

Quelques remarques à propos de l'arrêt du 13 juillet 2009 de la Cour Internationale de Justice .

Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes Costa Rica c. Nicaragua.

Ilich Felipe Corredor Carvajal¹

RÉSUMÉ :

L'arrêt de la Cour Internationale de Justice du 13 juillet 2009, dans le différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes sur le fleuve « San Juan » entre le Costa Rica et le Nicaragua, a permis d'établir l'existence de limites légitimes au droit de navigation du Costa Rica, telle que la protection à l'environnement, même si l'article VI du traité conclu en 1858 ne prévoit pas de restrictions d'une telle nature en *stricto sensu*. Ce qui a attiré l'attention de la Cour, spécialement, c'est la condition imposée au droit de navigation et aux droits connexes par l'article VI du traité 1858 «*con objetos de comercio*» l'objet principal du débat, car chaque partie avait une traduction et une interprétation différente et c'est la Cour qui a concilié ce que le traité prévoit expressément et ce qu'il ne dit pas.

ABSTRACT :

The judgment of the International Court of Justice of July 13, 2009, in the dispute relative to rights of navigation and of the connected rights on the river "San Juan" between Costa Rica and Nicaragua, it allowed to establish the existence of legitimate limits to the right of navigation of Costa Rica, such as the protection to the environment, though the article VI of the agreement concluded in 1858 not contained restrictions of such nature. What called the attention of the Court, specially, is the condition imposed on the right of navigation and the connected rights by the article VI of it treats 1858 " *con objetos de comercio* " as principal question of the debate, because every part had a translation and a different interpretation and it was the Court that harmonized what the agreement contained expressly and that he does not say.

¹ Avocat de l'Université Del Rosario, Bogotá, Colombie. Master II Recherche en droit international public, Université Paul Cézanne Aix Marseille III, France. Doctorant à l'école doctorale de l'Université Aix Marseille, France.

INTRODUCTION

L'arrêt de la Cour Internationale de Justice du 13 juillet 2009, dans le différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes sur le fleuve « San Juan » entre le Costa Rica et le Nicaragua est une décision d'intérêt et d'actualité. La Cour a accepté qu'au niveau de la liberté de navigation en Amérique Latine ce soient les régimes conventionnels adoptés par les Etats riverains en matière de fleuves qui vont régler la façon d'exercer les droits sur ces cours d'eaux; pour prendre sa décision, la jurisprudence sur l'interprétation évolutive des traités a été réitérée. En plus, malgré la clarté du texte conventionnel et les fragilités de l'argumentation, il faut mentionner qu'elle relève de l'intérêt étant donné que i) la Cour a surmonté le défi de la frontière à la rive, c'est-à-dire des «*lignes divisaires génératrices de conflits*»², ou plutôt a concilié une délimitation problématique avec l'esprit des normes conventionnelles applicables et ii) parce que l'existence de limites légitimes au droit de navigation du Costa Rica ont été établies, telle que la protection à l'environnement, même si l'article VI du traité conclu en 1858 ne prévoit pas de restrictions d'une telle nature en *stricto sensu*.

L'origine du litige c'est le désaccord sur l'interprétation et la portée du droit reconnu au demandeur par l'article VI du traité de limites «Cañas – Jerez» conclu entre les parties le 14 avril 1858³. L'accord a défini la frontière commune entre lesdits Etats depuis la mer des Caraïbes jusqu'à l'Océan Pacifique et pour cela les limites ont été démarquées selon la rive

²CAFLISH (L), Essai de typologie des *frontières* fluviales, in *L'actualité du droit des fleuves internationaux*, Actes des journées d'études du 24 et 25 octobre 2008, l'Association roumaine de droit international et des relations internationales (ADIRI) et le Centre de droit international de Nanterre (CEDIN) ,Bogdan Aurescu et Alain Pellet (dir), Editions Pedone, 2010, p. 19.

³ Traité rédigé en Espagnol qui est le seul qui fait foi.

droite du fleuve San Juan, celle du Costa Rica, entre la mer des Caraïbes et un point situé à trois milles anglais en aval de «Castillo Viejo», ville du Nicaragua. De même, les parties ont accordé que le Nicaragua aurait l'autorité et la juridiction souveraine sur le fleuve San Juan, tandis que le Costa Rica aura un droit perpétuel limité de libre navigation sur l'eau.

Depuis le début, la validité du traité et la portée des droits reconnus ont été très discutés par le Nicaragua, spécialement le droit de navigation des bateaux de guerre et du service de douane costaricain, raison pour laquelle les Etats ont soumis lesdites questions à l'arbitrage du Président des Etats Unies. Le 22 mars 1888 le Président Cleveland a confirmé la validité du traité en fixant «*the purposes of commerce*» comme l'une des limites de la libre navigation et a précisé que seulement les bateaux de douane avec une finalité telle pourraient naviguer sur le fleuve. Quelques années plus tard, c'était la Cour de Justice Centraméricaine qui a dû se prononcer⁴ sur la violation du Nicaragua de l'obligation contenue dans l'article VIII du traité de 1858, puisqu'il avait conclu un traité⁵ avec les Etats Unies pour la construction d'un canal interocéanique sur le fleuve San Juan, sans avoir consulté le Costa Rica. En 1956 les Etats voisins ont célébré un traité dans le but de faciliter et d'accélérer la circulation sur le fleuve et aussi d'assurer la garde de la frontière. Cependant, entre les années 80 et 90, le Nicaragua a pris différentes mesures afin de réglementer la navigation sur le fleuve qui ont accentué certaines différences entre les parties telles que : le paiement des droits, la lutte contre la criminalité et le fait de devoir faire halte ayant comme justification la sécurité.

