

DÉCLARATION DE M. LE JUGE *AD HOC* GUILLAUME

Statut du río San Juan — Traité du 26 avril 1858 — Absence de droit coutumier des fleuves internationaux applicable — Frontière fixée à la rive — Souveraineté exclusive, pleine et entière du Nicaragua.

Étendue du droit de libre navigation à des fins commerciales du Costa Rica — Effet du passage du temps sur l'interprétation des traités — Commune volonté des Parties — Interprétation restrictive des exceptions apportées par le traité de 1858 à la souveraineté territoriale du Nicaragua.

Bateliers seuls bénéficiaires du droit de libre navigation — Nécessité pour eux de se livrer à une activité commerciale — Activité commerciale ou non des passagers sans influence sur les droits de libre navigation.

Absence de droit des riverains et des pouvoirs publics à naviguer pour des fins non commerciales.

Pouvoir de réglementation du Nicaragua — Droit de subordonner l'entrée sur son territoire à la délivrance de visas.

1. Je souscris à nombre des conclusions auxquelles est parvenue la Cour. Je souhaiterais cependant présenter ici quelques observations et préciser en quoi je me sépare sur certains points de la décision adoptée.

LE DROIT APPLICABLE

2. La Cour a estimé que le différend opposant le Costa Rica et le Nicaragua en ce qui concerne les droits de navigation sur le río San Juan devait être tranché exclusivement sur la base du traité conclu entre les deux Etats le 26 avril 1858.

La Cour en a déduit qu'il n'était pas nécessaire pour elle de se prononcer sur la question de savoir si le río San Juan pouvait être qualifié de «fleuve international» en droit international coutumier et s'il existait un régime coutumier applicable à la navigation sur les «fleuves internationaux», soit de portée universelle, soit de caractère régional.

3. Ces constatations ont mon complet accord. Je pense cependant devoir ajouter qu'il n'existe en droit international coutumier aucune définition des «fleuves internationaux» et aucun régime gouvernant la navigation sur de tels fleuves. Certains d'entre eux sont par convention ouverts à la navigation des navires marchands de tous les Etats et parfois administrés par des commissions fluviales ayant des pouvoirs étendus. D'autres sont ouverts à la seule navigation des bateaux des Etats riverains avec ou sans constitution de commissions fluviales. D'autres enfin ne sont pas ouverts à la navigation internationale et relèvent de la seule souveraineté des Etats riverains. En outre, le statut de ces fleuves en ce

qui concerne leur entretien, la pêche, la police de la navigation, la protection de l'environnement, la construction de barrages ou l'irrigation est extrêmement divers.

On observera qu'à cet égard la situation conventionnelle est d'ailleurs différente en Amérique latine de ce qu'elle est en Europe. Comme le soulignait le juriste chilien Alejandro Alvarez à la conférence de Barcelone :

« Sur le continent américain, le principe de libre navigation des fleuves n'a pas suivi la même évolution [qu'en Europe ou en Afrique] : s'il y a été admis, c'est non pas par extension du principe européen, mais comme une concession que les Etats riverains ont volontairement octroyée dans des accords *inter partes* ou dans des actes législatifs. »¹

Aussi le professeur Cafilisch, dans son cours à l'Académie de droit international, pouvait-il relever qu'il n'existe en Amérique latine aucun « principe coutumier » consacrant la liberté de navigation et conclure que, sur ce continent, « il n'existe pas de liberté de navigation en l'absence de concession unilatérale ou de disposition conventionnelle »². Les Etats latino-américains, ajoutait-il, « continuent à faire dépendre la libre navigation de la législation de chaque pays riverain et des traités conclus par eux »³.

L'examen des quelques conventions conclues dans cette région du monde conduit aux mêmes conclusions, que l'on considère les statuts de l'Amazone, du Paraná ou du río de la Plata⁴.

LA SOUVERAINETÉ DU NICARAGUA SUR LE FLEUVE SAN JUAN

4. Comme l'a précisé la Cour, l'essentiel du différend entre les Parties porte sur l'interprétation de l'article VI du traité de limites du 15 avril 1858. Dans sa version espagnole, la seule qui fasse foi, ce texte se lit comme suit :

« La República de Nicaragua tendrá exclusivamente el dominio y sumo imperio sobre las aguas del río de San Juan desde su salida del Lago, hasta su desembocadura en el Atlántico; pero la República de Costa Rica tendrá en dichas aguas los derechos perpetuos de libre

¹ Cité par L. Cafilisch, « Règles générales du droit des cours d'eau internationaux », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 219 (1989), p. 117. Voir aussi la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Faber*, *Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies (RSA)*, vol. X, p. 466.

