

Non-Corrigé
Uncorrected

Traduction
Translation

CONI

CR 2009/4 (traduction)

CR 2009/4 (translation)

Jeudi 5 mars 2009 à 10 heures

Thursday 5 March 2009 at 10 a.m.

8 Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. L'audience est ouverte. La Cour se réunit aujourd'hui pour entendre la République du Nicaragua en son premier tour d'observations orales. Le Nicaragua achèvera son premier tour de plaidoiries à la séance qui se tiendra demain entre 10 heures et 13 heures. Je donne maintenant la parole à l'agent du Nicaragua, S. Exc. M. l'ambassadeur Argüello Gómez.

M. ARGÜELLO :

1. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, c'est de nouveau un honneur pour moi que de me présenter au nom de mon pays devant l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, dans l'espoir d'obtenir un règlement amiable et pacifique de certaines des questions en litige entre notre voisin, la République du Costa Rica, et nous-mêmes.

2. Avant d'entamer mon exposé, il m'incombe de féliciter le président et le vice-président de leur élection à ces hautes fonctions internationales. J'adresserai également toutes nos félicitations aux membres de la Cour nouvellement entrés en fonctions — et nos souhaits de bienvenue —, ainsi qu'à ceux qui ont été réélus. Cette affaire est la première à être examinée en audience publique par la Cour dans sa nouvelle constitution, et nous sommes convaincus que les Parties accueilleront avec gratitude une décision appelée à faire date pour elles.

3. La délégation nicaraguayenne se compose de l'agent, des conseils et des avocats mentionnés dans la liste écrite fournie à la Cour ; en outre, aujourd'hui, M. Samuel Santos, ministre des affaires étrangères du Nicaragua, nous honorera de sa présence.

I. LE CONTEXTE HISTORIQUE

a) *Période coloniale*

4. Le récit chronologique des problèmes territoriaux qui se sont posés de la période coloniale aux années qui ont suivi l'indépendance vis-à-vis de l'Espagne, en 1821, présente un intérêt indéniable mais, ces questions ayant été amplement développées dans les pièces de procédure écrite, point n'est ici besoin de nous y attarder davantage.

5. Plutôt que de réitérer cet historique, en réponse au prolix exposé que nous ont présenté lundi dernier nos collègues costa-riciens sur ce thème, j'inviterai simplement la Cour à se reporter à

9 nos écritures, en me contentant, pour tous commentaires, de quelques observations simples et allant de soi, voire de pur bon sens. S'agissant du seul véritable problème territorial soumis à la Cour — la question du San Juan —, je rappellerai ceci :

- a) Les seuls ports ou villes concernés par la navigation sur le fleuve San Juan et le lac Nicaragua étaient situés en des points qui ont toujours incontestablement fait partie du territoire nicaraguayen [projection CAG-1]. L'un était le port situé à l'embouchure du San Juan sur la mer des Caraïbes — le port de San Juan de Nicaragua —, l'autre le port lacustre de Granada, sur la rive du grand lac Nicaragua. La seule fortification érigée sur la totalité du cours du San Juan, le Castillo de la Concepción, a, de même, toujours incontestablement relevé du territoire nicaraguayen.
- b) Durant l'ère coloniale, le Costa Rica ne comptait, sur l'ensemble de son territoire, aucune ville, ne fût-ce que moitié aussi peuplée que Granada ou vaguement comparable à celle-ci par son importance commerciale. Il n'y avait, alors, ni ville ni population de quelque importance au Costa Rica qui eût pu tirer profit d'un accès au système de voie navigable partant du port de San Juan, sur l'Atlantique. Du côté costa-ricien, seuls avaient accès au San Juan des villages très peu peuplés et clairsemés.
- c) Aussi la seule et même puissance coloniale exerçant la souveraineté sur l'ensemble de ces territoires n'aurait-elle eu aucune raison de placer l'administration — appelée à constituer le fondement du principe de l'*uti possidetis* au moment de l'accession à l'indépendance — sous l'autorité d'une entité coloniale qui, à l'époque — et même comparée aux autres petits territoires d'Amérique centrale —, était des plus insignifiantes.

b) *Epoque post-coloniale*

6. Après l'accession du Nicaragua et des autres pays d'Amérique centrale à l'indépendance, en 1821, rien, dans la région, ne fut tant convoité que le grand lac Nicaragua, de loin la plus vaste étendue d'eau douce de la région des Caraïbes. Avec quelque 8300 kilomètres carrés, il présente une superficie équivalant à près de la moitié du territoire voisin d'El Salvador, et à 16 % de celui du Costa Rica. Le lac et le fleuve San Juan — son débouché vers la mer des Caraïbes et l'océan Atlantique — constituaient ainsi un site idéal aux fins du percement d'un canal transocéanique.

10

7. Or, ce qui pouvait sembler un don de la nature, et ce potentiel pour le tracé d'un canal, fut à l'origine des plus graves problèmes internationaux auxquels le Nicaragua ait eu à faire face. M. George Weitzel, ministre des Etats-Unis auprès du Nicaragua, estimait en 1913 que, «[d]ans tous les cas de controverses [avec] le Nicaragua ..., la véritable cause du problème était le désir de contrôler le tracé du canal interocéanique» (CMN, par. 1.2.26).

8. (Vers 1821) Les possibilités que recelait cette voie navigable naturelle n'échappèrent pas au Costa Rica, plus proche du grand lac et du fleuve qu'aucun autre voisin du Nicaragua. Immédiatement après son accession à l'indépendance, en 1821, il profita de la guerre civile qui faisait rage au Nicaragua pour annexer une portion importante du territoire nicaraguayen connue sous le nom de Nicoya. L'annexion de ce territoire, aux limites floues, rapprocha le Costa Rica des rives convoitées du lac Nicaragua. Conjuguée à sa revendication d'une souveraineté partagée sur le San Juan, l'appropriation de ce territoire plaça le Costa Rica en position de force pour prétendre à des droits sur tout canal qui passerait par ce réseau hydrographique.

9. Le Nicaragua s'opposa bien sûr à l'annexion de son territoire et insista pour que fût appliqué le principe de *l'uti possidetis juris*. La situation ne fut pas réglée, et continua de faire l'objet de discussions entre les deux pays au cours des trente années qui suivirent.

10. (Vers 1857) En 1856, le Nicaragua fut envahi et conquis par des forces menées par le général William Walker, aventurier issu de l'armée américaine, qui opérait de conserve avec certains Etats du sud des Etats-Unis désireux d'intégrer à l'Union de nouveaux territoires en vue de renforcer la position sudiste sur des questions telles que l'esclavage.

11. L'invasion par les forces de Walker entraîna une réaction de l'ensemble des nations d'Amérique centrale contre cet usurpateur étranger qui mettait en péril la souveraineté et la paix de toute la région. La guerre fut sanglante et destructrice. Elle laissa le Nicaragua exsangue. Le Costa Rica, dont l'armée — celle du Nicaragua mise à part — avait sans doute été l'élément le plus déterminant dans la défaite de Walker, hérita, après la guerre, du contrôle militaire sur le fleuve San Juan et certaines parties du grand lac. Les années qui suivirent le conflit — 1857 et 1858 — virent se succéder menaces et négociations en vue de parvenir à un accord en vertu duquel le Nicaragua accepterait l'annexion par le Costa Rica de la région de Nicoya ainsi que d'autres prétentions costa-riciennes sur le San Juan.

11

12. La première initiative en ce sens fut la signature, en 1857 — alors que la guerre contre Walker touchait à sa fin —, du traité Juarez-Cañas, aux termes duquel le Nicaragua, «en signe de reconnaissance envers le Gouvernement du Costa Rica ... pour sa solide détermination et pour les grands sacrifices qu'il a[vait] consentis pour la cause de l'indépendance nationale», reconnaissait l'annexion de Nicoya par le Costa Rica et donnait à ce dernier des droits de navigation sur le San Juan «con articulos de comercio» («avec des articles de commerce»). Bien que ce traité satisfît à la quasi-totalité des revendications qu'il avait avancées depuis son accession à l'indépendance, le Costa Rica ne le ratifia pas : il n'était pas disposé à renoncer à l'occupation militaire du San Juan et de la rive sud du grand lac, qui lui conférait un contrôle intégral sur cette voie de transit. Ce n'est qu'après une déclaration de guerre du Nicaragua contre le Costa Rica, et au terme d'une médiation d'autres Etats d'Amérique centrale, qu'un accord définitif fut conclu. Il se cristallisa avec la signature du traité de limites Jerez-Cañas du 15 avril 1858, sur lequel reposent les droits territoriaux des deux Etats.

13. (Vers 1885) Au cours des trente années qui suivirent la signature de ce traité, le fait qu'elle soit intervenue dans un climat de contrainte suscita un fort ressentiment au Nicaragua. Pour éviter toute aggravation du différend, il fut décidé, aux termes de la convention arbitrale du 24 décembre 1886, que les points en litige feraient l'objet d'un arbitrage. L'unique arbitre, le président des Etats-Unis Grover Cleveland, rendit sa sentence le 22 mars 1888.

14. Les implications juridiques entourant la question de la région de Nicoya et, plus généralement, les problèmes territoriaux vastes et complexes dont le traité de 1858 permit le règlement, seront traitées par M. Brownlie ; celles qui furent résolues par la sentence Cleveland seront examinées par M. McCaffrey.

c) *Con objetos de comercio*

15. Lundi 2 mars, M. Kohen a très aimablement cité un passage d'une conférence que j'avais faite au ministère nicaraguayen des affaires étrangères le 26 août 1998 ; l'audience était composée entre autres de l'ensemble du corps diplomatique accrédité au Nicaragua, et les représentants diplomatiques du Costa Rica avaient bien entendu été invités également.

12

16. M. Kohen n'a manifestement pas lu le texte de cette conférence, excepté les quelques mots qu'il a cités dans son exposé, déclarant que «[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, par. 37). Bien que je n'apprécie pas particulièrement de me citer moi-même, je prendrai dans ces circonstances la liberté de le faire afin de mettre les choses au clair. Le paragraphe dont est tirée la citation est limpide et ne prête pas à confusion, même lu en diagonale. Il s'agit du premier paragraphe d'une partie du discours intitulée : «Quels sont les droits du Costa Rica sur le San Juan ?», qui se poursuit ainsi :

«En premier lieu, la libre navigation avec des articles de commerce (con objetos de comercio). Sur ce sujet, beaucoup de choses ont été dites. Le droit de «navigation entièrement libre» aux fins du commerce — «sous le rapport du commerce» —, a été établi par le Congrès de Vienne de 1815 pour les fleuves internationaux, c'est-à-dire ceux qui séparent ou traversent plusieurs Etats. Ce n'est pas le cas du San Juan puisque ce fleuve est entièrement situé à l'intérieur d'un même pays.»

17. Les mots que je viens de lire sont une traduction libre et littérale du texte espagnol. Comme on peut le voir, ils disent exactement l'inverse de ce que M. Kohen semble avoir compris. Si le Costa Rica considère qu'une autre traduction serait appropriée, je l'invite à en communiquer une traduction complète à la Cour.

II. DOMINIO Y SUMO IMPERIO

18. Le Costa Rica sait très bien s'y prendre pour donner un sens particulier à des concepts généralement admis. Par exemple, il ne donne pas le nom d'«armée» à ses forces de sécurité alors même que celles-ci, quel que soit le nom qu'on leur donne, sont aussi nombreuses que l'ensemble de toutes les forces armées du Nicaragua, pays dont l'étendue territoriale fait pourtant plus de deux fois celle du Costa Rica et dont la population est presque moitié plus nombreuse. Ces forces — que le Costa Rica interdit de qualifier d'armée — reçoivent un budget annuel qui est pratiquement le triple du budget total des forces armées nicaraguayennes, et environ — à titre d'exemple — deux fois supérieur à celui prévu pour les forces armées du Honduras, Etat dont l'étendue territoriale et la population sont similaires à celles du Nicaragua. Vous pouvez voir ces proportions sur le graphique à l'écran (CAG-2).

13

19. Le mot «souverain» a également acquis une nouvelle signification pour le Costa Rica. Cette répétition de la question la plus importante en l'espèce — la souveraineté —, au mépris délibéré de sa signification, est une incantation constante des autorités costa-riciennes. Ainsi, le Costa Rica répète — et nous avons entendu nos collègues costa-riens le faire dans cette grande salle de justice — qu'il respecte et n'a jamais contesté la souveraineté du Nicaragua sur le fleuve San Juan.

20. Mais de quelle souveraineté parlons-nous ? Si le Costa Rica détenait les droits qu'*il* prétend détenir sur le fleuve, le Nicaragua serait alors tout au plus cosouverain avec lui sur le fleuve San Juan. Si le Costa Rica a le droit de naviguer librement à quelque fin que ce soit, y compris le droit de naviguer avec des navires officiels et des patrouilles armées à quelque fin que ce soit et à tout moment, et si le Nicaragua n'a pas le droit de réglementer ou de surveiller le fleuve, j'aimerais savoir alors quel est, en espagnol courant — ou en anglais ou en français, qui sont les langues que nous utilisons devant la Cour — le nom ou l'appellation que nous pourrions donner à la notion de «dominio y sumo imperio» que le traité a pris soin de réserver exclusivement et formellement au Nicaragua ?

21. L'expression «dominio y sumo imperio» employée dans le traité de 1858 était une formule consacrée bien admise dans l'Amérique latine du XIX^e siècle. A cette époque, Don Andrés Bello était peut-être le plus grand spécialiste du droit international en Amérique latine, et certainement le publiciste le plus connu au moment de la signature du traité de 1858. Dans son ouvrage classique intitulé «Principes de droit international» (p. 61), il déclare :

«La souveraineté, qui lorsqu'elle s'applique aux choses (biens) est appelée *dominium*, dès lors qu'elle consiste à promulguer des lois et règlements applicables aux personnes est dûment appelée *imperium*... l'*imperium* exclusif. L'*imperium* s'applique aux citoyens ou aux étrangers.» («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.») [Traduction du Greffe.]

22. L'expression «dominio y sumo imperio» renvoyait alors au droit et au pouvoir d'un Etat de disposer de choses matérielles et de promulguer des lois et règlements à l'égard des personnes. Par conséquent, si le «dominio y sumo imperio» du Nicaragua sur le fleuve avait la moindre

signification pour les signataires du traité en 1858, celle-ci était que le Nicaragua pouvait promulguer des lois et règlements applicables au fleuve.

23. Au vu de ce qui précède, on ne voit pas comment le Costa Rica pourrait soutenir que ses droits de navigation limitée avec des articles de commerce, qui ne sont que des droits économiques, sont comparables à la souveraineté — «dominio y sumo imperio» — du Nicaragua sur le fleuve.

14 Réglementation de la navigation

24. La réglementation imposée par le Nicaragua a été rejetée d'une manière qui, malheureusement, participe davantage d'une contestation désinvolte des motifs qui la sous-tendent que d'un raisonnement juridique ou d'un exposé objectif. Cela est peut-être dû au fait que nos collègues ne se sont manifestement jamais rendus dans la région en litige. Cela pourrait expliquer certaines de leurs remarques, qui semblaient fondées sur l'idée erronée que le fleuve San Juan est comparable au Rhin. Ainsi, des plaisanteries sur l'existence de crocodiles et d'autres dangers similaires du fleuve ne pouvaient être faites que par quelqu'un qui n'a jamais voyagé dans la région. C'est peut-être la raison pour laquelle nos collègues de nationalité costa-ricienne se sont soigneusement abstenus de faire de telles déclarations. Ils devaient savoir également que seule une personne étrangère aux réalités de la région et à sa pauvreté pourrait avoir la légèreté de suggérer, par exemple, que le problème de la navigation de nuit pourrait être facilement résolu en installant des lumières le long du fleuve et en obligeant les petits voiliers à avoir des feux de nuit.

