

Non-Corrigé
Uncorrected

Traduction
Translation

CONI*

CR 2009/6 (traduction)

CR 2009/6 (translation)

Lundi 9 mars 2009 à 10 heures

Monday 9 March 2009 at 10 a.m.

*Reissued for technical reasons.

8 Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. L'audience est ouverte. Je commencerai par noter que le juge Shi, pour des raisons qu'il m'a fait connaître, n'est pas en mesure de siéger aujourd'hui.

La Cour se réunit aujourd'hui pour entendre la République du Costa Rica en son second tour d'observations orales. Je donne maintenant la parole à M. Crawford.

M. CRAWFORD :

1. QUESTIONS GÉNÉRALES D'INTERPRÉTATION

Introduction

1. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, dans cette première plaidoirie, j'examinerai trois points qui revêtent un caractère général, sous lesquels je regrouperai les arguments exposés la semaine dernière par différents conseils du Nicaragua.

A. Souveraineté et droit perpétuel de libre navigation

2. Le premier point est la relation entre souveraineté et droit perpétuel de libre navigation. M. Brownlie l'a traité en détail¹ — sans, toutefois, toujours éviter de verser dans la caricature lorsqu'il rend compte de notre position. Ainsi nous a-t-il attribué l'idée que «le droit de navigation énoncé dans le traité de 1858 [serait], d'une certaine manière, absolu ou impératif» (*absolute or peremptory*)². En réalité, le mot «peremptory» (impératif) n'apparaît à aucun moment dans le mémoire ou la réplique. L'adjectif «absolute» (absolu) apparaît quatre fois dans l'original anglais — trois fois lorsque le Costa Rica cite l'arrêt de la Cour de justice centraméricaine affirmant que la propriété exercée par le Nicaragua sur le fleuve n'est «ni absolue ni illimitée»³, et une fois pour indiquer que la souveraineté du Nicaragua n'est pas absolue, mais sujette à des limitations établies par le traité⁴. Les paragraphes de la réplique qu'a cités M. Brownlie énoncent que le Nicaragua ne saurait restreindre le droit de navigation du Costa Rica, mais sans laisser entendre que le droit

¹ CR 2009/4, p. 19-20 (par. 4-9) et p. 29-35 (par. 46-67) (Brownlie).

² *Ibid.*, p. 30 (par. 53) (Brownlie), citant la RCR, par. 3.13-3.25.

³ Mémoire du Costa Rica (MCR), par. 2.46 ; RCR, par. 2.10 ; RCR, par. 3.33.

⁴ Réplique du Costa Rica (RCR), par. 3.09.

conventionnel exercé par le Costa Rica prévaudrait sur la souveraineté du Nicaragua. Les deux coexistent, comme ils coexistent à l'article VI du traité.

9 3. Cependant, je relèverai ici que M. Brownlie a donné à entendre que l'emploi du mot «impératif» pourrait se justifier — pas impératif au sens de l'article 53 de la convention de Vienne, mais «impératif» au sens de quelque chose demandé ou exigé de plein droit ; quelque chose dans lequel il n'y a pas à s'immiscer. La Cour permanente a, dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, utilisé l'expression «caractère général et impératif» à propos de l'article 380 du traité de Versailles, qui disposait que le canal de Kiel «ser[ait] toujours libr[e] et ouver[t] ... aux navires de guerre et de commerce de toutes les nations en paix avec l'Allemagne» (*Vapeur Wimbledon, arrêts, 1923, C.P.J.I. série A n° 1*, p. 21) : à l'évidence, les navires de commerce au sens de l'article 380 comprenaient les navires transportant des passagers. L'article VI du traité de limites est bilatéral, et non général, mais il n'en a pas moins un caractère impératif au sens où la Cour permanente employait ce terme.

4. (Onglet 52.) En 1858, le Costa Rica a expressément reconnu la souveraineté du Nicaragua sur les eaux du fleuve San Juan. Mais cette souveraineté est conditionnée par les droits de libre navigation accordés au Costa Rica. Le Nicaragua l'a affirmé lui-même dans son contre-mémoire :

«Le droit de libre navigation apparaît comme une *réserve* à la souveraineté du Nicaragua et est introduit par le terme «pero» (toutefois). Par conséquent, un droit *particulier* du Costa Rica est présenté comme une réserve restreignant le droit *général* attribué (sous la forme de titre [«dominio»] et de souveraineté [«sumo imperio»]) au Nicaragua.»⁵

Comme vous pouvez le voir à l'écran (onglet 52 de vos dossiers de plaidoiries), c'est le Nicaragua lui-même qui a mis l'accent sur le mot «réserve». Son «dominio y sumo imperio» est présenté, dans cette même phrase, comme limité par les droits de libre navigation du Costa Rica.

5. Le Costa Rica souscrit à l'analyse développée dans ces passages du contre-mémoire — mais pas, apparemment, le Nicaragua ! A présent, la souveraineté primerait sur les droits — le général prévaudrait sur le particulier. Ainsi, selon M. Brownlie,

«quelles que puissent être la nature et la portée précises des droits du Costa Rica ..., le Nicaragua doit avoir compétence exclusive pour exercer les pouvoirs de réglementation suivants :

⁵ Contre-mémoire du Nicaragua (CMN), par. 2.1.48.

.....

e) maintenir les dispositions du traité qui prescrivent les conditions de navigation conformes à ce traité, c'est-à-dire maintenir la discipline du traité en tant que tel, de même que les dispositions de la sentence Cleveland»⁶.

6. C'est là — et je le dis avec tout le respect dû à mon contradicteur — une déclaration inouïe ! Le Nicaragua devrait avoir «compétence *exclusive*» pour «maintenir la discipline du traité en tant que tel». Voilà qui s'apparente selon moi à de l'auto-interprétation — meilleur moyen de favoriser l'indiscipline, et non la discipline ; et certainement pas le respect du droit international.

10

7. Ce n'est pas ainsi que la Cour permanente, votre devancière, comprenait la relation entre souveraineté et obligation dans le contexte des droits de transit. Dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, l'Allemagne avait fait valoir que les dispositions d'un traité devaient être interprétées de manière restrictive parce qu'elles portaient atteinte à sa souveraineté. Or la Cour — dans un des passages les plus célèbres de sa jurisprudence — s'est

«refus[ée] à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'Etat ... mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat.» (*Vapeur Wimbledon, arrêts, 1923, C.P.J.I. série A n° 1, p. 25.*)

8. M. Brownlie a cité un autre *dictum* célèbre, puisé cette fois dans l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire du *Temple de Préah Vihéar (Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, 34)*⁷, qui concerne le caractère définitif des règlements de frontières et qu'il a commenté ainsi :

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

9. Mais, ici, c'est le traité de 1858 lui-même qui autorise expressément un droit perpétuel de libre navigation, navigation qui est elle-même une «procédure constamment ouverte», ou devrait l'être. M. Brownlie vous invite à donner effet à la frontière définie dans la première partie de

⁶ CR 2009/4, p. 35-36, par. 67.

⁷ CR 2009/4, p. 20, par. 7.

⁸ CR 2009/4, p. 20, par. 8.

l'article VI mais à interpréter de manière restrictive, sinon à vider de toute substance, le régime de libre navigation introduit en espagnol par le mot «pero» (toutefois) et énoncé dans la seconde partie de l'article VI ainsi que dans d'autres passages du traité. C'est le Nicaragua qui s'emploie, ce faisant, à opérer une revision — par opposition à une interprétation — du règlement de 1858.

B. NATURE DU TRAITÉ DE LIMITES

10. Voilà qui me mène à mon deuxième point d'ordre général — la nature du traité de limites. A cet égard, le Nicaragua a présenté trois grands arguments.

a) *Le «climat de contrainte» allégué par le Nicaragua*

11

11. Le premier de ces arguments a été avancé en ces termes par l'éminent agent du Nicaragua : «Au cours des trente années qui suivirent la signature de ce traité, le fait qu'elle soit intervenue dans un climat de contrainte suscita un fort ressentiment au Nicaragua.»⁹ Certes, les circonstances entourant la conclusion du traité de limites attestent l'existence d'un réel conflit sur des questions ayant trait au tracé d'un canal, mais elles sont bien loin d'établir l'existence d'une contrainte, voire seulement d'un climat de contrainte — quant à moi, je ne sais ce que je préfère, une contrainte ou un climat de contrainte. Trois faits, que j'exposerai rapidement, viennent démentir cette allégation...

12. *Premièrement*, les négociations ont eu lieu sous la médiation du représentant d'un Etat neutre — le Salvador —, qui a également fait office de contresignataire. J'invite la Cour à prendre connaissance de l'acte additionnel qui accompagne le traité de limites, dans lequel les négociateurs expriment leur «gratitude» pour l'assistance «estimable» et «impartial[e]» fournie par le médiateur¹⁰. Nulle trace, donc, de contrainte.

13. *Deuxièmement*, le décret du président du Nicaragua portant approbation et ratification du traité de limites précisait expressément que celui-ci avait été conclu par le général Jerez de manière

⁹ CR 2009/4, p. 11, par. 13 (Argüello).

¹⁰ MCR, annexe 7, p. 52-53.

«pleinement conforme aux instructions qui lui avaient été communiquées à cette fin», constat que le congrès nicaraguayen a par la suite avalisé¹¹.

14. *Troisièmement*, le Nicaragua lui-même n'a pas plaidé la contrainte devant le président Cleveland, mais invoqué des arguments constitutionnels dont George Rives a estimé qu'ils ne «p[ouvaient] être retenu[s]»¹².

15. Soit dit en passant, il nous a été donné à entendre, la semaine dernière, que Rives partageait l'appréciation selon laquelle le traité aurait été inéquitable et injuste envers le Nicaragua¹³. Certainement pas ! Dans le seul passage de son rapport assimilable à un commentaire sur le traité, Rives notait ceci :

«[L]e fait que le Costa Rica ait, durant cette même période de près de vingt années [1838-1858], prétendu exercer sa souveraineté sur un territoire plus étendu que ce qu'il a obtenu en vertu du traité de limites ressort clairement du «décret sur les fondements et garanties» du 8 mars 1841 — qui proclame que le territoire du Costa Rica est délimité par la rivière La Flor, la rive du lac Nicaragua et le fleuve San Juan»¹⁴.

12 b) *La «théorie Nicoya» est fautive —en tout état de cause, elle est dépourvue de pertinence aux fins de l'interprétation du traité*

16. Le deuxième argument présenté à cet égard par le Nicaragua est ce que j'appellerai la «théorie Nicoya». Il a été exposé pour l'essentiel par M. Brownlie, mais avec le loyal soutien de M. l'ambassadeur Argüello et de M. McCaffrey.

17. Le Nicaragua a produit une carte attribuée à Fermin Ferrer, qui accorde à la province costa-ricienne de Guanacaste, assimilée à tort à Nicoya, un territoire surdimensionné¹⁵. Ce que le Nicaragua omet de mentionner, c'est que M. Ferrer était l'un des associés de William Walker, le tristement célèbre flibustier, pour le compte duquel il fut successivement président par intérim et ministre des affaires étrangères. Si l'on tient compte des visées notoires de Walker — faire main basse non seulement sur le Nicaragua mais également sur le site d'un futur canal et, à terme, le

¹¹ *Ibid.*, annexe 207, p. 53.

¹² Premier rapport de George L. Rives, 2 mars 1888, CMN, annexe 70, p. 7, 13, 15, 17.

¹³ CR 2009/5, p. 34, par. 21 (McCaffrey).

¹⁴ Premier rapport de George L. Rives, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵ CR 2009/4, p. 24, par. 22-23, (Brownlie).

reste de l'Amérique centrale —, l'on ne s'étonnera pas que, sur cette carte, Guanacaste s'étende, à l'est, jusqu'à la mer des Caraïbes et, au sud, jusqu'au Río Colorado¹⁶.

18. (Onglet 53.) Vous voyez apparaître à l'écran le graphique établi par M. Brownlie lui-même à partir de la carte de Ferrer. M. Brownlie nous a présenté la zone qui apparaît en vert comme étant le «département de Nicoya avant la conclusion du traité». Or, rien — ou presque —, dans cette carte, n'est exact. Le Nicaragua fait valoir que cette vaste zone lui a été enlevée de manière illicite en 1824¹⁷, en violation du principe de l'*uti possidetis*, et que sa cession, ou son abandon, par le Nicaragua est à la base du compromis inique que serait le traité de limites¹⁸.

19. Je commencerai par relever qu'il n'y a eu aucune violation de l'*uti possidetis*. Ce n'est pas la première fois, dans l'histoire de l'Amérique latine, qu'une unité administrative était détachée d'un territoire pour être intégrée à une autre, ou traitée comme distincte — le Chiapas en est un autre exemple. Sur le principe de l'*uti possidetis*, je prierais la Cour de se référer à nos écritures¹⁹.

20. Le rattachement de Nicoya au Costa Rica fut librement décidé par sa population — il n'y eut pas d'appropriation illicite ou d'usurpation. Le rattachement fut approuvé par les habitants de Nicoya à pas moins de sept reprises²⁰. Il fut confirmé par le Congrès de la fédération d'Amérique centrale en 1825²¹. M. Brownlie²² a fait grand cas de l'expression «[p]our l'instant», utilisée à l'article 1 du décret du Congrès. En réalité, la suite de ce même article apporte l'éclaircissement voulu : «Pour l'instant, et jusqu'à ce que la démarcation du territoire de chaque Etat, telle qu'elle est prévue par l'article VII de la Constitution, soit effectuée...» L'article VII disposait que la démarcation des Etats intérieurs serait effectuée par loi spéciale dès lors que les données requises seraient disponibles²³. S'il ne fut jamais mis en œuvre, le processus visé à l'article VII était bien un processus de démarcation, et non un processus consistant à retransférer à une province réfractaire une population rétive. Comme l'affirmait Rives dans son rapport, «en 1858, le

13

¹⁶ A propos de Ferrer, voir http://es.wikipedia.org/wiki/Ferm%C3%ADn_Ferrer.

¹⁷ CR 2009/4, p. 10, par. 8 (Argüello).

¹⁸ CR 2009/4, p. 28, par. 40-41 (Brownlie).

¹⁹ RCR, par. 1.23, et app. 1, par. A15-A28.

²⁰ RCR, par. A.17.

²¹ CMN, annexe 55 ; RCR, annexe 5 ; RCR, par. A.17.

²² CR 2009/4, p. 25, par. 25-26.

²³ www.asamblea.gob.ni/opciones/constituciones/1824-11-22.doc ; Premier rapport Rives, CMN, annexe 70, p. 4.

Costa Rica était en possession ininterrompue du district de Nicoya, en vertu d'un titre, qu'il revendiquait depuis plus de trente-deux ans»²⁴.

21. La question de Nicoya se posa au président Cleveland de la manière suivante. Si Nicoya faisait partie du Nicaragua avant 1858, sa cession, sans l'approbation des différents congrès, était contraire à la constitution — auquel cas le traité de limites était nul. Rives, dans son premier rapport, examina donc en détail cette question.

22. Selon Rives,

«[L]e district de Nicoya se trouve du côté Pacifique du continent et a globalement la forme d'un triangle, dont le sommet est au sud. Il est bordé à l'ouest par l'océan Pacifique et à l'est par le golfe de Nicoya et le Río del Salto..., petit cours d'eau qui débouche dans le fond du golfe et prend sa source non loin de la rive sud du lac Nicaragua.»²⁵

La limite nord du district était constituée par le lac et (selon le Costa Rica) le Río La Flor, encore que Rives n'eût pas été appelé à la fixer. Rives n'était pas davantage appelé à déterminer le tracé de la ligne reliant la source du Río del Salto à «l'embouchure du fleuve San Juan au niveau du port de San Juan del Norte», mais n'en affirma pas moins qu'il n'y avait «nullement lieu de croire que ce dût être une ligne droite»²⁶ — à fortiori, la ligne droite figurée aujourd'hui par M. Brownlie.

23. (Onglet 54.) Ce qui est clair, c'est que Nicoya n'aurait pu, contrairement à la représentation qu'en fait le Nicaragua, s'étendre jusqu'à l'embouchure du Río Colorado. «Le district de Nicoya se trouve du côté Pacifique du continent», comme l'écrivait Rives ; et même lorsque Nicoya relevait de la capitainerie générale du Guatemala, sa limite, sur les cartes, s'étendait du nord du Río del Salto au lac. Vous trouverez l'une de ces cartes à l'onglet 54 de vos dossiers de plaidoiries²⁷. Tout à fait indépendamment de Nicoya, la frontière nord du Costa Rica suivait le cours du Desaguadero, ainsi qu'indiqué dans la charte royale de 1573²⁸.

14

²⁴ Premier rapport Rives, CMN, annexe 70, p. 5 [traduction du Greffe].

²⁵ *Ibid.*, p. 3 [traduction du Greffe].

²⁶ *Ibid.*, p. 6 [traduction du Greffe].

²⁷ Voir : <http://books.google.nl/books?id=iACOaiasVl0C&printsec=frontcover&dq=rio+san+juan+clotilde+obregon&hl=fr>.

²⁸ Charte royale de Diego de Artieda, CMN, annexe 86.

24. M. Brownlie a affirmé, une fois de plus, que «le fleuve San Juan de Nicaragua appartenait exclusivement à la province du Nicaragua depuis 1573»²⁹. C'est faux. Officiellement, le Nicaragua n'a acquis un titre territorial sur la côte caraïbe qu'en 1745 et encore celle-ci était-elle alors occupée par les Indiens Mosquitos dans le cadre d'un protectorat britannique qui ne prit fin qu'en 1860. En 1858, le Nicaragua ne détenait pas le port de San Juan del Norte. Cela apparaît à l'article V du traité de limites.

25. Au bout du compte, Rives conclut que la Constitution nicaraguayenne de 1838 «n'avait pas définitivement fixé les frontières de l'Etat»³⁰ et que le traité de 1858 était «un simple traité de limites, définissant des frontières litigieuses, et non un traité impliquant une cession de territoire et un amendement à la Constitution»³¹. Il s'ensuit que le traité de limites était valable — conclusion confirmée par le président Cleveland et qui compte au nombre des éléments revêtus de l'autorité de la chose jugée en l'espèce.

26. Ainsi, le Nicaragua abandonna en 1858 sa revendication sur Nicoya, mais il obtint la zone située au sud du Río La Flor, une bande de territoire longeant la rive sud du lac, qui lui valut, pour la première fois, le contrôle intégral sur celui-ci, ainsi que sur la totalité du cours du San Juan. Ce n'était pas là un règlement inéquitable.

c) *Les véritables buts et objets du traité de limites*

27. Cela m'amène au troisième point — l'objet et le but du traité de limites. M. Brownlie, fidèle à la thèse sur Nicoya, l'a décrit comme concernant exclusivement la souveraineté territoriale.

28. Mais c'est nier l'évidence même. L'évidence — le but évident du traité — c'était le canal interocéanique. C'est pourquoi il fallait assurer la défense commune des baies communes à chaque extrémité du tracé proposé pour le canal et prévoir, à l'article IX, la démilitarisation le long de cette voie. C'est pourquoi la frontière totalement nouvelle passant au sud du lac était si importante. C'est pourquoi la frontière des deux Etats se trouvait sur la rive gauche du San Juan. Et c'est pourquoi la libre navigation sur le cours commun du fleuve fut concédée en contrepartie : c'était la seule route de la région — elle l'est encore — et si la souveraineté sur cette route était

²⁹ CR 2009/5, p. 25, par. 29.

³⁰ Premier rapport Rives, CMN, annexe 70, p. 12, par. 29 [traduction du Greffe].

³¹ *Ibid.*, p. 11 [traduction du Greffe].

conférée à un Etat, un droit d'usage étendu était conféré à l'autre, dans le même article, dans la clause «pero».