² L. Cafilisch, *op. cit.*, p. 125.

³ L. Cafilisch, *op. cit.*, p. 123.

⁴ Pour l'Amazone, voir le traité conclu à Brasilia le 3 juillet 1978 entre la Bolivie, le Brésil, la Colombie, l'Equateur, le Guyana, le Pérou, le Suriname et le Venezuela ; pour le Paraná, voir l'accord de 1979 entre l'Argentine, le Brésil et le Paraguay ; pour le río de la Plata, voir le traité conclu à Montevideo entre l'Argentine et l'Uruguay le 19 novembre 1973.

navegación, desde la expresada desembocadura hasta tres millas inglesas antes de llegar al Castillo Viejo, con objetos de comercio, ya sea con Nicaragua ó al interior de Costa Rica por los ríos de San Carlos ó Sarapiquí, ó cualquiera otra vía procedente de la parte que en la ribera del San Juan se establece corresponder á esta República. Las embarcaciones de uno ú otro país podrán indistintamente atracar en las riberas del río, en la parte en que la navegación es común, sin cobrarse ninguna clase de impuestos, á no ser que se establezcan de acuerdo entre ambos Gobiernos.»

5. Ainsi, l'article VI reconnaît au Nicaragua et à lui seul la pleine et entière souveraineté sur le fleuve San Juan. Ce dernier est intégralement en territoire nicaraguayen depuis le lac Nicaragua jusqu'à 3 milles en aval de Castillo Viejo. Il forme ensuite la frontière entre les deux Etats, mais n'en demeure pas moins alors en territoire nicaraguayen. Dans ce secteur, la frontière est fixée à la rive costa-ricienne. Il en est ainsi jusqu'à l'embouchure du fleuve dans l'Atlantique. La baie de San Juan del Norte à l'embouchure du fleuve est toutefois commune aux deux républiques (article 4 du traité).

Le traité de 1858 ne retient donc ni la ligne médiane ni le thalweg du río San Juan pour déterminer la frontière. Il fixe celle-ci à la rive sud du fleuve.

6. Il n'est pas inutile de noter que cette solution, contrairement à ce que l'on pourrait penser, n'est pas rare et se rencontre en particulier dans de nombreux traités anciens, dont le plus célèbre fut le traité d'Erzeroum de 1847, qui donnait à la Perse accès au Chatt al-Arab tout en attribuant à l'Empire ottoman souveraineté sur ce dernier⁵.

Nombre de ces traités sont toujours en vigueur, par exemple :

— entre la Suisse et la France pour le Foron, la Morge, l'Eau Noire, la Barberine et le Doubs⁶;

⁵ Selon ce traité, l'Empire ottoman avait souveraineté sur le Chatt al-Arab lui-même et la Perse avait souveraineté sur la « rive gauche » du Chatt al-Arab. Le traité ajoutait en son article 2, paragraphe 8, que les navires persans auraient le droit de naviguer librement sur le Chatt al-Arab. La même solution fut retenue pour l'essentiel par le traité de 1937 entre l'Iran et l'Iraq. En outre, ce dernier traité étendait la liberté de navigation aux navires marchands de tous les Etats. Cependant, l'Iran répudia en 1969 le traité de 1937. Un nouvel accord interviendra en 1975 fixant la frontière au thalweg tout en maintenant la liberté de navigation. Il sera « abrogé » par l'Iraq en 1980, puis celui-ci acceptera en 1990 de revenir à la solution de 1975 (voir « River Boundaries. Legal Aspects of the Shatt-al-Arab Frontier », *International and Comparative Law Quarterly*, avril 1960, p. 207; D. Momtaz, « Le statut juridique du Chatt el-Arab dans sa perspective historique », dans *Actualités juridiques et politiques en Asie. Etudes à la mémoire de Tran Van Minh*, 1988, p. 59).

⁶ Convention du 20 juin 1780 entre la France et le prince-évêque de Bâle (Parry, *Consolidated Treaty Series (CTS)*, vol. 47, 1778-1781, p. 331); traité du 16 mars 1816 (CTS, vol. 65, p. 447); convention franco-suisse du 10 juin 1891 (CTS, vol. 175, p. 169). Voir Rousseau, *Droit international public*, t. III, par. 212.

- entre la Gambie et le Sénégal pour le San Pedro et le Tendo⁷;
- entre le Sénégal et la Mauritanie pour le fleuve Sénégal⁸;
- entre le Libéria et la Côte d'Ivoire pour une série de rivières⁹;
- entre la Malaisie et l'Indonésie pour l'Odong¹⁰;
- entre l'Afghanistan et le Pakistan pour les rivières Kaboul et Kolossai¹¹;
- entre le Guatemala et le Honduras pour le río Tinto¹².

