

*CR 2009/2**

**International Court
of Justice**

**Cour internationale
de Justice**

THE HAGUE

LA HAYE

YEAR 2009

Public sitting

held on Monday 2 March 2009, at 10.15 a.m., at the Peace Palace,

President Owada presiding,

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

VERBATIM RECORD

ANNÉE 2009

Audience publique

tenue le lundi 2 mars 2009, à 10 h 15, au Palais de la Paix,

sous la présidence de M. Owada, président,

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

COMPTE RENDU

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

Registrar Couvreur

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

M. Couvreur, greffier

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

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

as Agent;

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

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

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

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

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

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

as Counsel and Advocates;

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

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

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

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

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

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

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

as Advisers;

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

as Assistant Adviser.

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

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

comme agent ;

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

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

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

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

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

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

comme conseils et avocats ;

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

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

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

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

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

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

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

comme conseillers ;

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

comme conseiller adjoint.

The Government of the Republic of Nicaragua is represented by:

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

as Agent and Counsel;

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

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

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

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

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

as Counsel and Advocates;

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

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

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

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

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

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

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

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

as Assistant Counsel.

Le Gouvernement de la République du Nicaragua est représenté par :

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

comme agent et conseil ;

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

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

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

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

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

comme conseils et avocats ;

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

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

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

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

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

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

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

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

comme conseils adjoints.

The PRESIDENT: Please be seated. The sitting is open.

The Court now meets, pursuant to Articles 43 *et seq.* of its Statute, to hear the oral arguments of the Parties in the case concerning the *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*.

I recall initially that Vice-President Tomka is unable to take his seat on the Bench today. Judge Simma, for reasons explained under Article 24, paragraph 1, of the Statute, has informed the President that he is not sitting in this case.

I recall that, since the Court does not include upon the Bench a judge of the nationality of either of the Parties, pursuant to Article 31, paragraph 3, of the Statute, Nicaragua chose Mr. Gilbert Guillaume to sit as judge *ad hoc* in the case and Costa Rica initially chose Mr. Cançado Trindade. Mr. Cançado Trindade was subsequently elected as a Member of the Court. Costa Rica informed the Court that it had decided not to choose a new judge *ad hoc*.

Article 20 of the Statute provides that “[e]very Member of the Court shall, before taking up his duties, make a solemn declaration in open court that he will exercise his powers impartially and conscientiously”. Pursuant to Article 31, paragraph 6, of the Statute, that same provision applies to judges *ad hoc*. Notwithstanding that Mr. Gilbert Guillaume has been a permanent judge and a judge *ad hoc* of this Court and has already made solemn declarations in these capacities, Article 8, paragraph 3, of the Rules of Court provides that he must make a further solemn declaration in the present case.

In accordance with custom, I shall first say a few words about the career and qualifications of Mr. Guillaume before inviting him to make his solemn declaration.

Mr. Gilbert Guillaume, of French nationality, has a degree in law and a postgraduate diploma in political economy and economic science from the University of Paris; he also holds a diploma from the Paris *Institut d'études politiques* and is an alumnus of the *Ecole nationale d'administration*. An eminent jurist, he has combined the careers of judge and senior official at national and international level. Mr. Guillaume is an honorary member of the French Council of State, after having served as a Councillor of State. He was France's representative on the Legal Committee of the International Civil Aviation Organization and, as such, Chairman of the

Committee from 1971 to 1975. He has served as the Director of Legal Affairs of the Organisation for Economic Co-operation and Development. Mr. Guillaume has been the Director of Legal Affairs at the French Ministry of Foreign Affairs and, in that capacity, acted, *inter alia*, as the Agent of France before the Court of Justice of the European Communities and the European Court of Human Rights. He was a Member of the International Court of Justice from 1987 to 2005 and President of the Court from 6 February 2000 to 5 February 2003. Mr. Guillaume has been chosen as judge *ad hoc* in the cases concerning *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)* and *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*. A member of the Permanent Court of Arbitration since 1980, Mr. Guillaume has sat as arbitrator in a large number of disputes. He has also published extensively on a wide range of topics in international law.

I shall accordingly invite Mr. Guillaume to make the solemn declaration prescribed by the Statute, and I would request all those present to rise.

M. GUILLAUME :

«Je déclare solennellement que je remplirai mes devoirs et exercerai mes attributions de juge en tout honneur et dévouement, en pleine et parfaite impartialité et en toute conscience.»

The PRESIDENT: Thank you. Please be seated. I take note of the solemn declaration made by Mr. Guillaume and declare him duly installed as judge *ad hoc* in the case concerning the *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*.

*

I shall now recall the principal steps of the procedure so far followed in this case.

On 29 September 2005 the Republic of Costa Rica filed in the Registry of the Court an Application of the same date instituting proceedings against the Republic of Nicaragua with regard to a “dispute concerning navigational and related rights of Costa Rica on the San Juan River”.

In its Application, Costa Rica sought to found the jurisdiction of the Court on the declaration of acceptance of the Court’s jurisdiction, under Article 36, paragraph 2, of the Statute, made by

Costa Rica on 20 February 1973 and the declaration made by Nicaragua on 24 September 1929 under Article 36 of the Statute of the Permanent Court of International Justice, which is deemed, for the period which it still has to run, to be acceptance of the compulsory jurisdiction of the present Court pursuant to Article 36, paragraph 5, of its Statute. Costa Rica also invoked as a basis of the Court's jurisdiction the Tovar-Caldera Agreement signed between the Parties on 26 September 2002 as well as the provisions of Article XXXI of the American Treaty on Pacific Settlement, officially designated, according to Article LX thereof, as the "Pact of Bogotá".

In conformity with Article 40, paragraph 3, of the Statute of the Court, all States entitled to appear before the Court were notified of the Application.

Pursuant to the instructions of the Court under Article 43 of the Rules of Court, the Registrar addressed to States parties to the Pact of Bogotá the notifications provided for in Article 63, paragraph 1, of the Statute of the Court. In accordance with the provisions of Article 69, paragraph 3, of the Rules of Court, the Registrar moreover addressed to the Organization of American States the notification provided for in Article 34, paragraph 3, of the Statute of the Court.

By an Order dated 29 November 2005, the Court fixed 29 August 2006 and 29 May 2007, respectively, as the time-limits for the filing of the Memorial of Costa Rica and the Counter-Memorial of Nicaragua; those pleadings were duly filed within the time-limits so prescribed.

By an Order of 9 October 2007, the Court authorized the submission of a Reply by Costa Rica and a Rejoinder by Nicaragua, and fixed 15 January 2008 and 15 July 2008 as the respective time-limits for the filing of those pleadings. The Reply and the Rejoinder were duly filed within the time-limits so prescribed.

Referring to Article 53, paragraph 1, of the Rules of Court, the Government of Ecuador and the Government of the Republic of Colombia respectively asked to be furnished with copies of the pleadings and documents annexed in the case. Having ascertained the views of the Parties pursuant to that Article, the Court decided not to grant these requests. The Registrar communicated the Court's decision to the Government of Ecuador and the Government of the Republic of Colombia, as well as to the Parties.

By letter of 27 November 2008, the Agent of Costa Rica expressed his Government's desire to produce five new documents, in accordance with Article 56 of the Rules of Court. By letter of 10 December 2008, the Agent of Nicaragua informed the Court that his Government did not give its consent to the production of the requested documents.

The Court decided, pursuant to Article 56, paragraph 2, of the Rules of Court, to authorize the production of four of the five documents submitted by Costa Rica, it being understood that Nicaragua would have the opportunity, pursuant to paragraph 3 of that Article, to comment subsequently thereon and to submit documents in support of those comments. That decision was communicated to the Parties by letters from the Registrar dated 18 December 2008.

*

Having ascertained the views of the Parties, the Court decided, pursuant to Article 53, paragraph 2, of its Rules, that copies of the pleadings and the documents annexed would be made accessible to the public on the opening of the oral proceedings. Further, in accordance with the Court's practice, the pleadings without their annexes will be put on the Court's website from today.

*

I note the presence at the hearing of the Agents, counsel and advocates of both Parties. In accordance with the arrangements on the organization of the procedure which have been decided by the Court, the hearings will comprise a first and a second round of oral argument.

*

In this first sitting of the first round of oral argument, Costa Rica may, if so required, avail itself of a short extension of time beyond 1 p.m., in view of the time taken up by the earlier public sitting today. The first round of oral argument will close on Friday 6 March 2009. The second

round of oral argument will begin on Monday 9 March 2009 and will close on Thursday 12 March 2009.

*

Costa Rica, which is the Applicant in the case, will be heard first. I now give the floor to His Excellency Mr. Edgar Ugalde-Alvarez, Agent of Costa Rica. You have the floor, Sir.

Mr. UGALDE-ALVAREZ:

1. Mr. President, distinguished Members of the Court, it is a great honour to appear before you as the Agent of Costa Rica. This is the first case involving Costa Rica to be heard before the International Court of Justice. Costa Rica comes to this Court, first, because of our commitment to international law and our trust in the peaceful settlement of disputes. But we also come because repeated diplomatic and other attempts have not brought Nicaragua to respect Costa Rica's rights over the San Juan River. Costa Rica appears before this Court to finally settle a dispute over its navigational and related rights, and has come without preconditions or reservations.

2. The boundary between Costa Rica and Nicaragua was established by the 1858 Cañas-Jerez Treaty of Limits¹. This Treaty allocated the waters of the San Juan to Nicaragua, leaving the boundary on the Costa Rican bank. But at the same time, and in the same article, it recognized important navigational rights for Costa Rica on the common course of the river. The 1858 Treaty followed a series of attempts at negotiating an agreement on these and other questions. It was concluded at a time when there was strong interest in constructing an inter-oceanic canal by way of the San Juan River and Lake Nicaragua; at that time, this route was preferred to that of the Panama Canal. Of course, the inter-oceanic canal along this Costa Rican/Nicaraguan route never eventuated, but this does explain why rights of use and transit on the river were so important to both States. They were also of great concern to the United States, which sought to ensure that the whole route of the canal lay within a single State.

¹Memorial of Costa Rica (MCR), Ann. 7.

3. This is the third time Costa Rica has needed to seek adjudication vis-à-vis Nicaragua to ensure respect for the 1858 Treaty. In 1870 Nicaragua began to challenge the validity of the Treaty. The dispute was referred to arbitration, together with 11 points of interpretation, all raised by Nicaragua in the same attitude of challenging what had been previously agreed. The resulting Award of 1888 by United States President Grover Cleveland affirmed the validity of the 1858 Treaty. It also confirmed and authoritatively interpreted the extent of Costa Rica's rights of use of the river, particularly in respect of revenue service vessels². These rights were further specified by the Central American Court of Justice in 1916 in a case between Costa Rica and Nicaragua³.

4. The rights of navigation and use of the river, formally recognized more than 150 years ago, continue to be vital to my country. The region contains nature reserves and protected areas on both sides of the river. The usual and most practical method of transport for all the riparians of the Costa Rican bank is by boat, including public transport and travel to school or to the market. The river is the only means of transport for the provision of essential social and public services, including health services. It is also used for transportation purposes in the growing tourist industry, as well as helping ensure the protection of nature reserves.

5. Since the 1990s Nicaragua has increasingly imposed serious restrictions on the navigation of Costa Rican vessels on the San Juan. As a result of Costa Rica's commencement of these proceedings, Nicaragua imposed still further restrictions, which in combination with its previous actions, have rendered Costa Rica's rights virtually empty of content. In these proceedings, Nicaragua has denied the existence of most of Costa Rica's rights. It has also argued that it is entitled to regulate Costa Rican navigation to such an extent as to deny the substance of Costa Rica's rights entirely. Every Costa Rican boat navigating on the river has to stop at every Nicaraguan army post. Fees are demanded, visas are demanded, clearance certificates have to be paid for. Officials may not travel on the river at all without prior permission. This is the antithesis of the perpetual freedom of navigation stipulated by the Treaty.

²MCR, Ann. 16.

³MCR, Ann. 21.

6. In these proceedings Nicaragua has made several factual misrepresentations concerning Costa Rica. For example, Nicaragua has suggested that Costa Rica's police are a military force. This is not true. It is well known that the Costa Rican Constitution abolished the army: our only force, both in form and fact, is a civil police.

7. Nicaragua has also alleged that Costa Rica does not care about environmental protection⁴. But Costa Rica has an internationally recognized record in this field. In the 2008 Environmental Performance Index, prepared by the Universities of Yale and Columbia in collaboration with the World Economic Forum and the European Commission, Costa Rica ranked in fifth place, out of 149 countries. Nicaragua, incidentally, ranked 77⁵. More than 26 per cent of Costa Rica's national territory is protected through 166 wildlife protection areas.

8. Despite Nicaragua's breaches of Costa Rica's rights, Costa Rica has met each and every one of its obligations in respect of the San Juan, in so far as Nicaragua has not prevented it. In addition, Costa Rica has actively sought to settle the dispute in a manner consistent with respect for international law. These proceedings were brought *as a last resort* to seek a final and authoritative settlement.

9. Costa Rica comes to the Court acknowledging that Nicaragua has sovereignty over the San Juan. But Nicaraguan sovereignty was granted subject to Costa Rica's rights of navigation, and those Costa Rican rights must be upheld and fully respected.

10. Costa Rica requests that the Court grant appropriate remedies as a consequence of the internationally wrongful acts committed by Nicaragua; these remedies include the cessation of all Nicaraguan conduct which prevents the exercise and enjoyment of Costa Rica's rights on the San Juan, and which also prevents Costa Rica from fulfilling its responsibilities to safeguard, defend and protect the river and the common bay of San Juan del Norte. It is our hope that the decision of the Court will finally settle the dispute so that both Costa Rica and Nicaragua can return to fraternal and friendly relations on all fronts.

11. Mr. President, Members of the Court, let me now outline our programme for today. Mr. Arnaldo Brenes and Mr. Sergio Ugalde will in turn give you the geographical context and

⁴Rejoinder of Nicaragua (RN), 1.14.

⁵<http://epi.yale.edu/home>.

analyse the origin and the scope of the dispute. The remainder of our pleading today will be devoted to explaining Costa Rica's treaty rights, through Professors Caflisch and Kohen.

12. Mr. President, Members of the Court, thank you for your attention. Mr. President, I would ask you to call on Mr. Arnaldo Brenes.

The PRESIDENT: I thank His Excellency, Mr. Edgar Ugalde-Alvarez. I now give the floor to Mr. Arnaldo Brenes.

Mr. BRENES: Mr. President, distinguished Members of the Court, it is a great honour to make my first appearance before you as counsel for Costa Rica.

GEOGRAPHICAL AND HISTORICAL CONTEXT

1. My first task is to introduce the geographical context of this case. Secondly, I will explain the historical reasons for the fact that the entire San Juan River does not constitute the border of Costa Rica and Nicaragua. Finally, I will refer briefly to the issue of the District of Nicoya, over which Nicaragua has spent so much misplaced energy.

Geographical and physical characteristics of the San Juan River

2. Costa Rica and Nicaragua lie in Central America, and share a border of 300 km, of which 141 km are constituted by the natural border of the San Juan River (tab 5 in judges' folder).

3. The San Juan River flows from Lake Nicaragua in a generally eastern direction to the Atlantic side, that is to say, to the Caribbean Sea, at a distance of about 205 km (tab 6 (a) in judges' folder).

4. Apart from Lake Nicaragua, the San Juan is fed mostly by Costa Rican tributaries. These account for approximately 70 per cent of the San Juan's total flow. The San Carlos and Sarapiquí Rivers are the most important tributaries. The San Juan River area is therefore an international basin, and the San Juan River an international river. Nicaragua has sovereignty over the left or northern bank of the river, as well as over the waters, while Costa Rica is sovereign over the right or southern bank of the river where it constitutes the international boundary. Moreover, both the Bay of Salinas at the Pacific and the Bay of San Juan del Norte in the Caribbean are under the sovereignty of both countries (tab 6 (b) in judges' folder).

5. By the early 1860s, the water flow of the lower reaches of the San Juan River was reduced and the port of San Juan del Norte had become silted up. Since that time, the majority of the waters of the San Juan River empties into the Caribbean through the Colorado River. The junction of the San Juan and Colorado Rivers is approximately 19.3 km upstream from the Caribbean. The Colorado River is entirely within Costa Rican territory. In its Rejoinder Nicaragua suggested that it is remarkable that this siltation and partial diversion happened shortly after the signing of the Treaty of Limits⁶. The insinuation is that this was Costa Rica's fault. In fact the immediate cause of this phenomenon, according to a well-known Nicaraguan historian, was an island located where the Colorado meets the San Juan, known as Leefe's Island. The island's cedar trees were cut down in 1857 by a British citizen, who had been granted the island by the Miskito King. In August 1858 the island itself was washed away, silting the San Juan in the direction of the Caribbean⁷. In any event there is absolutely no evidence that the change in flow patterns was caused by Costa Rica.

6. In the San Juan border area, Costa Rica has designated four wildlife refuges, which account for more than 15 per cent of Costa Rica's protected land. Unfortunately, Nicaragua's restrictions on Costa Rican public navigation on the San Juan have made it more difficult to properly monitor the state of these protected lands, since the only access to a great portion of this territory is through the San Juan River (tab 7 in judges' folder).

7. Contrary to Nicaragua's misrepresentations, there are no proper roads that provide access to most of the hamlets, small villages and police posts along the Costa Rican bank of the San Juan River⁸. Neither are there airplane landing strips in this area as Nicaragua claimed⁹, save for the one in Barra del Colorado, which is on the Caribbean coast some 19 km from the Delta area, and completely inaccessible by land from that point. In this regard it must be noted that the affidavit of Nicaraguan Colonel Ricardo Sánchez, which claims that he has "observed that a highway is being

⁶RN, 6.8.

⁷Bolaños Geyer, Alejandro *Campana, rota, camalotes, tumbas y olvido* (Masaya: Encuadernación Luis Gastón Cortés O., 1999), pp. 55-56.

