

## DÉCLARATION DE M. LE JUGE *AD HOC* GUILLAUME

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

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

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

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

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

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

### LE DROIT APPLICABLE

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

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

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

DECLARATION OF JUDGE *AD HOC* GUILLAUME

[*Translation*]

*Status of the San Juan River — Treaty of 26 April 1858 — No applicable customary law of international rivers — Boundary fixed along the bank — Nicaragua's exclusive, full and undivided sovereignty.*

*Extent of Costa Rica's right of free navigation for commercial purposes — Effect of the passage of time on the interpretation of treaties — Joint intent of the Parties — Restrictive interpretation of the qualifications under the 1858 Treaty on Nicaragua's territorial sovereignty.*

*Boat operators the sole beneficiaries of the right of free navigation — Requirement that they be carrying out a commercial activity — Commercial or non-commercial nature of passengers' activity without effect on the rights of free navigation.*

*No right of riparians or governmental entities to navigate for non-commercial purposes.*

*Nicaragua's power to regulate — Right to condition entry into its territory on possession of a visa.*

1. I subscribe to many of the conclusions reached by the Court. I wish however to make several remarks and to explain my disagreement with the decision on certain points.

## THE APPLICABLE LAW

2. The Court has considered that the dispute between Costa Rica and Nicaragua concerning navigational rights on the San Juan River must be settled solely on the basis of the Treaty entered into by the two States on 26 April 1858.

From this the Court has reasoned that there is no need to rule on the questions of whether the San Juan can be characterized as an “international river” under customary international law or whether there is a customary régime, either universal or regional in nature, applicable to navigation on “international rivers”.

3. I am in full agreement with these findings but deem it appropriate to add that customary international law offers no definition of “international rivers” and no régime governing navigation on such rivers. Some are open by convention to navigation by merchant ships of all States and in some instances are administered by river commissions endowed with extensive powers. Others are open only to navigation by vessels of the riparian States with or without river commissions having been set up. Lastly, others are not open to international navigation and remain entirely under the sovereignty of the riparian States. Further, in respect of matters such as upkeep works on the river, fishing, policing navigation,

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

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

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

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

L'examen des quelques conventions conclues dans cette région du monde conduit aux mêmes conclusions, que l'on considère les statuts de l'Amazone, du Paraná ou du río de la Plata<sup>4</sup>.

#### LA SOUVERAINETÉ DU NICARAGUA SUR LE FLEUVE SAN JUAN

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

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

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

<sup>2</sup> L. Cafilisch, *op. cit.*, p. 125.

<sup>3</sup> L. Cafilisch, *op. cit.*, p. 123.

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

environmental protection, dam-building and irrigation, the statuses of these rivers vary greatly.

The treaty position in this respect is different in Latin America and Europe. As pointed out by the Chilean jurist Alejandro Alvarez at the Barcelona Conference:

“On the American continent, the principle of free navigation on rivers has not developed in the same way [as in Europe or Africa]; while it has been accepted there, that has not been by way of extension of the European principle but as a concession voluntarily granted by the riparian States in *inter partes* agreements or legislative acts.”  
[Translation by the Registry.]<sup>1</sup>

Accordingly, Professor Caffisch in his course at the Academy of International Law noted that there was no “customary principle” in Latin America laying down freedom of navigation and concluded that on that continent “there is no freedom of navigation in the absence of a unilateral concession or a treaty provision”<sup>2</sup>. Latin American States, he added, “continue to make free navigation conditional on the legislation of riparian States and on treaties entered into by them”<sup>3</sup>.

The same conclusions follow from an examination of the few conventions concluded in that part of the world, be it in regard to the status of the Amazon, the Paraná or the Río de la Plata<sup>4</sup>.

#### NICARAGUA’S SOVEREIGNTY OVER THE SAN JUAN RIVER

4. As explained by the Court, the crux of the dispute between the Parties concerns the interpretation of Article VI of the Treaty of Limits of 15 April 1858. In its Spanish version, the only authoritative one, the article reads as follows:

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

<sup>1</sup> Quoted by L. Caffisch, “Règles générales du droit des cours d’eau internationaux”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1989, Vol. 219, p. 117. See also the arbitral award in the *Faber Case*, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. X, p. 466.

<sup>2</sup> L. Caffisch, *op. cit.*, p. 125 [translation by the Registry].

<sup>3</sup> L. Caffisch, *op. cit.*, p. 123 [translation by the Registry].

<sup>4</sup> In respect of: the Amazon, see the Treaty concluded at Brasilia on 3 July 1978 by Bolivia, Brazil, Colombia, Ecuador, Guyana, Peru, Suriname and Venezuela; the Paraná, see the 1979 Agreement between Argentina, Brazil and Paraguay; the Río de la Plata, see the Treaty concluded at Montevideo by Argentina and Uruguay on 19 November 1973.

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

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

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

6. Il n'est pas inutile de noter que cette solution, contrairement à ce que l'on pourrait penser, n'est pas rare et se rencontre en particulier dans de nombreux traités anciens, dont le plus célèbre fut le traité d'Erzeroum de 1847, qui donnait à la Perse accès au Chatt al-Arab tout en attribuant à l'Empire ottoman souveraineté sur ce dernier<sup>5</sup>.