La frontière à la rive a également été retenue dans certains Etats fédéraux. Il en est ainsi en Suisse entre les cantons de Zurich et de Schaffhouse pour une partie du cours du Rhin¹³, ainsi qu'entre les cantons de Berne et d'Argovie pour la Rothbach¹⁴. De même, aux Etats-Unis, la frontière entre la Virginie et le district de Columbia est fixée à la rive de la Virginie¹⁵. Des solutions analogues ont été retenues entre l'Alabama et la Géorgie comme entre le Vermont et le New Hampshire¹⁶. C'est dire que le traité de 1858 ne constitue pas un cas isolé et qu'il convient de l'interpréter dans cette perspective.

LE DROIT DE LIBRE NAVIGATION DU COSTA RICA

7. Après avoir ainsi reconnu la souveraineté du Nicaragua sur le río San Juan, le traité de 1858 accorde certains droits de navigation au Costa Rica sur la partie du fleuve contiguë au territoire costa-ricien. Il s'agit de droits perpétuels «de libre navegación con objetos de comercio».

8. Les Parties ont longuement discuté au dossier du sens des termes «con objetos» et «comercio» utilisés à l'article VI.

Je souscris entièrement à l'interprétation donnée par la Cour aux mots «con objetos». Dans le contexte, ceux-ci couvrent la navigation à des fins commerciales et non le seul transport des marchandises.

Le mot «comercio» soulève des questions plus délicates. En effet, le

⁷ Procès-verbal franco-britannique du 9 juin 1891 (Ian Brownlie, *African Boundaries*, p. 219).

⁸ Décret du 8 décembre 1933 (*JOAOF*, 1934, p. 69), mentionné par Ian Brownlie (*op. cit.*, p. 433).

⁹ Déclaration franco-libérienne du 13 janvier 1911 (*CTS*, vol. 213, p. 213), confirmée après l'indépendance de la Côte d'Ivoire en 1961 (I. Brownlie, *op. cit.*, p. 369).

¹⁰ Traité du 29 mars 1928 (Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 108, p. 33).

¹¹ Traité du 22 novembre 1921 (Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 14, p. 67).

¹² Sentence arbitrale du 23 janvier 1933 (*RSA*, vol. II, p. 1365).

¹³ Traité du 11 janvier 1901, article 5 cité par Schultess, *Das Internationale Wasserrecht*, Zurich, 1916, p. 10.

¹⁴ *Ibid.*, p. 8, note 8.

¹⁵ *Virginia c. District of Columbia*, 283 US 348.

¹⁶ Voir *Alabama c. Georgia*, 23 Howard, 505-515 (1859); *Vermont c. New Hampshire* (Cour suprême des Etats-Unis, 19 mai 1933, 289 US 593-603).

Nicaragua a soutenu qu'en 1858 ce terme signifiait nécessairement commerce de biens et n'englobait pas les services, et notamment le transport des personnes et tout particulièrement des touristes. Selon lui, ce sens étroit devrait être retenu. Le Costa Rica expose à l'inverse que dès 1858 et *a fortiori* aujourd'hui le transport de passagers, et notamment de touristes, constitue une activité commerciale.

9. La question de l'effet du passage du temps sur l'interprétation des traités a fait l'objet de débats animés en doctrine entre les partisans de l'interprétation «contemporaine» (dite encore du renvoi fixe) et ceux de l'interprétation «évolutive» (dite encore du renvoi mobile). C'est ainsi qu'au sein de la Commission du droit international «le principe de la contemporanéité a reçu quelque soutien de même que l'approche évolutive»¹⁷. Un consensus semble cependant s'être dégagé sur le fait qu'il convient de résoudre le problème grâce à l'application des méthodes ordinaires d'interprétation des traités¹⁸. Toutefois la discussion s'est poursuivie dans cette perspective sur la question de savoir si l'article 31, paragraphe 3 *c*), de la convention de Vienne renvoyait aux «règles en vigueur au moment où le traité a été adopté ou pouvait aussi viser des traités conclus postérieurement»¹⁹.

L'Institut de droit international a connu également de vifs débats sur le sujet à Wiesbaden en 1975. Il s'est notamment interrogé sur le rôle que «le système juridique international en vigueur au moment de l'interprétation et de l'application d'un traité» doit jouer dans cette interprétation ou cette application²⁰. Il a finalement adopté sur ce point une formulation de compromis. Mais il n'en a pas moins retenu lui aussi le principe selon lequel

«Lorsqu'une disposition conventionnelle se réfère à une notion juridique ou autre sans la définir, il convient de recourir aux méthodes habituelles d'interprétation pour déterminer si cette notion doit être comprise dans son acception au moment de l'établissement de la disposition ou dans son acception au moment de l'application.»²¹

10. La jurisprudence semble se rallier à cette méthode, encore qu'elle ne soit pas toujours aisée à décrypter.

Elle proclame constamment «la nécessité primordiale d'interpréter un

¹⁷ Rapport de la Commission du droit international, 2005, p. 217.