⁸Counter-Memorial of Nicaragua (CMN), 5.2.9; RN, 5.98.

⁹CMN, 5.2.9; RN, 5.98.

built in [Costa Rican] territory, running parallel to the San Juan River”¹⁰, does not reflect the truth (tab 8 in judges’ folder).

8. Nicaragua claimed in its Rejoinder that “[r]oadways, whose construction began prior to 1998, now connect to all of the Costa Rican border and police posts, and facilitate supply and staff relief operations”¹¹. In support of this claim, Nicaragua included in its Rejoinder a map produced by Ecomapas S.A., represented as “a Costa Rican firm”¹².

9. According to Nicaragua, this map “shows, in brown lines, the roads connected to Costa Rica’s three border posts on the San Juan, at Boca San Carlos, Boca Sarapiquí, and Delta”¹³. An initial point is that Ecomapas is a private company and that this is not an official map. It was not possible to trace this company to verify its existence, because the telephone number which appears printed on the map is that of another unrelated party; its name is not listed in the telephone directory, nor does it appear on the internet. Secondly, the road that Nicaragua alleges this map depicts leading to the Delta Border Post¹⁴ does not exist; in fact it corresponds to the Colorado River! The other two lines correspond to tracks which are only accessible during the short dry season, a fact which Nicaragua does not mention (tab 9 in judges’ folder).

The San Juan River during colonial times

10. As I noted earlier, not all of the San Juan River constitutes the boundary between Costa Rica and Nicaragua. The boundary between the countries was determined in Article II of the 1858 Treaty of Limits. Of particular relevance is the first sentence of this Article, which establishes that:

“The dividing line between the two Republics, starting from the Northern Sea, shall begin at the end of Punta de Castilla, at the mouth of the San Juan de Nicaragua river, and shall run along the right bank of the said river up to a point three English miles distant from Castillo Viejo . . .”¹⁵ (Tab 10 in judges’ folder.)

¹⁰CMN, Ann. 91, para. 2, p. 322; CMN, 5.2.9.

¹¹RN, 5.98.

¹²*Ibid.*

¹³*Ibid.*

¹⁴*Ibid.*

¹⁵Costa Rica-Nicaragua Treaty of Limits, 15 April 1858; Memorial of Costa Rica (MCR), Ann. 7 (b).

11. After this point, the San Juan River ceases to be the boundary, and the dividing line runs south of the river and Lake Nicaragua, until it reaches the central point of the common Bay of Salinas in the Pacific.

12. The selection of “the point three English miles distant from Castillo Viejo”, as reference for the limit where the San Juan ceases to be the border, relates back to the Spanish Royal Charter of 29 November 1540 to Diego Gutierrez for the conquest of Cartago, the name by which Costa Rica was known at the time¹⁶. According to this Royal Charter, the territory of the new Province of Cartago extended well to the north, up to the River Aguan west of Cape Camarón in present-day Honduras, and to the west to a point 15 leagues from the Lake of Nicaragua. The Charter also granted Diego Gutierrez a licence to enter and conquer the San Juan River, or the *Desaguadero* as it was known at the time, up to a point 15 leagues from the Lake of Nicaragua. After that point the San Juan was assigned to Nicaragua¹⁷. Furthermore, this Royal Charter established that “the navigation and fishing . . . in said river, and the said fifteen leagues and the lagoon that remain with Nicaragua shall be common” to both provinces¹⁸ (tab 11 in judges’ folder).

13. I should note that the league as a unit of measurement in the Spanish period was about 4.2 km. So the limit referred to in the 1540 Charter was some 63 km from Lake Nicaragua. An English mile is 1.6 km, so the point three English miles from Castillo Viejo is 64 km from Lake Nicaragua. Therefore “the point three English miles distant from Castillo Viejo” nearly coincides with the limit established as “within fifteen leagues of the lagoon of Nicaragua”.

14. According to the 1540 Royal Charter, Costa Rica was not only assigned the territory which included the whole lower portion of the San Juan River, that is, from a point 15 leagues from its source in the lake down to its outlet on the Caribbean, but also a right in common with Nicaragua to use the lake and the entirety of the San Juan, including that part assigned to Nicaragua, for purposes of navigation and fishing¹⁹. The apportionment to Costa Rica of the lower

¹⁶*Capitulación con Diego Gutierrez para la conquista de la Provincia de Cartago*, 29 November 1540; MCR, Ann. 1.

¹⁷*Ibid.*

¹⁸*Ibid.*

¹⁹*Capitulación con Diego Gutierrez para la conquista de la Provincia de Cartago*, 29 November 1540; MCR, Ann. 1.

course of the San Juan and its outlet to the Caribbean was affirmed in Royal Orders issued in 1541²⁰ and 1561²¹.

15. Nicaragua's Counter-Memorial claims that "the 1540 Royal Charter was repealed and substituted by a new Royal Charter given by Emperor Phillip II to Diego de Artieda on 1 December 1573"²². According to Nicaragua, Article 12 of the 1573 Royal Charter "established very clearly that 'the mouth of the Desaguadero (or San Juan River)... belongs to Nicaragua...'"²³. By implication, Nicaragua suggested, the entire San Juan River was assigned to it under this Charter.

16. This claim should be rejected. The original Spanish document does not attribute the mouths of the Desaguadero to Nicaragua. Defining the limits of Diego de Artieda's conquest of Costa Rica, the 1573 Charter reads: "por la parte del Norte, desde las bocas del Desaguadero, que es a las partes de Nicaragua..."²⁴. Literally translated, this means "on the Northern part, from the mouths of the Desaguadero, which *is* in the parts of Nicaragua". The reference to "mouths" is in the plural, while the verb "is", Spanish "es", in the expression "que es a las partes de" is singular: it refers to the Desaguadero, as such, not to its mouths. Nicaragua's translation reads "from the mouths of the Desaguadero, that belong to Nicaragua"²⁵. The Spanish singular "es" is incorrectly translated into the plural, so as to suggest that it refers to the mouths of the Desaguadero instead of the Desaguadero as such (tab 12 in judges' folder).

17. In truth, the Spanish "desde las bocas del Desaguadero, que es a las partes de Nicaragua" had the purpose of referring to the portion of the San Juan that in the 1540 Royal Charter and the 1541 Royal Order had already been assigned to Nicaragua, that is, 15 leagues towards the east from the lake. The 1573 Charter did not establish that the mouths of the San Juan River belonged to Nicaragua, nor did it suggest that the entire San Juan River was Nicaraguan.

²⁰*Real Provision de SS. MM. el Emperador y la Reina Doña Juana sobre los límites de la gobernación de Cartago, y en particular sobre los del Desaguadero ó Rio de San Juan de Nicaragua*, 6 May 1541; MCR, Ann. 2.

²¹*Título de Alcalde Mayor de las Provincias de Nueva Cartago y Costa Rica a favor del Licenciado Juan Cavallon —Límites de estas Provincias*, 17 May 1561; MCR, Ann. 3.

²²CMN, 1.2.1; *Asiento y Capitulación que se tomó con el Capitán Diego de Artieda sobre el descubrimiento y población de la provincia de Costa Rica*, 1 December 1573; CMN, Ann. 86.

²³CMN, 1.2.11.

²⁴CMN, Original Documents deposited with the Registry, Part III, Ann. 86, para. 12.

²⁵CMN, 1.2.10; CMN, Ann. 86 (p. 303).

18. This is confirmed in the 1576 Royal Order of the King of Spain to Diego López, which established a new Province of Lataguzgalpa by segregating its territory from Costa Rica. The limits of Lataguzgalpa were defined by reference to the mouth of the Desaguadero as “the whole land included from the mouth of El Desaguadero to the north up to Cape Camaron . . .”²⁶. If the mouth of the Desaguadero and its entire length was assigned to Nicaragua in 1573, one would expect that the 1576 Order would make reference to Nicaragua in reassigning the mouth of the Desaguadero to Lataguzgalpa. The 1576 Order contains no such reference because the 1573 Charter did no such thing: the province of Lataguzgalpa was created by segregating its territory from Costa Rica (tab 13 in judges’ folder).

19. In 1744, Costa Rica’s territory was described as extending “from the north, from the mouths of the San Juan River until the Shield of Veraguas, at the Kingdom of Tierra Firme . . .”²⁷, which is in present-day Panama. These limits remained unchanged during the eighteenth century. After independence from Spain in 1821 these limits remained: they are reflected in Costa Rica’s 1825 Constitution which included the mouth of the San Juan as its limit to the north²⁸.

20. Relying on its misrepresentation of the 1573 Royal Charter, Nicaragua argues that the “Royal Charter granted to Diego de Artieda in 1573, set the definitive territorial bases for the common border between Nicaragua and Costa Rica until their independence from Spain in 1821”²⁹. Nicaragua further argues that this was the *uti possidetis iuris* that was reflected in Costa Rica’s Constitution of 1825, which included “the mouths of the Desaguadero that belong to Nicaragua”³⁰. It has been shown that these assertions are not true: the 1573 Royal Charter did not assign the mouths of the Desaguadero to Nicaragua, and this was not the *uti possidetis iuris* reflected in Costa Rica’s Constitution of 1825.

21. In any case, the point described in 1540 as 15 leagues east of the Lake of Nicaragua coincides with the point 3 English miles from the Castillo Viejo mentioned in the 1858 Treaty of

²⁶*Real Cédula insertando una contrata para la población que se obligó a hacer el Capitán Diego López, de la Provincia de Lataguzgalpa o Nueva Cartago, en la Guatemala*, 10 February 1576; Reply of Costa Rica (RCR), Ann. 1.

²⁷Report regarding the Province of Costa Rica, presented by Luis Diez Navarro to the Captain General of Guatemala; RCR, Ann. 28.

²⁸MCR, Ann. 193.

²⁹CMN, 1.2.11

³⁰CMN, 1.2.22.

Limits. This confirms that Costa Rica's rights to the use of this portion of the San Juan River, as well as to the Bay of San Juan del Norte, can be traced back at least to 1540.

The issue of Nicoya

22. I turn to my third point, the issue of Nicoya. Nicaragua has repeatedly insisted that the *quid pro quo* for the 1858 Treaty, which balanced Nicaragua's acceptance that Nicoya belonged to Costa Rica, was Costa Rica's acceptance of Nicaragua's sovereignty over the San Juan. Thus it concludes that Costa Rica's navigational rights on the San Juan were of minimal importance and of a very restricted scope³¹. Nicaragua also accuses Costa Rica of "[taking] advantage of a civil war raging in Nicaragua and [annexing] an important part of Nicaragua called Nicoya"³².

23. There is no basis for any of these claims. By the time of the 1858 Treaty, the incorporation of the district of Nicoya into Costa Rica had long been established. On 25 July 1824, by plebiscite, the people of Nicoya freely decided to join Costa Rica³³. This decision was ratified by the Central American Federal Congress in 1825³⁴. Between 1826 and 1854 it was reaffirmed by the people of Nicoya no less than seven times³⁵. This was acknowledged by Nicaragua itself: Nicaragua's Constitution of 8 April 1826 already did not include Nicoya as part of its territory³⁶. Neither did subsequent Nicaraguan constitutions. The 1858 Treaty marked the final acknowledgment by Nicaragua of the decision taken by the people of Nicoya to integrate into Costa Rica, a decision which was ratified by the Central American Federal Congress and recognized long before by Nicaragua itself³⁷. By 1858 Nicoya was not the most relevant matter in the context of the drafting of the Treaty of Limits. Instead, the grant of sovereignty over the San Juan to Nicaragua was set alongside Costa Rica's perpetual right of free navigation, that right of navigation forming an integral part of the object and purpose of the 1858 Treaty, and in particular its Article VI.

³¹CMN, 4.1.5; RN, 1.6.(b), 2.8, 2.82, 3.5, 5.4, and App. xlvi.

³²CMN, Introduction, para. 7.

³³RCR, Ann. 3; RCR, A.17.

³⁴RCR, Ann. 5; RCR, A.17.

³⁵RCR, A.17.

³⁶RCR, Ann. 65; RCR, A.18.

³⁷RCR, A.19.

24. The circumstances of the conclusion of the 1858 Treaty indicate that the right of navigation was central to its object and purpose. The drafting and ratification of the 1858 Treaty was intimately connected with a Canalization Convention between Nicaragua, Costa Rica and Félix Belly³⁸. That Convention, which contrary to Nicaragua's assertion³⁹ was ratified by both countries, expressly provided that the boundary line of the 1858 Treaty would be replaced by the canal once it was constructed, with Costa Rica and Nicaragua as its co-sovereigns⁴⁰. The picture which emerges from the immediate context is that the 1858 Treaty was not only concerned with the settlement of the boundary, but that navigation on the San Juan was of particular importance, especially given the proposals for an inter-oceanic canal. Furthermore, although Nicaragua has suggested that the terms of the agreement reached in the 1858 Treaty were "very significant concessions"⁴¹ towards Costa Rica, in reality the terms of the Treaty were "fully in accordance"⁴² with the instructions given to the Nicaraguan negotiator, Mr. Máximo Jerez.

Conclusion

25. Mr. President, Members of the Court, it has been shown that throughout its written pleadings Nicaragua has devoted a great deal of time and energy mischaracterizing the early history of both countries, and particularly insisting on the relevance of the issue of Nicoya. In so doing, Nicaragua has attempted to distract the Court from the main issues in the present proceedings. The main questions before this Court are Costa Rica's navigational and other rights on the San Juan River, established in the 1858 Treaty of Limits, and Nicaragua's unlawful interference with them.

26. I thank you for your attention. Mr. President, may I ask you now to call on Mr. Sergio Ugalde.

³⁸MCR, Ann. 8; RCR Ann. 12. See also F. Belly, *A Travers L'Amérique Centrale: le Nicaragua et le Canal Interocéanique*, Tome Second (Paris: Librairie de la Suisse Romande, 1867), pp. 150-165, RCR, Ann. 66.

³⁹RN, App. xxiii, xxiv and xxxiii.

⁴⁰RCR, Ann. 12, Arts. 4, 25. See also Cyril Allen, *France in Central America: Félix Belly and the Nicaraguan Canal* (Pageant Press Inc.: New York, 1966) at pp. 37-38.

⁴¹CMN, Introduction para. 9; see also CMN, para. 2.1.37; RN, 2.19 and 2.103; RN, App. xxiv.

⁴²Decree issued on 26 April 1858 by Tomás Martínez, President of Nicaragua, ratifying the 1858 Treaty of Limits, MCR, Ann. 207, p. 53.

The PRESIDENT: I thank Mr. Arnaldo Brenes for his presentation. I now give the floor to Mr. Sergio Ugalde.

Mr. UGALDE:

HISTORY AND EXTENT OF THE DISPUTE

Introduction

1. Mr. President, distinguished Members of the Court, it is an honour to appear before you as counsel for Costa Rica in these proceedings. It is my task to give the Court an overview of the history of the dispute and to outline its extent. I will also examine certain evidence relied upon by Nicaragua.

History of the dispute

2. I turn to my first point. Prior to 1980, apart from occasional and sporadic incidents, Costa Rica exercised its perpetual right of free navigation on the San Juan River without interference. At the outset of the Nicaraguan Civil War of the 1980s, there were certain incidents⁴³, including the shooting at a Costa Rican Ministry of Health boat in 1980⁴⁴ and several incidents against Costa Rican vessels transporting tourists in 1982⁴⁵. These actions were carried out by the Sandinista army. The Nicaraguan conflict resulted in more than 100,000 dead, and nearly 1 million people displaced, most of them as refugees in Costa Rica. As a result of the Nicaraguan Civil War Costa Rica was forced to suspend all navigation on the San Juan River, at a high cost to businesses and government, but particularly to the inhabitants of the region, who were forced to leave.

3. After peace returned in the late 1980s, communities and businesses began to repopulate the northern region of Costa Rica. Tourism started to pick up again, and by 1994 it had grown to

⁴³MCR, paras. 3.04-3.20.

⁴⁴MCR, para. 3.05.

⁴⁵MCR, para. 3.06.

the point where the number of tourists being transported through the San Juan River was in the hundreds per month⁴⁶.

4. It was during the 1990s that Nicaragua first began to systematically and progressively disregard Costa Rica's rights, a policy continued to the present day, and which has been further intensified and compounded since Costa Rica filed these proceedings before the Court.

5. In 1994 Nicaragua first began to impose charges on passengers navigating the San Juan River on Costa Rican vessels⁴⁷. It was also at this time that Nicaragua first proposed its new interpretation of the Treaty of Limits of 1858 regarding navigation for purposes of commerce⁴⁸. Then Nicaragua seriously aggravated the dispute on 14 July 1998. On that date it communicated its unilateral decision prohibiting navigation by Costa Rican police on the San Juan. This decision was communicated by a low-ranking Nicaraguan army soldier at a Costa Rican police post at the common border⁴⁹.

6. Nicaragua first justified the prohibition because Costa Rican police were navigating carrying their service arms⁵⁰. Prior to 14 July 1998, Costa Rican armed public vessels had navigated on the San Juan in the exercise of treaty rights of navigation. Two weeks after the prohibition, Nicaragua's Minister of Defence and Costa Rica's Minister of Government, Police and Public Security signed the Cuadra-Lizano Joint Communiqué⁵¹, which confirmed the long-standing practice of Costa Rican police navigation with arms and laid down modalities for its continuation⁵². The Cuadra-Lizano Joint Communiqué was subsequently declared null and void by Nicaragua⁵³, a declaration which has never been accepted by Costa Rica⁵⁴.

⁴⁶RN, Vol. 2, Ann. 73, p. 455.

⁴⁷MCR, Vol. 5, Ann. 126.

⁴⁸MCR, Vol. 3, Ann. 48.

⁴⁹MCR, Vol. 6, Ann. 240.

⁵⁰MCR, Annexes, Vol. 5, Ann. 133; see CMN, para. 1.3.44.

⁵¹MCR, Vol. 2, Ann. 28.

⁵²*Ibid.*

⁵³CMN, paras 3.2.11-12; CMN, Vol. 2, Ann. 68.

