

Document:-
A/CN.4/126

Note du Secrétariat

sujet:

Régime juridique des eaux historiques, y compris les baies historiques

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1960, vol. II

*Téléchargé du site Internet de la Commission du Droit International
(<http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm>)*

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

DOCUMENTS DE LA QUATORZIÈME SESSION, Y COMPRIS LE RAPPORT DE LA COMMISSION A L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

RÉGIME JURIDIQUE DES EAUX HISTORIQUES, Y COMPRIS LES BAIES HISTORIQUES

Document A/CN.4/143

Étude rédigée par le Secrétariat

[Texte original en anglais]
[9 mars 1962]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	Pages
I. ORIGINE ET HISTORIQUE DE L'ÉTUDE.	1-32	2
II. RÉGIME JURIDIQUE DES « EAUX HISTORIQUES », Y COMPRIS LES « BAIES HISTORIQUES » :		
A. <i>Explication préliminaire des expressions « eaux historiques » et « baies historiques »</i>	33-35	7
B. <i>La notion d' « eaux historiques » :</i>		
1. Origine.	36-41	7
2. Le régime des « eaux historiques » est-il un régime exceptionnel?	42-61	9
3. Le titre à des « eaux historiques » est-il un droit fondé sur la prescription?	62-68	13
4. Rapport entre les « eaux historiques » et l' « occupation ».	69-71	14
5. Les « eaux historiques » en tant que dérogation aux règles énoncées dans une convention générale	72-79	14
C. <i>Éléments constitutifs du titre à des « eaux historiques »</i>	80-83	15
1. Exercice d'autorité sur l'espace maritime revendiqué.	84	16
a) Étendue de l'autorité exercée	85-88	16
b) Actes par lesquels s'exerce l'autorité requise	89-97	16
c) Effectivité de l'autorité exercée.	98-100	17
2. Continuité de l'exercice d'autorité : usage.	101-105	18
3. Attitude des États étrangers.	106-133	18
4. Question des intérêts vitaux de l'État riverain dans l'espace maritime revendiqué	134-140	23
5. Question des « eaux historiques » dont les côtes appartiennent à deux ou plusieurs États	141-148	24
D. <i>Charge de la preuve</i>	149-159	25
E. <i>Statut juridique des eaux tenues pour « eaux historiques »</i>	160-167	27
F. <i>Question d'une liste des « eaux historiques »</i>	168-176	27
G. <i>Règlement des différends</i>	177-181	29
III. CONCLUSIONS	182-192	29

I. Origine et historique de l'étude

1. La présente étude a été effectuée par la Division de la codification du Service juridique à la demande de la Commission du droit international. La Commission avait décidé de faire entreprendre l'étude à sa douzième session (1960), en application de la résolution 1453 (XIV) adoptée par l'Assemblée générale le 7 décembre 1959. Cette résolution résultait elle-même d'une résolution prise sur la question par la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer qui s'est tenue en 1958 à Genève. Un bref examen de ces résolutions et de leur origine permettra de préciser le but de l'étude.

2. A sa huitième session (1956), la Commission du droit international a mis au point le projet définitif d'articles relatifs au droit de la mer¹, que l'Assemblée générale a renvoyé par la suite à la Conférence susmentionnée des Nations Unies sur le droit de la mer. L'article 7 du projet concernait les baies; les paragraphes 1 à 3 contenaient une définition de la baie et énonçaient des règles pour la délimitation des eaux intérieures d'une baie (dont un seul État est riverain) tandis que le paragraphe 4 était ainsi conçu :

« 4. Les dispositions précédentes ne s'appliqueront pas aux baies dites « historiques » ...² »

3. Bien que les rapports du Rapporteur spécial et les discussions de la Commission aient consacré une large place aux dispositions de fond sur les baies figurant dans les textes successifs de l'article 7, on trouve, dans les documents officiels de la Commission, peu de chose qui éclaire la notion de « baies historiques » dont fait mention le paragraphe 4 de l'article.