¹⁸ *Ibid.*, 2006, p. 434.

¹⁹ *Ibid.*, 2005, p. 218.

²⁰ Voir dans les délibérations de l'Institut les déclarations de M. Sorensen (p. 343 et 354), de sir Gerald Fitzmaurice (p. 347 et 357) et de M. Yasseen (p. 349). Voir aussi les votes intervenus (p. 370).

²¹ Résolution de l'Institut de droit international de Wiesbaden du 11 août 1975 sur «Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international», *Annuaire de l'Institut*, 1975, vol. 56, p. 536, par. 4.

instrument donné conformément aux intentions qu'ont eues les parties lors de sa conclusion»²².

Mais, sur cette base, elle se prononce en faveur tantôt de l'interprétation contemporaine, tantôt de l'interprétation évolutive.

11. Pour les premiers cas, on relèvera :

- a) que la Cour, en 1952, a interprété le mot «différend» en lui donnant le sens qu'il avait au moment où avaient été conclus les traités de 1787 et 1836 entre les Etats-Unis et le Maroc en vue de la protection de leurs ressortissants²³;
- b) qu'il en a été de même pour les mots «water-parting» dans l'affaire soumise à arbitrage de *La Laguna del desierto*²⁴;
- c) que la Cour, dans l'affaire de *l'Ile de Kasikilil/Sedudu (Botswana/Namibie)*, a estimé que, compte tenu de l'époque où le traité anglo-allemand de 1890 avait été conclu, les termes «centre du chenal principal» du Chobe et «thalweg» du Chobe devaient être regardés comme équivalents²⁵;
- d) que le tribunal arbitral chargé de la délimitation de la frontière entre l'Erythrée et l'Ethiopie a dans sa sentence du 13 avril 2002 estimé qu'il devait interpréter les traités à appliquer «by reference to the circumstances prevailing when the treaty was concluded. This involves giving expressions (including names) used in the treaty the meaning that they would have possessed at that time»²⁶;
- e) qu'en vue de déterminer «l'embouchure» de l'Ebedji dans le lac Tchad, la Cour a estimé qu'«aux fins d'interpréter cette expression», elle «doit rechercher quelle était l'intention des parties à l'époque»²⁷.

12. A l'inverse, il a été recouru à l'interprétation évolutive dans les espèces suivantes :

- a) Dans l'avis consultatif sur le Sud-Ouest africain déjà cité, la Cour a dit devoir tenir compte

«de ce que les notions consacrées par l'article 22 du Pacte [de la Société des Nations] — «les conditions particulièrement difficiles du monde moderne» et «le bien-être et le développement» des peuples

²² *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 31, par. 53.*

²³ *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 189.*

²⁴ Affaire concernant un litige frontalier entre la République argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le mont Fitzroy, 21 octobre 1994 (Nations Unies, *RSA*, vol. XXII, p. 43, par. 130).

²⁵ *Ile de Kasikilil/Sedudu (Botswana/Namibie), arrêt, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 1062, par. 25.*

²⁶ Sentence arbitrale du 13 avril 2002 concernant la délimitation de la frontière entre l'Erythrée et l'Ethiopie (Nations Unies, *RSA*, vol. XXV, p. 110, par. 3.5).

²⁷ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 346, par. 59.*

intéressés — n'étaient pas statiques, mais par définition évolutives et qu'il en allait de même par suite de la notion de «mission sacrée de civilisation»²⁸.

- b) Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, la Cour a rappelé que l'acte général d'arbitrage de 1928 avait été conçu «comme devant être de la portée la plus générale et sans limitation de durée». Elle a ajouté qu'«il ne semble guère concevable que dans un instrument semblable on ait voulu donner à des expressions comme «compétence exclusive» et «statut territorial» un contenu invariable quelle que soit l'évolution ultérieure du droit international»²⁹.
- c) Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, la Cour a relevé que les articles 15, 19 et 20 du traité de 1977 entre le Hongrie et la Slovaquie comportaient «des dispositions évolutives» concernant la protection de l'environnement et que par suite de nouvelles normes en cette matière pouvaient être «incorporées dans le plan contractuel conjoint»³⁰ des parties.
- d) La sentence arbitrale dans l'affaire du «Rhin de fer» du 24 mai 2005 adopta, elle aussi, une interprétation évolutive du traité belgo-néerlandais de 1839 en vue d'assurer une application effective de ce texte, compte tenu de son objet et de son but³¹.