⁴ 30 septembre 1916.

⁵ Traité Chamorro-Bryan. Août 1914.

Finalelement, même si le Nicaragua a fait une déclaration d'acceptation de la Compétence de la Cour Internationale de Justice sous réserve de ne pas la reconnaître en ce qui concerne l'interprétation de traités signés et des sentences rendues avant 1901, en 2002 les parties ont conclu le traité «Tovar – Caldera» et le Nicaragua a reconnu que sa réserve de 2001 fasse l'objet d'un moratoire de 3 ans, même délai pour lequel le Costa Rica s'est engagé à ne pas avoir recours à la Justice pour des sujets liés aux traités signés. Au bout de ce temps là, le Costa Rica a introduit une instance devant la Cour, et le Nicaragua, par sa part, n'a pas soulevé l'exception de Compétence pour ce litige.

En résumé, c'est la condition imposée au droit de navigation et aux droits connexes par l'article VI du traité 1858 «*con objetos de comercio*» l'objet principal du débat, car chaque partie a une traduction et une interprétation différente. En fonction de l'approche que l'on accueille, le pouvoir de réglementation, le droit de navigation et les droits connexes changeraient leur étendue d'une manière évidente. D'une part, le Nicaragua en niant une violation quelconque du traité, soutient le sens matériel des mots et par conséquent une interprétation étroite selon laquelle le droit de navigation n'est permis qu'aux bateaux qui transportent «*merchandise du commerce*». D'autre part, le Costa Rica affirme le sens abstrait des mots et en conséquence, une interprétation large en vertu de laquelle pourront naviguer librement tous les bateaux avec «*fins du commerce*» même s'ils transportent des personnes, des touristes et de la marchandise. Avec cette approche l'Etat a voulu aussi inclure les prérogatives que les habitants de la rive du fleuve auraient en vertu de la «pratique», voire droit de mobilité sur la rivière et de pêche, même prétention qui sera finalement accueillie d'une façon nuancée.

Dans ce cadre et avec ces arguments, la Cour a dû déterminer quelle est la portée des droits reconnus aux parties et leur rapport selon les termes de l'article VI du traité 1858. Dans son analyse la Cour s'est occupée de préciser le fondement et la substance du droit perpétuel à la libre navigation du Costa Rica (I) et les prérogatives et les fins essentielles du pouvoir souverain de réglementation du Nicaragua (II), pour préserver la souveraineté et la liberté qui ont été accordées à chaque Etat selon la volonté des auteurs du traité, sans négliger l'effet du temps sur des notions qui nécessairement ont évolué.

I. Fondement et substance du droit perpétuel à la libre navigation au profit du Costa Rica

La clarté des dispositions du traité 1858, l'application de quelques règles d'interprétation et d'une présomption en droit international vont permettre à la Cour de se prononcer avec précision sur le fondement et la substance du droit perpétuel reconnu au Costa Rica.

1.1 Le fondement du droit perpétuel à la libre navigation.

L'existence d'un droit de libre navigation de caractère perpétuel au profit du Costa Rica sur le fleuve San Juan, n'était pas méconnue par les Etats parties au litige. En revanche, la plus grosse difficulté était celle de savoir comment comprendre ledit droit, étant donné qu'il avait un double caractère : d'un côté, une limite conventionnelle de la pleine souveraineté sur le fleuve et d'un autre, un outil essentiel pour l'économie et le commerce du Costa Rica. Pour répondre à cette question, la Cour est amenée à identifier les contours du droit applicable, autrement dit, déterminer quel était le droit applicable ou encore mieux quel était son champ d'application afin de trancher la question et ainsi savoir quels étaient les

types de navigation et les activités que le droit comprenait, et par conséquent pouvoir exclure ce qui ne faisait pas partie.

En effet, la Cour a fait son analyse sur le droit applicable en 2 temps. Dans un premier temps, l'existence et la vigueur du traité «Cañas – Jerez» 1858 a permis à la Cour d'écarter une discussion quelconque sur un droit coutumier applicable ou le caractère international ou non du fleuve, au point d'affirmer que l'article VI était suffisant pour trancher la question et qu'en plus il était possible de prendre en compte certaines considérations effectuées dans l'arbitrage de 1888 et la sentence de 1916, sans négliger le traité de 1956 en matière de collaboration pour faciliter et accélérer la navigation sur le fleuve. Pourtant, cet argument ne semble pas satisfaisant, car il a marginalisé l'étude d'une réalité davantage complexe au niveau Latino Américaine, examen qui aurait pu être intéressant pour renforcer tant l'analyse comme la conclusion.

Au sujet de la liberté de navigation et pour la localisation géographique des Etats parties, il est fondamental de considérer qu'il n'est pas un principe universel⁶ et qu'il n'a pas la même évolution en Europe qu'en Amérique⁷, où la libre navigation est une sorte de concession reconnue expressément dans un traité et qui n'existe pas au défaut de convention, sauf une

⁶CAFLISH (L), Règles générales du Droit des cours d'eau internationaux, in Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye, 1989, VII, Tome 219. P. 125.

⁷ALVAREZ (A), Juriste chilien cité par L. Caflish. Ibid.

courtoisie étatique. Si la question est abordée dès cette perspective, il est clair qu'un droit coutumier en absence du traité⁸ demeurerait introuvable et que le seul moyen de préciser la portée du droit de libre navigation était l'article VI du traité. C'est-à-dire qu'il ne s'agissait pas seulement de la clarté de l'article et le manque d'importance de la coutume, sinon de ratifier pour autre raison le rôle fondamental de la volonté des parties et du texte adopté afin de délimiter le droit du Costa Rica et les pouvoirs du Nicaragua, avec fondement dans les dispositions conventionnelles en tant que droit applicable.