29. (Onglet 55.) George Rives comprend parfaitement la situation lorsqu'il définit les «droits naturels» du Costa Rica évoqués à l'article VIII, répondant ainsi à la dixième question d'interprétation douteuse. L'article VIII définit le droit de regard du Costa Rica à l'égard d'un futur canal : si les «droits naturels» du Costa Rica ne sont pas affectés par le projet de canalisation, son vote n'est que consultatif. Vous voyez à l'écran, ainsi que dans votre dossier de plaidoiries, comment Rives définit ces droits naturels. Et la phrase essentielle est à la fin. Les droits naturels du Costa Rica sont ceux qu'il possède, entre autres, «dans la partie du delta du fleuve San Juan qu'il détient ou sur la partie du fleuve lui-même sur laquelle il a des droits perpétuels de libre navigation et autres droits riverains»³² [traduction du Greffe]. C'est ainsi que Rives expose l'objet du traité de limites d'un point de vue costa-ricien. La sentence Cleveland va dans le même sens quoiqu'elle ajoute «ainsi éventuellement que d'autres droits qui ne sont pas énoncés expressément ici»³³, ce qui témoigne de l'interprétation extensive qu'en faisait Cleveland.

30. J'insiste sur ce point : les droits naturels du Costa Rica, selon Rives, s'étendaient à «la partie du fleuve lui-même sur laquelle il a des droits perpétuels de libre navigation et autres droits riverains». Non pas que le traité de limites ne fût pas un règlement territorial — le point de vue que nous a imposé M. Brownlie. C'était un règlement territorial, mais il englobait le fleuve, et ce à titre perpétuel. S'il y eut jamais traité établissant des «obligations et droits ... se rapportant au régime d'une frontière» au sens de l'article 12 de la Convention de Vienne de 1878³⁴, c'est bien celui-là.

16

C. Le droit perpétuel de libre navigation

31. J'en viens à ce que Rives appelait volontiers — tout court — «les droits perpétuels de libre navigation» du Costa Rica. Je me dois ici de faire trois brèves remarques.

³² Deuxième rapport de Rives, CMN, annexes complètes, annexe 71, p. 15.

³³ Sentence Cleveland, point 10 : MCR, annexe 16, p. 35.

³⁴ Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, 23 mai 1978, 1946 UNTS 3, art. 11 b).

a) *Le droit est permanent de nature*

32. Dans le cadre d'une autre de ses entreprises de réversionnisme, le Nicaragua laisse entendre que «les droits de navigation du Costa Rica [ne] seraient [pas] nécessairement «perpétuels»». M. McCaffrey a indiqué que ces droits «prendra[en]t effectivement fin avec la transformation du fleuve en canal»³⁵. C'est une autre hypothèse, comme le dragage à grande échelle, et la Cour n'a nul besoin de se prononcer sur cette question ni sur celle du dragage. Mais vous comprendrez que la question, ayant été soulevée par le Nicaragua, appelle une réponse. En réalité, le traité de limites prévoit expressément la consultation du Costa Rica pour tous les projets futurs de canalisation : c'est le non-respect de cette obligation par le Nicaragua qui est à l'origine de l'instance introduite devant la Cour de justice centraméricaine. J'ai déjà mentionné l'article VIII qui dispose que : «dans le cas où la transaction [de canalisation] n'est pas de nature à nuire aux droits naturels du Costa Rica, l'avis requis n'aura qu'un caractère consultatif». J'ai déjà cité la conclusion de Rives sur ce que sont ces droits naturels, y compris les «droits perpétuels de libre navigation et autres droits riverains». Rives ajoute que si ces droits naturels étaient affectés «le Costa Rica disposerait d'un droit de véto, et son accord étant essentiel à la validité de l'accord, il deviendrait de fait partie à toute concession octroyée pour des canaux interocéaniques» [traduction du Greffe], sans pour autant prétendre «à une part des bénéfices que la République du Nicaragua pourrait se réserver»³⁶ [traduction du Greffe]. Le président Cleveland a répondu à la onzième question en conséquence³⁷. Ainsi, le traité de limites prévoyait l'éventualité d'une canalisation, sous une forme qui préserverait la réalité des «droits perpétuels de libre navigation et autres droits riverains» du Costa Rica.

b) *Même si l'article VI renvoyait à des «articles de commerce», ces mots traduiraient une extension*

33. Mon second point concerne les «articles de commerce» tant redoutés, auxquels selon nos collègues, notre liberté serait limitée. M. Kohen examinera l'interprétation de l'expression «objetos de comercio». Je vais supposer, ce qui n'est pas le cas, que le Nicaragua a raison

³⁵ CR 2009/5, p. 29, par. 6 (McCaffrey).

³⁶ Deuxième rapport de Rives, CMN, annexes complètes, annexe 71, p. 15 (réponse au point 11).

³⁷ Sentence Cleveland, point 11 : MCR, annexe 16, p. 36.

17 d'interpréter cette expression comme signifiant «articles de commerce». J'affirme que même si elle signifie «articles de commerce», ces mots traduisent une extension, non une limitation.

34. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, si je vous donnais le droit de circuler sur mon fleuve — un droit perpétuel de libre navigation — et si j'ajoutais plus tard l'expression «avec des articles de commerce», je ne conditionne pas, ni ne limite ou réduit le droit que j'ai concédé — je le clarifie et l'élargis. Nous parlons de libre navigation — entres autres éléments, exempte de taxes, d'impôts et de droits, y compris les droits de douane. Je pourrais vous concéder un droit de navigation mais en exclure les marchandises que vous transportez. Un aspect très important du mot «libre» concerne l'exemption des droits de douane. L'article VI étendait même cette exonération aux marchandises débarquées sur la rive opposée du fleuve, et l'article V exonérait de droits de douane les marchandises reçues à Punta de Castilla tant que le port de San Juan del Norte alors indépendant n'était pas repris et demeurait un port franc (*free*). L'ajout des mots «avec des articles de commerce» ne vise pas à limiter le droit de libre navigation mais à préciser que cette liberté s'étend aux marchandises que vous pouvez transporter avec vous. Ces mots ne traduisent tout simplement pas une restriction.

35. A quoi ressemblerait un droit de libre navigation avec des articles de commerce — comment fonctionnerait-il — si l'expression «articles de commerce» impliquait une limitation ou une restriction, comme le prétend à présent le Nicaragua ? Je partirais le matin avec mes œufs pour le marché, les œufs produits par mes poules riveraines : de parfaits articles de commerce. Je circulerais librement sur le fleuve — pas de visa, de taxe, de droit. J'arrive avec mes œufs, intacts je l'espère, au marché local très fréquenté de Sarapiquí et, en un rien de temps, tous mes œufs sont vendus. Mais maintenant je n'ai plus d'œufs, plus d'articles de commerce : *comment retourner à mon poulailler ?* En vendant mes articles de commerce, j'ai vendu ma liberté de naviguer sur le fleuve pour la journée. Je suis coincé ; je dois me rendre à San José pour obtenir un visa, ce faisant je dépense tous les bénéfices que j'ai retirés de la vente de mes œufs ! Cette liberté à sens unique n'est pas du tout une liberté — la liberté de quitter le fleuve sans droit de retour. Et M. Reichler ne

peut se contenter de répondre que les riverains sont exempts de visas³⁸ : il s'agit d'une simple tolérance. L'article VI ne fait pas de distinction entre riverains et non-riverains.

18

36. (Onglet 56.) Permettez-moi de lancer un défi formel à mes collègues de l'autre côté de la barre. Trouvez-moi un traité qui confère la liberté de navigation à des personnes si, et seulement si, elles transportent des marchandises. Une telle disposition devrait être ainsi rédigée : «mais la République du Costa Rica disposera du droit perpétuel de libre navigation sur lesdites eaux si et seulement si [*si y sólo si*] cette navigation s'effectue avec des articles de commerce...»³⁹ Ce n'est pas ce que dit l'article VI. L'argument nicaraguayen fondé sur les «articles de commerce» est, avec tout le respect qui lui est dû, un non-sens manifeste.

c) *L'argument nicaraguayen fondé sur les «articles de commerce» est inconséquent*

37. La distinction qu'opère le Nicaragua entre les voyageurs avec et sans marchandises commerciales — des couvertures et des perles — pose toutefois un autre problème. Elle est totalement inconséquente si on l'applique dans la pratique. J'admets, M. Argüello, m'être rendu sur le fleuve : j'y suis allé sans articles de commerce. Mais que j'en aie ou pas n'a rien changé. Personne ne m'a *demandé* si je transportais des articles de commerce ; personne n'a contrôlé la sécurité du bateau, ni ce qu'il transportait ; nous avons fait halte, j'ai payé, le batelier a payé — il était pourtant local — nous nous sommes arrêtés plusieurs fois à des postes de l'armée ; aucun service n'a été assuré, aucun contrôle effectué ; nous avons fait halte, nous avons payé, nous avons encore fait halte et finalement nous sommes partis. L'expérience nous a certes appris quelque chose — mais elle nous a appauvris sans que le Nicaragua nous ait rendu le moindre service.

38. Je serai bref sur ce point. L'argument du conseil fondé sur les «objetos de comercio» n'a aucun rapport avec la procédure de présentation, de certification, de paiement et d'impôts actuellement appliquée sur le fleuve. Les marchandises commerciales n'ont rien à voir avec cela.

³⁸ CR 2009/5, p. 24, par. 43 (Reichler).

³⁹ Version espagnole :

«pero la República de Costa Rica tendrá el derecho perpetuo de libre navegación en dichas aguas, entre la desembocadura de río y el punto, a tres milla inglesas de distancia de Castillo Viejo, si y sólo si, esta navegación es con artículos de comercio...».

Les grandes lignes de la réplique du Costa Rica

39. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, ainsi s'achèvent mes premières remarques générales. Avec votre permission, Monsieur le président, M. Kohen va examiner plus en détail l'interprétation de l'article VI ; M. Caflisch traitera du droit de réglementation et des diverses mesures prises par le Nicaragua ; je reparlerai de la navigation publique avec des bateaux officiels, des droits connexes et des réparations demandées, et M. Ugalde conclura.

Monsieur le président, je vous prie de bien vouloir appeler maintenant M. Kohen à la barre.

19

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur Crawford, pour votre exposé. Je donne à présent la parole à M. Kohen.

Mr. KOHEN:

II. Article VI of the Treaty refers to “purposes of commerce”

1. Mr. President, Members of the Court, during the first round of oral argument, our opponents maintained their interpretation of the Spanish expression “con objetos de comercio” as meaning only “merchandise” (or “marchandises” in French). It is true that counsel for Nicaragua followed different practices. Antonio Remiro, and later Alain Pellet, opted mainly for the French wording “avec des objets de commerce” [“with objects of commerce”]. Mr. Remiro also used the expressions “avec des choses faisant l’objet de commerce” [“with things which are the subject of commerce”] and “avec des choses faisant l’objet d’activités commerciales” [“with things on which the activity of commerce falls”]⁴⁰. To be sure, he also affirmed that in good French that meant “avec des marchandises” [“with goods”]⁴¹. For their part, Paul Reichler and Steven McCaffrey chose not to venture into the field of translation and used only the Spanish expression during their presentations, despite the fact that even President Cleveland himself used the expression “purposes of commerce”⁴². For his part, Ian Brownlie added, after correctly quoting from Article VI of the Cañas-Jerez Treaty, “the words ‘for the purposes of commerce’ are not accepted by Nicaragua as

⁴⁰CR 2009/4, pp. 36-37, paras. 2, 5 and 6.

⁴¹CR 2009/4, p. 46, para. 42 (Remiro Brotóns).

⁴²CR 2009/5, pp. 9-12, paras 6, 9, 11, 13 and 14 (Reichler) and pp. 28-31, paras. 4, 5, 7, 8 and 9 (McCaffrey).

an accurate translation into English”⁴³. Mr. Brownlie did not indicate, however, when Nicaragua began to reject this translation, or how Nicaragua had made that fact known to him.

2. It must be troubling for a Party which comes before the Court and which contests the interpretation or translation of a Treaty not to be able to produce a version of the Treaty that supports its claims. And this must be all the more true when the Court has in its hands the only version of the Treaty that that Party has produced, which says exactly the opposite of what that Party is claiming before the Court.

20

3. The object of my presentation will be to refute the arguments put forward by Nicaragua last week about the disputed expression. In accordance with your instructions, I shall not go back over matters that we raised during the first round, on which our opponents have maintained an eloquent silence.

4. My presentation is in five parts. *First*, I shall examine the other side’s arguments concerning the meaning of the term “con objetos de comercio” in general. *Second*, I shall turn to the relevance for the present case of the identical translations done by the Parties on the occasion of the arbitration by the President of the United States. *Third*, I shall look at the very narrow concept that Nicaragua has adopted regarding the notion of “comercio”, showing that this includes the transport of passengers in general, and of tourists in particular. *Fourth*, I shall look at subsequent practice, which confirms our interpretation of Article VI of the Cañas-Jerez Treaty. And *fifth*, I shall look at Alain Pellet’s temporal digressions concerning the evolutionary interpretation of treaties.

A. Interpretation of the phrase “con objetos de comercio”

5. Antonio Remiro accused us, and I quote, of transforming “the ordinary, natural meaning of the phrase ‘objetos de comercio’, to which Article VI of the Treaty links the right of free navigation, into an ‘end-oriented’ concept, according to which *objects of commerce* are not *things, goods, but purposes, commercial objectives*”⁴⁴.

⁴³CR 2009/4, para. 19 (Brownlie).

⁴⁴CR 2009/4, p. 36, para. 3.

6. First, my friend and opponent is very quick to assume, without any evidence to back him up, that there is only one ordinary, natural meaning of the expression “objetos de comercio” and that it is “goods”. And second, we have not transformed anything whatsoever. If anyone has made any change to what had been the commonly accepted interpretation, it is Nicaragua! Mr. President, the “end-oriented” interpretation, as Antonio Remiro calls it, was in fact the interpretation adopted by Nicaragua before President Cleveland when it used the translation “for the purposes of commerce”; and Nicaragua even expanded upon that interpretation in its official publications in 1954 and 1974 when it spoke of Costa Rican navigation “con fines de comercio y fiscales”⁴⁵. Frankly, Mr. President, I do not understand this process being mounted against us by the other
21 Party, when it stated itself in its Counter-Memorial that, and I quote, “the right of free navigation is articulated in the form of a careful statement of purposes”⁴⁶.

7. Mr. Argüello did not appreciate it when I maintained that he translated the French expression “sous le rapport du commerce” into Spanish as “con fines comerciales”⁴⁷. He did not contradict me last Thursday, quite the contrary. The distinguished Agent of Nicaragua has also given you his English translation of “con fines comerciales”, which is the Spanish rendering he used to explain what “sous le rapport du commerce” means in Spanish. No surprise there: it is rendered as “for commercial purposes”⁴⁸. And so he has come full circle: he arrives at an equivalent variant of the translation of “con objetos de comercio” in English with which everyone was in agreement before this dispute arose, including Nicaragua!

(a) *The linguistic debate confirms Costa Rica’s interpretation*

8. Antonio Remiro claimed that the Moreno de Alba report did not provide any documentary evidence to support its conclusions⁴⁹. But each of that Spanish-American academician’s comments

⁴⁵Nicaragua, Ministry of Foreign Affairs, *Situación jurídica del Río San Juan*, Managua, 1954, Memorial of Costa Rica (MCR), Vol. 6, Ann. 219; Nicaragua, Ministry of Foreign Affairs, *Situación jurídica del Río San Juan*, Managua, 1974, MCR, Vol. 6, Ann. 222. Judges’ folder, tab 18.

⁴⁶Counter-Memorial of Nicaragua (CMN), para. 2.151.

⁴⁷Carlos J. Argüello Gomez, *Algunos aspectos jurídicos sobre el Tratado Jerez-Cañas y el Laudo Cleveland*, Ministry of Foreign Affairs, Managua, 26 August 1998. Accessible at <http://www.joseacontreras.net/dirinter/americ/Nicaragua_Rio_San_Juan.pdf> (webpage visited 1 March 2009). Until 27 February 2009, was also accessible at <http://www.euram.com.ni/pverdes/articulos/aspectos_juridicos_rio_san_juan.htm>. Judges’ folder, tab 27.

⁴⁸CR 2009/4, p. 12, para. 16 (Argüello Gómez).

⁴⁹CR 2009/4, p. 39, para. 14 (Remiro Brotóns).

is backed up with concrete references showing the use of the terms examined. Moreover, the report is supplemented by an appendix. The report is complete, specific, thoroughly researched and relevant.

22

9. Like Mr. Seco, Antonio Remiro Brotóns brushed aside all the examples given in table 1 of the Reply of Costa Rica⁵⁰ in which the word “objeto” in the singular means “purpose”⁵¹. There are 62 such examples, an impressive number indeed against a thesis which asserts that the word “objetos” in the plural can *never* mean “purposes”⁵²! And these examples have not been drawn from literary works or newspapers unrelated to this context. It is purely a case of the word “objeto” being used in the sense of “purpose”, whether in the singular or in the plural, in treaties and public contracts concluded through the nineteenth century by one or the other of the Parties. The Moreno de Alba report explained why the claim that “objetos” in the plural cannot mean “purposes” is incorrect, and I would refer you to it⁵³.

10. Still, the list contains 18 other examples where the word “objetos” in the plural is used in the sense of “purposes”. Counsel for Nicaragua counted 16 examples, but in fact, in one of the texts the word is used in the sense of “purposes” twice. Never mind. Professor Remiro is trying to brush aside a dozen cases on the pretext that the word “objetos” in the plural appears on its own⁵⁴. Is this a valid reason? Did Nicaragua not tell us that “objetos” in the plural *never* meant “purposes”⁵⁵?

11. Counsel for Nicaragua believes that, in view of the cases mentioned in the *Corpus diacrónico del español [Diachronic Corpus of Spanish]* in which the expression “objetos de comercio” is used in the sense of, and I quote, “things on which the activity of commerce falls”, the only possible meaning of the expression “objetos de comercio” in Article VI is “goods”⁵⁶. I would note that in none of these cases is the expression preceded by the preposition “con”, as it is in

⁵⁰Reply of Costa Rica (RCR), table 1, “Use of the term ‘objetos’ as meaning ‘purposes’ in 19th Century documents”, pp. 99-126.

⁵¹RCR, table 1, docs. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30 and 31.

⁵²CMN, para. 4.1.27; Rejoinder of Nicaragua (RN), para. 3.12.

⁵³Documents annexed to the letter of 27 Nov. 2008 from the Agent of Costa Rica, Anns. I and III.

⁵⁴CR 2009/4, p. 40, para. 18 (Remiro Brotóns).

⁵⁵CMN, para. 4.1.27; DN, para. 3.12.

⁵⁶CR 2009/4, pp. 39-40, para. 15.

Article VI. Counsel for the other side too quickly forgets the importance of context in determining the sense of terms which have several meanings. Nicaragua's expert asserted this point, and Professor Remiro cited it himself as well⁵⁷. True, Mr. Seco does not say what he is doing, but that is another matter altogether.

23

12. To find a semantic and syntactic analysis, one must refer to Dr. Moreno de Alba's report. He sets about the following exercise. Stripped of all the elements not necessary for the central analysis, the sentence can be summed up as follows: "The Republic of Costa Rica shall have . . . a right . . . of free navigation . . . for purposes of commerce . . . with Nicaragua . . ." He shows that the only meaning that the syntagma "con objetos de comercio" can assume is "for purposes of commerce". Indeed, if one reads "con objetos de comercio" as meaning "goods", the result is nonsense, both vis-à-vis the word "navigation" and vis-à-vis the syntagma "with Nicaragua". In the first case, vis-à-vis the word "navigation", it would function as a complement resulting in the meaning "navigation accompanied by goods" or "navigation in cohabitation with goods" or "navigation by means of goods". In the second case, vis-à-vis the phrase "with Nicaragua", it would give the sentence, "The Republic of Costa Rica shall have . . . a right . . . of free navigation . . . with goods . . . with Nicaragua . . ." To that, Dr. Moreno de Alba would conclude, "Navigation with Nicaragua? Goods with Nicaragua? Impossible. This is yet another piece of nonsense because, in the reformulation, the noun 'commerce' loses its deverbal (that is, derived from a verb) sense, thus leaving the syntagma 'with Nicaragua' without any semantic or syntactic link"⁵⁸.

(b) *Treaties of friendship, commerce and navigation concluded by the Parties at the same time as the Cañas-Jerez Treaty*

13. This linguistic analysis is borne out by practice prior to or contemporary with the conclusion of the Cañas-Jerez Treaty. I would like to cite a few examples which are of interest not only from the linguistic point of view but also, and more important, from the legal point of view, because these are treaties concluded by the Parties, and not just any treaties, for they are treaties

⁵⁷CR 2009/4, pp. 37-38, para. 8.