13. Enfin, la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 rendue entre la Guinée-Bissau et le Sénégal fait une part tant à l'interprétation contemporaine qu'à l'interprétation évolutive. Elle précise tout d'abord que l'accord franco-portugais de 1960 qui devait être appliqué en l'espèce «doit être interprété à la lumière du droit en vigueur à la date de sa conclusion». Elle en déduit que cet accord ne délimite pas «les espaces maritimes qui n'existaient pas à cette date, qu'on les appelle zone économique exclusive, zone de pêche ou autrement». Mais elle ajoute que le concept de «plateau continental» existait quant à lui dès cette époque «et que sa limite était dès 1959 susceptible de se déplacer vers le large». Elle en conclut qu'il s'agissait là d'un «concept dynamique» et que par suite l'accord de 1960 règle la situation du plateau continental litigieux tel que défini par la suite par la convention de Montego Bay³².

14. Comme dans les cas ainsi analysés, la question en l'espèce est donc

²⁸ *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 31, par. 53.*

²⁹ *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1978, p. 32, par. 77.*

³⁰ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 67-68, par. 112.*

³¹ Sentence arbitrale du 24 mai 2005 (*RSA*, vol. XXVII, p. 72-74, par. 79-81).

³² Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal) (*RSA*, vol. XX, p. 151-152, par. 85).

de savoir quelle était la commune intention des parties en 1858, exprimée dans le traité alors conclu. Telle a été la démarche suivie à juste titre par la Cour.

15. Cette démarche soulève cependant une réelle difficulté. En effet, dans la plupart des cas, les Parties ne précisent pas dans le texte des traités si elles entendent figer le sens des termes qu'elles emploient ou accepter que ce sens puisse évoluer. Par voie de conséquence, il est nécessaire de recourir à des présomptions.

En l'espèce, la Cour a estimé que, lorsque les parties emploient dans un traité

«certains termes de nature générique, dont elles ne pouvaient pas ignorer que le sens était susceptible d'évoluer avec le temps, et que le traité en cause a été conclu pour une très longue période ou «sans limite de durée», les parties doivent être présumées, en règle générale, avoir eu l'intention de conférer aux termes en cause un sens évolutif» (arrêt, par. 66).

La Cour avait déjà appliqué une telle présomption dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*³³ pour l'interprétation des mots «statut territorial», mais elle l'avait écartée pour l'interprétation du mot «différend» dans l'affaire des *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*³⁴.

Devait-elle retenir cette présomption en l'espèce? On peut en douter et se demander si elle n'aurait pas dû recourir à d'autres présomptions.

En premier lieu, et comme le président Bedjaoui le notait dans son opinion individuelle dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*:

«les intentions des parties sont présumées avoir été influencées par le droit en vigueur au moment de la conclusion du traité, droit qu'elles étaient censées connaître, et non pas par le droit à venir, qui était encore inconnu. Comme l'avait dit l'ambassadeur Mustapha Kamil Yasseen ..., seul le droit international existant au moment de la conclusion du traité «a pu influencer l'intention des Etats contractants ..., le droit qui n'existait pas encore à ce moment-là ne pouvant logiquement avoir aucune influence sur cette intention».»³⁵

En outre, au cas particulier, l'article VI reconnaît à titre exclusif au Nicaragua souveraineté pleine et entière sur le fleuve. Une seule limita-

³³ *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1978, p. 32, par. 77.

³⁴ *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 189.

³⁵ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 121-122, par. 7 ii). M. K. Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 151 (1976), p. 64.

tion est apportée à cette souveraineté, le droit de libre navigation à des fins commerciales accordé au Costa Rica. Cette limitation est introduite par le terme «pero» (mais), qui marque bien qu'il s'agit là d'une exception apportée à la souveraineté exclusive du Nicaragua préalablement proclamée.

Or, comme l'a rappelé la Cour, les exceptions ou «limites à la souveraineté d'un Etat sur son territoire ne se présument pas» (arrêt, par. 48). Du fait des termes mêmes du traité et de cette présomption, la limitation apportée à la souveraineté territoriale du Nicaragua me semble devoir être interprétée restrictivement comme la Cour permanente en a décidé dans un cas analogue, celui du *Vapeur Wimbledon*, pour la navigation dans le canal de Kiel. Dans cette affaire, en effet, la Cour avait relevé que nul ne contestait la souveraineté de l'Etat allemand sur le canal de Kiel; elle avait ajouté que le traité de Versailles avait comporté une «limitation importante de l'exercice du droit de souveraineté» de l'Allemagne; elle en avait conclu que «cela suffi[sai]t pour que la clause qui consacre une telle limitation doive, en cas de doute, être interprétée restrictivement»³⁶.