25. La question principale qui se pose est celle du droit du Nicaragua de réglementer la navigation sur le fleuve et de faire appliquer cette réglementation ; or, cette question n'a pas été sérieusement, directement et ouvertement remise en cause. Cela se comprend. Si le droit d'imposer et de faire appliquer des règlements qui appartient au dominus, c'est-à-dire au détenteur du «dominio y sumo imperio» — la souveraineté sur le fleuve —, était remis en question, nous serions alors logiquement obligés de considérer le fleuve comme un no man's land ... à moins, bien entendu, de considérer que celui qui détient des droits économiques de navigation sur le fleuve avec des articles de commerce n'ait acquis également, par osmose, la souveraineté sur ces eaux.

26. Pour conclure sur ce point, il est incontestable que le Nicaragua a le droit de réglementer la navigation sur le San Juan et de faire appliquer cette réglementation ; par conséquent, la seule chose que l'on pourrait contester serait le caractère raisonnable de cette réglementation.

Cour de justice centraméricaine

15

27. Pour le Nicaragua, le seul traité en vigueur qui régit les questions territoriales entre le Costa Rica et lui-même est le traité Jerez-Cañas de 1858, et le seul instrument juridique accepté et autorisé par les deux Parties aux fins d'interprétation de ce traité est la sentence Cleveland de 1888. Le Nicaragua considère également comme pertinentes les cinq sentences rendues entre septembre 1897 et mars 1900 par le général Alexander, qui était l'arbitre choisi par le président Cleveland pour effectuer la démarcation du territoire des deux Etats sur la base du traité de 1858 et de la sentence de 1888.

28. Le Costa Rica a récemment ajouté à ces décisions un arrêt rendu par la Cour de justice centraméricaine en 1916, qu'il juge pertinent pour apprécier ses droits de navigation limitée sur le fleuve San Juan. Cet arrêt réglait un différend survenu au sujet d'un traité par lequel le Nicaragua concédait aux Etats-Unis la possibilité de percer un canal à travers son territoire — le traité Chamorro-Bryan de 1914. Il est évident, à la lecture de cet arrêt, que la Cour de justice centraméricaine n'avait pas l'intention d'étendre ou de restreindre les droits établis dans le traité de 1858 et dans la sentence de 1888. Ni le Costa Rica ni le Nicaragua ne considérèrent cet arrêt, au moment où il fut rendu, comme interprétant ou définissant les droits du Costa Rica de libre navigation avec des objets de commerce, tels qu'établis dans l'article VI du traité de 1858 ou dans la sentence de 1888, et le Costa Rica ne l'a jamais invoqué à ce sujet entre 1916 et 1998. Ledit arrêt a été évoqué pour la première fois en 1998, après la naissance du différend dont la Cour est aujourd'hui saisie.

III. LA PRÉCÉDENTE AFFAIRE CONTRE LE COSTA RICA DEVANT LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

29. Nos éminents collègues costa-riens ont affirmé que le Costa Rica se présentait pour la première fois devant la Cour. Ce n'est pas tout à fait exact. Le Nicaragua introduisit une instance contre le Costa Rica devant la Cour le 28 juillet 1986, en l'affaire relative à des *Actions armées*

frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Costa Rica), et les agents des deux pays étaient alors les mêmes qu'aujourd'hui. Par la suite, le Nicaragua se désista de l'instance, et la Cour, après s'être informée des vues du Costa Rica, raya l'affaire du rôle le 19 août 1987.

16 30. Si nous entendons attirer l'attention de la Cour sur cette affaire, c'est parce que le conseil du Costa Rica a affirmé que, dans les années 1980, lorsque le gouvernement sandiniste était au pouvoir au Nicaragua, le Costa Rica dut abandonner le fleuve en raison des opérations militaires alors en cours. Comme l'a bien démontré le Nicaragua dans le mémoire qu'il soumit dans cette affaire le 10 août 1986, le fleuve et les zones frontalières ne furent pas abandonnés en raison du conflit militaire, mais volontairement laissés aux insurgés, connus sous le nom de «contras», par le Gouvernement costa-ricien. Le mémoire nicaraguayen et ses annexes que je viens de mentionner mis à part, ce point est solidement établi dans les archives officielles du Gouvernement des Etats-Unis, auxquelles le public a maintenant accès, ainsi que dans de nombreux ouvrages, entretiens et déclarations sous serment publiés ultérieurement par ceux qui participèrent à ces malheureux événements des années 1980.

IV. LES QUESTIONS EN LITIGE NON SOUMISES À LA COUR

31. Le différend soumis à la Cour est une question dont le Gouvernement nicaraguayen estime qu'elle aurait pu, et dû, être réglée à l'amiable sans avoir recours à la présente instance. Le problème qui se pose aujourd'hui n'est pas, en réalité, que le Nicaragua ne permette pas au Costa Rica de naviguer sur le fleuve San Juan, mais que le Costa Rica affirme qu'il a le droit de le faire en toute liberté quel que soit le type de bateau utilisé, à l'exception peut-être des porte-avions et des cuirassés qui, de toute façon, ne pourraient pas naviguer sur un fleuve comme le San Juan dont certaines parties sont étroites et peu profondes, et que cette liberté ne peut être réglementée par le Nicaragua. Il est solidement établi que, dans le passé, le Nicaragua a toujours été prêt à faciliter la circulation sur le fleuve, même celle de bateaux officiels du Costa Rica, du moment qu'était respectée la réglementation élémentaire que tout Etat souverain est en droit d'exiger. Il est également incontestable que le Nicaragua n'a même pas interdit aux touristes de naviguer sur le fleuve à bord de bateaux costa-riciens pour autant qu'ils respectent la réglementation ordinaire. Les incidences économiques de cette réglementation sont tellement insignifiantes que les

ressources annuelles que le Nicaragua tire de son application, y compris les visas et les cartes de touriste ainsi que les taxes afférentes aux services en matière de sécurité et de protection de la navigation le long du fleuve, ne couvriraient pas les dépenses des Parties pour une heure de plaidoiries devant la Cour.

32. Par ailleurs, des questions plus fondamentales sont en jeu en ce qui concerne le fleuve. Celui-ci est ainsi fortement pollué et envasé par les activités du Costa Rica. Si nos collègues costa-riens se tenaient au courant des actualités par les journaux et d'autres médias nationaux, ils sauraient que l'un des sujets à la une est l'autorisation donnée récemment par le Costa Rica à l'exploitation d'une mine d'or à proximité du San Juan, projet qui présente de sérieux risques de pollution du fleuve par le cyanure.

17

33. Une autre question essentielle est le fait que près de 90 % des eaux du fleuve San Juan se déversent à présent dans la mer par un bras du fleuve situé au Costa Rica, le Colorado, ne laissant du côté nicaraguayen qu'un faible cours d'eau en grande partie non navigable, comme vous pouvez le voir à l'écran [voir la diapositive projetée à l'écran : CAG-3]. Le Costa Rica est le seul à pouvoir utiliser le Colorado à des fins pratiques pour atteindre la mer.

34. Si toutes ces questions concernant le fleuve étaient soumises à la Cour dans leur intégralité, nous ferions valoir que le Costa Rica, en réalité, ne revendique pas uniquement une forme moderne de souveraineté totale sur le San Juan, mais aussi, concrètement, une forme féodale de souveraineté qui lui donnerait le droit d'user et d'abuser du fleuve : d'en polluer, d'en réduire et d'en détourner les eaux.

35. D'autres questions très importantes découlant du traité de 1858 opposent encore les Parties et concernent, par exemple, la situation des baies de San Juan et de Salinas. Ces questions ayant été abordées au cours des présentes audiences, le Nicaragua souhaite consigner qu'il se réserve le droit de répondre à leur sujet.

36. Enfin, une autre question territoriale d'extrême importance, que le traité de 1858 n'a naturellement pas réglée, est toujours pendante : la délimitation maritime dans l'Atlantique et dans le Pacifique.

37. Mais, au lieu de ces problèmes essentiels qui appellent une solution et exigent une véritable coopération des Parties, au règlement desquels le Nicaragua est prêt à contribuer, les

seules questions soumises à la Cour sont celles, restreintes, que le Costa Rica a soigneusement distinguées.

V. LA PRODUCTION IMPROMPTUE DE NOUVEAUX DOCUMENTS

38. De nombreux arguments ont été exposés, preuves à l'appui, dans les deux jeux d'écritures soumis avant ces audiences publiques. Le Costa Rica a même été autorisé à déposer, le 27 novembre 2008, une lettre et des documents — ce qui revenait en fait à présenter un jeu d'écritures supplémentaire — en réponse aux arguments formulés dans la duplique déposée quatre mois et demi auparavant par le Nicaragua, le 15 juillet 2008. La Cour a notifié au Nicaragua le 18 décembre 2008 sa décision d'autoriser cette production tardive. Le Nicaragua n'a pas vu d'un bon œil cette présentation impromptue de documents et de déclarations sous serment qui auraient pu être produits dans les écritures. En fait, les quatre mois et demi écoulés entre le dépôt de sa duplique et la production de ces documents et arguments équivalent presque aux six mois qui lui ont été accordés pour préparer et déposer l'intégralité de sa duplique.

18

39. S'agissant de la teneur de ces nouveaux documents produits par le Costa Rica, nous estimons que, en tout état de cause, ils ne parviennent ni à saper ni à affaiblir de quelque manière que ce soit les arguments du Nicaragua. Bien au contraire, comme l'expliqueront MM. Remiro et Reichler dans leurs plaidoiries respectives, ils renforcent notre position.

40. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, j'ai tenté, dans mon exposé, de me montrer aussi éloquent que le Costa Rica, notamment son estimé conseil, dans ses observations. Lorsque vous jugerez nos plaidoiries, je suis sûr que vous n'oublierez pas que le Costa Rica a bénéficié de plus de huit mois, depuis le dépôt de notre duplique, pour préparer ces audiences, tandis que nous n'avons eu que quelques jours pour préparer notre réponse. Dans ce bref délai, nous n'avons peut-être pas été en mesure d'aborder chacun des points soulevés par le Costa Rica ; nous réservons donc nos droits de réponse à cet égard et maintenons les positions exposées dans nos écritures.

41. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, les exposés qui vous seront présentés au nom du Nicaragua seront les suivants : M. Brownlie examinera aujourd'hui «le caractère spécial du traité», M. Antonio Remiro réfutera ensuite l'argument du Costa Rica fondé sur le droit de libre navigation «aux fins du commerce» et M. Pellet poursuivra avec l'interprétation du traité.

Au cours des audiences de demain, M. Paul Reichler examinera la légitimité et la licéité de la réglementation et d'autres droits du Nicaragua. M. Stephen MacCaffrey poursuivra avec la question de la navigation non commerciale des bateaux officiels. M. Reichler réfutera les droits de protection, de garde et de défense du San Juan que le Costa Rica prétend avoir. Enfin, M. Pellet achèvera la présentation en examinant la question des réparations.

Monsieur le président, Messieurs de la Cour, je vous remercie de votre aimable attention, et je vous prie de bien vouloir appeler à présent à la barre M. Brownlie.

Le PRESIDENT : Je remercie l'agent du Nicaragua, M. Carlos Argüello Gómez, de sa plaidoirie. J'invite à présent M. Brownlie à prendre la parole.

M. BROWNLIE :

1. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, c'est de nouveau un privilège pour moi de représenter la République du Nicaragua devant la Cour.

19

LE CARACTÈRE SPÉCIAL DU TRAITÉ

2. En l'espèce, ma tâche consiste à analyser le contexte historique du traité de limites de 1858 et à confirmer son caractère spécial de traité conçu spécifiquement pour régler un différend territorial. L'examen du caractère du traité de 1858 en tant que traité frontalier est nécessaire pour deux raisons. Premièrement, pour aider la Cour à l'interpréter et à l'appliquer dans les circonstances particulières de l'espèce et, deuxièmement, pour réfuter les arguments avancés par le Costa Rica pour déformer la nature du différend.

3. Selon le Costa Rica, le San Juan est un cours d'eau international et les règles du droit international général relatives à la navigation sur les cours d'eau internationaux lui sont donc applicables. C'est ainsi que dans son mémoire le Costa Rica insiste sur l'affaire de la *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* (MCR, p. 155), qui concerne une situation juridique sans rapport avec celle dont est saisie la Cour en l'espèce.

4. Dans ce contexte, le Costa Rica ne peut que reconnaître, dans ses écritures, que le San Juan fait partie du Nicaragua. En fait, le traité de 1858 établit «la ligne frontière entre les deux républiques», telle que celle-ci est décrite clairement à l'article II. Et l'article VI dispose : «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...»¹.

5. En conséquence, de temps à autre, le Costa Rica reconnaît expressément que le cadre du différend est le traité de 1858. Il admet dans son mémoire le caractère central de l'article VI du traité (au chapitre 2, par. 2.25.), dans sa réplique il reconnaît la primauté du traité de 1858 en plusieurs occasions. Ainsi, nos adversaires déclarent :

«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.»² (Réplique (RCR), par. 2.08.)

Et, également dans la réplique :

20

«Le 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 ont été reconnus par cet instrument, ni plus ni moins. Le Costa Rica peut s'accommoder du traité en l'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.»³ (RCR, par. 2.32.)

6. Telle est la question centrale. L'espace occupé par le San Juan fait partie du territoire du Nicaragua et ceci n'est pas seulement le résultat du tracé d'une frontière mais aussi l'importante conséquence politique et juridique d'un règlement territorial validé par le traité.

7. En l'espèce, la délimitation de la frontière, y compris les accords de délimitation consignés à l'article III, implique assurément les considérations d'ordre public visées par la Cour dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear*. La Cour a fait observer :

¹ La traduction anglaise utilisée est celle présentée par le Nicaragua au président Cleveland, MCR, vol. 2, p. 54. [«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...»]

² («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.»)

³ («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.»)

«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.»⁴ (*Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 34.)

8. En l'espèce, l'analogie avec l'affaire du *Temple* découle non de la ligne frontière en tant que telle mais du risque que constituerait un régime de navigation qui introduirait un élément de porosité et d'instabilité juridiques dans une attribution de territoire claire par ailleurs.

9. La règle normale d'interprétation est confirmée à l'article 31 de la convention de Vienne, pour l'essentiel libellé comme suit :

21

*«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.»*⁵

En outre, l'article 32 dispose :

«Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquels 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.»*
(Les italiques sont de nous.)⁶

10. Et le Nicaragua tient à souligner que depuis 1986 la Cour a jugé utile d'appliquer le critère de l'objet et du but du traité dans douze arrêts.

4 («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.»)

⁵ [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].

⁶ («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, or to determine the meaning when the interpretation according to Article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.»)

11. Le caractère central de ce critère a été souligné dans le rapport que la Commission du droit international a présenté à l'Assemblée générale en 1966, dans les termes suivants :

«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.»⁷ (CDI, *Annuaire 1966*, vol. II, p. 221.)