⁵⁸Documents annexed to the letter of 27 Nov. 2008 from the Agent of Costa Rica, Anns. I and VIII.2.

that concern two terms which are essential to interpreting Article VI of the 1858 Treaty, namely “navigation” and “commerce”.

14. My friend Antonio Remiro has referred to treaties of commerce and navigation which, since the Jay Treaty, have used the expression “para los objetos de su comercio” in Spanish and “for the purposes of their commerce” in English. With reference to the two Parties in this case, he has cited the treaty of friendship, commerce and navigation between Costa Rica and the United States in 1851 (the Molina-Webster Treaty) and the three treaties of friendship, commerce and navigation between the United States and Nicaragua in 1857 (the Cass-Irrisari Treaty), 1859 (the Lamar-Zeledón Treaty) and 1867 (the Ayon-Dickinson Treaty)⁵⁹.

24

15. Shown on the screen now is a sample of the standard wording used in all these treaties, in this case Article II of the 1857 Cass-Irrisari Treaty, in its Spanish and English versions, both of which are authentic⁶⁰. Counsel for Nicaragua has not troubled himself to apply his linguistic theory to the expression “para los objetos de su comercio”. Clearly, to translate “para los objetos de su comercio” into French as “pour les objets de son commerce” and then to claim that that means “for goods” would have overstepped the bounds of temerity. Nevertheless, he very bravely concluded that these treaties do not prove that the word “objetos” means “purposes”⁶¹.

16. Counsel for Nicaragua, contrary to his habits, at least in the present case, has engaged in an exercise which he might have called “end-oriented” to justify his interpretation to the effect that “para los objetos de su comercio” means goods and only goods. He tells us, “Their commerce plainly involves the goods they buy and sell and, logically, place and store in buildings and warehouses.”⁶² This raises a few questions. These citizens — who under the terms of these treaties have the right to land on the territory of the other party — how do they arrive? Do they have the right to arrive, taking Nicaragua’s interpretation as a basis, “without articles of commerce”? I can accept that the function of a warehouse is to store goods, but that is not the function of a dwelling. Could Professor Remiro tell me what kind of goods Cornelius Vanderbilt’s

⁵⁹CR 2009/4, p. 41, para. 21 (Remiro Brotóns).

⁶⁰Judges’ folder, tab 58.

⁶¹CR 2009/4, p. 42, para. 26 (Remiro Brotóns).

⁶²CR 2009/4, p. 42, para. 25 (Remiro Brotóns).

Accessory Transit Company was buying and selling at the time it was engaging in commerce on the San Juan River, transporting some 68,000 passengers between 1848 and 1869⁶³?

25 17. Moreover, Professor Remiro's thesis comes up against an insurmountable problem. The authentic English text of these treaties uses the wording "for the purposes of their commerce". And, pursuant to Article 33, paragraph 3, of the Vienna Convention on the Law of Treaties, "The terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text."⁶⁴ This leaves no room for doubt: "objetos" and "purposes" mean the same thing. "Objetos de comercio" and "objetos de su comercio" were being translated contemporaneously as "purposes of commerce" and "purposes of their commerce". I do not believe it is worthwhile to launch into a tedious discussion of whether or not "objetos" in the plural can mean "purposes" when the word is used in conjunction with "commerce". At this point, the answer is obvious.

(c) *Contemporaneous treaties used other expressions to refer to goods*

18. I shall go on now to contemporaneous practice for referring to goods. In reference to table 2 in the Rejoinder of Costa Rica, Mr. Remiro says it does nothing but prove the richness of the Spanish language⁶⁵. It is a pity he did not look at it a little more closely, though, because it does not list even one text that uses the expression "objetos de comercio" to mean goods.

19. In fact, what do we find? We find that out of 218 examples cited, 43 use "artículos", with or without some qualifier, 32 use "mercancías", 19 use "mercaderías", 26 use "efectos", 28 use "productos", 16 use "manufacturas", 13 use "géneros" or "jéneros" and 13 use "objetos" in a context where there can be no mistaking the meaning. And there are still more expressions used⁶⁶.

20. Counsel for Nicaragua might have discerned that when the intent was to refer to goods, the texts used expressions which were unambiguous. He might also have observed — given that Nicaragua's pleadings have made copious reference to the shipping of coffee — that when the

⁶³See <http://en.wikipedia.org/wiki/Accessory_Transit_Company> and <http://www.bruceruiz.net/Panama_History/argonauts.htm> (webpages visited 8 March 2009).

⁶⁴"Les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques." Cf. *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 1062, para. 25.

⁶⁵CR 2009/4, p. 43, para. 27 (Remiro Brotóns).

⁶⁶RCR, pp. 127-151.

intent was to refer specifically to imported goods or exported goods, the texts explicitly said so⁶⁷, and likewise when the intent was to refer to natural-resource products or domestically-produced goods, again the texts explicitly said so⁶⁸. Article VI of the Cañas-Jerez Treaty is very far from either of these hypotheses.

(d) *Costa Rica's approach to President Cleveland leads to an interpretation of Article VI that goes well beyond the transport of goods*

26 21. Alain Pellet and Steven McCaffrey thought they had discovered an argument supporting Nicaragua's interpretation in a passage in Costa Rica's submission to President Cleveland⁶⁹, by making it say something it does not say and neglecting to mention Costa Rica's response. It is a passage that poses a general rhetorical question about the scope of the right of free navigation deriving from Article VI⁷⁰. You can see the full response on the screen, and it also appears in your folders at tab 59. I shall quote a few key passages concerned with the issue at hand:

“The answer seems to be very simple . . . It seems to be beyond discussion that Costa Rica can navigate in the San Juan river with public vessels, which are not properly men-of-war . . . Within the meaning of the words, commercial navigation, both the revenue police, the carrying of the mails, and all other public services of the same kind are necessarily included.”⁷¹

22. Costa Rica's response to its own rhetorical question is therefore altogether unambiguous. Clearly, the answer is No. It is simply impossible to deduce from this text that for Costa Rica “objetos de comercio” meant “goods”, or that the sole “commercial purpose” was the transport of goods. On the contrary, “commercial navigation” and not “navigation with goods” was how Costa Rica interpreted the expression “navegación con objetos de comercio” at the time.

⁶⁷RCR, table 2, docs. 1, 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 24, 25 and 26.

⁶⁸RCR, table 2, docs. 5, 9, 10, 15 and 22.

⁶⁹CR 2009/4, pp. 58-59, paras. 20-21 (Pellet); and CR 2009/5, pp. 31-32, para. 13 (McCaffrey).

⁷⁰MCR, Vol. 6, Ann. 207, p. 831 (p. 155).

⁷¹French translation by the Registry: “La réponse semble être très simple . . . Il semble être indiscutable que le Costa Rica peut naviguer sur le San Juan avec des bateaux publics qui ne sont pas des vrais navires de guerre . . . Le sens de l'expression ‘navigation commerciale’ inclut nécessairement la police douanière, l'acheminement du courrier ainsi que tout autre service public de même nature.” *Ibid.*, pp. 831-832 (pp. 155-156), judges' folder, tab 59.

(e) *If Nicaragua had had any doubts about the translation submitted to President Cleveland, it would have included the equivalent Spanish terms within parentheses*

23. Let us now look at how Nicaragua has approached the issue. In the translation of the 1858 Treaty produced by Nicaragua and submitted to President Cleveland, wherever Nicaragua felt that the translation needed clarification the original words in Spanish are shown within parentheses. On the screen now you can see Article VI as Nicaragua submitted it to the arbitrator. As you can see at tab 60 in your folders, Nicaragua resorted to this clarification in four places, in regard to the words or expressions “atracar”, “canalización”, “este voto será consultivo” and “crédito activo” in Articles VI, VII, VIII and IX respectively. It comes as no surprise that Nicaragua did not find it necessary to insert the words “con objetos de comercio” within parentheses as an adjunct to its translation “for the purposes of commerce”.

27

(f) *The Cleveland Award becomes unreadable if we follow Nicaragua’s interpretation*

24. In his oral arguments of 5 March, Alain Pellet seemed to sow confusion in reading the Cleveland Award and, in passing, showed a surfeit of imagination in attributing to me some comments about the Award which I had not made⁷². My opponent and dear friend blithely stated that, “As Professor Kohen has pointed out, this sentence does not make a great deal of sense in French, whether ‘[con] objetos de comercio’ is translated as ‘avec des marchandises’ [‘with merchandise’] or as ‘à des fins commerciales’ [‘for purposes of commerce’].”⁷³ The reality is that, after reading the part of the Award containing the expression “purposes of commerce”, I stated, “Nicaragua’s reading would produce the absurd result of enjoyment being limited to ‘articles of trade’.”⁷⁴ Thus, only a reading that follows Nicaragua’s line of argument would be absurd. Moreover, Mr. President, in the Cleveland Award there is nothing to be translated from Spanish because the arbitrator rendered the award in English and uses “purposes of commerce” in the passage in question. This makes a great deal of sense, not only in English but also in the Registry’s French translation.

25. Things did not stop there. In a fit of over-excitement, no doubt, Alain Pellet then decided to plunge into deep and turbulent waters, far more so than the waters of the San Juan. He launched

⁷²CR 2009/4, p. 59, para. 21 (Pellet).

⁷³*Ibid.*, with the footnote omitted.

⁷⁴CR 2009/2, p. 64, para. 58 (Kohen).

an attack on the Cleveland Award, asserting that the reference to the enjoyment of “purposes of commerce” was perhaps “merely an oversight by the arbitrator”, or that the arbitrator — and I quote my friend —

“did not want to get involved in interpreting the expression ‘con objetos de comercio’ (which the parties had translated as ‘for purposes of commerce’) and deliberately chose to use inverted commas to indicate that he was using the expression without giving an opinion on a matter of interpretation which the parties had not submitted to him and about which they had presented no arguments”⁷⁵.

28 Here Alain Pellet displays the full reach of his imagination. Of course I can understand that Article 2 of the Cleveland Award places Nicaragua in a highly embarrassing position. The inverted commas can be explained simply by the fact that President Cleveland was quoting the terms of Article VI as the two parties had translated them⁷⁶. Moreover, Alain Pellet makes an issue of a “matter of interpretation” which he knows does not exist, since he had earlier stated that there was no disagreement between the Parties as to the meaning and scope of Article VI⁷⁷.

27. The text of Article 2 of the Cleveland Award is clear and altogether unambiguous: the “enjoyment of the ‘purposes of commerce’ accorded to her in said article” makes complete sense, whereas the “enjoyment of the ‘goods’ accorded to her in said article” makes no sense whatsoever.

(g) *The first Alexander Award: a broad approach to commerce*

28. Alain Pellet also believed he had found support for the Nicaraguan thesis in the first Arbitral Award rendered by General Alexander. In the Award, the arbitrator states that, “throughout the treaty, the river is treated and regarded as an outlet of commerce”⁷⁸. In the eyes of my eminent opponent, this is “an expression clearly concerned with commerce ‘with merchandise’”⁷⁹. To my mind, this statement comes much closer to Costa Rica’s interpretation. Alexander uses “commerce” rather than “trade” and, as Nicaragua has stated before the Court, in

⁷⁵CR 2009/4, p. 59, para. 21 (Pellet).

⁷⁶RCR, paras. 3.66-3.68.

⁷⁷CR 2009/4, p. 57, para. 19 (Pellet).

⁷⁸Arbitral Award No. 1, 30 September 1897, *Pacificrisie Internationale 1794-1900* (Berne, Stampfli, 1902; reprinted by P. M. Eisemann, The Hague: M. Nijhoff, The Hague, 1997), p. 531, MCR, Vol. 2, Ann. 18. MCR, para. 4.24, French translation: “partout dans le traité, le fleuve est considéré comme un débouché pour le commerce”.

⁷⁹CR 2009/4, p. 60, para. 22 (Pellet).

English “commerce” is a broader concept than “trade”, and goes beyond the buying and selling of goods⁸⁰. It encompasses a variety of meanings, including the transport of people.

B. The Parties’ identical translations submitted to President Cleveland have legal effects

29. I now move on to the legal effects of the Parties’ identical translations submitted to President Cleveland. According to Antonio Remiro, “Costa Rica seeks to replace the interpretation of the sole authoritative text, written in Spanish, with the interpretation of an English translation made during the Cleveland arbitration proceedings, which Costa Rica finds better suited to its claims”⁸¹. Not at all, Mr. President. We are not seeking to replace anything whatsoever.

29

30. Of course, the text of the Treaty is in Spanish. We are simply maintaining that the two Parties translated Article VI in the same way: “for the purposes of commerce”.

31. Professor Pellet grants me that there was no disagreement between the Parties as regards the interpretation of the words “con objetos de comercio” in the Cleveland arbitration. But he adds that “there was no agreement — for the excellent reason that there was no disagreement”⁸². Frankly, I have some difficulty in following the reasoning of my colleague here. Apparently, for Alain Pellet, in order for two States to agree on something, they must necessarily have disagreed before. That is a strange approach to international relations. No, Mr. President. Fortunately, States come to agreement on many issues in the pursuit of common goals, without any need for disputes or differences to have existed previously on the purposes of those agreements.

32. Let us go a little further into the specific question that concerns us here: the attitude of the Parties in the Cleveland arbitration. There was no disagreement as to the scope of the expression “con objetos de comercio”. No one raised any question of interpretation. Is that all? No, that is not all. On what was there agreement in the Cleveland arbitration? On how to translate that expression into English.

⁸⁰*Memorial of Nicaragua (Questions of Jurisdiction and Admissibility), I.C.J. Pleadings, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Vol. I, pp. 403-404.

⁸¹CR 2009/4, p. 40, para. 16 (Brotóns).

⁸²CR 2009/4, p. 57, para. 19 (Pellet).

33. I pointed out last Monday that both Parties had translated the phrase which is now in dispute in exactly the same way, with not an iota of difference⁸³. Alain Pellet has acknowledged that⁸⁴. For me, this shows not only that there was no disagreement, but also that the Parties were in agreement on how to translate “con objetos de comercio” into English.

34. Mr. President any translation has a significance. It is a question of how to express an idea in a different language. Alain Pellet does not wish to draw any conclusion from this remarkable coincidence in the proceedings before the arbitrator, whose task was to settle any doubt over the interpretation of the Treaty. For our part, we draw the obvious conclusion.

30

35. And at this advanced stage of the proceedings, I would make the following observation: I have waited in vain for the Respondent to explain why, in 1887, Nicaragua translated “con objetos de comercio” in the way it is rejecting so forcefully today.

C. The term “comercio” is not restricted to the buying and selling of goods

36. Nicaragua has devoted a great deal of effort to stating the obvious, namely that the transport of goods is covered by navigation for the purposes of commerce⁸⁵. Contrary to the statements of our friends and opponents⁸⁶, Costa Rica has no difficulty in accepting the primary meaning of the term “commerce”. We are even ready to acknowledge that the buying and selling of goods represents the most typical form of commercial activity. But it is not the only one! Neither in the nineteenth century, nor today.

37. On the other hand, my colleagues Remiro and McCaffrey have great difficulty with the second meaning of the term “commerce”, the one signifying communication⁸⁷. We referred to this meaning back in our Memorial⁸⁸, but Nicaragua has made no reference to it in the written phase!

38. In Annexes 58 and 60 to the Rejoinder, Nicaragua presents the entry “comercio” contained in two bilingual English-Spanish dictionaries, one dating from 1809 and the other from

⁸³CR 2009/2, p. 50, para. 9 (Kohen).

⁸⁴CR 2009/4, p. 57, para. 19 (Pellet).

⁸⁵*Ibid.*, pp. 43-46, paras. 28-42 (Brotóns).

⁸⁶*Ibid.*, p. 44, para. 34 (Brotóns).

⁸⁷*Ibid.*, pp. 44-45, paras. 33-35 (Brotóns); CR 2009/5, pp. 29-30, para. 7 (McCaffrey).

⁸⁸MCR, paras. 4.52-4.72.

1858. These are now shown on the screen. Both dictionaries refer not only to “commerce” and “trade”, but also to “communication”.

39. In fact, Members of the Court, this Court has already considered in detail the scope of the word “commerce” in the *Oil Platforms* case⁸⁹. I will not tax your patience by repeating that comprehensive analysis, which is relevant for the purposes of this case; you will find an extract from it at tab 61 of your folders.

31 (a) *Commercial navigation includes the transport of passengers*

40. Counsel for Nicaragua has stated, without citing any specific reference in support, that “[a]ll of the diplomatic documents and aborted treaties prior to the Jerez-Cañas Treaty tie navigation on the San Juan River to the transport of fruit, products, goods, especially coffee”⁹⁰. That is not correct, and I would refer you to our pleadings dealing with these matters⁹¹.

41. We have produced evidence showing that the transport of passengers is included in Costa Rica’s right of free navigation deriving from Article VI of the Cañas-Jerez Treaty, and I shall not return to that⁹².

42. There is a deafening silence from Nicaragua regarding in particular the treaties which it concluded in 1857 with the United States, in 1859 with France and in 1860 with Great Britain. All three refer explicitly to the San Juan, to Costa Rica and to navigation with persons and goods, both of the government and citizens⁹³. Even on the most favourable reading for Nicaragua, these three treaties sound the knell of its interpretation of Article VI limiting that article solely to the transport of goods and to private vessels.

43. I would add that Nicaragua’s interpretation excluding passengers leads to an absurd and unreasonable outcome. Let us imagine a Costa Rican coffee producer in the nineteenth century. If

⁸⁹*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 818-819, paras. 45-46, 48-49. Judges’ folder, tab 61.

⁹⁰CR 2009/4, p. 47, para. 48 (Brotóns).

⁹¹RCR, paras. 2.53-2.54; CR 2009/2, pp. 66-67, paras. 64-68 (Kohen).

⁹²MCR, paras. 2.53-2.54; RCR, paras. 3.76-3.78.

⁹³United States-Nicaragua Treaty of Friendship, Commerce and Navigation, 16 November 1857, RCR, Vol. 2, Ann. 10 (Art. XX, judges’ folder, tab 30); Treaty of Amity, Commerce and Navigation between France and Nicaragua, signed on 11 April 1859, RCR, Vol. 2, Ann. 14 (Art. XXXIII, judges’ folder, tab 28); Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between Great Britain and Nicaragua, 11 February 1860, RCR, Vol. 2, Ann. 15 (Art. XXVI, judges’ folder, tab 29).

he wished to go to Europe to promote and sell his coffee, he would have to go via the Pacific and sail round Cape Horn. Having returned to Costa Rica by the same route with his book of orders, he could nevertheless despatch his coffee via the San Juan. But if he left for Europe with his cargo of coffee via the San Juan, he would have to return round Cape Horn because he would be coming back “without articles of trade”! Can it seriously be thought for one moment that this was the attitude of the negotiators of the Cañas-Jerez Treaty?

32

b) *The transport of tourists is covered by Article VI of the 1858 Treaty*

44. Alain Pellet went so far as to claim that the right of free navigation could not include the transport of tourists, for the simple reason that tourism did not have the economic importance which it has today and, according to him, had no connection whatever with commerce at the time the Treaty was concluded⁹⁴.

45. There is no doubt at all that tourism existed at the time when the Cañas-Jerez Treaty was concluded, albeit not on the scale of today. Alain Pellet was careful to avoid stating otherwise⁹⁵.

46. Indeed, there is a great deal of evidence that this activity was taking place. It is interesting to note that the first recorded use of the word “turista” in Spanish is as an adjective describing a specific activity — an excursion — and dates from the decade preceding the Cañas-Jerez Treaty⁹⁶. Mark Twain was probably the best-known traveller to have navigated on the waters of the San Juan, which he did in 1863, shortly after the Treaty was concluded⁹⁷.

47. “Tourism — travelling for pleasure — appeared at the end of the seventeenth century in England” according to one writer, who explains how it has turned from a luxury for the rich into a mass leisure activity⁹⁸. Even in the days when it was the exclusive preserve of the rich, tourism had to be organized: people had to travel, navigate, buy food and other “goods” — which our opponents are obsessed with — and find accommodation elsewhere: surely all these goings-on,

⁹⁴CR 2009/4, p. 53, para. 9 (Pellet).