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

— entre la Suisse et la France pour le Foron, la Morge, l'Eau Noire, la Barberine et le Doubs<sup>6</sup>;

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

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

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

5. Thus, Article VI grants Nicaragua, and it alone, full and undivided sovereignty over the San Juan River. The river lies entirely in Nicaraguan territory from Lake Nicaragua to a point 3 miles downstream of Castillo Viejo. From there it forms the boundary between the two States, but nevertheless remains in Nicaraguan territory. In this area the boundary is fixed along the Costa Rican bank. This is the case all the way to the river's mouth in the Atlantic. The bay of San Juan del Norte, at the mouth of the river, is however common to the two republics (Article 4 of the Treaty).

The 1858 Treaty thus uses neither the median line nor the thalweg of the San Juan to set the boundary, which it fixes as the southern bank of the river.

6. It bears noting that, contrary to what one might expect, arrangements of this type are not uncommon; specifically, they are to be found in many old treaties, the most famous of which being the Treaty of Erzeroum of 1847, granting Persia access to the Shatt-al-Arab while awarding sovereignty over it to the Ottoman Empire<sup>5</sup>.

Many such treaties are still in force, such as those between:

- Switzerland and France in respect of the Foron, the Morge, the Eau Noire, the Barberine and the Doubs<sup>6</sup>;

<sup>5</sup> Under this Treaty, the Ottoman Empire held sovereignty over the Shatt-al-Arab itself and Persia held sovereignty over the “left bank” of the Shatt-al-Arab. Art. 2, para. 8, of the Treaty added that Persian vessels would have the right freely to navigate on the Shatt-al-Arab. The same solution was for the most part adopted in the 1937 Treaty between Iran and Iraq. Further, this latter treaty extended freedom of navigation to merchant vessels of all States. However, in 1969 Iran repudiated the 1937 Treaty. A new agreement was reached in 1975, fixing the thalweg as the boundary while maintaining freedom of navigation. Iraq “abrogated” this agreement in 1980 but then agreed in 1990 to return to the 1975 arrangement. (See “River Boundaries, Legal Aspects of the Shatt-al-Arab Frontier”, *International and Comparative Law Quarterly*, April 1960, p. 207; D. Momtaz, “Le statut juridique du Chatt-al-Arab dans sa perspective historique”, in *Actualités juridiques et politiques en Asie. Etudes à la mémoire de Tran Van Minh*, 1988, p. 59).

<sup>6</sup> Agreement of 20 June 1780 between France and the Prince Bishop of Basel (Parry, *Consolidated Treaty Series (CTS)*, Vol. 47, 1778-1781, p. 331); Treaty of 16 March 1816 (CTS, Vol. 65, p. 447); Convention between France and Switzerland of 10 June 1891 (CTS, Vol. 175, p. 169). See Rousseau, *Droit international public*, Vol. III, para. 212.

- entre la Gambie et le Sénégal pour le San Pedro et le Tendo<sup>7</sup>;
- entre le Sénégal et la Mauritanie pour le fleuve Sénégal<sup>8</sup>;
- entre le Libéria et la Côte d'Ivoire pour une série de rivières<sup>9</sup>;
- entre la Malaisie et l'Indonésie pour l'Odong<sup>10</sup>;
- entre l'Afghanistan et le Pakistan pour les rivières Kaboul et Kolossai<sup>11</sup>;
- entre le Guatemala et le Honduras pour le río Tinto<sup>12</sup>.

La frontière à la rive a également été retenue dans certains Etats fédéraux. Il en est ainsi en Suisse entre les cantons de Zurich et de Schaffhouse pour une partie du cours du Rhin<sup>13</sup>, ainsi qu'entre les cantons de Berne et d'Argovie pour la Rothbach<sup>14</sup>. De même, aux Etats-Unis, la frontière entre la Virginie et le district de Columbia est fixée à la rive de la Virginie<sup>15</sup>. Des solutions analogues ont été retenues entre l'Alabama et la Géorgie comme entre le Vermont et le New Hampshire<sup>16</sup>. C'est dire que le traité de 1858 ne constitue pas un cas isolé et qu'il convient de l'interpréter dans cette perspective.

#### LE DROIT DE LIBRE NAVIGATION DU COSTA RICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 8, note 8.

<sup>15</sup> *Virginia c. District of Columbia*, 283 US 348.

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

- the Gambia and Senegal in respect of the San Pedro and the Tendo<sup>7</sup>;
- Senegal and Mauritania in respect of the Senegal River<sup>8</sup>;
- Liberia and Côte d'Ivoire in respect of a number of rivers<sup>9</sup>;
- Malaysia and Indonesia in respect of the Odong<sup>10</sup>;
- Afghanistan and Pakistan in respect of the Kabul and Kolossai Rivers<sup>11</sup>;
- Guatemala and Honduras in respect of the Tinto River<sup>12</sup>.