Dans un deuxième temps, la Cour a établi le droit applicable afin de bien interpréter la volonté des auteurs du traité. Tout d'abord, l'interprétation devait être faite selon les règles générales prévues par la Convention de Vienne-1969⁹ qui reflètent le droit international coutumier applicable, malgré la date de conclusion du traité et le fait que le Nicaragua ne soit pas parti de ladite convention. L'importance de cette décision doit être impérativement remarquée, car l'application des articles 31 et 32 de ladite convention va permettre de laisser de côté l'ambiguïté du texte suggéré par les parties et de rejeter « un résultat absurde » contraire au sens ordinaire des termes selon leur contexte et leur objet. Ainsi, le respect et la bonne application des dites règles rendent possible une traduction logique du texte en espagnol qui est le seul qui fait foi.

Ensuite, l'analyse ne pouvait pas méconnaître certaines affirmations contenues dans les décisions arbitrales et judiciaires rendues, même si les questions soumises étaient

⁸ Un autre appui de cet argument peuvent être la réglementation conventionnel adoptée pour les fleuves : amazonas (1978), parana (1979) et rio de la plata (1973)

⁹ Spécialement les articles 31 et 32

différentes. La traduction de l'article VI du traité avait « déterminé » son sens et les bateaux du service de douanes avaient été autorisés à naviguer en 1888. Pourtant, la question telle qu'elle est formulée en 2005 n'avait jamais été posée. En effet, la Cour a reconnu leur valeur dans le but de définir ce qui avait été dit et ce qui restait sans interprétation. Ainsi, dans l'arrêt a été défini que conformément à la décision arbitrale, il n'était pas possible de déduire l'existence d'une règle qui pourrait découler de l'autorisation donnée aux bateaux de douanes ou de la traduction faite à ce moment là, puisque l'interprétation de l'article VI n'avait pas été entreprise et les décisions précédentes s'étaient limitées à : i) la validité du traité, ii) au droit de navigation de bateaux de guerre et du service de douane et iii) l'obligation de consulter n'importe quel projet de canalisation interocéanique sur le fleuve. Notamment, la question demeurerait ouverte : quelle était la portée des droits du Costa Rica et des pouvoirs du Nicaragua?

Evidemment, c'est l'article VI du traité de limites qui va attirer l'attention de la Cour jusqu'à la fin de l'arrêt dans le contexte juridique énoncé, car il permettra de formuler la thèse la plus importante de l'arrêt selon laquelle ce texte ne fixe pas de hiérarchie entre souveraineté et liberté de navigation. En conséquence, le fondement et l'étendue du droit de navigation sont directement liées à la préservation des prérogatives essentielles du souverain, Etat qui reste obligé corrélativement à ne pas porter atteinte ni entrave à la substance du droit référé. En résumé, c'est ainsi que la Cour va établir le critère qui détermine à la fois le droit applicable déjà cité et l'étendue des droits et des pouvoirs, sans qu'il y ait une interprétation large ou étroite, sinon plutôt une analyse cohérente qui mène à une solution raisonnable.

Par ailleurs, avec le même objectif de trouver le fondement et les limites selon le droit applicable, la Cour en s'occupant de l'effet du temps sur l'interprétation des termes du traité a tranché la discussion entre le Nicaragua et le Costa Rica grâce à la présomption¹⁰ qui permet de donner un sens actuel aux termes du traité au moment où celui-ci doit être appliqué, autrement dit, le renvoi mobil ou l'interprétation évolutive¹¹ selon la volonté et la pratique ultérieure des parties. Effectivement, il faudrait présumer que les parties ont eu l'intention de donner un sens évolutif à un terme employé dans le traité si trois conditions sont respectées, à savoir : i) il s'agit d'un terme de nature générique; ii) ce n'était pas possible d'ignorer que la notion pouvait évoluer et iii) le traité a été conclu sans limite de temps ou pour une durée très longue. Même s'il était hors discussion la nature perpétuelle du droit reconnu au Costa Rica, expressément prévue par l'article VI du traité, la Cour a constaté que dans l'espèce, les conditions étaient remplies et a profité pour réitérer¹² le principe de droit international sur la permanence d'un régime territorial en matière de frontières au-delà de la durée du traité, en réaffirmant par cette voie le caractère permanent de la liberté de navigation et des droits connexes au profit du Costa Rica, précision précieuse à l'avenir tel que les conduites actuelles du Nicaragua¹³ le prouvent.

¹⁰ Affaire du Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie), Cour Internationale de Justice, arrêt 19 décembre 1978, p 32. Par. 77. «statut territorial»

¹¹ Opinion individuelle Juge ad hoc. Guillaume

¹². *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, Cour Internationale de Justice, exceptions préliminaires, Recueil 2007, p. 861, par. 89.

¹³ « Le Costa Rica accuse le Nicaragua d'avoir, à l'occasion de deux incidents distincts, occupé son sol dans le cadre de la construction d'un canal à travers le territoire costa-ricien, entre le fleuve San Juan et la lagune de los Portillos (...)Le Costa Rica prie en conséquence la Cour de dire et juger que le Nicaragua viole ses obligations internationales (...)e) l'obligation de ne pas dévier artificiellement le San Juan de son cours naturel sans le consentement du Costa Rica ; f) l'obligation de ne pas interdire la navigation de ressortissants costa-riens sur le San Juan ; g) l'obligation de ne pas mener d'opérations de dragage dans le San Juan si ces activités ont un effet dommageable pour le territoire costa-ricien (...) » *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière*, Cour Internationale de Justice. Voir communiqué de presse de la CIJ du 19 novembre 2010, la requête introductive d'instance déposée par la république du Costa Rica et la Résolution du conseil permanent de l'OEA du 12 novembre 2010, disponible sur : <http://www.oas.org/consejo/fr/resolutions/res978.asp>

Une fois identifié les contours de droit applicable, il faut conclure que le fondement du droit perpétuel de navigation reconnu au Costa Rica se trouve dans l'article VI du traité interprété d'une manière cohérente et évolutive afin de bien comprendre sa portée et substance.

