

CR 2009/4

**International Court
of Justice**

**Cour internationale
de Justice**

THE HAGUE

LA HAYE

YEAR 2009

Public sitting

held on Thursday 5 March 2009, at 10 a.m., at the Peace Palace,

President Owada presiding,

*in the case concerning the Dispute regarding Navigational and Related Rights
(Costa Rica v. Nicaragua)*

VERBATIM RECORD

ANNÉE 2009

Audience publique

tenue le jeudi 5 mars 2009, à 10 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de M. Owada, président,

*en l'affaire du Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes
(Costa Rica c. Nicaragua)*

COMPTE RENDU

Present: President Owada
Judges Shi
Koroma
Al-Khasawneh
Buergenthal
Abraham
Keith
Sepúlveda-Amor
Bennouna
Skotnikov
Caçado Trindade
Yusuf
Greenwood
Judge *ad hoc* Guillaume
Registrar Couvreur

Présents : M. Owada, président
MM. Shi
Koroma
Al-Khasawneh
Buergenthal
Abraham
Keith
Sepúlveda-Amor
Bennouna
Skotnikov
Cançado Trindade
Yusuf
Greenwood, juges
M. Guillaume, juge *ad hoc*

M. Couvreur, greffier

The Government of the Republic of Costa Rica is represented by:

H.E. Mr. Edgar Ugalde-Alvarez, Ambassador, Vice-Minister of Foreign Affairs of Costa Rica,

as Agent;

Mr. James Crawford, S.C., F.B.A., Whewell Professor of International Law, University of Cambridge, member of the Institute of International Law,

Mr. Lucius Caflisch, Emeritus Professor of International Law, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva, member of the International Law Commission, member of the Institute of International Law,

Mr. Marcelo G. Kohen, Professor of International Law, Graduate Institute of International and Development Studies, associate member of the Institute of International Law,

Mr. Sergio Ugalde, Senior Adviser to the Ministry of Foreign Affairs of Costa Rica, member of the Permanent Court of Arbitration,

Mr. Arnaldo Brenes, Senior Adviser to the Ministry of Foreign Affairs of Costa Rica,

Ms Kate Parlett, Special Adviser to the Ministry of Foreign Affairs of Costa Rica, Solicitor (Australia), PhD candidate, University of Cambridge (Jesus College),

as Counsel and Advocates;

H.E. Mr. Francisco José Aguilar-de Beauvilliers Urbina, Ambassador of Costa Rica to the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Ricardo Otarola, Chief of Staff to the Vice-Minister of Foreign Affairs of Costa Rica,

Mr. Sergio Vinocour, Minister and Consul General of Costa Rica to the French Republic,

Mr. Norman Lizano, Consul General of Costa Rica to the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Carlos Garbanzo, Counsellor at the Permanent Mission of Costa Rica to the United Nations Office at Geneva,

Mr. Fouad Zarbiev, PhD candidate, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva,

Mr. Leonardo Salazar, National Geographic Institute of Costa Rica,

as Advisers;

Mr. Allan Solis, Third Secretary at the Embassy of Costa Rica in the Kingdom of the Netherlands,

as Assistant Adviser.

Le Gouvernement de la République du Costa Rica est représenté par :

S. Exc. M. Edgar Ugalde-Alvarez, ambassadeur, vice-ministre des affaires étrangères du Costa Rica,

comme agent ;

M. James Crawford, S.C., F.B.A., professeur de droit international à l'Université de Cambridge, titulaire de la chaire Whewell, membre de l'Institut de droit international,

M. Lucius Caflisch, professeur émérite de droit international de l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève, membre de la Commission du droit international, membre de l'Institut de droit international,

M. Marcelo G. Kohen, professeur de droit international à l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève, membre associé de l'Institut de droit international,

M. Sergio Ugalde, conseiller principal auprès du ministère des affaires étrangères du Costa Rica, membre de la Cour permanente d'arbitrage,

M. Arnaldo Brenes, conseiller principal auprès du ministère des affaires étrangères du Costa Rica,

Mme Kate Parlett, conseiller spécial auprès du ministère des affaires étrangères du Costa Rica, Solicitor (Australie), doctorante à l'Université de Cambridge (Jesus College),

comme conseils et avocats ;

S. Exc. M. Francisco José Aguilar-de Beauvilliers Urbina, ambassadeur du Costa Rica auprès du Royaume des Pays-Bas,

M. Ricardo Otarola, chef d'état-major auprès du vice-ministre des affaires étrangères du Costa Rica,

M. Sergio Vinocour, ministre et consul général du Costa Rica en République française,

M. Norman Lizano, consul général du Costa Rica au Royaume des Pays-Bas,

M. Carlos Garbanzo, conseiller à la mission permanente du Costa Rica auprès de l'Office des Nations Unies à Genève,

M. Fouad Zarbiev, doctorant à l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève,

M. Leonardo Salazar, Institut géographique national du Costa Rica,

comme conseillers ;

M. Allan Solis, troisième secrétaire à l'ambassade du Costa Rica au Royaume des Pays-Bas,

comme conseiller adjoint.

The Government of the Republic of Nicaragua is represented by:

H.E. Mr. Carlos José Argüello Gómez, Ambassador of Nicaragua to the Kingdom of the Netherlands

as Agent and Counsel;

Mr. Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., member of the English Bar, former Chairman of the International Law Commission, Emeritus Chichele Professor of Public International Law, University of Oxford, member of the Institut de Droit International; Distinguished Fellow, All Souls College, Oxford,

Mr. Stephen C. McCaffrey, Professor of International Law at the University of the Pacific, McGeorge School of Law, Sacramento, United States of America, former member of the International Law Commission,

Mr. Alain Pellet, Professor at the University of Paris Ouest, Nanterre-La Défense, member and former Chairman of the International Law Commission,

Mr. Paul Reichler, Attorney at Law, Foley Hoag LLP, Washington D.C., member of the Bar of the United States Supreme Court, member of the Bar of the District of Columbia,

Mr. Antonio Remiro Brotóns, Professor of International Law, Universidad Autónoma, Madrid,

as Counsel and Advocates;

Ms Irene Blázquez Navarro, Doctor of Public International Law, Universidad Autónoma, Madrid,

Ms Clara E. Brillenbourg, Foley Hoag LLP, member of the Bars of the District of Columbia and New York,

Mr. Lawrence H. Martin, Attorney at Law, Foley Hoag LLP, Washington D.C., member of the Bar of the United States Supreme Court, member of the Massachusetts Bar, member of the Bar of the District of Columbia,

Mr. Walner Molina Pérez, Juridical Adviser, Ministry of Foreign Affairs of Nicaragua,

Mr. Daniel Müller, Researcher at the Centre de droit International de Nanterre (CEDIN), University of Paris Ouest, Nanterre-La Défense,

Ms Tania Elena Pacheco Blandino, Counsellor, Embassy of Nicaragua in the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Julio César Saborio, Juridical Adviser, Ministry of Foreign Affairs of Nicaragua,

Mr. César Vega Masís, Director of Juridical Affairs, Sovereignty and Territory, Ministry of Foreign Affairs of Nicaragua,

as Assistant Counsel.

Le Gouvernement de la République du Nicaragua est représenté par :

S. Exc. M. Carlos José Argüello Gómez, ambassadeur du Nicaragua auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme agent et conseil ;

M. Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., membre du barreau d'Angleterre, ancien président de la Commission du droit international, professeur émérite de droit international public (chaire Chichele) de l'Université d'Oxford, membre de l'Institut de droit international, *Distinguished fellow* au All Souls College d'Oxford,

M. Stephen C. McCaffrey, professeur de droit international à la McGeorge School of Law de l'Université du Pacifique à Sacramento (Etats-Unis d'Amérique), ancien membre de la Commission du droit international,

M. Alain Pellet, professeur à l'Université de Paris Ouest, Nanterre-La Défense, membre et ancien président de la Commission du droit international,

M. Paul S. Reichler, avocat au cabinet Foley Hoag LLP, Washington D.C., membre des barreaux de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique et du district de Columbia,

M. Antonio Remiro Brotóns, professeur de droit international à l'Universidad Autónoma de Madrid,

comme conseils et avocats ;

Mme Irene Blázquez Navarro, docteur en droit international public, Universidad Autónoma de Madrid,

Mme Clara E. Brillenbourg, cabinet Foley Hoag LLP, membre des barreaux des districts de Columbia et de New York,

M. Lawrence H. Martin, avocat au cabinet Foley Hoag LLP, Washington D.C., membre des barreaux de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, du Massachusetts et du district de Columbia,

M. Walner Molina Pérez, conseiller juridique au ministère des affaires étrangères du Nicaragua,

M. Daniel Müller, chercheur au Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), Université de Paris Ouest, Nanterre-La Défense,

Mme Tania Elena Pacheco Blandino, conseiller à l'ambassade du Nicaragua au Royaume des Pays-Bas,

M. Julio César Saborio, conseiller juridique au ministère des affaires étrangères du Nicaragua,

M. César Vega Masís, directeur, direction des affaires juridiques, de la souveraineté et du territoire, ministère des affaires étrangères du Nicaragua,

comme conseils adjoints.

The PRESIDENT: Please be seated. The sitting is open. The Court meets today to hear the first round of oral argument of the Republic of Nicaragua. Nicaragua will then conclude its first round of oral argument tomorrow, from 10 a.m. to 1.00 p.m. I shall now give the floor to the Agent of Nicaragua, His Excellency Ambassador Argüello Gómez.

Mr. ARGÜELLO:

1. Mr. President, Members of the Court, it is a renewed honour to be pleading before the principal judicial organ of the United Nations on behalf of my country in pursuit of the peaceful and amicable solution of some of the differences we have with our neighbour, the Republic of Costa Rica.

2. Before beginning our presentation, it is my privilege to congratulate the President and Vice-President on their election to this high international office and to welcome and congratulate the new Members who have just taken office, as well as those Members who have been re-elected. This is the first case that is publicly pleaded before the newly reconstituted Court and we are sure that its resolution will long be remembered with appreciation by the Parties.

3. The Nicaraguan delegation is composed of the Agent, counsel and advocates indicated in the written list provided to the Court. In addition, for today's pleadings, it will also be privileged with the presence of the Foreign Minister of Nicaragua, Mr. Samuel Santos.

I. HISTORICAL BACKGROUND

(a) *Colonial period*

4. Mr. President, Members of the Court, the historical record of the territorial issues dating from the colonial period until the first years of the independence from Spain in 1821 are of unquestionable interest but they were amply argued in the written pleadings and it is unnecessary to further take the Court's time on this matter.

5. Therefore, instead of reiterating this story, in response to the lengthy presentation of this topic last Monday by our Costa Rican colleagues, I would simply invite the Court to review the written pleadings and limit further comments to a few simple self-evident and even common-sense

observations. With respect to the only substantive territorial issue before the Court, the San Juan River, we might recall:

- (a) The only ports or cities of any relevance to navigation in the San Juan River and the lake of Nicaragua were two locations that have always been an indisputable part of the Nicaraguan territory (slide CAG-1.) One was the port at the mouth of the San Juan River on the Caribbean — the Port of San Juan de Nicaragua — and the other was the lake port city of Granada at the shores of the great lake of Nicaragua. The only fortification along the whole route of the San Juan River was the Castillo de la Concepción, which has also always been indisputably part of Nicaragua.
- (b) There was no city in the whole territory of Costa Rica during the colonial period that was even half the size or even close to the commercial importance of Granada. There was no city or population of any significant size in Costa Rica that could have benefited during the colonial period of the access from the Atlantic through the waterway system that began in the port of San Juan. On the Costa Rican side there were only very sparsely populated and far between villages that had access to the San Juan River.
- (c) Therefore, there was no reason for the one and the same colonial sovereign of all these territories to have placed the administration — that is, what would become the *raison d'être* of the *uti possidetis* principle at the moment of independence — under the authority of a then very minor colonial entity, even in comparison with the other small Central American territories.

(b) *Post-colonial history*

6. After the independence of Nicaragua and the other Central American countries from Spain in 1821, the most coveted feature in the area was the great lake of Nicaragua, by far the largest body of sweet water in the Caribbean area covering an area of approximately 8,300 sq km, that is, roughly half the size of the territory of the neighbouring nation of El Salvador and 16 per cent of that of the territory of Costa Rica. The lake, together with its outlet to the Caribbean Sea and Atlantic Ocean, the San Juan River, made it the most promising site for the construction of a transoceanic canal.

7. This seeming gift of nature and its potential as a canal route has been the cause of the most difficult international problems faced by Nicaragua. Mr. George Weitzel, the Minister of the United States to Nicaragua in 1913, considered that: “In all the cases of controversies of Nicaragua . . . the true cause of the problem was desire to control the route of the interoceanic channel.” (CMN, para. 1.2.26.)

8. (*circa* 1821) The possibilities of this natural waterway were not lost on Costa Rica, the nearest neighbour to the great lake and river of Nicaragua. Immediately after independence, Costa Rica took advantage of a civil war raging in Nicaragua in 1821 in order to annex an important part of the Nicaraguan territory generally referred to as Nicoya. The annexation of this territory that had no clearly defined boundaries brought Costa Rica’s borders closer to the coveted shores of Lake Nicaragua. This usurped territory, together with Costa Rica’s claim of shared sovereignty over the San Juan River, placed her in a strong position to claim rights over any canal route through this water system.

9. Nicaragua naturally opposed the annexation of her territory and insisted on the application of the principle of *uti possidetis iuris*. The situation was not settled and continued under constant discussion by both countries for the next 30 years.

10. (*circa* 1857) In 1856 Nicaragua was invaded and taken over by forces led by a United States military adventurer, General William Walker, who was working in concert with certain southern states of the United States that wanted to incorporate new territories into the American Union that would reinforce the south’s position on such questions as slavery.

11. The invasion by the forces of Walker provoked the reaction of all the Central American nations against this foreign usurper who endangered the sovereignty and peace of the whole area. The war was bloody and destructive. It left Nicaragua completely prostrated. Costa Rica, whose army, apart from that of Nicaragua, had been perhaps the most important element in the defeat of Walker, was left after the war with military control over the San Juan River and parts of the great lake. The years after the war, 1857 and 1858, were filled with threats and negotiations in order to reach an agreement whereby Nicaragua would accept the annexation by Costa Rica of the Nicoya region and other claims of Costa Rica over the San Juan River.

12. The first of these efforts to reach an agreement was the signing of the Juarez-Cañás Treaty of 1857, towards the end of the war against Walker, whereby Nicaragua “as a sign of special gratitude to the Government of Costa Rica for the solid determination and great sacrifices made for the cause of national independence” recognized the annexation of Nicoya by Costa Rica and gave her rights of navigation with “*artículos de comercio*” (“articles of trade”) on the San Juan River. In spite of the fact that this Treaty gave Costa Rica practically everything she had been claiming since independence, it was not ratified by Costa Rica. The reason was that Costa Rica was not willing to relinquish the military occupation of the San Juan River and the southern shores of the great lake since this possession gave her complete control of the water transit route. It was only after a declaration of war by Nicaragua against Costa Rica and the mediation of other Central American States that a final agreement was reached crystallizing in the signature of the Jerez-Cañás Treaty of Limits of 15 April 1858 which forms the backbone of the territorial rights of both States.

13. (*circa* 1885) During the next 30 years after the signing of the Treaty, it caused great resentment in Nicaragua that this Treaty had been signed under a cloud of duress. In order to avoid an extension of the dispute it was decided by means of the Arbitral Convention of 24 December 1886 that the differences should be submitted to arbitration. The sole arbitrator was the President of the United States, Grover Cleveland, who gave his Award on 22 March 1888.

14. The juridical implications of the question of the region of Nicoya and generally of the large and complex territorial issues that were laid to rest with the 1858 Treaty will be addressed by Mr. Brownlie, whilst the issues settled by the Cleveland Award will be explained by Professor McCaffrey.

(c) *Con objetos de comercio*

15. Professor Kohen has very kindly cited a section of a conference I delivered in the Nicaraguan Foreign Ministry on 26 August 1998 to an audience composed, among others, of the entire *corps diplomatique* accredited in Nicaragua and to which naturally the diplomatic representatives from Costa Rica were also invited.

16. Professor Kohen apparently did not read the text of this conference beyond the few words he quoted in his speech last Monday 2 March. He stated that: “L’agent du Nicaragua a

traduit en espagnol ‘sous le rapport du commerce’ comme signifiant ‘para fines comerciales’, ce qui signifie précisément ‘con objetos de comercio’.” (CR 2009/2, para. 37.) Although I do not find it particularly agreeable to quote myself, under the circumstances I will take the liberty of doing so in order to set the record straight. The paragraph from which the quote is taken is absolutely clear and admits of no misunderstanding even on a very cursory reading. It is the first paragraph in a section of the speech with the heading: “What are the rights of Costa Rica in the San Juan?”, and the speech continues:

“In the first place, the free navigation with commercial objects (con objetos de comercio). On this subject much has been said. The right of ‘entirely free navigation’ for commercial purposes — ‘sous le rapport du commerce’ — was established by the Congress of Vienna in 1815 for international rivers, that is, for those rivers that divide or flow through more than one state. This last is not the case of the San Juan since it is a river located entirely within one country.”

17. The words I have just read are a free and literal translation of the Spanish text. As can be appreciated they say precisely the opposite of what Professor Kohen apparently understood it to mean. If Costa Rica considers that another translation would be appropriate I would invite them to provide a complete translation for the benefit of the Court.

II. DOMINIO Y SUMO IMPERIO

18. Costa Rica has shown a knack for giving special meaning to otherwise generally well understood concepts. For example, they do not call their security forces an army in spite of the fact that the Costa Rican armed forces under whatever name they are given are as numerous as the sum of the total armed forces of Nicaragua, a country that has more than twice the territorial extent and a nearly 50 per cent larger population than Costa Rica. These forces — which Costa Rica prohibits they be referred to as an army — are supplied with an annual budget that is nearly three times that of the total budget of the Nicaraguan armed forces, and roughly — as a matter of example — roughly twice over the amount budgeted for the Honduran armed forces which is a State with a territorial size and population similar to that of Nicaragua. The graph of this is on the screen. (CAG-2)

19. The word sovereign has also acquired a new meaning in Costa Rica’s view. This repetition of the most significant point at issue — sovereignty — with a calculated disregard of its

significance is an incantation that constantly comes from the Costa Rican authorities. Thus Costa Rica repeats — and we have heard our Costa Rican colleagues do so in this Great Hall — that it respects and has never questioned Nicaragua’s sovereignty over the San Juan River.

20. But what sovereignty are we talking about? If Costa Rica were to have the rights *she* claims over the river, then at most Nicaragua would simply be a co-sovereign with Costa Rica over the San Juan River. If Costa Rica has the right to navigate freely for any purpose, including the right to navigate with public vessels and armed patrols for any purpose and at any moment and Nicaragua does not have the right to regulate or police the river, then, I would like to know in normal Spanish meaning — or the English or French language we use in this Great Hall — what name or description we might give to a concept of “dominio y sumo imperio” that was carefully preserved in the Treaty exclusively and emphatically for Nicaragua?