4. Aucune clause concernant les « baies historiques » ne figurait dans les deux premiers rapports sur la mer territoriale établis par le Rapporteur spécial. Toutefois, à la cinquième session de la Commission, le Rapporteur spécial a présenté un additif³ à son deuxième rapport dans lequel il soumettait de nouvelles versions de certains articles contenus dans le deuxième rapport, dont l'article sur les baies. Ces nouveaux projets s'inspiraient dans une large mesure des solutions qu'un groupe d'experts avait proposées pour un certain nombre de problèmes techniques que le Rapporteur spécial leur avait soumis. Dans sa nouvelle rédaction, l'article sur les baies contenait, dans son paragraphe 1, une définition de la « baie juridique » et poursuivait :

« Sont exceptées les baies historiques, ainsi libellées sur les cartes. »

Dans son troisième rapport⁴, présenté à la sixième session de la Commission, le Rapporteur spécial a fait passer cette disposition relative aux « baies historiques » du texte de l'article au commentaire. A la session sui-

vante, il a présenté une nouvelle version de l'article sur les baies⁵ et dans ce nouveau texte figurait à nouveau la disposition relative aux « baies historiques ». Toutefois, cette disposition excluait les « baies historiques » non pas de la définition générale de la baie mais des règles relatives au tracé de la ligne fermant l'entrée d'une baie. Une autre différence avec le texte antérieur de la disposition était l'omission de la clause prévoyant que les « baies historiques » devaient être ainsi libellées sur les cartes.

5. Sous cette forme, c'est-à-dire en tant que clause excluant les « baies historiques » des règles relatives au tracé des lignes fermant l'entrée des baies, la disposition a été insérée dans l'article 7 (relatif aux baies) du projet préliminaire sur le régime de la mer territoriale que la Commission a adopté à sa septième session et qu'elle a communiqué aux États Membres pour observations.

6. Dans sa réponse⁶, l'Union sud-africaine a fait observer que le commentaire accompagnant l'article semblait indiquer que la véritable intention de la Commission était d'excepter les « baies historiques » non seulement des règles sur le tracé des lignes fermant l'entrée des baies mais également des autres règles relatives aux baies qu'énonçait l'article. Le Rapporteur spécial et la Commission ont partagé cet avis et, en conséquence, la clause relative aux « baies historiques » a reçu dans le texte final de l'article la rédaction indiquée au paragraphe 2 du présent document.

7. Au cours des débats sur les versions successives de l'article relatif aux baies, les membres de la Commission ne se sont référés qu'incidemment aux « baies historiques ». Les débats de la Commission n'ont donc pas sensiblement contribué à clarifier cette notion⁷.

8. En vue de fournir à la Conférence des Nations Unie sur le droit de la mer une documentation relative aux « baies historiques », la Division de la codification a préparé sur la question un mémorandum⁸ qui a été

⁵ Dans A/CN.4/93, dont le texte français figure dans l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 1955, vol. II, p. 5.

⁶ A/CN.4/99, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1956, vol. II, p. 92.

⁷ La Commission du droit international a examiné la question des baies à ses quatrième session (1952), septième session (1955) et huitième session (1956); voir, respectivement, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1952, vol. I, p. 188-190; *Annuaire 1955*, vol. I, p. 205-216, 251, 278, 279 et 280; et *Annuaire 1956*, vol. I, p. 205-208. Au cours de la discussion qui a eu lieu en 1955, sir Gerald Fitzmaurice a affirmé que la notion de « baies historiques » faisait partie du droit international (*Annuaire 1955*, vol. I, p. 209), tandis que M. Garcia Amador et M. Hsu (*ibid.*, p. 210-211) ont indiqué qu'ils éprouvaient des doutes au sujet des « baies historiques ». M. Garcia Amador a déclaré que cette notion servait uniquement les intérêts des vieux pays ayant une longue histoire et que beaucoup de membres relativement nouveaux de la communauté internationale — pays de l'Amérique latine, du Moyen-Orient et de l'Extrême-Orient — ne pouvaient revendiquer pareils droits historiques. Toutefois, la référence aux « baies historiques » dans l'article pertinent a été adoptée sans qu'aucun membre ait voté contre (*ibid.*, p. 214).