Federal States have also opted for fixing boundaries along river banks. This is so in Switzerland between the cantons of Zurich and Schaffhausen along a segment of the Rhine<sup>13</sup> and between the cantons of Berne and Aargau along the Rothbach<sup>14</sup>. The same holds true in the United States, where the border between Virginia and the District of Columbia is fixed on the Virginia bank<sup>15</sup>. Analogous solutions were obtained between Alabama and Georgia and between Vermont and New Hampshire<sup>16</sup>. This is to say that the 1858 Treaty is not an isolated example and should be interpreted with this in mind.

#### COSTA RICA'S RIGHT OF FREE NAVIGATION

7. After thus recognizing Nicaragua's sovereignty over the San Juan River, the 1858 Treaty grants Costa Rica certain rights of navigation on the part of the river bordering Costa Rican territory. These are perpetual rights "de libre navegación con objetos de comercio".

8. The record contains lengthy argument by the Parties over the meaning of "con objetos" and "comercio" as used in Article VI.

I fully share the Court's interpretation of the phrase "con objetos". In the context this covers navigation for commercial purposes, not only the transport of goods.

Tougher questions are raised by "comercio". Nicaragua has main-

<sup>7</sup> Procès-verbal between Britain and France of 9 June 1891 (Ian Brownlie, *African Boundaries*, p. 219).

<sup>8</sup> Decree of 8 December 1933 (*JOAOF*, 1934, p. 69), cited by Ian Brownlie, (*op. cit.*, p. 433).

<sup>9</sup> Declaration by France and Liberia of 13 January 1911 (*CTS*, Vol. 213, p. 213), confirmed after the independence of Côte d'Ivoire in 1961 (I. Brownlie, *op. cit.*, p. 369).

<sup>10</sup> Treaty of 29 March 1928 (League of Nations, *Treaty Series (LNTS)*, Vol. 108, p. 33).

<sup>11</sup> Treaty of 22 November 1921 (League of Nations, *Treaty Series (LNTS)*, Vol. 14, p. 67).

<sup>12</sup> Arbitral Award of 23 January 1933 (United Nations, *RIAA*, Vol. II, p. 1365).

<sup>13</sup> Treaty of 11 January 1901, Art. 5, cited by Schultess, *Das Internationale Wasserrecht*, Zurich, 1916, p. 10.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 8, Note 8.

<sup>15</sup> *Virginia v. District of Columbia*, 283 US 348.

<sup>16</sup> See *Alabama v. Georgia*, 23 Howard 505-515 (1859); *Vermont v. New Hampshire* (United States Supreme Court, 19 May 1933, 289 US 593-603).



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

9. La question de l'effet du passage du temps sur l'interprétation des traités a fait l'objet de débats animés en doctrine entre les partisans de l'interprétation «contemporaine» (dite encore du renvoi fixe) et ceux de l'interprétation «évolutive» (dite encore du renvoi mobile). C'est ainsi qu'au sein de la Commission du droit international «le principe de la contemporanéité a reçu quelque soutien de même que l'approche évolutive»<sup>17</sup>. Un consensus semble cependant s'être dégagé sur le fait qu'il convient de résoudre le problème grâce à l'application des méthodes ordinaires d'interprétation des traités<sup>18</sup>. Toutefois la discussion s'est poursuivie dans cette perspective sur la question de savoir si l'article 31, paragraphe 3 *c*), de la convention de Vienne renvoyait aux «règles en vigueur au moment où le traité a été adopté ou pouvait aussi viser des traités conclus postérieurement»<sup>19</sup>.

L'Institut de droit international a connu également de vifs débats sur le sujet à Wiesbaden en 1975. Il s'est notamment interrogé sur le rôle que «le système juridique international en vigueur au moment de l'interprétation et de l'application d'un traité» doit jouer dans cette interprétation ou cette application<sup>20</sup>. Il a finalement adopté sur ce point une formulation de compromis. Mais il n'en a pas moins retenu lui aussi le principe selon lequel

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

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

Elle proclame constamment «la nécessité primordiale d'interpréter un

<sup>17</sup> Rapport de la Commission du droit international, 2005, p. 217.

<sup>18</sup> *Ibid.*, 2006, p. 434.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 2005, p. 218.

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

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

tained that in 1858 this term necessarily meant trade in goods and did not cover services, including the transport of persons generally or tourists specifically. In its view, this narrow meaning must prevail. Costa Rica has argued to the contrary, that the carriage of passengers, tourists in particular, was a commercial activity even in 1858, and *a fortiori* remains one today.

9. The question of the effect of the passage of time on treaty interpretation has been the subject of spirited debate in the literature between proponents of “contemporaneous” (also called “fixed reference”) interpretation and advocates of “evolutionary” (also called “mobile reference”) interpretation. Thus, within the International Law Commission “there was support for the principle of contemporaneity as well as the evolutive approach”<sup>17</sup>, but a consensus seems to have emerged to the effect that the problem should be resolved through the application of ordinary methods of treaty interpretation<sup>18</sup>. The discussion from this viewpoint did however continue on the question of whether Article 31, paragraph 3 (*c*), of the Vienna Convention referred to “rules in force when the treaty was adopted or could be extended to also cover subsequent treaties”<sup>19</sup>.