21. The phrase “dominio y sumo imperio” used in the 1858 Treaty was a term of art well understood in Latin America in the nineteenth century. Perhaps the foremost authority on international law of the time in Latin America and certainly the best known publicist at the time of the signature of the 1858 Treaty was Don Andrés Bello. In his classic work “Principles of International Law” (p. 61) he stated:

“Sovereignty, in so far as it disposes of things (property) is referred to as dominion and in so far as it enacts laws and regulations for persons is properly referred to as imperium . . . sumo imperium. Imperium applies to (befalls on) citizens or to foreigners.” (La soberanía, que en cuanto dispone de las cosas se llama dominio, en cuanto da leyes y órdenes a las personas se llama propiamente imperio . . . El imperio recae ya sobre los ciudadanos, ya sobre los extranjeros.)

22. “Dominio y sumo imperio” referred then to the right and jurisdiction of a State to dispose of material things and to enact laws and regulations over persons. Therefore, if the “dominio y sumo imperio” of Nicaragua over the river meant anything at all to the signees of the Treaty in 1858, it was that Nicaragua could enact laws and regulations applicable on the river.

23. In the light of the above it is not possible to understand how Costa Rica can maintain that her rights of limited navigation with objects of commerce — which are simply economic rights — are on a par with the sovereignty — “dominio y sumo imperio” — of Nicaragua over the river.

Regulations to navigation

24. The regulations imposed by Nicaragua have been dismissed in a way that unfortunately has more of flippancy and impugment of Nicaragua's motives than of legal argument or objective description. Perhaps this is due to the fact that our colleagues apparently have never visited the area in dispute. This might explain certain remarks that seem to stem from a misconception that the San Juan River is comparable to the Rhine River. Thus, jokes on the existence of crocodiles and other such dangers in the river could only be expressed by someone who has not travelled in the area. Perhaps that is why our native Costa Rican colleagues were careful to avoid some of these statements. They would know also that only someone disconnected with the realities of the area and its poverty could lightly suggest for example that the problem of navigating by night could be easily solved by placing lights along the river course and mandating night lights for the small sailing craft that navigate those waters.

25. The main point at issue is the Nicaraguan right of regulating the navigation on the river and of enforcing these regulations and this has not been seriously, directly and openly put into question. This is understandable. If the right to impose and enforce regulations by the dominus, the holder of the "dominio y sumo imperio", the sovereignty over the river, are called into question, then we would logically be faced with a situation where the river course would be a no man's land — unless of course, it was claimed that the holder of the economic rights of navigation with objects of commerce along the river has also, by a process of osmosis, acquired jurisdiction over these waters.

26. To conclude this point, it is indisputable that Nicaragua has the right to regulate navigation on the San Juan River and enforce the regulations and therefore the only possible question that might be discussed is the reasonableness of these regulations.

Central American Court

27. The position of Nicaragua is that the only treaty in force that governs the territorial issues between Nicaragua and Costa Rica is the Jerez-Cañas Treaty of 1858 and the only legal instrument accepted and authorized by both Parties to interpret this Treaty is the Cleveland Award of 1888. Nicaragua also considers as pertinent the five awards rendered between September 1897 and March 1900 by General Alexander who was the arbitrator selected by President Cleveland for

conducting the demarcation of the territory of both States on the basis of the 1858 Treaty and the 1888 Award.

28. Costa Rica has in recent years added a judgment rendered by the Central American Court of Justice in 1916 as a pertinent instrument on the question of Costa Rica's rights of limited navigation in the San Juan River. This judgment resolved a dispute that had arisen in relation to a treaty by which Nicaragua granted the United States an option for cutting a canal through Nicaragua — the Chamorro-Bryan Treaty of 1914. It is manifest on reading this judgment that the Central American Court had no intention of enlarging or curtailing the rights established in the 1858 Treaty and the 1888 Award. This judgment was not considered by Costa Rica or Nicaragua at the time it was rendered as interpreting or defining the rights of Costa Rica to freedom of navigation with objects of commerce as established in Article VI of the 1858 Treaty or the 1888 Award and was never invoked by Costa Rica in this connection during the period from 1916 to 1998. The first time it was so invoked was in 1998 after the dispute arose that is now before the Court.

III. PRIOR CASE AGAINST COSTA RICA IN THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

29. It has been asserted by our distinguished Costa Rican colleagues that this is the first time that Costa Rica is before this Court. This is not entirely correct. Nicaragua filed a case against Costa Rica in this Court on 28 July 1986, the case concerning *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Costa Rica)*, and on that occasion the Agents of Costa Rica and Nicaragua were the same persons who are now acting as Agents in the present procedures. This case was subsequently discontinued by Nicaragua, and the Court, after ascertaining the views of Costa Rica, ordered the removal of the case from the List on 19 August 1987.

30. The reason for bringing this case to the attention of the Court is due to the fact that Costa Rican counsel has asserted that during the 1980s when the Sandinista Government was in office in Nicaragua, Costa Rica was forced to abandon the river because of the military operations then under way. As is well documented in the Memorial filed by Nicaragua in that case on 10 August 1986, the river and border areas were not abandoned because of the military conflict but were voluntarily turned over by the Costa Rican Government to the insurgents known as "contras".

Apart from the Nicaraguan Memorial and Annexes just cited, the question is well documented in the public records of the United States that are now available to the public and also in many books, interviews and affidavits subsequently made public by the participants of those unfortunate events in the 1980s.

IV. ISSUES IN DISPUTE THAT ARE NOT BEFORE THE COURT

31. The dispute before the Court is one that the Government of Nicaragua considers could have and should have been amicably settled without having recourse to these proceedings. What is at present concretely at issue is not that Nicaragua has not allowed Costa Rica to navigate on the San Juan River but that Costa Rica contends that it has the right to do so entirely freely with all type of vessels, except perhaps aircraft carriers and dreadnoughts which could not in any event fit on a river as narrow and shallow in parts as the San Juan, and that this freedom is not subject to any regulations by Nicaragua. It is well documented that Nicaragua in the past has always been amenable to facilitate the transit of even public vessels by Costa Rica if they complied with simple regulations that any sovereign is entitled to demand. Also, it is well documented that Nicaragua has not even prohibited tourists from visiting the river on Costa Rican vessels as long as they comply with the normal regulations. The economic implications of these regulations are so irrelevant that the yearly revenues received from their implementation by Nicaragua, including visas or tourist cards and charges for services rendered for the security and welfare of navigation along the river, would not cover the expenses for the Parties of one hour of the pleadings presently before the Court.

32. On the other hand, there are more vital issues at stake involving the question of the river. Thus, the river is being heavily polluted and silted through Costa Rican operations. If our Costa Rican colleagues kept abreast of the newspapers and other media of Costa Rica, they would be aware that one of the main news items is the fact that Costa Rica has recently authorized the operation of a gold mine in the vicinity of the San Juan River that runs serious risks of polluting the river with cyanide.

33. Another vital question is that at present almost 90 per cent of the waters of the San Juan River flow out to sea through the Colorado River in Costa Rica leaving merely a largely

unnavigable trickle of water on the side of Nicaragua, as can be appreciated on the screen (see slide on screen: CAG-3) For practical purposes, Costa Rica is the only one able to use the river to navigate out to sea.

34. If these issues involving the river were fully before the Court, we would be arguing that Costa Rica not only in reality is claiming full modern sovereignty over the San Juan, but in fact a feudal type of sovereignty that would allow it the right to use and abuse the river: pollute, diminish and divert the waters of the river.

35. Other very important issues stemming from the 1858 Treaty are still in dispute between the Parties and involve, for example, the situations of the Bays of San Juan and Salinas. Since assertions have been made on these questions during the present hearings, Nicaragua leaves on record that it reserves its rights on all questions relating to these issues.

36. And finally, another highly important territorial issue that was naturally not dealt with in the 1858 Treaty is still pending of resolution: the maritime delimitation both in the Atlantic and the Pacific.

37. Instead of these major issues which demand settlement and require the engaged co-operation of the Parties, which Nicaragua is prepared to contribute, the only issues before the Court are those narrow ones carefully selected by Costa Rica.

V. EXTEMPORANEOUS PRODUCTION OF NEW DOCUMENTS

38. The present case has been amply documented and argued in the two rounds of written pleadings that have preceded this public hearing. Costa Rica was even allowed what in fact amounts to a further round of written pleadings by filing on 27 November 2008 a letter and documents containing arguments addressed to the Rejoinder that had been filed four-and-a-half months before by Nicaragua on 15 July 2008. The Court decided to authorize this late production and Nicaragua was notified of this decision on 18 December 2008. Nicaragua was not amenable to this extemporaneous presentation of documents and affidavits that could have been produced during the written pleadings. In fact, the four-and-a-half months elapsed between the filing of Nicaragua's Rejoinder and the production of these documents and arguments corresponds closely to the six months allotted to Nicaragua for the preparation and filing of her entire Rejoinder.

39. With respect to the substance of these new documents produced by Costa Rica, it is our position that, in any event, they do not erode or diminish in any way the arguments of Nicaragua. Quite the contrary, as will be explained by Professor Remiro and Mr. Reichler in their respective pleadings, they reinforce our position.

40. Mr. President, Members of the Court, in this speech I have tried to keep pace with the flavour of the Costa Rican comments, including their esteemed counsel. In evaluating our oral presentation, I am confident you will bear in mind that Costa Rica has had the benefit of more than eight months since the filing of our Rejoinder to prepare the text of this oral pleading whilst we have had only a matter of a couple of days to prepare our response. In this short period of time we might not be able to address every point made by Costa Rica and in this regard we reserve our rights and maintain the positions expressed in our written pleadings.

41. Mr. President, Members of the Court, the subsequent presentation of the Nicaraguan oral pleadings will be as follows: during today's hearing, Mr. Ian Brownlie will address "The special character of the treaty", Professor Antonio Remiro will then rebut the Costa Rican argument based on the right of free navigation "con objetos de comercio" and finally Professor Alain Pellet will continue with the interpretation of the Treaty.

During tomorrow's hearing, Mr. Paul Reichler will address the legitimacy and lawfulness of Nicaragua's regulations and other rights. Professor Stephen MacCaffrey will continue with: Non-commercial navigation by public vessels. Mr. Reichler will rebut Costa Rica's alleged rights of protection, custody and defence of the San Juan. And finally Professor Pellet will close the presentation addressing the issue of the Remedies.

Mr. President, Members of the Court, thank you for your kind attention. And now may I ask you that you call Mr. Brownlie.

The PRESIDENT: I thank the Agent of Nicaragua, Dr. Carlos Argüello Gómez, for his statement. I now invite Mr. Ian Brownlie to take the floor.

Mr. BROWNLIE:

1. Thank you, Mr. President. Mr. President Members of the Court, it is, once again, my privilege to represent the Republic of Nicaragua in front of this distinguished Court.

THE SPECIAL CHARACTER OF THE TREATY

2. In this case my particular responsibility is to investigate the historical background of the Treaty of Limits of 1858 and to confirm its special character as a treaty designed specifically to settle a territorial dispute. This examination of the character of the 1858 Treaty as a boundary treaty is necessary for two reasons: first, to assist the Court in the interpretation and application of the Treaty in the special circumstances of the case and, secondly, to rebut the efforts of Costa Rica to distort the character of the dispute.

3. In the view of Costa Rica the San Juan has the character of an international river and thus the rules of general international law relative to navigation on international waterways are applicable. And thus in her Memorial Costa Rica gives prominence to the case of *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder* (MCR, p. 155), which reflects a legal framework unrelated to the situation now in front of the Court.

4. In this context the pleadings presented on behalf of Costa Rica are bound to recognize that the San Juan is a part of Nicaragua. In fact the Treaty of 1858 establishes “the boundary line between the two Republics”, as described in clear terms in Article II. And of course Article VI provides: “The Republic of Nicaragua shall have exclusively the dominion and sovereign jurisdiction over the waters of the San Juan River from its origin in the Lake to its mouth in the Atlantic . . .”¹

5. Consequently, from time to time Costa Rica expressly recognizes that the framework of the dispute is the Treaty of 1858. The Memorial accepts the centrality of Article VI of the Treaty — this in Chapter 2, paragraph 2.25. And the Reply of Costa Rica recognizes the primacy of the Treaty of 1858 in several passages. Thus, our opponents state that:

“The parties agree that the case is primarily governed by the 1858 Treaty and the 1888 Cleveland Award, that Award confirming Costa Rica’s right to sail vessels in the lower part of the San Juan ‘for purposes of commerce’ and its right to sail public vessels in connexion with such navigation.”² (Reply, para. 2.08.)

And, also in the Reply we find:

¹The English translation used is the translation submitted by Nicaragua to President Cleveland, MCR, Vol. 2, p. 54. [“La République du Nicaragua aura le *dominium* et l’*imperium* exclusifs sur les eaux du fleuve San Juan de son origine dans le lac jusqu’à son embouchure dans l’océan Atlantique . . .”]

²[“Les parties conviennent que l’instance est régie principalement par le traité de 1858 et la sentence arbitrale Cleveland de 1888, sentence qui a confirmé le droit du Costa Rica de faire naviguer sur le cours inférieur du San Juan aux fins du commerce » et de naviguer avec des bateaux officiels dans l’exercice de ce droit de navigation.”]

“Costa Rica, mindful of the importance of maintaining peaceful relations with all countries, especially its neighbours, has never sought a revision of the Cañas-Jérez Treaty but has limited itself to asking for what it was entitled to under that Treaty, no more and no less. Costa Rica can make do with the Treaty as it is, provided it is interpreted fairly and objectively. What it cannot accept is Nicaragua’s insistence on being allowed to give the ‘perpetual right of free navigation’ stipulated by the Treaty the meaning that best serves Nicaragua’s own interest, subordinating Costa Rica’s right to Nicaragua’s sovereignty over the waters of the River.”³ (Reply, para. 2.32.)

6. The central question is this. The space occupied by the San Juan is a part of the territory of Nicaragua and this is not only the legal outcome of drawing a boundary but the significant legal and political consequence of a territorial settlement validated by the Treaty.

7. The fixing of the boundary in this case, including the delimitation arrangements in Article III, must surely engage the elements of public order formulated by this Court in the Judgment in the *Temple of Preah Vihear* case. The Court observed:

“In general, when two countries establish a frontier between them, one of the primary objects is to achieve stability and finality. This is impossible if the line so established can, at any moment, and on the basis of a continuously available process, be called in question, and its rectification claimed, whenever any inaccuracy by reference to a clause in the parent treaty is discovered. Such a process could continue indefinitely, and finality would never be reached so long as possible errors still remained to be discovered. Such a frontier, so far from being stable, would be completely precarious.”⁴ (*Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962, p. 34.*)

8. In the present case, the analogy with the *Temple of Preah Vihear* case arises not from the line of the boundary as such but from the danger of permitting a régime of navigation which would introduce an element of legal porosity and instability into the otherwise lucid attribution of territory.

9. The standard rule of interpretation is of course confirmed in Article 31 of the Vienna Convention which in essentials provides as follows:

³ [“Costa Rica — conscient de l’importance du maintien de relations pacifiques avec tous les pays et notamment ses voisins — n’a jamais sollicité une révision du traité Cañas-Jérez, mais s’est contenté de revendiquer les droits qui lui ayant été reconnus par cet instrument, ni plus ni moins. Le Costa Rica peut s’accommoder du traité en état, à condition que celui-ci soit interprété équitablement et objectivement. Ce qu’il ne peut pas accepter est l’insistance du Nicaragua à conférer au ‘droit perpétuel de libre navigation’ — stipulé dans le traité — le sens qui sert le mieux les intérêts de ce pays et la subordination du droit du Costa Rica à la souveraineté nicaraguayenne sur les eaux du fleuve.”]

⁴ [“D’une manière générale, lorsque deux pays définissent entre eux une frontière, un de leurs principaux objectifs est d’arrêter une solution stable et définitive. Cela est impossible si le tracé ainsi établi peut être remis en question à tout moment, sur la base d’une procédure constamment ouverte, et si la rectification peut en être demandée chaque fois que l’on découvre une inexactitude par rapport à une disposition du traité de base. Pareille procédure pourrait se poursuivre indéfiniment et l’on n’atteindrait jamais une solution définitive aussi longtemps qu’il resterait possible de découvrir des erreurs. La frontière, loin d’être stable, serait tout à fait précaire.”]

“1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”⁵

In addition, Article 32 provides:

“Recourse may be had to supplementary means of interpretation, *including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion*, in order to confirm the meaning resulting from the application of Article 31, [and] to determine the meaning when the interpretation according to Article 31 [either]:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.”⁶ (Emphasis added.)

10. And Nicaragua would point out that the Court has found it helpful to rely on the criterion of giving effect to the object and purpose of a treaty in at least 12 Judgments since 1986.

11. The centrality of this criterion was emphasized in the Report of the International Law Commission to the General Assembly in 1966, where it is stated:

“*Paragraph 1* contains three separate principles. The first — interpretation in good faith — flows directly from the rule *pacta sunt servanda*. The second principle is the very essence of the textual approach: the parties are to be presumed to have that intention which appears from the ordinary meaning of the terms used by them. *The third principle is one both of common sense and good faith; the ordinary meaning of a term is not to be determined in the abstract but in the context of the treaty and in the light of its object and purpose.* These principles have repeatedly been affirmed by the Court.”⁷ (*Yearbook of the International Law Commission (YILC)*, 1966, II, p. 221.)

12. The evidence of the object and purpose of the Treaty of 1858 must be sought first in the title and the text of the Treaty itself. The title of the Treaty in English is the “Treaty of Limits between Costa Rica and Nicaragua”.

13. The preamble forms a part of the context of a treaty, and this is specified in paragraph 2 of Article 31 of the Vienna Convention. And the Court has had recourse to the statement of the

⁵[“1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.”]

⁶[“Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d’interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l’application de l’Article 31, soit de déterminer le sens lorsque l’interprétation donnée conformément à l’Article 31:

a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou

b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.”]

⁷[“Le paragraphe 1 contient trois principes distincts. Le premier — celui de l’interprétation de bonne foi — découle directement de la règle *pacta sunt servanda*. Le deuxième constitue le fond même de la méthode de référence au texte : les parties sont présumées avoir l’intention qui ressort du sens ordinaire des termes qu’elles utilisent. Le troisième principe a trait à la fois au bon sens et à la bonne foi ; le sens ordinaire d’un terme doit être déterminé non pas dans l’abstrait, mais dans le contexte du traité et compte tenu de son objet et de son but. La Cour a réaffirmé ces principes à de nombreuses reprises.”]

object and purpose of the treaty in the preamble in the process of interpretation. Thus in the *South West Africa* cases the Court referred to the preamble of the instrument of Mandate of South West Africa as evidence of the best method of giving practical effect to the international régime proposed in Article 22 of the League Covenant (see *I.C.J. Reports 1966*, p. 24, para. 21). Similarly, in the *Beagle Channel Arbitration* the Award took careful account of the content of the preamble (see *International Law Reports (ILR)*, Vol. 52, p. 93, pp. 132-134; Award of 18 February 1977).