⁵⁴MCR, Vol. 3, Ann. 50.

7. Recently Nicaragua has offered a new justification of its prohibition of police navigation. It argues that the dispute was triggered by Costa Rican police detaining Nicaraguans on the San Juan⁵⁵.

8. In support of this new argument, Nicaragua presented an affidavit by General Francisco Talavera⁵⁶. His affidavit, which refers to alleged detentions by Costa Rican police officers on the river, does not provide any detail: it does not state the name of the Nicaraguans detained, the date, the time or location of the detention; nor does it specify the Costa Rican officials involved. General Talavera's is one of a number of affidavits annexed to Nicaragua's Rejoinder, even though all of the alleged incidents referred to in those affidavits occurred long before Nicaragua submitted its Counter-Memorial. None of these affidavits is supported by a single piece of documentary evidence.

9. In the time available and given that this evidence was only produced by Nicaragua at the last gasp, Costa Rica is significantly disadvantaged from a procedural point of view. But it has been able to provide the Court with affidavit⁵⁷ and documentary evidence which shows, by way of example, that Nicaragua's affidavit evidence is not reliable. General Talavera claims that "[u]pon assuming [his] responsibilities as Chief of the Southern Military Detachment" — on 29 October 2007 — he "had a meeting at [his] headquarters in San Carlos with [his] Costa Rican counterpart, Colonel Walter Navarro Romero"⁵⁸. General Talavera also alleges that during the month of June 1998, "the Costa Rican *Guardia civil* . . . began to intercept Nicaraguan vessels carrying Nicaraguan passengers in Nicaraguan waters, based on the suspicion that they were planning to enter Costa Rica illegally"⁵⁹. He states that on 7 July 1998, "a Nicaraguan boat, carrying the Minister of Tourism, was intercepted by two Costa Rican *Guardia Civil* boats" who "attempted to order the boat to detain its travels in order for the vessel to be searched"⁶⁰.

⁵⁵RN, paras. 5.85-5.91.

⁵⁶RN, Vol. 2, Ann. 78.

⁵⁷Ann. IV to letter filed 27 Nov. 2008.

⁵⁸RN, Vol. 2, Ann. 78, p. 491.

⁵⁹*Ibid.*, p. 492.

⁶⁰*Ibid.*, p. 492.

10. In fact, at the time the first alleged meeting took place Mr. Navarro was not the Director of the Costa Rican Public Force, nor was he holding any post within the Costa Rican police; he was on leave without pay⁶¹. This statement is confirmed by documentary evidence in the form of the Decree of Appointment, dated 9 May 1998, which appointed him Director of the Costa Rican Public Force⁶² — more than half a year after he supposedly met with General Talavera⁶³. In respect of General Talavera's claims that the Costa Rican police started detaining Nicaraguan citizens on the San Juan, Mr. Navarro denies any such practice, stating emphatically that General Talavera's claims are "absolutely false"⁶⁴. Mr. Navarro notes further that "the Nicaraguan Government never issued any formal protest nor did any Nicaraguan citizen . . . ever formalize any judicial claim" in respect of this alleged practice⁶⁵. Surely there would be documentary evidence of protests of what would have been serious incidents on the San Juan. Yet no such evidence has been produced. It is unfortunate that Costa Rica was not able to respond to these Nicaraguan affidavits in a more comprehensive way, but the evidence Costa Rica has been able to produce in the short time available demonstrates that these Nicaraguan affidavits are unreliable.

11. Furthermore Nicaragua's own account of this alleged incident concerning the Minister of Tourism is conflicting. In its Counter-Memorial, Nicaragua stated that "despite Nicaragua's withdrawal of permission, in 1998 the Ministry of Tourism of Nicaragua discovered a heavily armed Costa Rican patrol navigating on the lower San Juan River without permission from Nicaragua . . ."⁶⁶. However, in its Rejoinder it states that the "last straw" which compelled it to prohibit Costa Rican police navigation was the attempted detention by Costa Rican police of the boat transporting the Minister of Tourism⁶⁷. The Counter-Memorial had made no mention of any such incident; but by the time of the Rejoinder, seemingly the situation had deteriorated: the Costa Rican police had retrospectively attempted to arrest a Nicaraguan Minister! Once again, if

⁶¹Ann. IV to letter filed 27 November 2008, para. 2.

⁶²Ann. V to letter filed 27 November 2008.

⁶³RN, Vol. 2, Ann. 78, p. 491.

⁶⁴Ann. IV to letter filed 27 November 2008, para. 3.

⁶⁵Ann. IV to letter filed 27 November 2008, para. 5.

⁶⁶CMN, para. 6.1.11.

⁶⁷RN, para. 5.89, p. 272.

Costa Rican police had attempted to board the boat carrying the Nicaraguan Minister of Tourism on the river, there would have been an immediate and strenuous protest Note from Nicaragua. There is no such Note, because this incident never happened.

12. To bolster its claim that there was a Costa Rican practice of detaining Nicaraguans on the San Juan, Nicaragua misrepresents a report dated 18 December 1998⁶⁸, which it claims showed that Costa Rican police had detained four Nicaraguan citizens on the river⁶⁹. The report clearly shows that this incident occurred at “Post Delta #13 at Boca Tapada, Pital, San Carlos”⁷⁰, which, as you can see on this map, is located some 25 km inland from the San Juan River, inside Costa Rican territory. This incident provides no support at all for Nicaragua’s unsubstantiated claim that the dispute originated in a Costa Rican practice of detaining Nicaraguans on the San Juan.

13. In addition, the Cuadra-Lizano Joint Communiqué, signed on 30 July 1998, made no reference at all to Costa Rican police detaining Nicaraguans on the river. One would expect that if this alleged practice was the true cause of the dispute, it would have been referenced either in the Agreement or in letters of protest. No such documents exist, because there was no such practice.

Efforts by Costa Rica to resolve the dispute

14. Immediately after Nicaragua’s prohibition of Costa Rican police navigation in July 1998, Costa Rica sought to resolve the dispute diplomatically. At the outset, there were several high-level contacts, which resulted, as I have said, in the Cuadra-Lizano Joint Communiqué⁷¹. Under the circumstances, Costa Rica found the Agreement reached in the Communiqué acceptable. It affirmed Costa Rica’s treaty right of navigation with public vessels and allowed for a good working relationship with Nicaragua. It provided for Nicaragua to be informed about Costa Rican police navigation, without detracting from Costa Rica’s right to navigate freely and without interference. Despite the balance which the Communiqué achieved, Nicaragua decided to declare

⁶⁸MCR, Vol. 6, Ann. 227, p. 963.

⁶⁹RN, para. 5.88.

⁷⁰MCR, Vol. 6, Ann. 227, p. 963.

⁷¹MCR, Vol. 2, Ann. 28.

it null and void 11 days after it was signed, justifying this decision on the basis that “[p]ublic opinion was overwhelming against [implementation]” of the Agreement⁷².

15. Despite this setback, Costa Rica has continued to seek every opportunity to resolve the dispute peacefully. Costa Rica suggested numerous options, including mediation by the Organization of American States⁷³, arbitration, or referral to a chamber of this Court⁷⁴. None of these proposals were accepted; instead Nicaragua responded by imposing further restrictions on Costa Rican navigation on the San Juan.

16. On 23 October 2001, in an attempt to avoid accountability for its breaches of Costa Rica’s rights, Nicaragua presented a reservation to its optional clause declaration. This reservation purported to exclude the jurisdiction of the Court in cases based on the interpretation of treaties or awards made before 31 December 1901⁷⁵. This was clearly intended to exclude the possibility of a case being brought by Costa Rica, which would involve consideration of the Treaty of Limits and the Cleveland Award⁷⁶.

17. In 2002 Costa Rica still believed that a diplomatic solution could be obtained, prompting an agreement that would “freeze” the dispute for a period of three years⁷⁷, so that newly-elected Governments of each State could seek a bilateral solution. Unfortunately no resolution could be found. Under these circumstances, Costa Rica concluded that it had no alternative but to institute the present proceedings in the hope of a final and lasting solution⁷⁸.

18. Since Costa Rica filed the present Application, Nicaragua has demonstrated further hostility. On the day the Costa Rican Foreign Minister wrote to his Nicaraguan counterpart informing him of Costa Rica’s decision to present this case to the Court⁷⁹, a Nicaraguan Presidential Decree entitled “The Government of Nicaragua will not allow Armed Navigation of Foreign Forces in Nicaraguan Territorial Waters” was approved. This decree, *inter alia*, mandated

⁷²RN, para. 5.94.

⁷³MCR, para. 3.36; MCR, Vol. 3, Ann. 60 and MCR, Vol. 5, Ann. 156.

⁷⁴MCR, para. 3.47.

⁷⁵MCR, Vol. 6, Ann. 231.

⁷⁶MCR, Vol. 6, Ann. 232.

⁷⁷MCR, para. 3.44; MCR, Vol. 2, Ann. 29.

⁷⁸MCR, Vol. 3, Ann. 80.

⁷⁹*Ibid.*

an increased presence on the San Juan by the Nicaraguan army and authorized the army to engage in a number of aggressive actions directed at Costa Rican police navigation on the river⁸⁰. This decree clearly breached Article 9 of the Treaty of Limits, which provides that neither State “shall be allowed to commit any act of hostility against the other, whether in the port of San Juan del Norte, or in the San Juan river, or the Lake of Nicaragua”⁸¹. In its Rejoinder, Nicaragua accused Costa Rica of making “much fuss” about this Decree⁸². However, Costa Rica was understandably concerned given Nicaragua’s history of firing at Costa Rican vessels navigating the river⁸³. Nicaragua claimed that Costa Rica had omitted preambular paragraphs which “explain the motives for the decree”⁸⁴. But Costa Rica reproduced the entire Decree in its Memorial⁸⁵; indeed Nicaragua used Costa Rica’s own translation of the very paragraphs it accuses Costa Rica of omitting⁸⁶! Furthermore, those paragraphs do not provide any legitimate justification for this retaliatory Decree.

19. But Nicaragua did not stop there. Nicaraguan Colonel Ricardo Sanchez Mendez admitted that in 2005 Nicaragua intensified measures against Costa Rican navigation⁸⁷, requiring all Costa Ricans to obtain a visa to navigate on the San Juan⁸⁸ and requiring Costa Rican vessels to fly a Nicaraguan flag on the San Juan⁸⁹. The visa was established as a substitute for a proposed tax on Costa Rican imports which was sought by the Nicaraguan Parliament⁹⁰. The Nicaraguan Foreign Minister explained in 2005 the rationale for the change of plans about how to best punish Costa Rica. He stated that

⁸⁰RCR, Vol. 2, Ann. 69 (decree); MCR, Vol. 5, Anns. 182 and 183 (press reports).

⁸¹MCR, Vol. 2, Ann. 7 (b), p. 51.

⁸²RN, para. 5.31.

⁸³MCR, paras 3.05 and 3.19.

⁸⁴RN, para. 5.31.

⁸⁵RCR, Vol. 2, Ann. 69.

⁸⁶RN, para. 5.31.

⁸⁷RN, Vol. 2, Ann. 77, p. 488.

⁸⁸RN, para. 4.90; RCR, Vol. 2, Ann. 70.

⁸⁹MCR, paras 5.83 – 5.91; CMN, para. 5.3.3

⁹⁰Application by Costa Rica, Attachment 7.

“We have to see what measures can be taken based on other points of view so it is not interpreted that we want to punish the Court for having accepted the case. What we could achieve with measures like [the Patriotic Tax] is to make the Court hostile.”⁹¹

This statement was followed by an explanation by the Minister on the implementation of a visa instead, which would serve to pay the fees of Nicaragua’s counsel in these proceedings. The Presidential Decree, which imposed the visa requirement, even made direct reference to the case filed by Costa Rica. The Decree states that:

“The proceeds from the consular visa paid by Costa Ricans . . . will be allotted to the Ministry of Foreign Affairs as income . . . to pay for the expenses incurred in the defence before the International Court of Justice . . . for the case filed by . . . Costa Rica, in connection with navigation in the San Juan . . .”⁹²

20. Thus, the dispute was aggravated by Nicaragua’s retaliatory actions in response to Costa Rica seeking a peaceful resolution before the Court.

Extent of the dispute

21. I now turn to my second point. Subsequent to Nicaragua’s prohibition of Costa Rica’s police navigation, Nicaragua has systematically toughened existing restrictions and imposed further restrictions which affect all Costa Rican navigation on the San Juan River. In response to Costa Rica’s filing of the present Application, Nicaragua has imposed other sanctions, including the requirement that Costa Ricans obtain a visa⁹³; a prohibition on Costa Rican riparians engaging in subsistence fishing⁹⁴; the recent decision to compel Costa Rican government officials to write letters requesting Nicaraguan permission to navigate the San Juan⁹⁵; the imposition of restrictions on what Costa Rican towns Costa Rican travellers may visit⁹⁶; and even restrictions on the amount of time they may stay in a riparian community in Costa Rican territory⁹⁷.

22. To summarize, Nicaragua’s breaches of Costa Rica’s rights include, but are not limited to:

⁹¹MCR, para. 5.59; MCR, Vol. 5, Ann. 184.

⁹²RCR, Vol. 2, Ann. 70, Art. 1, p. 352.

⁹³RN, para. 4.90.

⁹⁴MCR, para. 5.142; RCR, para. 4.57.

⁹⁵RCR, Vol. 2, Anns. 55, 56, 57.

⁹⁶RCR, para. 4.42; RCR, Vol. 2, Ann. 53.

⁹⁷RCR, para. 4.44; RCR, Vol. 2, Ann. 52.

- the imposition of an obligation to land on the Nicaraguan bank and pay for a “departure clearance certificate”;
- the imposition of other charges including tourist and immigration fees merely for transiting the river;
- searches of Costa Rican vessels and their passengers without any cause;
- a prohibition of navigation by Costa Rican police and restrictions on navigation by public service workers, with serious implications for the provision of health and social services and education to the riparians;
- an obligation to stop at every military post along the river where the navigation is common;
- timetables restricting Costa Rican navigation;
- limitations on the places on Costa Rican territory which can be visited while navigating the San Juan and limitations on the duration of those visits;
- limitations on free access to the Bay of San Juan del Norte;
- a requirement to fly the Nicaraguan flag when navigating on the San Juan;
- a requirement to carry a passport and a Nicaraguan visa to navigate on the San Juan; and
- a prohibition of fishing in the river for subsistence purposes, as a retaliatory measure for Costa Rica resorting to this Court.

Conclusion

23. Mr. President, Members of the Court, the history of the dispute confirms that the successive actions taken by Nicaragua have the ultimate purpose of suppressing altogether Costa Rica’s rights, or at least, restricting them to the extent that they are rendered meaningless.

24. I thank you for your attention. Mr. President, I would ask you to call on Professor Caflisch.

The PRESIDENT: I thank Mr. Sergio Ugalde for his presentation. I am going to give the floor to Professor Caflisch. Professor Caflisch, before you start, given the time factor and given the long presentation that you are going to give to us, you might choose a point where you would like to have a very brief coffee break. Thank you.

M. CAFLISCH : Thank you.

LES DROITS CONVENTIONNELS DU COSTA RICA PLACÉS DANS LEUR CONTEXTE JURIDIQUE

Introduction

1. Monsieur le président, Messieurs les juges, je suis très sensible au privilège de pouvoir comparaître, pour la première fois, devant votre haute juridiction. Au cœur de l'affaire qui est devant vous aujourd'hui se trouve le traité Cañas-Jerez conclu entre le Costa Rica et le Nicaragua le 15 avril 1858. L'article VI de ce texte dispose que le Nicaragua exercera souveraineté et juridiction sur les eaux du fleuve San Juan, de sa sortie du lac Nicaragua jusqu'au point où il se jette dans la mer. Cette affirmation est suivie d'une restriction d'après laquelle

«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 trois milles anglais de Castillo Viejo, aux fins du commerce 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»⁹⁸.

2. La navigation en question est commune sur la partie du fleuve en aval du point mentionné à l'article VI du traité. De plus, ce n'est pas seulement de navigation pour accéder à la mer qu'il s'agit, comme semble le penser la Partie adverse⁹⁹, mais aussi de navigation avec le Nicaragua et de navigation intérieure au Costa Rica, par exemple le trajet San Carlos-San Juan-Sarapiquí. L'article VI du traité continue en disposant que les embarcations des deux pays peuvent accoster, comme elles l'entendent, sur chaque banc du fleuve San Juan, dans la partie où la navigation est commune ; et aucune taxe ne peut être prélevée, sauf avec le consentement des deux gouvernements.

3. L'article VI est loin d'être la seule disposition du traité se rapportant au San Juan. En effet, l'article IV prévoit que les eaux situées à l'un ou à l'autre bout de la frontière — dans les baies de Salinas (à l'ouest) et de San Juan del Norte (à l'est) — appartiennent en commun aux deux nations. Cela explique — et je cite l'article IV — pourquoi «les avantages découlant de leur

⁹⁸ Texte anglais : «but the Republic of Costa Rica shall have the perpetual right of free navigation on the said waters, between the said mouth and the point, three English miles distant from Castillo Viejo, said navigation being for the purposes of commerce either with Nicaragua or with the interior of Costa Rica, through the San Carlos river, the Sarapiquí, or any other way proceeding from the portion of the bank of the San Juan river, which is hereby declared to belong to Costa Rica».

⁹⁹ Duplique du Nicaragua (DN), vol. I, 1.6.f, 1.10, 2.17, 3.16, 3.19, 3.20, 3.52, 3.93, 3.96, 4.3, 4.8, 4.9.

utilisation autant que l'obligation de les défendre sont communs aux deux Etats». Ceux-ci doivent participer de façon égale à la défense du fleuve en cas d'agression extérieure avec toute l'efficacité possible («con toda la eficacia que estuviese a su alcance»); le Costa Rica a ainsi l'obligation de contribuer à la protection et sauvegarde du San Juan.

