

SEPARATE OPINION OF JUDGE SKOTNIKOV

1. I voted in favour of most of the operative paragraphs of the Judgment. However, I do not share the Court's reasoning on a number of key points and disagree with some of its conclusions.

INTERPRETATION OF THE TERM "COMERCIO"

2. I agree that Costa Rica's right of free navigation under the 1858 Treaty of Limits should not automatically be interpreted restrictively on the grounds that it represents a derogation from or limitation of the sovereignty over the San Juan River conferred by that Treaty on Nicaragua. Indeed,

"[w]hile it is certainly true that limitations of the sovereignty of a State over its territory are not to be presumed, this does not mean that treaty provisions establishing such limitations, such as those that are in issue in the present case, should for this reason be interpreted *a priori* in a restrictive way" (Judgment, para. 48.).

3. However, as was established by the P.C.I.J. in the *S.S. "Wimbledon"* case, the restrictive interpretation is in order in case of doubt:

"the fact remains that Germany has to submit to an important limitation of the exercise of the sovereign rights which no one disputes that she possesses over the Kiel Canal. This fact constitutes a sufficient reason for the restrictive interpretation, in case of doubt, of the clause which produces such a limitation. But the Court feels obliged to stop at the point where the so-called restrictive interpretation would be contrary to the plain terms of the article and would destroy what has been clearly granted." (*S.S. "Wimbledon"*, *Judgments, 1923, P.C.I.J., Series A, No. 1*, pp. 24-25.)

It is obvious that the restrictive interpretation in the present case would not be contrary to the plain terms of Article VI of the 1858 Treaty and would not destroy what has been clearly granted. The problem before the Court is precisely the lack of clarity as to how the term "comercio" should be interpreted.

4. In these circumstances, the Court should have examined the intentions of the Parties at the time of the conclusion of the Treaty, taking full

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE SKOTNIKOV

[Traduction]

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

INTERPRÉTATION DU TERME «COMERCIO»

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

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

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

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

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

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

account of the well-established principle that limitations on the sovereignty of a State are not to be presumed.

5. No evidence submitted by the Parties showed that Nicaragua and Costa Rica intended at the time the Treaty was concluded to give an evolving meaning to the word “commerce”. Accordingly, the Court’s presumption should have been that Nicaragua, when concluding the 1858 Treaty, was unlikely to have intended to act against its own interest by granting Costa Rica navigational rights which were not in line with the contemporaneous meaning of the term “comercio” and which would evolve and expand over time along with the meaning of that term.

6. The Court’s finding that the term “commerce” should be interpreted in accordance with its present-day meaning is extraneous to interpretation of the Treaty per se. Neither the generic nature of the term “commerce” nor the unlimited duration of the Treaty and the perpetuity of the legal régime established by it (see Judgment, paragraph 67) excludes the possibility that the Parties’ intention was to grant Costa Rica navigational rights determined by the content of the notion “commerce” as it existed when the Treaty was concluded. The Court’s solution is based solely on the mechanical application of the jurisprudence which in a particular case favours the evolutive approach (see *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, Judgment, I.C.J. Reports 1978, p. 3). It disregards the jurisprudence which in other cases favours interpretation based on the contemporaneous meaning of the term in question (see *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1952, p. 176; *Kasikilil Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999 (II), p. 1045). The specificity of the present case is not being addressed. The Court ignores the S.S. “*Wimbledon*” dictum (see paragraph 3 above) and related jurisprudence. Consequently, its conclusion runs counter to the principle that limitations on sovereignty are not to be presumed.

7. In 1858, and for decades to come, the commerce was confined to trade in goods. The principal definition in the 1852 edition of the *Dictionary of the Spanish Royal Academy* defines “comercio” as “[b]usiness and trafficking that is done by buying, selling or exchanging some things for others”. As late as 1897, the Alexander Award confirmed that the 1858 Treaty gave Costa Rica the right of free navigation “con objetos de comercio” so that it “would have an Atlantic outlet for the import and export of goods”. Other commercial treaties entered into at the time reveal themselves to be exclusively concerned with trade in goods (see, for example, the Volio-Zelaya Treaty of Commerce (Costa Rica-Nicaragua) of 1868). There is very good reason to assume that in 1858 the Parties understood the meaning of the word “comercio” as being limited to trade in goods.