16. Faut-il en déduire que la navigation à des fins de commerce ne couvre que le transport des marchandises et non celui des personnes? L'hésitation est ici permise. Depuis la plus haute antiquité, les transports fluviaux ont pour objet d'acheminer tant les personnes que les marchandises d'un point à un autre. Le fleuve San Juan et le lac Nicaragua ont d'ailleurs été utilisés au milieu du XIX^e siècle pour permettre aux émigrants se rendant de la côte est des Etats-Unis en Californie de ne pas faire le tour de l'Amérique du Sud. Bien plus, le canal interocéanique dont la construction était alors projetée à travers le Nicaragua devait servir tant au transport des personnes qu'à celui des marchandises³⁷. Il s'agissait là dès le XIX^e siècle d'une activité exercée par les bateliers contre rémunération. Aussi aurais-je en définitive tendance à penser que, lorsque les auteurs du traité de 1858 ont visé la navigation à des fins commerciales, ils ont entendu couvrir le transport à titre lucratif tant des personnes que des marchandises.

Ce transport couvre-t-il aujourd'hui celui des touristes? Poser la question, c'est se demander en quoi ceux-ci se distinguent des autres personnes transportées. A l'évidence, il n'en est rien en ce qui concerne le touriste individuel qui emprunte un bateau en vue de se rendre d'un point à un autre. Si ce déplacement est effectué contre rémunération du batelier, le bateau navigue à des fins commerciales.

Reste le cas des touristes effectuant une croisière préparée par un organisateur de voyages. Dans cette hypothèse, le batelier est rémunéré par cet intermédiaire et non par le passager. Mais l'activité du batelier n'en demeure

³⁶ Affaire du *Vapeur Wimbledon*, arrêts, 1923, C.P.J.I. série A n° 1, p. 24.

³⁷ Voir l'article XXXIII du traité de 1859 entre la France et le Nicaragua et l'article XXVI du traité de 1860 entre la Grande-Bretagne et le Nicaragua.

pas moins une activité de navigation d'un point à un autre et cette activité est là encore exercée par lui à des fins commerciales. Dès lors, l'intéressé est susceptible de bénéficier de la liberté de navigation dont le Costa Rica est titulaire en vertu de l'article VI. Aussi bien la pratique est-elle en ce sens telle qu'attestée par le mémorandum d'accord entre les ministres du tourisme des deux Etats du 5 juin 1994 et le développement des croisières touristiques sur le San Juan au cours des dernières années.

Je souscris donc, sur ce point, aux conclusions de la Cour, mais pour des motifs autres que ceux qu'elle a retenus.

17. Je souscris également aux conclusions de la Cour selon lesquelles la navigation à des fins non lucratives n'entre pas dans les prévisions de l'article VI. Il en est ainsi du transport gratuit de passagers (arrêt, par. 73, dernier alinéa) ou de la plaisance (*ibid.*, par. 80). Seraient de même exclus les navires-casinos, les navires-hôtels ou les bateaux diffusant des émissions de radio ou de télévision, que ces bâtiments soient amarrés au rivage ou qu'ils se déplacent (*ibid.*, par. 75).

En outre, et comme la Cour l'a précisé, la navigation de bateaux utilisés à des fins d'activité de puissance publique ou de service public dépourvu de nature commerciale n'est pas couverte par l'article VI (*ibid.*, par. 71). Sont donc exclus les bateaux chargés de mission de police (*ibid.*, par. 83), y compris le ravitaillement des postes de police, ainsi que les bateaux contribuant aux activités d'enseignement, de santé publique ou de protection de l'environnement, ces activités n'ayant à l'évidence aucun but lucratif.

18. Il est cependant deux points sur lesquels je suis en désaccord avec l'arrêt.

Le premier concerne le transport à titre gratuit de marchandises par un batelier autre que le commerçant propriétaire de ces marchandises. La Cour reconnaît qu'en pareil cas le batelier n'exerce pas une activité commerciale, mais elle estime que, dès lors que les marchandises sont destinées à être vendues, il y a là une navigation à des fins commerciales.