The subject also gave rise to lively discussion within the Institut de droit international at Wiesbaden in 1975. Among other things, the Institut considered the role to be played in the interpretation or application of a treaty by “the international legal system in effect when [the] treaty is interpreted or applied” [*translation by the Registry*]<sup>20</sup>. Compromise wording was ultimately adopted on this point, but the Institut nevertheless also upheld the principle that:

“Wherever a provision of a treaty refers to a legal or other concept without defining it, it is appropriate to have recourse to the usual methods of interpretation in order to determine whether the concept concerned is to be interpreted as understood at the time when the provision was drawn up or as understood at the time of its application.”<sup>21</sup>

10. While not always easy to decipher, the case law would appear to support this approach.

It consistently proclaims “the primary necessity of interpreting an

<sup>17</sup> Report of the International Law Commission, 2005, p. 220.

<sup>18</sup> *Ibid.*, 2006, p. 414.

<sup>19</sup> *Ibid.*, 2005, p. 220.

<sup>20</sup> In the deliberations of the Institut see the statements by Mr. Sorensen (pp. 343 and 354), Sir Gerald Fitzmaurice (pp. 347 and 357) and Mr. Yasseen (p. 349). See also the votes cast (p. 370).

<sup>21</sup> Resolution of the Institut de droit international, session of Wiesbaden, 11 August 1975, on the “Intertemporal Problem in Public International Law”, *Annuaire de l’Institut*, 1975, Vol. 56, p. 536, para. 4. [*English translation by the Institut de droit international.*]

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

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

11. Pour les premiers cas, on relèvera :

- a) que la Cour, en 1952, a interprété le mot «différend» en lui donnant le sens qu'il avait au moment où avaient été conclus les traités de 1787 et 1836 entre les Etats-Unis et le Maroc en vue de la protection de leurs ressortissants<sup>23</sup>;
- b) qu'il en a été de même pour les mots «water-parting» dans l'affaire soumise à arbitrage de *La Laguna del desierto*<sup>24</sup>;
- c) que la Cour, dans l'affaire de *l'Ile de Kasikilil/Sedudu (Botswana/Namibie)*, a estimé que, compte tenu de l'époque où le traité anglo-allemand de 1890 avait été conclu, les termes «centre du chenal principal» du Chobe et «thalweg» du Chobe devaient être regardés comme équivalents<sup>25</sup>;
- d) que le tribunal arbitral chargé de la délimitation de la frontière entre l'Erythrée et l'Ethiopie a dans sa sentence du 13 avril 2002 estimé qu'il devait interpréter les traités à appliquer «by reference to the circumstances prevailing when the treaty was concluded. This involves giving expressions (including names) used in the treaty the meaning that they would have possessed at that time»<sup>26</sup>;
- e) qu'en vue de déterminer «l'embouchure» de l'Ebedji dans le lac Tchad, la Cour a estimé qu'«aux fins d'interpréter cette expression», elle «doit rechercher quelle était l'intention des parties à l'époque»<sup>27</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

instrument in accordance with the intentions of the parties at the time of its conclusion”<sup>22</sup>.

But, proceeding on that basis, it sometimes favours contemporaneous interpretation and sometimes evolutionary interpretation.

11. The following examples fall into the first category:

- (a) in 1952 the Court interpreted “dispute” so as to give it the meaning it had when the treaties of 1787 and 1836 were concluded by the United States and Morocco for the purpose of protecting their nationals<sup>23</sup>;
- (b) the same was true for the term “water-parting” in the *Laguna del desierto* arbitration<sup>24</sup>;
- (c) in the *Kasikilil/Sedudu Island (Botswana/Namibia)* case, the Court considered that, taking into account the time when the 1890 Treaty had been concluded by Great Britain and Germany, the terms “centre of the main channel” of the Chobe and “thalweg” of the Chobe should be regarded as equivalent<sup>25</sup>;
- (d) in its award of 13 April 2002, the arbitral tribunal asked to delimit the border between Eritrea and Ethiopia considered that it should interpret the treaties to be applied “by reference to the circumstances prevailing when the treaty was concluded. This involves giving expressions (including names) used in the treaty the meaning that they would have possessed at that time”<sup>26</sup>;
- (e) in identifying the “mouth” of the Ebeji in Lake Chad, the Court concluded that, “[i]n order to interpret this expression”, it “must seek to ascertain the intention of the parties at the time”<sup>27</sup>.

12. On the other hand, the evolutionary interpretation approach was taken in the following instances:

- (a) in the previously cited Advisory Opinion on South West Africa, the Court said that it was bound to take into account

“the fact that the concepts embodied in Article 22 of the Covenant [of the League of Nations] — ‘the strenuous conditions of the modern world’ and ‘the well-being and development’ of the peoples

<sup>22</sup> *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.

<sup>23</sup> *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1952*, p. 189.

<sup>24</sup> Case concerning a boundary dispute between Argentina and Chile concerning the delimitation of the frontier line between boundary post 62 and Mount Fitzroy, 21 October 1994 (United Nations, *RIAA*, Vol. XXII, p. 43, para. 130).