⁹⁵*Ibid.*, pp. 53-54, paras. 9-10 (Pellet).

⁹⁶Juan Valera, *Correspondencia 1847-1857*. Accessible at: <http://corpus.rae.es/cordenet.htm> (visited on 8 March 2009).

⁹⁷<http://maritimeheritage.org/vips/marktwain.html> (visited on 8 March 2009).

⁹⁸Stéphane Lecler, “Une histoire du tourisme. D’un luxe de riches à un loisir de masse”, in *Alternatives Economiques*, No. 271, July 2008 (http://www.alternatives-economiques.fr/une-histoire-du-tourisme-d_un-luxe-de-riches-a-un-loisir-de-masse_fr_art_735_38022.html) (visited on 8 March 2009).

Mr. President, included commercial activities? In fact, I am surprised at the elitist position taken by Alain Pellet. Apparently, if this were being engaged in by a handful of rich people, he would be prepared to accept it for the San Juan, but not when it involves an activity open to a broad section of the population.

33

48. I shall comment briefly on my opponent's interpretation of the *Kasikili/Sedudu* case. In the Kasane Communiqué of 24 May 1992, which he cited⁹⁹, the Presidents of the two countries noted that "navigation should *remain* unimpeded including free movement of tourists" (*Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999 (II)*, p. 1107, para. 102; emphasis added). "Remain": that indicates the maintenance of something which exists already, not a constituent agreement. And yet no treaty text conferred any specific right in connection with tourist navigation. To stress the point: the basic interest of the *Kasikili/Sedudu* Judgment is the interpretation of freedom of navigation as including tourist navigation.

49. In fact, Mr. President, the fundamental question is not whether tourism existed or not at the time when the Cañas-Jerez Treaty was concluded, but whether people who are travelling between two points on Costa Rican territory should be excluded from benefiting from the concept of free navigation for the purposes of commerce, simply because they are tourists.

50. These tourists are going from one point on Costa Rican territory to another, for example from Sarapiquí to Tortuguero. Tourists are also passengers. And they are in transit. Is every passenger on Costa Rican vessels to be asked whether he or she is travelling for pleasure or for other reasons, so as to establish whether or not they can benefit from the right of free navigation for the purposes of commerce?

D. Subsequent practice exists, and confirms Costa Rica's interpretation

51. Alain Pellet did his best to minimize the scope of the Parties' practice in applying the Treaty, even going so far as purely and simply to deny that such practice existed¹⁰⁰. To him I would respond that there is a very broad array of elements of practice, which includes not only boats, merchandise, watermen, passengers and government officials, but also the treaties and the

⁹⁹CR 2009/4, p. 55, para. 12 (Pellet).

¹⁰⁰*Ibid.*, pp. 55-62, paras. 13-26 (Pellet),

positions of the Parties. To be sure, it is easier to deny the existence of a practice than to respond to the examples we have given¹⁰¹ of that practice. But it is not particularly helpful to Nicaragua's situation in these proceedings.

34 52. I am going to add some further references with regard to the two decades preceding the emergence of this dispute. Costa Rica has presented proof that its right has been exercised more for the transport of persons (private individuals or government officials) than for the transport of goods, with Nicaragua expressing no opposition until the present dispute arose¹⁰². It is a case, to borrow Professor Pellet's wording, of there having been an "open consistent practice of one of the Parties" which did "not . . . encounter any objection from the other"¹⁰³.

53. Affidavits from people working in transport show that the practice of transporting tourists began in the 1970s¹⁰⁴. One affidavit from a Nicaraguan military officer confirms that that was indeed the case¹⁰⁵.

E. Nicaragua's contradictions in regard to evolutionary interpretation

54. Alain Pellet invited us to discuss the evolutionary interpretation of treaties¹⁰⁶. The Respondent is aware of the weakness of its interpretation of Article VI, and is seeking to minimize the scope of the purposes of commerce to which the article refers.

55. There are several gaps in the reasoning followed by Nicaragua's counsel. Although he recalls that the ultimate criterion for addressing the problem of evolutionary interpretation is the

¹⁰¹CR 2009/2, pp. 61-63, paras. 49-55 (Kohen); CR 2009/3, p. 36, para. 9 (Kohen).

¹⁰²See the following, among others: affidavit sworn by Carlos Lao Jarquín on 27 January 2006, MCR, Vol. 4, Ann. 84; affidavit sworn by Geovany Navarro Garro on 27 January 2006, MCR, Vol. 4, Ann. 85; affidavit sworn by Pablo Gerardo Hernández Varela on 27 January 2006, MCR, Vol. 4, Ann. 86; affidavit sworn by Santos Martín Arrieta Flores on 27 January 2006, MCR, Vol. 4, Ann. 87; affidavit sworn by Carlos Luis Alvarado Sánchez on 27 January 2006, MCR, Vol. 4, Ann. 88; affidavit sworn by Daniel Soto Montero on 27 January 2006, MCR, Vol. 4, Ann. 89; affidavit sworn by Luis Ángel Jirón Angulo on 28 January 2006, MCR, Vol. 4, Ann. 90; affidavit sworn by Marvin Hay González on 28 January 2006, MCR, Vol. 4, Ann. 91; and affidavit sworn by Armando Perla Pérez on 28 January 2006, MCR, Vol. 4, Ann. 92.

¹⁰³CR 2009/4, pp. 55-56, para. 14 (Pellet).

¹⁰⁴See the following, among others: affidavit sworn by Santos Martín Arrieta Flores on 27 January 2006, MCR, Vol. 4, Ann. 87; affidavit sworn by Marvin Hay González on 28 January 2006, MCR, Vol. 4, Ann. 91; and affidavit sworn by Rubén Lao Hernández on 17 February 2006, MCR, Vol. 4, Ann. 103.

¹⁰⁵Affidavit sworn by Brigadier General Denis Membreño Rivas on 10 March 2008, RN, Vol. II, Ann. 73.

¹⁰⁶CR 2009/4, pp. 49-55, paras. 3-12 (Pellet).

intention of the parties¹⁰⁷, he does not explore the question of knowing what that intention consisted of at the exact point in time that concerns us.

35

56. His line of argument is curious, to say the least. He accepts that “articles of commerce” and means of navigation are by definition evolutionary concepts¹⁰⁸. Consequently, everything that today constitutes goods or a vessel is encompassed by Article VI. However, in his view the word “commerce” must retain the same meaning it had in 1858¹⁰⁹. If one accepts Professor Pellet’s assertion, then his colleague Antonio Remiro must be wrong, because, according to him, the second meaning of the term “comercio” — communication — should not be taken into account today because it has fallen into disuse¹¹⁰. I do believe, Mr. President, that as a matter of urgency our opponents should start singing from the same hymn sheet.

57. Alain Pellet’s reference to the arbitral award made in the *Sheikh of Abu Dhabi* case falls far short of backing up Nicaragua’s thesis. In that excerpt it is stated that, “there may well be a presumption that a person transferring valuable property rights to another intends only to transfer the rights which he possesses at that time”. By Professor Pellet’s line of argument, this was the case of Nicaragua, “which cannot be presumed to have ceded to Costa Rica rights whose existence no one even dreamed of in 1858”¹¹¹. First, there is no point looking in the Treaty of Limits for any provision whereby Nicaragua cedes or grants rights to Costa Rica. In Article VI, recognition of Nicaragua’s sovereignty and Costa Rica’s right of navigation go hand in hand. Second, the transport of passengers on the San Juan River already existed at the time the Treaty was concluded, and it is Nicaragua that has referred to it as a lucrative activity¹¹². The parallel cited with the *Sheikh of Abu Dhabi* case is simply fallacious.

58. The proper legal response to the question is straightforward. To paraphrase the wording used by this Court in the case of the *Aegean Sea Continental Shelf*, “commerce” is used in its generic sense of any practices “properly to be considered as relating to” (*Aegean Sea Continental*

¹⁰⁷*Ibid.*, p. 50, para. 3 (Pellet).

¹⁰⁸*Ibid.*, pp. 51-52, para. 6 (Pellet).

¹⁰⁹*Ibid.*, p. 52, para. 7 (Pellet).

¹¹⁰*Ibid.*, p. 44, para. 35 (Remiro Brotóns).

¹¹¹*Ibid.*, p. 54, para. 10 (Pellet).

¹¹²CMN, para. 4.1.37; RN, para. 3.91.

Shelf, (Greece v. Turkey), *Judgment, I.C.J. Reports 1978*, p. 31, para. 74) that activity and “correspond[ing] with the meaning attached to the expression” (*ibid.*, p. 32, para. 77) by the circumstances prevailing at the time of interpretation. Otherwise, for every treaty of commerce and navigation, would it be necessary to freeze its scope to encompass only those commercial activities being carried on at the time the treaty is concluded?

36 59. That such was the Parties’ intent is further confirmed by qualifying the right of navigation recognized for Costa Rica as “perpetual”. To return once again to what this Court has said on an entirely comparable point where it was a question of an instrument of unlimited duration, “it hardly seems conceivable that in such a convention [this term was] . . . intended to have a fixed content regardless of the subsequent evolution” (*ibid.*, p. 32, para. 77)¹¹³.

60. This response applies all the more strongly given that the recent practice followed by the Parties in applying the Treaty has left a record of this understanding of the term “commerce”¹¹⁴. Nicaragua’s tourism minister himself has recognized that Costa Rica’s right of free navigation includes navigation for purposes of tourism because tourism, in his view, is a modern form of commerce¹¹⁵.

Conclusion

61. Mr. President, Members of the Court, Costa Rica’s interpretation of Article VI is supported by the rules of interpretation that this Court has always followed. It is backed up by all the relevant facts. These facts leave no doubt as to the meaning that should be ascribed to the expression “con objetos de comercio”. It is a right of free navigation encompassing both the transport of passengers and the transport of goods, exercised by public and private vessels alike.

62. Mr. President, I thank you for your attention, and would ask that you next give the floor — after a break, no doubt — to my friend and colleague, Professor Lucius Caflisch.

¹¹³*Case concerning Filleting within the Gulf of St. Lawrence between Canada and France, Decision of 17 July 1986, RIAA*, Vol. XIX, p. 247, para. 37.

¹¹⁴*Ibid.*

¹¹⁵MCR, para. 4.69 and Vol. 5, Anns. 138 and 139 (judges’ folder, tab 24).

Le PRESIDENT : Je vous remercie de votre exposé, Monsieur Kohen. Comme vous le proposez, la Cour va faire une courte pause d'environ 10 minutes avant de reprendre l'audience.

L'audience est suspendue de 11 h 20 à 11 h 30.

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. Je donne à présent la parole à M. Caflisch.

37

M. CAFLISCH : Merci, Monsieur le président.

III. LA SOUVERAINETÉ DU NICARAGUA SUR LE SAN JUAN ET LE DROIT PERPÉTUEL DE LIBRE NAVIGATION DU COSTA RICA

1. Introduction

1. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, mon exposé portera aujourd'hui sur deux points : premièrement, le lien existant entre la souveraineté du Nicaragua sur les eaux et le lit du San Juan et le droit perpétuel de libre navigation du Costa Rica ; et, deuxièmement, le caractère raisonnable et licite de la réglementation et des mesures prises par le Nicaragua relativement à la partie du fleuve où la navigation est commune.

2. Avant d'aborder ces questions, je souhaiterais répondre à quatre remarques faites par M. Argüello Gómez dans son exposé introductif¹¹⁶.

3. *Premièrement*, M. Argüello Gómez a dit que, en présentant ses demandes, le Costa Rica prétendait en réalité être co-souverain du fleuve. Citant les propos de l'éminent juriste latino-américain Andres Bello sur la question du *sumo imperio*, il s'est interrogé sur ce qu'il resterait de cet *imperio* s'il était fait droit aux demandes du Costa Rica. Cette question pourrait tout aussi bien être posée dans l'autre sens : que resterait-il du «droit» de navigation du Costa Rica si son exercice était entièrement subordonné au *summum imperium* du Nicaragua ?

4. *Deuxièmement*, l'éminent agent du Nicaragua a soutenu que le Costa Rica aspirait à un droit de navigation illimité : ainsi que l'attestent les écritures et les plaidoiries du Costa Rica, tel n'est pas le cas. Le Costa Rica conteste une réglementation et des mesures invalidantes, disproportionnées, inefficaces et discriminatoires. Ainsi que nous l'avons indiqué lors du premier

¹¹⁶ CR 2009/4, p. 12-14.

tour de plaidoiries, le Costa Rica ne serait, par exemple, pas opposé à ce que soient menées des patrouilles fréquentes et vigilantes, pour, notamment, réduire le trafic de stupéfiants et la contrebande¹¹⁷. Ce à quoi le Costa Rica s'oppose, c'est aux mesures limitant considérablement son droit de navigation, par exemple, l'obligation d'obtenir des certificats d'appareillage *nicaraguayens* et le contrôle de chaque bateau costa-ricien, lors de chaque trajet — aussi bien aller que retour —, à chaque poste militaire nicaraguayen, ou le prélèvement de droits et taxes.

38

5. M. Argüello Gómez a enfin précisé que le Nicaragua détenait tous les pouvoirs de police, et le Costa Rica aucun. La question se pose donc de savoir comment cela peut être conforme à la décision rendue par le président Cleveland lorsqu'il déclara, au paragraphe 2 de sa sentence de 1888, 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» que lui reconnaît [au Costa Rica] ledit article [il s'agit bien évidemment de l'article VI], ou dans les cas nécessaires à la protection de ce droit d'usage»¹¹⁸.

6. La dernière remarque que je souhaiterais faire sur ce point concerne l'affirmation selon laquelle, au confluent du San Juan et du Colorado, 90 % des eaux se déversent dans le Colorado. Quel est le rapport avec la présente affaire ? L'on pourrait affirmer, de manière tout aussi justifiée, que le Costa Rica apporte 70 % de ses eaux au San Juan, contre 30 % pour le Nicaragua.

2. La souveraineté du Nicaragua sur le San Juan et le droit perpétuel de libre navigation du Costa Rica

7. Permettez-moi maintenant, Monsieur le président, Messieurs de la Cour, d'aborder la relation entre la souveraineté et le droit perpétuel de libre navigation. M. Brownlie a indiqué, à juste titre, que la stabilité est l'objectif principal des traités établissant une frontière. Je dirais même que l'instrument en question, le traité Cañas-Jerez de 1858, avait également pour objet d'assurer la stabilité, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il s'agisse d'un traité ordinaire établissant une frontière. Le Nicaragua étant resté extrêmement discret sur cette question, je souhaiterais rappeler que le traité de 1858 établit un régime juridique global pour la zone du San Juan : établissement de la frontière internationale sur la rive costa-ricienne du cours inférieur

¹¹⁷ CR 2009/3, p. 28.

¹¹⁸ MCR, vol. 2, p. 18.

du San Juan (art. II) ; droit pour les deux Etats riverains de naviguer sur la partie du fleuve où la navigation est commune, et droit pour les bateaux de chacun des deux pays d'accoster sur la rive de l'autre (art. VI) ; constitution en *condominium* des eaux situées à chaque extrémité de la frontière (eaux de la baie de Salinas et de San Juan del Norte) (art. IV) ; défense commune du fleuve en cas d'agression extérieure (art. IV) ; interdiction des actes d'hostilité sur le fleuve, sur le lac de Nicaragua et dans le port de San Juan del Norte (art. IX) et obligation pour le Nicaragua de consulter le Costa Rica s'il envisage de réaliser des travaux de canalisation du fleuve (art. VIII).

39

8. J'ai vraiment du mal à admettre que nous soyons en présence d'un simple traité de frontière. En fait, cet instrument combine différents éléments qui établissent à la fois une frontière et un régime. Pour reprendre les termes utilisés par mon ami et collègue Ian Brownlie, l'agrégation de ces éléments donne naissance à une manière de «porosité» juridique, porosité qui se retrouve dans d'autres instruments conventionnels similaires.

9. Qualifier le traité de 1858 de traité frontalier, sans guère lui reconnaître d'autre portée, a conduit le Nicaragua à soutenir que l'élément principal de cet instrument était sa souveraineté sur les eaux et le lit du fleuve, alors que le Costa Rica estime, comme le Nicaragua l'aura compris, que ses droits de navigation prédominent. C'est ce point qui constitue la principale pomme de discorde entre les Parties.

10. Le Nicaragua estime que sa souveraineté doit prévaloir et que toute exception à l'exercice de cette souveraineté doit, en vertu de la jurisprudence de la Cour, être interprétée de manière restrictive. J'ai déjà tenté de démontrer que cette jurisprudence n'était pertinente que s'il existait un doute quant au sens de la disposition en question¹¹⁹. En l'absence d'un tel doute, l'interprétation doit être conforme aux principes énoncés dans la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, y compris le principe *ut magis valeat quam pereat* : on ne saurait priver d'effet le principe de libre navigation en le subordonnant à la volonté du souverain territorial. Il ne saurait être laissé à l'appréciation unilatérale de cet Etat.

11. Le Costa Rica a une approche très différente de la question. Comme la plupart des concepts du droit international, la souveraineté n'est pas absolue ; elle est fonction des droits et

¹¹⁹ CR 2009/2, p. 43-44.

obligations spécifiques de l'Etat concerné. Autrement dit, ainsi que cela a été indiqué lors du premier tour de plaidoiries, il n'y a pas une hiérarchie entre souveraineté et droit de navigation, mais une souveraineté limitée par les obligations internationales inhérentes au régime conventionnel¹²⁰. Il n'y a là rien d'extraordinaire.

40 12. Ce raisonnement semble être confirmé par le défendeur lui-même. En effet, dans sa duplique¹²¹, le Nicaragua prend soin de démontrer que la réglementation et les mesures qu'il a adoptées sont «raisonnables». Pour le Costa Rica, elles ne le sont pas, mais le fait même que le Nicaragua cherche à les justifier revient à admettre que sa souveraineté est bel et bien limitée par les obligations qui lui incombent en vertu du traité Cañas-Jerez, en particulier celles découlant du droit perpétuel de libre navigation du Costa Rica.

13. Pour conclure cette première partie de mon exposé, j'insisterai sur les points suivants :

- i) le traité de 1858 est un instrument qui établit une frontière et le régime international d'un cours d'eau, régime présentant plusieurs aspects ;
- ii) dès lors, la souveraineté et le droit de navigation sont deux éléments d'un seul et même ensemble. Ils sont sur un pied d'égalité, en ce sens que l'on ne saurait dire, pour faire simple, que l'un prévaut sur l'autre ; et,
- iii) aux fins de la présente espèce, cela signifie que le Nicaragua ne saurait exercer sa souveraineté par des mesures et une réglementation qui seraient illicites, discriminatoires ou déraisonnables, en ce sens que les droits de navigation du Costa Rica seraient affectés de manière disproportionnée. Cette réglementation et ces mesures doivent également être efficaces, c'est-à-dire qu'elles doivent permettre de prévenir et de réduire certaines activités indésirables telles que la contrebande et le trafic de stupéfiants.

14. Ces conclusions m'amènent à la deuxième question que je souhaite aborder, à savoir le caractère licite et raisonnable de la réglementation et des mesures prises par le Nicaragua qui limitent le droit perpétuel de libre navigation du Costa Rica.

¹²⁰ CR 2009/3, p. 32-33, 36 et 45.

¹²¹ DN, vol. II, par. 4.34-4.98.

3. Caractère licite et raisonnable de la réglementation et des mesures nicaraguayennes

a) *Questions d'ordre général*

15. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, j'en viens donc à la question du droit de réglementer les utilisations des cours d'eaux tels que le San Juan. L'Etat défendeur a invoqué une série d'autorités et de précédents pour étayer ce droit. M. Brownlie a cité un certain nombre d'autorités afin de démontrer qu'il n'y a, dans la pratique latino-américaine, ni droit général ni liberté de navigation sur les fleuves¹²² ; nous n'avons pas dit qu'il y en avait. Nous n'avons pas non plus fait la proposition «extravagante»¹²³ selon laquelle ce droit de navigation — énoncé et pas simplement «mentionné» dans le traité de 1858 — serait, et je cite M. Brownlie, «absolu ou impératif». Ce que nous avons dit, et que nous maintenons, c'est que l'on ne saurait faire disparaître un droit conventionnel de libre navigation à force de le réglementer en invoquant la souveraineté du Nicaragua. Cette observation vaut aussi pour les passages de Wheaton et O'Connell qui ont été cités.