12. L'objet et le but du traité de 1858 doivent être recherchés d'abord dans le titre et dans le texte du traité lui-même. Le titre du traité est «Traité de limites entre le Costa Rica et le Nicaragua» («Treaty of Limits between Costa Rica and Nicaragua»).

22

13. Le préambule fait partie du contexte d'un traité, comme indiqué au paragraphe 2 de l'article 31 de la convention de Vienne. Et la Cour a déjà fait fond sur l'exposé de l'objet et du but du traité qui figurait dans le préambule pour interpréter un traité. Ainsi, dans les affaires du *Sud-ouest africain*, la Cour s'est référé au préambule de l'acte de mandat pour le Sud-Ouest africain pour y trouver des indications quant à la meilleure manière de donner un effet concret au régime international proposé à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations (voir *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 24, par. 21). De même, dans l'arbitrage relatif au *Canal de Beagle*, la sentence a pris le préambule dûment en considération (voir *International Law Reports*, vol. 52, p. 132-134 ; sentence du 18 février 1997).

14. Le préambule du traité de limites confirme clairement l'objet et le but de l'accord. Il est ainsi libellé :

«Nous, Máximo Jerez, ministre plénipotentiaire du Gouvernement de la République du Nicaragua, et José María Cañas, ministre plénipotentiaire du Gouvernement de la République du Costa Rica, *ayant été chargés par nos gouvernements respectifs d'élaborer un traité de limites entre les deux Républiques destiné à mettre un terme à tous les litiges qui ont nui à la bonne entente et à l'harmonie devant prévaloir entre elles pour leur sécurité et leur prospérité ...* avons

⁷ («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.»)

rédigé et signé le présent traité de limites entre le Nicaragua et le Costa Rica.» (Les italiques sont de nous).

15. Le but explicite visé par les deux gouvernements était donc de conclure un «traité de limites entre le Nicaragua et le Costa Rica».

16. Tant la teneur que l'ordre des dispositions du traité indiquent que l'établissement d'une ligne frontière était la question prioritaire sur laquelle les Parties souhaitaient mettre l'accent. L'article premier expose expressément le contexte historique en faisant référence aux litiges qui les ont opposées «pour des questions de délimitation» et à la nécessité de renforcer «la paix heureusement rétablie».

17. L'article II est consacré à l'établissement de la ligne frontière. Il est libellé comme suit — je ne le lirai pas en entier ; il sera reproduit dans le compte rendu. Le début de l'article II se lit comme suit :

«La ligne de séparation [*la ligne de séparation*] entre les deux républiques, à partir de la mer du Nord, commencera à l'extrémité de Punta de Castilla, à l'embouchure du fleuve San Juan de Nicaragua, puis suivra la rive droite dudit fleuve jusqu'à un point distant de trois milles anglais de Castillo Viejo, cette distance devant être mesurée à partir des fortifications extérieures du château.»

Sont ensuite énoncées les différentes parties du tracé :

«De là, et prenant pour centre lesdites fortifications, une courbe sera tracée à une distance de trois milles anglais de celles-ci, jusqu'à un autre point situé à deux milles de la rive du fleuve opposée au château. De là, la ligne se poursuivra en direction de la rivière Sapoa, qui se jette dans le lac de Nicaragua, et longera la rive droite du fleuve San Juan en suivant toujours ses méandres à une distance de deux milles, jusqu'à l'origine de ce fleuve dans le lac ; de ce point, elle suivra la rive droite du lac jusqu'à la rivière Sapoa, où cette ligne parallèle aux rives se terminera.»

23

Enfin, l'article II dispose :

«Du point où la ligne rejoint la rivière Sapoa — point qui, comme il est indiqué plus haut, sera situé à deux milles du lac — une droite astronomique sera tracée jusqu'au point central de la baie de Salinas dans la mer du Sud, marquant la fin de la frontière entre les deux républiques contractantes.»

18. Les articles III, IV et V portent sur le statut juridique de certains lieux pertinents aux fins du tracé de la frontière. Venant après ces quatre articles relatifs à une délimitation territoriale, l'article VI fait partie du règlement global — il fait partie du règlement global — des différends ayant entraîné la guerre de 1857. Il est ainsi libellé :

«*La République du Nicaragua aura le dominium et l'imperium exclusifs sur les eaux du fleuve San Juan depuis son origine dans le lac jusqu'à son embouchure dans l'océan Atlantique ; la République du Costa Rica aura toutefois un droit perpétuel de*

libre navigation sur lesdites eaux, entre l'embouchure du fleuve et le point situé à 3 milles anglais de Castillo Viejo, aux fins du commerce (con objetos de comercio) avec le Nicaragua aussi bien que du commerce avec l'intérieur du Costa Rica par la rivière San Carlos, la rivière Sarapiquí ou toute autre voie de navigation partant de la portion de la rive du fleuve San Juan déclarée par le présent traité appartenir au Costa Rica. Les bateaux des deux pays auront le droit d'accoster indistinctement sur l'une ou l'autre rive de la portion du fleuve où la navigation est commune sans qu'aucune taxe ou droit ne soit perçu, sauf accord entre les deux gouvernements.» (Les italiques sont de nous.)

19. Le Nicaragua considère que l'expression «for the purposes of commerce» («aux fins du commerce») figurant dans cet article n'est pas une traduction anglaise exacte. La première partie de cette disposition concerne «le *dominium* et l'*imperium* exclusifs (*exclusivamente el dominio y sumo imperio*) sur les eaux du fleuve San Juan». Tel est le principe fondamental, et la mention de la navigation n'est, en toute logique, qu'un élément secondaire.

20. Les dispositions de l'article VII soulignent l'objet général du traité, à savoir une «délimitation territoriale». L'article VII se lit comme suit :

«Il est convenu que la délimitation territoriale opérée par le présent traité ne saurait modifier en aucune manière les obligations contractées dans des traités publics ou des contrats de canalisation ou de passage conclus par le Gouvernement du Nicaragua antérieurement à la conclusion du présent traité ; il est convenu au contraire que le Costa Rica assumera ces obligations à l'égard de la portion correspondant à son territoire, sans préjudice de l'autorité éminente ou du droit souverain qu'il a sur celui-ci.»

24

21. Ainsi s'achève mon examen du titre, du préambule et des dispositions du traité de limites de 1858. J'en viens maintenant au contexte historique de cet instrument en tant que preuve convaincante de son objet et de son but.

Le contexte historique du traité de limites de 1858 en tant que preuve convaincante de son objet et de son but

22. Ce sont les événements de 1824 qui forment le contexte historique du traité de limites, événements qui, la même année, ont conduit à l'annexion par le Costa Rica de la vaste région de Nicoya — je vous renvoie maintenant aux figures IB-1 et IB-2 du dossier de plaidoiries de ce matin.

23. Ces cartes montrent l'emplacement et l'étendue de la région de Nicoya avant la conclusion du traité de 1858. La première est la *carte géographique de la République du Nicaragua* de Fermin Ferrer, gouverneur de la province occidentale. Elle a probablement été établie par le cartographe Maximiliano von Sonnenstern. Y est figurée une ligne en pointillé qui

part de l'ouest — il n'est pas facile de la distinguer mais cela est peut-être plus aisé sur la version papier —, en haut du golfe de Nicoya — à l'ouest, donc —, et qui se poursuit vers l'est jusqu'à la mer des Caraïbes.

La seconde figure est un croquis sur lequel est représentée, en vert, la région de Nicoya, telle qu'elle apparaît sur la première carte, où elle n'est cependant représentée par aucune couleur.

Monsieur le président, le fait important est que le Costa Rica a annexé la région de Nicoya en 1824, modification du *statu quo* qui a été consignée dans sa législation en 1825 (MCR, vol. VI, annexe 193).

24. Cette volonté de modifier le *statu quo* se reflète dans les constitutions du Costa Rica datant de la période qui a suivi l'indépendance, mais elle ne fut pas acceptée par le Nicaragua.

Comme il est indiqué dans le mémoire du Costa Rica :

«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.»⁸ (MCR, p. 12, par. 2.14.)

25

25. Le décret du congrès fédéral d'Amérique centrale de 1825 cité dans cet extrait figure dans les annexes de la réplique du Costa Rica (vol. 2, annexe 5). Il ressort clairement de ce texte que l'attribution de Nicoya était provisoire ; ainsi l'article premier est-il libellé comme suit :

«Pour l'instant et jusqu'à ce que la démarcation du territoire de chaque Etat, 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.»⁹

26. Ce caractère provisoire ressort également du texte d'autres constitutions du Costa Rica datant de la période pertinente, à savoir :

- la Constitution de 1844, en son article 47 (mémoire du Costa Rica, vol. 2, annexe 195) ; et
- la Constitution de 1847, en son article 25 (mémoire du Costa Rica, vol. 2, annexe 196).

27. D'une manière générale, le Costa Rica considère que, dans la période qui a suivi l'indépendance, entre 1821 et 1856, «le principal problème territorial entre le Costa Rica et le

⁸ "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."

⁹ "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."

Nicaragua» portait sur la région de Nicoya, et telle est la position présentée dans le mémoire. Dans cette pièce, il est expressément reconnu que «[l]a situation ne fut finalement acceptée par le Nicaragua que dans le traité de limites de 1858» (MCR, p. 12, par. 2.14).

28. Dans son contre-mémoire, le Nicaragua précise que l'annexion de Nicoya en 1824 était contraire au principe de l'*uti possidetis* et ne respectait pas les frontières coloniales à l'époque de l'indépendance (CMN, p. 16-17, par. 1.2.2-1.2.3 ; p. 21-25, par. 1.2.13-1.2.23).

29. La position du Nicaragua est que le fleuve San Juan de Nicaragua appartenait exclusivement à la province du Nicaragua depuis 1573. Le Nicaragua considère également que le statut de Nicoya est resté indéterminé jusqu'au traité de limites de 1858.

30. En 1857, le Nicaragua négocia le traité Juarez-Cañas avec le Costa Rica (MCR, vol. 2, annexe 5). Ce traité ne fut pas ratifié par le Costa Rica, mais il constitue un précédent pour le règlement de 1858. L'objet du traité Juarez-Cañas était précisément de régler la question de Nicoya. Ainsi dispose-t-il, en son article premier, que :

26

«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 [autre nom de la région de Nicoya], 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.»¹⁰

31. Par pur opportunisme politique, le traité de 1857 ne fut pas ratifié par le Costa Rica. Cet opportunisme se traduisit par la signature, le 14 juillet de la même année, d'un accord de concession avec William Webster en vue de lui octroyer des droits d'exploitation commerciale relatifs à la voie de transit interocéanique qui passait entièrement en territoire nicaraguayen.

32. Dans le cadre de sa stratégie visant à s'approprier ladite voie de transit, le Costa Rica posa, le 14 octobre 1857, un ultimatum au Nicaragua en lui enjoignant de livrer le port de San Carlos, sur le lac Nicaragua (CMN, annexe 22).

¹⁰ «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, 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.»

33. Le Nicaragua considéra cette demande comme une déclaration de guerre et son Gouvernement prit, le 19 octobre 1857, le décret suivant :

«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 préserva 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.»¹¹ (CMN, annexe 57.)

34. En raison de ce nouveau conflit et de l'occupation militaire de son territoire par l'armée costa-ricienne, le Nicaragua fut contraint d'accepter un traité de paix qui lui était très défavorable. Il s'agit du traité Martinez-Cañas, conclu le 8 décembre 1857 (MCR, vol. 2, annexe 6). Parmi diverses dispositions rédigées en faveur du Costa Rica, l'article VIII prévoyait la fixation des frontières du district de Nicoya.

27

35. Fort heureusement, les mesures de contrainte qui avaient conduit à la signature du traité Martinez-Cañas — à savoir l'intervention des «filibusters» (flibustiers) menés par William Walker — entraînent également le retrait des forces d'occupation costa-riciennes. Cela permit au Nicaragua de reprendre le contrôle du San Juan et de répudier le traité Martinez-Cañas. Cette répudiation intervint en janvier 1858 et, au mois d'avril de la même année, le Nicaragua put négocier le traité de limites qui a été présenté à la Cour.

36. Le contexte historique est relaté dans un document faisant autorité et établi en toute indépendance, à savoir le rapport Rives.

¹¹ «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, including its lands, forests and rivers.

Art. 3. The necessary force will be organised to execute the provisions of this decree.»

37. Ainsi que la Cour s'en souviendra, dans le cadre de son arbitrage, le président Cleveland avait chargé M. Georges L. Rives, secrétaire d'Etat adjoint, d'examiner les arguments et les éléments de preuve et de lui remettre un rapport.

38. L'historique de la négociation du traité de 1858 est exposé dans ce rapport, daté du 2 mars 1888, et l'importance des différends frontaliers est confirmée dans l'extrait suivant. Se référant à la dissolution de la République fédérale d'Amérique centrale en 1838, M. Rives indique :

«Mais lors de l'instauration de la République fédérale et plus encore, lors [de] 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 1838, le Costa Rica semble avoir fait part au Nicaragua — lors 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 [ou] sous [une] autre, préoccupé les deux gouvernements depuis au moi[n]s deux décennies.»¹² (CMN, annexe 70.)

28

39. Le rapport Rives fait état du souhait du Costa Rica de voir reconnue l'annexion de Nicoya, ce qui atteste assurément que la question du titre demeurait posée. En effet, si Nicoya appartenait déjà au Costa Rica, en quoi une reconnaissance était-elle nécessaire ?

La correspondance diplomatique postérieure à la conclusion du traité de 1858

40. La correspondance diplomatique échangée pendant une longue période témoigne du rôle du traité de 1858 en tant que traité de paix visant à régler un différend territorial spécifique. Les documents de la période comprise entre 1870 et 1886 révèlent un paradoxe de taille. Ce traité de paix coûta très cher au Nicaragua puisque ce dernier consentit à ce qu'un vaste pan de son territoire fût attribué au Costa Rica.

¹² «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.»

41. Cette concession territoriale substantielle du Nicaragua fut reconnue par des tierces parties intéressées. Faisant rapport au secrétaire d'Etat le 28 mai 1858, le ministre résident des Etats-Unis auprès des Gouvernements du Costa Rica et du Nicaragua, Mirabeau B. Lamar, indiqua :

«Dans 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 possède maintenant Guanacaste tout entier [c'est-à-dire Nicoya], 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 le Costa Rica à conclure un autre traité d'alliance, défensive et offensive contre les flibustiers.» (CMN, vol. 2, annexe 25.)¹³

42. Dès 1870, le Gouvernement du Nicaragua protesta auprès du Costa Rica contre la cession d'une vaste portion de son territoire et souleva la question de la validité du traité de limites (MCR, vol. 3, annexe 30).

29

43. La question de la validité du traité continua d'alimenter la correspondance jusqu'à l'accord sur l'arbitrage du président Cleveland de 1888. Je me réfère ici à la note du Nicaragua en date du 3 août 1886 et à la réponse du Costa Rica en date du 31 août suivant (MCR, vol. 3, annexes 32 et 34).

44. En résumé, les archives diplomatiques confirment deux aspects importants du tableau politique. Le premier est que le traité de 1858 est avant tout un traité de paix et de délimitation. Le second, secondaire, qui se fit jour après la conclusion du traité, est celui de sa validité.