14. The preamble to the Treaty of Limits provides a clear confirmation of the object and purpose of the agreement. It says:

“We, Maximo Jerez, Minister Plenipotentiary of the Government of the Republic of Nicaragua, and José Maria Cañas, Minister Plenipotentiary of the Government of the Republic of Costa Rica, *having been entrusted by our respective Governments with the mission of adjusting a treaty of limits between the two Republics, which should put an end to all the differences which have obstructed the perfect understanding and harmony that must prevail among them for their safety and prosperity . . .* have agreed to and adjusted the following Treaty of Limits between Nicaragua and Costa Rica.” (Emphasis added.)

15. Thus the explicit purpose of the two Governments was to conclude a “Treaty of Limits between Nicaragua and Costa Rica”.

16. The provisions of the Treaty, both in their individual content and in their sequence, give priority and emphasis to the business of establishing a boundary line. Article 1 explicitly indicates the historical background in the reference to “differences about boundaries”, and the need to proceed to the consolidation of “peace, happily re-established”.

17. Article II is devoted to the establishment of the boundary line as follows — I will not read all of Article II; it will appear in the transcript. The beginning of Article II is as follows:

“The dividing line [*the dividing line*] between the two Republics, starting from the Northern Sea, shall begin at the end of Punta de Castilla, at the mouth of the San Juan de Nicaragua river, and shall run along the right bank of the said river up to a point three English miles distant from Castillo Viejo, said distance to be measured between the exterior works of said castle and the above-named point.”

And then the various stages are then set forth:

“From here, and taking the said works as centre, a curve shall be drawn along said works, keeping at the distance of three English miles from them, in its whole length, until reaching another point, which shall be at the distance of two miles from the bank of the river on the other side of the castle. From here the line shall continue in the direction of the Sapoá river, which empties into the Lake of Nicaragua, and it

shall follow its course, keeping always at the distance of two miles from the right bank of the San Juan river all long its windings, up to reaching its origin in the lake; and from there along the right shore of the said lake until reaching the Sapoá river, where the line parallel to the bank and shore will terminate.”

And finally, Article II provides:

“From the point in which the said line shall coincide with the Sapoá river — a point which, according to the above description, must be two miles distant from the lake — an astronomic straight line shall be drawn to the central point of the Salinas Bay in the Southern Sea, where the line marking the boundary between the two contracting Republics shall end.”

18. Articles III, IV and V are concerned with the legal status of particular locations relating to the boundary. Following these four Articles involving a territorial division, Article VI forms part of the overall settlement — it forms part of the overall settlement — of the differences which resulted in the war of 1857 and provides as follows:

“The Republic of Nicaragua shall have exclusively the dominion and sovereign jurisdiction over the waters of the San Juan river from its origin in the Lake to its mouth in the Atlantic; but the Republic of Costa Rica shall have the perpetual right of free navigation on the said waters, between the said mouth and the point, three English miles distant from Castillo Viejo, said navigation being for the purposes of commerce (objetos de comercio) either with Nicaragua or with the interior of Costa Rica, through the San Carlos river, the Sarapiquí, or any other way proceeding from the portion of the bank of the San Juan river, which is hereby declared to belong to Costa Rica. The vessels of both countries shall have the power to land indiscriminately on either side of the river, at the portion thereof where the navigation is common; and no charges of any kind, or duties, shall be collected unless when levied by mutual consent of both Governments.” (Emphasis added.)

19. In this passage, the words “for the purposes of commerce” are not accepted by Nicaragua as an accurate translation into English. The first element in this provision concerns “exclusively the dominion and sovereign jurisdiction (exclusivamente el dominio y sumo imperio) over the waters of the San Juan River”. This is the primary principle and the reference to navigation is logically a secondary element.

20. The provisions of Article VII emphasize the general purpose of the Treaty, as the creation of a “territorial division”. Thus Article VII provides that:

“It is agreed that the territorial division made by this Treaty cannot be understood as impairing in any way the obligations contracted whether in public treaties or in contracts of canalization or public transit by the Government of Nicaragua previous to the conclusion of the present treaty; on the contrary, it is understood that Costa Rica assumes those obligations, as far as the portion which corresponds to its territory is concerned, without injury to the eminent domain and sovereign right which it has over the same.”

21. So much for the title, the preamble and the provisions of the Treaty. I now move to the historical context of the Treaty of Limits of 1858 as cogent evidence of its object and purpose.

The historical context of the Treaty of Limits of 1858 as cogent evidence of its object and purpose

22. The historical context of the Treaty of Limits is established by the events of 1824, which resulted in the annexation by Costa Rica of the large region of Nicoya— I refer now to graphics IB-1 and IB-2 in the judges’ folders of this morning.

23. So, if we introduce the graphics, they show the location and extent of the Region of Nicoya prior to the 1858 Treaty. The first item is the *Geographical Map of the Republic of Nicaragua* by Fermin Ferrer, Governor of the Western Department. This was probably prepared by the cartographer Maximiliano von Sonnenstern. This map shows a pecked straight line starting in the west — it is not very easy to see, but it may be better on the page — at the head of the Gulf of Nicoya — that is on the western side — then eastwards to meet the Caribbean Sea.

The second graphic is a sketch-map which indicates in green coding the extent of Nicoya as shown on the first graphic, but in the absence on the first graphic of a colour coding.

Mr. President, the significant fact is that Costa Rica annexed the Region of Nicoya in 1824 and this change in the status quo was recorded in the legislation of Costa Rica in 1825 (MCR, Anns., Vol. 6, Ann. 193).

24. These purported changes were reflected in the Constitutions of Costa Rica in the post-independence period, but were not accepted by Nicaragua. If we look at the words of the Memorial of Costa Rica:

“At this time the principal territorial issue between Costa Rica and Nicaragua concerned the latter’s claim to the Nicoya peninsula on the Pacific coast. In 1824 the people of Nicoya opted by plebiscite to become part of Costa Rica, a decision approved by decree of the Central American Federal Congress on 9 December 1825.”⁸
(MCR, p. 12, para. 2.14.)

⁸“A cette époque, le principal problème territorial entre le Costa Rica et le Nicaragua concernait la revendication de ce dernier sur la péninsule de Nicoya, sur la côte pacifique. En 1824, les habitants de Nicoya choisirent par plébiscite de faire partie du Costa Rica, une décision approuvée par décret du congrès fédéral d’Amérique centrale le 9 décembre 1825.”

25. The legislation of the Central American Federal Congress of 1825 cited in this passage appears in the Annexes of the Reply of Costa Rica (Vol. 2, Ann. 5). The text makes clear that the allocation of Nicoya was provisional and thus Article 1 provides:

“For the time being, and until the demarcation of the territory of each State provided by Article VII of the Constitution is made, the district of Nicoya shall CONTINUE to be separated from Nicaragua and annexed to Costa Rica.”⁹

26. This element of provisionality can be seen in the text of other Constitutions of Costa Rica in the relevant period, namely:

- The Constitution of 1844, in Article 47 (Memorial of Costa Rica, Vol. 2, Ann. 195); and
- The Constitution of 1847, in Article 25 (Memorial of Costa Rica, Vol. 2, Ann. 196).

27. The overall assessment of these developments by Costa Rica is that in the post-independence period from 1821 to 1856 “the principal territorial issue between Costa Rica and Nicaragua” related to the Region of Nicoya and this is the position stated in the Memorial. And the Memorial expressly recognizes that: “This situation was not finally accepted by Nicaragua until the Treaty of Limits of 1858.” (MCR, p. 12, para. 2.14.)

28. In her Counter-Memorial, Nicaragua points out that the annexation of Nicoya in 1824 involved a challenge to the principle of *uti possidetis*, and to the colonial boundaries at the time of independence (CMN, pp. 16-17, paras. 1.2.2-1.2.3; pp. 21-25, paras. 1.2.13-1.2.23).

29. It is the position of Nicaragua that the San Juan de Nicaragua River belonged exclusively to the Province of Nicaragua from 1573. It is also the position of Nicaragua that the status of Nicoya was not determined until the Treaty of Limits of 1858.

30. In 1857 Nicaragua negotiated the Juarez-Cañas Treaty with Costa Rica (MCR, Vol. 2, Ann. 5). This Treaty was not ratified by Costa Rica but it provides a precedent for the settlement of 1858. The purpose of the Juarez-Cañas Treaty was precisely to bring about a settlement of the Nicoya dispute. Thus the first Article provides:

“First: The Government of Nicaragua, as a sign of gratitude for the Government of Costa Rica, for its good offices on behalf of the Republic, for the solid determination and great sacrifices made for the cause of national independence, waives, takes and puts away every right on the District of Guanacaste, [another name

⁹“Pour l’instant et jusqu’à ce que la démarcation du territoire de chaque État, telle qu’elle est prévue par l’Article VII de la Constitution, soit effectuée, le district de Nicoya CONTINUERA à être séparé du Nicaragua et annexé au Costa Rica.”

for the area of Nicoya] which is now called the Province of Moracia of the Republic of Costa Rica, to be understood, held, and acknowledged, from now and forever, as an integral part of said Republic, under the sovereign jurisdiction of said Government.”¹⁰

31. For reasons of pure political opportunism, the 1857 Treaty was not ratified by Costa Rica. The opportunism took the form of the signing of a concession with William Webster on 14 July 1857 purporting to grant rights for the business exploitation of the interoceanic transit route that passed entirely through Nicaraguan territory.

32. As part of her strategy to seize the transit route, Costa Rica presented an ultimatum to Nicaragua on 14 October 1857 to hand over the port of San Carlos on Lake Nicaragua (CMN, Ann. 22).

33. This demand was treated by Nicaragua as a declaration of war and the Nicaraguan Government issued the following Decree dated 19 October 1857:

“Art. 1. Nicaragua accepts the war declared by the Government of Costa Rica and will vindicate its rights which have been deliberately violated by the conduct of that Government.

Art. 2. The Republic of Nicaragua will protect and preserve its rights along the entire transit route, from San Juan del Norte, through the river and lake to San Juan del Sur, as well as the rights it has in the district of Guanacaste [again, that is another name for Nicoya], including its lands, forests and rivers.

Art. 3. The necessary force will be organised to execute the provisions of this decree.”¹¹ (CMN, Ann. 57.)

34. The outcome of the new conflict and the military occupation of Nicaraguan territory by the Costa Rican army was that Nicaragua was coerced into accepting a very unfavourable treaty of peace. This was the Martinez-Cañas Treaty concluded on 8 December 1857 (MCR, Vol. 2, Ann. 6). Among various provisions drafted in favour of Costa Rica, Article VIII purported to determine the boundaries of the district of Nicoya.

¹⁰“Premièrement: Le Gouvernement du Nicaragua, en signe de gratitude envers le Gouvernement du Costa Rica pour ses bons offices en faveur de la République, pour sa ferme détermination et pour les grands sacrifices qu’il a consentis pour la cause de l’indépendance nationale, renonce à tout droit sur le district de Guanacaste, maintenant appelé province de Moracia de la République du Costa Rica, qui doit désormais être considérée et reconnue comme faisant partie intégrante de ladite République, sous la juridiction souveraine dudit Gouvernement.”

¹¹ “Article 1. Le Nicaragua accepte la guerre déclarée par le Gouvernement du Costa Rica et fera valoir ses droits qui ont été délibérément violés par la conduite de ce Gouvernement.

Article 2. La République du Nicaragua protégera et préservra ses droits le long de toute la ligne de transport, de San Juan del Norte en passant par le fleuve et le lac jusqu’à San Juan del Sur, ainsi que les droits qui sont les siens dans le district de Guanacaste, dont ses terres, ses forêts et ses rivières.

Article 3. La force nécessaire sera organisée pour mettre en œuvre les dispositions du présent décret.”

35. Fortunately, the forms of duress which led to the signature of the Martinez-Cañas Treaty — that is, the intervention of the filibusters led by William Walker — also brought about the withdrawal of the Costa Rican army of occupation. These developments enabled Nicaragua to resume control of the San Juan River and to repudiate the imposture of the Martinez-Cañas Treaty. This repudiation was in January 1858 and in April of the same year Nicaragua was able to negotiate the Treaty of Limits which is now before the Court.

36. The historical context is described by an authoritative and independent source, in the form of the Rives Report.

37. As the Court will recall, in the arbitration conducted by President Cleveland, he empowered Mr. George L. Rives, Assistant Secretary of State to examine the arguments and evidence and to prepare a report to the President.

38. The negotiating history of the 1858 Treaty is described in the Report, dated 2 March 1888, and the significance of boundary disputes is confirmed in the following passages. Referring to the dissolution of the Federal Republic of Central America in 1838, Mr. Rives observes:

“But with the establishment of the Federal Republic, and still more, with the dissolution, the questions of boundary began to assume importance.

The Federal Constitution seems to have provided by its Article VII for the demarcation of each State; but nevertheless nothing was done towards the establishment of the line between Costa Rica and Nicaragua.

In 1838 Costa Rica seems to have urged upon Nicaragua — then assuming the rank of an independent State upon her withdrawal from the Federation — a desire for a recognition of the annexation of Nicoya. In 1846, 1848 and 1852 other fruitless negotiations were undertaken with a view to settling the boundary; and in 1858, when the Treaty of Limits was signed, the question, in one form or another, had been before the two Governments for at least twenty years.”¹² (CMN, Ann. 70.)

¹²Mais lors de l’instauration de la République fédérale et plus encore, lors sa dissolution, les questions de frontières ont commencé à prendre de l’importance.

Il semble que dans son Article VII, la Constitution fédérale prévoyait d’instaurer une démarcation, entre chaque Etat, mais rien n’a été fait en ce qui concerne le tracé de la ligne entre le Costa Rica et le Nicaragua.

En 1828, le Costa Rica semble avoir fait part au Nicaragua --- alors que celui-ci accédait au statut d’Etat indépendant après son retrait de la fédération de son souhait de voir reconnue l’annexion de Nicoya. En 1846, 1848 et 1852, d’autres négociations infructueuses ont été tentées en vue de délimiter la frontière ; en 1858, lors de la signature du traité de limites, la question avait, sous une forme o sous autre, préoccupé les deux gouvernements depuis au mois deux décennies.

39. The report by Rives refers to the desire of Costa Rica for recognition of the annexation of Nicoya, and this must emphasize the fact that the issue of the title remained open. If Nicoya was already part of Costa Rica, why would recognition be needed?

The diplomatic correspondence subsequent to the conclusion of the Treaty of 1858

40. The diplomatic correspondence emerging over a long period stands as witness to the role of the 1858 Treaty as a treaty of peace and as a treaty aimed at the settlement of a specific territorial dispute. The documents of the period 1870 to 1886 reveal a major paradox. The price of the peace settlement had been high for Nicaragua because she had agreed to the attribution of a large tract of her territory to Costa Rica.

41. This substantial territorial concession by Nicaragua was recognized by interested third parties. Reporting to the Secretary of State on 28 May 1858, the United States Resident Minister to the Governments of Costa Rica and Nicaragua, Mirabeau B. Lamar, observed:

“In my despatch, dated 28 April 1858, I mentioned that President Martinez had proceeded to Rivas to meet there President Mora, of Costa Rica, for the purpose of settling the question of Boundary between the two Republics. On the return of the President to Managua, the acting minister of Foreign Affairs addressed me a note (No. 1) enclosing a copy of the official Gazette, which, he said, would inform me of the happy results of the interview between the two Presidents at Rivas. I send herewith a copy of said Gazette and also my note (No. 2) — in reply to the Minister’s. You will find in the Gazette a Treaty of limits between the two Republics, by which it appears that Nicaragua has conceded all that Costa Rica demanded and probably more than she ever expected to obtain. Under this Treaty Costa Rica now claims all Guanacaste, [that is, Nicoya] and the right bank of the San Juan, from three miles below Old Castillo, to the mouth of the river, including Punta Arenas. This concession was made as an inducement to Costa Rica to enter into another Treaty of alliance defensive and offensive against the Filibusters.”¹³ (CMN, Vol.2, Ann. 25.)

42. As early as 1870 the Government of Nicaragua had complained to Costa Rica of the cession of a large portion of territory and had raised the issue of the validity of the Treaty of Limits (MCR, Vol. 3, Ann. 30).

¹³Dans ma lettre, en date du 28 avril 1858, j’ai indiqué que le président Martinez s’était rendu à Rivas pour s’y réunir avec le président Mora, du Costa Rica, afin de régler la question des limites entre les deux républiques. Au retour du président à Managua, le ministre des affaires étrangères par intérim m’a remis une note (n°2) — à laquelle était joint un exemplaire du journal officiel, qui m’a-t-il-dit, me mettrait au courant des heureux résultats de la réunion entre les deux président à Rivas. Vous trouverez ci-joint un exemplaire dudit numéro du journal officiel ainsi que de la note (n°3) par laquelle j’ai répondu au ministre. Vous verrez dans le journal officiel ci-joint le texte d’un traité de limites entre les deux républiques, dont il ressort que le Nicaragua a accordé au Costa Rica tout ce qu’il demandait, voire, probablement, plus que ce à quoi il ne s’est jamais attendu. En vertu de ce traité le Costa Rica réclame actuellement Guanacaste tout entier, et la rive droite du fleuve San Juan, depuis 3 milles au-dessous de Castillo Viejo jusqu’à l’embouchure du fleuve, y compris Punta Arenas. Cette concession a été accordée dans le but d’amener de Costa Rica à conclure un autre traité d’alliance, défensive et offensive contre les filibustiers.

43. The correspondence on the theme of the validity of the Treaty continued until the Agreement relating to the arbitration of President Cleveland in 1888. I refer to the Nicaraguan Note of 3 August 1886 and the response of Costa Rica dated 31 August 1886 (MCR, Vol. 3, Anns. 32 and 34).

44. In summary, the diplomatic materials confirm two significant elements in the political picture. The first is the essential character of the 1858 Treaty as a treaty of peace and boundaries. And the second, the secondary issue, which appeared subsequent to its conclusion, that of the validity of the Treaty.

45. This issue was, of course, the legal side of the Nicaraguan realization of the magnitude of the territorial cession which the Treaty had entailed. The general character of the Treaty of 1858 is to a great extent recognized in the Costa Rican Reply. And there we find:

“The present case is not one in which one or more riparian States decide to set up a particular fluvial regime, granting rights to other riparians or even to non-riparians. On the contrary, [this is Costa Rica], *this case concerns a treaty which settled a dispute with regard to sovereignty over the frontier areas of both countries, including over the San Juan River, recognising the sovereignty over the waters and one bank to one of the riparian States, and granting a perpetual right of free navigation for purposes of commerce to the other. One attribution (Nicaraguan sovereignty) is inseparable from the other (Costa Rican navigation): the condition for the acceptance of the first was the acceptance by the other party of the second.*”¹⁴ (RCR, p. 39, para. 2.69; emphasis added.)