Encore que, dans la pratique, cette hypothèse ait peu de chances de se réaliser, je crois devoir préciser que ces conclusions me paraissent reposer sur des prémisses erronées. L'article VI du traité ne reconnaît pas au Costa Rica la liberté du commerce, mais un droit de libre navigation à des fins commerciales. Les bénéficiaires de ce droit sont les bateaux costariciens qui naviguent sur le río San Juan et non les marchandises ou les personnes qui sont transportées par ces navires³⁸. Lorsque le batelier n'est pas le commerçant lui-même, c'est seulement lorsque la navigation est effectuée contre rémunération qu'elle peut être regardée comme ayant été réalisée à des fins commerciales.

³⁸ Ainsi, dans l'affaire *Oscar Chinn*, la Cour permanente de Justice internationale a précisé que la liberté de navigation «comporte, d'après la notion communément admise, la liberté de mouvement pour les bateaux» et la liberté pour ces mêmes bateaux de transporter des marchandises et des voyageurs (affaire *Oscar Chinn*, arrêt, 1934, C.P.J.I. série A/B n° 63, p. 83).

19. La Cour a par ailleurs décidé que «les habitants de la rive costaricienne du fleuve San Juan ont le droit de naviguer sur celui-ci entre les communautés riveraines afin de subvenir aux besoins essentiels de la vie quotidienne qui nécessitent des déplacements dans de brefs délais» (arrêt, par. 156, point 1 *f*). Elle en a déduit que le Costa Rica a le droit de naviguer sur le fleuve avec des bateaux officiels

«exclusivement employés, dans des cas particuliers, en vue de fournir des services essentiels aux habitants des zones riveraines lorsque la rapidité du déplacement est une condition de la satisfaction des besoins de ces habitants» (*ibid.*, par. 156, point 1 *g*).

La Cour a abouti à cette conclusion au profit des quelque 450 personnes concernées «compte tenu du caractère très difficile des déplacements à l'intérieur des terres» (*ibid.*, par. 78). Je suis, tout autant que la Cour, sensible aux considérations humanitaires qui sont à l'origine de cette décision. Mais je me dois de constater qu'elle n'a aucune base juridique. La Cour a reconnu elle-même que l'article VI du traité ne pouvait justifier une telle solution (*ibid.*, par. 75). Elle semble avoir renoncé à fonder cette solution sur une coutume *contra legem* qui au surplus n'est pas établie. Elle a précisé qu'il n'avait pu être dans l'intention des auteurs du traité de dénier ce droit aux habitants de la rive costaricienne du fleuve. Evoquant en outre le but et l'objet du traité, elle a estimé que le droit en cause pouvait être déduit de ce traité pris dans son ensemble et notamment de son préambule et de la manière dont il définit la frontière en son article II (*ibid.*, par. 79).

Ce raisonnement me paraît extrêmement fragile. Le traité de 1858 proclame certes en son préambule la volonté des parties de :

«celebrar un tratado de límites entre ambas Repúblicas, que ponga término á las diferencias que han retardado la mejor y mas perfecta inteligencia y armonía que deben reinar entre ellas, para su común seguridad y engrandecimiento».

Souhaitant améliorer leurs relations, les Parties ont pour ce motif conclu un traité qui avait un unique objet : fixer leurs frontières. Selon son titre même, le traité de 1858 est un traité de limites. Dans la zone en cause en l'espèce, l'article II du traité fixe la frontière à la rive droite du fleuve et reconnaît au Costa Rica un droit de libre navigation seulement à des fins de commerce (*ibid.*, par. 61). L'intention commune des auteurs du traité telle que reflétée dans le texte ne permet pas d'aboutir à une solution directement contraire à ce texte et de reconnaître au Costa Rica le droit de naviguer à des fins non commerciales en territoire nicaraguayen.

Aussi bien la Cour a-t-elle probablement été consciente de la fragilité de son raisonnement puisqu'elle a soigneusement distingué entre les droits perpétuels de libre navigation prévus à l'article VI et les droits de navigation qu'elle a cru pouvoir créer au bénéfice de certains riverains dans les circonstances présentes. En outre, elle a dans le dispositif de son

arrêt en serré ces derniers droits dans des limites particulièrement strictes, notamment en ce qui concerne les bateaux officiels.

Il n'en reste pas moins que cette solution est directement contraire au texte même du traité. Tout au plus aurait-on pu déduire du préambule de celui-ci et des principes généraux du droit international une obligation pour les deux Etats d'engager des négociations en vue de résoudre les problèmes que les difficultés de communication terrestre posent à l'heure actuelle aux populations riveraines.