45. Il s'agissait évidemment là de l'expression juridique de la prise de conscience, par le Nicaragua, de l'ampleur de la cession territoriale entraînée par le traité. Le caractère général du traité de 1858 est dans une large mesure reconnu dans la réplique du Costa Rica. Je cite :

¹³ Sans objet dans la version française.

«La 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 [et ce sont les termes du Costa Rica], *la présente affaire concerne un traité qui réglait un différend relatif à la souveraineté sur les zones frontalières des deux Etats, y compris sur 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.*» (RCR, p. 39, par. 2.69 ; les italiques sont de nous.)¹⁴

46. Monsieur le président, cette formulation traduit une analyse relativement juste, si ce n'est que mettre sur le même plan l'octroi de la souveraineté et le droit de libre navigation à certaines fins suppose une opposition qui pèche à deux égards.

47. Premièrement, du point de vue juridique, le droit de navigation est nécessairement subordonné à l'octroi de la souveraineté.

48. Deuxièmement, en ce qui concerne la structure du contrat, la souveraineté accordée au Nicaragua à l'égard du fleuve constituait une bien modeste contrepartie pour la cession du vaste territoire de Nicoya.

30

L'objet et le but principaux du traité de 1858 en tant que traité de limites : les conséquences juridiques

49. Le traité de 1858 a donc principalement pour objet et pour but de créer un régime de frontière, un système bilatéral destiné à préserver la paix et l'ordre public. Aucun droit n'est créé au profit d'Etats tiers.

50. Dans cet environnement géographique et historique très particulier, l'invocation des principes du droit international général relatifs à la typologie des cours d'eau ne saurait se justifier. Il ne serait en particulier nullement justifié en droit de généraliser à partir d'une pratique conventionnelle européenne.

51. Rappelons tout d'abord que, selon la doctrine et la pratique latino-américaines, il n'existe, en l'absence d'accord spécial, aucun droit général de libre navigation dans la région. Telle est la conclusion à laquelle est parvenu M. Caflisch dans son cours de La Haye après avoir

¹⁴ Sans objet dans la version française.

examiné une masse considérable de documents (*Recueil des cours*, vol. 219 (1989, VII), p. 125). Il y présente la doctrine comme presque unanime.

52. De plus, le *Digest of International Law* du département d'Etat des Etats-Unis, publié sous la direction de Marjorie Whiteman, expose comme suit, dans une note intitulée «American Rivers» [«Fleuves américains»], le point du principal spécialiste chilien de la question :

«A la conférence de Barcelone, le publiciste chilien Alexandro Alvarez a noté, dans son rapport en tant que président du sous-comité sur les cours d'eau navigables :

«Le principe de la liberté de navigation sur les fleuves n'a pas évolué de la même manière sur le continent américain. La liberté de navigation sur les cours d'eau internationaux y a été reconnue non pas par application du principe européen, mais en tant que concession accordée volontairement par les Etats riverains au moyen d'accords *inter partes* ou d'actes législatifs...» (Société des Nations, Conférence de Barcelone, *comptes rendus et textes relatifs à la convention sur le régime des voies navigables d'intérêt international* (Genève, 1921), p. 225-226.)»

(*Digest of International Law*, vol. 3, Department of State, Publication n° 7737, paru en octobre 1964, p. 881.)

53. S'éloignant de la doctrine et de la pratique latino-américaines, nos contradicteurs prétendent que le droit de navigation énoncé dans le traité de 1858 est, d'une certaine manière, absolu ou impératif (RCR, par. 3.13-3.25). Cette proposition extravagante semble s'inscrire dans le cadre du droit général international, mais elle ne repose sur aucun fondement, que ce soit en droit international général contemporain du XIX^e siècle ou dans la doctrine et la pratique régionales.

31

54. Le Nicaragua considère, comme il l'a exposé dans sa réplique, qu'il dispose bel et bien d'un pouvoir de réglementation compatible avec les dispositions de l'article IV du traité de 1858.

55. Ainsi, Wheaton, le célèbre publiciste du XIX^e siècle, fait la déclaration de principe suivante :

«Des choses dont l'usage est inépuisable, telles que la mer et l'eau courante, ne peuvent appartenir en propre à personne de manière à exclure les autres du droit de se servir de ces choses, si toutefois cet usage n'incommode pas le propriétaire légitime. C'est ce que l'on nomme l'*usage innocent*. C'est ainsi que nous avons vu que la juridiction d'un Etat sur des détroits, ou sur d'autres bras de mer passant par cet Etat et communiquant avec un autre Etat ou avec des mers communes à tous les hommes n'exclut pas d'autres nations du droit de passer librement dans ces détroits. Le même principe s'applique aux fleuves qui s'écoulent d'un Etat à travers un autre Etat dans la mer ou dans le territoire d'un troisième Etat. Le droit de naviguer, pour des objets de commerce, sur un fleuve qui coule dans le territoire de plusieurs Etats est commun à toutes les nations qui habitent ses rives ; mais ce droit de passage innocent étant ce que les auteurs appellent un *droit imparfait*, son exercice est nécessairement modifié pour

la sûreté et la commodité de l'Etat affecté, et ne peut être assuré d'une manière efficace que par des conventions réciproques en réglementant les modalités.» (Wheaton, *Eléments du droit international*, 1866, deuxième partie, chapitre IV, sect. 193.)

56. Je ne dis pas que ce raisonnement soit directement applicable en l'espèce, compte tenu, en particulier, du fait que le droit de navigation actuellement en cause découle d'un traité bilatéral. Toutefois, le point important est présenté dans la dernière phrase du passage que je viens de citer, à savoir que, lorsqu'il existe, le droit de navigation à des fins commerciales est soumis à certaines conditions «réglementant les modalités» de son exercice.

57. On admet généralement que tout droit de navigation est en principe soumis au pouvoir réglementaire de l'Etat riverain. O'Connell a, par exemple, résumé ainsi l'état du droit international général à cet égard :

«En l'absence d'obligation conventionnelle, un riverain n'est pas tenu d'assurer le maintien de la liberté de navigation et ne saurait donc être assigné, si ce n'est en vertu de son droit interne, pour négligence en cas d'obstruction du fleuve. Inversement, en vertu du pouvoir réglementaire qui est le sien, l'Etat riverain peut exiger que les personnes travaillant à bord des bateaux empruntant ses eaux ou immatriculés sur son territoire soient assurées. Et, en principe du moins, les limitations des tarifs du fret imposées par le riverain ne sont pas incompatibles avec la liberté de navigation.» (*International Law*, deuxième édition, 1970, vol. 1, p. 569.)

58. Et la jurisprudence étaye la règle de droit international général selon laquelle un Etat peut exercer un pouvoir de police sur les bateaux qui font usage d'un droit conventionnel de libre navigation sur les fleuves situés dans son territoire. Je fais ici référence à la décision de la commission générale de réclamations dans l'affaire *James H. McMahan (Etats-Unis) c. Etats-Unis du Mexique* (1929).

32

59. Cette décision est, je pense, importante, et j'aimerais en appeler à la patience du président pendant que j'en cite les passages pertinents. Selon les termes de cette décision :

«Compte tenu de ces dispositions, il ne fait pas de doute que McMahan et ses compagnons exerçaient un droit parfaitement reconnu en naviguant sur une partie du Rio Grande qui sert de frontière entre les deux pays :

Mais, d'autre part, il est également nécessaire de tenir compte du fait que ce même traité susmentionné de 1848 dispose en son article VII :

«Les stipulations contenues dans le présent article ne portent pas atteinte aux droits territoriaux de l'une ou l'autre des républiques dans ses limites établies.»

Comme on l'a dit, le traité de 1853 laisse en vigueur l'article VII dans son intégralité, dans la mesure où il concerne toute la portion du Rio Grande qui, en vertu

de ce traité, a été établie comme frontière et, par conséquent, laisse en vigueur la réserve évoquée plus haut.

Il apparaît que la réserve expresse des droits territoriaux des deux républiques, à l'intérieur des limites établies, concerne le droit d'exercer des pouvoirs de police, dans la mesure où il s'agit d'un des droits que le souverain exerce sur son territoire. Il est pertinent de rappeler ici que la frontière ou la ligne de démarcation entre les deux pays par rapport au Rio Grande est le milieu de ce fleuve suivant le chenal le plus profond, ce qui signifie que jusqu'à ce point, les deux pays peuvent exercer intégralement leurs droits territoriaux. Toutefois, si cela seul ne suffisait pas, en étudiant le sujet de la navigation sur les fleuves internationaux, qu'ils soient ou non des lignes frontières entre deux territoires ou plus, et qui se jettent dans *la mer*, on constate une tendance à établir le principe de la liberté de navigation, pourvu qu'il soit toujours limité par le droit des Etats riverains d'exercer des droits de police sur la portion du cours d'eau qui leur revient.

L'étendue de l'exercice de ce pouvoir de police face au principe de la libre navigation est une question qui n'a pas encore été définie par la théorie ou les précédents. Il est toutefois raisonnable de penser que ce pouvoir local ne doit pas être exercé de manière à faire échec au passage innocent dans les eaux du fleuve, en particulier s'il est établi par traité.

Il ne semble dès lors pas possible de nier que le Mexique est en droit d'exercer des pouvoirs de police, du moins *certain*s pouvoirs de police, sur le cours du Rio Grande, et elle ne semble pas excessive ni contraire au droit de libre navigation cette action juridictionnelle des autorités mexicaines qui, en une occasion précise et pour des causes particulières qui avaient trait au droit primordial du Mexique de se défendre, était destinée à déterminer ce que faisaient et quels objets transportaient des personnes suspectes qui naviguaient dans des endroits déserts sur de petites embarcations.» (*Recueil des sentences arbitrales*, vol. 4, p. 490.)

33 60. Mon collègue, M. Reichler, examinera de manière plus approfondie l'état du droit international général à cet égard. En l'espèce, et spécialement en l'absence d'une ligne frontière médiane, c'est le Nicaragua, et non le Costa Rica, qui détient un pouvoir de police sur le fleuve San Juan. Dans la sentence arbitrale du président Cleveland, la question du droit de navigation des bateaux de guerre a été résolue non pas par le recours à un «droit de libre navigation» généralisé, mais par rapport aux conditions de la navigation définies dans le traité de limites. Ainsi, le droit de navigation reçoit une forme se rapportant à l'objet et au but du traité de limites et non à un principe général de navigation.

Conclusion : l'objet et le but principaux du traité de 1858 étaient de régler de manière définitive un différend ancien concernant un titre territorial

61. Monsieur le président, les éléments de preuve disponibles forcent inévitablement à conclure que l'objet et le but principaux du traité de 1858 étaient de régler définitivement le

différend qui existait de longue date au sujet de la région de Nicoya. J'en veux pour preuve les éléments suivants :

- i) le contexte historique, y compris plusieurs traités bilatéraux qui s'inscrivent dans celui-ci ;
- ii) la nature du titre, et le libellé du préambule ;
- iii) les dispositions du traité proprement dit, y compris l'économie de celui-ci et la place de l'article VI ;
- iv) la correspondance diplomatique postérieure à la conclusion du traité ;
- v) le libellé de la sentence arbitrale Cleveland du 22 mars 1888 et le rapport du 2 mars 1888 soumis à l'arbitre par George L. Rives, secrétaire d'Etat adjoint.

62. Le traité de 1858 reconnaissant la souveraineté territoriale du Nicaragua sur tout le fleuve, le titre ainsi reconnu limite nécessairement le droit de navigation. En outre, selon les principes généraux du droit international, le Nicaragua a à la fois le droit et le devoir, en tant que souverain territorial, de prendre des mesures pour assurer la sécurité de la navigation et le maintien de l'ordre public.

63. L'importance cardinale de l'interaction entre souveraineté territoriale et régime de la navigation est largement admise dans la doctrine. Les auteurs parlent à cet égard de pouvoir réglementaire de l'Etat riverain. Lorsque des juridictions internationales ont eu à examiner des questions juridiques essentiellement similaires, elles ont expressément reconnu dans leurs décisions qu'un Etat pouvait exercer un pouvoir de police à l'égard des navires qui exerçaient un droit conventionnel de libre navigation sur les fleuves de son territoire. L'Etat demandeur ne tente de contester ni l'autorité ni la pertinence des sentences rendues dans l'affaire des *Pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique* et dans l'affaire *McMahan (Etats-Unis d'Amérique) c. Etats-Unis du Mexique* (1929).

34

64. Les conseils du Costa Rica s'attachent au libellé de l'article VI du traité de limites, du moins en principe. En réalité, ils devraient s'attacher en premier lieu au règlement territorial, à l'octroi au Costa Rica du titre sur Nicoya et à la délimitation de la frontière qui, dans le cadre du droit international général, ont eu pour effet d'attribuer au Nicaragua le pouvoir de police sur le fleuve San Juan. Le Costa Rica n'a pas de pouvoir de police car il n'a pas de titre sur les eaux en question.

65. Ainsi la situation est-elle radicalement différente des régimes établis par un traité multilatéral pour d'autres cours d'eau, comme l'Oder ou le Danube, dans le cadre desquels les intérêts multiples des Etats riverains ont imposé une sorte de segmentation du pouvoir de police. Le pouvoir de police autorise le souverain territorial à arrêter les modalités d'application des dispositions du traité de limites. Dans ce contexte, les allégations du conseil du Costa Rica selon lesquelles le droit de libre navigation et la souveraineté sur le fleuve du Nicaragua seraient régis par le principe de l'égalité sont dénuées de tout fondement sur le plan juridique (CR 2009/2, par. 46 (Caflisch)).

66. Dans sa réplique, le Costa Rica est remarquablement réticent à reconnaître la force probante des éléments de preuve, pris soit individuellement soit ensemble. Il se garde d'examiner vraiment les diverses sources. C'est pourquoi il a été nécessaire de réaffirmer les éléments pertinents pour interpréter le traité de limites et de replacer les dispositions de celui-ci dans le contexte juridique approprié.

67. En conséquence, quelles que puissent être la nature et la portée précises des droits du Costa Rica dans le cadre des dispositions du traité de limites et de la sentence Cleveland, le Nicaragua doit avoir compétence exclusive pour exercer les pouvoirs de réglementation suivants :

- a) protéger et maintenir le droit de navigation, c'est-à-dire maintenir l'ordre public et les normes relatives à la sécurité de la navigation ;
- b) protéger la frontière, notamment en appliquant des procédures d'immigration aux ressortissants étrangers navigant sur les eaux territoriales du Nicaragua ;
- c) exercer les pouvoirs normaux de police ;
- d) protéger l'environnement et les ressources naturelles ; et
- e) maintenir les dispositions du traité qui prescrivent les conditions de navigation conformes à ce traité, c'est-à-dire maintenir la discipline du traité en tant que tel, de même que les dispositions de la sentence Cleveland.

35

La nature et la portée des droits du Costa Rica seront examinées plus avant dans les exposés suivants.

Ainsi s'achève mon exposé et je remercie la Cour pour la courtoisie et l'attention avec lesquelles elle m'a écouté. Monsieur le président, vous souhaitez peut-être marquer une pause, sinon mon ami M. Romero est prêt à venir à la barre.

Le PRESIDENT : Je remercie M. Brownlie pour sa présentation. Je trouve effectivement le moment bien choisi pour que la Cour se retire une dizaine de minutes avant de revenir pour la suite des plaidoiries.

L'audience est suspendue de 11 h 25 à 11 h 35.

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. La Cour reprend les audiences. J'invite à présent M. Brotóns à prendre la parole.