1.2 La substance du droit de navigation : « con objetos de comercio »/« aux fins du commerce »

Si l'on est d'accord sur la préservation de la substance du droit de navigation tandis qu'elle ne porte pas d'atteinte aux prérogatives fondamentales du droit de réglementation sur le fleuve¹⁴, il faut déterminer ce qu'elle comprend. La Cour a effectué une analyse plus soigneuse que celle développée par les parties, parce qu'elle a compris que la portée du droit ne dépendait pas d'une simple traduction, mais du sens de chaque mot qui constitue l'essence de la prérogative octroyée au Costa Rica, en sachant que « *la limite à la rive souffre de défauts incontestables* »¹⁵, donc l'exception conventionnelle revêtait une valeur additionnelle. En effet, le champ d'application est déterminé par l'interprétation de la phrase en espagnol « con objetos de comercio » qui peut avoir 2 traductions en français : soit une traduction du sens matériel « marchandises du commerce », soit une du sens abstrait « aux fins du commerce », très proche de celle acceptée par la Cour qui n'a pas accueilli entièrement les demandes et les arguments du demandeur.

¹⁴ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes, Costa Rica c. Nicaragua*, Cour Internationale de Justice, Arrêt du 13 juillet 2009, Par. 48.

¹⁵ FORTEAU(M), *Délimitation à la rive, au Thalweg, au milieu du chenal*, in *L'actualité du droit des fleuves internationaux*, Actes des journées d'études du 24 et 25 octobre 2008, l'Association roumaine de droit international et des relations internationales (ADIRI) et le Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), Bogdan Aurescu et Alain Pellet (dir), Editions Pedone, 2010, P. 36

Tout d’abord, l’existence d’un double désaccord est constatée, puisque chaque mot générerait un débat, et avec cette distinction on s’occupe du mot « objetos ». Grâce à une analyse littérale de l’article VI et à l’étude du contexte de celui-ci qui a compris autres éléments¹⁶, la Cour a considéré avec raison que le seul sens cohérent qui écartait toute ambiguïté était l’abstrait « fins ». Pourtant, il semble nécessaire de dévoiler ce qui se trouve derrière cette interprétation. Le choix entre le sens matériel ou abstrait du terme seulement a son importance grâce au contenu évolutif du commerce, c’est-à-dire, la décision prise par la Cour au sujet du mot « objetos » comme « fins ou purposes » est tout à fait logique si l’on va affirmer que « comercio » est un terme qui doit évoluer. En effet, le sens actuel du commerce est très loin d’être celui de 1858. En conséquence, accueillir la portée et le contenu du mot commerce lorsque le traité a été conclu allait retirer l’importance du mot « objetos » soit marchandise soit fins, parce que le commerce au moment de conclure le traité « cañas – Jerez » n’incluait que le transport de marchandise et pour des raisons évidentes ne comprendrait pas le transport de personnes comme activité lucrative telle qu’aujourd’hui le tourisme est conçu.

Par ailleurs, le mot « comercio » a mérité un commentaire détaillé, même si sa signification semble évidente. La navigation « aux fins du commerce » constitue à la fois le critère d’exclusion d’autres types de navigation et le seul cas conventionnel dans lequel le droit est libre et perpétuel. En bref, le sens du commerce a une importance capitale et son

¹⁶ Traité de paix 1857. Traduction faite pour chaque Etat avant l’arbitrage 1888. En ce qui me concerne, l’examen et l’approche au contexte historique c’est l’un des facteurs importants pour prendre la décision. Après un période de conflit en en vue de la « concession » de Costa Rica de ses droits sur le fleuve, il semble logique que les parties ont voulu donner une portée large au droit de navigation de Costa Rica qui avait renoncé à la souveraineté sur le fleuve.

interprétation évolutive¹⁷ a permis de préciser quelle était la substance et le champ d'application inhérent au droit de navigation et quelles sont les activités couvertes. En conséquence, la navigation « aux fins du commerce » sera un droit libre seulement quand la navigation ait cette finalité toujours lucrative, c'est-à-dire, toute autre forme de navigation reste interdite et n'est pas prévue par le traité, sauf les exceptions que l'on verra. En tant que termes qui ont évolué, le commerce et le droit de navigation vont comprendre certains concepts et aussi certains types de navigation. Il est fondamental que la navigation poursuive une finalité lucrative dérivée des activités de type commercial soit pour payer un prix, soit percevoir une redevance, soit la vente, soit l'achat, en bref la concrétisation des « fins du commerce » prévues dans le texte du traité. En plus, la navigation implique des personnes, des touristes ou de la marchandise et exclut tous les bateaux qui développent des travaux de police, d'ordre public, de puissance publique ou opérations militaires¹⁸, sauf ceux destinés au service de douane déjà autorisés en 1888.

Cependant, la Cour a reconnu l'existence d'une exception à la navigation aux fins du commerce, avec 2 variantes qui à dire vrai ne sont pas prévues par le traité 1858 et qui en plus ne respectent pas la logique commerciale de la navigation admise sur le San Juan. Ainsi, sont habilités à naviguer dans leurs bateaux les habitants de la rive afin de satisfaire leurs besoins essentiels de déplacement, santé entre autres, vu les caractéristiques géographiques de la région où le fleuve est la principale voie de communication/transport. Les fonctionnaires et les bateaux publics qui ont la mission de fournir les habitants de la

¹⁷ Cour Internationale de Justice, Arrêt du 13 juillet 2009, Par. 70.