<sup>25</sup> *Kasikilil/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 1062, para. 25.

<sup>26</sup> Arbitral decision of 13 April 2002 regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia (United Nations, *RIAA*, Vol. XXV, p. 110, para. 3.5).

<sup>27</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, p. 346, para. 59.

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

- b) Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, la Cour a rappelé que l'acte général d'arbitrage de 1928 avait été conçu «comme devant être de la portée la plus générale et sans limitation de durée». Elle a ajouté qu'«il ne semble guère concevable que dans un instrument semblable on ait voulu donner à des expressions comme «compétence exclusive» et «statut territorial» un contenu invariable quelle que soit l'évolution ultérieure du droit international»<sup>29</sup>.
- c) Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, la Cour a relevé que les articles 15, 19 et 20 du traité de 1977 entre le Hongrie et la Slovaquie comportaient «des dispositions évolutives» concernant la protection de l'environnement et que par suite de nouvelles normes en cette matière pouvaient être «incorporées dans le plan contractuel conjoint»<sup>30</sup> des parties.
- d) La sentence arbitrale dans l'affaire du «Rhin de fer» du 24 mai 2005 adopta, elle aussi, une interprétation évolutive du traité belgo-néerlandais de 1839 en vue d'assurer une application effective de ce texte, compte tenu de son objet et de son but<sup>31</sup>.

13. Enfin, la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 rendue entre la Guinée-Bissau et le Sénégal fait une part tant à l'interprétation contemporaine qu'à l'interprétation évolutive. Elle précise tout d'abord que l'accord franco-portugais de 1960 qui devait être appliqué en l'espèce «doit être interprété à la lumière du droit en vigueur à la date de sa conclusion». Elle en déduit que cet accord ne délimite pas «les espaces maritimes qui n'existaient pas à cette date, qu'on les appelle zone économique exclusive, zone de pêche ou autrement». Mais elle ajoute que le concept de «plateau continental» existait quant à lui dès cette époque «et que sa limite était dès 1959 susceptible de se déplacer vers le large». Elle en conclut qu'il s'agissait là d'un «concept dynamique» et que par suite l'accord de 1960 règle la situation du plateau continental litigieux tel que défini par la suite par la convention de Montego Bay<sup>32</sup>.

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

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

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

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

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

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

concerned — were not static, but were by definition evolutionary, as also, therefore, was the concept of the ‘sacred trust’<sup>28</sup>;

- (b) in the *Aegean Sea Continental Shelf* case, the Court pointed out that the 1928 General Act of Arbitration had been designed “to be of the most general kind and of continuing duration”. It added: “it hardly seems conceivable that in such a convention terms like ‘domestic jurisdiction’ and ‘territorial status’ were intended to have a fixed content regardless of the subsequent evolution of international law”<sup>29</sup>;
- (c) in the case concerning *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, the Court observed that Articles 15, 19 and 20 of the 1977 Treaty between Hungary and Slovakia were made up of “evolving provisions” concerning environmental protection and that, as a result, emerging norms in the area could be “incorporated in the [Parties’] Joint Contractual Plan”<sup>30</sup>;
- (d) in the arbitral award of 24 May 2005 in the “Iron Rhine” arbitration an evolutionary interpretation was also given to the 1839 Treaty between Belgium and the Netherlands so as to ensure the effective application of the text in light of its object and purpose<sup>31</sup>.

13. Finally, elements of both contemporaneous interpretation and evolutionary interpretation are found in the approach taken in the arbitral award of 31 July 1989 in the case between Guinea-Bissau and Senegal. The award first makes clear that the 1960 Agreement between France and Portugal to be applied in the case “must be interpreted in light of the law in effect at the date of its conclusion”. From that it is reasoned that the Agreement does not delimit “maritime areas not in existence at that date, be they called exclusive economic zones, fishing zones or otherwise”. But the award adds that the concept of the “continental shelf” did exist at the time “and that it was already possible in 1959 that its limit could be moved seawards”. The arbitral tribunal then infers that this was a “dynamic concept” and, accordingly, that the 1960 Agreement determines the position in respect of the disputed continental shelf as it was to be defined subsequently by the Montego Bay Convention<sup>32</sup>.

14. As in the cases thus analysed, the task in the present instance is

<sup>28</sup> *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.

<sup>29</sup> *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1978*, p. 32, para. 77.

<sup>30</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1997*, pp. 67-68, para. 112.

<sup>31</sup> Arbitral Award of 24 May 2005 (United Nations, *RIAA*, Vol. XXVII, pp. 72-74, paras. 79-81).

<sup>32</sup> Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal) (United Nations, *RIAA*, Vol. XX, pp. 151 and 152, para. 85 [translations by the Registry]).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

therefore to ascertain the Parties' joint intention in 1858, as expressed in the treaty then concluded. The Court has taken that approach and rightly so.

15. Yet a real difficulty arises with that approach. In most cases parties to a treaty do not explicitly state in it whether they intend to fix for all time the meaning of the terms employed or whether they wish to allow the meaning to evolve. As a result, recourse must be had to presumptions.