Mr. BROTÓNS: Thank you, Mr. President.

COSTA RICA'S RIGHT OF FREE NAVIGATION "CON OBJETOS DE COMERCIO" (WITH "OBJECTS OF COMMERCE") ON A SEGMENT OF THE SAN JUAN RIVER

Introduction

Mr. President, Members of the Court, I am very honoured to appear here once again to plead Nicaragua's case.

1. Nicaragua believes that it has shown in the written phase¹⁵ that Costa Rica's interpretation of Article VI of the Jerez-Cañas Treaty, to which it stubbornly clings¹⁶, has no basis under the rules of interpretation set out in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Offering a tendentious interpretation of that provision, Costa Rica has tried, and is still trying, to obtain judicially what it has been unable to secure through negotiation, namely the reworking of the Treaty in a way more favourable to its interests.

2. In effect, Costa Rica claimed — and continues to claim — that the perpetual right of "free navigation from the mouth of the San Juan River to three English miles below Castillo Viejo *with*

¹⁵Counter-Memorial of Nicaragua (CMN), Chap. 4, pp. 143-196, paras. 4.1.1-4.3.34; RN, Chap. III, pp. 99-157, paras. 3.1-3.99.

¹⁶Reply of Costa Rica (RCR), Chap. 3, A-C, pp. 43-70 (paras. 3.01-3.78), G, p. 97 (para. 3.157 (1) and (2)); tables 1 and 2 (pp. 99-151).

*objects of commerce*¹⁷ established in Article VI of the 1858 Treaty grants it a right to use this segment of the river for all kinds of tourist, sports and other activities capable of being carried out on a moving boat, and accuses Nicaragua of infringing this right in so far as it limits and regulates such activities.

3. Costa Rica has built its claim on a threefold basis:

1. the assertion of a right of free navigation not accompanied by any limitation as to subject matter;
2. the transformation of the ordinary, natural meaning of the phrase “objetos de comercio”, to which Article VI of the Treaty links the right of free navigation, into an “end-oriented” concept, according to which *objects of commerce* are not *things*, or *goods*, but *purposes*, commercial *objectives*; and
3. an *evolutionary* interpretation of the notion of *commerce* incorporating activities and areas that were alien to it at the time the Treaty was concluded.

4. To reinforce the idea that the right of free navigation exists *per se*, independently and absolutely, Costa Rica has not only analysed it as divorced from any link with *objects of commerce*¹⁸, but has also drawn an explicit distinction between alleged “breaches of Costa Rica’s perpetual right of free navigation” and “breaches of Costa Rica’s right of navigation ‘for purposes of commerce’¹⁹, and it systematically and often refers to the *right of free navigation* full stop, throughout its written and oral statements²⁰.

37

5. As the premises from which Costa Rica argues are incorrect, the outcome must be rejected. Costa Rica’s right to navigate on a stretch of the San Juan River must be interpreted in the light of Nicaragua’s sovereignty over the river, of its “exclusive dominion and supreme

¹⁷ “[I]ibre navegación desde la desembocadura del río San Juan hasta tres millas inglesas abajo del Castillo Viejo con objetos de comercio”; emphasis added, unless otherwise indicated.

¹⁸RCR, Chap. 3.B. (“A Perpetual Right of Free Navigation”), Chap. 3.C (“Con objetos de comercio”).

¹⁹RCR, 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”).

²⁰E.g., RCR, paras. 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 and 5.29; by way of example, see CR 2009/2, p. 25, para. 2, p. 37, para. 10, p. 44, para. 34, p. 49, para. 46, p. 49, para. 49.1, p. 50, para. 49.2, p. 71, para. 62; and CR 2009/3, p. 8, para. 1, p. 12, para. 19, p. 22, para. 2, p. 23, para. 6, p. 26, para. 14, p. 31, para. 26, p. 39, para. 21, p. 44, para. 6, p. 50, para. 22, p. 51, para. 29, etc.

control” in the words of the Treaty²¹. In terms of its subject matter, the right must further be limited to exercise “con objetos de comercio”, that is to say with things that are the subject of commercial activity.

Navigation “con objetos de comercio” (with objects of commerce): the text

6. When the *general rule* of interpretation set out in Article 31, paragraph 1, of the Vienna Convention is applied, in other words when the terms of Article VI of the Jerez-Cañas Treaty are interpreted in good faith in accordance with their ordinary meaning in the context of the Treaty, it is clear that *objects of commerce* are goods, things being traded.

7. There has been much talk of “objeto”, of “objetos”. But these words — standing in Crusoe-like isolation — are not those holding the key to interpreting the right of navigation granted Costa Rica in Article VI of the Jerez-Cañas Treaty. It is the syntagma, or word group, “objetos de comercio” whose interpretation is decisive in this regard.

8. Nicaragua sought an expert opinion from Mr. Manuel Seco Reymundo, member of the *Spanish Royal Academy* since 1979, one of the foremost Spanish-speaking linguists and author of the *Dictionary of Uncertainties and Difficulties in the Spanish Language*²² and the *Dictionary of Modern Spanish*²³. He states categorically:

38

“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.”²⁴

²¹“La República de Nicaragua tendrá exclusivamente el dominio y sumo imperio sobre las aguas del río San Juan . . .” (Art. VI of the Cañas-Jerez Treaty).

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

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

²⁴Mr. Seco Reymundo, *Dictamen sobre el sintagma «con objetos de comercio» en el texto del Tratado de Límites entre Costa Rica y Nicaragua suscrito el 15 de abril de 1858*, para. 6. (Rejoinder of Nicaragua (RN), II, Ann. 64, para. 6). Emphasis in the original. [“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 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 syntaxique 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.”]

9. Proceeding from these considerations with a view to clarifying the meaning of the syntagma — or word group — “objetos de comercio”, Mr. Seco carries out a lexical and syntactic study based on texts provided by Costa Rica itself²⁵ and other excerpts from the *Diachronic Corpus of Modern Spanish*²⁶, the database of the Spanish language up to the 1980s, prepared under the auspices of the Spanish Royal Academy²⁷. Mr. Seco found that in all the cases examined the phrase “objetos de comercio” did not mean “purposes or objectives” but rather *unmistakably* meant “things on which the activity of commerce falls”²⁸.

10. Costa Rica has submitted an opinion wholly to the contrary²⁹. In Mr. Moreno de Alba’s view, “the only and unequivocal meaning of the syntagm ‘con objetos de comercio’ . . . is . . . with purposes of commerce (of goods or people)”³⁰. Since the two Academicians arrive at opposite conclusions, each described as *indisputable*, one of them is plainly mistaken.

39

11. Given the late date at which Costa Rica submitted its request under Article 56 (2) of the Rules of Court to produce Mr. Moreno de Alba’s opinion, there is every reason to believe that Mr. Seco’s opinion greatly troubled the Applicant, which cited the principle of *equality of arms* to justify its request³¹.

12. Counsel for Costa Rica has maintained that Mr. Seco “repeats what the Respondent argued in its Counter-Memorial”³². I would prefer to think that there is no hidden message in this assertion. Mr. Seco’s professional reputation is very important to him. Anyway, Costa Rica is mistaken in its judgment and even contradicts itself. Because, if Mr. Seco repeats Nicaragua’s Counter-Memorial, how can one say — as Costa Rica does — “Nicaragua changed tactics during the written phase. In its Counter-Memorial, it focused its efforts on the desire to demonstrate that

²⁵RCR, table 1: use of the term “objetos” meaning “purposes” in nineteenth century documents, RCR, pp. 99-126.

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

²⁷See <http://www.rae.es>.

²⁸Mr. Seco Reymundo, *Dictamen* . . . , para. 13 [“choses faisant l’objet d’activités commerciales”].

²⁹Letter from the Agent of Costa Rica dated 27 Nov. 2008, Ann. 1.

³⁰J. G. Moreno de Alba, *Dictamen sobre el significado del sintagma “con objetos de comercio” en el contexto del artículo 6° del “Tratado de Límites entre Costa Rica y Nicaragua” (14 de abril de 1858)*, 9 de noviembre de 2008, documents annexed to the letter from the Agent of Costa Rica dated 27 Nov. 2008, Ann. I. [“[L]a signification unique et indiscutable du syntagme objets de commerce est ‘à des fins de commerce’ (de marchandises ou de personnes)”].

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

³²CR 2009/2, p. 51, para. 12.

‘objetos’ meant ‘articles’. In its Rejoinder, Nicaragua would appear to have discovered that the essential term is ‘comercio’”. But the explanation is very simple: Mr. Seco’s opinion convinced us of the impossibility of arriving at firm conclusions on the scope of the right of navigation “con objetos de comercio” if the focus was on a detailed analysis of the word “objetos” in isolation from the other words making up the phrase to be interpreted.

13. Mr. President, it takes more to counteract the opinion of a recognized authority in lexicography and syntactic research than submitting another opinion at the last minute; that can even prove counterproductive. Apart from the fact that one expert may be better qualified than another on the point on which his opinion is sought, the reasoning of the two experts should be compared so that the value of each opinion can be determined.

14. Unfortunately, perhaps owing to the little time he was given to complete his task, Mr. Moreno de Alba’s opinion does not include documentary evidence in support of his conclusions as to the interpretation of the phrase “objetos de comercio”; this is of no little concern.

[Slide 1]

40 15. He might perhaps have looked for evidence in the *Diachronic Corpus of Modern Spanish*. Mr. Moreno de Alba is familiar with this work, which he cites in respect of other points³³. But instead Costa Rica’s expert mentions nothing of the existence of the eight instances of the phrase “objetos de comercio” which the *Diachronic Corpus* identifies since 1820, all of them having a completely unambiguous meaning: “things on which the activity of commerce falls”³⁴. These citations, which can be found easily and free of charge thanks to the Spanish Royal Academy’s web page³⁵, are shown in your folders, Members of the Court.

**The English translation of the phrase “con objetos de comercio”
(with objects of commerce)**

16. Mr. President, Costa Rica seeks to replace the interpretation of the sole authoritative text, written in Spanish, with the interpretation of an English translation made during the Cleveland arbitration proceedings, which Costa Rica finds better suited to its claims. However, translating the

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

³⁴Mr. Seco Reymundo, *Dictamen*, para. 13 (“choses faisant l’objet d’activités commerciales”).

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

phrase “con objetos de comercio” by “for purposes of commerce” did not imply any specific position taken either by the Parties or by the arbitrator on the various interpretations of the scope of the right of free navigation: that was not one of the disputed points submitted to President Cleveland for decision.

17. Costa Rica tries to overwhelm the Court with a long list of nineteenth century documents using the word “objetos” (objects) in the plural to mean “purposes”³⁶. Most — 60 out of 76 — of the examples cited do not however refer to objects in the plural but to object in the singular and therefore are not relevant to the case which interests us: Nicaragua does not deny the various meanings of the word “object” in the singular. It can refer equally well to matter, to a thing, or also to an objective or purpose, depending on its context.

18. Furthermore, in ten of the 16 provisions included on that list concerning “objetos” (objects) in the plural, translated as “purposes” by Costa Rica, the word “objetos” appears by itself³⁷ and this means that these examples as well are of no significance for the same reason. What Nicaragua challenges in this case is the meaning ascribed by Costa Rica to *objects* in the plural when these *objects* are linked with *commerce* and one claims to be navigating with them.

41

19. Moreover, the translation of “objetos” by “purposes” cannot establish the term’s meaning in the original language, the language of the Treaty; what matters here is the meaning of the expression as a whole, in Spanish — “objetos de comercio”. I shall repeat: this case involves the interpretation of a text that is authoritative solely and exclusively in Spanish, not of its translations.

20. That leaves us with only six examples on the list, but since two of them are excerpted from Article VI of the Jerez-Cañas Treaty³⁸ and the Cleveland Award³⁹, which mentions them, and it is precisely the interpretation of these that lies at the heart of the controversy, they are without any probative force. Thus, only four — identical — provisions remain⁴⁰, referring to the right of

³⁶Table 1: use of the term “objetos” as meaning “purposes” in nineteenth century documents (RCR, pp. 99-126).

³⁷Doc. 3, Art. 37, p. 101; doc. 7, Arts. 3 and 7, p. 106; doc. 10, Art. VIII, p. 109; doc. 11, preamble, p. 110; doc. 14, Arts. I and VII, p. 112; doc. 15, Arts. VII and XIX, p. 113; and doc. 28, p. 123, para. V.

³⁸Doc. 10, Art. 6, p. 108.

³⁹Doc. 28, p. 123, para. 2.

⁴⁰Doc. 6, Art. II, p. 105; doc. 9, Art. II, p. 107; doc. 12, Art. II, p. 111; and doc. 16, Art. II, p. 114.

citizens of the parties to “hire and occupy houses and warehouses for *los objetos de su comercio* (for the purpose(s) of their commerce)”⁴¹.

21. This has been a standard provision specific to treaties of friendship, commerce and navigation ever since the Jay Treaty of 19 November 1794 between Great Britain and the United States⁴². In the relations between the United States and Nicaragua, it is to be found in Article II of the Molina-Webster Treaty of 10 July 1851, in the unratified Cass-Irissarri and Lamar-Zeledón Treaties of 16 November 1857 and 16 March 1859, respectively, and in the later instrument commonly known as the Ayón-Dickinson Treaty of 21 June 1867.

22. But what meaning is to be ascribed to the fact that citizens of the two countries have the liberty to hire and occupy houses and warehouses “para los objetos de su comercio” (“for the purposes of their commerce”).

[Slide 2]

42

23. Given the context in which this provision appears — a context common to all treaties of this type — the interpretation is obvious. If, for example, we read Article 14 of the Jay Treaty, we see that, after laying down liberty of commerce and navigation between the two countries, this article refers very specifically to the right of their citizens “to come with their Ships and Cargoes to the Lands, Countries, Cities, Ports Places and Rivers within (their) Dominions and Territories” and then “to hire and occupy houses and warehouses for the purposes of their commerce”.

[Slide 3]

24. Like so many other treaties of the time, the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States and Costa Rica, concluded on 10 July 1851, follows the same model: its Article II also lays down freedom of commerce, the right of the citizens of the parties “to come with their ships and cargoes to all places ports and rivers of [their] territories”⁴³ and, lastly, the liberty “to hire and occupy houses and warehouses for the purposes of their commerce”⁴⁴.

⁴¹RCR, pp. 4-5 and 60-62, paras. 1.10-1.11 and 3.55-3.59.

⁴²See C. Parry, *The Consolidated Treaty Series*, Vol. 52 (1793-1795), 1969, Oceana Publ. Inc., pp. 243-272.

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”.

25. The commerce, the business, of the citizens hiring and occupying houses and warehouses took shape in the form of goods, fruits, articles, etc. Their commerce plainly involves the goods they buy and sell and, logically, place and store in buildings and warehouses. Or should we imagine that the cargoes of the vessels sailing into and out of the ports and rivers are abstractions and that the sheds are used to warehouse plans and intentions? Perhaps in science fiction, but definitely not in the treaties we are talking about.

26. And so this is what is left, *nothing!*, of the “impressive number”, in Costa Rica’s words, “of relevant treaties, contracts and other instruments contemporary with the Treaty of Limits in which the term ‘objetos’ was overwhelmingly used as meaning ‘purposes’”⁴⁵ Costa Rica thus ends up opposite to where it aimed to be, given that it is able to produce no document justifying any other conclusion but it does submit many supporting Nicaragua’s analysis. In the nineteenth century goods alone were “objetos de comercio”.

