral à ce vers de Hafez de Chiraz : «La maison de l'espérance est bâtie sur du sable.»⁹

Il est tout aussi possible que la disparition précoce du cordon littoral ne réponde pas aux attentes de la Cour et que, en raison de la sédimentation ou des activités humaines, la lagune elle-même devienne une *terra firma* enclavée en territoire costa-ricien, mais ne donnant pas droit à un espace maritime. La décision de la Cour porte les germes d'un différend futur.

Avant de terminer le présent exposé de mon opinion dissidente, je tiens à apporter deux précisions.

Premièrement, le deuxième point du dispositif amalgame deux propositions qui sont en réalité tout à fait distinctes, à savoir la souveraineté du Costa Rica sur toute la partie septentrionale d'Isla Portillos, y compris sa côte, et, à titre d'exception, la souveraineté du Nicaragua sur la lagune de Harbor Head et le cordon littoral séparant celle-ci de la mer des Caraïbes. Si je n'avais d'autre choix que de voter contre ce point dans son intégralité, je ne me suis néanmoins en rien départi, ce faisant, de ma conviction que la lagune et le cordon littoral appartiennent au Nicaragua.

Deuxièmement, j'ai voté en faveur de l'alinéa *b*) du troisième point du dispositif, où la Cour dit que le Nicaragua doit retirer son campement militaire du territoire costa-ricien. J'entends par ce vote indiquer que, si je reste convaincu que la zone en question n'est pas costa-ricienne, je conviens néanmoins que le retrait du campement militaire est une conséquence nécessaire de la conclusion tirée par la Cour au deuxième point du dispositif.

(Signé) Awn AL-KHASAWNEH.

⁹ Chems ed Din Mohammed, plus connu sous le nom de Hafez de Chiraz (né vers 1320), est l'un des plus grands poètes non seulement d'Iran et de l'Islam, mais aussi de l'humanité tout entière. La citation intégrale est la suivante :

«La maison de l'espérance est bâtie sur du sable,
Et la vie, sur du vent.»