4. A l'article VIII du traité, le Nicaragua s'engage à recueillir l'avis du Gouvernement costa-ricien avant de souscrire à de nouveaux arrangements concernant des contrats de canalisation ou de transit. C'est précisément le non-accomplissement de ce devoir, plus de cinquante ans plus tard, qui a obligé le Costa Rica à saisir la Cour de justice centraméricaine (CJCA).

5. D'après la Partie adverse, le traité Cañas-Jerez est un traité de paix et de délimitation¹⁰⁰. Il aurait pour objet principal sa souveraineté sur le fleuve, les droits de navigation du Costa Rica étant situés à l'arrière-plan, ces droits n'ayant pas le caractère de contreprestation par rapport à la souveraineté. Le vrai échange de prestation et de contreprestation serait, toujours selon la Partie adverse, la souveraineté du Nicaragua sur le fleuve contre sa reconnaissance de la souveraineté du Costa Rica sur la province de Nicoya.

6. Cette argumentation vise à réduire la dimension du droit de navigation du Costa Rica prévu à l'article VI du traité : ce droit serait *subordonné* à la souveraineté du Nicaragua sur les eaux et le lit du fleuve, ce qui signifierait que l'Etat défendeur jouirait d'une grande liberté dans l'interprétation et l'application du droit.

7. La thèse de la Partie adverse — échange entre la souveraineté sur le cours d'eau et reconnaissance de la souveraineté sur Nicoya — paraît peu convaincante (en effet, pourquoi le Costa Rica ferait-il un pareil sacrifice pour une souveraineté acquise depuis longtemps ?). La thèse qui voit dans la souveraineté nicaraguayenne sur le fleuve l'élément principal du traité de 1858, le droit de la navigation étant purement accessoire, ne convainc pas davantage. Comme le montre la description que je viens de faire de l'accord de 1858, on ne se trouve pas devant un simple traité qui, au terme d'un conflit, arrête une frontière ; c'est d'un véritable *régime* frontalier et fluvial qu'il s'agit : tracé de la frontière sur la berge costa-ricienne, droits de navigation communs sur une partie du cours d'eau et droit de débarquer des deux côtés du fleuve, *condominia* sur les baies à l'un et

¹⁰⁰ *Ibid.*, vol. I, 2.46.

l'autre bout de la frontière, défense commune du fleuve, interdiction d'accomplir des actes hostiles dans le port de San Juan del Norte, sur le fleuve ou sur le lac Nicaragua en cas de guerre entre les riverains, devoir, enfin, de consultation en cas de travaux de canalisation. Un tel régime est incompatible avec l'argument de la Partie adverse, qui veut minimiser le statut concédé au Costa Rica pour l'utilisation et la gestion du fleuve et qui vise surtout à minimiser un droit de navigation qui, depuis un certain temps, se contracte comme une peau de chagrin et se transforme en un droit purement nominal, une enveloppe vide, en somme. Or l'article VI du traité de 1858 et le contexte dans lequel il est placé montrent que c'est d'un véritable *droit*, d'un droit *effectif* qu'il s'agit, et non d'un «droit» dont les contours seraient déterminés par une seule Partie, le Nicaragua. Par droit *effectif*, il faut entendre un droit susceptible d'être exercé sans entraves, sans égard aux états d'âme du Nicaragua ; d'un droit conventionnel donc qui ne consiste pas en des privilèges susceptibles d'être modifiés ou annulés unilatéralement au gré du pays qui détient la souveraineté sur les eaux et le lit du fleuve. Monsieur le président, j'aimerais maintenant dire quelques mots sur le traité Cañas-Jerez en tant que régime fluvial.

Le traité Cañas-Jerez en tant que régime fluvial

8. Monsieur le président, Messieurs les juges, les limites fluviales à la rive sont des frontières naturelles de caractère linéaire ; elles sont relativement précises, surtout si l'instrument qui les arrête précise le niveau des eaux à prendre en compte pour les fixer. Elles permettent au territoire de chaque Partie d'être contigu au cours d'eau ; mais une seule Partie détient la souveraineté sur les eaux et le lit du fleuve. L'autre Partie, en l'espèce le Costa Rica, est condamnée au rôle de spectateur si aucun ajustement n'intervient.

9. S'agissant de cours d'eau *non navigables* — comme le Doubs et le Foron sur une partie de la frontière franco-suisse —, cela signifie que l'utilisation du fleuve est réservée à l'un des riverains, à moins que le traité pertinent ne modifie ce résultat.

10. Les cours d'eau *navigables* présentent des difficultés comparables, qui peuvent être surmontées par des moyens analogues — des accommodements attribués à l'Etat dont la rive forme la frontière, par exemple la stipulation d'un droit «perpétuel» de libre navigation, comme dans la présente affaire. Si aucun ajustement de ce type n'intervient, des conflits risquent d'éclater. Ainsi

les armes ont parlé, on le sait, entre l'Iran et l'Iraq à propos du Chatt-el-Arab, dont la plus grande partie, comprenant le *thalweg* principal du cours d'eau, avait été attribuée à l'Iraq par le traité de frontière de 1937. Ce traité ayant été unilatéralement «abrogé» par l'Iran en 1969, un nouvel accord fut conclu en 1975 qui fixa la frontière au *thalweg*. Malheureusement, cette nouvelle frontière devint, à son tour, en 1980, la victime d'une abrogation unilatérale, cette fois par l'Iraq. Il semble qu'à présent la frontière de 1975 — celle du *thalweg* — soit à nouveau applicable entre les deux Etats¹⁰¹. On mentionnera, enfin, la frontière à la rive dont il s'agit dans la présente affaire, encadrée par le régime conventionnel que l'on sait.

11. En faisant ces quelques observations générales sur la limite à la rive, j'ai voulu démontrer que cette technique de délimitation est relativement ancienne, qu'elle est inique dans son principe si elle n'est pas accompagnée de tempéraments *effectifs* offerts au riverain désavantagé, et qu'elle est apte à générer contestations et conflits. Disons-le clairement : dans la présente affaire, le Costa Rica ne cherche à provoquer ni les unes ni les autres. Il cherche à faire respecter l'équilibre établi en 1858, et à rétablir l'effectivité d'un droit de navigation malmené au cours de ces dernières années. Il ne recherche aucun changement de l'ordre existant, mais à obtenir ce à quoi il a droit.

12. On en vient ainsi à *conclure* que l'instrument de 1858 n'est pas un simple traité de *délimitation de frontières*, mais un instrument établissant un *véritable régime frontalier*. Si l'un des Etats se voit attribuer la souveraineté territoriale sur le cours d'eau, l'autre y jouit d'un droit perpétuel de libre navigation «aux fins du commerce» ; il s'agit donc d'une souveraineté qui *comporte des limites*.

13. Pour ce qui est du droit de navigation lui-même, rien ne permet d'affirmer qu'il est *subordonné* à la souveraineté du Nicaragua. S'il est vrai que le droit de navigation fait lui-même l'objet de limitations, il n'en découle aucune nécessité de donner à ce droit une interprétation soit restrictive soit extensive. Et même s'il existait une règle suivant laquelle les restrictions à la souveraineté (ici territoriale) s'interprètent restrictivement, il serait douteux qu'elle soit applicable à l'espèce. Je reviendrai sur ce point à la fin de mon intervention.

¹⁰¹ C. Symmons, «L'échange de lettres de 1990 entre l'Iraq et l'Iran : Un règlement définitif du différend et du conflit?», *Annuaire français de droit international*, vol. 36, 1990, p. 229-247.

14. La garde du fleuve est confiée aux deux Etats ; la voie navigable commune débouche sur une baie — celle de San Juan del Norte — qui forme un *condominium* ; c'est l'article IV qui nous le dit. Et, si le Nicaragua, détenteur de la souveraineté territoriale, devait s'aviser de construire ou faire construire un canal qui se substituerait à la voie navigable naturelle, il devrait recueillir l'avis de l'autre Etat concerné, le Costa Rica ; c'est l'article VIII qui nous le dit.

15. Au cours de son histoire, ce régime semble être devenu gênant et irritant pour le Nicaragua, qui s'est mis à mettre en doute sa validité (cette sorte de doutes semble être une spécialité de nos voisins du nord) et à se poser des questions sur le régime de la navigation du fleuve. Ces doutes et questions ont abouti à la conclusion de la convention du 24 décembre 1886 pour déterminer par l'arbitrage la validité du traité de frontières de 1858¹⁰², puis à la sentence arbitrale du président Cleveland du 2 mars 1888¹⁰³.

La sentence du président Cleveland

16. Monsieur le président, Messieurs les juges, je me tourne maintenant vers la sentence arbitrale rendue en 1888 par le président Cleveland. Le mandat confié à l'arbitre portait en premier lieu sur les doutes éprouvés par le Nicaragua au sujet de la validité du traité de 1858. Si celui-ci devait être jugé valable — ce qu'il fut —, la deuxième question était celle de savoir si le Costa Rica était en droit de faire circuler des navires de guerre sur le fleuve San Juan. A cette seconde question, l'arbitre répond ceci :

«la République du Costa Rica, en vertu dudit traité et des dispositions de son article VI, n'a pas le droit de naviguer sur le fleuve San Juan avec des bateaux de guerre, mais elle peut naviguer sur ledit fleuve avec des bateaux du service des douanes dans l'exercice du droit d'usage de ce fleuve «aux fins du commerce» que lui reconnaît ledit article, ou dans les cas nécessaires à la protection de ce droit d'usage».

17. L'arbitre examine ensuite onze autres questions soulevées par le Nicaragua, dont certaines — et les réponses qui s'y rapportent — peuvent intéresser ici.

18. Les questions 4 et 5 touchent au point de savoir si le Costa Rica est tenu de participer aux frais encourus pour maintenir ouverte la baie de San Juan del Norte. M. Cleveland répond par la négative.

¹⁰² Mémoire du Costa Rica (MCR), vol. 2, annexe 14.

¹⁰³ *Ibid.*, annexe 16.

19. La sixième question portait sur le droit du Nicaragua de procéder à la construction d'ouvrages d'assainissement sur le fleuve. L'arbitre exposa que le Nicaragua avait effectivement ce droit, en précisant toutefois : i) que les ouvrages en question ne devaient pas causer d'atteinte au territoire du Costa Rica, ni causer de dommages à ce territoire et, ii) que ces ouvrages ne devaient pas rendre impossible ou sérieusement affecter la navigation sur le fleuve ou les branches de celui-ci à un endroit quelconque où le Costa Rica jouissait de droits de navigation.

20. La huitième question concernait la déviation d'eaux du San Juan. Selon M. Cleveland, le Costa Rica pouvait s'opposer à de tels prélèvements si cela risquait de mettre fin ou de porter une sérieuse atteinte à la navigation sur le fleuve ou sur une branche quelconque de celui-ci où le Costa Rica était en droit de faire naviguer ses embarcations.

21. Les questions 10 et 11 avaient trait aux droits du Costa Rica au cas où le Nicaragua accorderait des concessions pour construire un canal à travers son territoire — hypothèse qui se réalisera un quart de siècle plus tard avec le traité Bryan-Chamorro. L'arbitre constate que le Nicaragua ne peut accorder de telles concessions sans préalablement solliciter l'avis du Costa Rica, conformément à ce qui est prévu à l'article VIII du traité Cañas-Jerez. Et cet avis n'est pas purement «consultatif». Le consentement du Costa Rica est nécessaire, et celui-ci peut demander une indemnisation. Il ne peut pas, en revanche, demander à partager les profits que le canal apportera au Nicaragua¹⁰⁴.

22. La sentence arbitrale de 1888 confirme ce qui a été dit sur la nature du traité de 1858, à savoir : i) qu'il ne s'agit pas d'un simple traité de délimitation de frontières, mais d'un accord établissant un véritable *régime* du fleuve San Juan ; ii) qu'il n'y a aucune *subordination* du droit à la navigation du Costa Rica à la souveraineté territoriale du Nicaragua ; iii) que, vu cette absence de hiérarchie et la protection dont l'arbitre entoure le droit de navigation, il est évident qu'il s'agit d'un droit *effectif* qui ne peut être interprété au gré du seul souverain territorial.

23. Toujours à propos de la navigation, on notera que l'arbitre, vu la teneur de l'article VI et sans doute aussi dans le but de prévenir incidents et conflits, exclut la navigation de «navires de guerre» costa-riens. «Navires de guerre», dit l'arbitre, et «navires de guerre» est ce qu'il entend

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 100.

dire. La Partie adverse semble penser que tout ce qui porte des armes et qui bouge dans un fleuve est un navire de guerre et doit être banni du cours d'eau, y compris les modestes embarcations du service fiscal du Costa Rica dont vous voyez projetés quelques spécimens¹⁰⁵. Selon l'arbitre, ces embarcations ont le droit de circuler sur le fleuve dans la mesure où elles servent à sauvegarder et à protéger le droit de navigation aux fins du commerce, consacré par l'article VI du traité Cañas-Jerez.

Monsieur le président, si vous voulez déclarer une brève pause, ce serait un excellent endroit pour le faire.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Caflisch. I indeed feel that we ought to have a very short break for ten minutes and meet again.

The Court adjourned from 11.45 to 11.55 a.m.

The PRESIDENT: Please be seated. Professor Caflisch, now you may continue.

Mr. CAFLISCH: Thank you very much.

Le jugement de la Cour de justice centraméricaine de 1916

24. Monsieur le président, Messieurs les juges, le jugement rendu par la Cour de justice centraméricaine (CJCA) le 30 septembre 1916, que je vais commenter maintenant, était la conséquence de la conclusion des traités Weitzel-Chamorro, le 8 février 1913, et surtout du traité Bryan-Chamorro, le 5 août 1914. Aux termes de l'article premier de ce dernier traité, les Etats-Unis se voient octroyer en perpétuité les droits de propriété nécessaires et souhaitables pour assurer la construction et le fonctionnement d'un canal interocéanique le long du San Juan et dans le lac Nicaragua, ou passant par toute autre route sur le territoire nicaraguayen. L'article II du traité Bryan-Chamorro prévoit un bail territorial renouvelable de quatre-vingt-dix-neuf ans sur deux îles de la mer des Caraïbes et permet aux Etats-Unis d'établir, également pour quatre-vingt-dix-neuf ans, une base militaire sur la rive nicaraguayenne de la baie de Fonseca.

¹⁰⁵ MCR, vol. 1, p. 78, 84 et 86.

L'article III, enfin, dispose que pour ces prestations, les Etats-Unis vont verser au Nicaragua la somme de trois millions de dollars.

25. Le Costa-Rica, auquel la conclusion des traités Bryan-Chamorro et Weitzel-Chamorro avait été soigneusement cachée, de même qu'au Salvador, saisirent la CJCA. Devant cette Cour, le Costa Rica affirma que le Nicaragua avait conclu le traité Bryan-Chamorro sans solliciter son avis, en violation notamment de l'article VIII du traité Cañas-Jerez qui lui en avait pourtant fait l'obligation, et que le traité de 1914 portait atteinte aux droits attribués au Costa Rica par le traité Cañas-Jerez.

26. Dans son jugement du 30 septembre 1916¹⁰⁶, la CJCA commence par affirmer sa compétence, qui avait été mise en doute par le Nicaragua. Se tournant vers le fond de l'affaire, la Cour, faisant référence à la sentence Cleveland, constate que si le Nicaragua jouit «de la possession exclusive et de la plus haute souveraineté» sur toute l'étendue du fleuve San Juan, cette possession et cette souveraineté ne sont pas exclusives mais limitées par les restrictions résultant du traité de 1858, à savoir :

1. la propriété commune des baies formant les points terminaux du canal à construire ;
2. l'obligation commune des *deux* Etats de défendre le fleuve San Juan en cas d'agression extérieure ; et
3. le droit perpétuel de libre navigation concédé au Costa Rica, accompagné du droit de celui-ci de faire mouiller ses embarcations à la rive nicaraguayenne (et droit du Nicaragua d'en faire de même sur la rive costa-ricienne) sans payer de taxes¹⁰⁷.

27. Il en découle, poursuit la Cour, que la propriété du Nicaragua sur le fleuve «n'est ni absolue ni illimitée» ; elle est

«nécessairement restreinte par les droits de libre navigation et les droits connexes si clairement conférés au Costa Rica, à fortiori si l'on considère que ces droits, exercés à des fins douanières et de défense sont, selon l'opinion des hommes d'Etat, habituellement confondus dans leur développement avec les pouvoirs souverains de l'*imperium*. Une telle concession équivaut à un droit réel d'usage perpétuel et inaltérable, lequel établit la République du Costa Rica dans la pleine jouissance de la

¹⁰⁶ MCR, vol. 2, annexe 21, p. 122.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 160.

propriété de fait du fleuve San Juan, sans préjudice de la pleine propriété réservée au Nicaragua en tant que souverain du territoire.»¹⁰⁸

28. La CJCA, après avoir ainsi paraphrasé et caractérisé la sentence Cleveland, constate que celle-ci affirme la validité du traité Cañas-Jerez de 1858 et poursuit en disant ceci :

«les droits de navigation sur le fleuve San Juan, qui ont été confirmés en faveur du Costa Rica, ne s'étendent pas aux navires de guerre mais concernent simplement les navires utilisés à des fins douanières et de défense — une interprétation qui n'ôte rien à l'opinion exprimée en ce qui concerne la propriété de fait revenant en grande partie au Costa Rica sur le fleuve San Juan parce que, la navigation des navires de guerre, outre qu'elle constitue une cause d'inquiétude, impliquerait une fonction relevant de la souveraineté territoriale».¹⁰⁹

29. Puis la Cour mentionne l'obligation, mise à la charge du Nicaragua, de ne pas conclure de nouveaux contrats pour la construction d'un canal dans le secteur du San Juan sans d'abord solliciter l'avis du Costa Rica.