43 27. Costa Rica includes a second list of references, to terms used in nineteenth-century documents concerning commercial dealings⁴⁶. This list is even more useless than the first: it does nothing but prove the richness of the language when it refers to — and I quote in Spanish — *mercancías, mercaderías, artículos, cosas, productos, bienes, frutos, efectos, materiales, géneros, producciones, manufacturas*, and, of course, “objetos”, in other words *marchandises, articles, choses, produits, biens, fruits, effets, matériaux, productions, manufactures, objets*, which translate as *merchandise, articles, things, products, goods, effects, stock, items, materials, manufactures, objects* . . . And could it be any other way? The language of Don Quixote, and the other Party has done us the honour of comparing us to him⁴⁷, is so rich that the list could still go on.

The notion of “comercio” (commerce) around the mid-nineteenth century

28. Mr. President, Members of the Court, even if we imagine that the intent was specifically to give “objects of commerce” as used in Article VI of the Jerez-Cañas Treaty the meaning “purposes of commerce”, the context of the treaty, at the time when it was adopted, necessarily

⁴⁵RCR, para. 3.60: “nombre impressionnant de traités, contrats et autres instruments contemporains du traité de limites dans lesquels le terme ‘objetos’ a été utilisé très majoritairement au sens de ‘fins’”.

⁴⁶Table 2: terms used to refer to articles of trade, goods, things, etc. in nineteenth century documents, RCR, pp. 127-151.

⁴⁷CR 2009/2, p. 68, para. 71.

places those objectives within the framework of the exchange of goods. The grammatical evidence is striking. So too is the treaty practice.

29. What did *commerce* consist of in the mid-nineteenth century? The first meaning of *comercio* (commerce) given by the 1803 edition of the *Dictionary of the Spanish Royal Academy* is: “Negotiation and traffic that is done buying, selling or exchanging some things for others”⁴⁸.

[Slides 4 and 5.]

30. The same meaning is given in all the subsequent editions⁴⁹ and, of course, in the 1852 edition, current at the time the Jerez-Cañas Treaty was signed. The primary meaning of *commerce* is still “Dealing that is done by buying and selling or exchanging products or goods”⁵⁰ [translation by the Registry]. This meaning, the one to which Nicaragua confines itself, corresponds literally to the Latin root of the word.

44

31. Costa Rica had recourse to Article 56, paragraph 2, of the Rules of Court in its attempt, with the kind permission of the Court, to substantiate the possibility of two other meanings given for the term in subsequent editions of the *Dictionary*⁵¹.

32. Do the new meanings put forward *in extremis* by Costa Rica change the parameters of the problem? Certainly not the one which defines “commerce” as the “corps or company of merchants in goods, merchandise, etc.”⁵², that is to say along the lines of the *societas mercatorum*.

33. The answer is likewise “no” regarding the other meaning, which defines “comercio” as “Comunicación y trato de unas gentes o pueblos con otros”, that is to say “Communication and dealing of groups of individuals and peoples with others”⁵³.

⁴⁸Letter from the Agent of Costa Rica, *op. cit.* Annex III. “Negociación y tráfico que se hace comprando, vendiendo o permutando unas cosas con otras” (RN, Vol. II, Ann. 59, p. 365); French translation: “Négociation et trafic qui se fait en achetant, en vendant, en échangeant des choses”.

⁴⁹See RN, Vol. II, Ann. 59, pp. 365-368.

⁵⁰“Negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías” (*Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22nd Ed., 2001, p. 598). “Négociation que se fait en achetant et en vendant ou en échangeant des produits ou des marchandises”.

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

⁵²“Cuerpo o compañía de comerciantes en géneros, mercancías, etc. . . .”.

⁵³French translation: “Communication et relations de groupes de personnes et de peuples avec d’autres.” Translation provided by Costa Rica: “Communication and dealing of peoples and towns with others”; or in French: “Communication et relations de personnes ou de peuples avec d’autres” (letter from the Agent of Costa Rica, *op. cit.*, Ann. III).

34. It is surprising that Costa Rica's expert has nothing to say — in another instance of his silence — about the primary, generally accepted and ordinary meaning of commerce, linked to “mercatura”, not even venturing to dismiss it. He prefers, like Costa Rica, to confine himself to the meaning of commerce as communication between peoples.

35. But the notion of commerce as “comunicatio”, which has incidentally now fallen into disuse, as indicated by the *Dictionary*⁵⁴, is too general to have any meaning in the text and context of Article VI of the Jerez-Cañas Treaty. And it would be preferable not to dwell on that meaning anyway, since, when the Academy specifies the forms this communication may take, it makes reference to the type of commerce⁵⁵ engaged in by Captain Pantaleon Pantoja's *troupe*, which sailed the rivers of Amazonia, on a public vessel, in the story by Mario Vargas Llosa⁵⁶. If commerce is any communication, then “objetos de comercio” become “objetos de comunicación” and “purposes of commerce” are transformed into “purposes of communication”. Given that the communication we are talking about is riverine, the right recognized in Article IV of the Treaty would be *the right of navigation for the purposes of navigation* on a stretch of the San Juan River.

45

36. Costa Rica's slanted approach goes hand in hand with its expert's devotional attachment to the verb “traficar” (“to traffic”) as a point of reference in his report. According to Mr. Moreno de Alba, “[i]f *to traffic*, according to the DRAE [*Diccionario de la Real Academia Española*], 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.”⁵⁷

⁵⁴*Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22nd Ed., 2001, p. 599. See the 8th meaning.

⁵⁵*Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 10th Ed., 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)).

⁵⁶Mario Vargas Llosa, *Pantaleón y las Visitadoras*, Seix Barral, Barcelona, 1973; English-language edition: *Captain Pantoja and the Special Service*, Harper & Row, New York, 1979; French-language edition: *Pantaleon et les Visiteuses*, Gallimard, Paris, 1990.

⁵⁷J.G. Moreno de Alba, *Dictamen*, *op. cit.*, para. VII. Emphasis in the original. “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.”

37. However, there is a stage missing from this reasoning. Costa Rica's expert skips an element, as dozens of examples of people going from one place to another can be imagined which involve traffic, but in which there is no commerce.

38. Moreover, as stated in the DRAE, "comerciar" (to engage in commerce) means "to deal by buying and selling or exchanging products"⁵⁸. From this it follows that if "to traffic", the verb which Mr. Moreno de Alba likes so much, is "to engage in commerce", *to traffic* would thus be "to deal by buying and selling or exchanging products".

39. That conclusion, which arises inescapably from the opinion of Costa Rica's expert is, it is true, expressly accepted in the DRAE. When Mr. Moreno de Alba informs us that the first meaning of "to traffic" is "to engage in commerce", he tells us the truth, but not the whole truth.

[Slide 6.]

40. The first meaning of "to traffic" is "to engage in commerce", comma, "deal with money and goods"⁵⁹. Anyone who consults dictionaries, and particularly academic dictionaries, will understand this add-on, omitted by Costa Rica's expert, to mean "to engage in commerce, *in the sense of dealing with money and goods*".

46

41. It is thus not surprising that a mistaken interpretation of the DRAE lies behind other errors, like the very embarrassing mistake of including in those conclusions trafficking, trading in human beings, which obviously was not the intention of the parties to the Jerez-Cañas Treaty. Mr. President, Members of the Court, if you will excuse the oxymoron, the *silences* in the opinion of Costa Rica's expert *speak volumes*.

42. In view of these elements, the only conclusion that can be drawn from a lexicographic and syntactic standpoint is the following: in Article VI of the Jerez-Cañas Treaty, signed on 15 April 1858, the phrase *con objetos de comercio* means "things on which the activity of commerce falls"⁶⁰, that is to say in plain French "avec des marchandises" [and in plain English "with goods"].

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.)

⁶⁰Mr. Seco Reymundo, *Dictamen*, para. 13 ["avec des choses faisant l'objet d'activités commerciales"].

Confirmation of the interpretation of the text

43. The conclusions arising from the text of Article VI are borne out by its context (which is dealt with in Article 31, paragraph 2, of the Vienna Convention), that is, in the present instance, the Jerez-Cañas Treaty as a whole, including its object and purpose. The title of the treaty itself identifies it as a treaty of “limits” (that is a border treaty) between Nicaragua and Costa Rica which, as they stated in the preamble, were trying to put an end to their disputes. The nature of a treaty is manifestly of great importance for the effects of the interpretation given its clauses. I refer on this point to the highly convincing presentation my colleague Mr. Brownlie has already made.

44. Costa Rica contends that “con objetos de comercio” in the context of the treaty can only mean “for the purposes of commerce”, and in its attempt to demonstrate this Costa Rica mentions four elements of the context which it regards as “basic”⁶¹. The problem with Costa Rica is that it considers interpretations of the 1858 Treaty to which Nicaragua does not subscribe as being accepted.

45. In particular, Costa Rica displays a worrying tendency to replace the text by the context. Thus, for example, in referring to the geographic area where vessels of either State may land, described as “the portion of the river where navigation is common”, Costa Rica asks Nicaragua “[h]ow can Nicaragua explain the adjective ‘common’, which describes the navigation of the two States in this portion, if it is true that one of them supposedly has an absolute right of navigation and the other an extremely limited right?”⁶²

47

46. That question can be answered very easily. To speak of a stretch of river where navigation is common does not mean that the underlying right is the same for all vessels. For Nicaragua, the right to navigate is based upon territorial sovereignty; for Costa Rica, the basis lies in the provision granting it the right to navigate “con objetos de comercio”. Both entitlements, the Nicaraguan one and the Costa Rican, are acknowledged in Article VI of the Treaty. The context cannot go beyond the text.

47. Incidentally, given that application of the *general rule* of Article 31 of the Vienna Convention produces a clear and reasonable interpretation of the scope of the right established for

⁶¹CR 2009/2, pp. 59-60, paras. 40-45 (Kohen).

⁶²CR 2009/2, p. 60, para. 42 (Kohen).

Costa Rica in Article VI of the Jerez-Cañas Treaty⁶³, there is no need to resort to the supplementary means of interpretation mentioned in Article 32 of the Convention. I emphasize this point⁶⁴, because Costa Rica persists in asserting that Nicaragua is trying to replace the interpretation following from the *general rule* with an interpretation based largely on the supplementary means⁶⁵.

48. Whatever the case may be, the antecedents bear out the interpretation made by Nicaragua in accordance with the *general rule* restated in Article 31 of the Vienna Convention. All of the diplomatic documents and aborted treaties prior to the Jerez-Cañas Treaty tie navigation on the San Juan River to the transport of fruit, products, goods, especially coffee. Around 1850, coffee accounted for over 90 per cent of Costa Rica's exports, with half of its output going to Great Britain. As Costa Rica had no port of its own on the Caribbean, it was vital for it to secure an outlet on that sea to avoid the dangerous, lengthy and costly route around Cape Horn and thus cut the crossing time from five months to some forty days at the most.

48

49. The same is true of the subsequent practice, on which Professor Pellet will say a few words shortly. A very few words moreover, since there was no practice and there were no disputes; and that in itself is highly significant.

Conclusion

50. To sum up, Mr. President, Members of the Court, the *objects of commerce* to which Article VI of the Jerez-Cañas Treaty refers are, in all events, things, products or goods, whether we consider the grammatical interpretation of the phrase or whether we observe, from a historical perspective, that they could only be goods in the context of the mid-nineteenth century.

51. Costa Rica insists on severing the right of navigation from its express limitation to exercise "with objects of commerce"⁶⁶, although the two are inseparable, just as the head and the trunk are if life is to continue. In Costa Rica's interpretation "navigation" takes up all the space and becomes a right in itself, whatever the purpose, be it tourism, broadcasting, recreational or commercial fishing or gambling: all of these activities clearly go beyond the simple transfer or

⁶³CMN, pp. 156 *et seq.*, paras. 4.1.23 *et seq.*

⁶⁴CMN, p. 160, para. 4.1.34.

⁶⁵CR 2009/2, p. 66, para. 63 (Kohen).

⁶⁶RCR, Chap. 3, B, pp. 44-55, paras. 3.05-3.38.

transport of goods to which the right of navigation established by the Treaty alone makes reference. Costa Rica's objective is not to navigate *for purposes of commerce*, but to make use for other purposes of a river which does not belong to it.

52. Could Costa Rica base its claims on an *evolutionary* interpretation of the notion and substance of *commerce*, which has changed over the course of time? There are indeed treaties which, by their nature, object or purposes, lend themselves to such an interpretation. The Jerez-Cañas Treaty, however, is not one of them. Professor Pellet will present Nicaragua's position on this matter.

53. Nicaragua may be willing to negotiate the use of the river with Costa Rica within the context of cross-border co-operation to the benefit of both Parties, but it cannot accept as the treaty right of a fraternal neighbour a political claim based on the latter's own economic interests. Interpreting a treaty, even in an evolutionary way, is one thing; revising it by judicial means is another.

49

Mr. President, Members of the Court, I thank you for your kind attention and, having come to the end of my presentation, I ask you, Mr. President, to give the floor to Professor Pellet for the next part of Nicaragua's arguments.

Le PRESIDENT : Je remercie M. Brotóns pour sa présentation. J'invite à présent M. Alain Pellet à prendre la parole.

Mr. PELLET:

INTERPRETATION OF THE TREATY (CONTINUED)

1. Mr. President, Members of the Court, it is an honour and a pleasure to plead before the 16 eminent personages seated today in the Great Hall of Justice once again on behalf of Nicaragua. However, I cannot help but note — with regret — the lack of any female presence on the bench — and not only because this robs me of the chance to plead in favour of the feminization of titles . . .

2. So, Members of the Court, it falls to me to add to what my colleague and friend Antonio Remiro Brotóns was saying a moment ago on the interpretation of the 1858 Treaty and, more particularly, that much-vaunted expression: “*objetos de comercio*”, but in the light of subsequent

practice. I shall therefore seek to show, first, that the freedoms which may be taken with the meaning of the words in the interpretation of treaties are limited — and much more limited than Costa Rica would have us believe; and, secondly, that its interpretative fantasies are by no means borne out by the Parties' subsequent practice.

I. Limits of the evolutionary interpretation

3. Mr. President, the question of the effect of the passage of time on the interpretation of treaties has been the subject of an impressive number of learned works, discussing *ad infinitum* the comparative virtues of the “contemporary” interpretation (or of the “fixed reference”) as against the evolutionary interpretation (the “mobile reference”). This is, I agree, a fascinating problem intellectually, but I am not sure it justifies the veritable war of religions in which the disciples of each of these two approaches engage, when a combination of the two is needed if a reasonable result is to be achieved. And the basic principle which forms the background to this operation is in no way mysterious and seems to me quite beyond dispute; it is the very one which forms the basis of the law of treaties as a whole: everything revolves round *the intention of the Parties*.

50

4. In its 1971 Opinion on *Namibia*, the Court stressed “the primary necessity of interpreting an instrument in accordance with the intentions of the parties at the time of its conclusion” (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 31, para.53); — and I note that this formula is found in the actual Opinion, which, in general, is cited by the devotees of the evolutionary interpretation in support of their argument, since it was also in the *Namibia* Opinion that the Court stated that a treaty should be interpreted “within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation”. For this, “the Court must seek to ascertain the intention of the parties at the time” (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 346, para. 59). And, this was also the approach adopted by General E.P. Alexander, in his first Award dated 30 September 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*⁶⁷. The question is therefore whether, when the 1858 Treaty was signed, Costa Rica and Nicaragua intended to preserve the situation as it then was or whether they looked upon it as needing to be adapted to future developments.