The Court has considered in the present case that where the parties use

“generic terms in a treaty, the parties necessarily having been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time, and where the treaty has been entered into for a very long period or is ‘of continuing duration’, the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an evolving meaning” (Judgment, paragraph 66).

The Court applied this presumption in the *Aegean Sea Continental Shelf* case<sup>33</sup> in interpreting the term “territorial status” but rejected it in construing “dispute” in the case concerning *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*<sup>34</sup>.

Should it have applied the presumption here: That is doubtful and it may be asked whether the Court should not have had recourse to other presumptions.

Firstly, as President Bedjaoui noted in his separate opinion in the case concerning the *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*:

“The intentions of the parties are presumed to have been influenced by *the law in force at the time the Treaty was concluded*, the law which they were supposed to know, and not by future law, as yet unknown. As Ambassador Mustapha Kamil Yasseen . . . put it, only international law existing when the Treaty was concluded ‘could influence the intention of the Contracting States . . .’, as the law which did not yet exist at that time could not logically have any influence on this intention’.”<sup>35</sup>

Further, in the present case, Article VI confers full and undivided sovereignty over the river exclusively on Nicaragua. A single limitation is

<sup>33</sup> *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, Judgment, I.C.J. Reports 1978, p. 32, para. 77.

<sup>34</sup> *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1952, p. 189.

<sup>35</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, pp. 121-122, para. 7 (ii); emphasis original. M. K. Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1976, Vol. 151, p. 64.



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

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

16. Faut-il en déduire que la navigation à des fins de commerce ne couvre que le transport des marchandises et non celui des personnes? L'hésitation est ici permise. Depuis la plus haute antiquité, les transports fluviaux ont pour objet d'acheminer tant les personnes que les marchandises d'un point à un autre. Le fleuve San Juan et le lac Nicaragua ont d'ailleurs été utilisés au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle pour permettre aux émigrants se rendant de la côte est des Etats-Unis en Californie de ne pas faire le tour de l'Amérique du Sud. Bien plus, le canal interocéanique dont la construction était alors projetée à travers le Nicaragua devait servir tant au transport des personnes qu'à celui des marchandises<sup>37</sup>. Il s'agissait là dès le XIX<sup>e</sup> siècle d'une activité exercée par les bateliers contre rémunération. Aussi aurais-je en définitive tendance à penser que, lorsque les auteurs du traité de 1858 ont visé la navigation à des fins commerciales, ils ont entendu couvrir le transport à titre lucratif tant des personnes que des marchandises.

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

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

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

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

imposed on this sovereignty: Costa Rica's right of free navigation for commercial purposes. The limitation is introduced by the word "pero" (but), which clearly indicates that this is an exception to the exclusive sovereignty awarded earlier on to Nicaragua.

As the Court has pointed out, exceptions or "limitations of the sovereignty of a State over its territory are not to be presumed" (Judgment, para. 48). In my view, by operation of this presumption and of the language itself of the Treaty, the limitation imposed on Nicaragua's territorial sovereignty must be given a restrictive interpretation, as the Permanent Court held in a comparable case, that of the *S.S. "Wimbledon"*, in respect of navigation on the Kiel Canal. The Court observed in that case that no one disputed the German State's sovereignty over the Kiel Canal; it added that the Treaty of Versailles entailed an "important limitation of the exercise of the sovereign rights" of Germany and found that "[t]his fact constitutes a sufficient reason for the restrictive interpretation, in case of doubt, of the clause which produces such a limitation"<sup>36</sup>.

16. Is it to be concluded that navigation for the purposes of commerce covers only the transport of goods, not people: That is far from certain. From the most ancient times, the purpose of river transport has been to move both people and goods from one place to another. The San Juan River and Lake Nicaragua were in fact used in the mid-nineteenth century to save emigrants on the way from the east coast of the United States to California from having to circumnavigate South America. Moreover, the inter-ocean canal then being planned to run through Nicaragua was intended for use in transporting both people and goods<sup>37</sup>. Already in the nineteenth century boatmen offered this service in exchange for payment. Thus, my inclination in the end is to think that the drafters of the 1858 Treaty intended to cover the transport for profit of passengers as well as of goods when they referred to navigation for commercial purposes.

Does such transport today extend to the conveyance of tourists: putting the question is tantamount to asking why tourists should be distinguished from other passengers. Obviously, no such distinction should be made in respect of individual tourists taking a boat to get from one place to another. If the transport is provided in exchange for payment to the boat operator, the vessel is navigating for commercial purposes.

The last category is that of tourists taking a cruise arranged by a tour operator. Here, the boatman is paid by the intermediary, not by the passenger. But the boat operator's activity remains one of navigating from

---

<sup>36</sup> *S.S. "Wimbledon"*, *Judgments*, 1923, *P.C.I.J.*, *Series A*, No. 1, p. 24.

<sup>37</sup> See Art. XXXIII of the 1859 Treaty between France and Nicaragua and Art. XXVI of the 1860 Treaty between Great Britain and Nicaragua.