46. Mr. President, this formulation goes some way to a fair analysis, but to equate the grant of sovereignty with the right of free navigation for certain purposes involves an opposition which is flawed in two respects.

47. First, in legal terms the right of navigation is necessarily subordinate to the grant of sovereignty.

48. And, secondly, in terms of the contractual architecture, the sovereignty granted to Nicaragua *in respect of the river* was a modest recompense for the cession of the extensive territory of Nicoya.

¹⁴La présente instance ne concerne pas l'établissement par un ou plusieurs Etats riverains, d'un régime fluvial particulier dans le cadre duquel des droits seraient accordés à d'autres riverains ou même à des non-riverains. Bien au contraire, la présente affaire concerne un traité qui réglait un différend relatif à la souveraineté sur les zones frontalières des deux Etats, y compris sous le fleuve San Juan, en reconnaissant la souveraineté sur les eaux et sur une rive du fleuve de l'un des Etats riverains et en octroyant un droit perpétuel de libre navigation aux fins du commerce à l'autre. L'attribution de l'un des droits (la souveraineté au Nicaragua) est inséparable de l'autre (la navigation au Costa Rica) : la condition d'acceptation de la première était l'acceptation par l'autre partie de la seconde.

The primary object and purpose of the 1858 Treaty as a treaty of limits: the legal consequences

49. And so the primary object and purpose of the 1858 Treaty is to create a boundary régime, a bilateral system of peace and good order. No rights are created for third States.

50. In this very specific geographical and historical milieu, recourse to principles of general international law relating to typologies of watercourses cannot be justified. In particular, there is no legal justification for generalizing from European treaty practice.

51. In the first place Latin American doctrine and practice is to the effect that there is no general right of freedom of navigation in the region, in the absence of special agreement. This is the opinion of Professor Caflisch expressed in his Hague lectures after reviewing a considerable quantity of material (*Recueil des cours*, Vol. 219 (1989, VII), p. 125). And there it is said this authority describes the doctrine as almost unanimous.

52. Moreover, the Department of State — the United States Department of State — *Digest of International Law*, edited by Dr. Marjorie Whiteman, under the side note *American rivers*, reports the leading Chilean authority as follows:

“At the Barcelona Conference, the Chilean publicist, Alejandro Alvarez, in his report as chairman of the subcommittee on navigable waterways, noted:

‘The principle of freedom of navigation on rivers has not evolved in the same manner in the American Continent. Freedom of navigation on international rivers has been admitted there, not as an extension of the European principle, but as a concession accorded voluntarily by the riparian States through the medium of *inter partes* agreements or of legislative acts . . .’ (League of Nations, Barcelona Conference, *Verbatim Records and Texts Relating to the Convention on the Regime of Navigable Waterways of International Concern* (Geneva, 1921) p. 225-226.)”

(*Digest of International Law*, Vol. 3, Department of State, Publication No. 7737, released October 1964, p. 881.)

53. Quite apart from the position in the Latin American doctrine and practice, our opponents contend that the right of navigation referred to in the 1858 Treaty is in some sense absolute or peremptory (RCR, paras. 3.13-3.25). This extravagant opinion appears to be related to general international law, but it lacks any foundation either in contemporary general international law of the nineteenth century or in regional doctrine and practice.

54. It is the position of Nicaragua, expressed in the Reply, that Nicaragua has a power of regulation consistent with the provisions of Article VI of the Treaty of 1858.

55. The well known authority of the nineteenth century, Wheaton, makes the following statement of principle:

“Things of which the use is inexhaustible, such as the sea and running water, cannot be so appropriated as to exclude others from using these elements in any manner which does not occasion a loss or inconvenience to the proprietor. This is what is called *innocent use*. Thus we have seen that the jurisdiction possessed by one nation over sounds, straits, and other arms of the sea, leading through its own territory to that of another, or to other seas common to all nations, does not exclude others from the right of innocent passage through these communications. The same principle is applicable to rivers flowing from one State through the territory of another into the sea, or into the territory of a third State. The right of navigating, for commercial purposes, a river which flows through the territories of different States, is common to all the nations inhabiting the different parts of its banks; but this right of innocent passage being what the text-writers call an *imperfect right*, its exercise is necessarily modified by the safety and convenience of the State affected by it, and can only be effectually secured by mutual convention regulating the mode of its exercise.” (Wheaton, *Elements of International Law*, 1866, Part II, Chap. IV, Sect. 193.)

56. It is not suggested that this reasoning is directly applicable to the present case, especially in view of the fact that the right of navigation presently in issue arises from a bilateral treaty. However, the significant point is presented in the final sentence of the passage from Wheaton which clearly assumes that, when it exists, a right of navigation for commercial purposes is subject to certain conditions “regulating the mode of its exercise”.

57. It is generally accepted that any right of navigation is in principle subject to the regulatory power of the riparian State. Thus, Professor O’Connell summarized the position in general international law in this way. He said:

“In the absence of treaty obligation a riparian is not obliged to maintain the river for freedom of navigation, and hence may not be proceeded against, except under its own municipal law, for nonfeasance in the matter of river obstructions. Conversely, the regulatory jurisdiction which the riparian State possesses extends to the requirement that workers on board vessels passing through its waters or registered in its territory be insured. And, at least in principle, riparian freight rate limitations are not incompatible with the freedom of navigation.” (*International Law*, 2nd ed., 1970, Vol. 1, p. 569.)

58. And the case law affirms the rule of general international law that a State may exercise a police power in respect of vessels exercising a Treaty-based right of free navigation in rivers within its territory. I refer now to the General Claims Commission’s decision in *James H. McMahan (U.S.A) v. United Mexican States* (1929).

59. This, I think, is important and I would like the patience of the President while I read the relevant passages. In the words of the decision:

“In view of these provisions, there is no doubt but that McMahan and his companions were exercising a perfectly recognised right in navigating on a part of the Rio Grande *which serves as boundary between the two nations*:

But, on the other hand, it is also necessary to take into account that the same Treaty of 1848, to which reference has been made above, in its Article VII further provides that:

‘The stipulations contained in the present Article shall not impair the territorial rights of either republic within its established limits.’

The Treaty of 1853, as has been noted, leaves in force all of Article VII, in so far as it relates to all of that portion of the Rio Grande which under this Treaty was established as a boundary, and, consequently, leaves in force the reservation hereinbefore alluded to.

It appears that the reservation expressly made of the territorial rights of either Republic, within the limits which were established, covers the right of exercising the police power, inasmuch as it is one of the rights which the sovereign exercises over its territory. It is pertinent to recall at this point that the boundary or dividing line between both nations in reference to the Rio Grande, is the middle of this river, following the deepest channel, which signifies that up to this point, the two nations may exercise their full territorial rights. But if this alone were not sufficient, by studying the subject of navigation on international rivers, whether they be boundary lines between two or more territories, and empty into the *sea*, it is found that the tendency is to establish the principle of free navigation, provided it be always limited by the right of the riparian States to exercise police rights in that portion of the course which corresponds to them.

What extension this right of exercise of the police power may have, as confronted with the principle of free navigation, is a matter as yet not defined by theory or precedent. It is reasonable to think, however, that the right of local jurisdiction shall not be exercised in such a manner as to render nugatory the innocent passage through the waters of the river, particularly if it be established by treaty.

Therefore, it does not seem possible to deny that Mexico is entitled to exercise police powers, some police powers, at least, over the course of the Rio Grande, and it does not appear excessive or contrary to the right of free navigation, that jurisdictional action of the Mexican authorities, which in one specific occasion and for special causes bearing on its primary right of defense, was intended to ascertain what was being done and what objects were being carried by suspicious individuals who were travelling over deserted places in small crafts.” (*Reports of International Arbitral Awards*, Vol. 4, p. 490).

60. The position in general international law will be explored further by my distinguished colleague, Mr. Reichler. In the present case, and especially in the absence of the median line boundary, it is Nicaragua and not Costa Rica which has a police power over the San Juan River. In the award of President Cleveland, as arbitrator, the question of the right of navigation of vessels of

war was resolved not by recourse to a generalized “right of free navigation” but to the conditions of navigation specified in the Treaty. Thus the right of navigation is given a configuration related to the object and purpose of the Treaty of Limits, and not related to some general principle of navigation.

Conclusion: the primary object and purpose of the 1858 Treaty was the definitive settlement of a long-standing dispute concerning title to territory

61. Mr. President, the evidence available leads to the inevitable conclusion that the primary object and purpose of the 1858 Treaty was the definitive settlement of the long-standing territorial dispute concerning the region of Nicoya. The evidence of the specific object and purpose is as follows:

- (i) The historical context, including several bilateral treaties which form part of that historical context.
- (ii) The nature of the title, and the text of the preamble.
- (iii) The provisions of the Treaty itself, including the sequence of the provisions and the ranking of Article VI.
- (iv) The diplomatic correspondence subsequent to the conclusion of the Treaty.
- (v) The text of the Cleveland Award of 22 March 1888 and the report to the arbitrator by George L. Rives, Assistant Secretary of State, dated 2 March 1888.

62. Given that the Treaty of 1858 recognizes the territorial sovereignty of Nicaragua over the river as a whole, it must follow that the right of navigation is necessarily constrained by the existence of Nicaraguan title. Moreover, according to the general principles of international law, Nicaragua has both the right and the duty, as territorial sovereign, to make provision for safety of navigation and the maintenance of public order.

63. The ordinal significance of the interaction of territorial sovereignty and a régime of navigation is well recognized in the doctrine. The authorities refer to the regulatory power of the riparian State in such circumstances. When essentially similar legal questions were examined by international tribunals their decisions explicitly recognized that a State may exercise a police power in respect of vessels exercising a treaty-based right of free navigation in rivers forming part of its territory. In face of the awards in the *North Atlantic Coast Fisheries* case and in the *McMahan*

(*U.S.A.*) v. *United Mexican States* (1929) case, the Applicant State does not seek to deny either the authority or the relevance of these awards.

64. The counsel advancing the case for Costa Rica focus upon the words of Article VI of the Treaty of Limits, at least they do in principle. In reality the focus should be, in the first place, upon the territorial settlement, the grant of title over Nicoya to Costa Rica, and the determination of the boundary. In the context of general international law, the consequence is that the police power in respect of the San Juan River has been allocated to Nicaragua. Costa Rica does not have a police power because she does not have title in the area in question.

65. And thus the situation is in sharp contrast to the multilateral treaty régimes, such as the Oder or Danube, in which the multiple interests of the riparians necessitate some kind of segmentation of the police power. The police power involves the territorial sovereign having the power to decide the modalities of application of the provisions of the Treaty of Limits. And, in this context, the assertions of counsel for Costa Rica that the right of free navigation and sovereignty over the river of Nicaragua are on a basis of equality are without any legal foundation (CR 2009/2, para. 46 (Caflisch)).

66. In her Reply, Costa Rica is remarkably reluctant to recognize the force of the evidence, either in its separate manifestations, or as a whole. A careful examination of the individual sources is avoided. In this setting it has been necessary to reaffirm the pertinent elements of the interpretation of the Treaty of Limits and to place its provisions within the appropriate legal perspective.

67. Therefore, whatever the precise nature and extent of Costa Rica's rights within the provisions of the Treaty of Limits and the Cleveland Award, Nicaragua must have the exclusive competence to exercise the following regulatory powers:

- (a) the protection and maintenance of the right of navigation, that is to say, the power to maintain public order and standards of safety in respect of navigation;
- (b) the protection of the border, including resort to immigration procedures in respect to foreign nationals navigating in Nicaragua's territorial waters;
- (c) the exercise of normal police powers;
- (d) the protection of the environment and natural resources; and

(e) the maintenance of the treaty provisions prescribing the conditions of navigation in accordance with the Treaty; that is to say, the maintenance of the discipline of the Treaty as such, together with the terms of the Cleveland Award.

The nature and extent of Costa Rica's rights will be examined in greater detail in the presentations which follow.

This concludes my presentation and I thank the Court for its courtesy and attention. Mr. President, you may wish to call a coffee break but, if not, my friend Professor Romero is ready to come to the podium.

The PRESIDENT: I thank Mr. Ian Brownlie for his presentation. I indeed agree that it is appropriate for the Court now to have a coffee break of approximately 10 minutes and will come back for the continuation.

The Court adjourned from 11.25 a.m. to 11.35 a.m.

The PRESIDENT: Please be seated. The Court resumes its sitting. I now invite Professor Antonio Remiro Brotóns to take the floor.

M. BROTONS : Merci, Monsieur le président.

LE DROIT DE LIBRE NAVIGATION DU COSTA RICA «CON OBJETOS DE COMERCIO» (AVEC DES «OBJETS DE COMMERCE») SUR UN TRONÇON DU FLEUVE SAN JUAN

Introduction

Monsieur le président, Messieurs les juges, je suis très honoré de me présenter ici à nouveau pour plaider la cause du Nicaragua.

1. Le Nicaragua croit avoir démontré lors de la phase écrite¹⁵ que l'interprétation de l'article VI du traité Jerez-Cañas faite par le Costa Rica et à laquelle il s'obstine¹⁶ est dépourvue de tout fondement au regard des règles d'interprétation rappelées dans les articles 31 et 32 de la

¹⁵ Contre-mémoire du Nicaragua (CMN), chap. 4, p. 143-196, par. 4.1.1.-4.3.34 ; NR, chap. III, p. 99-157, par. 3.1-3.99.

¹⁶ Réplique du Costa Rica (RCR, chap. 3. A-C, p. 43-70 (par. 3.01-3.78), G, p. 97 (par. 3.157 1) et 2) ; tableaux 1 et 2 (p. 99-151).

convention de Vienne sur le droit des traités. Faisant une interprétation tendancieuse de ladite disposition, le Costa Rica a essayé et tente encore d'obtenir par la voie judiciaire ce qu'il n'a pas pu obtenir par la négociation, à savoir, la révision du traité dans un sens plus favorable à ses intérêts.

2. En effet, le Costa Rica prétendait — et continue de prétendre — que le droit perpétuel de «libre navigation depuis l'embouchure du fleuve San Juan jusqu'à trois milles anglaises en aval du Castillo Viejo avec des objets de commerce»¹⁷ établi par l'article VI du traité de 1858 lui octroie un droit d'utilisation de ce tronçon du fleuve pour toutes sortes d'activités touristiques, sportives et autres pouvant être réalisées sur un bateau en déplacement, et accuse le Nicaragua d'enfreindre ce droit dans la mesure où il limite et réglemente ces activités.

3. Le Costa Rica a articulé sa prétention sur une triple base :

1. l'affirmation d'un droit de libre navigation qui ne serait assorti d'aucune limite matérielle ;
2. la transformation de l'acception courante et naturelle de l'expression *objetos de comercio*, auxquels l'article VI du traité lie le droit de libre navigation, en un concept «finaliste», selon lequel *objetos de comercio* ne représenterait pas des *choses*, des *marchandises*, mais des *fins*, des *objectifs* commerciaux ; et,
3. une interprétation *évolutive* de la notion de *commerce* comprenant des activités et des domaines qui lui étaient étrangers à l'époque où le traité fut conclu.

4. Pour renforcer l'idée que le droit de libre navigation existe en soi, de manière autonome et absolue, le Costa Rica non seulement l'a analysé indépendamment de tout lien avec les *objetos de comercio*¹⁸, mais en outre il a établi une différence explicite entre les présumées «violations du droit perpétuel de libre navigation du Costa Rica» et les «violations du droit de navigation du Costa Rica «aux fins de commerce»»¹⁹, et de manière systématique, tout au long de ses

¹⁷ «[L]ibre navegación desde la desembocadura del río San Juan hasta tres millas inglesas abajo del Castillo Viejo con objetos de comercio». Les italiques sont de nous, sauf indication contraire.

¹⁸ RCR, chap. 3.B («A perpetual Right of Free Navigation»), chap. 3.C («Con objetos de comercio»).

¹⁹ RCR, chap. 4.B (Breaches of Costa Rica's perpetual right of free navigation), chap. 4.C (Breaches of Costa Rica's right of navigation «for purposes of commerce»).

interventions écrites et orales, il fait de nombreuses allusions au *droit de libre navigation* tout court²⁰.

5. Les prémisses sur lesquelles s'appuie le Costa Rica étant erronées, les conséquences qui en découlent doivent être rejetées. Le droit de navigation du Costa Rica sur un tronçon du fleuve San Juan doit être interprété en tenant compte de la souveraineté du Nicaragua sur le fleuve, de sa «maîtrise exclusive et [son] contrôle suprême» pour reprendre les termes du traité²¹. Il doit aussi se limiter matériellement à être exercé «con objetos de comercio», c'est-à-dire, avec les choses qui font l'objet de l'activité commerciale.

Une navigation *con objetos de comercio* (avec des objets de commerce) : le texte

6. En appliquant la *règle générale* d'interprétation rappelée dans le paragraphe premier de l'article 31 de la convention de Vienne, c'est-à-dire, en interprétant les termes de l'article VI du traité Jerez-Cañas *bona fide* conformément à leur sens ordinaire dans le contexte du traité, il est clair que les *objetos de comercio* sont des marchandises, des choses faisant l'objet d'un commerce.

7. On a beaucoup parlé de *objeto*, de *objetos*. Mais ce ne sont pas ces termes, isolés, *robinsoniens*, ceux qui gardent la clé de l'interprétation du droit de navigation octroyé au Costa Rica par l'article VI du traité Jerez-Cañas. C'est le syntagme, c'est-à-dire le groupe de mots «objetos de comercio», dont l'interprétation est déterminante à cette fin.

8. Le Nicaragua a demandé une expertise à M. Manuel Seco Reymundo, membre de l'Académie royale espagnole depuis 1979 et l'un des linguistes hispanophones les plus renommés, auteur du *Dictionnaire des doutes et des difficultés de la langue espagnole*²² et du *Dictionnaire de l'espagnol actuel*²³. Il est catégorique :

«lorsque le terme admet *potentiellement* plusieurs contenus, comme ici, son sens *réel* (c'est-à-dire «effectif», «concret») ou son contenu précis ne peut être déterminé qu'à

²⁰ Ainsi, à titre d'exemple, RCR, par. 1.27, 2.26, 2.27, 2.30, 2.33, 2.39, 2.40, 2.57, 2.68, 2.74 6), 3.79, 3.97, 3.134, 3.148, 4.38, 4.42, 4.50, 4.69, 4.70, 4.71, 4.87, 5.05, 5.25, 5.28 et 5.29 ; à titre d'exemple, voir CR 2009/2, p. 25, par. 2 ; p. 37, par. 10 ; p. 44, par. 34 ; p. 49, par. 46 ; p. 49, par. 49.1 ; p. 50, par. 49.2 ; p. 71, par. 62 ; et CR 2009/3, p. 8, par. 1 ; p. 12, par. 19 ; p. 22, par. 2 ; p. 23, par. 6 ; p. 26, par. 14 ; p. 31, par. 26 ; p. 39, par. 21 ; p. 44, par. 6 ; p. 50, par. 22 ; p. 51, par. 29, etc.