30. La CJCA se penche ensuite sur le traité Bryan-Chamorro. Son examen renferme un résumé du régime résultant du traité de 1858 et de la sentence Cleveland qui tient en trois points :

1. propriété commune des baies de San Juan del Norte et de Salinas ;
2. «droit conventionnel de navigation perpétuelle [*sic*] ...» sur le parcours identifié à l'article VI du traité Cañas-Jerez, droit qui est «accompagné du privilège complet de transit et de commerce, ce qui signifie que le Nicaragua a le devoir de ne pas mettre d'obstacles à la navigation, mais, au contraire, d'assurer que le cours du fleuve demeure ouvert» ;
3. droit des navires de chaque Etat, dans la zone de navigation commune, d'accoster sur la berge de l'autre Etat et devoir de contribuer à la défense du fleuve contre un ennemi extérieur, ce

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 161. Texte anglais :

«[it is] necessarily restricted by the rights of free navigation, and their attendant rights, so clearly adjudicated to Costa Rica — the more so if it is considered that such rights, exercised for revenue and defensive purposes, are, according to the opinion of statesmen, usually confounded in their development with the sovereign powers of the *imperium* ; such a concession is equivalent to a real right of use, perpetual and unalterable, that establishes the Republic of Costa Rica in the full enjoyment of practical ownership of a large part of the San Juan River without prejudice to the full ownership reserved to Nicaragua as sovereign over the territory».

¹⁰⁹ *Ibid.* Texte anglais :

«the rights of navigation on the San Juan River that were confirmed in Costa Rica do not extend to vessels of war, but simply to vessels devoted to revenue and defensive purposes — an interpretation that in no way detracts from the doctrine set forth concerning the practical ownership pertaining in great part to Costa Rica over the San Juan River because navigation with vessels of war, aside from constituting a cause for disquiet, would imply a function appropriate to territorial sovereignty».

devoir devant être rempli avec toute l'efficacité possible («with all the efficiency within their reach»)¹¹⁰.

31. Voilà pour le jugement de 1916, qui confirme en tous points la sentence du président Cleveland et qui montre de la façon la plus claire possible que les droits sur le fleuve San Juan sont *partagés* — en matière de défense aussi bien que dans d'autres domaines, notamment celui de la navigation ; il est même question de «droits de *propriété* d'ordre pratique» du Costa Rica. Le contrôle sur le fleuve exercé par le Nicaragua n'est donc *ni absolu ni illimité*. S'il est vrai que le Nicaragua exerce la souveraineté territoriale sur le fleuve, il doit le faire dans le respect des droits de l'Etat voisin.

32. Dans sa duplique dans la présente affaire, l'Etat défendeur prétend que le jugement rendu en 1916 par la CJCA «n'a aucune pertinence pour la présente affaire»¹¹¹. Il ne concerne pas, selon lui, l'étendue des droits de navigation du Costa Rica sur le fleuve San Juan, mais la conclusion d'un accord — le traité Bryan-Chamorro — entre le Nicaragua et les Etats-Unis ayant trait à la construction d'un canal interocéanique. Dans l'affaire de 1916, le Costa Rica avait fait valoir que le traité Bryan-Chamorro avait été conclu en violation de l'article VIII du traité Cañas-Jerez et de la sentence du président Cleveland. Ainsi, tout ce qui, dans le jugement, se rapporte à d'autres droits prévus pour le Costa Rica en 1858 ou dans la sentence Cleveland — notamment au droit de navigation — aurait le caractère d'affirmations générales ou d'*obiter dicta* et ne saurait donc être considéré comme ajoutant quoi que ce soit à ce qui avait été dit en 1858 et 1888.

33. En outre la Partie adverse minimise la portée du jugement de 1916 en mettant en doute l'impartialité et l'indépendance de la Cour. Elle expose que les membres de cette Cour étaient considérés, non pas comme des fonctionnaires internationaux («officials») des cinq Etats parties, mais seulement de leur pays d'origine ; ils auraient donc jugé en fonction de leurs intérêts nationaux¹¹².

34. Ces arguments, Monsieur le président, peuvent paraître étranges. Il est évident, pour commencer par le premier, que l'affaire de 1916 avait un lien étroit, entre autres, avec la question

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 163.

¹¹¹ DN, vol. I, par. 2.124.

¹¹² *Ibid.*, par. 2.128.

des droits de navigation du Costa Rica. C'est en effet l'existence de ces droits, prévus à l'article VI du traité Cañas-Jerez et interprétés en 1888 par le président des Etats-Unis, qui justifie la présence de l'article VIII, notamment l'affirmation selon laquelle, lorsque les termes du traité à conclure portent atteinte aux «droits naturels» du Costa Rica, l'avis de celui-ci a force obligatoire ; et le droit «perpétuel» de libre navigation fait indubitablement partie de ces «droits naturels». C'est pour cette raison que la CJCA s'est penchée — a dû se pencher — sur les droits de navigation du Costa Rica.

35. Il est vrai que le jugement de 1916 ne pouvait — comme l'affirme le Nicaragua — élargir les droits stipulés en 1858. La sentence arbitrale de 1888 ne pouvait pas davantage le faire ; mais elle pouvait *interpréter* les stipulations de l'instrument de 1858. En 1916, la situation était la même, sauf que l'affaire portait *directement* sur l'interprétation de l'article VIII — déjà examinée en 1888 — et que cette interprétation pouvait dépendre de celle donnée à l'article VI du traité de 1858 sur la navigation. Il est par ailleurs certain que la CJCA ne serait pas entrée dans ces considérations si elles n'avaient revêtu aucun intérêt pour l'affaire de 1916. Ainsi, ce que cette Cour a dit sur le droit de navigation ne peut certainement pas être qualifié d'inutile. Et, même s'il ne s'agissait, comme le veut la Partie adverse, que d'affirmations générales ou d'*obiter dicta*, le fait qu'une affirmation est faite *obiter* ne signifie nullement qu'elle est sans valeur.

36. Parmi les affirmations faites dans le jugement de 1916, et qui sont particulièrement pertinents pour la présente affaire, figurent des passages où la CJCA parle du «privilège *complet de transit et de commerce*», expression qui signifierait que le Nicaragua «a le *devoir de ne pas mettre d'obstacles à la navigation*» ; ou encore des passages disant que *la souveraineté du Nicaragua sur le fleuve n'est ni absolue ni illimitée*, mais qu'elle est restreinte par le «privilège complet» de transit et de commerce du Costa Rica ; ou, enfin, le passage faisant référence aux *droits exercés en matière fiscale et de défense*, considérés comme étant liés au droit de libre navigation.

37. Quant au second argument invoqué par le Nicaragua pour minimiser la portée du jugement de 1916 — celui du manque d'impartialité et d'indépendance de la Cour de justice centraméricaine —, le meilleur moyen de le réfuter est, sans doute, un examen de la qualité du jugement. Ce dernier est parfaitement motivé ; et il me paraît juste dans ses conclusions. La Cour a, en particulier, résisté à la tentation de déclarer nul le traité Bryan-Chamorro, expliquant que

celui-ci était intervenu entre un Etat partie à la convention de 1907 établissant une cour de justice centraméricaine et un pays — les Etats-Unis — qui n'avait pas cette qualité.

L'accord Cuadra-Lizano

38. Monsieur le président, Messieurs les juges, parmi les autres textes permettant de cerner les contours du droit de navigation du Costa Rica sur le fleuve San Juan figure le communiqué conjoint Cuadra-Lizano du 30 juillet 1998. Dans ce texte, le ministre de la défense du Nicaragua et le ministre du gouvernement, de la police et de la sécurité publique du Costa Rica disent leur respect de la souveraineté du Nicaragua sur les eaux du San Juan et aussi leur respect des droits de navigation du Costa Rica sur ce fleuve. Le texte du «communiqué conjoint» permet aux navires publics costa-riens de circuler sur le fleuve avec leur armement normal pour repourvoir et réapprovisionner les postes frontière du Costa Rica, à condition que les autorités nicaraguayennes en soient informées, qu'elles puissent accompagner ces navires si elles le souhaitent et que leurs mouvements soient communiqués aux postes frontière du Nicaragua.

39. A mon sens, ce texte établit un équilibre tout à fait acceptable entre les intérêts des deux Parties. Pourtant, fidèle à ses habitudes qui consistent, soit à nier le caractère normatif des textes conventionnels perçus comme gênants, soit simplement à en contester la validité, la Partie adverse a, par la suite, déclaré «nul et non avenué» ce texte et a, en même temps, mis en cause sa normativité ; elle a également affirmé que le communiqué «pourrait [notez le conditionnel] entamer la souveraineté nationale».

40. On se demande quelle pourrait bien être la raison pour déclarer nul et non avenué un texte dépourvu de normativité. Pour ce qui est de l'éventuelle atteinte à la souveraineté de la Partie adverse, on observera que : i) cet argument contredit celui de l'absence de normativité ; ii) tout texte conventionnel, dans un sens, entame le *statu quo* des souverainetés ; c'est la raison pour laquelle on conclut des traités¹¹³. Le Costa Rica, qui respecte scrupuleusement le droit international, s'attend à ce que son voisin en fasse de même et qu'il cesse de s'engager dans la voie unilatérale. C'est la déclaration de nullité du communiqué Cuadra-Lizano qui est nulle plutôt que le communiqué lui-même !

¹¹³ *Vapeur Wimbledon, arrêts, 1923, C.P.J.I. série A n° 1, p. 25.*

L'application du droit international coutumier

41. Reste, Monsieur le président, Messieurs les juges, la question de l'application du droit international coutumier dans la présente espèce. Le Nicaragua semble éprouver beaucoup de peine à admettre que le San Juan est un cours d'eau *international*, concédant tout au plus¹¹⁴ que le San Juan «inclut un élément international» ; mais, vu que la rive septentrionale, les eaux et le lit du cours d'eau relèvent du Nicaragua, le San Juan serait «indubitablement un fleuve national du Nicaragua auquel la pleine souveraineté de cet Etat s'étend, la seule limitation à celle-ci étant celle qui résulte du traité de 1858»¹¹⁵.

42. C'est dans cette même mesure et dans cette mesure seulement que la souveraineté territoriale sur le fleuve «n'est pas absolue mais limitée par les restrictions [je vous rends attentifs au pluriel !] imposées par le traité». On notera, à propos de cette citation¹¹⁶, qu'elle est tirée du jugement de la Cour de justice centraméricaine de 1916 auquel le Nicaragua, par ailleurs, a dénié toute pertinence. Ainsi la Partie adverse refuse toute application au San Juan de règles du droit international général relatives à la navigation des cours d'eau internationaux ; la seule règle applicable de ce droit serait, en l'espèce, celle de la souveraineté territoriale, limitée par les restrictions résultant du «traité de délimitation des frontières» de 1858, ces restrictions consistant en un droit de libre navigation aux fins du commerce¹¹⁷. Ainsi *le principe cardinal* serait celui de la souveraineté territoriale du Nicaragua, *l'exception* celle du droit limité de navigation attribué au Costa Rica par le traité Cañas-Jerez. Et, s'agissant d'une limite *conventionnelle* à cette souveraineté, elle devrait, selon la jurisprudence internationale, être interprétée restrictivement¹¹⁸. Finalement, la Partie adverse expose que les règles du droit international général, singulièrement celles qualifiées de «secondaires», ne s'appliquent que pour autant qu'elles ne contredisent pas la sentence de 1888¹¹⁹.

43. Monsieur le président, nul ne conteste que la situation soit régie par le traité Cañas-Jerez et par l'interprétation qui a été donnée à celui-ci en 1888 et qui, doit-on ajouter, a été confirmée par

¹¹⁴ Contre-mémoire du Nicaragua (CMN), vol. I, par. 3.3.3.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 3.3.4.

¹¹⁷ *Ibid.*, par. 3.3.5 et 3.3.6.

¹¹⁸ *Ibid.*, par. 3.3.9.

¹¹⁹ *Ibid.*, par. 3.3.10.

la Cour centraméricaine en 1916. Ce qui est contestable, en revanche, c'est l'idée qu'il y a un *principe cardinal* — la souveraineté — et une *exception* — un droit limité de navigation — qui demande à être interprétée *restrictivement*.

44. S'il est vrai que des juridictions internationales ont parfois préconisé une interprétation restrictive des limitations apportées à la souveraineté territoriale, ce principe ne se rencontre nulle part dans les règles pertinentes — les articles 31 et 32 — de la convention de Vienne sur le droit des traités. Cela pourrait résulter du fait que ce que l'on a appelé interprétation restrictive ne désigne pas en réalité une *règle* d'interprétation, mais le *résultat* auquel peut aboutir l'application des règles d'interprétation des traités, ces dernières faisant partie des règles coutumières permettant notamment de déterminer le sens et la portée du régime conventionnel de 1858.

45. Qui plus est, l'interprétation restrictive proposée par le Nicaragua n'est simplement pas pertinente dans la présente espèce, car, comme la Cour permanente de Justice internationale l'a dit dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, on «ne saurait, sous couleur d'interprétation restrictive, aller jusqu'à refuser à [un traité] le sens qui est commandé par ses termes formels» (*Vapeur Wimbledon, arrêts, 1923, C.P.J.I. série A n° 1, p. 24-25*), ce qui est précisément le cas ici : dans le traité Cañas-Jerez la souveraineté est clairement limitée par le droit perpétuel de libre navigation du Costa Rica aux fins du commerce. De même, dans son arrêt en l'affaire de la *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, la Cour permanente expose que «ce sera seulement si, tout élément ayant été pris en considération, l'intention des Parties n'en reste pas moins douteuse, qu'il y aura lieu de se prononcer pour l'interprétation la plus favorable à la liberté des Etats»¹²⁰. En l'espèce, Monsieur le président, cette intention n'est pas douteuse.

46. En conclusion, sur ce point, on peut affirmer que soit l'interprétation restrictive n'est pas une règle d'interprétation des traités du tout, soit qu'elle est une règle subsidiaire d'interprétation qui n'intervient que lorsque l'intention des Parties reste douteuse après l'utilisation des moyens d'interprétation principaux décrits à l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Or nul doute n'existe dans le cas présent. On est en présence d'un droit perpétuel de libre navigation qui est placé sur un pied d'égalité avec la souveraineté sur le fleuve que le traité de 1858

¹²⁰ *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, arrêt n° 16, 1929, C.P.J.I. série A n° 23, p. 26.*

attribue au Nicaragua, et nullement d'une entorse minimale à cette souveraineté. Qu'il en est bien ainsi est démontré, d'abord, par les fréquentes références du texte à la partie du fleuve «où la navigation est commune» aux deux pays. C'est ce que suggère aussi le fait qu'on est en présence d'un régime conventionnel où il est également question d'accostage sur l'autre rive, de navigation intérieure, de navigation d'embarcations publiques, de défense commune du fleuve et de la procédure à suivre lorsque l'un des deux riverains, le Nicaragua, souhaite accorder le droit de construire un canal interocéanique à un Etat tiers. Cette hiérarchisation souveraineté territoriale/exception semble inappropriée dans le contexte présent, où un régime fluvial international d'une certaine complexité a été mis en place.

47. On ajoutera que les règles du droit coutumier peuvent également venir compléter les règles d'un droit conventionnel de navigation dont les contours ne sont pas circonscrits avec toute la précision voulue. Ainsi, dans la mesure où les dispositions conventionnelles ne répondent pas aux questions qui se posent, on peut recourir, pour en dégager le sens et la portée, aux règles du droit international général en matière de navigation, conformément à l'article 31, par 3 c), de la convention de Vienne sur le droit des traités.

48. Pour terminer sur ce point, on relèvera que les définitions données par le droit international général de notions telles que «droit de navigation» sont bien évidemment pertinentes lorsqu'il s'agit d'interpréter les mêmes notions figurant dans un texte conventionnel.

Conclusions

49. Monsieur le président, Messieurs les juges, les explications qui ont précédé permettent, à mon sens, de formuler les conclusions suivantes :

- 1) Le traité Cañas-Jerez établit un véritable régime juridique comprenant : des règles relatives à la souveraineté sur le fleuve San Juan ; un droit perpétuel de libre navigation et de transit au profit du Costa Rica ; un droit pour les navires de chaque riverain d'accoster sur la rive de l'autre ; la création de *condominia* aux points terminaux de la frontière ; des règles sur la défense commune du fleuve ; et le devoir pour le Nicaragua de consulter son voisin au cas où il projetterait des travaux de canalisation.

- 2) Le droit perpétuel de libre navigation fait partie intégrante de ce régime conventionnel et n'est en aucune manière subordonné à la souveraineté du Nicaragua de façon à permettre à celui-ci de le limiter ou de le supprimer.
- 3) Le régime en question a été confirmé et précisé par la sentence du président Cleveland qui autorise la navigation d'embarcations rattachées au service fiscal du Costa Rica sur le fleuve San Juan dans la mesure indiquée par elle. Ce régime a également été confirmé par le jugement rendu par la Cour de justice centraméricaine en 1916, pertinent dans le contexte de la présente affaire.
- 4) Le «communiqué conjoint» Cuadra-Lizano du 30 juillet 1998 est un accord valablement conclu. La déclaration du Nicaragua le qualifiant de «nul et non valable» ne peut être retenue.
- 5) Les règles du droit international coutumier s'appliquent à l'interprétation du traité de 1858 et peuvent servir à compléter les règles conventionnelles en matière de navigation fluviale. En outre, les définitions générales données de la liberté de navigation par le droit coutumier peuvent venir préciser le sens et la portée de cette notion dans le cadre du traité de 1858.

Merci, Monsieur le président, Messieurs les juges, pour votre patiente et bienveillante attention. Je vous prie de bien vouloir, maintenant, donner la parole à mon collègue et ami, le professeur Kohen.

The PRESIDENT: I thank Professor Lucius Caflisch for his presentation. I now give the floor to Professor Marcelo Kohen. Before Marcelo Kohen speaks, I would like to offer to Professor Marcelo Kohen that if you feel that you cannot finish your presentation within a reasonable time this morning, you may break your presentation into two parts and leave the second half to tomorrow morning's session. It is your choice, but I leave it to you. Thank you.

M. KOHEN: Thank you very much, Mr. President.

LA PORTÉE DU DROIT DE NAVIGATION AUX FINS DU COMMERCE

1. Monsieur le président, Messieurs les juges, c'est un grand honneur de comparaître devant votre haute juridiction pour défendre les droits du Costa Rica.