41

16. Reste l'affaire *James H. McMahan (Etats-Unis) c. Etats-Unis du Mexique*, amplement citée par M. Brownlie¹²⁴. Celle-ci avait trait à une partie du Río Grande qui servait de frontière entre les deux pays, dont le régime était celui de la libre navigation, et aux citoyens américains qui l'empruntaient. La commission générale de réclamations Etats-Unis/Mexique jugea, à la majorité, que le Mexique était «en droit d'exercer des pouvoirs de police, du moins *certain*s pouvoirs de police, sur le cours du Río Grande», sans pour autant les définir. Dans cette même décision figure la réserve suivante :

«Il est ... raisonnable de penser que ce pouvoir local ne doit pas être exercé *de manière à faire échec au passage innocent dans les eaux* du fleuve, en particulier s'il est établi par traité.»¹²⁵ (Les italiques sont de nous.)

Cette observation est très pertinente pour la présente espèce. Il convient pourtant d'en faire encore une autre, à savoir que, contrairement à la présente espèce, le Río Grande est un fleuve dont les eaux sont divisées entre ses deux riverains, probablement au milieu du thalweg, et sur lequel les

¹²² CR 2009/4, p. 30.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*, p. 32.

¹²⁵ Organisation des Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales internationales (RSAI)*, vol. IV, p. 490.

mariniers ont toujours pu tenter de passer du côté de l'Etat dont ils sont nationaux. Les Costa-Riciens n'ont pas cette possibilité.

17. Dans son exposé du 6 mars 2009, M. Reichler a mentionné trois autres textes portant sur le pouvoir réglementaire des Etats¹²⁶. L'article 6 du statut sur le régime des voies navigables d'intérêt international, signé à Barcelone en 1921, permet aux riverains de promulguer des lois et règlements concernant la santé publique, la lutte contre les maladies, les mouvements de personnes et les douanes,

«[étant] entendu que ces dispositions et ces mesures ne dépassant pas les nécessités et appliquées sur un pied de parfaite égalité aux ressortissants, aux biens et aux pavillons de l'un quelconque des Etats contractants, y compris l'Etat contractant qui les édicte, ne devront pas, *sans motif ... entraver le libre exercice de la navigation*» (les italiques sont de nous).

18. Le projet de règlement international de navigation fluviale («Draft International Regulation on River Navigation»), adopté en 1887 par l'Institut de droit international, consiste essentiellement en une série de règles internationales générales ne contenant rien de précis sur les réglementations *nationales*. Tout ce que l'on peut lire à son article 28, c'est que chaque riverain préserve ses droits souverains sur ses parties des fleuves, mais «*within the limits laid down by the stipulations of this Regulation and by the Treaties and Conventions*» (les italiques sont de nous).

42

19. Un autre texte cité par M. Reichler est celui des règles de Berlin sur les ressources en eau, adoptées en 2004 par l'Association de droit international sans pour autant faire l'unanimité. L'article 45 de ces règles permet à un Etat riverain de :

«réglementer, limiter ou suspendre la navigation, s'il l'estime nécessaire, aux fins de la sécurité ou de la santé publiques et de la protection de l'environnement, sur la partie du cours d'eau relevant de sa juridiction, pour autant qu'il n'entrave pas la navigation d'un autre Etat riverain de manière discriminatoire et *ne trouble pas de manière déraisonnable* la jouissance des droits de navigation...»¹²⁷. [LW]

20. Enfin, on ne voit vraiment pas quel rapport la convention de Montreux de 1936 concernant le régime des détroits turcs peut avoir avec la présente espèce¹²⁸. Cette convention concerne le droit de la mer, et nous les cours d'eau. On a l'impression que le Nicaragua fait l'amalgame entre le droit de la mer et celui des cours d'eau internationaux quand cela l'arrange.

¹²⁶ CR 2009/4, p. 13-14.

¹²⁷ DN, vol. II, annexe 72 ; les italiques sont de nous.

¹²⁸ Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 173, p. 215.

De plus, aux termes de l'article cité, il y a une liberté de transit et de passage dans les détroits, laquelle est réglementée — c'est-à-dire régie — par les dispositions de la convention. Je ne vois pas ce que cela pourrait prouver dans le contexte de la présente affaire.

21. La Cour relèvera qu'aucun de ces textes ne porte sur les traités de frontière conférant un droit de navigation. Aucun d'eux n'envisage le cas particulier d'une frontière qui longe la rive d'un fleuve. On peut néanmoins en déduire que, lorsqu'ils mentionnent des réglementations, ils précisent qu'elles doivent être raisonnables, non arbitraires et non discriminatoires. Telle a été, et est toujours, la position du Costa Rica : les Etats riverains peuvent réglementer s'ils respectent ces conditions. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, le moment est venu de se pencher sur les réglementations et mesures nicaraguayennes.

b) *Réglementations appliquées et mesures prises par le Nicaragua*

i) *Observation générale*

43

22. Avant d'examiner ces réglementations et mesures une par une, je ferai deux observations préliminaires — l'une de caractère particulier l'autre de caractère général. Il convient tout d'abord de noter que l'engagement écologique du Nicaragua est indéniablement monté en puissance du fait de la présente instance, bien que quelques réserves puissent être émises en raison des insuffisances que j'ai déjà relevées¹²⁹. En ce qui concerne la protection de l'environnement en général, le Nicaragua a, entre autres, tenté de tirer argument de l'exploitation du bois en invoquant la déclaration sous serment Molina¹³⁰. Rien ne permet cependant d'affirmer que le bois dont il est question dans celle-ci ait effectivement été coupé au Nicaragua par des Costa-Riciens. Nul ne sait comment, par qui, quand et où a été prise la photographie reproduite dans la duplique du Nicaragua¹³¹.

23. Ma seconde observation est que pour être *raisonnables* les réglementations et mesures doivent être efficaces, afin de réaliser l'objectif visé par leur adoption. Si elles ne sont pas efficaces, elles ne sont d'aucune utilité et, par conséquent, sont déraisonnables. La condition de la *non discrimination* n'est, du moins à mon sens, pas remplie, si les redevances perçues ne sont pas

¹²⁹ CR 2009/3, p. 25-26.

¹³⁰ DN, vol. II, annexe 72.

¹³¹ DN, vol. I, p. 93.

les mêmes pour tout le monde ou changent tout le temps. Enfin, l'interdiction de l'*arbitraire* sert à empêcher, entre autres, que des réglementations soient adoptées et des mesures prises sans fondement juridique valide et sans être communiquées à ceux auxquels elles doivent s'appliquer, en l'occurrence le Costa Rica. La certitude et la transparence juridiques sont le meilleur moyen d'éviter l'arbitraire.

ii) L'obligation de faire halte et de s'enregistrer

24. Je vais à présent examiner la première mesure spécifique, qui est l'obligation de faire halte et de s'enregistrer. Cette obligation aurait une multitude d'objectifs qui ont été examinés très en détail. Ses vertus préventives ont été vantées. L'une des principales objections du Costa Rica est que pour chaque trajet un droit de 5 dollars des Etats-Unis doit être acquitté, auquel s'ajoutent des frais de manutention de 2 dollars des Etats-Unis à l'entrée et à la sortie du pays. Si cette somme peut sembler insignifiante aux conseils plaidant devant la Cour, elle est énorme pour les habitants d'une région pauvre du Costa Rica qui, au quotidien, sont tributaires du fleuve. On se demande aussi quels sont, au fond, les services rendus, étant donné que leur contribution à la prévention de la criminalité et des accidents semble mince. Enfin, on pourrait se demander si tous ces contrôles incessants — deux par jours, pour chaque trajet, à chaque poste frontière — restent dans les limites du raisonnable. Ne constituent-ils pas plutôt à une forme de harcèlement ?

iii) Les certificats d'appareillage

25. J'en viens à présent à la question des certificats d'appareillage. On nous a indiqué, à la fin de la semaine dernière, que la délivrance de ces certificats par le Nicaragua visait essentiellement à assurer la sûreté et la navigabilité des bateaux, et également à vérifier qui était à leur bord et ce qu'ils transportaient¹³². Les droits facturés, censés rémunérer des services rendus, varient, comme le montre une annexe du mémoire¹³³ du Costa Rica, entre 5 et 25 dollars des Etats-Unis – vous trouverez un reçu pour la somme de 25 dollars des Etats-Unis sous l'onglet 62 du dossier de plaidoiries (projection) — et sont perçus pour chaque trajet. Pour les bateliers de la région, 25 dollars des Etats-Unis représentent une somme considérable comparée aux salaires et

¹³² CR 2009/5, p. 20.

¹³³ MCR, vol. VI, annexe 241.

bénéfices locaux. Ayant moi-même voyagé dans la région comme tous les conseils du Costa Rica, *et ergo in Arcadia*, j'ai été témoin tant de la procédure d'arrêt et d'enregistrement que de l'inspection des bateaux en vue de contrôler leur navigabilité et l'identité de leur cargaison et de leurs passagers. Je n'ai pas eu de chance ; bien qu'une somme ait été versée, je n'ai vu aucune inspection sur le bateau. Aucun service n'a été rendu pour lequel un droit pouvait être perçu.

26. Encore une fois, Monsieur le président, on se demande quel est le fondement juridique de cette condition, puisqu'aucune législation à l'appui n'a été fournie sauf pour les visas et les cartes de touriste. La valeur préventive revendiquée de la mesure est minime puisque celle-ci n'est pas appliquée méthodiquement. La variation du montant des droits évoque l'arbitraire.

27. Il est toutefois allégué par la Partie adverse que des certificats d'appareillage sont délivrés aux résidents costa-riens de la région «régulièrement» et sans frais, «[p]ar pure courtoisie» comme l'a indiqué M. Reichler¹³⁴. La «régularité» exacte de cette pratique est démontrée par les éléments de preuve soumis par le Costa Rica dans son mémoire et sa réplique : sur six résidents locaux, quatre ont témoigné avoir dû s'acquitter de droits¹³⁵.

45 28. M. Reichler justifie l'imposition d'un droit pour les certificats d'appareillage en disant qu'il ne s'agit pas d'un «impôt», lequel violerait l'article VI, mais qu'«[i]l correspond à un service rendu ... une «redevance», pas une taxe»¹³⁶. Il a insisté sur ce point, suggérant que «tous les éléments de preuve ... contredisent» la qualification de «taxe»¹³⁷ que j'ai appliquée à ces droits. M. Reichler ne cite aucun élément de preuve à l'appui de son affirmation¹³⁸ selon laquelle des services sont rendus, et celle-ci est contredite par ceux qui figurent dans le dossier, à savoir les témoignages des bateliers costa-riens, qui déclarent qu'aucune inspection n'a jamais été effectuée et aucun service jamais rendu en échange d'un certificat d'appareillage¹³⁹. Ces preuves ne sont pas reconnues dans la duplique du Nicaragua qui se contente d'affirmer, sans référence, qu'une inspection est effectuée. Elles ne sont pas non plus reconnues par M. Reichler, qui a fait de même.

¹³⁴ CR 2009/5, p. 21.

¹³⁵ MCR, vol. IV, annexe 92, 96, 103 et 108 ; RCR, vol. II, annexes 50 et 51.

¹³⁶ CR 2009/5, p.21-22.

¹³⁷ CR 2009/5, p.22.

¹³⁸ CR 2009/3, p.29.

¹³⁹ RCR, annexe 51, p. 281-282, annexe 52, p. 283.

29. Quelle que soit le nom que donne le Nicaragua à la somme versée pour obtenir un certificat d'appareillage, en l'absence de service rendu et aussi modeste cette somme soit-elle, il s'agit bel et bien d'une taxe¹⁴⁰. En outre, si un service est rendu, le droit perçu ne peut dépasser le coût réel de l'inspection¹⁴¹ : son montant ne saurait dépendre du bon vouloir du militaire nicaraguayen en service. La distinction entre une taxe et la rémunération de services rendus¹⁴² est bien connue en droit international et dans la pratique et rien ne donne à penser qu'elle n'est pas applicable en l'espèce. Les références étayant cette proposition figurent dans les notes de bas de page de mon intervention.

46

30. Enfin, il y a la prétendue reconnaissance par le Costa Rica de la procédure relative aux certificats d'appareillage suivie par le Nicaragua. La réunion, en 1997, de la commission binationale concernait le trafic de drogue et visait à attirer l'attention des autorités nicaraguayennes sur ce problème. La mesure débattue lors de la réunion consistait pour chaque Etat à veiller à ce que les bateaux «naviguent uniquement s'ils ont été dûment enregistrés par les postes qui délivrent les certificats de navigation correspondants, en l'espèce, les postes de San Juan del Norte, de San Carlos et de Sarapiquí»¹⁴³. Cela signifie une obligation d'enregistrement auprès d'un poste frontière — costa-ricien ou nicaraguayen — habilité à délivrer de tels certificats. Il n'est indiqué nulle part que les bateliers doivent obtenir, du Nicaragua, des certificats d'appareillage délivrés pour chaque trajet ni, à fortiori, que le Costa Rica a admis une telle pratique. On est loin de pouvoir conclure, comme l'a fait M. Reichler, que «le Costa Rica lui-même convenait que les conditions d'enregistrement et d'obtention de certificats d'appareillage imposées par le Nicaragua

¹⁴⁰ Voir, par exemple, l'affaire 24/68, *Commission c. Italie*, 1969, *Recueil de la jurisprudence*, p. 193 ; affaire 18/71 *Eunomia c. Italie*, 1971, *Recueil de la jurisprudence*, p. 811 ; affaire 39/73 *REWE-Zentralfinanz c. Direktor der Landwirtschaftskammer Westfalen-Lippe*, 1983, *Recueil de la jurisprudence*, p. 1039 ; affaire 314/82 *Commission c. Belgique*, 1984, *Recueil de la jurisprudence*, p. 1543

¹⁴¹ Voir, par exemple, l'affaire 18/87, *Commission c. Allemagne*, 1988, *Recueil de la jurisprudence*, p. 5427 ; affaire 132/82, *Commission c. Belgique*, 1983, *Recueil de la jurisprudence*, p. 1649 ; affaire 24/68 *Commission c. Italie*, 1969, *Recueil de la jurisprudence*, p. 192 ; *Commission c. Belgique*, 1984, *Recueil de la jurisprudence*, p. 1543 ; affaire 46/76 *Bauhuis*, 1977, *Recueil de la jurisprudence*, p. 5. Voir également art. II.2 c) de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 ; art. VIII.1 a) GATT de 1994 ; rapport du groupe spécial de l'OMC, *Inde — Droits additionnels et droits additionnels supplémentaires sur les importations en provenance des Etats-Unis*, 9 juin 2008, par. 7.301-7.394 ; rapport du groupe spécial de l'OMC, *Etats-Unis — Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, 17 juillet 2000, par. 6.70 ; rapport du groupe spécial du GATT, *Etats-Unis — Redevances pour les opérations douanières*, 2 février 1988, par. 68-117 ; rapport du groupe spécial du GATT, *CEE — Régime concernant les prix minimaux à l'importation, le certificat et le cautionnement pour certains produits transformés à base de fruits et légumes*, 4 octobre 1978, par. 4.6.

¹⁴² Art. II.2 c), GATT de 1994.

¹⁴³ DN, vol. II, annexe 4.

se justifiaient pleinement et qu'il les approuvait comme telles»¹⁴⁴. Les développements consacrés à la question dans le mémoire du Costa Rica montrent que celui-ci a contesté l'exigence de certificats d'appareillage sans interruption de 1980 à aujourd'hui.¹⁴⁵

iv) L'interdiction de naviguer de nuit

31. J'en viens maintenant à l'interdiction de naviguer de nuit. Comme cela a déjà été indiqué¹⁴⁶, la navigation dans la portion supérieure du San Juan peut être dangereuse ; elle l'est bien moins dans la partie du fleuve qui est ouverte à la navigation commune, partie où le San Juan est large et où, hormis quelques branches mortes et bancs de sable — comme il en existe dans la plupart des autres cours d'eau navigables —, les obstacles majeurs sont peu nombreux. Par le passé, la navigation de nuit n'était pas interdite, mais peut-être nos amis nicaraguayens nous diront-ils que le San Juan est devenu dangereux du fait du «Plan d'action»¹⁴⁷ de l'armée. Ce plan est, du moins à notre connaissance, la seule justification de ladite mesure, et le Nicaragua ne l'a pas communiqué au Gouvernement costaricien. Il s'agit là, de toute évidence, d'une très curieuse façon d'entretenir des relations de bon voisinage. Sans doute est-ce dû à une conception par trop optimiste de la «souveraineté» au sens du traité de 1858.

32. Lors de ma précédente intervention sur ce point, je me suis permis d'avancer qu'une meilleure — et moins intrusive — manière de réduire ou de prévenir les risques liés à la navigation de nuit serait peut-être de coopérer et de mettre en place des dispositifs lumineux sur les rives du fleuve, tout en obligeant les embarcations naviguant de nuit à être équipées de feux de navigation. Il s'agit là de mesures tout à fait classiques en matière de navigation de nuit, tant sur les fleuves internationaux que dans les eaux côtières de tous les Etats, qu'ils soient riches ou pauvres. M. Argüello Gómez a reconnu que j'étais animé des meilleures intentions mais a estimé que je connaissais mal le fleuve et n'étais guère au fait de l'extrême pauvreté de la majeure partie de la population locale¹⁴⁸. Je le laisse juge de mon ignorance, mais une chose est sûre : l'utilisation de

47

¹⁴⁴ CR 2009/5, p. 21.

¹⁴⁵ MCR, vol. I, par. 5.11-5.26.

¹⁴⁶ CR 2009/3, p. 31.

¹⁴⁷ DN, annexe 48.

¹⁴⁸ CR 2009/5, p. 23.

feux de navigation, tout particulièrement dans le cadre d'un accord, permettrait d'améliorer la sécurité de la navigation au moins autant — et sans doute davantage — que les mesures hautement intrusives prises par le Nicaragua pour interdire la navigation douze heures par jour.

33. S'agissant des activités nocturnes des bateaux nicaraguayens, M. Reichler a indiqué que je «ne conna[issais] pas bien [ma] géographie»¹⁴⁹. C'est peut-être vrai. Le fait est, néanmoins, que les bateaux nicaraguayens qui circulent de nuit le font dans les portions supérieures du San Juan. Deux illustrations actuellement projetées à l'écran l'attestent¹⁵⁰. Ces illustrations, sur lesquelles sont indiqués les lieux et les horaires de départ et d'arrivée, apparaissent — comme je l'ai dit — à l'écran, et elles figurent sous l'onglet n° 63 du dossier de plaidoiries. Il s'agit là incontestablement d'une question purement interne, mais cela montre bien que ce qui peut être considéré comme dangereux pour certains — et les portions supérieures du fleuve le *sont* — ne l'est pas pour d'autres.

34. En résumé, l'interdiction que nous dénonçons est illicite, déraisonnable, arbitraire et dépourvue de tout fondement juridique autre que le «Plan d'action» de l'armée.

v) L'obligation d'arborer le pavillon nicaraguayen

35. J'en viens maintenant à l'obligation d'arborer le pavillon nicaraguayen. Je serai très bref sur ce point. En dépit de mes pérégrinations sur le San Juan, je ne sais pas si cette obligation s'impose à tous les bateaux costa-riens, ou seulement à ceux qui sont équipés de mâts et de tourelles, comme le prétend M. Reichler¹⁵¹ ; en effet, l'embarcation sur laquelle j'ai navigué arborait un drapeau sur l'un de ses flancs. Comme elle n'avait ni mât et tourelle, peut-être s'agissait-il d'un geste de courtoisie de son propriétaire ; à moins — ce qui est plus vraisemblable —, que celui-ci ait agi de la sorte par peur de sanctions. Ceci m'amène à une autre affirmation de M. Reichler, à savoir que jamais aucun bateau costa-ricien ne s'est vu interdire de

¹⁴⁹ CR 2009/5, p. 24.

¹⁵⁰ Voir http://www.nicatour.net/en/nicaragua/orario_lanchas_rio_san_juan.asp et <http://www.visitariosanjuan.com/elcastillo/elcastillo-comollegar-es.html>.