¹⁸ Sauf le cas prévu par l'article IV du traité 1858.

rive de tout ce qui est nécessaire pour la vie ordinaire ont été aussi autorisés en raison de leur fonction. Bien que la Cour reconnaisse l'inexistence d'une fin lucrative ou du commerce, elle va déduire le droit minimal et non commercial à naviguer de l'ensemble des dispositions du traité « même si l'on ne trouve dans le traité aucune disposition expresse »¹⁹, étant donné que la volonté des auteurs du traité n'a pas pu être celle d'exclure aux riverains d'emprunter le fleuve pour subvenir à leurs besoins.

Donc, on s'aperçoit rapidement qu'une telle conclusion ne peut pas être déduite du traité « cañas - jerez », pour la simple raison qu'il s'occupe exclusivement des limites territoriales entre les Etats et aussi parce que la volonté des auteurs était circonscrite au thème des frontières. De même, le fait de vivre à côté de la rive ou la pratique d'emprunter le fleuve ou les difficultés géographiques de communication sont des considérations qui malheureusement n'ont rien à voir avec le droit de navigation tel qu'il est conçu dans le traité 1858. Toutefois, même si l'argumentation semble douteuse, il fallait prendre une décision qui ne pouvait pas se fonder sur la coutume à défaut de l'opinio juris, parce que les riverains étaient presque obligés d'emprunter le fleuve malgré le texte du traité, mais à cet égard, si la question du caractère international du fleuve avait été considérée, une autre voie d'argumentation aurait pu être prise.

Dans un premier temps, il faut rappeler que selon l'article 1 du traité de 1858, les Etats ont signé afin d'atteindre la paix, la prospérité et le bien-être des « pays frères », en conséquence, l'un des moyens pour y parvenir serait de ne pas empêcher les citoyens qui

¹⁹ Cour Internationale de Justice, Arrêt du 13 juillet 2009, Par.79

habitent sur la rive de subvenir à leurs besoins essentiels de transport, santé et communication, déduction qui peut être appuyée par la communauté d'intérêts²⁰ des Etats voisins d'un cours d'eau, plus exactement l'intérêt réciproque sur les conditions de vie des habitants des rives du fleuve. Dans un deuxième temps, avec la même orientation, si l'on accepte « *qu'est international le fleuve navigable dont le cours touche aux territoires de plus d'un Etat, à savoir les fleuves contigus (dont le cours marque la frontière, au moins dans une partie de cours)(...)* »²¹ et grâce à cette définition, adoptée dans le seul but de justifier l'exercice de droits non reconnus par le traité mais sans confondre la souveraineté absolue de Nicaragua, on se rapproche à une sorte d'adaptation du principe de navigation raisonnable et équitable²² du fleuve qui permet aux riverains de subvenir aux besoins les plus essentiels en matière de transport, de communication et de santé. Malgré le cadre conventionnel, un tel fondement n'aurait pas pu être refusé par les parties, étant donné qu'il resterait limité à l'effectivité du droit pour une minorité déterminée.

Enfin, il faut remarquer la coexistence de 2 exceptions du droit de navigation avec deux justifications contraires. D'une part, le droit minimal des habitants afin de satisfaire leurs besoins essentiels et celui des bateaux publics avec la même finalité, qui trouve son fondement « dans l'ensemble du traité et dans ce qui n'ont pas voulu leurs auteurs ». D'autre part, le droit de navigation des bateaux du service de douanes reconnu dans la

²⁰ *L'affaire de la juridiction territoriale de la commission internationale de l'Oder 1929*, Cour Permanente de Justice Internationale, Cité par L. Caflish. Ibid.

²¹ THOUVENIN (J-M). Droit international général des utilisations des fleuves internationaux, in *L'actualité du droit des fleuves internationaux*, Actes des journées d'études du 24 et 25 octobre 2008, l'Association roumaine de droit international et des relations internationales (ADIRI) et le Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), Bogdan Aurescu et Alain Pellet (dir), Editions Pedone, 2010, p.114

²² Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. 1997. Art. 5

sentence Cleveland 1888, c'est le seul cas qui a l'appui juridique dans le traité, car ces bateaux ont été autorisés à naviguer « dès lors qu'ils naviguaient *for the purposes of commerce* »²³, raisonnement cohérent avec l'interprétation de l'article VI du traité qui ne peut pas être identifié dans l'arrêt de 2009 en ce qui concerne ladite exception.

Ainsi, la substance du droit de navigation tel qu'elle a été caractérisée va trouver d'importantes réglementations étroitement liées au pouvoir souverain sur le fleuve du Nicaragua qui pourra avoir recours à la catégorie « objectifs légitimes » comme les intérêts essentiels pour restreindre ledit droit.

II Des prérogatives et des fins essentielles du pouvoir souverain de réglementation du Nicaragua.

Le texte du traité est très clair : la souveraineté sur le fleuve ne correspond qu'au Nicaragua. Pourtant, les compétences loin d'être absolues, sont soumises aux limites telles que le respect de la substance du droit de navigation et le fait de ne le rendre impossible sans négliger l'intérêt de l'exercice commun des droits et devoirs sans que cela porte préjudice.