8. However, this conclusion would have left open the question as to whether, at the present time, the transport of passengers and tourists is

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

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

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

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

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

covered by Article VI of the 1858 Treaty. To answer this question, the Court should have examined the practice of the Parties subsequent to the conclusion of the Treaty. As was recalled in the *Kasikili/Sedudu Island* case, “when called upon to interpret the provisions of a treaty, the Court has itself frequently examined the subsequent practice of the parties in the application of that treaty” (*Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 1076, para. 50).

9. Nicaragua submits evidence that at the time the Treaty of Limits was concluded and for more than 100 years thereafter, it alone controlled the commercial transport of passengers. Be that as it may, it is clear that Costa Rican-operated tourism on the San Juan River has been present for at least a decade, and to a substantial degree. Nicaragua has never protested. This is in contrast to Nicaragua’s treatment of police vessels, which it has repeatedly asserted have no right whatsoever to travel on the San Juan. Nicaragua has not only engaged in a consistent practice of allowing tourist navigation by Costa Rican operators, but has also subjected it to its regulations. This can be seen as recognition by Nicaragua that Costa Rica acted as of right. The common view of the Parties to that effect can be inferred from the Agreement of Understanding on the Tourist Activity in the Border Zone of the San Juan River between the Ministers of Tourism of the two countries, signed on 5 June 1994.

10. In my view, the subsequent practice in the application of the Treaty suggests that the Parties have established an agreement regarding its interpretation: Costa Rica has a right under the 1858 Treaty to transport tourists — that is, passengers who pay a price for the service provided. This right of Costa Rica necessarily extends to the transport of all other passengers who pay a price to the carriers.

ISSUES RELATED TO FREEDOM OF NAVIGATION

11. According to the Judgment, the Parties must be presumed to have intended to preserve for riparians living on the Costa Rican bank of the San Juan River a minimal right of navigation to meet their essential requirements. Therefore such a right can be inferred from the provisions of the Treaty as a whole (Judgment, para. 79). Furthermore, for the same reasons, it can be inferred from the Treaty that Costa Rica has the right of navigation on the San Juan with official vessels (including police vessels) that provide the population with what it needs in order to meet the necessities of daily life (*ibid.*, para. 84).

12. I am not at all convinced that any navigational rights have been established by the 1858 Treaty other than in its Article VI — the only article dealing with the issue of navigation.

13. Although I disagree with the majority that the riparians on the

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

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

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

QUESTIONS LIÉES À LA LIBERTÉ DE NAVIGATION

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

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

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

Costa Rican bank have a right under the Treaty to navigate on the San Juan River, I do think that the Treaty left unaffected the practice of riparians to travel on the river to meet the requirements of their daily life. This is to be continued and respected by Nicaragua.

Given the historical background to the conclusion of the Treaty and its actual terms, it is very unlikely that in 1858 either Party had in mind the sparse indigenous population of that bank. The subsequent conduct by Nicaragua supports this conclusion. It shows that Nicaragua has never been concerned about the practice in question. The fact that Nicaragua did not extend its regulations, such as the visa requirement, to daily routine navigation by inhabitants of Costa Rica's bank of the San Juan is indicative of this practice being treated by Nicaragua as extraneous to the 1858 Treaty régime.

14. I see no justification for the Court's finding that Costa Rica has the right, albeit limited, to navigate with official vessels to provide services for the riparian communities.

Even if one accepts the Court's presumption that the Parties, when concluding the Treaty, intended to preserve a minimal right of navigation for riparians, but decided not to spell this out in the text, it is still difficult to see how this line of reasoning could lead to the conclusion that the Court reaches in respect of official vessels. No practice of using official vessels for the purpose of providing services for riparian communities existed at the time the Treaty was concluded. It is very difficult to imagine the Parties intending to preserve a right which is not derived from pre-existing practice.

It is clear that Costa Rica has certain needs calling for use of the San Juan River for non-commercial purposes by public vessels, including providing medical and other services to riparians. However, these needs do not translate into rights. The Parties should reach an arrangement on the subject on their own terms. It is not for the Court to do so on their behalf. As the Court has had occasion to note in the past, "[i]t is the duty of the Court to interpret the Treaties, not to revise them" (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 229).

ISSUES RELATED TO REGULATORY POWERS

15. I fully agree that the titleholder of the right of free navigation is Costa Rica. However, I cannot concur with the Court when it puts the owners and operators of Costa Rican vessels together with the passengers on those vessels, including non-Costa Ricans, in a single category of persons who benefit from that right (Judgment, para. 114). I certainly cannot accept that it is vessels themselves which are exercising the freedom of navigation (*ibid.*, paras. 113, 117, 120).