¹⁵¹ CR 2009/5, p. 26.

48 naviguer parce qu'il n'arborait pas le pavillon nicaraguayen¹⁵². Evidemment, puisque les bateliers ne voulaient pas provoquer de tels incidents.

36. Au cours de ma précédente intervention sur ce point, j'ai indiqué qu'il pouvait exister une pratique, inspirée de la courtoisie internationale, voulant que l'on arbore le pavillon de l'Etat territorial en plus de celui de l'Etat du pavillon¹⁵³. Cela a conduit M. Reichler à conclure que «le Nicaragua ... en tant que souverain sur ces eaux ... est en droit d'exiger cette courtoisie»¹⁵⁴. Permettez-moi d'en douter sérieusement : comment peut-on vouloir transformer une règle de la courtoisie internationale en une réglementation interne contraignante relative à l'exercice d'un droit conventionnel de navigation ? Cette réglementation qui, soit dit en passant, est une autre conséquence du «Plan d'action» de l'armée nicaraguayenne est, à mon sens, tout à fait inutile.

vi) Les obligations en matière d'immigration et de visas

37. J'en viens maintenant à la dernière série de mesures, à savoir les obligations en matière d'immigration et de visas. M. Reichler soutient que, en pratique, l'obligation d'obtenir un visa ne concerne qu'une minorité de personnes naviguant sur le fleuve à bord de bateaux de tourisme, la plupart d'entre eux y échappant. De plus, «par courtoisie», les riverains et bateliers costa-riciens sont autorisés à circuler sans visa ou carte de touriste¹⁵⁵ et, dès lors, ne doivent supporter aucune charge financière.

38. Pourtant, le Costa Rica a démontré que les *bateliers* étaient bel et bien obligés d'obtenir des visas pour exercer leur profession¹⁵⁶ ; d'ailleurs, certains touristes n'ont pas pu achever leur circuit parce que les bateliers qui les transportaient n'avaient pas de visa¹⁵⁷. Un batelier a en outre été arrêté par l'armée nicaraguayenne parce qu'il n'était pas muni de son passeport. Il a dû ensuite se rendre à San José à deux reprises pour s'y procurer, contre paiement, deux visas¹⁵⁸. Cela démontre qu'il y a parfois des exceptions, mais parfois seulement. De plus, lorsque le Nicaragua

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ CR 2009/3, p. 33.

¹⁵⁴ CR 2009/5, p. 26.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 25.

¹⁵⁶ MCR, annexes 85, 87, 91, 92, 93, 95 et 189 ; RCR, annexes 51 et 52.

¹⁵⁷ MCR, annexe 86.

¹⁵⁸ MCR, annexes 84, 238 et 244.

précise que, par courtoisie, les riverains et bateliers sont dispensés d'obtenir un visa ou une carte de touriste, cela signifie bien entendu qu'il peut revenir sur cette dispense quand bon lui semble.

49 39. Si ces mesures sont effectivement appliquées, et si l'on permet qu'elles restent en vigueur, elles auront des conséquences financières considérables pour les bateliers : 25 dollars des Etats-Unis par visa, auxquels s'ajoutent les frais de voyage pour se rendre à San José et en revenir, 5 dollars des Etats-Unis par touriste plus 4 dollars des Etats-Unis de droits d'immigration — également par touriste —, et de 5 à 25 dollars des Etats-Unis au titre du certificat d'appareillage. Par conséquent, si un batelier devait transporter des touristes sur le San Juan une fois par semaine tout au long de l'année, il lui faudrait passer plus de cent jours à l'ambassade du Nicaragua à San José pour obtenir des visas. Au total, cela lui reviendrait à quelque 2800 dollars des Etats-Unis. Voilà donc ce que M. Reichler qualifie de «réglementation, peu contraignante, en matière d'immigration»¹⁵⁹.

40. D'un point de vue juridique, les mesures en question sont extrêmement contestables. Comme je l'ai indiqué lors d'une précédente intervention, les bateliers et leurs passagers empruntent le plus souvent le fleuve en transit, *sans rester* au Nicaragua¹⁶⁰. Cela signifie qu'ils ne devraient en aucun cas être obligés de se munir d'un visa et d'une carte de touriste. J'ai également tenté d'expliquer pourquoi la nécessité pour les *Nicaraguayens* d'obtenir un visa lorsqu'ils entrent en *territoire costa-ricien* était dépourvue de pertinence à cet égard. En effet, la différence est que le Costa Rica jouit de droits conventionnels de passage en transit sur le fleuve, alors que les Nicaraguayens qui entrent au Costa Rica ne jouissent d'aucun droit de cette nature. Les mesures en question, outre qu'elles sont déraisonnables, sont donc illicites.

4. CONCLUSIONS

41. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, j'en arrive au terme de mon exposé. Mes conclusions générales sont au nombre de trois :

- i) Le Costa Rica soutient que la souveraineté du Nicaragua sur le San Juan doit être considérée comme une partie — une partie importante — du régime fluvial établi en 1858.

¹⁵⁹ CR 2009/5, p. 25.

¹⁶⁰ CR 2009/3, p. 28.

ii) La réglementation adoptée par le Nicaragua ne doit pas entraver le droit perpétuel de libre navigation du Costa Rica. Cette réglementation doit en particulier être licite, publique, non arbitraire et non discriminatoire. De plus, elle doit être conçue pour atteindre un but d'intérêt général légitime.

50

iii) Aucune des mesures appliquées par le Nicaragua ne remplit ces conditions ; elles constituent des violations du traité de 1858, de la sentence Cleveland et de la décision de 1916 de la Cour de justice centraméricaine.

Monsieur le président, Messieurs de la Cour, je vous remercie pour votre attention et votre patience. Puis-je me permettre de vous demander de bien vouloir appeler à la barre M. Crawford ?

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur Caflisch, pour votre exposé. J'appelle maintenant à la barre M. Crawford.

M. CRAWFORD :

IV. BATEAUX OFFICIELS, DROITS CONNEXES ET RÉPARATIONS

1. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, dans cet exposé, je traiterai en premier lieu de la question des bateaux officiels, en deuxième lieu, des droits connexes, particulièrement le droit de pêche à des fins de subsistance et, en troisième lieu, des réparations. Etant donné les positions prises par le Nicaragua sur les deux derniers points, je pourrai heureusement être bref.

Les droits de navigation du Costa Rica avec des bateaux officiels

2. Pour ce qui est des droits de navigation avec des bateaux officiels, M. Kohen a déjà démontré que les bateaux de l'Etat costa-ricien jouissaient des mêmes droits de navigation aux fins du commerce que les bateaux privés costa-riens. Je ne reviendrai pas là-dessus, si ce n'est pour souligner un point important : un fonctionnaire, un agent de santé par exemple, peut emprunter le fleuve au titre de la navigation commerciale. Les services de santé costa-riens ne possèdent pas leurs propres bateaux. Quand ils ont besoin de fournir des médicaments ou de prodiguer d'autres formes de soins de santé aux communautés riveraines, leurs employés font ce que fait tout particulier qui doit emprunter le fleuve et qui n'a pas de bateau : ils prennent, à Sarapiquí ou à un autre port fluvial, l'un des bateaux locaux qui se louent à la journée. Or, ces bateaux costa-riens

51

exercent leur droit de libre navigation à des fins commerciales. Le fait que certains de leurs passagers aillent apporter des médicaments ou traiter une épidémie due aux larves de la lucilie bouchère n'a pas d'importance. La navigation reste «commerciale», dans tous les sens du terme. Les taxis londoniens ne peuvent pas prendre de voyageurs sans permis. Ils assurent un service, ils exercent une activité commerciale, même quand ils conduisent des ministres du cabinet qui sont en retard à des réunions au 10 Downing Street. Il en irait de même pour des taxis fluviaux. L'exercice par des bateaux privés costa-riciens de leur droit perpétuel de libre navigation ne dépend pas des motivations des passagers. Si c'était le cas, nous assisterions à une fâcheuse forme de sélection sur la rive du fleuve : les agents des services de santé publique chargés d'apporter des médicaments aux communautés locales seraient exclus (à moins qu'ils ne soient allés, à chaque fois, à San José pour demander l'autorisation du gouvernement nicaraguayen de se rendre en mission et pour obtenir un visa), alors que les représentants des laboratoires pharmaceutiques étrangers qui vendent les mêmes médicaments en tant qu'articles de commerce seraient libres de voyager. Cette sélection serait faite par du personnel militaire subalterne du côté nicaraguayen. Voilà la version nicaraguayenne du droit perpétuel de libre navigation.

3. Mais je vais vous parler maintenant des bateaux officiels qui n'exercent pas les droits prévus à l'article VI de la manière que je viens de décrire.

a) *La sentence Cleveland n'a pas déterminé les droits du Costa Rica de naviguer avec tous ses bateaux officiels quels qu'ils soient*

4. M. McCaffrey a déclaré que le président Cleveland «s'[était] prononcé sur la question de savoir si le Costa Rica avait le droit de naviguer sur le San Juan avec ses bateaux de guerre ou d'*autres bateaux officiels*»¹⁶¹. Selon lui, la sentence Cleveland interdit la navigation de tous types de bateaux officiels autres que ceux du service des douanes¹⁶².

5. Ce n'est pas ce qui est dit dans la sentence Cleveland. La question soumise au président Cleveland était rigoureusement circonscrite : elle visait à savoir «si le Costa Rica a[vait] le droit de naviguer sur le fleuve San Juan avec des bateaux de guerre ou des bateaux des

¹⁶¹ CR 2009/5, p. 31, par. 11 (McCaffrey) ; les italiques sont de nous.

¹⁶² CR 2009/5, p. 31, par. 11, p. 33, par. 18 (McCaffrey) ; les italiques sont de nous.

douanes»¹⁶³. Le quatrième point d'interprétation douteuse soulevé par le Nicaragua était tout aussi limité¹⁶⁴. Le Nicaragua fait abstraction de ces formulations restrictives. Les questions posées étaient en réalité formulées pour mettre en évidence le véritable différend qui opposait les Parties à l'époque. La correspondance échangée avant le recours à l'arbitrage le confirme : il n'y est fait référence qu'à la navigation sur le San Juan par la garde douanière¹⁶⁵.

52

6. Le Nicaragua soutient, sur la base d'une hypothétique question du Costa Rica qui occupe quatre lignes dans une pièce de procédure de 181 pages, que le «Costa Rica a soumis à l'arbitre la question des droits généraux de navigation des bateaux officiels»¹⁶⁶. Cela n'est pas vrai. Le Costa Rica soulevait une question incidente dans le cadre de son argumentation, il ne reformulait pas la question posée à l'arbitre. Dans sa propre argumentation devant le président Cleveland, le Nicaragua n'a fait référence à aucun bateau autre que les bateaux de guerre et ceux du service des douanes. Ni les parties ni l'arbitre n'ont abordé la question de la navigation des bateaux officiels en général¹⁶⁷. En conséquence, la sentence répond à la question limitée du droit de navigation du Costa Rica avec des bateaux de guerre et des bateaux du service des douanes. Le président Cleveland n'a pas «rejet[é] l'idée» de droits généraux de navigation pour les bateaux officiels¹⁶⁸, ni explicitement ni implicitement. Voyons ce qu'il a plutôt décidé.

b) *La sentence Cleveland a reconnu aux bateaux des services des douanes un droit conventionnel spécifique de navigation*

7. M. McCaffrey a fait valoir que le président Cleveland était déterminé à «restreindre le moins possible la souveraineté du Nicaragua» et que cette détermination ressortait «de la limitation considérable des droits de navigation proposé par Rives pour le Costa Rica»¹⁶⁹. M. McCaffrey s'est employé péniblement à montrer à la Cour que le président Cleveland avait modifié «de sa propre main» le projet de sentence préparé par Rives et l'avait «remplac[é] par sa propre décision,

¹⁶³ Art. VI, convention Esquivel--Roman, MCR, annexe 14 ; voir aussi sentence Cleveland, MCR, annexe [1]6, p. 457 (p. 98).

¹⁶⁴ MCR, annexe 207, p. 10.

¹⁶⁵ CMN, annexes 28, 29, 30, 31 et 32.

¹⁶⁶ CR 2009/5, p. 36, par. 26 (McCaffrey).

¹⁶⁷ Voir MCR, annexe 208, p. 48-49.

¹⁶⁸ CR 2009/5, p. [36], par. 2[6].

¹⁶⁹ CR 2009/5, p. 34, par. 21.

beaucoup plus restrictive»¹⁷⁰. En réalité, les textes montrent exactement le contraire : là où Rives proposait un simple «privilège», le président Cleveland a prévu un droit conventionnel spécifique de navigation pour les bateaux du service des douanes.

53

8. (Onglet 64.) Dans la version initiale de son projet, Rives proposait que les privilèges du Costa Rica soient les mêmes que ceux dont bénéficie toute autre nation en temps de paix. Il faisait référence à un «usage général ... qui constitue un *droit imparfait* autorisant lesdits navires à réclamer l'hospitalité»¹⁷¹. Il proposait simplement que les bateaux de guerre et les bateaux du service des douanes costa-riens bénéficient du traitement réservé à ceux de toute autre nation. Il se fondait sur une pratique, tirée du droit international général et non du traité, consistant à accorder des privilèges — oui, des privilèges — aux bateaux étrangers dans les eaux territoriales. Pour Rives, le Costa Rica ne possédait aucun droit conventionnel de navigation pour les bateaux de son service des douanes, mais uniquement un droit imparfait ou un privilège découlant de la pratique internationale générale. Les droits conventionnels de navigation du Costa Rica se limitaient, selon lui, aux droits de navigation commerciale et ne constituaient en aucun cas des droits de navigation à titre officiel. Sur cette base, Rives proposait ce qui suit pour répondre à la deuxième question :

«les bateaux de guerre et ceux des services des douanes appartenant au Costa Rica jouissent du même privilège de navigation sur le fleuve San Juan que celui généralement accordé par les nations civilisées dans leurs eaux territoriales aux navires officiels de puissances amies en temps de paix — *mais non de privilèges différents ou plus importants*»¹⁷².

9. Le président Cleveland ne partagea pas ce point de vue, estimant que le Costa Rica avait plus qu'un simple «privilège» accordé communément à tout Etat. Les bateaux des douanes du Costa Rica pouvaient jouir d'un droit spécifique et perpétuel de navigation, consacré par le traité. Autrement dit, qu'on le veuille ou non, le président Cleveland a conclu à l'existence d'un droit conventionnel de navigation pour les bateaux officiels visés dans la question qui lui était posée — les bateaux des douanes. Il a ainsi décidé que :

«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 [il aurait dit «pero»] elle peut naviguer sur ledit fleuve avec des bateaux

¹⁷⁰ CR 2009/5, p. 3[3], par. 21.

¹⁷¹ CMN, documents originaux déposés au Greffe, vol II, annexe 71, p. 217 ; les italiques sont de nous.

¹⁷² CMN, vol. II, annexe 7[1] ; les italiques sont de nous.

du service des douanes pour autant que cela soit en rapport avec l'exercice du droit d'usage de ce fleuve «aux fins du commerce» que lui reconnaît ledit article, ou que cela soit nécessaire à la protection de ce droit d'usage.»¹⁷³

54 10. Par cette décision faisant autorité, le président Cleveland établit que les bateaux des douanes costa-riens jouissaient d'un droit conventionnel de navigation «pour autant que cela [fût] en rapport avec l'exercice du droit d'usage [du] fleuve «aux fins du commerce»» ou que cela [fût] nécessaire à la protection de ce droit. Or, M. McCaffrey comme M. Reichler citent le président Cleveland de la manière suivante : «en rapport avec la navigation «con objetos de comercio»»¹⁷⁴. Mais, bien qu'il comprît l'espagnol, Rives écrivit en anglais et il écrivit «purposes of commerce» [fins du commerce], parce que c'était l'expression qu'avaient employée les deux parties et parce qu'elle traduisait la manière dont celles-ci entendaient les droits du Costa Rica. Le président Cleveland décida que les bateaux des douanes du Costa Rica avaient le droit de naviguer *aux fins du commerce* et le droit de naviguer pour protéger la navigation costa-ricienne aux fins du commerce. C'était le point le plus important — de tous ceux examinés pendant l'arbitrage, c'était le principal point de désaccord entre le président Cleveland et Rives — et il traduisait une vision plus large — et non pas plus étroite — des droits conventionnels du Costa Rica.

11. En particulier, alors que Rives estimait que le Costa Rica devait s'acquitter de ses obligations de protéger le commerce uniquement à partir de sa propre rive du fleuve — les gardes devant se déplacer entre les arbres à la recherche de choses à protéger, apparemment —, la formulation du président Cleveland, que nous avons déjà citée, impliquait une interprétation plus large. Dans le même contexte, M. McCaffrey a affirmé que «l'article IV ne conten[ait] ... aucune indication quant à l'emploi de bateaux à cette fin»¹⁷⁵ : voilà qui est quelque peu étrange. Dans la pratique, à l'époque comme aujourd'hui, la protection du commerce sur le fleuve se fait uniquement par bateau. Je suppose que M. McCaffrey n'insinua pas que le Costa Rica devait protéger le commerce sur le fleuve et dans les baies communes en faisant, disons, de la natation synchronisée !

¹⁷³ MCR, vol. II, annexe 16 ; les italiques sont de nous. Voir aussi, CMN, vol. II, annexe 72.

¹⁷⁴ CR 2009/5, p. 31, par. 9 (McCaffrey) ; p. 42, par. 2 (Reichler) ; voir aussi p. 32, par. 17 (McCaffrey) ; p. 35, par. 24 (McCaffrey) ; p. 45, par. 9 (Reichler), p. 46, par. 10 (Reichler) ; p. 51, par. 20 (Reichler) ; p. 54, par. 25 (Reichler) ; p. 56, par. 29 (Reichler).

¹⁷⁵ *Ibid.*

12. Le Costa Rica a expliqué dans ses écritures que les fonctions remplies par la garde douanière à l'époque de la sentence Cleveland étaient à présent assurées par le service national de gardes-côtes, la police fiscale, la police des frontières et les gardes rurale et civile¹⁷⁶. Le Nicaragua n'a pas produit d'éléments de preuve ni fait de déclaration pour contredire cela. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, je le répète, ces faits sont chose jugée. M. Pellet a beau être impressionné à la vue d'un bateau des douanes — il me semble pourtant doté d'un courage plus qu'ordinaire — la décision du président Cleveland n'en reste pas moins celle que je viens d'exposer.

c) *Les deux Parties conviennent que Cleveland a confirmé l'existence d'un droit de navigation pour les bateaux officiels armés*

13. (Onglet 65.) Durant le premier tour de plaidoiries, j'ai donné un aperçu de la navigation costa-ricienne sur le San Juan avec des bateaux armés. Je l'ai fait parce que la Nicaragua avait refusé de reconnaître que les bateaux du service des douanes étaient des bateaux armés et que Cleveland avait confirmé l'existence, au bénéfice du Costa Rica, de droits conventionnels de navigation avec des bateaux officiels armés. Par exemple, dans son contre-mémoire, le Nicaragua déclarait : «aucune navigation armée avec des navires costa-riciens n'est permise par le traité, tel qu'il est interprété dans la sentence, sans l'autorisation préalable du Nicaragua»¹⁷⁷. Le Nicaragua a maintenu cette position dans sa duplique¹⁷⁸, en défendant le décret présidentiel de 2005 qui disposait : «Le Gouvernement de la République du Nicaragua ne permettra pas la navigation armée de forces étrangères [dans] les eaux territoriales nicaraguayennes.»¹⁷⁹ Ceci a toujours été un point épineux, puisque le Nicaragua a fait valoir devant Cleveland que les bateaux du service des douanes étaient «des navires armés, capables de se faire obéir par la force»¹⁸⁰, et que le rapport Rives en fait état¹⁸¹. Mais il semble que l'histoire du *Chandler* et son épilogue heureux pour le

55

¹⁷⁶ CR 2009/3, p. 15, par. 28 (Crawford) ; MCR, appendice B.

¹⁷⁷ CMN, par. 3.1.58 d) ; voir aussi *ibid.*, par. 3.1.9.

¹⁷⁸ Voir, par exemple, DN, par. 5.33.

¹⁷⁹ RCR, annexe 69 ; DN, par. 5.30-5.32.