2. Il m'incombe de vous exposer la portée du droit perpétuel de libre navigation *aux fins du commerce*, telle qu'elle découle de l'article VI du traité Cañas-Jerez¹²¹.

3. Le Nicaragua prétend justifier son comportement ouvertement contraire à cet article en avançant une interprétation erronée de celui-ci. Je ne crois pas exagérer si je décris la tactique nicaraguayenne comme le recours à une astuce — à savoir jouer avec les mots de l'article VI — pour nier aujourd'hui ce qui a été une interprétation commune des parties, partagée par des autorités juridictionnelles et autres durant plus d'un siècle.

4. Le Nicaragua a avancé pour la première fois en 1994, et ceci de manière constante depuis mars 2000, que l'expression «con objetos de comercio» (aux fins du commerce) contenue dans cet article se réfère à la navigation «avec des articles de commerce»¹²².

5. Dans cet exposé, je vais suivre les critères d'interprétation établis par la convention de Vienne sur le droit des traités, reflet du droit coutumier¹²³. Tout démontre que l'expression en

¹²¹ «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 de Costa Rica aura toutefois un droit perpétuel de libre navigation sur lesdites eaux, entre l'embouchure du fleuve et le point situé à trois milles anglaises de Castillo Viejo, aux fins du commerce, 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». (MCR, vol. 2, annexe 7.)

Version originale en espagnol :

«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 navegación, desde la expresada desembocadura hasta tres millas inglesas antes de llegar al Castillo Viejo, con objetos de comercio, ya sea con Nicaragua, o al interior de Costa Rica, por los ríos de San Carlos o Sarapiquí, o cualquier otra vía procedente de la parte que en la ribera del San Juan se establece corresponder a esta República.»

Traduction anglaise :

«The Republic of Nicaragua shall have exclusively the dominion and sovereign jurisdiction over the waters of the San Juan river from its origin in the Lake to its mouth in the Atlantic; but the Republic of Costa Rica shall have the perpetual right of free navigation on the said waters, between the said mouth and the point, three English miles distant from Castillo Viejo, said navigation being for the purposes of commerce either with Nicaragua or with the interior of Costa Rica, through the San Carlos river, the Sarapiquí, or any other way proceeding from the portion of the bank of the San Juan river, which is hereby declared to belong to Costa Rica.» [Traduction soumise au président Cleveland par le Costa Rica. *Ibid. b).*]

¹²² MCR, par. 4.20.

cause se réfère «aux fins du commerce» : le sens ordinaire du texte de l'article VI, son contexte, l'objet et le but du traité, l'interprétation donnée par les parties, par les arbitres et par les juges qui ont déjà traité de la question, ainsi que la pratique subséquente. Nous verrons également que l'étendue des fins du commerce du droit costa-ricien de libre navigation comprend aussi bien le transport de personnes que celui de marchandises.

A. Le sens ordinaire des termes employés par l'article VI du traité Cañas-Jerez

6. Le Nicaragua a changé de tactique au cours de la phase écrite. Dans son contre-mémoire, son effort s'est concentré sur sa volonté de démontrer que «objets» voulait dire «articles»¹²⁴. Dans sa duplique, le Nicaragua aurait découvert que le terme essentiel serait «comercio»¹²⁵. Cela constitue peut-être le premier aveu de la faiblesse intrinsèque de son interprétation du terme «objets». Maintenant, selon le Nicaragua, même «aux fins du commerce» signifierait uniquement une navigation «avec des articles de commerce»¹²⁶.

7. Le fait est qu'il n'y a pas eu la moindre tentative de la part du Nicaragua pour réfuter la portée que le Costa Rica a attribuée au terme «comercio» dès le début de la phase écrite¹²⁷. Le défendeur s'est en effet contenté de répéter que le commerce est l'achat et la vente de marchandises¹²⁸.

¹²³ *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 21, par. 41 ; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 18, par. 33 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 812, par. 23 ; *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 1059, par. 18 ; *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 501, par. 99 ; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 645, par. 37 ; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 48, par. 83 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, ordonnance du 30 janvier 2004*, C.I.J. Recueil 2004, p. 174, par. 94 ; *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 318, par. 100 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007 (fond), par. 160 ; *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt du 4 juin 2008, par. 153.

¹²⁴ CMN, par. 4.1.16-4.1.36.

¹²⁵ DN, vol. I, par. 1.9-1.10.

¹²⁶ DN, vol. I, par. 1.10, 3.13, 3.15.

¹²⁷ MCR, par. 4.42-4.51.

¹²⁸ CMN, par. 4.3.19 ; DN, par. 3.70.

a) Le terme «objetos» est employé à l'article VI dans le sens de «fins» (purposes en anglais)

8. Selon le Nicaragua, la phrase «con objetos de comercio» peut signifier uniquement commerce avec des articles, des biens ou des marchandises. Cette expression ne veut jamais dire «aux fins de»¹²⁹. La raison invoquée repose en dernier ressort sur l'allégation selon laquelle objetos, au pluriel, ne peut signifier que «choses» ; seul le singulier *objeto* peut signifier «fin» (purpose, en anglais)¹³⁰. Je reviendrai sur cette question dans un instant.

i) Tous, y compris le Nicaragua, ont traduit «con objetos de comercio» de la même manière : «aux fins du commerce»

9. Le Nicaragua affirme que la traduction littérale de «con objetos de comercio» en anglais serait «with objects of commerce». Il ajoute néanmoins que cela ne constitue pas une tournure heureuse¹³¹. S'il en est ainsi, cela fournit une explication supplémentaire au pourquoi de la traduction adoptée par les deux parties, — oui : par les deux parties —¹³², par le président Cleveland¹³³, par George Rives (à qui ce dernier avait confié la tâche d'étudier les pièces des parties et d'élaborer un rapport)¹³⁴, par les British and Foreign State Papers (pour le traité Cañas-Jerez)¹³⁵ et par le département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique, suivi de l'*American Journal of International Law* (pour l'arrêt de la Cour centraméricaine de justice de 1916)¹³⁶. Tous, en effet, de manière uniforme, ont traduit la phrase «con objetos de comercio» par «for the purposes of commerce», «for purposes of commerce» ou «for commercial purposes», ou se sont référés, comme la sentence Cleveland, à la jouissance par le Costa Rica «of the «purposes of commerce»».

10. «Objects of commerce» ne serait pas la traduction la plus «heureuse», en effet. Il fallait donc trouver la meilleure expression pour rendre «con objetos de comercio» en anglais. Et

¹²⁹ DN, vol. I, par. 3.12 : «The phrase «con objetos de comercio» therefore can only mean trade (or commerce) with articles, goods, or commodities; it can never mean «for purposes»».

¹³⁰ Cf. CMN, par. 4.1.27, DN, par. 3.12.

¹³¹ CMN, par. 4.1.28.

¹³² Réplique du Costa Rica (RCR), par. 3.41-3.42. Pour la version en anglais de l'article VI présentée par le Nicaragua au président Cleveland en 1887, voir MCR, vol. 2, annexe 7 c). Pour la version en anglais de la même disposition présentée par le Costa Rica, voir MCR, annexes, vol. 2, annexe 7 b).

¹³³ MCR, vol. 2, annexe 16.

¹³⁴ CMN, vol. II, annexe 70.

¹³⁵ MCR, vol. 2, annexe 7 d).

¹³⁶ MCR, vol. 2, annexe 21 (dossier des plaidoiries, onglet n° 17).

l'expression choisie fut «for the purposes of commerce» ou l'une des variantes que je viens de mentionner.

11. Peut-être que nos amis nicaraguayens nous diront-ils jeudi que tout le monde s'est trompé, y compris le Nicaragua lui-même. Que tout le monde savait pertinemment que «con objetos de comercio» voulait dire «with articles of trade» mais, pour je ne sais quelle raison, ils l'ont tous traduit par «for the purposes of commerce». Peut-être ajouteront-ils que le Nicaragua lui-même s'est trompé pendant des années, même en espagnol, lorsque ses publications officielles expliquant la portée du traité Cañas-Jerez et signées par le ministre des affaires étrangères en personne, affirmaient que le droit de navigation du Costa Rica est «con fines de comercio», c'est-à-dire «aux fins du commerce», ou en anglais «for purposes of commerce»¹³⁷, au lieu de dire «con artículos de comercio» ou «con mercaderías».

ii) Le rapport de M. Seco souffre de graves déficiences

12. A sa dernière pièce écrite, le Nicaragua a annexé le rapport d'un linguiste espagnol, M. Seco, qui répète ce que le défendeur a avancé dans son contre-mémoire¹³⁸. La première réaction à la lecture de ce rapport est que sa conclusion n'est pas vraiment étayée par ses analyses. Par ailleurs, le Nicaragua n'a pas cru opportun de produire la traduction des annexes du rapport Seco, lesquelles — même en espagnol — ne figurent pas à l'annexe 64 de la duplique. On les trouve uniquement dans le volume des documents complets remis par le Nicaragua au Greffe.

13. Les annexes 3, 4 et 6 du rapport Seco ne peuvent pas tromper. Elles offrent des hypothèses d'utilisation du terme «objetos» qui vont dans le sens de l'interprétation de l'article VI comme signifiant «aux fins du [commerce]» ou «par rapport au [commerce]» ou «en matière [de commerce]». Ils dépassent — et de loin — les exemples trouvés par M. Seco de l'emploi d'«objetos» comme «articles [de commerce]»¹³⁹.

¹³⁷ *Situacion juridica del Rio San Juan*, 1954, Ministerio de Relaciones Exteriores, Managua, 1954, MCR, vol. 6, annexe 219 ; *Situacion juridica del Rio San Juan*, 1974, Ministerio de Relaciones Exteriores, Managua, 1974, MCR, vol. 6, annexe 222, dossiers des plaidoiries, onglet n° 18.

¹³⁸ Rapport de M. Manuel Seco Reymundo, DN, annexe 64 .

¹³⁹ DN, *Original Deposited with the Registry*, annexes, vol. II, annexe 64, annexes 3, 4 et 6 (seulement en espagnol).

14. Le rapport Seco néglige totalement l'emploi fréquent fait par les Parties du terme «objetos» comme signifiant «fins» ou «matières» (et non «articles» ou «choses»), tel qu'il découle des tableaux présentés dans la réplique costa-ricienne¹⁴⁰. Il n'examine pas le lien entre l'expression en cause et les mots qui la suivent immédiatement.

iii) Le rapport de M. Moreno de Alba rétablit la vérité du point de vue linguistique

15. Le Costa Rica a présenté un rapport alternatif, dont l'auteur est un linguiste hispano-américain de renom, directeur de l'Académie mexicaine de la langue, M. Moreno de Alba. Son analyse sérieuse et complète ne laisse planer aucun doute quant à la signification de l'expression «con objetos de comercio». Il montre que du point de vue de la lexicologie générale, historique, sémantique et syntaxique, ainsi que pour des raisons textuelles et contextuelles, la seule signification possible des termes «con objetos de comercio» à l'article VI est «aux fins du commerce».

iv) Le Nicaragua a largement employé le pluriel «objetos» pour signifier «fins»

16. Le Costa Rica a cité de nombreuses utilisations par le Nicaragua du terme «objetos» (au pluriel) dans des situations qui, sans équivoque, signifient «finalités»¹⁴¹. Jusqu'à présent, le Nicaragua est resté silencieux. M. Seco semble les avoir ignorées aussi. La réplique a donné des exemples montrant comment le contre-mémoire nicaraguayen a déformé des traductions et des citations, dans le but d'éviter de rendre au terme «objetos» son sens de «fins»¹⁴². La duplique ne les a pas démentis.

17. En fait, nous pourrions élargir la liste des utilisations officielles faites par le Nicaragua du pluriel «objetos» dans le sens de «fins». Le code civil de la République sœur abonde en exemples de ce genre. Je mentionnerai simplement les articles 89, 91, 805 et 1319, que vous trouverez à l'onglet n° 19 de vos dossiers¹⁴³.

¹⁴⁰ RCR, p. 99-126.

¹⁴¹ RCR, par. 3.55-3.59 et tableau 1, p. 99-126.

¹⁴² Cf. RCR, par. 3.63-3.64.

¹⁴³ Texte *in* : <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/CodigoNicaragua.PDF>. Visité le 1^{er} mars 2009.

v) L'emploi du terme «objetos» à l'article VIII du traité Cañas-Jerez

18. On relèvera enfin que la version anglaise du traité soumise par le Nicaragua à l'arbitre Cleveland a traduit «objetos» à l'article VI par le terme «purposes» et a retranscrit le même mot «objetos» à l'article VIII par «objects»¹⁴⁴. Il est alors possible de se demander pourquoi le Nicaragua a utilisé «objects» à l'article VIII, pour se référer aux fins ou matières des contrats visés par cet article, et n'a pas employé «objects» quand il a traduit «objetos de comercio» à l'article VI, si ce dernier concernait des «articles of trade». La raison est simple : à l'époque, pour le Nicaragua, l'emploi du terme «objetos» dans le traité signifiait «fins» ou «matières», et personne à Managua n'attribuait à l'expression de l'article VI une autre signification que «purposes of commerce». L'invention des «articles of trade» est venue un siècle et demi plus tard, pour justifier les restrictions imposées à la libre navigation costa-ricienne.

19. Il ne fait donc pas de doute que le sens ordinaire du terme «objetos» employé à l'article VI du traité de 1858 est «fins», «purposes» en anglais ; et non «articles».

b) Le terme «comercio» est employé dans un sens plus large que celui d'achat et de vente de marchandises

20. Passons maintenant au terme «comercio». Dans son mémoire, le Costa Rica a expliqué que ce terme, précédé de «objetos» au pluriel, exprime le fait que l'article VI vise plus qu'un seul objet commercial pour la navigation¹⁴⁵. Cela suffirait déjà pour rejeter la thèse nicaraguayenne selon laquelle le seul objet de la navigation costa-ricienne reconnu par le traité serait celui du transport de marchandises.

i) Le sens ordinaire du terme «comercio» comprend aussi bien les activités marchandes que la communication

21. Le mémoire a également établi que le sens ordinaire du terme «commerce» inclut aussi bien la communication que le transport de marchandises et de personnes¹⁴⁶. C'est le dictionnaire de l'Académie royale de la langue espagnole qui donne exactement ces définitions, et ceci dans toutes les éditions que les deux Parties ont présentées devant cette instance. Il est vrai que le

¹⁴⁴ MCR, vol. 2, annexe 7 c) (dossier des plaidoiries, onglet n° 20).

¹⁴⁵ MCR, par. 4.42.

¹⁴⁶ MCR, par. 4.52-4.72.

Nicaragua a, disons, «oublié» de citer la seconde acception mentionnée par le dictionnaire, que je cite : «Comunicación y trato de unas gentes o pueblos con otros» («communication et fréquentation de certains gens ou peuples avec d'autres»)¹⁴⁷.

22. Le rapport de M. Moreno de Alba fournit l'explication de l'emploi du terme «commerce» comme communication entre personnes. De plus, il établit une relation entre commerce et son synonyme «trafic»¹⁴⁸.

ii) L'analyse impeccable du Nicaragua ... dans son affaire contre les Etats-Unis d'Amérique

23. Je dois reconnaître, Monsieur le président, que le Nicaragua a déjà présenté une analyse impeccable du terme «commerce» devant votre Cour. Pas dans cette affaire malheureusement, mais dans celle l'opposant aux Etats-Unis d'Amérique. Vous la trouverez dans votre dossier à l'onglet n° 22. Là, le Nicaragua nous enseigne que le terme «commerce» en anglais est plus large que «trade» et que l'activité commerciale ne concerne pas seulement l'achat et la vente de marchandises, mais aussi l'industrie et tout particulièrement — tout particulièrement, Monsieur le président — les affaires de transport. Le Nicaragua cite ensuite la définition bien connue de la liberté de navigation donnée par votre devancière dans l'affaire *Oscar Chinn* — qui inclut aussi bien le transport de biens que celui de passagers¹⁴⁹ — pour conclure que cette définition est conforme aux règles coutumières et conventionnelles en vigueur¹⁵⁰.

24. Durant toute la procédure écrite, le Nicaragua n'a pas expliqué son revirement dans l'interprétation du terme «commerce», même si nous avons souligné dans notre mémoire sa position dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*¹⁵¹.

¹⁴⁷ La Academia Española, *Diccionario de la lengua castellana por la Academia Española*, (10^eéd., Madrid : Imprenta Nacional, 1852, p. 170 ; annexe III présentée par le Costa Rica le 27 novembre 2008 (dossier des plaidoiries, onglet n° 21).

¹⁴⁸ José 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), annexe I présentée par le Costa Rica le 27 novembre 2008, partie VII.

¹⁴⁹ *Oscar Chinn, arrêt, 1934, C.P.J.I, série A/B n°63*, p. 83.

¹⁵⁰ *C.I.J Mémoires, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, vol. I, p. 403-4.

¹⁵¹ MCR, par. 4.46.

iii) Un document tardif nicaraguayen

25. Par contre, la duplique nicaraguayenne reproduit une lettre émanant d'un ancien directeur des services linguistiques et de la documentation de l'OMC, qui se réfère quant à lui à l'utilisation des expressions «objetos de comercio» et «articles of trade»¹⁵². Cette lettre est datée du *12 octobre 2006* et répond à une lettre de l'ambassadeur du Nicaragua auprès de l'OMC. Pourquoi le Nicaragua ne l'a-t-il pas annexé à son contre-mémoire, déposé le *29 mai 2007* ? Il l'a annexé à sa duplique, empêchant ainsi le Costa Rica de réagir durant la procédure écrite. De plus, le Nicaragua n'a pas présenté la lettre de son ambassadeur : on ignore ce que celle-ci a demandé et quelles informations elle a transmises. La valeur probante de la réponse est ainsi largement compromise.