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

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

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

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

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

QUESTIONS RELATIVES AUX POUVOIRS DE RÉGLEMENTATION

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

In my view, the right to freedom of navigation afforded to Costa Rica is exercised by persons — owners and operators of vessels navigating the San Juan River. It is the carrier that exercises the freedom to navigate.

Sellers or buyers of goods may benefit from the possibilities which are offered by Costa Rica's right to free navigation; they do not, however, exercise that right. Tourists and passengers are merely purchasing a service. The 1858 Treaty cannot be read as affording the perpetual right of free navigation for commercial purposes to those persons, who may be Costa Ricans, nationals of third countries or, conceivably, Nicaraguan citizens. Nor can it be interpreted as affording to them any other rights, such as exemption from Nicaragua's visa régime, by virtue of Costa Rica's right to freely navigate the San Juan River.

16. Imposing a visa requirement on tourists or passengers travelling on Costa Rican vessels is within Nicaragua's regulatory rights under the 1858 Treaty. It derives from Nicaragua's "exclusive *dominium* and *imperium* over the waters of the San Juan River" (Judgment, para. 44). This regulatory power is distinct from Nicaragua's powers to regulate navigation on the San Juan River. As the Court states, "the power of a State to issue or refuse visas is a practical expression of the prerogative which each State has to control entry by non-nationals into its territory" (*ibid.*, para. 113). This remains true, as was established in the *Right of Passage* case, even in cases where freedom of transit exists:

"In view of the tension then prevailing in intervening Indian territory, the Court is unable to hold that India's refusal of passage to the proposed delegation and its refusal of visas to Portuguese nationals of European origin and to native Indian Portuguese in the employ of the Portuguese Government was action contrary to its obligation resulting from Portugal's right of passage. Portugal's claim of a right of passage is subject to full recognition and exercise of Indian sovereignty over the intervening territory and without any immunity in favour of Portugal. The Court is of the view that India's refusal of passage in those cases was, in the circumstances, covered by its power of regulation and control of the right of passage of Portugal." (*Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1960*, p. 45.)

17. The visa requirement may affect the business interests of persons or entities engaged in the commercial activity of providing tourist or passenger transport. It may inconvenience individual tourists. But it is not inconsistent with Costa Rica's right to free navigation for commercial purposes. The exercise by Costa Rica of this right would certainly be impeded by Nicaragua's systematic refusal to issue visas to boatmen or

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

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

16. L'obligation faite aux touristes et passagers voyageant sur le San Juan à bord de bateaux costa-riciens d'être munis d'un visa entre dans le champ des droits de réglementation que le Nicaragua tient du traité de 1858. Elle découle de ce que le Nicaragua a «*le dominium et l'imperium* exclusifs sur les eaux du fleuve San Juan» (arrêt, par. 44). Ce pouvoir de réglementation est distinct de ceux que détient le Nicaragua en matière de navigation sur le San Juan. Comme le fait observer la Cour, «la faculté qu'a chaque Etat de délivrer ou de refuser des visas est une expression concrète des prérogatives dont il jouit afin de contrôler l'entrée des non-nationaux sur son territoire» (*ibid.*, par. 113). Comme l'a établi la Cour dans l'affaire du *Droit de passage*, cela vaut même dans des cas où il y a liberté de transit :

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

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

by its refusal to grant visas to a whole category of passengers, for example tourists. This, however, would have constituted a manifest abuse of the visa requirement. Any right can be abused. It is not a reason, however, to question a right, let alone to deny it. The Court itself acknowledges that the visa requirement imposed by Nicaragua has not impeded growth of Costa Rica's passenger transport on the San Juan River (Judgment, para. 116).

18. Following the Court's approach, the fact that the power of a State to issue or refuse a visa entails discretion is decisive in determining that Nicaragua may not impose a visa requirement on those persons who may benefit from Costa Rica's right of free navigation. "If that benefit is denied, the freedom of navigation would be hindered." (*Ibid.*, para. 115.) However, the Court accepts in paragraph 118 that Nicaragua can refuse entry (i.e., according to the Court's logic, deny the benefit of Costa Rica's right from free navigation) to a particular person if such action is justified in terms of relevant purpose, for example, law enforcement or environmental protection. Nicaragua "can do that at the point that the person identifies him or herself" (*ibid.*, para. 118). No breach of the freedom of navigation would be involved in that case. In other words, a denial of entry, for good reason, through application of the visa mechanism would, in the Court's view, constitute a breach of Costa Rica's Treaty right to free navigation, whereas a denial of entry on the spot for the very same reason would not. In my view, Costa Rica's right would not be breached in either case, since it is the same power which is being exercised and the nature of discretion it entails in both instances is the same.