²¹ «La República de Nicaragua tendrá exclusivamente el dominio y sumo imperio sobre las aguas del río San Juan...» (art. VI du traité Cañas-Jerez).

²² *Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española*, 1^a ed, Madrid, Aguilar, 1961; 10^a ed., Madrid, Espasa Calpe, 1998; 14^a reimpresión, 2008.

²³ *Diccionario del español actual*, 2 vol., Madrid, Aguilar, 1999.

la lumière du *contexte dans lequel il apparaît, parmi les propos effectivement tenus par son auteur (oralement ou par écrit) concret*. Autrement dit, il s'agit là de l'aspect *syntactique* du nom, au-delà de son aspect purement *lexical*. Bien que le dictionnaire expose la *potentialité* sémantique d'un terme, seule la manière particulière dont ce dernier est utilisé révèle comment cette potentialité *se concrétise*.»²⁴

9. Partant de ces considérations afin d'éclaircir la valeur du syntagme — ou groupe de mots — «objetos de comercio», M. Seco réalise une étude lexicale et de la syntaxe à partir des textes fournis par le Costa Rica lui-même²⁵ ainsi que d'autres extraits du *Corpus diachronique de l'espagnol actuel*²⁶, c'est-à-dire la banque de données de la langue espagnole jusqu'aux années 1980, préparée sous les auspices de l'Académie royale espagnole²⁷. M. Seco constatait que dans tous les cas étudiés, le syntagme «objetos de comercio» ne correspond pas au sens de «fins ou objectifs» mais *de manière indubitable* à celui de «choses faisant l'objet d'activités commerciales»²⁸.

10. Le Costa Rica a présenté un avis affirmant tout le contraire²⁹. Pour M. Moreno de Alba «la signification unique et indiscutable du syntagme *objetos de comercio* est «à des fins de commerce» (de marchandises ou de personnes)»³⁰. Comme les deux académiciens arrivent à des conclusions opposées, toutes deux présentées comme *incontestables*, il est évident que l'un d'eux se trompe.

11. Etant donné le caractère tardif de la demande faite par le Costa Rica en vertu de l'article 56.2 du Règlement pour produire l'avis du M. Moreno de Alba, tout porte à croire que

²⁴ «When the *potential* content is numerous, as in this case, the *real* meaning (that is, «de facto», «actual») of a word in a phrase, its precise content, is only obtained thanks to *the context in which it appears in the actual speech of a specific issuer (speaker or writer)*. In other words, it is the *syntactical* and not the purely *lexical* aspect of a noun. Although the dictionary gives us the semantic *potentiality* of a word, only its specific use can give us the concrete *realization* of that potentiality» (M. Seco Reymundo, *Dictate sobre el Syntegra «con objetos de comercio» en el text del Traded de Limits entre Costa Rica y Nicaragua subscript el 15 de aril de 1858*, par. 6. (Duplique du Nicaragua (DN), vol. II, annexe 64, par. 6.) C'est lui qui souligne.

²⁵ RCR, tableau 1 : *Use of the term "Objetos" meaning "purposes" in nineteenth Century Documents*, RCR, p. 99-126.

²⁶ *Corpus Diacrónico del Español Actual* (CORDE).

²⁷ See en <http://www.rae.es>

²⁸ «[t]hinges on which the activity of commerce falls» (M. Saco Raymond, *Dictate...*, par. 13.

²⁹ Letter from the Agent of Costa Rica dated 27 November 2008, Annex 1.

³⁰ «[t]he Orly and unequivocal meaning of the syntagme «con objetos de comercio» ... is ... with purposes of commerce (of goods or people)» (J. G. Moreno de Alba, *Dictamen sobre el significado del sintagma «con objetos de comercio» en el contexto del artículo 6º del «Tratado de Límites entre Costa Rica y Nicaragua» (14 de abril de 1858)*, 9 de noviembre de 2008, Documents Annexed to Letter from Agent of Costa Rica dated 27 November 2008, Ann. I).

l'avis de M. Seco a beaucoup inquiété le demandeur, qui a invoqué le principe d'*égalité des armes* pour fonder sa demande³¹.

12. Un conseil du Costa Rica a soutenu que M. Seco «répète ce que le défendeur a avancé dans son contre-mémoire»³². Je préférerais croire qu'il n'y a pas de messages cachés dans cette affirmation. M. Seco est très soucieux de sa réputation professionnelle. En tous cas, le Costa Rica fait erreur dans son appréciation et même il se contredit. Car, si M. Seco répète le contre-mémoire du Nicaragua, comment pourrait-on expliquer que — comme l'affirme le Costa Rica — «le Nicaragua a changé de tactique au cours de la phase écrite. Dans son contre-mémoire son effort s'est concentré sur sa volonté de démontrer que «objetos» voulait dire «articles». Dans sa duplique, le Nicaragua aurait découvert que le terme essentiel serait «comercio».» Mais l'explication est très simple : l'avis de M. Seco nous a convaincus de l'impossibilité d'arriver à des conclusions définitives sur la portée du droit de navigation «con objetos de comercio» si on insistait sur l'exégèse du terme «objetos», isolé des autres mots qui composent le groupe à interpréter.

13. Monsieur le président, pour neutraliser l'avis d'une autorité reconnue dans la lexicographie et la recherche syntaxique, il ne suffit pas de présenter en dernière minute un autre avis ; cela peut même s'avérer contreproductif. Indépendamment du fait qu'un expert puisse être plus qualifié qu'un autre sur le point soumis à son expertise, il convient de comparer le raisonnement suivi par l'un et l'autre pour apprécier la valeur respective de leur avis.

14. Malheureusement, peut-être en raison du bref délai qui lui était imparti pour remplir sa tâche, l'avis de M. Moreno de Alba n'apporte pas de preuves documentaires à l'appui de ses conclusions sur l'interprétation du syntagme «objetos de comercio», ce qui est assez préoccupant.

[Projection 1]

15. Peut-être aurait-il pu en chercher dans le *Corpus diacronique de l'espagnol actuel*. M. Moreno de Alba connaît cet ouvrage, qu'il invoque sur d'autres points³³. En revanche, l'expert du Costa Rica passe sous silence l'existence des huit cas du syntagme «objetos de comercio» que le

³¹ Letter from the Agent of Costa Rica dated 27 November 2008, p. 2.

³² CR 2009/2, p. 55, par. 12.

³³ J. G. Moreno de Alba, *Dictamen*, cit., par. II, III.2, IV.1, VI.

Corpus diacronique recense depuis 1820, tous avec une signification dépourvue de tout équivoque : il s'agit de «choses faisant l'objet d'activités commerciales»³⁴. Ces cas, auxquels on peut accéder sans difficulté et sans coût grâce à la page *web* de l'Académie royale espagnole³⁵, figurent dans le dossier dont vous disposez, Messieurs les juges.

La traduction anglaise de la phrase «con objetos de comercio» (avec des objets de commerce)

16. Monsieur le président, le Costa Rica prétend remplacer l'interprétation du seul texte authentique rédigé en espagnol par l'interprétation d'une traduction anglaise faite à l'occasion de l'arbitrage Cleveland qu'il considère mieux adaptée à ses prétentions. Cependant, la traduction du syntagme «con objetos de comercio» par «for purposes of commerce» n'impliquait nullement une prise de position sur différentes interprétations de la portée du droit de libre navigation ni de la part des Parties, ni de celle de l'arbitre : ce n'était pas un point controversé soumis à la décision du président Cleveland.

17. Le Costa Rica essaie de noyer la Cour sous une longue liste de documents du XIX^e siècle utilisant le terme «objetos» (objets) au pluriel dans le sens de «purposes»³⁶. Cependant, la plupart — soixante sur soixante-seize — des exemples cités ne parlent pas d'objets au pluriel mais d'objet au singulier et par conséquent ne sont pas pertinents dans le cas qui nous occupe : le Nicaragua ne conteste pas les différentes acceptions du terme «objet» au singulier. Il peut se référer indifféremment à une matière, à une chose et, également, à un objectif ou à une fin, selon le contexte de la phrase.

18. En outre, dans dix des seize dispositions figurant dans la liste mentionnée concernant le mot «objetos» (objets) au pluriel et que le Costa Rica traduit par «purposes», le terme «objetos» apparaît seul³⁷, ce qui prive également ces exemples de pertinence pour la même raison. Ce qui est contesté par le Nicaragua dans cette affaire est le sens que le Costa Rica donne à *objetos* au pluriel quand ces *objetos* sont liés au *commerce* et qu'on prétend naviguer avec eux.

³⁴ «[t]hings on which the activity of commerce falls» (M. Seco Reymundo, *Dictamen*, par. 13).

³⁵ Real Academia Española: Banco de Datos (CORDE) (en línea). *Corpus diacrónico del español* (<http://www.rae.es>)

³⁶ Tableau 1: utilisation du terme «objetos» au sens de «fins» dans les documents du XIX^e siècle (Table 1: Use of the term «objetos» meaning «purposes» in 19th Century Documents) (RCR, p. 99-126).

³⁷ Doc. 3 (art. 37, p. 101), 7 (art. 3 et 7, p. 106), 10 (art. VIII, p. 109), 11 (préambule, p. 110), 14 (art. I et VII, p. 112), 15 (art. VII et XIX, p. 113) et 28 (par. V, p. 123).

19. Au surplus, la traduction de «objetos» par «purposes» ne saurait établir la signification du terme dans la langue d'origine, celle du traité ; c'est le sens de l'expression dans son ensemble, en langue espagnole — *objetos de comercio* — qui est important dans ce cas. Je le rappelle : il s'agit ici de l'interprétation d'un texte faisant autorité uniquement et exclusivement en langue espagnole et non de ses traductions.

20. Il ne nous reste que six exemples dans la liste, mais comme deux d'entre eux correspondent à l'article VI du traité Jerez-Cañas³⁸ et à la sentence Cleveland³⁹ qui les mentionne et dont l'interprétation est précisément au cœur de la controverse, ils sont dépourvus de toute valeur probante. Ne restent donc que quatre dispositions⁴⁰, identiques, qui se réfèrent au droit des citoyens des parties à «louer et occuper des maisons et des entrepôts par *los objetos de su comercio* (*for the purpose(s) of their commerce*)»⁴¹.

21. Il s'agit là d'une disposition type spécifique des traités d'amitié, de commerce et de navigation depuis le traité Jay entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis, du 19 novembre 1794⁴², disposition qui, dans les relations entre les Etats-Unis et le Nicaragua, figure à l'article II du traité Molina-Webster du 10 juillet 1851, et que l'on retrouve dans les traités Cass-Irissarri du 16 novembre 1857, et Lamar-Zeledón du 16 mars 1859, non ratifiés, et plus tard dans celui dit Ayón-Dickinson du 21 juin 1867.

22. Mais, quel sens faut-il donner au fait que les citoyens des deux pays aient la liberté de louer et d'occuper des maisons et des entrepôts «para los objetos de su comercio» («for the purposes of their commerce»).

[Projection 2]

23. A la lumière du contexte dans lequel cette disposition est employée — contexte commun à tous les traités de ce type — l'interprétation s'impose d'elle-même. Si nous lisons, par exemple, l'article 14 du traité Jay, nous pouvons constater, qu'après avoir établi la liberté de commerce et de navigation entre les deux pays, cet article fait très précisément référence au droit de leur citoyens

³⁸ Doc. 10 (art. 6, p. 108).

³⁹ Doc. 28 (p.123, par. 2).

⁴⁰ Doc. 6 (art. II, p. 105), 9 (art. II, p. 107), 12 (art. II, p. 111) et 16 (art. II, p. 114).

⁴¹ RCR, p. 4-5 et 60-62, par. 1.10-1.11 et 3.55-3.59.

⁴² Voir C. Parry, *The Consolidated Treaty Series*, vol. 52 (1793-1795), 1969, Oceana Publ. Inc., p. 243-272.

«to come with their Ships and Cargoes to the Lands, Countries, Cities, Ports Places and Rivers within (their) Dominions and Territories» et, ensuite, «to hire and occupy houses and warehouses for the purposes of their commerce».

[Projection 3]

24. Le traité d'amitié, commerce et navigation entre les Etats-Unis et le Costa Rica, conclu le 10 juillet 1851, suit, comme tant d'autres traités de cette période, le même modèle : son article II proclame, lui aussi, la liberté de commerce, le droit des citoyens des parties «to come with their ships and cargoes to all places ports and rivers of [their] territories»⁴³ et, finalement, la faculté «to hire and occupy houses and warehouses for the purposes of their commerce»⁴⁴.

25. Le commerce, le *business*, de ces citoyens qui louent et occupent des maisons et des entrepôts se traduisait en marchandises, fruits, articles, etc. Leur commerce porte évidemment sur les marchandises qu'ils achètent et qu'ils vendent et logiquement qu'ils entreposent et emmagasinent dans des bâtiments et des entrepôts. Ou bien devrait-on penser que la cargaison des navires qui entrent et sortent des ports et des fleuves sont des abstractions et que dans les hangars on emmagasine projets et intentions ? Peut-être dans la littérature de science-fiction, mais sûrement pas dans les traités dont nous parlons.

26. Voilà donc ce qui reste, *rien !*, du «nombre impressionnant», selon le Costa Rica, «de traités, contrats et autres instruments pertinents contemporains du traité de limites dans lesquels le terme «objets» a été utilisé très majoritairement au sens de «fins»»⁴⁵. Le Costa Rica aboutit ainsi au contraire du but recherché, vu qu'il ne peut produire aucun document permettant d'arriver à une autre conclusion mais qu'il en présente beaucoup qui confortent l'analyse du Nicaragua. Au XIX^e siècle les *objetos de comercio* ce sont seulement des marchandises.

27. Le Costa Rica inclut une seconde liste de références à des termes employés dans des documents du XIX^e siècle concernant le trafic commercial⁴⁶. Cette liste est encore plus inutile que

⁴³ «para ir ... con sus buques y cargamentos, a todos parajes, puertos y ríos en los territorios antedichos».

⁴⁴ «para alquilar y ocupar casas y almacenes para los objetos [*sic*] de su comercio».

⁴⁵ «[i]mpressive number of relevant treaties, contracts and other instruments contemporary with the Treaty of Limits in which the term «objets» was overwhelmingly used as meaning «purposes»» (RCR, par. 3.60).

⁴⁶ Tableau 2 : termes utilisés pour désigner les articles de commerce, les biens, les objets, etc. dans les documents du XIX^e siècle (Table 2: Terms to refer to Articles of trade, goods, things, etc. in 19th century documents), RCR, p. 127-151.

la première : elle se limite à prouver la richesse de la langue quand elle se réfère à — et je cite en espagnol — *mercancías, mercaderías, artículos, cosas, productos, bienes, frutos, efectos, materiales, géneros, producciones, manufacturas*, et, bien sûr, *objetos*, c'est-à-dire, *merchandises, articles, choses, produits, biens, fruits, effets, matériaux, productions, manufactures, objets*, qui se traduisent par *merchandises, articles, things, products, goods, effects, stock, items, materials, manufacture, objects...* Et pouvait-il en être autrement ? La langue de Don Quichotte, auquel la Partie adverse nous a fait l'honneur de nous comparer⁴⁷, est si riche que la liste pourrait être encore allongée.

La notion de «comercio» (commerce) vers le milieu du XIX^e siècle

28. Monsieur le président, Messieurs les juges, même si l'on invente une intention particulière derrière la référence de l'article VI du traité Jerez-Cañas aux «objets de commerce» compris comme «fins commerciales», le contexte du traité, à l'époque où le traité a été adopté, renvoie nécessairement ces objectifs au trafic de marchandises. La preuve grammaticale est frappante. La pratique conventionnelle l'est aussi.

29. En quoi consistait le *comerce* au milieu du XIX^e siècle ? La première acception de *comercio* (commerce) que propose le *Dictionnaire de l'Académie royale espagnole* de 1803 est : «Négociation et trafic qui se fait en achetant, en vendant, en échangeant des choses»⁴⁸.

[Projection 4 et 5]

30. On retrouve la même acception dans toutes les éditions postérieures⁴⁹ et, bien sûr, dans celle de 1852, en vigueur lors de la signature du traité Jerez-Cañas. Aujourd'hui *comerce* est encore en premier lieu «Négociation qui se fait en achetant et en vendant ou en échangeant des produits ou des marchandises»⁵⁰. Cette acception, à laquelle se limite le Nicaragua, correspond littéralement à la racine latine du mot.

⁴⁷ CR 2009/2, p. 75, par. 71.

⁴⁸ «Negociación y tráfico que se hace comprando, vendiendo o permutando unas cosas con otras» (DN, vol. II, annexe 59, p. 365) ; traduction anglaise : «Negotiation and traffic that is done buying, selling or exchanging some things for others» (Letter from Agent of Costa Rica, préc., annexe III).

⁴⁹ Voir DN, vol. II, annexe 59, p. 365-368

⁵⁰ «Negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías» (*Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22^e ed., 2001, p. 598).

31. Le Costa Rica a eu recours à l'article 56.2 du Règlement pour tenter d'accréditer, avec l'autorisation généreuse de la Cour, la possibilité de deux autres acceptions du terme dans les éditions successives du *Dictionnaire*⁵¹.

32. Est-ce que les nouvelles acceptions avancées par le Costa Rica *in extremis* changent-elles les données du problème ? Sûrement pas celle qui définit «commerce» comme «corps ou compagnie de commerçants en produits, marchandises, etc.»⁵², c'est-à-dire, comme la *societas mercatorum*.

33. La réponse est également *non* pour ce qui est de l'autre acception, qui définit «comercio» comme «Comunicación y trato de unas gentes o pueblos con otros», c'est-à-dire, «Communication et relations de groupes de personnes et de peuples avec d'autres»⁵³.

34. Il est surprenant que l'expert du Costa Rica passe sous silence — un autre de ses silences — la première acception commune et courante du commerce, liée à la «mercatura», ne serait-ce que pour la désavouer. Il préfère, comme le Costa Rica, s'en tenir à l'acception du commerce comme la communication entre peuples.