¹⁸⁰ MCR, annexe 208, p. 49.

¹⁸¹ CMN, annexe 70, p. 4.

président ait finalement réglé la question¹⁸² ! Le Costa Rica a le droit, confirmé par la sentence Cleveland, de faire naviguer les bateaux armés de son service des douanes sur le San Juan, et le Nicaragua l'a maintenant reconnu¹⁸³.

14. Ce point ayant maintenant été établi, la question de la pratique est désormais totalement accessoire. L'état du dossier sur le point de savoir si le Costa Rica a exercé son droit conventionnel de naviguer avec les bateaux armés de son service des douanes est dénué de pertinence. J'ajouterai que les pièces écrites sont très peu nombreuses, de part et d'autre, et pour ce qui est du Nicaragua, extrêmement ténues. Mais ce que je veux dire est qu'une fois qu'un droit est né en vertu d'un traité valide et demeuré en vigueur, tel qu'interprété par un arbitre compétent avec l'autorité de la chose jugée, ce droit survit indépendamment de son exercice.

15. Pendant que je suis, pour ainsi dire, à bord du *Chandler*, je relève que M. Pellet a donné à la Cour des indications supplémentaires sur le type de bateau qu'envisageait Cleveland. Comme il l'a fait observer, et cela est exact, le *Chandler* a servi en tant que bâtiment de la marine de guerre et a été en service actif durant la guerre civile américaine¹⁸⁴. M. Pellet a dit — sans beaucoup de conviction — craindre que le Costa Rica arme immédiatement des bateaux du même tonnage et ayant les mêmes caractéristiques que le *Chandler* ou le *Forward* et les envoie sur le San Juan¹⁸⁵. Tel n'était pas mon but lorsque j'ai cité l'exemple du *Chandler*, et le Costa Rica a mieux à faire avec le budget limité dont il dispose que d'armer de nouvelles vedettes du service des douanes à cette échelle. Je l'ai cité uniquement pour démontrer deux choses : premièrement, le président Cleveland savait parfaitement — et s'il ne le savait pas déjà, les parties le lui avaient dit — que les bateaux du service des douanes étaient armés et, deuxièmement, qu'il serait totalement paradoxal que Cleveland ait autorisé des bateaux armés du service des douanes à naviguer sur le San Juan sans enfreindre l'interdiction faite aux bateaux de guerre et ait interdit dans le même temps la navigation de ces humbles bateaux officiels costa-riens, qui accomplissent les mêmes tâches, y

56

¹⁸² CR 2009/3, p. 13-14, par. 23 (Crawford).

¹⁸³ Voir, par exemple, CR 2009/5, p. 34-35, par. 23-24 (McCaffrey) ; *ibid.*, p. 60, par. 10 (Pellet).

¹⁸⁴ http://www.uscg.mil/history/webcutters/Jasmine_1866.pdf, cité dans CR 2009/5, p. 60, par. 10 (Pellet).

¹⁸⁵ CR 2009/5, p. 60, par. 10-11 (Pellet).

compris celle, nécessaire, de ravitaillement des postes frontière gardant le fleuve sur la rive costa-ricienne.

16. Comme je l'ai dit, le Nicaragua ayant admis que Cleveland a expressément autorisé la navigation des bateaux armés du service des douanes sur le San Juan, la constance de la pratique ultérieure de navigation armée du Costa Rica revêt moins d'importance. Toutefois, M. Reichler a déclaré que «le Costa Rica n'a[vait] présenté à la Cour aucun document officiel — ni, du reste, aucun autre moyen — qui établirait ... qu'il exerçait effectivement» ce droit de navigation avec des bateaux du service des douanes¹⁸⁶. Ceci n'est pas vrai. J'ai appelé mardi votre attention sur les preuves documentaires¹⁸⁷ qui indiquent que la garde douanière exerçait les activités que le décret de 1886 lui prescrivait d'exercer¹⁸⁸. Le fait même que le Nicaragua ait insisté sur ce point devant Cleveland donne à penser que ces bateaux naviguaient effectivement — à défaut l'argument n'aurait pas eu lieu d'être.

17. (Onglet 66.) L'affirmation de M. Reichler selon laquelle il n'y a pas de preuve de l'exercice par le Costa Rica de ce droit à une époque plus récente peut être réfutée en citant seulement un exemple. Le rapport de la garde des douanes de Boca de San Carlos datée du 26 juillet 1968 indique que la garde a reçu une plainte concernant l'entreposage d'ipéca, une plante toxique — je crois comprendre que l'on utilise la racine de la plante — dans un endroit nommé Infiernito (peut être bien nommé, puisqu'une plante toxique y était entreposée), un hameau situé sur la rive du San Juan, et qu'elle s'est «rendu[e] dans ledit endroit» et a procédé à un inventaire de l'ipéca qui s'y trouvait¹⁸⁹. Comme vous le voyez à l'écran, Boca San Carlos est distant d'environ 26 kilomètres d'Infiernito si l'on emprunte le San Juan, un trajet qui prend un peu moins d'une heure en bateau. Le Nicaragua relève que ce rapport ne dit pas expressément «nous avons emprunté le San Juan», et il affirme qu'Infiernito est, à partir de Boca San Carlos, accessible par voie terrestre¹⁹⁰. Il ne cite ni ne produit aucune carte à l'appui de cette allégation ; la seule carte

¹⁸⁶ CR 2009/5, p. 44, par. 6 (Reichler).

¹⁸⁷ MCR, annexes 211, 212, 213, 215 et 216 ; RCR, annexes 31-38.

¹⁸⁸ MCR, annexe 206, art. 5.

¹⁸⁹ RCR, annexe 33, p. 245.

¹⁹⁰ DN, par. 5.72.

57 qu'il a produite est la carte Ecomapas¹⁹¹, dont nous avons parlé, et sur laquelle ne figure ni Infiernito ni aucune route dans ce secteur. En fait, il n'y pas de route directe entre Boca San Carlos et Infiernito, mais seulement des pistes tortueuses carrossables durant la saison sèche. Mais l'incident s'est produit en juillet, au milieu de la saison des pluies. Ceci est seulement un exemple ; j'ai appelé l'attention de la Cour sur d'autres preuves documentaires¹⁹². La pratique est corroborée par les déclarations sous serment produites par le Nicaragua lui-même, qui confirment que des bateaux de la garde civile costa-ricienne ont navigué sur le fleuve durant les années 1960 et 1970¹⁹³.

d) *Le communiqué conjoint Cuadro-Lizano confirme une pratique antérieure de notification et non d'autorisation*

18. (Onglet 67.) J'en viens à la description que donne M. McCaffrey du communiqué conjoint Cuadro-Lizano qui, dit-il, «montre que [le Costa Rica] reconnaît avoir besoin de l'autorisation du Nicaragua pour naviguer sur le fleuve avec des bateaux officiels et armés afin de ravitailler ses postes frontière»¹⁹⁴. M. McCaffrey n'a pas cité le texte du communiqué, ce qui se comprend puisque les mots «permission» ou «autorisation» n'y apparaissent nulle part. Le paragraphe du dispositif est projeté à l'écran et figure sous l'onglet 67 de votre dossier de plaidoiries. Je ne le lirai pas en entier, j'en soulignerai juste les mots clés :

«Troisièmement : Les deux ministres expriment leur volonté de régler les incidents regrettables survenus ces derniers jours et, à cet effet, formulent les ordres ci-après à l'intention de leurs subordonnés respectifs :

1. Les équipages des bateaux de la force publique du Costa Rica qui transportent le personnel de police de relève et ravitaillent les postes frontière établis sur la rive droite du fleuve San Juan *navigueront sur ledit fleuve après avoir donné le préavis requis [aviso]*, armés seulement de leurs armes normales, et les autorités nicaraguayennes pourront accompagner les bateaux costa-riens effectuant ces déplacements sur le fleuve San Juan dans leurs propres moyens de transport. Si le bateau nicaraguayen n'escorte pas les bateaux costa-riens, ces derniers pourront effectuer leur visite conformément aux rapports correspondants des postes frontière de la manière indiquée dans le présent accord.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 280.

¹⁹² Voir, par exemple, MCR, annexes 88, 90, 94 et 103.

¹⁹³ DN, annexe 65, p. 404, par. 6 (Espinoza).

¹⁹⁴ CR 2009/5, p. 38-39, par. 36 (McCaffrey).

2. *Les autorités costa-riciennes devront signaler leur présence [reportarse] aux postes nicaraguayens pendant tout leur trajet sur le fleuve San Juan.»* (Les italiques sont de nous.)

58 Un équilibre soigneusement établi, comme vous pouvez le voir.

19. Le Nicaragua affirme que ce communiqué exige que le Costa Rica «[obtienne] la permission du Nicaragua dans chaque cas» et que chaque voyage doit être précédé d'une demande d'autorisation¹⁹⁵. Or, vous pouvez le lire par vous-mêmes : il n'exige qu'un *préavis* ; il autorise les autorités nicaraguayennes à accompagner, sur leurs propres embarcations, les bateaux costa-riciens sur le San Juan, mais il est clair que ces derniers n'ont pas l'interdiction de naviguer si les autorités nicaraguayennes décident de ne pas les accompagner ; les bateaux costa-riciens doivent *se présenter* aux postes nicaraguayens, mais rien n'indique qu'ils puissent être amenés à faire demi-tour s'ils respectent les termes du communiqué. Ce système reflète la pratique de notification et de présentation, et non d'autorisation, qui existait antérieurement. Cette pratique équilibrée est maintenant déclarée interdite par le Nicaragua.

e) *Le Nicaragua affirme que la pratique antérieure relativement à la navigation de la police était un système d'autorisation par les autorités nicaraguayennes*

20. M. Reichler a consacré beaucoup d'énergie, vendredi dernier, à défendre sa thèse selon laquelle le Costa Rica n'avait produit aucun élément de preuve confirmant qu'il ravitaillait ses postes frontière sur le San Juan. Mais lui-même a dû reconnaître que «des bateaux de la police costa-ricienne [avaient] traversé le San Juan pour ravitailler ou relever le personnel des postes frontière ou pour mener des activités de maintien de l'ordre» entre 1994 et 1998, comme en témoignait un registre de police détaillé figurant à l'annexe 227 du mémoire¹⁹⁶. Pour réfuter cet élément de preuve, il s'est rabattu sur la thèse nicaraguayenne, bien connue mais non étayée, selon laquelle la navigation devait être expressément autorisée par le Nicaragua, même si le document ne fait pas mention de cela¹⁹⁷.

21. (Onglet 68.) Vous vous souviendrez que, dans sa duplique, le Nicaragua affirmait, en invoquant un extrait de ce même registre¹⁹⁸, que le Costa Rica avait envoyé ses bateaux sur le

¹⁹⁵ CR 2009/5, p. 39, par. 36.

¹⁹⁶ CR 2009/5, p. 47, par. 12 ; voir MCR, annexe 227.

¹⁹⁷ CR 2009/5, p. 47, par. 12.

¹⁹⁸ DN, par. 5.88.

59

San Juan pour arrêter des Nicaraguayens. Mais, comme l'a relevé M. Sergio Ugalde, l'arrestation en question avait eu lieu à Boca Tapada, à environ 25 kilomètres à l'intérieur du territoire costa-ricien¹⁹⁹. Le Nicaragua n'a plus fait valoir cet argument. A présent, M. Reichler soutient que «le Costa Rica se mit à faire naviguer ses bateaux de police sur le San Juan avec des armes à bord... dans le but d'intercepter des Nicaraguayens qu'il soupçonnait de vouloir entrer clandestinement en territoire costa-ricien». Se référant à la même page du même document, il a prétendu que les propres preuves documentaires du Costa Rica confirmaient que des policiers costa-riciens «[avaie]nt escorté arme au poing des Nicaraguayens arrêtés sur le fleuve San Juan au mois de juin 1998»²⁰⁰. Le passage pertinent du registre est projeté à l'écran et figure sous l'onglet 68 de votre dossier. Je ne le relirai pas ; je vais simplement en résumer le contenu.

22. D'abord, les Nicaraguayens ont été arrêtés dans une exploitation agricole, et non piscicole : celle de M. Gerardo Miranda-Alvarez, qui n'est pas située sur le fleuve. Il est inexact de dire que l'arrestation a eu lieu sur le San Juan. Il apparaît en outre que ces Nicaraguayens n'ont pas du tout été ramenés sur le fleuve. Selon le rapport, le «véhicule n° 711» est venu les chercher. Dans ce registre, le terme «bateau» est systématiquement employé pour désigner des embarcations et le terme «véhicule», pour désigner des véhicules automobiles. En outre, le passage en question ne fait aucune référence au San Juan ni à aucune personne qui aurait été, d'une manière quelconque, escortée «arme au poing».

23. M. Reichler reproche à la déclaration sous serment de M. Navarro de pas mentionner le compte rendu de juillet 2000 qui est annexé à la duplique²⁰¹. Il n'aura pas échappé à la Cour que nous avons dû consacrer une large part de nos plaidoiries à répondre aux éléments de preuve présentés dans la duplique, alors que ceux-ci auraient pu et dû être produits dans le contre-mémoire. Et voici encore un exemple. Pour sa part, l'agent du Nicaragua a reproché à la Cour d'avoir permis au Costa Rica de présenter *n'importe quels* documents nouveaux après le dépôt de la duplique²⁰². A l'inverse, M. Reichler — en bon avocat — a réclamé *toujours plus* de

¹⁹⁹ CR 2009/2, p. 27, par. 12 (Ugalde).

²⁰⁰ CR 2009/5, p. 52, par. 2[1] (Reichler).

²⁰¹ DN, annexe 68.

²⁰² CR 2009/4, p. 17, par. 38 (Argüello).

preuves²⁰³ ! La position de la Cour en ce qui concerne nos dépôts de pièces montre que nous avons su trouver un juste équilibre.

60

24. Pour ce qui est du fond, j'ai déjà dit que rien n'indiquait que ce compte rendu de juillet 2000 eût jamais été vu ou approuvé par quiconque du côté costa-ricien. Le Nicaragua n'a produit aucun procès-verbal manuscrit de la réunion ni aucun enregistrement qui auraient permis de vérifier l'authenticité du compte rendu et celle des signatures, si tant est que ces documents aient été signés. En outre, M. Reichler rejette trop précipitamment la déclaration sous serment de M. Navarro : celui-ci y déclare explicitement que, après l'interdiction de naviguer faite à la police par le Nicaragua, «lors [des] réunions avec le personnel de l'armée nicaraguayenne auxquelles il participait personnellement» — dont celle de juillet 2000, comme en attestent les documents d'archives —, «il n'a[vait] *jamais* été dit ni accepté qu'il était obligatoire ou d'usage de demander l'autorisation des autorités nicaraguayennes pour la navigation de la police costa-ricienne sur le fleuve San Juan»²⁰⁴. Cette déclaration est claire et elle dément le compte rendu du colonel Molina — ou plutôt l'«authentification»²⁰⁵ du compte rendu du colonel Molina par le général Carrión.

25. La déclaration de M. Navarro, étayée par des éléments de preuve documentaire²⁰⁶, remet en question les cinq déclarations sous serment de militaires nicaraguayens déposées tardivement avec la duplique du Nicaragua, qui constituent les seules preuves de la prétendue «pratique» d'autorisations préalables. Par conséquent, la thèse du Nicaragua selon laquelle les bateaux officiels naviguant sur le San Juan avaient pour pratique constante de demander des autorisations devrait être rejetée.

f) *Le Nicaragua a violé les droits du Costa Rica de faire naviguer des bateaux officiels pour fournir des services médicaux, sociaux ou d'autres services essentiels aux habitants de la rive costa-ricienne*

26. Mon dernier point porte sur le droit de naviguer aux fins de dispenser des services médicaux, sociaux ou autres services essentiels aux habitants des collectivités situées sur la rive

²⁰³ CR 2009/5, p. 47-48, par. 14.

²⁰⁴ Costa Rica, nouveaux documents produits le 27 novembre 2008, annexe [III].

²⁰⁵ CR 2009/5, p. 49, par. 1[6] (Reichler).

²⁰⁶ Costa Rica, nouveaux documents produits le 27 novembre 2008, annexe [IV].

costa-ricienne du fleuve. M. Reichler a affirmé qu'un tel droit de navigation n'existait pas²⁰⁷ ; mais il a dit aussi que «le Nicaragua n'interdi[sait] pas au Costa Rica ... de naviguer sur le fleuve pour fournir des services médicaux, éducatifs ou autres services sociaux aux citoyens costa-riens sur la rive droite du fleuve», exigeant seulement des bateaux officiels et des agents de l'Etat costa-riens qu'ils «s'enregistrent» et «respectent les prescriptions éventuellement applicables en matière de visas»²⁰⁸. M. Reichler a démenti les violations manifestes en les attribuant à des «lourdeurs bureaucratiques» — une nouvelle circonstance excluant l'illicéité, semble-t-il — ayant occasionné des retards dans la délivrance de «certains visas», dans des «cas isolés»²⁰⁹.

61

27. En réalité, le Nicaragua a *bel et bien* interdit au Costa Rica de naviguer sur le fleuve pour fournir des services médicaux, sociaux ou éducatifs aux riverains ou pour assurer leur sécurité. Le Costa Rica a apporté des preuves de cette interdiction²¹⁰. Par exemple, Mme Laura Navarro, qui travaille dans un organisme costa-ricien de protection sociale, a évoqué «l'interdiction ... imposée par le Nicaragua aux agents publics costa-riens de ... naviguer sur le fleuve San Juan»²¹¹. De même, selon M. Marvin Chaves, également employé dans le secteur de la protection sociale, les autorités nicaraguayennes «exige[aient] ... que les agents publics costa-riens sollicitent *une permission*» pour visiter les collectivités costa-riciennes²¹². La preuve incontestée qui ressort du témoignage de Mme Ching est que celle-ci s'est entendu dire personnellement par l'ambassadeur du Nicaragua qu'elle devait solliciter une «demande d'autorisation de navigation sur le San Juan»²¹³. La déposition de Mme Ching a été produite en juillet 2008. Dans ces conditions, c'est faire preuve de mauvaise foi que de laisser entendre que le Nicaragua «n'interdit pas au Costa Rica ... de naviguer sur le fleuve pour fournir des services médicaux» et qu'il exige seulement l'enregistrement des bateaux²¹⁴. Le fait de demander une autorisation implique qu'il

²⁰⁷ CR 2009/5, p. 55, par. 26 (Reichler).

²⁰⁸ CR 2009/5, p. 54, par. 25 (Reichler).

²⁰⁹ CR 2009/5, p. 55, par. 28 (Reichler).

²¹⁰ Voir, par exemple, MCR, annexes 150, 52, 53, 166, 167, 168, 236, 237, 239, 98, 99, 100 et 101 ; RCR, annexes 45, 47, 55, 57, 56 et 49.

²¹¹ RCR, annexe 57, p. 297.

²¹² RCR, annexe 56, p. 295 ; les italiques sont de nous.

²¹³ RCR, annexe 55, p. 292.

²¹⁴ CR 2009/5, p. 54, par. 25 (Reichler).

existe un droit d'interdire. L'interdiction est assez distincte de la question des visas dont vous a parlé M. Caflisch.

28. L'interdiction imposée par le Nicaragua à cette forme de navigation des bateaux officiels a eu des conséquences préjudiciables pour la fourniture des services essentiels. Cela ressort clairement des éléments de preuve produits par le Costa Rica, qui montrent par exemple que les «activités de soins primaires» ont été suspendues dans les localités proches du San Juan «en raison des restrictions croissantes imposées à la libre navigation sur le fleuve»²¹⁵. Des personnels de santé costa-riens attestent qu'ils ont suspendu leurs services «en raison des problèmes rencontrés en ce qui concerne la navigation» et «pour protéger l'intégrité physique du personnel...»²¹⁶. Les éléments de preuve témoignent également des conséquences pour la population locale : les enfants ne peuvent pas être vaccinés, les adultes ne peuvent pas recevoir les soins de santé de base²¹⁷ et, d'une façon générale, l'accès des habitants de la région aux services médicaux s'en trouve compromis²¹⁸.