51

5. As it is by nature a boundary treaty, there is no doubt that the Parties essentially designed it to have a stabilizing effect. It is — as its name suggests — a Treaty “of boundaries” and as Mr. Brownlie reminded us a few moments ago “when two countries establish a frontier between them, one of the primary objects is to achieve stability and finality” (*Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 34; see also *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994*, p. 37, para. 72). Nor is there any doubt that Article VI of the 1858 Treaty relating to the San Juan River régime forms an integral part of this overall boundary settlement, which leads to a presumption in favour of a restrictive interpretation of the limitations imposed by this provision on sovereign powers (exclusive *dominium* and *imperium*) which it expressly grants to Nicaragua. And it is indeed a limitation — as Costa Rica reluctantly concedes⁶⁸. While the first sentence of Article VI grants Nicaragua sovereignty over the waters of the river, the second, which establishes Costa Rica’s (limited) right of navigation, clearly presents it as an exception, as revealed by the conjunction “however” (“pero”).

6. It is with this fundamental desire for stability in mind that, more specifically “the perpetual right of free navigation . . . with goods” (“los derechos perpetuos de libre navegacion (. . .) con objetos de comercio”) enjoyed by Costa Rica must be interpreted. The “perpetual right” does not seem to me controversial — except that, contrary to what our opponents repeat *ad infinitum*, “perpetual” does not mean “absolute” or “unconditional”⁶⁹. On the other hand, it is clear that navigation and goods — the “purposes of commerce” — have developed considerably in 150 years and that it would be absurd to consider that the right of navigation granted to Costa Rica by Article VI of the Treaty can only be exercised today with schooners or steamships. It would be

⁶⁷MCR, Vol. 2, Ann 18; emphasis added.

⁶⁸Cf. RCR, p. 30, para. 2.41, p. 58, para. 3.50; but see pp. 39-40, para. 2.71. See also CR 2009/2, 2 March 2009, p. 34, para. 12, p. 38, para. 26, p. 41, para. 36, p. 44, para. 45 (Caflisch); CR 2009/3, 3 March 2009, p. 23, para. 7 (Caflisch); *contra* CR 2009/3, 3 March 2009, p. 23, para. 6, p. 33, para. 33 (Caflisch).

⁶⁹See footnote CR 2009/3, 3 March 2009, p. 18, para. 35 (Crawford), p. 23, para. 7, p. 30, para. 23, p. 31, para. 26 (iv) (Caflisch).

52 equally unreasonable to limit the “purposes of commerce” enjoying this right solely to the goods which existed in 1858: Costa Rica’s freedom to navigate on the San Juan “con objetos de comercio” refers, to borrow the Court’s expression in the *Namibia* case, to notions which “were not static, but were by definition evolutionary” (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 31, para. 53)⁷⁰

7. In his very brief comments on this question, Professor Kohen, referring to the Judgment of the Court in the *Aegean Sea Continental Shelf* case⁷¹, claims that “if Nicaragua’s assertion as to goods is correct, then it must also apply to ‘the purposes of commerce’”⁷². This forceful — but pithy — assertion is based on two assumptions:

- (1) “Con objetos de comercio” would mean “with purposes of commerce”, which, in French really grates on the ears — this assumption is false; and
- (2) The “trade” as contemplated by Article VI of the Cañas-Jérez Treaty is an evolutionary notion; this second assumption is somewhat hasty because it is exactly what has to be proved!

53 8. For, to “ascertain the intention of the parties at the time” (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria : Equatorial Guinea intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 346, para. 59), the Court must interpret the expression “los derechos perpetuos de libre navegacion (. . .) con objetos de comercio” as a whole “by reference to the circumstances prevailing when the treaty was concluded”⁷³. Incidentally, I note in passing that this was also the approach adopted by Engineer E.P. Alexander, in the Arbitral Award he delivered on 30 September 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”⁷⁴. In the mid-nineteenth century, the sole concern was to enable Costa Rica to export its produce, in

⁷⁰See also, the Arbitral Award of 17 July 1986, *Filleting within the Gulf of St. Lawrence between Canada and France, R.I.A.A.*, Vol. XIX, p. 247, No. 37; Arbitral Award., 24 May 2005, *Iron Rhine (Ijzeren Rijn)* between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, *R.I.A.A.*, Vol. XXVII, pp. 72-74.

⁷¹ *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), Judgment, I.C.J. Reports 1978*, p. 32, para. 77.

⁷²CR 2009/2, 2 March 2009, p. 67, para. 73.

⁷³Arbitral Award of 13 April 2002 concerning *Delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia*, United Nations, *RIAA*, Vol. XXV, p. 110, para. 3.5.

⁷⁴MCR, Vol. 2, Ann. 18.

particular coffee, by the Atlantic route, as Professor Remiro Brotóns has just reminded us⁷⁵. No one could imagine that tourists, who at the time consisted only of inquisitive men and women of leisure, could be defined as goods (assuming that it is the case today — *quod non*): can one imagine a Chateaubriand, a Phileas Fogg or, honi soit qui mal y pense!, Lord Elgin as “objects of commerce”? (which did not prevent them from engaging in it — in commerce — but that is another matter!).

9. There can be no doubt, Mr. President, that a treaty is not a parchment forever preserved in an eternal yesterday, at the time of its adoption. But interpreting it is one thing, altering the meaning intended by the Parties on the pretext of interpretation is quite different: “It is the duty of the Court to interpret the Treaties, not to revise them” (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 229 ; see also *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 196). The interpretation put forward by Costa Rica not only defies common sense — tourists cannot be placed on a par with “objects of commerce”, with merchandise — but even more, it could not have been envisaged by the Parties one-and-a-half centuries ago when tourism did not remotely have the economic importance and significance which it has today and actually had no connection whatever with commerce. As a French author wrote in 1892 “Tourism . . . is wholly summed up in a single word: seeing”⁷⁶. *American Dictionary of the English Language*, dated 1857, does not include the word “tourism”, only the term “tourist”, which it defines as “One who makes a tour or performs a journey in circuit”⁷⁷. And in 1914, the year when the word “turista” first appeared in the Dictionary of the Spanish Royal Academy, it was defined as: “A traveller who travels about a country for entertainment and pleasure”. Certainly not the slightest link with commerce.

54

10. The shift in meaning made by Costa Rica — which is intolerable in terms of interpretation — would be all the more unacceptable as it would have the effect of considerably

⁷⁵See also CMN, p. 161, paras. 4.1.35-4.1.36; RN, pp. 106-107, para. 3.16, pp. 108-128, paras. 3.19-3.49 and pp. 129-130, para. 3.52.

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

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

(and unexpectedly) limiting the advantages enjoyed by Nicaragua by virtue of its sovereignty over the river: as forcibly stated in the Arbitral Award of 1951 in the *Sheikh of Abu Dhabi* case⁷⁸ and reasserted by the Court in the case of the *Aegean Sea Continental Shelf*, “there may well be a presumption that a person transferring valuable property rights to another intends only to transfer the rights which he possesses at that time” (*Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1978*, p. 32, para. 77); this was patently the case of Nicaragua, which cannot be presumed to have ceded to Costa Rica rights whose existence no one even dreamed of in 1858, even though, a century and a half later, they have become a far from negligible economic issue.

11. In other words, Mr. President, even if “con objetos de comercio” could mean “for the purposes of commerce” — which I concede only for the sake of the discussion — at the time, this expression referred only to the transport of goods, to the exclusion of the transport of people. As very clearly shown by the treaties of friendship, commerce and navigation of that time concluded by Nicaragua with third States and relied on by Costa Rica⁷⁹, when they wished to include the transport of passengers in their conventional transactions, States made sure to state this fact. In any event, I repeat, no one at the time could imagine that tourists could be “objects of commerce” and even in our commercial age, it is barely acceptable.

12. In this connection, I would add that the skilfully ambiguous assertion by Professor Kohen that “in the *Kasikili/Sedudu* case, your Court recalled that Botswana and Namibia had interpreted the notion of freedom of navigation to include navigation for tourism”⁸⁰, surely does not mean that there is a general right of tourist navigation on partly international rivers. In order to grant Botswana freedom of navigation on the Chobe, for tourists as well, the Court based itself not on an imaginary general principle of law, but on the agreement of the Parties created by the declarations of the two States in pleadings, confirming the Kasane Communiqué adopted on 24 May 1992 by the Presidents of Namibia and Botswana, under the terms of which “navigation should remain unimpeded including free movement of tourists” (*Kasikili/Sedudu Island*

55

⁷⁸Arbitral Award, 28 Aug. 1951, *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi*, *ILR.*, Vol. 18, 1951, pp. 150-152.

⁷⁹CR 2009/2, pp. 60-61, paras. 49-51 (Kohen).

⁸⁰CR 2009/2, p. 56, para. 34.

(*Botswana/Namibia*), *Judgment, I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 1107, para. 102; see also the Separate Opinion by Judge Koojmans, *ibid.*, p. 1150, para. 29). May I suggest that we are not strictly in this situation in the present case?

II. The absence of practice and its consequences

13. Mr. President, I now come to the second part of my statement, on the interpretation of the 1858 Treaty in light of subsequent practice — or rather, the absence of subsequent practice, for that is what it is: the right of navigation “with goods” or even, more broadly, “for commercial purposes”, now claimed with such apparent conviction by Costa Rica, between 1858 and the moment when the present dispute arose (in 1980 at the earliest — in reality, at the end of the 1990s), did not form the object of any practice whatever — at any event, of practice which might shed light on the scope and meaning of the rights of navigation granted to Costa Rica by Article VI of the Treaty of Limits.

14. Article 31, 3 (*b*), of the Vienna Convention of 1969 requires “any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation” to be taken into account, in the interpretation of a treaty, together with the context. As Sir Humphrey Waldock noted in his Sixth Report to the ILC on the Law of Treaties: “to amount to an ‘authentic interpretation’, the practice must be such as to indicate that the interpretation has received the tacit assent of the parties generally”⁸¹. Where a bilateral treaty is concerned, it is in fact enough for the open consistent practice of one of the Parties not to encounter any objection from the other.

56

15. But in the case which concerns us, Costa Rica cannot instance any practice establishing the agreement of the Parties in favour of the new interpretation it is putting forward: until the early 1980s, it is the lack of any practice endorsing Costa Rica’s claims we must speak of (*a*); and, when the problem arose, from that period onwards, it is, on the contrary, consistent disagreement which is found (*b*).

⁸¹*ILC Yearbook*, 1966, Vol. II, A/CN.4/186, p. 107, para. 18; see also *ILC Yearbook*, 1966, Vol. II, p. 241, Draft Articles on the Law of Treaties, para. 15 of the Commentary on Draft Article 27; Giovanni Distefano, “La pratique subséquente des Etats parties à un traité”, *A.F.D.I.*, 1994, p. 55, and G. Nolte, “Treaties over time in particular: Subsequent Agreement and Paractice”, ILC Report on the work of its sixtieth session, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2008, Official Documents of the General Assembly, Sixty-third Session, Supplement No. 10 (A63/10), p. 400, para. 25.

(a) *The absence of any practice that would confirm Costa Rica's claims*

16. As I recalled briefly a short while ago⁸², Mr. President, the litigious clause was only inserted into the 1858 Treaty because Costa Rica needed that right of navigation (limited to merchandise) for its coffee exports to Europe. As Professor Remiro Brotóns has recalled, Costa Rica did not at the time have a railway system suitable for this purpose, nor did it have any port on its Caribbean coast. This meant that using the San Juan River was the only way to avoid the enormous costs, uncertainties and lengthy shipping times involved in a passage by way of Cape Horn. But the exercise of this right of navigation for commerce in merchandise lost all strategic and commercial interest for Costa Rica when proposals to build an interoceanic canal were abandoned and the mouth of the river silted up, rendering it unusable for commercial traffic⁸³. Costa Rica then turned to other routes for its exports via the Caribbean Sea⁸⁴.

57

17. All that remained on the San Juan was a modest coastwise trade which did not give rise to any disputes, as can be seen from the near-total lack of diplomatic correspondence on the subject. Still, the lone exception I have found in the Parties' pleadings is interesting. It concerns the long letter from the "Secretary of the Diet" of Nicaragua to the Costa Rican Minister of Foreign Affairs, dated 27 July 1897, protesting against a decree issued by the Congress of Costa Rica authorizing "the *merchant vessels* of all nationalities . . . to navigate along the San Juan River, in order to transport *their cargo* to Costa Rican soil"⁸⁵. Clearly, it was a question of merchandise and nothing more. And effectively the same can be said of the Agreement of 9 January 1956⁸⁶, in which Article 1 states the intention of the two Parties to "expedite traffic . . . on the San Juan River". This provision — which it would be odd to consider "[to contain] two new, very precise obligations of means"⁸⁷ — is limited to referring to the 1858 Treaty and its interpretation pursuant to the 1888 Arbitration Award; but the 1956 Agreement does not itself make any interpretation of those other two instruments. For all that, "to facilitate and expedite traffic" on the river cannot mean that the State which has sovereignty is abandoning its sovereign rights over the river.

⁸²See *supra*, para. 8; see footnote 13 and the references cited.

⁸³See the references cited in footnote 13 above.

⁸⁴RN, p. 131, paras. 3.54-3.55.

⁸⁵MCR, Vol. 3, Ann. 37 (emphasis added).

⁸⁶CR 2009/2, p. 62, para. 53 (Kohen).

⁸⁷CR 2009/3, p.54, para. 8 (Kohen).

18. With respect to the 1888 Arbitral Award, it is highly significant that the dispute which the Parties submitted to President Cleveland had nothing whatever to do with the issue of Costa Rica's right of navigation under Article VI of the Treaty: none of the eleven "points of doubtful interpretation" identified by Nicaragua in the 1858 Treaty of Limits had to do with this issue (for its part, Costa Rica submitted no such points)⁸⁸. As Professor Kohen so accurately says, "This evidences the lack of any disagreement on this question"⁸⁹. And it is precisely for this reason that it would be dangerous, at the very least, to accord the translation of the expression "con objetos de comercio" made by the Parties at the time the matter was submitted to President Cleveland — yes, a translation made by both Parties, I know! — the importance that Costa Rica ascribes to it.

19. My opponent and friend, Marcelo Kohen, has asserted with a straight face, "This was the expression of an agreement between the parties regarding the interpretation of the phrase 'con objetos de comercio' appearing in the Treaty, and it occurred after the Treaty had entered into force" — no doubt in the sense of Article 31, para. 3 (c), of the Vienna Convention on the Law of Treaties, even though he did not dare cite that provision explicitly. Mr. President, there was no agreement — for the excellent reason that there was no disagreement; and honestly, this really has no connection to the Algiers Declaration of 1981 between the United States and Iran, which my illustrious opponent mentioned (albeit only in a footnote⁹⁰ — it must have been the only precedent he could find). It is also revealing that, in spite of this alleged "agreement between the parties", the expression "purposes of commerce" was prudently enclosed within inverted commas in the Award itself and *in President Cleveland's own handwriting*, as can be seen in the draft text of the Award prepared by Rives and annotated by the President, which is reproduced in Annex 72 of the Counter-Memorial of Nicaragua⁹¹. It is interesting because the Award does not use inverted commas anywhere else apart from one case where the Parties disagreed on a semantic question: namely, whether Costa Rica's opinion required under Article VIII should be "advisory" or

58

⁸⁸Letter from Fernando Guzmán to the Costa Rican Minister of Foreign Affairs, 22 June 1887, MCR, Vol. III, Ann. 36; Award by President Cleveland, 22 March 1888, MCR, Vol. II, Ann. 16, p. 98.