2.1 Les mesures prises comme l'expression des prérogatives de la réglementation.

En général, l'affirmation selon laquelle les Etats avaient à peu près la même vision des choses n'est pas irraisonnable. Le Nicaragua en tant que «souverain du fleuve» a un

²³ Cour Internationale de Justice, Arrêt du 13 juillet 2009, Par. 20

pouvoir incontesté pour réglementer la navigation. Pourtant, il doit être nuancé dans le but d'atteindre des fins légitimes sans entraver gravement les droits du Costa Rica. La question était l'interprétation et l'indication des contours d'un tel pouvoir. Cette démarche a été entreprise par la Cour qui a fixé les règles et les fins légitimes qui doivent observer les mesures exercées en vertu du droit de réglementation, c'est-à-dire les critères substantielles qui doivent être respectés pour que les mesures adoptées soient licites , à savoir : i) ne pas entraver d'une manière substantielle le droit de navigation ; ii) compatibles avec le traité 1858; iii) non discriminatoires ; iv) non déraisonnables et v) afin de poursuivre un objectif ou fin légitime.

Particulièrement, il faut noter attentivement que ces fins telles que la protection à l'environnement, la sécurité de la navigation et la lutte contre la criminalité ont une place fondamentale, même s'ils ne sont pas expressément prévus dans le traité en tant que limites à la souveraineté nicaraguayenne, car ils peuvent aujourd'hui justifier toute sorte de restrictions au droit de naviguer sans le rendre impossible. Autrement dit, l'exercice du dit droit et l'adoption de mesures dépendent du respect et de l'efficacité de tels objectifs. Telle détermination jurisprudentielle est sans doute capitale, parce qu'elle reconnaît, même implicitement, les intérêts et préoccupations communes actuelles comme des limites et devoirs, à la fois valables à prendre en considération lorsque les droits étatiques prévus dans une convention sont exercés, dans l'espèce la protection de l'environnement comme restriction à la souveraineté du Nicaragua et à la liberté de navigation du Costa Rica.

En effet, la description faite prouve que l'affaire n'était pas si facile. La reconnaissance de la souveraineté et du pouvoir de réglementation est l'une des conséquences du type de frontière adoptée par ces Etats dans le traité. Ce choix reflète une évidente iniquité par rapport à l'utilisation du fleuve, même si elle a été voulue ou plutôt imposée. Au sujet d'un tel problème, il existe un consensus sur les grosses difficultés²⁴ qui pose l'adoption de la frontière à la rive du fleuve.

L'analyse peut être résumée selon le rapport entre 2 critères : d'une part, celui entre les droits de navigation, droits connexes et le pouvoir de réglementation ; et d'autre part, celui entre les obligations de respect des mesures adoptées et de protection du fleuve, sans négliger l'intérêt économique dans la navigation.

Dans ces conditions, les critères fixés par la Cour joueront un rôle majeure et essentiel, parce qu'ils sont aujourd'hui le seul outil ou contrepoids qui existe pour limiter les pouvoirs de réglementation. Il faut rappeler que toute mesure adoptée est l'expression du pouvoir souverain, sans vouloir dire que toute réglementation soit légitime ou licite tel que la Cour l'a reconnu. Avant de s'occuper du contenu des mesures, le premier pas est la publicité de celles-ci afin de renforcer tant l'exercice de la souveraineté comme la possibilité d'entreprendre les processus nécessaires pour rendre effective la réglementation, celle là exige une connaissance préalable du Costa Rica qui n'a pas été prévue par le traité même étant nécessaire. Cependant, la Cour a considéré qu'il était impératif que le

²⁴ Voir CAFLISH (L) et FORTEAU (M), *L'actualité du droit des fleuves internationaux*, Actes des journées d'études du 24 et 25 octobre 2008, l'Association roumaine de droit international et des relations internationales (ADIRI) et le Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), Bogdan Aurescu et Alain Pellet (dir), Editions Pedone, 2010.

Nicaragua notifie telles mesures, car c'était le seul moyen de faciliter la circulation sur le fleuve. La réglementation vise à déterminer la façon dans laquelle le droit de navigation peut être exercé, pour cela le titulaire du droit, destinataire implicite de la mesure, doit être informé au moment opportun.

Au sujet des mesures déjà adoptées la Cour a soutenu que le Nicaragua peut exercer son pouvoir de réglementation dans 4 domaines²⁵ ont un but en commun qui est de garantir essentiellement la sécurité de la navigation. D'abord, il est licite et légitime le fait de faire halte et demander l'identification des passagers, car l'objectif poursuivi est la garantie de la sécurité et de l'intégrité territoriale, l'une des expressions les plus naturels de l'exercice de la souveraineté étatique : décider qui peut entrer et rester sur le territoire national. Effectivement, la restriction reste opérationnelle quand le bateau qui navigue aux fins du commerce se dirige vers le territoire du Nicaragua. En revanche, si les bateaux empruntent le fleuve vers l'une des branches du fleuve sur le territoire du Costa Rica, ce n'est pas logique ni licite d'entreprendre de telles mesures car l'Etat n'est souveraine que sur son territoire. Par ailleurs, l'expédition de certificats d'appareillage, selon la Cour, n'est pas une entrave essentielle à la navigation et vu l'objectif poursuivi, ceux de sécurité et protection si l'on sait l'état des bateaux pour naviguer, puisqu'il est demandé aux bateaux des deux nationalités.

²⁵ Cour Internationale de Justice, Arrêt du 13 juillet 2009, Par. 133

Ensuite, à propos d'une restriction plus claire, la Cour a accepté que la réglementation puisse limiter²⁶ le libre droit de navigation, même s'il semble à chaque fois moins perpétuel et moins libre. En ce qui concerne les horaires dans lesquels il est autorisé d'emprunter le fleuve, sauf le cas reconnu d'urgence, il est normal qu'il n'y ait pas d'atteinte au droit de navigation, étant donné que la limitation est faite au profit de n'importe quel bateau qui ne pourrait ni garantir sa sécurité ni bien naviguer. En outre, les règles en matière d'arborer le pavillon de l'Etat riverain, quand il est possible²⁷, malgré le désaccord du Costa Rica, c'était une obligation dérivée de la souveraineté et de la coutume.