Finally, should it be true that Costa Rica's freedom of navigation is hindered by the visa requirement, then it would follow that Nicaragua is breaching its own freedom of navigation by maintaining this requirement in respect of passengers on Nicaraguan boats. The Nicaraguan visa regulation applies to non-Nicaraguans irrespective of the nationality of the carrier. This alone, in my view, should have been reason enough for the Court to uphold Nicaragua's position on the subject.

19. The Court acknowledges that Nicaragua's regulation requiring Costa Rica's vessels to fly the Nicaraguan flag does not impede the freedom of navigation. However, the legal nature of this regulation remains unclear. Nicaragua suggested a wide variety of choices for the Court. It was referred to as being an attribute of Nicaragua's sovereignty and a matter of international custom and practice. No evidence of State practice was produced supporting Nicaragua's contentions. The Court finds that Nicaragua may impose this regulation simply "in the exercise of its sovereign powers" (*ibid.*, para. 132). The question is, however, whether the flag requirement meets other criteria set forth by the Court in respect of Nicaragua's regulatory powers (*ibid.*, para. 87). I do not think that Nicaragua succeeded in presenting a legitimate purpose that it is seeking

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

18. Selon le raisonnement de la Cour, le caractère discrétionnaire de la faculté qu'a chaque Etat de délivrer ou de refuser des visas est décisif pour établir que le Nicaragua ne saurait imposer l'obligation d'être muni d'un visa aux personnes qui peuvent bénéficier du droit de libre navigation détenu par le Costa Rica. «Si ce bénéfice leur était refusé, la liberté de navigation serait entravée.» (*Ibid.*, par. 115.) Or, la Cour admet au paragraphe 118 que le Nicaragua peut refuser l'entrée sur son territoire (c'est-à-dire, suivant la logique du raisonnement qu'elle adopte, lui refuser le bénéfice du droit de libre navigation détenu par le Costa Rica) à une personne pour des raisons valables au regard de l'objectif poursuivi, comme par exemple le maintien de l'ordre ou la protection de l'environnement. Le Nicaragua «peut agir ainsi lorsque l'intéressé fait connaître son identité» (*ibid.*, par. 118). Il n'y aurait pas dans ce cas de violation du droit de libre navigation. En d'autres termes, la Cour considère qu'un refus dûment motivé d'autoriser une personne à entrer sur le territoire serait une violation du droit de libre navigation détenu par le Costa Rica s'il se manifeste par le jeu du mécanisme des visas alors qu'il n'en serait pas une s'il est signifié à l'intéressé à son arrivée. A mon avis, dans un cas comme dans l'autre, il n'y aurait aucune violation du droit du Costa Rica, étant donné que c'est le même pouvoir qui est exercé et que le caractère discrétionnaire de ce pouvoir est le même.

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

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

to pursue in imposing this requirement. Such a purpose would be evident should Nicaragua require Costa Rican vessels to fly the Costa Rican flag, since it shows the identity of the vessel. The Nicaraguan authorities may indeed be interested in distinguishing between its own and Costa Rican boats. By contrast, it seems that the sole purpose of requiring Costa Rican boats to fly the Nicaraguan flag is to reassert Nicaragua's sovereignty over the San Juan River. As Nicaragua puts it: "Flying the latter is a gesture of respect for the sovereignty of the host State." (Rejoinder of Nicaragua, p. 215, para. 4.93.) Given the fact that Nicaragua's sovereignty over the San Juan River is beyond doubt, I do not think that any practical purpose is achieved by imposing the requirement in question. However, I do believe that Costa Rica could have accepted Nicaragua's request as a matter of courtesy.

SUBSISTENCE FISHING

20. In my view, the 1858 Treaty, as in the case of the practice of riparians travelling on the river to meet the requirements of their daily life (see paragraph 13 above), left unaffected the practice of subsistence fishing by riparians from the Costa Rican bank of the San Juan River. I am not convinced that Nicaragua has a right to regulate this practice as such. However, the Parties should co-operate in making sure that this practice does not cross the threshold of fishing for commercial purposes.

(Signed) Leonid SKOTNIKOV.

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

PÊCHE DE SUBSISTANCE

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

(*Signé*) Leonid SKOTNIKOV.