⁸ *Les baies historiques*, Mémorandum préparé par le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies (A/CONF.13/1), publié dans les *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, 1958, Publication des Nations Unies n° de vente : 58. V. 4, vol. I : Documents préparatoires, p. 1 et seq.

¹ Voir le chapitre II du Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa huitième session (23 avril - 4 juillet 1956), *Documents officiels de l'Assemblée générale, onzième session, Supplément n°9* (A/3159).

² *Ibid.*, p. 5 et 16.

³ A/CN.4/61/Add. 1, dont le texte français figure dans l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 1953, vol. II, p. 76.

⁴ A/CN.4/77, dont le texte français figure dans l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 1954, vol. II, p. 1.

distribué comme document préparatoire de la Conférence. Ce mémorandum soulignait qu'on invoquait des titres historiques non seulement sur les baies mais aussi sur d'autres espaces maritimes. Toutefois, comme ce mémorandum visait à éclairer la notion de « baies historiques » mentionnée dans le projet de la Commission du droit international, il insistait sur cette notion et les revendications historiques portant sur d'autres eaux n'étaient traitées qu'incidemment. Au paragraphe 5, la matière du mémorandum était sommairement exposée comme suit :

« 5. Dans une première partie, on indiquera la pratique des États en la matière en donnant quelques exemples de baies considérées comme historiques ou revendiquées comme telles par les États intéressés. On y exposera également les divers projets de codification qui ont consacré la théorie dite des « baies historiques », ainsi que les opinions de la doctrine et des gouvernements sur cette théorie. La seconde partie sera consacrée à l'analyse de la théorie. Il y sera traité du statut juridique des eaux des baies tenues pour historiques, ainsi que des éléments auxquels on s'est attaché pour la détermination de cette catégorie de baies. Enfin, dans une dernière section, on indiquera que la théorie ne se limite pas aux baies, mais qu'elle a une portée générale⁹. »

9. La Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer qui s'est ouverte à Genève le 24 février 1958 a renvoyé les articles du projet de la Commission du droit international concernant la mer territoriale et la zone contiguë, y compris l'article 7 sur les baies, à sa Première Commission. A la troisième séance de cette Commission, à propos de l'organisation des travaux, le représentant du Panama a proposé à la Commission de créer une sous-commission pour étudier le problème des baies et, en particulier, la question du régime juridique des « baies historiques ». Ce représentant s'est référé au mémorandum susmentionné du Secrétariat et a déclaré qu'il était :

« indispensable que dans les instruments internationaux qu'elle doit élaborer, la Conférence traite de questions telles que la définition des baies historiques, les droits de l'État ou des États riverains, la procédure permettant de déclarer qu'une baie est historique, les conditions de la reconnaissance de ces baies par les autres États et le règlement pacifique des différends provoqués par les protestations d'autres États ».

Selon le représentant du Panama, la création d'une sous-commission chargée spécialement d'étudier le régime juridique des baies allégerait la tâche de la Première Commission¹⁰.

10. A la suite d'un bref examen de la question par la Première Commission, le Président a proposé que, comme on s'apercevrait probablement au cours de la discussion générale qu'il faudrait créer d'autres sous-commissions et comme il valait mieux examiner en même

temps la composition de toutes ces sous-commissions, on sursit à l'étude de la proposition panaméenne, étant entendu que le représentant du Panama la soumettrait à nouveau à la Commission en temps opportun. Le représentant du Panama a accepté cette procédure.