En ce qui concerne les mesures que la Cour n'a pas admises, la demande de visas et cartes de tourisme semblait déraisonnable pour 3 raisons : en premier lieu, le titulaire du droit de navigation est le Costa Rica et c'est lui qui doit déterminer s'il va ou non demander des visas ; en deuxième lieu, la délibération de visas suppose une faculté discrétionnaire qu'en cas d'être exercé par le Nicaragua limiterait sans justification le droit reconnu de navigation ; en dernier lieu, la Cour a considéré qu'il n'y avait pas un objectif clair et légitime à atteindre. Quant à l'acquittement de droits, en dépit de clarté de la dernière ligne de l'article VI du traité, la Cour a dû réitérer que les services de police qui ne comportent pas une prestation ne devraient pas être payés, c'est-à-dire qu'il ne faut ni payer pour les cartes de tourisme ni pour les certificats d'appareillage.

2.2 Les fins légitimes des mesures. La place réservée à la protection de l'environnement et aux pratiques de pêche.

²⁶ Ibid, Par. 126.

²⁷ La Cour a signalé qu'il est obligatoire pour les bateaux pourvus de mâts ou de tourelles naviguant sur le fleuve

Si l'on avait affirmé que la substance du droit va dépendre de la notion « aux fins du commerce », peut-on également indiquer que l'essence des mesures, voire du pouvoir de réglementation, ce sont les fins qui se trouvent derrière et qui constituent le noyau de leur légitimité. La réponse est affirmative étant donné que la Cour a établi que « *le droit de libre navigation, pour «perpétuel» qu'il soit, n'est reconnu que sous réserve qu'il ne porte pas atteinte aux prérogatives essentielles du souverain territorial* »²⁸. L'une des principales prérogatives c'est sans aucun doute le pouvoir de réglementation déjà mentionné qui est justifié à condition de poursuivre des buts légitimes tels que la protection de l'environnement, même si cette limitation n'a pas été prévue par les parties, car la place de tel objectif n'était pas la même pendant le XIXe que dans l'actualité.

Il est nécessaire de réaffirmer que telle restriction ne découle pas directement des termes du traité, mais d'une interprétation aussi évolutive du concept de souveraineté et les intérêts publics sur le fleuve, qui vont au-delà du respect et de la surveillance du territoire national, pour inclure la protection de l'environnement comme l'un des objectifs légitimes des mesures restrictives, puisque aujourd'hui la préservation de la nature au sens large est à la fois une responsabilité presque universelle dont son importance permet de restreindre la liberté de navigation dans les cas où elle pourrait porter atteinte à la fin légitime. Autrement dit, la Cour a constaté que ladite notion et obligation de protection une fois apparue, a évolué aussi jusqu'à se positionner comme l'un des piliers de la souveraineté du Nicaragua sur le fleuve. Notamment, la protection de l'environnement a une place si importante dans

²⁸ Cour Internationale de Justice, Arrêt du 13 juillet 2009, Par. 48.

l'arrêt que les mesures adoptées avec cette finalité vont être validées par la Cour, tel est le cas de l'obligation de faire halte, d'identification et des certificats d'appareillage.

Par ailleurs, les termes du traité et la volonté des parties permettent de déduire qu'il y a un intérêt commun et implicite des parties pour maintenir le fleuve dans de très bonnes conditions environnementales. Le commerce, le tourisme, la pêche, les ressources naturelles, l'Histoire et d'autres considérations montrent la certitude de telle affirmation. La Cour a accueilli la protection de l'environnement comme objectif légitime, parce qu'il y a des preuves communément acceptées qui démontrent que le fleuve « sont des réserves naturelles extrêmement importantes et gravement menacées »²⁹. Si les parties sont d'accord sur ces 2 points la Cour a très bien tranché la question quand elle a placé la protection de l'environnement comme objectif légitime des restrictions au droit de navigation, sous-entendu que son importance va au-delà et est au dessus des termes des obligations et des droits reconnus dans le traité, sans que tel objectif puisse malgré tout entraver ou rendre impossible la navigation.

Au sujet des droits connexes, la pêche qui est faite dès la rive du fleuve et les déplacements liés aux besoins essentiels vont être bénéficiés d'un droit coutumier, comme fondement juridique « faible » non contesté par le Nicaragua. Cette première activité effectuée afin de satisfaire les besoins mérite d'autres commentaires, bien qu'il puisse être expliqué implicitement par les relations de bon voisinage et l'obligation de ne pas causer avec l'usage du fleuve un préjudice aux droits de l'Etat voisin. En ce qui concerne les pratiques

²⁹ Ibid. Par 88

de pêche de subsistance, une fois que l'arrêt a été lu et analysé, on a l'impression que ce sujet a une place secondaire dans la décision parce qu'il n'avait pas été mentionné dans la requête initiale, le Nicaragua a contesté la recevabilité de la demande et le fondement de la décision est peu satisfaisant. Néanmoins, la reconnaissance d'un droit coutumier à la pêche, bien qu'il soit limité, est trop significatif, étant donné qu'à partir de l'arrêt il est droit autonome qui ne peut être ni méconnu ni violé par le Nicaragua. Aujourd'hui il ne s'agit plus d'une «courtoisie» ou de la tolérance et pour cela la pêche de subsistance sera un droit presque sans limitation.