⁸⁹CR 2009/2, p. 60, para. 47.

⁹⁰*Ibid.*, footnote 165.

⁹¹CMN, Vol. II, p. 259.

“consultative”. Otherwise, as I said, the only instance of inverted commas being used in the Award is for the expression “purposes of commerce”.

20. I would add that if one is bent on invoking the arguments of the Parties that were submitted to President Cleveland, Costa Rica explained on that occasion that, for it, at that time, “con objetos de comercio” (or “for the purposes of commerce”) was limited to the “transportation of merchandise” (or, in French, “au transport de marchandises proprement dit”⁹²). Referring to Article VI of the Treaty, Costa Rica asked,

“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 purposes 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’État, 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 tout autre fin autre que le transport de marchandises proprement dit ?”]

59 Costa Rica expressed no doubt with respect to the meaning of Article VI: it wanted to win recognition from the arbitrator of its right to navigate with public vessels; otherwise, it bemoaned, it would be reduced to the mere “transportation of merchandise”. With that interpretation — which Professor Crawford himself reiterated on Tuesday morning⁹⁴ — we are entirely in agreement, Mr. President! Perhaps Marcelo Kohen will see in this evidence of an agreement between the Parties “on this point, admittedly each on its own but in identical fashion, . . . the expression of an agreement between the parties regarding the interpretation of the phrase ‘con objetos de comercio’ appearing in the Treaty, [occurring] after the Treaty had entered into force”⁹⁵?

21. On this point the arbitrator rejected Costa Rica’s claims, except in regard to vessels of Costa Rica’s revenue service, which could navigate on the river “as may be related to and

⁹²RN, Vol. II, Ann. 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, French translation by the Registry, p. 15.

⁹³RN, Vol. II, Ann. 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, p. 15 (emphasis added).

⁹⁴CR 2009/3, p. 10, para. 11.

⁹⁵CR 2009/2, p. 60, para. 48 (Kohen).

connected with her enjoyment of ‘purposes of commerce’ [‘con objetos de comercio’]”. This is a highly restrictive formulation, Mr. President: the “enjoyment of”, followed by the much-discussed words “‘purposes of commerce’” within inverted commas. As Professor Kohen has pointed out⁹⁶, this sentence does not make a great deal of sense in French, whether “[con] objetos de comercio” is translated as “avec des marchandises” [“with merchandise”] or as “à des fins commerciales” [“for purposes of commerce”]. Read closely, it does not make much sense in English either: “her enjoyment of the ‘purposes of commerce’”. That’s strange! This doesn’t make any more sense than the French equivalent: “sa jouissance ‘à des fins commerciales’”. This may be merely an oversight by the arbitrator; but it is much more likely that President Cleveland, who was a fine lawyer, did not want to get involved in interpreting the expression “con objetos de comercio” (which the parties had translated as “for purposes of commerce”) and deliberately chose to use inverted commas to indicate that he was using the expression without giving an opinion on a matter of interpretation which the parties had not submitted to him and about which they had presented no arguments. Still, the overall sense is clear: Costa Rica’s rights were strictly limited to navigation “con objetos de comercio” and, as Costa Rica’s argumentation of 1887 accurately pointed out, that excluded “any other purpose not exactly within the meaning of transportation of merchandise”.

60

22. Although Costa Rica has maintained a modest silence on this point, I also recall⁹⁷ that the first Alexander Arbitral Award of 1897 also supported the interpretation argued by Nicaragua: it insisted on referring to the San Juan River as “an outlet for commerce”, an expression clearly concerned with commerce “with merchandise”.

23. Mr. President, our friends on the other side seem to ascribe great importance to the judgment given on 30 September 1916 by the Central American Court of Justice (CACJ). Professor Caflisch spent nearly a quarter of an hour on the subject on Monday⁹⁸, and although his colleague Marcelo Kohen was a little less long-winded he too took up the subject⁹⁹. Nicaragua has always considered that judgment null and void, as Ambassador Argüello Gómez recalled¹⁰⁰. But

⁹⁶*Ibid.*, p. 63, para. 58.

⁹⁷See in particular RN, pp. 134-137, paras. 3.65-3.68.

⁹⁸CR 2009/2, pp. 37-42, paras. 24-37.

⁹⁹*Ibid.*, pp. 63-64, paras. 59-60.

¹⁰⁰See also CMN, p. 131, para. 3.2.6, or RN, p. 62, para. 2.95, and pp. 79-81, paras. 2.124-2.128.

that is really beside the point; for now, what matters is that the same analysis which applies to the Cleveland Award applies to the CACJ judgment as well:

- the issue that Costa Rica submitted to the CACJ did not in any way relate to the interpretation of the expression “con objetos de comercio”. Rather, it concerned the construction of an interoceanic canal ;
- no doubt it is true that the CACJ nonetheless felt it was its duty, on that occasion, to undertake a more comprehensive analysis of the Treaty; but, as my eminent opponent and friend has pointed out¹⁰¹, the CACJ — in so far as the interpretation of Article VI was concerned — limited itself to paraphrasing the Cleveland Award;
- What the CACJ said is of no interest in understanding the meaning of the expression “con objetos de comercio”:

“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

61

[“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”];

and that is all.

24. Indeed, that is all — for I am afraid that either Professor Kohen read the 1916 Judgment too quickly or he is trying to force it to say something it does not say when he announces, perhaps a little too triumphantly, “In its 1916 Judgment, the Central American Court of Justice refers to Costa Rica’s “unquestionable right to navigate freely” on the river and, paraphrasing Article VI, uses the synonymous Spanish wording “para fines comerciales” to explain the meaning of “con objetos de comercio” in that Article”¹⁰³. Oh no, my dear friend, it is *not* the Central American Court of Justice that evoked this so-called (and excessively broad) right, it was “*the attorney of the*

¹⁰¹CR 2009/2, p. 39, para. 28 (Caflisch); see also para. 31 and p. 43, para. 43.

¹⁰²MCR, Vol. II, Ann. 21, p. 219.

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

high party complainant” — in other words, Costa Rica itself! The CACJ, for its part, did not take up this attempted (and audacious) paraphrase and adopt it as its own.

25. The fact remains, Mr. President, that the dispute brought before the CACJ was not in any way concerned with the interpretation of this expression. And this confirms that Costa Rica is perhaps a little too glib in asserting that Nicaragua is transforming its right of navigation “con objetos de comercio” into “a purely nominal right, hollow and empty”¹⁰⁴, as Mr. Caflisch put it. Moreover, Costa Rica is unable to produce any document whatsoever having to do with even one incident, in 150 years, concerning any violation by Nicaragua of Costa Rica’s right of free navigation with merchandise (“con objetos de comercio”). The disputes submitted to outside parties regarding the application of this border treaty have not focused on this issue either, in contrast to the present dispute in which the interpretation of this expression is central to the debate.

62

26. For well over a century, the practice in regard to application of the Treaty had to do with the local transport of merchandise; and this interpretation, reflected in this peaceful practice, continued uninterrupted until Costa Rica attempted to move on from the transport of merchandise to the provision of tourist services. This attempt met an immediate response from Nicaragua, which left no doubt as to Nicaragua’s refusal to accept such an interpretation. It had not been necessary to take this position before because the application of the limited right of navigation that Article VI of the Cañas-Jérez Treaty recognized for Costa Rica had not previously caused a problem.

(b) *The consequences of the absence of a relevant practice*

27. Mr. President, the few incidents that took place between 1980 and the late 1990s were isolated and sporadic. In its Memorial, the Applicant describes them as being “of an *ad hoc* and temporary character”¹⁰⁵. Those few incidents and the positions taken by the Parties on those occasions were evidence, contrary to previous practice, not of an agreement but of the new and profound disagreement which divides them now as to the interpretation of the 1858 Treaty in general and the scope of the right of free navigation “con objetos de comercio” in particular.

¹⁰⁴*Ibid.*, p. 33, para. 7 (Caflisch). See also RCR, p. 91, para. 3.140 or CR 2009/3, p. 23, para. 7 (Caflisch).

¹⁰⁵MCR, p. 27, para. 3.04.

63 28. The incident described in a Nicaraguan diplomatic note from 1980¹⁰⁶ and the incidents that gave rise to exchanges of diplomatic notes between the two countries in 1982 and 1983¹⁰⁷ took place, as everyone knows, in a climate of civil war in Nicaragua.¹⁰⁸ To assure both security of navigation and the security of its border, Nicaragua decided to implement stricter regulations on navigation on the river, regulations which were general in nature and were not specifically targeted to Costa Rica or its nationals. Nevertheless, it is clear in the *note verbale* from the chargé d'affaires of Nicaragua to Costa Rica dated 2 August 1982 that Nicaragua did not intend “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”¹⁰⁹. However, this does not shed any light on what the Parties understood those rights to consist of.

29. The exchange of diplomatic notes of 1982 and 1983¹¹⁰ is further confirmation of the existence of a profound disagreement between the two countries as to the scope of this right of free navigation or, more precisely, of Nicaragua’s sovereign right to regulate navigation in its territory — a right to which Mr. Reichler will return tomorrow. Given that each Party has stood its ground, it is clear that no “agreement between the Parties” in regard to the interpretation of the treaty can be deduced from these incidents.

30. After a long period free of noteworthy incidents, this disagreement re-emerged in 1994 when the Nicaraguan authorities introduced (indiscriminately) a tourist-card requirement. In response to Costa Rica’s protestations against any measure that would restrict its “right of free navigation” (shortened to that expression and nothing more!) Nicaragua’s Minister of Foreign Affairs opposed the material limitation of the right of navigation recognized by the 1858 Treaty, by stressing in particular that “the expression in the Treaty ‘con objetos de comercio,’ excludes any other activity”, and that

¹⁰⁶MCR, Vol. III, Ann. 40.

¹⁰⁷MCR, Vol. III, Anns. 41-43.

¹⁰⁸See also CR 2009/3, page 35, para. 6 (Kohen).

¹⁰⁹MCR, Vol. III, Ann. 44.

¹¹⁰MCR, Vol. III, Anns. 44-47.

“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’] . . . ”¹¹¹

[“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’] . . . ”].

The disagreement could not be any clearer.

64

31. The Cuadra-Lizano communiqué of 30 July 1998¹¹², another text that Costa Rica has been trying to capitalize on¹¹³, calls for the same remarks. That instrument is not a “validly executed agreement”¹¹⁴: it is a text which is not even complete in itself¹¹⁵, whereby the signatories “manifest their willingness” to establish “orders for their respective subordinates”; but here I would refer the Court back to our pleadings¹¹⁶. In any event, the communiqué by no means “confirmed the long-standing practice of Costa Rican police navigation with arms and laid down modalities for its continuation”¹¹⁷. On the contrary, the communiqué contemplated new practices deemed appropriate “to resolve the regrettable inconveniences” of recent days. Moreover, the communiqué gave no indication of the make-up or scope of Costa Rica’s navigation rights: the two signatories limited themselves to “[expressing their] respect” both for these navigation rights and for “the dominion and sovereign jurisdiction of Nicaragua over the entire San Juan River” — an expression that is worth highlighting in passing. Regardless of its legal status, this joint communiqué does not settle anything and does not elucidate anything.

32. Paraphrasing the Court’s 1999 Judgment in the *Kasikili/Sedudu Island* case, it may be said that

¹¹¹MCR, Vol. III, Ann. 48, para. 3; see also para. 2.

¹¹² MCR, Vol. II, Ann. 28.

¹¹³See CR 2009/2, p. 23, para. 6 (Ugalde), p. 26, para. 14 (Ugalde), pp. 41-42 (Caflich); and CR 2009/3, p. 18, para. 38 (Crawford).

¹¹⁴CR 2009/2, p. 46, para. 49 (4) (Caflich).

¹¹⁵See para. 3 of the communiqué.

¹¹⁶CMN, pp. 134-136, paras. 3.2.11-3.2.13; RN, pp. 77-78; paras 2.121-2.123; see also CMN, Vol. II, Ann/ 68.

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

“[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 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)).’ (*Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 1087, para. 63.)

65

“[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, para. 3 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, para. 3 a))”.

33. Mr. President, in conclusion I have three points if you will allow me to continue despite the late hour.

34. First, both the text and the context in which the expression “con objetos de comercio” is used in Article VI of the Cañas-Jérez Treaty leave no doubt that the Treaty granted Costa Rica a perpetual right of free navigation only for the transport of merchandise. Unfortunately, I do not speak Spanish, although I can read it after a fashion; but I have to say, Mr. President, that for a French-speaking person such as myself the idea that “avec des objets (ou des articles) de commerce” [“with objects (or articles) of commerce”] could mean “à des fins commerciales” [“for purposes of commerce”] is ridiculous. In French, at any rate, you cannot use the preposition “avec” [“with”] before the noun “fins” [“purposes”]; you can use “à” [“for”] or “pour” [“for”], but can you say “avec des fins” [“with purposes”] (“con los fines” in Spanish — does that mean anything in the language of Vitoria?)? No, really, it is meaningless! Or “avec des objets” [“with objects”] (in the sense of “fins” [“purposes”]) — that is even worse! And Costa Rica should certainly not be able to obtain, through an evolutionary and excessive interpretation, what the clear meaning of the words does not give it; much less, regardless of anything our opponents might say, should Costa Rica be able to limit the sovereign rights that Nicaragua possesses by reason of its sovereign jurisdiction over the waters of the river.

35. Second, for all that, it is no doubt not even useful for the Court to express its opinion on this point. As the Eritrea-Ethiopia Boundary Commission very accurately pointed out,

“[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

66 Seen from this perspective, whatever meaning the Parties may have wished initially to give to the expression “con objetos de comercio”, it may be deduced from this practice of very long standing, on this peaceful point, that today the expression means the following: the right of Costa Rica to engage in cabotage, without charges or hindrances other than those necessitated by the requirements of public security and public order, and for merchandise only.

36. Third and last, the disagreements of the past 20 years, far from arguing against this conclusion, confirm it utterly. After so many years of abstaining altogether, Costa Rica has endeavoured surreptitiously and by tiny increments to broaden the meaning and scope of Article VI. Its claims were immediately met by the clear, constant and total opposition of Nicaragua, which means that it is impossible to discern any practice which would confirm the impossible interpretation which Costa Rica hopes you, the Members of the Court, will accept.

Mr. President, this concludes Nicaragua’s presentation for this morning. Members of the Court, I thank you very much for your attention and I apologize for going slightly over the allotted time.

Le PRESIDENT : Je remercie M. Pellet de son exposé. L’audience reprendra demain matin à 10 heures.

L’audience est levée à 13 h 5.

¹¹⁸Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia, 13 April 2002, RIAA, Vol. XXV, p. 110, para. 3.6. See also, e.g., *Brazilian Loans, Judgment No. 15, 1929, P.C.I.J., series A*, p. 38; *Temple of Préah Vihéar (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, pp. 22-24; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) Notwithstanding Security Council resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 22, paras. 21 and 22.