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

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

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

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

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

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

Encore que, dans la pratique, cette hypothèse ait peu de chances de se réaliser, je crois devoir préciser que ces conclusions me paraissent reposer sur des prémisses erronées. L'article VI du traité ne reconnaît pas au Costa Rica la liberté du commerce, mais un droit de libre navigation à des fins commerciales. Les bénéficiaires de ce droit sont les bateaux costariciens qui naviguent sur le río San Juan et non les marchandises ou les personnes qui sont transportées par ces navires<sup>38</sup>. Lorsque le batelier n'est pas le commerçant lui-même, c'est seulement lorsque la navigation est effectuée contre rémunération qu'elle peut être regardée comme ayant été réalisée à des fins commerciales.

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

one point to another and, here as well, it is carried out for commercial purposes. Thus, the individuals concerned are entitled to the benefit of the freedom of navigation enjoyed by Costa Rica under Article VI. The practice accords with this, as shown by the Memorandum of Understanding of 5 June 1994 between the two States' Ministers of Tourism and by the growth in tourist cruise traffic on the San Juan in recent years.

Thus, I concur on this point in the Court's conclusions but for reasons different from those underlying its decision.

17. I also subscribe to the Court's conclusions to the effect that navigation for non-profit purposes does not fall within the scope of Article VI. This is the case for the carriage of passengers free of charge (Judgment., para. 73, last subparagraph) and for pleasure boating (*ibid.*, para. 80). The same would apply to casino boats, hotel boats and boats used for radio or television broadcasting, whether or not they were moored to the bank or were mobile (*ibid.*, para. 75).

Further, as the Court has stated, navigation by vessels used in the performance of governmental activities or to provide public services which are not commercial in nature is not covered by Article VI (*ibid.*, para. 71). Consequently, police vessels (*ibid.*, para. 83), including those used in re-supplying police posts, and vessels involved in teaching, public health and environmental protection activities are excluded, as these are manifestly not profit-making activities.

18. There are however two points on which I take issue with the Judgment.

The first concerns the gratuitous transport of goods by a boat operator other than the merchant owning the goods. The Court admits that such a boat operator is not engaged in a commercial activity but considers this to be navigation for commercial purposes since the goods are intended for sale.

While, as a practical matter, this situation is unlikely to arise, I believe it incumbent upon me to express my view that these conclusions are founded on mistaken premises. Article VI of the Treaty does not grant Costa Rica freedom of commerce but a right to navigate freely for commercial purposes. The benefit of that right accrues to Costa Rican vessels navigating on the San Juan River, not to the goods or persons they carry<sup>38</sup>. Navigation by boat operators who are not themselves merchants may be considered to be for commercial purposes only if carried out in exchange for compensation.

---

<sup>38</sup> Thus, the Permanent Court of International Justice explained in the *Oscar Chinn* case that freedom of navigation, "[a]ccording to the conception universally accepted ... comprises freedom of movement for vessels" and the freedom of those vessels to transport goods and passengers (*Oscar Chinn, Judgment, 1934, P.C.I.J., Series A/B, No. 63, p. 83*).

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

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

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

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

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

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

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

19. The Court has further decided that “the inhabitants of the Costa Rican bank of the San Juan River have the right to navigate on the river between the riparian communities for the purposes of the essential needs of everyday life which require expeditious transportation” (Judgment, para. 156, subpara. 1 (*f*)). It has reasoned from this that Costa Rica is entitled to navigate on the river with official vessels

“used solely, in specific situations, to provide essential services for the inhabitants of the riparian areas where expeditious transportation is a condition for meeting the inhabitants’ requirements” (*ibid.*, para. 156, subpara. 1 (*g*)).

It is “[i]n view of the great difficulty of travelling inland” (*ibid.*, para. 78) that the Court has arrived at this conclusion benefitting some 450 individuals. I am just as sensitive as the Court to the humanitarian considerations at the root of this decision. But I cannot but observe that there is no legal basis for it. The Court itself has acknowledged that this decision finds no support in Article VI of the Treaty (*ibid.*, para. 75). The Court would appear to have decided against basing this conclusion on a custom *contra legem*, one which moreover has not been established. It has stated that it could not have been the intention of the authors of the Treaty to deny this right to the inhabitants of the Costa Rican bank of the river. Citing the object and purpose of the Treaty as well, the Court has considered that the right in question can be inferred from the Treaty as a whole and, specifically, from its Preamble and the manner in which the boundary is fixed in Article II (*ibid.*, para. 79).

This reasoning strikes me as extremely weak. Granted, the Preamble of the 1858 Treaty does proclaim the will of the parties to

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

To this end, and desirous of improving their relations, the Parties concluded a treaty having a sole object: to establish the boundaries between them. According to the title itself, the 1858 Treaty is a treaty of limits. In the area under consideration in the present case, Article II of the Treaty fixes the boundary along the right bank of the river and grants Costa Rica a right of free navigation solely for the purposes of commerce (*ibid.*, para. 61). The joint intention of the authors as reflected in the language of the Treaty provides no basis for arriving at a decision directly in conflict with that language and for upholding a right on Costa Rica’s part to navigate for non-commercial purposes in Nicaraguan territory.