26. Quoiqu'il en soit, ce texte n'est pas d'une grande valeur pour les thèses du Nicaragua. Je dirais même que c'est plutôt le contraire. L'ancien fonctionnaire de l'OMC affirme qu'il n'a pas trouvé de textes où l'expression espagnole «objetos de comercio» ait été traduite en anglais. Il donne deux exemples où les termes anglais «objects of trade» ou «wares» ont été traduits comme «objetos de comercio», mais notons qu'en la présente affaire il n'est pas question d'interpréter la traduction en espagnol d'un texte anglais.

27. Par contre, le fonctionnaire de l'OMC affirme qu'«au XIX^e siècle, les expressions anglaises «objects of trade» et «articles of trade» ont été employées pour décrire des biens ou articles qui faisaient l'objet de commerce»¹⁵³. S'il en a vraiment été ainsi, cela confirme que lorsque les deux parties, Rives, Cleveland et les *British and Foreign State Papers* ont traduit «con objetos de comercio» par «for the purposes of commerce», ils l'ont fait ayant le choix entre cette formule et celle d'«articles of trade». Et ils ont choisi «purposes of commerce» et non «articles of trade».

iv) Le commerce inclut le transport de passagers

28. Selon le Nicaragua,

«[t]he most lucrative business at the time of the signing of the Treaty of 1858 was by far the transport of passengers. Thus this transport of passengers as a commercial

¹⁵² DN, annexe 63.

¹⁵³ Original en Anglais : «Furthermore, in the 19th century, the English expressions «objects of trade» and «articles of trade» were used to describe goods or articles that were object of trade». (*Ibid.*)

activity was, needless to say, carefully excluded from the right of navigation with articles of trade recognized by Article VI of the Jerez-Cañas Treaty»¹⁵⁴.

J'aurais pu croire le Nicaragua s'il avait été stipulé à cet article que le Costa Rica avait le droit de libre navigation à l'exclusion du transport de passagers, mais cette «soigneuse exclusion» est absente.

29. Selon le Nicaragua, il serait impensable qu'il ait pu y avoir de sa part une volonté de partager avec le Costa Rica la plus importante activité lucrative sur le fleuve¹⁵⁵. Il donne comme exemple des contrats qu'il a conclus avec des sociétés des Etats-Unis d'Amérique. Le Nicaragua se trompe de cible. Ces contrats visaient le transport interocéanique avec des navires à vapeur. Le Costa Rica n'a jamais prétendu que son droit de navigation comprenait une activité d'une telle ampleur. Clairement, son droit de navigation — avec des personnes et des marchandises — était circonscrit à l'étendue géographique décrite à l'article VI et n'allait pas au-delà du point situé à 3 milles de Castillo Viejo.

30. Le transport de passagers constitue une activité commerciale, aussi bien au XIX^e siècle qu'aujourd'hui¹⁵⁶. On vient de voir que le Nicaragua lui-même le reconnaît. J'ajouterai à l'appui l'accord ministériel n° 48 de 1992 du Nicaragua concernant l'impôt sur la circulation et la navigation. La description qui y est faite des «navires commerciaux internes» est celle des navires qui s'occupent — je cite — : «de cargo, de passagers et de pêche»¹⁵⁷. Apparemment, pour nos amis nicaraguayens leurs navires s'adonnant au transport de marchandises et de passagers ou à la pêche peuvent tous être qualifiés de navires commerciaux. En revanche, les navires costa-riciens auraient droit à cette qualification uniquement s'ils transportent des marchandises.

31. Transport et communication sont intimement liés. La manière dont l'article VI est rédigé renforce l'idée que l'une des «fins du commerce» est la communication. La liberté de navigation inclut la possibilité de faire communiquer un point au Costa Rica avec un point au Nicaragua ou au Costa Rica. Il n'existe aucune raison de limiter cette liberté de navigation aux seuls navires

¹⁵⁴ CMN, par. 4.1.37 ; DN, par. 3.91.

¹⁵⁵ CMN par. 4.1.37, DN, par. 3.91.

¹⁵⁶ MCR, par. 4.58-4.72; RCR, par. 3.76-3.78.

¹⁵⁷ Acuerdo Ministerial n° 48 aprobado el 30 de julio de 1992. Disponible in : [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/3730F8C8DE70CE71062570A100583FCE?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/3730F8C8DE70CE71062570A100583FCE?OpenDocument) (visité le 1^{er} mars 2009) (dossier de plaidoiries, onglet n° 23).

transportant des marchandises. Le traité ne le fait pas. Au contraire, il consacre ce droit comme un droit appartenant directement à l'Etat et non pas à ses seuls citoyens. La liberté de navigation s'étend à des navires aussi bien publics que privés, ce qui vient corroborer l'idée que le droit de libre navigation ne se réduit pas au commerce de marchandises, tâche généralement réservée aux particuliers.

32. En conséquence, que les fins du commerce soient une activité marchande ou de communication, la navigation inclut le transport de marchandises *et de personnes*.

v) Le transport de touristes est une activité commerciale

33. Par ailleurs, le transport des touristes d'un point du territoire du Costa Rica à un autre par des navires costa-riens est couvert par toutes les définitions possibles de l'expression «aux fins du commerce»¹⁵⁸. Cela a été explicitement reconnu par l'ancien ministre nicaraguayen du tourisme, Pedro Joaquín Chamorro, qui a déclaré qu'il n'était pas opposé à l'utilisation du San Juan à des fins du tourisme car cette activité fait partie actuellement du commerce¹⁵⁹.

34. Dans l'affaire *Kasikili/Sedudu*, votre Cour a rappelé que le Botswana et la Namibie avaient interprété la notion de liberté de navigation comme incluant la navigation touristique¹⁶⁰. Cela s'est appliqué au chenal sud du fleuve Chobe, alors que les eaux *et les deux rives de ce chenal* sont entièrement botswanaises¹⁶¹. Les efforts du Nicaragua pour entretenir la confusion relativement aux implications de cet arrêt pour la présente affaire sont voués à l'échec¹⁶². Nous mentionnons ce précédent pour signaler que même là où la Namibie n'est pas riveraine du Chobe, elle bénéficie de la liberté de navigation et que cette liberté est interprétée comme comprenant la navigation touristique. Et ceci, alors que la frontière passe par le *thalweg* du chenal nord, qui est le chenal principal du fleuve, et qu'il n'existe donc aucun besoin d'utiliser le chenal sud pour naviguer d'un point à un autre du territoire namibien.

¹⁵⁸ MCR par. 4.58-4.72 ; RCR par. 3.76-3.78.

¹⁵⁹ MCR, par. 4.69 et vol. 5, annexes 138 et 139 (dossier de plaidoiries, onglet n° 24).

¹⁶⁰ Graphique : dossier de plaidoiries, onglet n° 25.

¹⁶¹ *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 1049, 1071 et 1072 ; par. 40, 102 et 103 ; déclarations des juges Ranjeva (*ibid.*, p. 1110) et Koroma (*ibid.*, p. 1112) ; MCR, par. 4.68, RCR, par. 2.71 ; dossier de plaidoiries, onglet n° 25.

¹⁶² DN, par. 2.30-2.32.

35. La situation des bateaux touristiques namubiens sur le chenal sud du Chobe peut être comparée à la situation du San Juan, hormis les différences suivantes : le Costa Rica *est riverain* du tronçon du San Juan où il bénéficie de la libre navigation ; il n'existe pas d'autre voie pour naviguer entre les points du territoire costa-ricien connectés par ces moyens de transport, et finalement, le but de cette navigation est de relier deux points du territoire costa-ricien.

vi) «Con objetos de comercio» est l'équivalent espagnol de «sous le rapport du commerce»

36. Je passe maintenant à l'analyse d'une expression française qui a été utilisée au XIX^e siècle pour qualifier la liberté de navigation. Il s'agit de l'expression «sous le rapport du commerce», employée à partir du congrès de Vienne. «Con objetos de comercio» est un équivalent espagnol. L'expression fut utilisée par le traité sur la navigation du Danube de 1857, une année avant le traité Cañas-Jerez. Elle fut explicitement interprétée par le Gouvernement britannique comme signifiant «tant pour le transport des marchandises que pour celui des voyageurs»¹⁶³.

37. Comme l'affirme le Nicaragua, «les textes contemporains relatifs aux régulations des fleuves européens devaient être parfaitement connus des Parties en 1858»¹⁶⁴. L'agent du Nicaragua a traduit en espagnol «sous le rapport du commerce» comme signifiant «para fines comerciales»¹⁶⁵, ce qui signifie précisément «con objetos de comercio». Ce n'est pas moi qui le dit, mais la Cour de justice centraméricaine¹⁶⁶ et les documents du ministère nicaraguayen des affaires étrangères de 1954 et 1974 qui utilisent aussi l'expression «con fines comerciales» ou «con fines de comercio» pour se référer au droit de navigation du Costa Rica¹⁶⁷ !

¹⁶³ Engelhardt (éd.), *Du régime conventionnel des fleuves internationaux. Etudes et projet de règlement général précédés d'une introduction historique* (Paris : Cotillon, 1879), p. 85-86.

¹⁶⁴ CMN, par. 4.1.29 : «the text of the almost coetaneous regulations of the European Rivers must have been perfectly known by the Parties in 1858».

¹⁶⁵ Carlos J. Argüello Gomez, *Algunos aspectos jurídicos sobre el Tratado Jerez-Cañas y el Laudo Cleveland*, ministère des affaires étrangères, Managua, 26 août 1998. Disponible sur : http://www.joseacontreras.net/dirinter/america/Nicaragua_Rio_San_Juan.pdf (visité le 1^{er} mars 2009). Jusqu'au 27 février 2009 aussi in : http://www.euram.com.ni/pverdes/articulos/aspectos_juridicos_rio_san_juan.htm. Dossier de plaidoiries, onglet n° 27.

¹⁶⁶ MCR, annexe 21, chap. III, a). Texte original en espagnol : MCR, vol. 1, p. 23, note 53 (dossier de plaidoiries, onglet n° 3).

¹⁶⁷ Nicaragua, ministère des affaires étrangères, *Situación jurídica del Rio San Juan*, Managua 1954, MCR, vol. 6, annexe 219 ; Nicaragua, ministère des affaires étrangères, *Situación jurídica del Rio San Juan*, Managua, 1974, MCR, vol. 6, annexe 222. Dossier de plaidoiries, onglet n° 18.

38. Pour résumer ce point, Monsieur le président, le terme «comercio» désigne les acceptions principales que le dictionnaire lui attribue : l'idée de transaction et de tout ce qui lui est connexe, ainsi que celle de communication¹⁶⁸.

39. Au bout du compte, l'interprétation que nos contradicteurs vous présentent n'est guère sérieuse. Le Nicaragua vous propose de traduire «objetos» par «articles» et «comercio» par «trade in goods»¹⁶⁹. Résultat étonnant : la traduction serait donc : «with articles of trade in goods»¹⁷⁰, «avec des articles de commerce de marchandises» ! Je passe maintenant au contexte.

B. Les termes «con objetos de comercio» dans le contexte du traité peuvent seulement signifier «aux fins du commerce»

40. Le contexte qui entoure l'expression «con objetos de comercio» à l'article VI prouve que le sens ordinaire de ces termes est ici «aux fins du commerce». Nous allons mentionner quatre éléments fondamentaux constituant le contexte.

a) Le contexte grammatical montre que les termes «con objetos de comercio» ne pourraient avoir une autre signification

41. A l'article VI, l'expression «con objetos de comercio» explicite le droit perpétuel de libre navigation. Elle n'est pas employée comme une limitation. Elle apparaît juste avant la description de l'étendue géographique relative à l'exercice de ce droit, *premier élément fondamental du contexte*. Ce qui suit immédiatement l'expression en cause exprime la destination de ce commerce. M. Moreno de Alba a fourni, quant à lui, une explication grammaticale irréfutable, démontrant que dans le contexte de la longue phrase de l'article VI, «con objetos de comercio» ne peut pas signifier «avec des articles de commerce» et qu'en réalité, la seule acception possible du point de vue du contexte grammatical est «aux fins du commerce».

b) La référence à la «navigation commune» à l'article VI du traité reflète une étendue large du droit de libre navigation du Costa Rica

42. Un *deuxième élément fondamental du contexte* se trouve quelques lignes plus loin. Pour se référer à la zone géographique où les navires de l'un ou l'autre Etat pourront accoster,

¹⁶⁸ MCR, par. 4.42-4.72.

¹⁶⁹ CMN, par. 4.1.16-4.1.28 et par. 4.3.19 ; DN, par. 3.4, 3.70.

¹⁷⁰ DN, par. 3.4.

l'article VI utilise l'expression «en la parte en que la navegación es común», «la portion du fleuve où la navigation est commune»¹⁷¹. Comment le Nicaragua peut-il expliquer l'adjectif «commune» qui qualifie la navigation des deux Etats sur ce tronçon, s'il est vrai que l'un d'entre eux aurait un droit absolu de navigation et l'autre un droit extrêmement limité ? L'adjectif «commun» n'est pas une terminologie que les Parties utiliseraient si l'interprétation actuelle du Nicaragua était correcte. Le Costa Rica s'est référé à cet élément du contexte dans ses écritures, sans rencontrer jusqu'à présent de réaction du Nicaragua¹⁷².

c) Le mot «objetos» utilisé à l'article VIII du traité renvoie à des «fins» ou «matières», mais non à des «articles»

43. Le *troisième élément fondamental du contexte* est l'article VIII du traité. Pour la deuxième fois, le traité emploie le pluriel «objetos». Il n'y a là aucune marge d'interprétation possible : le terme employé à l'article VIII se réfère aux «fins», «matières» ou «sujets», et évidemment pas à des «articles» ou à des «biens». Nous l'avons affirmé dans le mémoire¹⁷³. Le Nicaragua est resté silencieux. Le rapport de M. Seco ne souffle mot non plus.

d) L'économie d'ensemble du traité confirme l'interprétation costa-ricienne

44. Enfin, un *quatrième élément du contexte* réside dans d'autres droits et obligations du Costa Rica découlant du traité et continue aux articles IV, VIII et IX de celui-ci. Ce contexte est éloquent : il montre que, bien que les eaux du San Juan aient été attribuées au Nicaragua, le Costa Rica y possède d'importants droits et même des obligations. Il serait étonnant de supposer que le Costa Rica doit défendre le fleuve, que le Nicaragua ne puisse conclure librement de contrats de transit sans le préavis du Costa Rica, que les Parties doivent s'abstenir d'utiliser le fleuve pour des opérations militaires en cas de conflit armé, tout cela alors que tout ce que le Costa Rica aurait obtenu de concret aurait été de transporter des marchandises et seulement des marchandises.

45. Ces quatre éléments montrent que le sens ordinaire des termes «con objetos de comercio» dans leur contexte ne peut être autre que «aux fins du commerce».

¹⁷¹ «at the portion [of the river] where the navigation is common».

¹⁷² RCR, par. 3.72

¹⁷³ MCR, par. 4.27-4.29.

C. Les autres éléments à prendre en considération en même temps que le contexte confirment l'interprétation costa-ricienne

46. Les trois autres facteurs dont on doit tenir compte en même temps que du contexte selon l'article 31 de la convention de Vienne vont également dans le sens de l'interprétation costa-ricienne.

a) Il y a eu un accord ultérieur au sujet de l'interprétation de «con objetos de comercio»

47. L'arbitrage Cleveland a été la première occasion permettant aux parties de manifester leur accord sur le sens de l'expression «con objetos de comercio». Selon le compromis arbitral, les parties pouvaient soulever à l'égard du traité toute question considérée comme relevant «d'une interprétation douteuse». Le Nicaragua a soulevé onze points d'interprétation douteuse, y compris certains points relatifs à l'article VI. Il n'a pas soulevé de question au sujet de l'expression «con objetos de comercio». Le Costa Rica non plus. Ceci témoigne de l'absence de désaccord sur cette question.

48. Mais il y a plus. Les deux parties se sont présentées devant le président-arbitre avec la même traduction : «for the purposes of commerce»¹⁷⁴. Elles ont ainsi manifesté leur accord sur ce point, certes chacune de son côté, mais de manière identique¹⁷⁵ et devant l'arbitre qu'elles avaient choisi pour trancher toute question controversée relative au traité. Il s'agit là de l'expression d'un accord entre les parties quant à l'interprétation de l'expression «con objetos de comercio» contenue dans le traité, intervenue après son entrée en vigueur. Il faut lui donner effet : cette expression se traduit en anglais par «for the purposes of commerce».

b) La pratique subséquente n'offre guère de doutes : «aux fins du commerce»

49. La pratique subséquente des Parties illustre également quelle est l'interprétation correcte. On pourrait même dire qu'au début le Nicaragua a été très soucieux de voir les droits du Costa Rica respectés, et ceci même relativement aux traités qu'il a conclus avec des Etats tiers. L'on en veut

¹⁷⁴ RCR, par. 3.41-3.42.

¹⁷⁵ Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria; Undertakings of the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran with Respect of the Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria; Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran, *ILM*, 1981, vol. 20, p. 223. *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 112, par. 17.

pour preuve, les traités conclus par le Nicaragua avec la France en 1859 et avec la Grande-Bretagne en 1860, dans lesquels le Nicaragua lui-même stipule que rien de ce qui est contenu dans ces traités ne devra être compris de façon à affecter la réclamation du *Gouvernement et des citoyens de la République de Costa Rica* à un libre passage par la rivière San Juan pour leurs *personnes* et leurs propriétés de l'océan et vers l'océan¹⁷⁶.

50. Afin de minimiser leur importance, l'Etat défendeur prétend que les traités en question concernaient des «revendications» costa-riciennes et non des «droits»¹⁷⁷. L'explication de l'emploi de ce terme peut résider dans le fait que les deux traités répètent presque mot pour mot un article semblable contenu dans le traité que le Nicaragua avait conclu avec les Etats-Unis en 1857, c'est-à-dire juste avant la conclusion du traité Cañas-Jerez¹⁷⁸.

