

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

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-

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.)

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

«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. 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

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

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. 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».

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 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.