11. Au cours de la discussion à la troisième séance et du débat général devant la Première Commission, la proposition panaméenne a obtenu l'appui de plusieurs délégations, en particulier des délégations de l'Arabie Saoudite, du Yémen¹¹, du Salvador¹² et du Pakistan¹³, tandis que le représentant du Royaume-Uni¹⁴ a exprimé des doutes sur l'utilité d'une étude de la question par une sous-commission. Le représentant de la République fédérale d'Allemagne¹⁵ a dit qu'il serait difficile d'établir des règles générales applicables aux « baies historiques ».

M. J. P. A. François, Rapporteur spécial de la Commission du droit international pour le droit de la mer, qui assistait à la Conférence en qualité d'expert du Secrétariat, a également déconseillé la création d'une sous-commission chargée de s'occuper des « baies historiques ». A son avis, la Conférence ne disposait pas des données nécessaires pour entreprendre une étude approfondie de cette question, de sorte que la Conférence pourrait

« se contenter de l'expression « baies historiques » qui, en cas de contestation, devrait être interprétée par une instance juridictionnelle qui se prononcera en tenant compte de toutes les particularités du cas spécial, qu'on ne peut jamais prévoir dans une règle générale ».

M. François ajoutait que peut-être

« pourrait-on charger la Commission du droit international de mettre à l'étude la question de la prescription acquisitive en attirant son attention spéciale sur les baies historiques »¹⁶.

12. Lorsqu'à sa vingt-cinquième séance la Première Commission a été saisie pour décision de la proposition panaméenne¹⁷, le représentant de l'Inde a déclaré que bien que sa délégation portât un vif intérêt à la question des « baies historiques », il craignait que la Commission ne disposât ni du temps ni de la documentation nécessaires pour étudier convenablement cette question. Chaque baie possédant, a-t-il dit, ses caractéristiques propres, il faudrait, avant de pouvoir dégager un principe général, trier et collationner une masse de données. Aussi, au lieu de créer une sous-commission, la Conférence devrait-elle adopter une résolution recommandant que l'Assemblée générale fasse procéder à une nouvelle étude de la question des « baies historiques » par l'organisme qu'elle jugerait approprié. Le représentant du Panama s'est déclaré disposé à accepter l'idée mise en avant par l'Inde et il a, en conséquence, retiré sa propre

¹¹ *Ibid.*

¹² *Op. cit.*, p. 54.

¹³ *Op. cit.*, p. 57.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 10.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 51.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 77.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 83.

⁹ *Ibid.*, p. 2.

¹⁰ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, volume III : Première Commission, p. 2.

proposition. Sur la suggestion du Président, la Commission a ensuite décidé d'ajourner sa décision jusqu'à ce que les délégations de l'Inde et du Panama aient déposé une proposition commune dans ce sens.

13. Dans l'intervalle, la délégation japonaise a présenté une proposition contenant une définition des « baies historiques ». Il s'agissait de remplacer le paragraphe 4 de l'article 7 relatif aux baies par le texte suivant :

« 4. Les dispositions précédentes ne s'appliquent pas aux baies historiques. Le terme « baies historiques » s'applique aux baies sur lesquelles l'État riverain ou les États riverains exercent effectivement des droits souverains de façon continue depuis très longtemps, les autres États ayant explicitement ou implicitement reconnu cette pratique¹⁸. »

Le représentant du Japon a expliqué que sa délégation avait présenté cette proposition parce que le soin de définir les « baies historiques » faisait partie du travail de codification et ne pouvait être confié aux cours d'arbitrage ou aux tribunaux appelés à examiner les différends relatifs à ces baies¹⁹. La définition contenue dans ladite proposition s'inspirait du mémorandum du Secrétariat relatif aux « baies historiques » (A/CONF.13/1).

14. Le représentant de la Thaïlande a reconnu avec la délégation japonaise que la définition de l'expression « baies historiques » ne devait pas être laissée à la discrétion d'une cour ou d'un tribunal, mais il a estimé que la définition qui figurait dans l'amendement japonais n'était pas assez précise. Le représentant de l'Union soviétique a souligné qu'il y aurait lieu de surseoir à l'examen de l'amendement japonais jusqu'à ce que la Commission soit prête à examiner la proposition de l'Inde et du Panama mentionnée ci-dessus²⁰.