RÉGLEMENTATION DE LA NAVIGATION PAR LE NICARAGUA

20. L'arrêt de la Cour reconnaît au Nicaragua le pouvoir de réglementer l'exercice par le Costa Rica du droit de libre navigation qu'il tient du traité de 1858. En exerçant ce pouvoir, le Nicaragua ne doit pas rendre impossible l'exercice par le Costa Rica de son droit de libre navigation ni l'entraver de façon substantielle (arrêt, par. 87). Il doit notifier au Costa Rica les mesures en cause une fois celles-ci adoptées, mais n'a pas l'obligation d'informer ou de consulter le Costa Rica avant d'adopter de telles mesures (*ibid.*, par. 97). Sur tous ces points, je partage entièrement les conclusions de la Cour.

Comme la Cour, j'estime aussi que le Nicaragua a le droit d'exiger que les bateaux costa-riciens et leurs passagers fassent halte aux premier et dernier postes nicaraguayens situés sur leur trajet le long du fleuve. Je suis également en accord avec la Cour pour ce qui est de l'achat des cartes de touriste, de la délivrance des certificats d'appareillage, des horaires de navigation et de l'usage des pavillons.

Je pense enfin, comme la Cour, que le Nicaragua est en droit d'exiger la présentation d'un passeport ou d'un document d'identité par les bateliers naviguant sur le fleuve et par les personnes transportées sur les bateaux.

21. Je suis en revanche au regret de me séparer de la Cour pour ce qui est des visas.

L'arrêt souligne que la délivrance de tels visas présente un caractère discrétionnaire. Il en déduit que le Nicaragua ne saurait imposer aux bateliers et aux personnes transportées l'obligation d'être munies d'un visa. En effet, selon la Cour, si ce visa leur était refusé, la liberté de navigation serait entravée (*ibid.*, par. 115).

Ce raisonnement appelle deux observations. En premier lieu, et comme il a déjà été précisé, seuls les bateaux costa-riciens et leurs bateliers bénéficient d'un droit de libre navigation à des fins commerciales sur le río San Juan. Les personnes transportées sur ces bateaux ne jouissent pas d'un tel droit. Par suite, et en tout état de cause, le Nicaragua peut exiger que ces personnes soient munies de visas.

En second lieu, le droit de subordonner l'entrée d'un étranger sur le territoire national est l'une des prérogatives les mieux établies de la sou-

veraineté. L'arrêt le reconnaît d'ailleurs en précisant que le Nicaragua, après avoir vérifié l'identité des personnes souhaitant s'engager sur le San Juan, est en droit de refuser à certaines d'entre elles l'entrée sur le fleuve pour des raisons liées au maintien de l'ordre ou à la protection de l'environnement. L'arrêt ajoute que cette analyse pourrait valoir également en cas d'urgence (par. 118).

Dans ces hypothèses, le Nicaragua est ainsi en droit de refuser à certaines personnes l'accès à son territoire. Il pourrait même à l'avance communiquer au Costa Rica la liste nominative des personnes dont la présence sur le fleuve lui paraîtrait indésirable pour les raisons précisées par la Cour.

Cette solution n'est pas sans mérites, mais il aurait été probablement plus simple de reconnaître au Nicaragua le droit d'exiger des visas pour entrer sur le fleuve. La Cour aurait pu en outre observer qu'en appliquant la réglementation sur les visas, comme les autres réglementations pertinentes, le Nicaragua ne doit pas rendre impossible l'exercice par le Costa Rica de son droit de libre navigation ni l'entraver de façon substantielle (*ibid.*, par. 87). Pour ce faire, il aurait pu mettre en place des procédures appropriées (par exemple visas de longue durée ou délivrance de visas sur place). Je regrette que la Cour ne se soit pas orientée dans cette direction.

22. Pour ce qui est de la pêche de subsistance, la Cour estime établie l'existence d'une coutume pour la pêche pratiquée depuis la rive, mais non à bord de bateaux, que ceux-ci soient amarrés ou qu'ils naviguent sur le fleuve.

La recevabilité des conclusions présentées sur ce point par le Costa Rica me paraît très douteuse et la coutume invoquée incertaine³⁹. Toutefois, je me suis rallié à la solution retenue dans les circonstances très particulières relevées par la Cour dans son arrêt, qui ne saurait, sur ce point, avoir valeur de précédent.

23. Au total, l'arrêt accueille nombre des conclusions du Costa Rica concernant l'étendue et la portée du droit de libre navigation de ce pays sur le río San Juan. Il reconnaît par ailleurs au Nicaragua un large pouvoir de réglementation. Encore qu'il ne recueille pas mon accord complet, je ne puis qu'exprimer l'espoir qu'il permettra aux deux pays de surmonter les difficultés qu'ils ont rencontrées dans le passé sur le fleuve.

(Signé) Gilbert GUILLAUME.

³⁹ Voir *Droit d'asile (Colombie/Pérou)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1950, p. 276-277; *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 39; *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.