51. On peut discuter du sens du mot «revendications» figurant dans ces traités, mais je vous ferai grâce, Monsieur le président, d'une telle démarche. Il suffit de signaler qu'il est pour le moins bizarre — pour ne pas dire surprenant — qu'un Etat A insère, dans un traité conclu avec un Etat B, une clause sauvegardant des «revendications» d'un Etat C, qui, de plus, vont à l'encontre de la position juridique que A aurait contre C. Une chose est sûre : même si le Nicaragua donnait une interprétation correcte de ce terme — *quod non* —, il demeure incontestable qu'à l'époque de la conclusion du traité Cañas-Jerez et après, le Nicaragua interprétait la position costa-ricienne comme signifiant *aussi bien le transport de personnes que de marchandises*, un transport *tant public (du gouvernement) que privé (des particuliers)*.

52. La pratique ultérieure témoigne aussi d'une interprétation commune de l'article VI. A vrai dire, le droit de libre navigation du Costa Rica sur le San Juan a davantage été exercé pour le transport de personnes (personnes privées ou fonctionnaires publics) que de marchandises¹⁷⁹, et ce

¹⁷⁶ Voir respectivement RCR, vol. 2, annexe 14 (article XXXIII) et annexe 15 (article XXVI) (dossier de plaidoiries, onglets n° 28 et 29).

¹⁷⁷ DN, vol. I, par. 3.94.

¹⁷⁸ RCR, vol. 2, annexe 10 (article XX) (dossier de plaidoiries, onglet n° 30).

¹⁷⁹ Voir, entre autres : déclaration sous serment de Carlos Lao Jarquin, 27 janvier 2006, MCR, vol. 4, annexe 84 ; déclaration sous serment de Geovany Navarro Garro, 27 janvier 2006, MCR, vol. 4, annexe 85 ; Pablo Gerardo Hernández Varela, 27 janvier 2006, MCR, vol. 4, annexe 86 ; déclaration sous serment de Santos Martín Arrieta Flores, 27 janvier 2006, MCR, vol. 4, annexe 87 ; déclaration sous serment de Carlos Luis Alvarado Sánchez, 27 janvier 2006, MCR, vol. 4, annexe 88 ; déclaration sous serment de Daniel Soto Montero, 27 janvier 2006, MCR, vol. 4, annexe 89 ; déclaration sous serment de Luis Ángel Jiron Angulo, 28 janvier 2006, MCR, vol. 4, annexe 90 ; Marvin Hay Gonzalez, 28 janvier 2006, MCR, vol. 4, annexe 91 ; Armando Perla Pérez, 28 janvier 2006, MCR, vol. 4, annexe 92.

fait n'a pas été contesté par le Nicaragua, sauf à partir de la naissance de ce différend. En témoigne son attitude en 1980-1982, lorsqu'il a intercepté des navires d'une compagnie de tourisme costa-ricienne, ou lorsqu'il a tiré contre une embarcation du ministère de la santé, en invoquant des problèmes de sécurité liées à la guerre civile et non pas parce qu'il aurait perçu cette navigation comme étant contraire à l'article VI¹⁸⁰.

53. Je mentionnerai aussi l'article premier de l'accord de 1956¹⁸¹, qui pose l'obligation de faciliter et d'accélérer la circulation sur le San Juan, de la même manière qu'il le fait pour la route panaméricaine. Si, comme le Nicaragua l'affirme, le Costa Rica n'a pas utilisé le San Juan pour l'exportation de marchandises, alors de quelle circulation l'accord de 1956 parle-t-il¹⁸² ?

54. D'autres éléments de la pratique subséquente ressortent des déclarations faites par des ministres nicaraguayens, ainsi que d'autres accords entre les parties concernant des questions spécifiques de navigation et d'utilisation du San Juan¹⁸³. Ils tendent tous vers la reconnaissance du droit de libre navigation comprenant la communication, le transport de personnes et de marchandises.

55. Que cette pratique ultérieure reflète ou non un accord intervenu dans l'interprétation du traité, elle étaye dans les deux situations l'interprétation faite de l'expression «*con objetos de comercio*» suivant le sens ordinaire à attribuer à ces termes¹⁸⁴.

c) La pratique jurisprudentielle confirme également l'interprétation costa-ricienne

56. Comme on le sait, c'est la troisième fois que le Costa Rica est contraint de s'adresser à une instance juridictionnelle pour obtenir le respect par le Nicaragua du traité Cañas-Jerez. Les décisions des instances précédentes confirment l'interprétation costa-ricienne de l'article VI.

¹⁸⁰ Lettres adressées par la direction de *Swiss Travel Services* au ministère costa-ricien de la sécurité publique et au ministère des affaires étrangères (MCR, vol. 6, annexes 223, 224 et 225). "Nicaragua conditions navigation on the waters of the San Juan River", *La Nación*, San José, 8 novembre 1980 (MCR, vol. 5, annexe 111).

¹⁸¹ MCR, vol. 2, annexe 24 (dossier de plaidoiries, onglet n° 4).

¹⁸² Article premier de l'accord complémentaire à l'article IV du pacte d'amitié, 9 janvier 1956, NURT, vol. 1465, p. 227. MCR, vol. 2, annexe 24 (en anglais).

¹⁸³ Lettre du 27 juillet 1897 adressée par le secrétaire de la Diète de la République Majeure de l'Amérique centrale au ministre des affaires étrangères du Costa Rica, MCR, vol. 3, annexe 37 ; Nicaragua, ministère des affaires étrangères, *Situación jurídica del Rio San Juan*, Managua 1954, MCR, vol. 6, annexe 219 ; Nicaragua, ministère des affaires étrangères, *Situación jurídica del Rio San Juan*, Managua, 1974, MCR, vol. 6, annexe 222.

¹⁸⁴ Voir *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1096, par. 80.

i) La sentence Cleveland

57. Devant l'arbitre Cleveland, le Nicaragua n'a pas examiné les plaidoiries qu'il a invoquées. S'il était vrai que l'article VI visait à accorder au Costa Rica un droit de naviguer sur le San Juan uniquement pour transporter des marchandises, pourquoi cet argument n'a-t-il pas été soulevé par le Nicaragua devant le président Cleveland pour nier le droit de navigation aux navires de guerre ou du service fiscal du Costa Rica ? Cela aurait pourtant fourni l'argument le plus évident : par définition, ni les navires de guerre, ni les navires du service fiscal sont destinés à transporter des marchandises. Le président Cleveland ne s'est pas davantage servi de cet argument. Pire encore (pire pour le Nicaragua, bien sûr) : l'arbitre a interprété l'article VI comme permettant la navigation de navires fiscaux — et armés — du Costa Rica afin de protéger la navigation aux fins du commerce. Tout cela paraît très étrange si l'on suppose un seul instant que l'interprétation fantaisiste que le Nicaragua avance aujourd'hui est correcte.

58. Le président Cleveland a explicitement mentionné l'expression présentement controversée. Dans sa sentence, l'arbitre indique que le Costa Rica «peut naviguer sur ledit fleuve avec des bateaux du service des douanes dans l'exercice du droit d'usage de ce fleuve «aux fins du commerce» — droit que lui reconnaît ledit article — ou dans les cas nécessaires à la protection de ce droit d'usage»¹⁸⁵. Ce passage tiré de la sentence arbitrale n'admet pas deux interprétations différentes. La lecture nicaraguayenne aboutirait au résultat absurde de l'exercice d'un droit d'usage du fleuve aux «articles de commerce».

ii) L'arrêt de la Cour de justice centraméricaine

59. Dans son arrêt de 1916, la Cour de justice centraméricaine évoque «le droit indiscutable [du Costa Rica] de naviguer librement sur le fleuve»¹⁸⁶ et, paraphrasant l'article VI, utilise la formule synonyme espagnole «*para fines comerciales*» pour expliquer ce que cet article entend par «*con objetos de comercio*»¹⁸⁷. L'arrêt de 1916 affirme que le traité conclu en 1858, comme il a été interprété par la sentence Cleveland, «met sur un pied d'égalité les navires costa-riens du service

¹⁸⁵ Original en anglais : «may navigate said river with such vessels of the revenue service as may be related to and connected with her enjoyment of the «purposes of commerce» accorded to her in said article, or as may be necessary to the protection of said enjoyment» (MCR, vol. 2, annexe 16).

¹⁸⁶ MCR, annexe 21, chapitre II, section IV.

¹⁸⁷ MCR, annexe 21, chapitre III, a). Texte original en espagnol : MCR, vol. 1, p. 23, note 53 (dossier de plaidoiries, onglet n° 3).

fiscal avec les navires marchands, et ceci afin de pouvoir protéger les droits de ces derniers, ou pour réaliser les objectifs commerciaux susmentionnés»¹⁸⁸.

60. L'arrêt de la Cour de justice centraméricaine réaffirme ainsi le droit de libre navigation des navires privés et publics costa-riens. Il possède valeur de chose jugée.

d) Les règles pertinentes du droit international applicables en la matière

61. Le Nicaragua a déployé beaucoup d'efforts pour refuser toute pertinence aux règles générales relatives aux cours d'eaux internationaux¹⁸⁹. Nous sommes d'accord pour considérer que le traité Cañas-Jerez constitue une *lex specialis*, mais cela ne prive nullement les règles générales de leur pertinence. Elles servent à interpréter les concepts utilisés par le traité Cañas-Jerez. Mon collègue et ami, le Professeur Lucius Caflisch s'y est déjà référé.

D. L'objet et le but du traité ne modifient nullement l'interprétation de l'article VI

62. L'effort nicaraguayen de démontrer que l'objet et le but du traité visaient simplement à établir la frontière ne vient en rien appuyer sa nouvelle interprétation de l'article VI. Au contraire. Il existait un différend concernant le San Juan et on désirait régler les questions relatives à la possible construction d'un canal interocéanique. La souveraineté sur les eaux fut accordée au Nicaragua *sous condition* de la reconnaissance d'un droit perpétuel de libre navigation au Costa Rica. Le Nicaragua semble l'oublier, même si de temps en temps il l'accepte formellement du bout des lèvres¹⁹⁰. Il ne ressort nullement que l'expression «*con objetos de comercio*» doit être comprise dans un sens favorable au souverain des eaux et par conséquent comme signifiant «avec des marchandises».

Monsieur le président, j'ai environ sept minutes pour conclure. Si vous le souhaitez, je continue jusqu'à la fin ou je m'arrête maintenant.

The PRESIDENT : Thank you, Professor Kohen. I think you can continue.

¹⁸⁸ MCR, vol. 2, annexe 21, chapitre III, a).

¹⁸⁹ CMN, par. 3.3.1-3.3.10 ; DN, par. 2.93-2.95.

¹⁹⁰ CMN, par. 5.1.13 ; DN, par. 2.67.

M. KOHEN : Thank you very much.

E. Les moyens complémentaires d'interprétation confirment eux aussi la position costa-ricienne

63. Passons rapidement à l'emploi des moyens *complémentaires* d'interprétation, qui semblent être pour le Nicaragua, les moyens *fondamentaux* d'interprétation : la pratique précédente — en effet, on ne peut pas parler ici de *travaux préparatoires* — et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu.

a) La pratique précédente des Parties confirme le droit de libre navigation aux fins du commerce

64. Le Nicaragua fait grand cas de ce qui aurait été le principal objectif du Costa Rica lors des négociations entre les Parties, à savoir la possibilité d'exporter du café en empruntant le San Juan, pour conclure que le seul droit qu'il tirerait de l'article VI du traité Cañas-Jerez serait le transport de marchandises¹⁹¹.

65. Ce qui était vital pour le Costa Rica était l'utilisation du San Juan comme voie d'accès à l'Atlantique, non seulement pour l'exportation du café, mais également de manière générale, comme voie de contact avec la partie caribéenne de son territoire, ainsi qu'avec l'Europe. A supposer même que son intérêt principal eût été à l'époque l'exportation de café, n'importe quel dirigeant politique ou négociateur aurait eu à l'esprit l'utilisation générale du fleuve. De plus, nous l'avons dit dans notre mémoire¹⁹² sans rencontrer de contradiction, l'importante population européenne, ayant migré vers le Costa Rica, a largement emprunté le San Juan.

66. Pour justifier son interprétation des précédents au traité Cañas-Jerez, la tactique constante du Nicaragua a été de mélanger deux choses bien différentes : la navigation sur le San Juan, d'une part, et la libre exportation des marchandises costa-riciennes à partir du port nicaraguayen de San Juan del Norte, d'autre part, sans paiement de droits de douane ou d'autres

¹⁹¹ CMN, par. 4.1.35 ; DN, par. 3.23-3.24 et 3.29-3.31.

¹⁹² MCR, par. 4.60.

taxes¹⁹³. Les marchandises sont concernées par l'objectif du non-paiement de droits de douane et non par la navigation sur le San Juan !

67. Nous avons déjà contré la tentative du Nicaragua d'assimiler la navigation en général et le transport de marchandises en particulier¹⁹⁴. A titre d'exemple, je me contenterai ici de réfuter la présentation d'un nouveau cas cité dans la duplique nicaraguayenne. Il s'agit des instructions données en 1838 à Don Francisco Oreamuno, négociateur costa-ricien¹⁹⁵. A en croire le Nicaragua, l'instruction n° 17 imposait à Oreamuno la tâche d'obtenir la liberté de navigation sur le San Juan pour tous les articles d'importation et d'exportation¹⁹⁶. Une fois encore, nos contradicteurs semblent avoir un sérieux problème avec l'interprétation des textes. En effet, le texte de l'instruction 17 dit : «[Le négociateur] stipulera la liberté du Costa Rica de naviguer le fleuve San Juan et la liberté du droit d'exportation de ses fruits par le même fleuve...»¹⁹⁷. Le Nicaragua a allègrement ignoré la conjonction «et» qui ajoute la liberté d'exporter ses produits à la liberté de navigation. En aucun cas, il ne s'agit d'obtenir la seule navigation avec des marchandises d'exportation. Naturellement, la liberté d'exporter ses fruits signifie la non-soumission à des droits de douane des marchandises exportées par le Costa Rica en passant par territoire nicaraguayen.

68. En conséquence, ni les instructions des négociateurs costa-riciens, ni les traités précédents non ratifiés ne permettent d'interpréter l'article VI du traité Cañas-Jerez à la manière du Nicaragua. Au contraire, ils montrent que l'objectif minimum permanent du Costa Rica a toujours été de pouvoir naviguer librement sur le San Juan.

b) *Les instruments internationaux conclus par des Etats tiers à l'époque confortent aussi l'interprétation costa-ricienne*

69. Les circonstances dans lesquelles le traité Cañas-Jerez a été conclu sont connues¹⁹⁸. Cela ne modifie en rien l'interprétation textuelle et contextuelle de l'article VI. Je me référerai à un

¹⁹³ DN, par. 3.32-3.44.

¹⁹⁴ RCR, par. 2.54.

¹⁹⁵ CMN, annexe 87.

¹⁹⁶ DN, par. 3.33.

¹⁹⁷ CMN, annexe 87.

¹⁹⁸ MCR, par. 2.12-2.27 ; CR 2009/2 (Brenes), par. 24.

autre aspect connexe, existant au moment de la conclusion du traité : les traités concernant des questions de navigation fluviale conclus par des Etats tiers à la même époque.

70. Lorsque les Etats voulaient apporter à l'époque des restrictions à la navigation sur un fleuve, ils le faisaient explicitement. Ainsi l'article premier de l'acte de navigation sur le Danube de 1857 précise que la libre navigation «sous le rapport du commerce» doit se conformer, non seulement à l'acte de navigation lui-même mais aussi, «aux règlements de police fluviale» de l'Etat concerné¹⁹⁹. On ne trouve rien de semblable à l'article VI du traité Cañas-Jerez.

F. Le jeu nicaraguayen de l'interprétation «évolutive» n'a aucune pertinence

71. Nos amis de l'autre côté de la barre aiment Don Quichotte. C'est pourquoi ils se battent à nouveau contre un moulin à vent. A les entendre, le Costa Rica voudrait donner une interprétation «évolutive» au traité Cañas-Jerez²⁰⁰.

72. Le problème, bien entendu, n'est pas là. Le Nicaragua lui-même admet que tout ce qui constitue aujourd'hui une «marchandise» tomberait sous le coup du droit de navigation «avec des articles de commerce», même si ces marchandises n'existaient pas en 1858²⁰¹.

73. En effet, si l'affirmation nicaraguayenne relative aux marchandises est vraie, alors elle doit également s'appliquer aux «fins du commerce». Toute finalité commerciale considérée comme telle aujourd'hui sera couverte par le traité de 1858, même si cette finalité commerciale n'existait pas à l'époque de sa conclusion²⁰².

CONCLUSION

74. Monsieur le président, Messieurs les juges, l'argument principal du Nicaragua pour tenter d'échapper au respect de l'article VI du traité Cañas-Jerez repose sur une construction bien fragile. C'est un artifice récent qui ne peut tromper personne. Quiconque lisant l'article VI sans parti pris aboutira à la même conclusion : l'expression en cause se réfère aux fins du commerce, et non aux marchandises. Et les fins du commerce comprennent aussi bien le transport de

¹⁹⁹ 117 CTS 474 ; MCR, par. 4.09.

²⁰⁰ DN, par. 3.96.

²⁰¹ CMN, par. 4.3.24.

²⁰² *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1978, p. 32, par. 77 ; *Affaire concernant le Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent entre le Canada et la France*, sentence du 17 juillet 1986, RSA, vol. XIX, p. 247, par. 37.

marchandises que celui de personnes et la communication entre les diverses régions géographiques mentionnées par le même article, tant par des navires privés que publics.

75. Je vous remercie, Monsieur le président, Messieurs les juges, de votre patience. Ainsi s'achève la première journée des plaidoiries du Costa Rica.

The PRESIDENT: I thank Professor Marcelo Kohen for his presentation. I would like to thank him in particular for his co-operation in trying to keep his remarks within the time-limit for this morning. Tomorrow the Court will continue to hear the oral pleadings by Costa Rica in its first round at 10 o'clock. The meeting is adjourned.

The Court rose at 1.15 p.m.