62

29. On ne peut balayer de telles preuves en les qualifiant de «lourdeurs bureaucratiques [ayant] occasionné des retards dans la délivrance de certains visas»²¹⁹. Ce n'est pas un visa qui a été accordé au docteur Ching. C'est une «autorisation ... pour naviguer sur le San Juan»²²⁰. Mme Ching ne demandait pas un visa, ni même des visas pour les employés qui allaient faire le déplacement ; elle a été obligée par l'ambassadeur du Nicaragua à demander une «autorisation» pour la conduite du programme de services lui-même²²¹. M. Reichler a affirmé que depuis mai 2007 le Nicaragua «délivrait rapidement des visas aux agents costa-riens afin qu'ils puissent dispenser des services»²²². Ce qui revient à confondre l'obligation d'obtenir un visa et l'obligation d'obtenir une autorisation pour la conduite du programme. Le Costa Rica a fait observer dans sa réplique que, dans certains cas, le Nicaragua avait accordé les autorisations demandées dans un

²¹⁵ MCR, annexe 239, p. 1047. Voir aussi MCR, annexes 236, 237, 98, 99 et 100.

²¹⁶ MCR, annexe 99, p. 527. Voir aussi MCR, annexes 98 et 100.

²¹⁷ MCR, annexe 100, p. 531-532.

²¹⁸ MCR, annexe 99, p. 527. Voir aussi RCR, annexe 55, p. 292 et annexe 59, p. 304.

²¹⁹. CR 2009/5, p. 55, par. 28 (Reichler).

²²⁰ CMN, annexe 53, p. 193.

²²¹ CMN, annexe 51, p. 189.

²²² CR 2009/5, p. 55, par. 28 (Reichler).

délai raisonnable²²³, mais que, dans d'autres cas, les demandes étaient restées sans réponse²²⁴, ce qui, dans la pratique, se traduisait par une interdiction, pour les fonctionnaires concernés, d'emprunter le fleuve.

Pêche

30. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, je me consacrerai à présent — bien que ce ne soit pas dans mes habitudes — à la pêche de subsistance ; mais, après l'élevage de poules, il semble naturel de passer à la pêche. M. Kohen vous a expliqué pourquoi notre demande relative à la pêche de subsistance était recevable²²⁵, et M. Reichler, tout en réaffirmant la position nicaraguayenne sur la recevabilité, n'a aucunement réfuté ses arguments²²⁶. Sur le fond de cette demande, M. Reichler a affirmé que le Nicaragua n'avait pas interdit la pêche de subsistance dans le fleuve et qu'il «n'a[vait] nullement l'intention d'empêcher les résidents costa-riciens de se livrer à [des activités qui en relèvent]»²²⁷ — nullement l'intention, je le répète, d'empêcher les résidents costa-riciens de se livrer à la pêche de subsistance. M. Reichler a néanmoins souligné que la pêche commerciale et la pêche sportive n'étaient pas autorisées²²⁸. Voilà donc trois points. En ce qui concerne le premier — les faits —, nous avons produit la preuve, sous forme de déclarations sous serment, que des riverains s'étaient vu interdire de pratiquer la pêche et que leurs bateaux et leur matériel de pêche avaient été confisqués²²⁹. En ce qui concerne le deuxième, nous prions respectueusement la Cour, si elle juge la demande recevable, de prendre acte, dans son dispositif, pour suite à donner, de la position affichée par le Nicaragua selon laquelle la pêche de subsistance pratiquée par les riverains, que ce soit de la rive costa-ricienne ou à partir de bateaux naviguant sur le fleuve, ne doit pas être entravée. En ce qui concerne le troisième point, le Costa Rica ne s'est jamais prévalu — et ne se prévaut pas — d'un droit de pratiquer la pêche commerciale ou la pêche

63

²²³ RCR, par. 4.36-4.37.

²²⁴ RCR, par. 4.34-4.36, vol. 2, annexes 49 et 56.

²²⁵ CR 2009/3, p. 55-57, par. 13-22 (Kohen).

²²⁶ CR 2009/5, p. 27, par. 48 (Reichler).

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ Sur l'interdiction, avérée, de pêcher imposée par le Nicaragua, voir les déclarations sous serment suivantes : MCR, annexes 106, 107, 108, 109 ; RCR, annexe 54, et l'article de presse reproduit à l'annexe 59 de la réplique du Costa Rica. Sur la confiscation de matériel et de bateaux de pêche, ainsi que de poissons, voir MCR, annexes 105, 106, 107 et 109 ; RCR, annexes 54 et 59.

sportive dans le fleuve, et nous n'avons aucune objection à ce que cela soit clairement indiqué dans l'arrêt.

Réparations

31. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, j'ai traité la question des remèdes dans le bref exposé que j'ai fait lors du premier tour de plaidoiries²³⁰. M. Pellet, dans un exposé qui n'avait rien de bref, vendredi, n'a guère soulevé de points appelant une réponse. Nous sommes d'accord sur la nécessité pour la Cour de préciser, par la voie d'un jugement déclaratoire explicite, les droits et obligations respectifs des Parties pour autant que ceux-ci sont en litige devant la Cour²³¹. Là où nous ne sommes pas d'accord, c'est en ceci que le Nicaragua persiste apparemment à demander une déclaration portant sur des questions hypothétiques qui ne sont pas ici en litige — comme celle du dragage²³². Le droit de dragage du Nicaragua est établi dans la réponse donnée par le président Cleveland au sixième point d'interprétation incertaine²³³. Qu'un programme de dragage donné satisfasse ou non aux conditions énoncées par la sentence Cleveland dépendra de sa portée, de son ampleur et de ses modalités de mise en œuvre. Pour l'heure, aucune proposition n'a été faite dans cette optique et la question est purement théorique. Il ne s'agit pas ici — vous serez soulagés de l'apprendre — d'un avis consultatif.

32. Pour en venir à ce que M. Pellet persiste à appeler des injonctions²³⁴, il va de soi que la Cour n'émet pas des injonctions au sens que revêt ce terme en droit national ; elle émet des instructions, souvent très claires et spécifiques, qui ont force obligatoire pour les Etats parties à l'affaire. Je voudrais simplement, et très respectueusement, demander à la Cour de formuler son dispositif de manière à ne ménager aucune possibilité de dérobade. Les Parties doivent savoir exactement où elles en sont sur les questions qui les opposent, afin qu'aucune excuse ne puisse être invoquée pour justifier l'inexécution de l'arrêt, qu'aucune nouvelle circonstance excluant l'illicéité ne puisse être avancée, afin qu'elles puissent, enfin — avec plus de bonheur qu'au cours des

²³⁰ CR 2009/3, p. 63-70, par. 1-28 (Crawford).

²³¹ CR 2009/5, p. 57, par. 3 (Pellet).

²³² CR 2009/5, p. 59, par. 6 (Pellet).

²³³ MCR, annexe 16, p. 99, par. 6.

²³⁴ CR 2009/5, p. 61, par. 15 (Pellet).

64 dernières décennies —, coexister sur le fleuve qui, sur toute une partie de son cours, marque leur frontière commune.

33. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, je n'ai rien à ajouter sur la question des dommages ; il me reste donc à vous remercier de l'attention que vous avez eu la courtoisie de me prêter tout au long de cette procédure et de vous prier, Monsieur le président, d'appeler à la barre l'agent du Costa Rica, qui présentera nos observations et conclusions finales.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur Crawford, de votre exposé. Je donne maintenant la parole à l'agent du Costa Rica, M. l'ambassadeur Edgar Ugalde, qui présentera ses conclusions.

M. UGALDE-ALVAREZ :

V. CONCLUSIONS

1. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, le Costa Rica a achevé ses plaidoiries. Il m'incombe de récapituler et de présenter à la Cour les conclusions finales du Costa Rica. Mais au préalable, je mentionnerai brièvement les diverses inexactitudes qu'a avancées le Nicaragua au fil de ses plaidoiries.

2. (Onglet 69 du dossier de plaidoiries) *Premièrement*, permettez-moi de rappeler que le Costa Rica n'a pas d'armée. Le graphique présenté par le Nicaragua jeudi dernier²³⁵, qui est censé montrer les dépenses «militaires» du Costa Rica, provient d'un site Internet²³⁶ qui lui-même tire ces renseignements du *World Factbook*²³⁷ de la CIA. Il convient de noter que le Nicaragua omet les dépenses affectées ses forces de police, pour inclure seulement celles qui sont destinées à ses forces militaires. Le Costa Rica rejette l'affirmation selon laquelle les montants mentionnés correspondent à ses «dépenses militaires». En fait, la source — la CIA — citée sur le site indique clairement que le Costa Rica n'a pas de forces militaires²³⁸. Si le total des dépenses affectées à la

²³⁵ CR 2009/4, p. 12, par. 18 (Argüello).

²³⁶ Voir <http://www.militarybudget.info/WorldwideSpending.html>.

²³⁷ Voir <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/>.

²³⁸ Voir <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/cs.html>.

65

police²³⁹ et à l'armée sont prises en considération, comme cela aurait dû être le cas, alors les dépenses de sécurité du Nicaragua, en valeur absolue, avoisinent 100 millions de dollars, soit environ un cinquième de plus que celles du Costa Rica et ce, malgré une différence considérable entre les PIB respectifs des deux pays. De surcroît, comme vous pouvez le constater sur le graphique projeté à l'écran, les dépenses de sécurité du Nicaragua sont bien plus élevées que celles du Costa Rica, tant en valeur réelle²⁴⁰ qu'en pourcentage du PIB²⁴¹ (onglet 70 du dossier de plaidoiries).

3. En outre, le dernier Rapport mondial sur le développement humain²⁴² établi par le Programme des Nations Unies pour le développement indique que le Costa Rica n'a engagé aucune, je répète, aucune dépense militaire dans la période comprise entre 1990 et 2005.

4. *Deuxièmement*, la mention qu'a faite le Nicaragua de l'instance qu'il introduisit devant la Cour en 1986²⁴³ ne peut et ne doit avoir aucun poids dans la présente affaire. Comme il l'a fait observer, le Nicaragua se désista de cette instance en 1987, avant que le Costa Rica n'ait eu l'occasion de répondre à son mémoire et a fortiori de comparaître devant la Cour²⁴⁴. Quoiqu'il en soit, le Costa Rica rejette avec la plus grande insistance toutes les allégations qu'a pu faire le Nicaragua à cette occasion.

5. Le Nicaragua semble se plaire à employer le temps compté de la Cour pour ouvrir de nouveaux fronts, puisque c'est précisément ce qu'il fait en déclarant que le Costa Rica n'a pas réagi à d'autres problèmes, comme les risques de pollution dus à l'exploitation minière ou des questions de délimitation maritime²⁴⁵. S'agissant de ces problèmes, le Costa Rica espère prendre bientôt connaissance de la documentation concernant le projet de barrage hydroélectrique nicaraguayen sur

²³⁹ Voir <http://www12.georgetown.edu/sfs/clas/pdba/Security/citizenssecurity/nicaragua/presupuestos/gobernacion2008.pdf>.

²⁴⁰ Voir onglet 69 du dossier de plaidoiries. Données tirées de : <http://www.militarybudget.info/WorldwideSpending.html> ; <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/index.html> ; et <http://www12.georgetown.edu/sfs/clas/pdba/Security/citizenssecurity/nicaragua/presupuestos/gobernacion2008.pdf>.

²⁴¹ Voir onglet 70 du dossier de plaidoiries. Données tirées de : <http://www.militarybudget.info/WorldwideSpending.html> ; <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/index.html> ; et <http://www12.georgetown.edu/sfs/clas/pdba/Security/citizenssecurity/nicaragua/presupuestos/gobernacion2008.pdf>.

²⁴² Voir http://hdr.undp.org/en/media/HDR_20072008_FR_Complete.pdf.

²⁴³ CR 2009/4, p. 15, par. 29 (Argüello).

²⁴⁴ CR 2009/2*, p. 12, par. 1 (Ugalde-Alvarez).

²⁴⁵ CR 2009/4, p. 16-17, par. 32-34 (Argüello).

le San Juan²⁴⁶, assortie d'indications sur les conséquences environnementales que cela risque d'avoir pour le fleuve et les deux Etats riverains, et le Costa Rica espère aussi que le Nicaragua va enfin décider de la date à laquelle pourront reprendre les pourparlers sur la délimitation maritime qu'il a suspendus de façon unilatérale en 2005.

66

6. Le Nicaragua tient à reprocher au Costa Rica d'appliquer, sur le territoire costa-ricien, ses lois relatives à l'immigration. Comme la Cour a pu le constater, le Nicaragua a présenté de façon inexacte les faits concernant cette question²⁴⁷. Je tiens cependant à répondre à l'allégation du Nicaragua selon laquelle en 1998, le Gouvernement costa-ricien adopta une nouvelle politique pour faire face à ce qu'il considérait comme une recrudescence de l'immigration clandestine en provenance du Nicaragua²⁴⁸. Il a été prouvé que ces allégations sont fausses²⁴⁹. En fait, c'est ce même gouvernement qui a promulgué en 1998 la plus vaste amnistie jamais adoptée dans ce domaine au Costa Rica²⁵⁰, ce qui a concrètement permis à quelque 150 000 émigrants nicaraguayens de régulariser leur situation.

7. Enfin, l'agent du Nicaragua a jugé bon de déclarer devant la Cour que, pour la première fois depuis plus de 150 ans, il conteste des points concernant la situation des baies de San Juan et de Salinas, communes aux deux Etats²⁵¹. Le Nicaragua se propose-t-il de mettre en cause, une fois encore, le caractère définitif et perpétuel du traité de limites de 1858, ainsi que l'autorité de la chose jugée que revêt la sentence Cleveland de 1888 ?

8. Comme je l'ai indiqué, le Costa Rica s'est adressé à la Cour internationale de Justice en dernier ressort, afin que soient définitivement réglées les modalités selon lesquelles il peut effectivement jouir de ses droits de libre navigation sur le San Juan²⁵². Le fleuve fait l'objet d'un régime exceptionnel que reflètent les divers instruments et décisions qui s'y rapportent, en particulier le traité de limites de 1858, la sentence Cleveland de 1888, l'arrêt rendu en 1916 par la

²⁴⁶ Voir <http://www.elnuevodiario.com.ni/imprimir/41417> ; <http://www.telesurtv.net/noticias/secciones/nota/43824-NN/nicaragua-y-brasil-firman-acuerdo-sobre-plan-hidroelectrico/>.

²⁴⁷ CR 2009/2, p. 27, par. 12 (Ugalde). Voir aussi CR 2009/6, p. 50-64 (Crawford).

²⁴⁸ CR 2009/5, p. 51, par. 21 (Reichler).

²⁴⁹ CR 2009/2*, p. 25-27, para. 7-13 (Ugalde).

²⁵⁰ Voir <http://www.unhcr.org/refworld/publisher,NATLEGBOD,,CRI,3ae6b560c,0.htm>.

²⁵¹ CR 2009/4, p. 17, par. 35 (Argüello).

²⁵² CR 2009/2*, p. 14, par. 9 (Ugalde-Alvarez).

Cour de justice centraméricaine et l'accord de 1956. Nous ne doutons pas que la Cour considérera ce régime dans sa globalité et conclura qu'il appuie pleinement, en conjonction avec les éléments de preuve produits, les conclusions du Costa Rica.

67

9. Nous sommes par conséquent convaincus que la Cour conclura que le Costa Rica possède bien les droits de navigation aux fins du commerce que lui confèrent les instruments pertinents. Il est très important que votre décision soit claire, afin que le Costa Rica et le Nicaragua soient à même d'admettre que les enfants puissent emprunter librement le fleuve pour aller à l'école, que les mères et leurs enfants puissent avoir réellement accès aux services sanitaires et sociaux, que les touristes puissent être transportés sans être fouillés et soumis à des mesures arbitraires et que les communautés puissent recevoir une protection policière. C'est également important pour que l'Etat du Costa Rica exerce pleinement ses droits et s'acquitte de toutes ses obligations, notamment en ce qui concerne la protection et la garde du fleuve San Juan et de la baie de San Juan del Norte, que détiennent conjointement les deux pays, de même que celle de Salinas. Nous espérons que ces droits, s'il est bien établi qu'ils reviennent au Costa Rica, pourront s'exercer de façon efficace et rationnelle, sans faire constamment l'objet d'exaspérantes ingérences. Le peuple du Costa Rica souhaite seulement entretenir avec ses voisins de relations pacifiques et amicales, mais il tient aussi à ce que les principes du droit international soient maintenus et pleinement respectés.

Conclusions

10. Monsieur le président, en application de l'article 60 du Règlement de la Cour, je vais maintenant donner lecture des conclusions finales de la République du Costa Rica.

La République du Costa Rica prie la Cour de dire et juger que la République du Nicaragua

a :

- a) l'obligation de permettre à tous les bateaux costa-riens et à leurs passagers de naviguer librement sur le San Juan à des fins de commerce, y compris pour les communications, le transport de passagers et le tourisme ;
- b) l'obligation de n'imposer aux bateaux costa-riens et à leurs passagers le versement d'aucun droit ou redevance pour naviguer sur le fleuve ;
- c) l'obligation de ne pas exiger des personnes exerçant le droit de libre navigation sur le fleuve d'être munies de passeports et d'obtenir un visa du Nicaragua ;
- d) l'obligation de ne pas exiger des bateaux costa-riens et de leurs passagers qu'ils fassent halte à un quelconque poste nicaraguayen situé le long du fleuve ;

- e) l'obligation de ne pas mettre d'autres entraves à l'exercice du droit de libre navigation, notamment sous la forme d'horaires de navigation et de conditions relatives aux pavillons ;
 - f) l'obligation de permettre aux bateaux costa-riciens et à leurs passagers empruntant le San Juan d'accoster librement en tout point du fleuve où la navigation est commune sans acquitter aucun droit ni redevance, sauf accord exprès des deux gouvernements ;
- 68**
- g) l'obligation de reconnaître aux bateaux officiels du Costa Rica le droit de naviguer sur le San Juan, notamment pour ravitailler et relever les membres du personnel des postes frontière établis sur la rive droite du fleuve, munis de leur équipement officiel, de leurs armes de service et de munitions, ainsi qu'à des fins de protection comme il est prévu dans les instruments pertinents, en particulier l'article 2 de la sentence Cleveland ;
 - h) l'obligation de faciliter et d'accélérer la circulation sur le San Juan, au sens du traité du 15 avril 1858 tel qu'interprété par la sentence Cleveland de 1888, conformément à l'article premier de l'accord bilatéral du 9 janvier 1956 ;
 - i) l'obligation de permettre aux habitants de la rive costa-ricienne de pratiquer la pêche de subsistance.

11. En outre, la République du Costa Rica prie la Cour de dire et juger que, en raison des violations des obligations énoncées ci-dessus, le Nicaragua est tenu :

- a) de cesser immédiatement toutes les violations des obligations revêtant un caractère continu ;
- b) de dédommager le Costa Rica de tous les préjudices subis par celui-ci en raison des violations des obligations du Nicaragua mentionnées plus haut, sous la forme du rétablissement de la situation antérieure auxdites violations et d'une indemnisation dont le montant sera fixé lors d'une phase ultérieure de la présente instance ; et
- c) de fournir des assurances et garanties appropriées de non-répétition de son comportement illicite, sous la forme que la Cour voudra bien ordonner.

12. Le Costa Rica prie la Cour de rejeter la demande de déclaration présentée par le Nicaragua.

13. Monsieur le président, Messieurs de la Cour, le Gouvernement et le peuple du Costa Rica expriment à la Cour leur gratitude pour l'occasion qui a été donnée à celui-ci d'être entendu. Je tiens aussi à remercier de leur excellent travail le Greffe de la Cour ainsi que l'équipe des interprètes et des traducteurs. Le Costa Rica réaffirme sa pleine confiance en la Cour et assure qu'il acceptera l'arrêt qui sera rendu. Cet arrêt devrait aider les deux pays à construire un avenir fraternel et pacifique. Monsieur le président, je vous remercie.

Le PRESIDENT : Merci beaucoup, Monsieur l'ambassadeur. La Cour prend note des conclusions finales dont vous nous avez donné lecture au nom de la République du Costa Rica. La
69 République du Nicaragua présentera le second tour des ses plaidoiries le jeudi 12 mars de 10 heures à 13 heures. L'audience est suspendue jusqu'à jeudi.

L'audience est levée à 13 heures.