35. Cependant la notion de commerce comme «comunicatio», tombée d'ailleurs en désuétude aujourd'hui, comme le précise le *Dictionnaire*⁵⁴, est trop générique pour pouvoir avoir une signification dans le texte et le contexte de l'article VI du traité Jerez-Cañas. Et mieux vaut ne pas trop s'y attarder, parce que lorsque l'Académie précise les manifestations de cette communication, elle fait référence au type de commerce⁵⁵ pratiqué par la *troupe* du commandant Pantaleon Pantoja qui naviguait sur les fleuves de l'Amazonie, sur un bateau public, comme nous le raconte Mario Vargas Llosa⁵⁶. Si commerce est toute communication, les «objetos de comercio»

⁵¹ Letter from the Agent of Costa Rica, *op. cit.*, Ann. III.

⁵² «Cuerpo o compañía de comerciantes en géneros, mercancias, etc...».

⁵³ Traduction anglaise: «Communication and dealing of groups of individuals and peoples with others». Traduction faite par le Costa Rica: «Communication et relations de personnes ou de peuples avec d'autres»; traduction anglaise: «Communication and dealing of peoples and towns with others» (Letter from the agent of Costa Rica, *op. cit.*, Ann. III).

⁵⁴ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22^e éd., 2001, p. 599. Voir huitième acception.

⁵⁵ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 10^e éd., 1852, «La comunicación y trato secreto, por lo común ilícito, entre dos personas de distinto sexo» (Letter from the Agent of Costa Rica, *op. cit.*, Ann. III, g).

⁵⁶ M. Vargas Llosa, *Pantaleón y las Visitadoras*, Seix Barral, Barcelona, 1973 ; éd. en langue anglaise (*Captain Pantoja and the Special Service*, Harper & Row, New York, 1979 ; éd. française, (*Pantaleon et les Visiteuses*), Gallimard, Paris, 1990.

deviennent «objetos de comunicación» et les «purposes of commerce» se transforment en «purposes of communication». Etant donné que la communication dont on parle est fluviale, le droit reconnu par l'article VI du traité serait *le droit de navigation aux fins de la navigation* sur un tronçon du fleuve San Juan.

36. Cette approche biaisée du Costa Rica va de pair avec l'apparition dans le discours de son expert du verbe «traficar» («trafiquer») comme référence culte. Selon M. Moreno de Alba, «si *trafiquer* est, selon le *Dictionnaire*, synonyme de *faire du commerce*, et *trafic* équivaut à *commerce*, *commerce* peut très bien signifier «mouvement ou transit de personnes» et pas seulement de choses. Le commerce, le trafic peut se faire avec des choses et, aussi, avec des personnes», écrit-il⁵⁷.

37. Cependant il manque une étape dans ce raisonnement. L'expert du Costa Rica saute un élément, car on peut imaginer des dizaines de cas de personnes se déplaçant dans lesquels il y a trafic, mais il n'y a pas de commerce.

38. En outre, «comerciar» (faire du commerce) signifie, comme on peut le lire dans le même *Dictionnaire*, «négocier, en achetant, en vendant, en échangeant des produits»⁵⁸. D'où il découle que si «trafiquer», le verbe qu'affectionne M. Moreno de Alba, est «faire du commerce», *trafiquer* cela sera : «négocier, en achetant, en vendant, en échangeant des produits».

39. Cette conclusion, qui se dégage inévitablement de l'avis de l'expert du Costa Rica, est certes admise expressément dans le *Dictionnaire*. Quand M. Moreno de Alba nous dit que la première acception de «trafiquer» est «faire du commerce», il dit vérité, mais non toute la vérité.

[Projection 6]

40. La première acception de «trafiquer» est «faire du commerce», virgule, «négocier avec l'argent et les marchandises»⁵⁹. Tout lecteur de dictionnaires, et particulièrement ceux d'un dictionnaire académique, comprend cette addition, omise par l'expert du Costa Rica, comme «faire du commerce, *dans le sens* de négocier avec l'argent et les marchandises».

⁵⁷ «If *to traffic* , according to the DRAE, is a synonym of *to commerce*, and *traffic* is a synonym of *commerce*, thus *commerce* can manifestly signify movement or transit of people, not only of things. Commerce and, therefore, traffic, can be attributed to things as well as to people» (J.G. Moreno de Alba, *Dictamen*, *op. cit.*, par. VII). C'est lui qui souligne.

⁵⁸ «negociar comprando y vendiendo o permutando géneros». (*Diccionario*, *op. cit.*, p. 598).

⁵⁹ «negociar con el dinero y las mercancías» (*Diccionario*, *op. cit.*, p. 2206).

41. Il n'est donc pas étonnant qu'une lecture erronée du *Dictionnaire* soit à l'origine d'autres erreurs comme celle, très embarrassante, d'inclure le trafic, la traite de personnes, dans ces conclusions, ce qui, incontestablement, n'entraîne pas dans l'intention des parties au traité Jerez-Cañas. Monsieur le président, Messieurs les juges, si vous me permettez cet oxymoron, les *silences* de l'avis de l'expert du Costa Rica *parlent*.

42. Au vu de ces données, la seule conclusion à laquelle on peut aboutir d'un point de vue lexicographique et syntaxique est la suivante : dans l'article VI du traité Jerez-Cañas, signé le 15 avril 1858, le syntagme *con objetos de comercio* signifie «avec des choses faisant l'objet d'activités commerciales»⁶⁰, c'est-à-dire, en bon français, «avec des marchandises».

La confirmation de l'interprétation du texte

43. Les conclusions qui découlent du texte de l'article VI sont confirmées par son contexte (visé à l'article 31, paragraphe 2, de la convention de Vienne), c'est-à-dire, dans le cas présent, le traité Jerez-Cañas dans son ensemble, y compris son objet et son but. Le titre même du traité l'identifie comme un traité de «limites» (c'est-à-dire un traité frontalier) entre le Nicaragua et le Costa Rica qui, comme ils le déclarent dans le préambule, tentent de mettre fin à leurs différends. La nature d'un traité est de grande importance, bien évidemment, sur les effets de l'interprétation de ses clauses. Je me réfère à cet égard à la présentation très convaincante déjà faite par mon collègue, M. Brownlie.

44. Le Costa Rica soutient que les termes «con objetos de comercio» dans le contexte du traité peuvent seulement signifier «aux fins de commerce», et pour essayer de le démontrer, le Costa Rica mentionne quatre éléments du contexte qu'il considère «fondamentaux».⁶¹ Le problème avec le Costa Rica est qu'il considère acquises des interprétations du traité de 1858 non partagées par le Nicaragua.

45. En particulier, le Costa Rica présente une tendance inquiétante à remplacer le texte par le contexte. C'est ainsi, par exemple, qu'en se référant à la zone géographique où les navires de l'un ou l'autre Etat peuvent accoster, décrite comme «la portion du fleuve où la navigation est

⁶⁰ «[t]hings on which the activity of commerce falls» (M. Seco Reymundo, *Dictamen*, par. 13).

⁶¹ CR 2009/2, p. 64-66, par. 40-45.

commune», le Costa Rica demande au Nicaragua «comment...[p]eut-il expliquer l'adjectif «commune» qui qualifie la navigation des deux Etats sur ce tronçon, s'il est vrai que l'un d'entre eux aurait un droit absolu de navigation et l'autre un droit extrêmement limité ?»⁶².

46. La question est très facile à résoudre. Parler d'un tronçon du fleuve où la navigation est commune n'implique pas que le droit sous-jacent soit identique pour tous les navires. Pour le Nicaragua le droit de naviguer a son fondement dans la souveraineté territoriale ; pour le Costa Rica le fondement se trouve dans la disposition lui attribuant le droit de naviguer «con objetos de comercio», les deux titres, le nicaraguayen et le costa-ricien, étant reconnus dans l'article VI du traité. Le contexte ne peut pas déborder le texte.

47. Au demeurant, étant donné que l'application de la *règle générale* de l'article 31 de la convention de Vienne donne une interprétation claire et raisonnable de la portée du droit reconnu au Costa Rica dans l'article VI du traité Jerez-Cañas⁶³, il n'est pas nécessaire d'avoir recours aux moyens d'interprétation complémentaires cités dans l'article 32 de la convention. J'insiste sur ce point⁶⁴ parce que le Costa Rica s'entête à affirmer que le Nicaragua prétend remplacer l'interprétation résultant de la *règle générale* par une interprétation fondée surtout sur les moyens complémentaires⁶⁵.

48. Quoi qu'il en soit, les antécédents confirment l'interprétation faite par le Nicaragua conformément à la *règle générale* rappelée par l'article 31 de la convention de Vienne. Tous les documents diplomatiques et les traités avortés antérieurs au traité Jerez-Cañas rapportent la navigation sur le fleuve San Juan au transport de fruits, de produits, de marchandises, notamment de café. Vers 1850, le café représentait plus de 90 % des exportations du Costa Rica, la moitié de la production était destinée à la Grande-Bretagne. Le Costa Rica n'ayant pas de port propre dans les Caraïbes, il était vital pour lui d'obtenir un débouché sur cette mer afin d'éviter la route du cap Horn, dangereuse, longue et coûteuse, et de réduire une traversée de cinq mois à tout au plus quarante jours.

⁶² CR 2009/2, p. 65, par. 42.

⁶³ CMN, p. 156 et suiv., par. 4.1.23 et suiv.

⁶⁴ CMN, p. 160, par. 4.1.34.

⁶⁵ CR 2009/2, p. 73, par. 63.

49. Il en va de même de la pratique postérieure dont le professeur Pellet dira quelques mots dans un instant. Peu de mots d'ailleurs, car, justement il n'y a pas eu de pratique ni de contestations ; et c'est, en soi, très significatif.

Conclusion

50. En résumé, Monsieur le président, Messieurs les juges, les *objets de commerce* auxquels se réfère l'article VI du traité Jerez-Cañas sont, dans tous les cas, des choses, des produits ou des marchandises, aussi bien si l'on considère l'interprétation grammaticale du syntagme que si l'on constate, dans une perspective historique, qu'il ne pouvait s'agir que de ceci dans le contexte du milieu du XIX^e siècle.

51. Le Costa Rica insiste sur la séparation du droit de navigation et de la limitation expresse de le faire «avec des objets de commerce»⁶⁶, bien qu'ils soient inséparables, comme la tête et le tronc pour rester en vie. Dans l'interprétation du Costa Rica la «navigation» en vient à occuper tout l'espace et devenir un droit en soi, quel que soit son objet, qu'il s'agisse de tourisme, de radiodiffusion, de pêche sportive et commerciale ou de jeux de hasard : toutes ces activités allant clairement au-delà du simple transfert ou du transport de marchandises auquel le droit de navigation établi par le traité fait exclusivement référence. L'objectif du Costa Rica n'est pas de naviguer *for purposes of commerce* mais d'exploiter à d'autres fins un fleuve qui ne lui appartient pas.

52. Est-ce que le Costa Rica pourrait fonder ses prétentions sur une interprétation *évolutive* de la notion et du contenu du *commerce* qui a changé au fil du temps ? Certes, il y a des traités qui, par leur nature, leur objet et leurs fins, se prêtent à ladite interprétation. Mais ce n'est pas le cas du traité Jerez-Cañas. Le professeur Pellet présentera la position du Nicaragua sur cette question.

53. Le Nicaragua peut être disposé à négocier avec le Costa Rica l'exploitation du fleuve dans le cadre d'une coopération transfrontalière profitable pour les deux Parties, mais il ne peut accepter comme un droit conventionnel du pays frère une prétention politique basée sur ses propres intérêts économiques. Une chose est l'interprétation même évolutive d'un traité et une autre la revision de ce traité par voie judiciaire.

⁶⁶ RCR, chap. 3.B, p. 44-55, par. 3.05-3.38.

Monsieur le président, Messieurs les juges, je vous remercie de votre très aimable attention et, ayant achevé mon exposé, je vous prie, Monsieur le président, de bien vouloir appeler à cette barre le professeur Pellet pour la suite de la présentation du Nicaragua.

The PRESIDENT: I thank Professor Brotóns for his presentation. I now invite Professor Alain Pellet to take the floor.

M. PELLET :

INTERPRÉTATION DU TRAITÉ (SUITE)

1. Monsieur le président, Messieurs les juges, c'est un honneur et un plaisir de plaider devant les seize personnalités éminentes qui siègent aujourd'hui dans le grand hall de Justice, au nom à nouveau du Nicaragua. Je ne puis cependant m'empêcher de relever— et de regretter — l'absence de toute femme sur le siège — et pas seulement parce que ceci me prive de la possibilité de plaider en faveur de la féminisation des appellations...

2. Messieurs de la Cour donc, il m'incombe de compléter ce qu'a dit à l'instant mon collègue et ami Antonio Remiro Brotóns au sujet de l'interprétation du traité de 1858 et, plus spécialement, de cette fameuse expression : «*objetos de comercio*», ceci à la lumière de la pratique ultérieure. Je m'emploierai donc à montrer, dans un premier temps, que les libertés que l'on peut prendre avec le sens des mots dans l'interprétation des traités sont limitées— et beaucoup plus limitées que le Costa Rica voudrait le faire croire ; et, dans un second temps, que ses fantaisies interprétatives ne sont aucunement confirmées par la pratique ultérieurement suivie par les Parties.

I. Les limites de l'interprétation évolutive

3. Monsieur le président, la question de l'effet du passage du temps sur l'interprétation des traités a fait l'objet d'un nombre impressionnant de savants travaux, dissertant à l'infini sur les vertus comparées de l'interprétation «contemporaine» (ou du «renvoi fixe» (*fixed reference*) par rapport à l'interprétation évolutive (c'est le «renvoi mobile» (*mobile reference*)). Il s'agit, j'en conviens, d'un problème intellectuellement passionnant, mais je ne suis pas sûr qu'il justifie la véritable guerre de religions à laquelle se livrent les tenants de l'une ou de l'autre de ces approches, dont la combinaison s'impose si l'on veut aboutir à un résultat raisonnable. Et le principe de base

qui constitue la toile de fond de cette opération n'a rien de mystérieux et me paraît vraiment indiscutable ; il est celui-là même qui inspire le droit des traités dans son ensemble : tout se rapporte à *l'intention des Parties*.

4. Dans son avis de 1971 sur la *Namibie*, la Cour avait insisté sur «la nécessité primordiale d'interpréter un instrument donné conformément aux intentions qu'ont eues les parties lors de sa conclusion» (*the primary necessity of interpreting an instrument in accordance with the intentions of the parties at the time of its conclusion*) (*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) ; — et je relève que cette formule figure dans l'avis même qui est en général cité par les partisans de l'interprétation évolutive à l'appui de leur thèse, puisque c'est aussi dans l'avis de *Namibie* que la Cour a déclaré qu'un traité devrait être interprété «dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu» (*within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation*). Pour cela, la «Cour doit rechercher quelle était l'intention des parties à l'époque» (*the Court must seek to ascertain the intention of the parties at the time*) (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 346, par. 59). D'ailleurs, c'est également ainsi qu'a procédé l'ingénieur général Alexander dans sa première sentence datée du 30 septembre 1897 : «the principal and the controlling [consideration] is that we are to interpret and give effect to the Treaty ... in a way in which it was mutually understood *at the time by its makers*» («La principale [considération] est que nous devons interpréter et appliquer le traité ... comme il a été mutuellement compris *à l'époque par ses auteurs*») ⁶⁷. La question est donc de savoir si, au moment de la signature du traité de 1858, le Costa Rica et le Nicaragua avaient entendu figer la situation prévalant alors ou s'ils l'avaient conçu comme devant s'adapter aux évolutions à venir.

5. Etant donné sa nature de traité frontalier, il ne peut faire de doute que les Parties l'ont conçu essentiellement («essentiellement» au sens de «par essence») comme devant avoir un effet stabilisateur. Il s'agit — c'est son nom — d'un traité «de limites» et, comme l'a rappelé

⁶⁷ MCR, vol. 2, annexe 18 ; les italiques sont de nous.

M. Brownlie tout à l'heure, «lorsque deux pays définissent entre eux une frontière, un de leurs principaux objectifs est d'arrêter une solution stable et définitive» («when two countries establish a frontier between them, one of the primary objects is to achieve stability and finality») (*Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 34 ; voir aussi *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 37, par. 72). Il n'est pas davantage douteux que l'article VI du traité de 1858 relatif au régime du fleuve San Juan fait partie intégrante de ce règlement frontalier global, et ceci conduit à un à priori en faveur d'une interprétation restrictive des limitations qu'apporte cette disposition aux compétences souveraines («*dominium et imperium* exclusifs» («exclusive *dominium* and supreme control») qu'elle reconnaît expressément au Nicaragua. Et il s'agit bien d'une limitation — comme le Costa Rica le concède du bout des lèvres⁶⁸. Alors que la première phrase de l'article VI reconnaît la souveraineté du Nicaragua sur les eaux du fleuve, la deuxième, qui établit le droit de navigation (limité) du Costa Rica, le présente clairement comme une exception : ce que traduit la conjonction «toutefois» («pero»).

6. C'est en ayant à l'esprit ce souci fondamental de stabilité qu'il faut interpréter, plus précisément, «le droit perpétuel de libre navigation ... avec des marchandises» (los derechos perpetuos de libre navegacion ... con objetos de comercio) dont jouit le Costa Rica. Le «droit perpétuel» ne me paraît pas prêter à controverse — sinon que, contrairement à ce que nos contradicteurs répètent à l'envi, «perpétuel», cela ne veut pas dire «absolu» ou «inconditionnel»⁶⁹. En revanche, il est clair que la navigation et les marchandises — les «objets de commerce» — ont considérablement évolué en cent cinquante ans et qu'il serait absurde de considérer que le droit de navigation reconnu au Costa Rica par l'article VI du traité ne peut être exercé aujourd'hui qu'avec des goélettes ou des bateaux à vapeur. De même, il serait déraisonnable de confiner les «objets de commerce» bénéficiant de cette liberté aux seules marchandises qui existaient en 1858 : la liberté du Costa Rica de naviguer sur le San Juan «con objetos de comercio», renvoie, pour reprendre l'expression de la Cour dans l'affaire de la *Namibie*, à des notions qui «n'étaient pas statiques mais

⁶⁸ Cf. RCR, p. 30, par. 2.41, p. 58, par. 3.50 ; mais voir p. 39-40, par. 2.71. Voir aussi CR 2009/2, p. 34, par. 12, p. 38, par. 26, p. 41, par. 36, p. 44, par. 45 (Caflisch) ; CR 2009/3, p. 23, par. 7 (Caflisch) ; *contra* CR 2009/3, p. 23, par. 6, p. 33, par. 33 (Caflisch).

⁶⁹ Voir note CR 2009/3, p. 18, par. 35 (Crawford), p. 23, par.7, p. 30, par. 23, p. 31, par. 26 iv) (Caflisch).

par définition évolutives» («were not static, but were by definition evolutionary») (*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*)⁷⁰.