The Court is probably aware of the weakness of its reasoning, for it has carefully distinguished between the perpetual rights of free navigation established in Article VI and the rights of navigation it has felt justified in creating for the benefit of certain riparians in the present circumstances. Furthermore, in the operative part of its Judgment it has

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

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

#### RÉGLEMENTATION DE LA NAVIGATION PAR LE NICARAGUA

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

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

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

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

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

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

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

imposed especially stringent limitations on the latter rights, in particular in regard to official vessels.

It nevertheless remains the case that this outcome stands directly in contradiction to the language itself of the Treaty. The very most that could have been said was that it was possible to infer from the Preamble of the Treaty and from general principles of international law that the two States were under an obligation to negotiate to resolve the problems now created for the riparian population by the difficulty of overland communication.

#### REGULATION OF NAVIGATION BY NICARAGUA

20. It is recognized in the Judgment that Nicaragua has the power to regulate Costa Rica's exercise of the right of free navigation it holds under the 1858 Treaty. In exercising that power, Nicaragua may not render impossible Costa Rica's exercise of the right of free navigation or substantially impede it (Judgment, para. 87). Nicaragua must notify Costa Rica of any regulations in this connection, once adopted, but is under no obligation to give notice to Costa Rica or consult it before adopting them (*ibid.*, para. 97). On all of these points, I concur fully in the conclusions reached by the Court.

Like the Court, I too consider that Nicaragua has the right to require Costa Rican vessels and their passengers to stop at the first and last Nicaraguan posts on their route along the river. I also concur with the Court on the subjects of the purchase of tourist cards, the issuance of departure clearance certificates, timetabling and the display of flags.

Lastly, as does the Court, I think that Nicaragua is entitled to require boat operators navigating on the river and their passengers to show a passport or identity document.

21. On the other hand, I am sorry to have to part ways with the Court on the question of visas.

The Judgment notes that the issuance of visas entails discretion. From this, it is reasoned that Nicaragua may not impose an obligation to obtain a visa on boat operators and those they carry. According to the Court, if the visa were to be denied, freedom of navigation would be hindered (*ibid.*, para. 115).

This reasoning calls for two comments. First, as already made clear, the sole beneficiaries of the right of free navigation for commercial purposes on the San Juan River are Costa Rican vessels and their operators. No such right vests in the persons transported on the vessels. As a result, Nicaragua may, in any case, require these individuals to obtain a visa.

Secondly, the right to impose conditions on aliens' entry into national territory is one of the most firmly established prerogatives of sovereignty.



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

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

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

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

La recevabilité des conclusions présentées sur ce point par le Costa Rica me paraît très douteuse et la coutume invoquée incertaine<sup>39</sup>. Toutefois, je me suis rallié à la solution retenue dans les circonstances très particulières relevées par la Cour dans son arrêt, qui ne saurait, sur ce point, avoir valeur de précédent.

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

(Signé) Gilbert GUILLAUME.

---

<sup>39</sup> Voir *Droit d'asile (Colombie/Pérou)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1950, p. 276-277; *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 39; *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 44.

In fact, it is so recognized in the Judgment when it upholds Nicaragua's right, after ascertaining the identity of those wishing to enter the San Juan, to refuse entry to some of those individuals for reasons of law enforcement or environmental protection. The Judgment adds that this analysis may also hold in cases of emergency (para. 118).

Nicaragua is thus entitled in these situations to refuse some persons entry into its territory. It could even give Costa Rica a list of names beforehand of those whose presence on the river was deemed undesirable by Nicaragua for the reasons described by the Court.

This decision is not without its strong points, but it would probably have been simpler to uphold Nicaragua's right to require visas for entry onto the river. The Court could moreover have pointed out that, as in the case of the other applicable rules, Nicaragua, in applying the visa regulations, must not render impossible or substantially impede Costa Rica's exercise of its right of free navigation (*ibid.*, para. 87). So as to ensure this outcome, Nicaragua could have established appropriate procedures (e.g., long-term visas or on-the-spot issuance of visas). I regret that the Court proceeded otherwise.

22. In regard to subsistence fishing, the Court has found that the existence has been established of a custom of fishing from the bank but not from vessels, whether moored or navigating on the river.

In my view the admissibility of Costa Rica's submissions on this point is highly questionable and the custom invoked uncertain<sup>39</sup>. I did however support the decision in this regard given the special circumstances described by the Court in its Judgment, which cannot carry precedential weight in this regard.

23. In sum, the Judgment upholds many of Costa Rica's submissions on the scope and extent of its right of free navigation on the San Juan River. It also recognizes Nicaragua's broad regulatory powers. While I am not in complete agreement with it, I can only express the hope that it will enable the two countries to overcome their past difficulties in respect of the river.

(Signed) Gilbert GUILLAUME.

---

<sup>39</sup> See *Asylum (Colombia/Peru)*, Judgment, I.C.J. Reports 1950, pp. 276-277; *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1960, p. 39; *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 44.