Tout d'abord, la question de la recevabilité de la demande au sujet des pratiques de pêche et son lien avec la requête initiale a été tranchée positivement, vu que les entraves à la pêche étaient postérieures à la présentation de l'instance et qu'il y avait un lien étroit avec la requête. À défaut d'une demande de définition de la « pêche de subsistance », il était clair qu'une telle pratique avait été développée depuis très longtemps par les riverains du fleuve. Toutefois, le nombre d'habitants et les difficultés géographiques de la région avaient empêché une reconnaissance formelle de telle pratique comme un droit des habitants, qui n'a pas été nié par le Nicaragua et par conséquent a permis à la Cour de reconnaître que le Costa Rica était bénéficiaire d'un droit coutumier à la pêche depuis la rive qui découlait d'une ancienne pratique tel que l'acceptait le Nicaragua d'un manière implicite. En réalité, il s'agissait de clarifier si la pratique de la pêche depuis la rive était devenue obligatoire pour le Nicaragua et la réponse fournie au sujet de *l'opinio iuris* a été, principalement,

l'absence de négation de « l'existence d'un droit découlant de cette pratique »³⁰, même si celui-ci reste soumis au pouvoir de réglementation qui poursuit des fins légitimes.

Donc, la pêche de subsistance comme droit coutumier seulement est accepté si elle est pratiquée depuis la rive, car selon la Cour celle qui est faite à bord des bateaux est rare et récent. Il est difficile de trouver dans l'arrêt le fondement de tel argument. En outre, il peut sembler contradictoire que la Cour, d'abord, a reconnu un droit minimal de déplacement rapide au profit des riverains du Costa Rica afin de satisfaire leurs besoins essentiels, et, ensuite, a nié le droit des riverains de pêcher sur un bateau à des fins de subsistance. Evidemment, il ne résulte pas très opérationnel à des fins de la subsistance d'accepter la pêche depuis la rive et de nier celle faite en bateau à cause de preuves rares et récentes.

Finalement, le fondement de cette reconnaissance mérite un commentaire précis. La Cour avait exigé dans sa jurisprudence à propos du rôle de l'Etat qui veut se prévaloir d'une coutume régionale de bien prouver son existence. En ce sens, *«la partie qui invoque une coutume de cette nature [régionale ou locale] doit prouver qu'elle s'est constituée de telle manière qu'elle est devenue obligatoire pour l'autre partie»*³¹. En dépit de la clarté d'une telle obligation en matière de preuve de la coutume locale, il semble que l'Etat demandeur ne l'a pas prouvée dans ce cas là de la façon et dans les termes que la jurisprudence l'exige, car les preuves apportées sont limitées à la pratique de la pêche depuis la rive et la reconnaissance d'un usage commun du fleuve.

³⁰ Ibid. Par. 141

³¹ *Droit de l'asile. Colombie – Peru*, Cour Internationale de Justice, arrêt du 20 novembre 1950. P. 276.

Dans le meilleur des cas, les preuves pourraient montrer l'existence d'une pratique, mais elles sont très loin de prouver que la pêche depuis la rive est devenue obligatoire pour le Nicaragua, c'est-à-dire, la Cour a reconnu un droit coutumier, même si *l'opinio iuris* n'a pas été prouvée, principalement parce que le Nicaragua n'a pas nié ladite pratique, conclusion qui écarte sans justification la règle jurisprudentielle référée. Cette précision acquiert une importance majeure, étant donné que la Cour a accepté clairement que la demande relative au droit de pêche était fondée sur une coutume dont seul l'élément matériel a été prouvé et la déduction faite par la Cour est incontestablement liée à la manifestation du Nicaragua pendant les audiences, c'est-à-dire « qu'il n'avait « nullement l'intention d'empêcher les résidents costaricains de se livrer à la pêche de subsistance » »³², affirmation que dans le contexte américaine, tel qu'il a été dit sur la réglementation des droits sur le fleuve, ressemble davantage à une concession qu'à la formation d'une coutume locale.

Telle contestation juridique trouve appui dans l'importance incontestable de la preuve de l'*opinio juris* en tant qu'élément constitutif de la coutume. Dans l'espèce, elle a été « prouvée » par le silence du Nicaragua, même s'il faut « démontrer son existence d'une manière aussi convaincante que possible. Cela n'exclut pas que l'on se fonde sur un silence ou une abstention, mais encore faut-il montrer que ce silence est circonstancié, c'est-à-dire qu'il s'explique (...) par des considérations liées au caractère obligatoire de la règle »³³ même exigence qui n'a pas été observée, car le Nicaragua n'a jamais reconnu un tel caractère de la pêche pratiquée par les habitants de la rive. Donc, il fallait dans l'espèce

³²Cour Internationale de Justice, Arrêt du 13 juillet 2009, Par.49.

³³CORTEN (O), *Méthodologie du droit international public*, ULB References, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009 p-158- 159.

distinguer entre la justification d'ordre politique et juridique tel que la Cour l'a fait quand elle a établi que «les Etats intéressés doivent avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux (...) qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique»³⁴.

En conclusion, 2 lectures sont possibles. D'un côté, le Nicaragua demeure souverain et avec les mêmes ou plus de pouvoir de réglementation sur le fleuve. D'un autre, comme vrai vainqueur se trouve le Costa Rica qui est parvenu à : faire encadrer les pouvoirs du Nicaragua, obtenir des droits qui n'étaient pas reconnus dans le traité, faire retirer certaines mesures qui entravaient le tourisme - commerce et surtout attirer l'attention juridique du monde sur les thèmes liés à la frontière commune sur la rive du fleuve San Juan. Seulement, l'avenir dira si les considérations faites par la Cour suffiront pour le bon voisinage et pour que le Nicaragua n'entrave pas substantiellement la liberté de navigation.

³⁴Affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, Cour Internationale de Justice, arrêt 20 février 1969, p-44, par. 77