7. Dans le très bref développement qu'il a consacré à cette question, le professeur Kohen, se référant à l'arrêt de la Cour dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*⁷¹, prétend que «si l'affirmation nicaraguayenne relative aux marchandises est vraie, alors elle doit également s'appliquer aux «fins du commerce»⁷². Cette forte — mais lapidaire — affirmation repose sur deux postulats :

- 1) «con objetos de comercio» signifierait «avec des fins du commerce» ce qui, en français, écorche vraiment les oreilles — ce postulat est faux ; et
- 2) le «commerce» tel que l'envisage l'article VI du traité Cañas-Jérez est une notion évolutive ; ce second postulat va un peu vite en besogne car c'est justement ce qu'il faut démontrer !

8. En effet, pour «rechercher quelle était l'intention des parties à l'époque» (*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*), la Cour doit interpréter l'expression «los derechos perpetuos de libre navegacion ... con objetos de comercio» dans son ensemble «by reference to the circumstances prevailing when the treaty was concluded» («eu égard aux circonstances prévalant au moment de la conclusion du traité»)⁷³. Je note d'ailleurs en passant que c'est également ainsi qu'a procédé l'ingénieur général Alexander dans la sentence arbitrale qu'il a rendue le 30 septembre 1897 : «It is the meaning of the men who framed the treaty which we are to seek, rather than some possible meaning which can be forced upon isolated words of sentences.» («C'est ce qu'avaient à l'esprit les hommes qui ont élaboré le traité que nous devons rechercher, et

⁷⁰ Voir aussi, sentence arbitrale, 17 juillet 1986, *Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent entre le Canada et la France*, RSA, vol. XIX, p. 247, n° 37; sentence arbitrale, 24 mai 2005, *Chemin de fer dit Iron Rhine («Ijzeren Rijn») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas*, RSA, vol. XXVII, p. 72-74.

⁷¹ *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1978, p. 32, par. 77

⁷² CR 2009/2, p. 67, par. 73 (Kohen).

⁷³ Sentence arbitrale, 13 avril 2002 concernant la *Délimitation de la frontière entre l'Erythrée et l'Éthiopie*, RSA, vol. XXV, p. 110, par. 3.5.

non un sens hypothétique que l'on puisse imposer à des mots isolés.»⁷⁴ Or, au milieu du XIX^e siècle, il s'agissait exclusivement de permettre au Costa Rica d'exporter ses productions, en particulier son café, par la voie atlantique comme le professeur Remiro Brotóns vient de le rappeler⁷⁵. Nul ne pouvait envisager que les touristes, à l'époque seulement de riches et curieux oisifs, pourraient être définis comme des marchandises (en admettant que ce soit le cas aujourd'hui — *quod non*) : imagine-t-on Chateaubriand, Phileas Fogg ou, honni soit qui mal y pense !, Lord Elgin, en «objets de commerce» ? (ce qui ne les empêchait pas d'en faire — du commerce — mais c'est une autre affaire !).

9. Il ne saurait faire de doute, Monsieur le président, qu'un traité n'est pas un parchemin figé à jamais dans l'éternel hier, au moment où il a été adopté. Mais l'interpréter est une chose, en modifier le sens voulu par les parties au prétexte d'interprétation, une toute autre chose : «La Cour est appelée à interpréter les traités, non à les réviser.» («It is the duty of the Court to interpret the Treaties, not to revise them.») (*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 ; voir aussi *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 196.) Or l'interprétation avancée par le Costa Rica non seulement défie le sens commun — des touristes ne peuvent être assimilés à des «objets de commerce», à des marchandises — mais encore, elle ne pouvait être envisagée par les Parties il y a un siècle et demi alors que le tourisme n'avait aucunement la signification et l'importance économiques qu'il a aujourd'hui et était, à vrai dire, sans rapport aucun avec le commerce. Comme l'écrivait un auteur français en 1892 : «Le tourisme ... se résume tout entier en un seul mot : voir»⁷⁶. L'*American Dictionary of the English Language* datée de 1857 n'inclut pas le mot «tourism», mais seulement le terme «tourist» qu'il définit comme : «One who makes a tour or performs a journey in circuit»⁷⁷. Et en 1914, année où le mot «turista» a fait son apparition dans le dictionnaire de l'Académie

⁷⁴ MCR, vol. 2, annexe 18.

⁷⁵ Voir aussi CMN, p. 161, par. 4.1.35-4.1.36 ; DN, p. 106-107, par. 3.16, p. 108-128, par. 3.19-3.49 et p. 129-130, par. 3.52.

⁷⁶ Baudry de Saunier — cité in *Trésor de la langue française informatisé (TLFi)*, online <<http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>> (mot clé : tourisme).

⁷⁷ N. Webster, *The American Dictionary of the English Language*, Harper and Brothers, New York, 1857, p. 1039.

royale espagnole, sa définition se lisait ainsi : «Voyageur qui parcourt un pays pour se distraire et pour son plaisir.» Pas le moindre lien avec le commerce décidément.

10. Le glissement de sens opéré par le Costa Rica —intolérable en termes d'interprétation— serait d'autant plus inacceptable qu'il aurait pour effet de limiter considérablement (et d'une manière imprévue) les avantages que le Nicaragua tient de sa souveraineté sur le fleuve : comme cela a été rappelé avec force dans la sentence arbitrale de 1951 dans l'affaire du *Sheikh d'Abu Dhabi*⁷⁸ et réaffirmé par la Cour dans celle du *Plateau continental de la mer Egée*, il convient de «présumer qu'une personne qui cède des droits de propriété de grande valeur n'entend disposer que des droits qu'elle possède au moment de la cession» (*Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1978*, p. 32, par. 77) ; tel était, à l'évidence, le cas du Nicaragua, dont on ne peut pas présumer qu'il ait cédé au Costa Rica des droits dont personne n'envisageait l'existence en 1858, alors qu'ils sont devenus, un siècle et demi plus tard, un enjeu économique non négligeable.

11. Autrement dit, Monsieur le président, même si «con objetos de comercio» pouvait vouloir dire «à des fins commerciales» — ce que je ne concède que pour les besoins de la discussion — à l'époque, cette expression ne visait que le transport des marchandises, à l'exclusion des personnes. Comme cela ressort très nettement des traités contemporains d'amitié, de commerce et de navigation conclus par le Nicaragua avec des Etats tiers et invoqués par le Costa Rica⁷⁹, lorsque ces Etats voulaient inclure le transport des passagers dans leurs transactions conventionnelles, ils ne manquaient pas de le préciser. En tout état de cause, je le répète, nul n'envisageait alors que les touristes pussent être des «objets de commerce» et même à notre époque mercantile, ce n'est guère acceptable.

12. J'ajoute à cet égard que l'affirmation adroitement ambiguë du professeur Kohen selon laquelle, «[d]ans l'affaire *Kasikili/Sedudu*, votre Cour a rappelé que le Botswana et la Namibie avaient interprété la notion de liberté de navigation comme incluant la navigation touristique»⁸⁰, ne signifie sûrement pas qu'il existe un droit général à la navigation touristique sur les fleuves

⁷⁸ Sentence arbitrale, 28 août 1951, *Petroleum Development Ltd contre Sheikh of Abu Dhabi, ILR.*, vol. 18, 1951, p. 150-152.

⁷⁹ Voir CR 2009/2, p. 60-61, par. 49-51 (Kohen).

⁸⁰ CR 2009/2, p. 56, par. 34.

partiellement internationaux. Pour reconnaître au Botswana la liberté de navigation sur la Chobé, y compris pour les touristes, la Cour s'est en effet fondée non pas sur un imaginaire principe général de droit, mais sur l'accord des Parties constitué par les déclarations des deux Etats en plaidoiries, confirmant le communiqué de Kasane adopté le 24 mai 1992 par les présidents de la Namibie et du Botswana aux termes duquel : «la navigation devait rester sans entrave et, entre autres, les touristes devaient pouvoir se déplacer librement» (*Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie), arrêt, C.I.J. Recueil 1999 (II)*, p. 1107, par. 102 ; voir aussi, *ibid.*, Opinion individuelle du juge Kooijmans, p. 1150, par. 29). Puis-je suggérer que l'on ne se trouve pas à proprement parler dans ce cas de figure en la présente espèce ?

II. L'inexistence de la pratique et ses conséquences

13. Monsieur le président, j'en viens maintenant à la seconde partie de mon exposé, sur l'interprétation du traité de 1858 à la lumière de la pratique ultérieure — ou plutôt de l'absence de pratique ultérieure, car c'est bien de cela qu'il s'agit : le droit de navigation «avec des marchandises» ou même, plus largement, «à des fins commerciales», revendiqué aujourd'hui avec tant d'apparente conviction par le Costa Rica, n'a fait entre 1858 et le moment où est né le présent différend (au plus tôt en 1980 — en réalité à la fin des années 1990), l'objet d'aucune espèce de pratique — en tout cas pas d'une pratique qui permette d'éclairer le sens et la portée des droits de navigation accordés au Costa Rica par l'article VI du traité de limites et allant dans son sens.

14. L'article 31, paragraphe 3 *b*), de la convention de Vienne de 1969 appelle à tenir compte, dans l'interprétation d'un traité, en même temps que du contexte, «de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité». Comme l'a noté sir Humphrey Waldock dans son sixième rapport à la CDI sur le droit des traités : «pour qu'une pratique corresponde à son «interprétation authentique», il faut qu'il ressorte de cette pratique que l'interprétation dont il s'agit a recueilli l'assentiment tacite de l'ensemble des parties»⁸¹. S'agissant d'un traité bilatéral, il suffit, à vrai dire, que la

⁸¹ CDI, *Annuaire 1966*, vol. II, A/CN.4/186, p. 107, par. 18 ; voir aussi CDI, *Annuaire 1966*, vol. II, p. 241, Projet d'articles sur le droit des traités, par. 15 du commentaire du projet d'article 27 ; Giovanni Distefano, «La pratique subséquente des Etats parties à un traité», *AFDI*, 1994, p. 55, et G. Nolte, «Les traités dans le temps. En particulier : Accord et pratique ultérieurs», Rapport de la CDI sur les travaux de sa soixantième session, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2008, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, supplément n° 10* doc. A63/10, p. 400, par. 25.

pratique ouverte et constante de l'une des parties ne se heurte pas à une objection de la part de l'autre.

15. Mais, dans le cas qui nous occupe, le Costa Rica ne peut faire état d'aucune espèce de pratique établissant l'accord des Parties en faveur de l'interprétation nouvelle qu'il avance : jusqu'au début des années 1980, c'est d'inexistence de toute pratique allant dans le sens des prétentions costariciennes qu'il faut parler *a*) ; et, lorsque le problème s'est posé, à partir de cette période, c'est au contraire un désaccord constant que l'on constate *b*).

a) *L'absence de toute pratique confirmant les prétentions costariciennes*

16. Comme je l'ai rappelé brièvement tout à l'heure⁸², Monsieur le président, la clause litigieuse du traité de 1858 n'y a été insérée que parce que le Costa Rica avait besoin de ce droit de navigation (limité aux marchandises) pour assurer l'exportation de son café vers l'Europe. Le professeur Remiro Brotóns l'a rappelé : à cette époque, où le Costa Rica ne disposait ni d'un réseau de chemin de fer adapté, ni d'aucun port sur sa façade caraïbe, l'utilisation du San Juan était le seul moyen d'éviter les frais énormes, les incertitudes et les délais qu'imposait le passage par le cap Horn. Mais l'exercice de ce droit de navigation en vue du commerce des marchandises a perdu tout intérêt commercial et stratégique pour le Costa Rica à la suite de l'abandon des projets de construction d'un canal interocéanique et de l'ensablement de l'embouchure du fleuve qui l'a rendu inutilisable pour le trafic commercial⁸³. Le Costa Rica s'est alors tourné vers d'autres voies pour ses exportations via la mer des Caraïbes⁸⁴.

17. Il n'est resté sur le San Juan qu'un modeste cabotage qui n'a donné lieu à aucun litige, comme le montre l'absence à peu près totale de correspondance diplomatique à ce propos. La seule exception que j'aie trouvée dans les écritures des Parties est cependant intéressante : il s'agit de la longue lettre du «secrétaire du Parlement» du Nicaragua au ministre costa-ricien des affaires étrangères en date du 27 juillet 1897, lettre protestant contre un décret du Congrès du Costa Rica autorisant «les *vaisseaux marchands* de toute nationalité ... à naviguer sur le fleuve San Juan dans

⁸² Voir *supra*, par. 8 ; voir note 75 et les références citées.

⁸³ Voir les références citées note 75 ci-dessus.

⁸⁴ DN, p. 131, par. 3.54-3.55.

le but de transporter *leur cargaison* jusqu'au sol costa-ricien»⁸⁵ : il est clair que c'est de marchandises et de cela seulement qu'il s'agissait. Et l'on ne saurait évidemment faire dire le contraire à l'accord du 9 janvier 1956⁸⁶, dont l'article premier énonce l'intention des deux Parties d'«accélérer la circulation ... sur le fleuve San Juan» ; cette disposition — dont il est assez curieux de considérer qu'elle «contient deux nouvelles obligations de moyens ... précises»⁸⁷ — se borne à renvoyer au traité de 1858 et à son interprétation par l'arbitrage de 1888, mais l'accord de 1956 n'en donne lui-même aucune interprétation. Au demeurant, «faciliter et accélérer la circulation» sur le fleuve ne saurait signifier que le souverain abandonne ses droits souverains sur celui-ci.

18. S'agissant de la sentence de 1888, il est du reste fort significatif que le litige dont les Parties ont saisi le président Cleveland n'a aucunement porté sur la question du droit de navigation du Costa Rica en vertu de l'article VI du traité : aucun des onze «points d'interprétation douteuse» («points of doubtful interpretation») relevés par le Nicaragua dans le traité de limites de 1858 ne concernait ce problème (quant au Costa Rica, il n'en avait remis aucun...)⁸⁸. «Ceci», dit à juste titre le professeur Kohen, «témoigne de l'absence de désaccord sur cette question»⁸⁹. Et c'est bien pour cela qu'il paraît pour le moins hasardeux d'accorder à la traduction de l'expression «con objetos de comercio» faite par les Parties — les deux Parties, je sais ! — à l'occasion de l'affaire portée devant Cleveland, l'importance que le Costa Rica lui prête.

19. Mon contradicteur et ami, Marcelo Kohen, a affirmé sans rire qu'il y avait là «l'expression d'un accord entre les parties quant à l'interprétation de l'expression «con objetos de comercio» contenue dans le traité, intervenue après son entrée en vigueur» — au sens sans doute de l'article 31, paragraphe 3 a), de la convention de Vienne sur le droit des traités, même s'il n'a pas osé citer expressément cette disposition. Monsieur le président, il n'y a eu aucun accord — pour l'excellente raison qu'il n'y avait aucun désaccord ; et, honnêtement, ceci n'a strictement aucun rapport avec la déclaration d'Alger de 1981 entre les Etats-Unis et l'Iran, que mon excellent

⁸⁵ MCR, vol. 3, annexe 37 ; les italiques sont de nous.

⁸⁶ Voir CR 2009/2, p. 62, par. 53 (Kohen).

⁸⁷ CR 2009/3, p. 54, par. 8 (Kohen).

⁸⁸ Lettre de Fernando Guzman au ministre costa-ricien des affaires étrangères, 22 juin 1887, MCR, vol. III, annexe 36 ; sentence du président Cleveland, 22 mars 1888, MCR, vol. II, annexe 16, p. 98.

⁸⁹ CR 2009/2, p. 60, par. 47.

contradictoire mentionne — cela doit être le seul précédent qu'il a trouvé en note il est vrai⁹⁰. Il est d'ailleurs révélateur que l'expression «for the purposes of commerce» ait été prudemment mise entre guillemets dans la sentence elle-même, malgré ce prétendu «accord des Parties» — et ceci *de la main même de Cleveland*, ainsi que ceci apparaît dans le projet de sentence préparé par Rives et annoté par le président, qui est reproduit à l'annexe 72 du contre-mémoire du Nicaragua⁹¹. C'est intéressant car la sentence n'utilise par ailleurs des guillemets qu'à propos d'un problème sémantique qui opposait les Parties : la question de savoir si l'intervention du Costa Rica requise à l'article VIII devait s'analyser en un «avis» ou en une «consultation» (*whether it should be «advisory» or «consultative»*); sinon, point de guillemets sauf, comme je l'ai rappelé, pour «purposes of commerce».

20. J'ajoute que, si l'on veut à toute force invoquer les argumentations des Parties soumises au président Cleveland, le Costa Rica a, en cette circonstance, bien expliqué que, pour lui, à l'époque, «con objetos de comercio» (ou «for the purposes of commerce»), cela se limitait «au transport de marchandises proprement dit»⁹². Citant l'article VI du traité, le Costa Rica s'interroge :

«Does this mean that Costa Rica cannot under any circumstances navigate with public vessels in the said waters, whether the said vessel is properly a man-of-war, or simply a revenue cutter, or any other vessel intended to prevent smuggling, or to carry orders to the authorities of the bordering districts, or for any other purpose not exactly within the meaning of *transportation of merchandise?*»⁹³.

(Cela signifie-t-il que le Costa Rica ne peut en aucun cas naviguer sur lesdites eaux avec des navires d'Etat, que le navire soit à proprement parler un navire de guerre ou simplement une vedette de douanes ou tout autre navire destiné à empêcher la contrebande ou à transporter des ordres aux autorités des districts frontaliers, ou à toute autre fin autre que le transport de marchandises proprement dit ?)

Le Costa Rica ne manifeste aucun doute sur la signification de l'article VI : il veut obtenir de l'arbitre la reconnaissance de son droit de naviguer avec des navires publics, sinon, se lamente-t-il,

⁹⁰ *Ibid.*, note 165.

⁹¹ CMN, vol. II, p. 259.

⁹² DN, vol. II, annexe 5, Argumentation relative à la question de la validité du traité de limites entre le Costa Rica et le Nicaragua et autres points connexes complémentaires soumise à l'arbitrage du président des Etats-Unis, déposée au nom du Costa Rica, traduction du Greffe, p. 15.

⁹³ DN, vol. II, annexe 5, Argument on the Question of the Validity of the Treaty of Limits Between Costa Rica and Nicaragua and Other Supplementary Points Connected with it, submitted to the President of the United States of America, Filed on Behalf of the Government of Costa Rica (les italiques sont de nous).

il en sera réduit au seul «transport de marchandises». Avec cette interprétation-ci — que le professeur Crawford a reprise à son compte mardi matin⁹⁴, nous sommes entièrement d'accord, Monsieur le président ! Peut-être Marcelo Kohen verra-t-il dans cette manifestation de l'accord des Parties «sur ce point, certes chacune de son côté, mais de manière identique, ... l'expression d'un accord entre les parties quant à l'interprétation de l'expression «con objetos de comercio» contenue dans le traité, intervenue après son entrée en vigueur»⁹⁵ ?

21. L'arbitre a rejeté sur ce point les prétentions du Costa Rica, sauf en ce qui concerne les bateaux du service des douanes, qui peuvent naviguer sur le fleuve «as may be related to and connected with her enjoyment of «purposes of commerce» [«con objetos de comercio»]» («dans la mesure où [cette navigation] est en relation avec, et liée à» — formule fort restrictive, Monsieur le président ! — «la jouissance de...» ; puis suit la fameuse formule entre guillemets «à des fins commerciales». Comme l'a relevé le professeur Kohen⁹⁶ cette phrase ne fait pas grand sens en français, que l'on traduise «con objetos de comercio» par «avec des marchandises» ou «à des fins commerciales». Mais, prise à la lettre, elle ne signifie pas non plus grand-chose en anglais : «her enjoyment of the «purposes of commerce»». That's strange ! Ceci n'a pas plus de sens que «sa jouissance «à des fins commerciales»». Il s'agit peut-être d'une simple inadvertance de l'arbitre ; mais il est bien plus probable que le président Cleveland, qui était un fin juriste, a préféré ne pas se lancer dans une interprétation de l'expression «con objetos de comercio» (traduite par «for purposes of commerce» par les parties) et a délibérément choisi de recourir aux guillemets, afin de signifier qu'il utilisait cette expression sans se prononcer sur un problème d'interprétation que les parties ne lui avait pas soumis et sur lequel elles ne s'étaient pas exprimées. Le sens général n'en est pas moins clair : les droits du Costa Rica sont strictement limités à ce qui est lié à la navigation «con objetos de comercio» et, comme l'avait fort justement relevé l'argumentation costa-ricienne de 1887, cela exclut «toute autre fin ... que le transport de marchandises proprement dit».

⁹⁴ CR 2009/3, p. 10, par. 11.

⁹⁵ CR 2009/2, p. 60, par. 47 (Kohen).

⁹⁶ *Ibid.*, p. 63, par. 58.

22. Bien que le Costa Rica la passe pudiquement sous silence, je rappelle également⁹⁷ que la première sentence arbitrale d'Alexander, de 1897, va également dans le sens de l'interprétation soutenue par le Nicaragua : il y présente avec insistance le fleuve San Juan comme un «débouché pour le commerce» (*an outlet for commerce*), expression qui vise clairement le commerce «avec des marchandises».

23. Monsieur le président, nos amis, de l'autre côté de la barre, font grand cas du jugement rendu le 30 septembre 1916 par la Cour de justice centraméricaine : le professeur Caflisch s'y est attardé près d'un quart d'heure lundi⁹⁸, et quoiqu'un peu moins prolix, son collègue Marcelo Kohen s'y est également arrêté⁹⁹. Le Nicaragua a toujours considéré que cet arrêt était nul et de nul effet, comme l'ambassadeur Argüello Gomez l'a rappelé¹⁰⁰. Mais, peu importe à vrai dire ; en ce qui nous concerne pour le moment, il appelle la même analyse que la sentence Cleveland :

- le problème que le Costa Rica avait soumis à la Cour ne concernait nullement l'interprétation de l'expression «con objectos de comercio», mais était lié à la construction d'un canal interocéanique ;
- sans doute est-il exact que la Cour de justice centraméricaine a cependant cru devoir, à cette occasion, se livrer à une analyse plus globale du traité, mais, comme l'a relevé mon éminent contradicteur et ami¹⁰¹, la Cour s'est, pour ce qui est de l'interprétation de l'article VI, bornée à paraphraser la sentence Cleveland ;
- et ce qu'elle en dit ne présente strictement aucun intérêt pour comprendre le sens de l'expression «con objectos de comercio» :

«et, troisièmement, le Costa Rica possède sur le fleuve San Juan, aux fins du commerce, de[s] droits permanents de libre navigation depuis l'embouchure du fleuve jusqu'à trois milles en aval de Castillo Viejo, et le droit pour ses navires de mouiller en tous points sur les deux rives, sans qu'aucun droit puisse leur être imposé, dans la partie du fleuve où la navigation est commune»

⁹⁷ Voir en particulier DN, p. 134-137, par. 3.65-3.68.

⁹⁸ CR 2009/2, p. 37-42, par. 24-37.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 63-64, par. 59-60.

¹⁰⁰ Voir aussi CMN, p. 131, par. 3.2.6, ou DN, p. 62, par. 2.95, et p. 79-81, par. 2.124-2.128.

¹⁰¹ CR 2009/2, p. 39, par. 28 (Caflisch) ; voir aussi par. 31, et p. 43, par. 43.

(«and, third, Costa Rica possesses in the San Juan River, for purposes of commerce, permanent rights of free navigation from its outlet as far up as three miles below Castillo Viejo, and the right for her vessels to moor at all points along either bank, exempt from the imposition of any charges, in that part of the stream in which navigation is common»)¹⁰² ;

et c'est tout...

24. C'est tout — car je crains que le professeur Kohen ait lu trop rapidement l'arrêt de 1916 ou qu'il tente de lui faire dire très abusivement quelque chose qu'il ne dit pas, lorsqu'il annonce, peut-être un peu trop triomphalement : «Dans son arrêt de 1916, la Cour de justice centraméricaine évoque «le droit indiscutable [du Costa Rica] de naviguer librement sur le fleuve» et, paraphrasant l'article VI, utilise la formule synonyme espagnole «para fines comerciales» pour expliquer ce que cet article entend par «con objetos de comercio.»¹⁰³ Eh non, mon cher ami, *ce n'est pas* «la Cour de justice centraméricaine» qui évoque ce soi-disant (et trop large) droit, c'est «l'avocat de la haute partie défenderesse» (*the attorney of the high party complainant*) — c'est-à-dire le Costa Rica ! La Cour pour sa part n'a pas repris cette prétendue (et audacieuse) «paraphrase» à son actif...

25. Il reste, Monsieur le président, que le différend porté devant la Cour centraméricaine ne portait assurément pas sur l'interprétation de cette formule. Et ceci confirme que la Partie costa-ricienne affirme peut-être un peu légèrement que le Nicaragua transforme son droit de navigation «con objetos de comercio» en «un droit purement nominal, une enveloppe vide, en somme»¹⁰⁴ — comme l'a dit M. Caflisch. C'est là, à vrai dire, une phrase assez «convenue» et qu'aucune pratique diplomatique ou jurisprudentielle ne vient confirmer. Le Costa Rica n'est d'ailleurs pas en mesure de produire le moindre document reflétant un seul incident, en cent cinquante ans, lié à une quelconque atteinte de la part du Nicaragua à son droit de libre navigation avec des marchandises (*con objetos de comercio*). Les controverses soumises à des tiers sur l'application de ce traité frontalier n'ont pas davantage porté sur cette question — qui est, en revanche, au centre du présent différend.

26. La pratique bien plus que séculaire d'application du traité est celle d'un trafic local de marchandises et cette interprétation, que reflète cette paisible pratique, n'a été interrompue que

¹⁰² MCR, vol. II, annexe 21, p. 219.

¹⁰³ CR 2009/2, p. 53, par. 69 (Kohen).

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 33, par. 7 (Caflisch). Voir aussi RCR, p. 91, par. 3.140 ou CR 2009/3, p. 23, par. 7 (Caflisch).

lorsque le Costa Rica a prétendu passer du transport des marchandises aux services touristiques. Cette prétention s'est heurtée à une réponse immédiate du Nicaragua ne laissant aucun doute sur le refus de celui-ci d'accepter une telle interprétation. Cette prise de position n'avait jamais été nécessaire auparavant puisque la mise en œuvre du droit de navigation limité reconnu au Costa Rica par l'article VI du traité Cañas-Jérez n'avait jamais fait problème.

b) *Les conséquences de l'absence de pratique pertinente*

27. Monsieur le président, les quelques incidents qui se sont produits entre 1980 et la fin des années 1990 sont restés isolés et sporadiques. Dans son mémoire, le demandeur les a décrits comme «*ad hoc* et temporaires»¹⁰⁵ («of an ad hoc and temporary character»). Il reste que ces quelques incidents et les positions prises par les Parties en ces occasions témoignent, contrairement à la pratique antérieure, non pas d'un accord, mais du nouveau et profond désaccord qui les oppose maintenant quant à l'interprétation du traité de 1858 en général et à l'étendue du droit de libre navigation «con objetos de comercio» en particulier.

28. L'incident dont une note nicaraguayenne de 1980¹⁰⁶ fait état et ceux ayant donné lieu à des échanges de notes entre les deux pays entre 1982 et 1983¹⁰⁷ se sont déroulés dans le climat de guerre civile que l'on sait au Nicaragua¹⁰⁸. Afin d'assurer la sécurité et de la navigation et de sa frontière, le Nicaragua décida alors de mettre en place une réglementation plus rigoureuse pour la navigation sur le fleuve — cette réglementation était générale et ne visait pas spécifiquement le Costa Rica ou ses ressortissants. Il ressort néanmoins clairement de la note verbale du chargé d'affaires du Nicaragua au Costa Rica du 2 août 1982, que le Nicaragua n'entendait pas «to deny in any way the rights of free navigation on the San Juan River ... which were granted to the sister Republic of Costa Rica in the Treaty of Limits of 15 April 1858» (nier en aucune façon les droits de libre navigation sur le fleuve San Juan ... qui ont été octroyés à la République sœur du

¹⁰⁵ MCR, p. 27, par. 3.04.

¹⁰⁶ MCR, vol. III, annexe 40.

¹⁰⁷ MCR, vol. III, annexes 41-43.

¹⁰⁸ Cf. CR 2009/3, p. 35, par. 6 (Kohen).

Costa Rica par le traité de limites du 15 avril 1858)¹⁰⁹. Mais ceci n'informe pas sur le contenu prêté à ces droits par les Parties.

29. L'échange de notes de 1982-1983¹¹⁰ n'en révèle pas moins l'existence d'un désaccord profond entre les deux pays quant à l'étendue de ce droit de libre navigation ou, plus exactement, du droit souverain du Nicaragua de réglementer sur son territoire la navigation — droit sur lequel M^e Reichler reviendra demain. Les deux Parties campant sur leur position respective, il est clair qu'aucun «accord entre les parties» quant à l'interprétation du traité ne peut être déduit de ces incidents.

30. Après une longue période sans incident notable, ce désaccord a resurgi en 1994 lorsque les autorités nicaraguayennes ont introduit (de manière indiscriminée) l'exigence de cartes de touristes. Aux protestations du Costa Rica contre toute mesure visant à restreindre son «droit de libre navigation» (tout court !), le ministre des affaires étrangères nicaraguayen oppose la limitation matérielle du droit de navigation reconnu par le traité de 1858, en soulignant notamment que «l'expression «con objetos de comercio» qui figure dans le traité exclut toute autre activité» et qu'

«il ne faut pas oublier que le droit perpétuel de libre navigation du Costa Rica dans la portion du fleuve définie dans le traité n'englobe pas le tourisme et encore moins le libre accès au territoire souverain du Nicaragua de ressortissants étrangers qui voyagent à bord de bateaux costa-riciens naviguant sur ledit fleuve «pour transporter des touristes» (con el objeto de transportar turistas)...»¹¹¹

(«we must remember that Costa Rica's perpetual right of free navigation, in the portion indicated in the Treaty does not include tourism, and much less the free access to Nicaragua's sovereign territory to foreign citizens who travel in Costa Rican vessels that navigate on said River, for the purpose of transporting tourists) (con el objeto de transportar turistas) ...»).

Le désaccord ne pouvait être plus clair.

31. Et le communiqué Cuadra-Lizano du 30 juillet 1998¹¹², dont le Costa Rica fait aussi ses choux gras¹¹³, appelle les mêmes remarques. Cet instrument ne constitue pas un «accord

¹⁰⁹ MCR, vol. III, annexe 44.

¹¹⁰ MCR, vol. III, annexes 44-47.

¹¹¹ MCR, vol. III, annexe 48, par. 3 ; voir aussi le paragraphe 2.

¹¹² MCR, vol. II, annexe 28.

¹¹³ Voir CR 2009/2, p. 23, par. 6 (Ugalde), p. 26, par. 14 (Ugalde), p. 41-42, par. 38-40 (Caflich) ; CR 2009/3, p. 18, par. 38 (Crawford).

valablement conclu»¹¹⁴ : il s'agit d'un texte qui d'ailleurs ne se suffit pas à lui-même¹¹⁵, par lequel les signataires se «déclarent résolus» à donner des «instructions» (orders) «à leurs subordonnés respectifs» («for their respective subordinates») mais sur ce point, je me permets, Messieurs de la Cour, de renvoyer à nos écritures¹¹⁶. En tout état de cause, ce communiqué ne confirme en aucune manière «*the long-standing practice of Costa Rican police navigation with arms and laid down modalities for its continuation*»¹¹⁷, mais, au contraire, ce communiqué envisage de nouvelles pratiques jugées propres «à remédier aux incidents regrettables» («to resolve the regrettable inconveniences») des derniers jours. En outre, il ne donne aucune espèce d'indication sur la consistance et l'étendue des droits de navigation du Costa Rica : les deux signataires se bornent à «exprimer leur respect» aussi bien pour ces droits de navigation que pour «le *dominium* et l'*imperium* exclusifs du Nicaragua sur l'ensemble du San Juan» («the *dominium* and sovereign jurisdiction of Nicaragua over the entire San Juan River») — expression qui mérite d'ailleurs d'être relevée au passage. Quel que soit son statut juridique, ce communiqué conjoint ne règle rien et n'élucide rien.

32. En paraphrasant l'arrêt de la Cour de 1999 dans l'affaire de l'*Ile de Kasikili/Sedudu*, on peut dire que

«[d]e l'ensemble de ces éléments, [on ne peut que conclure] que les événements ci-dessus rapportés, qui se sont déroulés entre [1980 — ou 1998 — et aujourd'hui], révèlent l'absence d'accord entre [le Costa Rica et le Nicaragua] sur [l'interprétation de l'article VI du traité de 1958]. Ces événements ne sauraient dès lors être constitutifs d'une «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité [de 1858] par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité» (convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, art. 31, par. 3, al. *b*)). A fortiori ne peuvent-ils avoir donné lieu à un «accord ... entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions» (*ibid.*, art. 31, par. 3, al. *a*)).»

«([f]rom all of the foregoing, [it can only be concluded] that the abovementioned events, which occurred between [1980 and nowadays], demonstrate the absence of agreement between [Costa Rica and Nicaragua] with regard to the [interpretation of Article VI of the 1858 Treaty]. Those events cannot therefore constitute 'subsequent practice in the application of the treaty [of 1858] which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation' (1969 Vienna convention on the Law of

¹¹⁴ CR 2009/2, p. 46, par. 49 (4) (Caflisch).

¹¹⁵ Cf. le paragraphe 3 du communiqué.

¹¹⁶ CMN, p. 134-136, par. 3.2.11-3.2.13 ; DN, p. 77-78, par. 2.121-2.123 ; voir aussi CMN, vol. II, annexe 68.

¹¹⁷ CR 2009/2, p. 23, par. 6 (Ugalde).

Treaties, Art. 31, para. 3 (b)). *A fortiori*, they cannot have given rise to an «agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions» (*ibid.*, Art. 31, para. 3 (a)).» (*Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 1087, par. 63.)

33. Monsieur le président, trois points de conclusion, si vous me le permettez malgré l'heure avancée.

34. *En premier lieu*, le texte comme le contexte dans lequel l'expression «con objetos de comercio» est utilisée à l'article VI du traité Cañas-Jérez, ne peuvent laisser aucun doute sur le fait que cet instrument n'octroie un droit perpétuel de libre navigation au Costa Rica que pour le transport des marchandises. Je ne parle malheureusement pas espagnol — même si je le lis tant bien que mal ; mais je dois dire, Monsieur le président, que pour le francophone que je suis l'idée que «avec des objets (ou des articles) de commerce» pourrait signifier «à des fins commerciales» est aberrante : en français en tout cas, on ne peut pas faire précéder «fins» de la préposition «avec» ; «à» ou «pour», oui — mais «avec des fins» (*con los fines* — si cela signifie quelque chose dans la langue de Vitoria ?), vraiment non ! ou «avec des objets» (dans le sens de «fins»), encore moins ! Et le Costa Rica ne pourrait certainement pas obtenir par le biais d'une interprétation évolutive, très excessive, ce que le sens clair des mots ne lui donne pas — et ce d'autant moins qu'il s'agit tout de même, quoiqu'en disent nos contradicteurs, de limiter les droits souverains que le Nicaragua tire de son *summum imperium* sur les eaux du fleuve.

35. *En deuxième lieu*, il n'est, au demeurant, sans doute pas même utile que la Cour se prononce sur ce point. Comme l'a très justement relevé la Commission chargée de la *Délimitation de la frontière entre l'Erythrée et l'Ethiopie*,

«[t]he function of [the subsequent practice or conduct of the Parties] is not, it must be emphasised, relevant exclusively to the interpretation of the Treaties. It is quite possible that practice or conduct may affect the legal relations of the Parties even though it cannot be said to be practice in the application of the Treaty or to constitute an agreement between them.»¹¹⁸

Dans cette perspective, quel qu'ait pu être le sens que les Parties avaient, initialement, voulu donner à l'expression «con objetos de comercio», on peut déduire de cette très longue pratique, sur

¹¹⁸ Décision du 13 avril 2002, *Délimitation de la frontière entre l'Erythrée et l'Ethiopie*, RSA, vol. XXV, p. 110, par. 3.6. Voir aussi, par exemples, *Emprunts brésiliens*, arrêt n° 15, 1929, C.P.J.I. série A n° 21, p. 38 ; *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 22-24 ; *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. 22, par. 21 et 22.

ce point paisible, qu'aujourd'hui la formule signifie : le droit du Costa Rica à une navigation de cabotage, sans taxe ni entraves autres que celles rendues nécessaires par les nécessités de la sécurité et de l'ordre publics, et ne portant que sur des marchandises.

36. *En troisième lieu* et enfin, les désaccords des deux dernières décennies, loin de démentir cette conclusion, la confirment résolument : après tant d'années de totale abstention, le Costa Rica s'est essayé à élargir subrepticement, par petites touches, le sens et la portée de l'article VI ; ses prétentions se sont aussitôt heurtées à une opposition nette, constante et totale, du Nicaragua, ce qui interdit évidemment d'y voir une quelconque pratique confirmant l'interprétation impossible que la Partie costa-ricienne voudrait, Messieurs les juges, vous faire entériner.

Monsieur le président, ceci conclut les plaidoiries du Nicaragua pour ce matin. Et je vous remercie vivement, Messieurs de la Cour, de leur avoir prêté attention tout en vous présentant mes excuses pour le tout petit dépassement d'horaire.

The PRESIDENT: I thank Professor Pellet for his presentation. The sitting is adjourned until tomorrow morning when the Court resumes its sitting at 10 o'clock.

The Court rose at 1.05 p.m.