15. A sa quarante-huitième séance, la Première Commission était saisie à la fois de l'amendement japonais à l'article 7 et d'un projet de résolution présenté conjointement par l'Inde et le Panama, et ainsi conçu²¹ :

« La Première Commission,

« Considérant que la Commission du droit international n'a pas traité du régime des « eaux historiques », y compris les « baies historiques »,

« Reconnaissant l'importance du statut juridique de ces espaces maritimes,

« Décide de demander au Secrétaire général des Nations Unies de prendre les dispositions voulues pour l'étude du régime des eaux historiques y compris les baies historiques et l'élaboration d'un projet de règles qui puisse être soumis à une conférence spéciale. »

16. A en juger par le procès-verbal de la séance²²,

aucune explication n'a été fournie sur le motif pour lequel l'objet de l'étude proposée était défini, dans le projet de résolution commun, comme étant les « eaux historiques, y compris les baies historiques », et non pas simplement les « baies historiques », expression employée dans le paragraphe 4 de l'article 7 et dans la proposition initiale du Panama tendant à créer une sous-commission. En présentant le projet de résolution, l'un des auteurs a employé l'expression « eaux historiques » tandis que l'autre s'est servi de l'expression « baies historiques »; au cours du débat, certains orateurs ont employé la première et d'autres la deuxième expression.

17. En fait, l'attention de la Commission s'est surtout portée sur d'autres aspects du projet de résolution. On a en particulier souligné que c'était la Conférence et non pas la Première Commission qui devait adopter la résolution, et qu'il était plus indiqué que la Conférence s'adressât à l'Assemblée générale plutôt qu'au Secrétaire général. Les auteurs ont accepté ces deux points. Ils ont également accepté une autre modification présentant une plus grande importance de fond. On a appelé leur attention sur le fait que l'étude aboutirait peut-être à conclure qu'en raison de la diversité des différents cas d'« eaux historiques, y compris les baies historiques », l'élaboration de règles générales est impossible. Le représentant de l'Inde a répondu que, bien entendu, des règles de caractère général ne pourraient être élaborées au cas où il apparaîtrait clairement que la chose est impossible, et que l'objet de l'étude proposée était précisément de déterminer si l'élaboration de telles règles était possible.

18. En raison des divers points soulevés au cours de la discussion, la Première Commission a ajourné à nouveau sa décision sur le projet de résolution et sur l'amendement japonais.

19. La Première Commission a été de nouveau saisie de la question à sa soixante-troisième séance²³. L'Inde et le Panama ont alors présenté un texte révisé de leur projet de résolution, ainsi conçu²⁴ :

« La Première Commission,

« Considérant que la Commission du droit international n'a pas traité du régime des eaux historiques, y compris les baies historiques,

« Reconnaissant l'importance du statut juridique de ces espaces maritimes,

« Recommande que la Conférence renvoie la question à l'Assemblée générale des Nations Unies en lui demandant de prendre des dispositions appropriées pour l'étude du régime juridique des eaux historiques, y compris les baies historiques, et pour la communication du résultat de cette étude à tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies. »

Sous cette forme, la Première Commission a adopté le projet de résolution. La délégation japonaise a retiré son amendement à l'article 7.

(article 12 de la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë); voir *op. cit.*, p. 211-214.

²³ *Op. cit.*, p. 218-219.

²⁴ A/CONF.13/C.1/L.158/Rev.1, *op. cit.*, p. 276.

¹⁸ A/CONF.13/C.1/L.104, *op. cit.*, p. 263.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 161 et 219.

²⁰ *Op. cit.*, p. 162 et 279.

²¹ A/CONF.13/C.1/L.158, *op. cit.*, p. 276.

²² *Op. cit.*, p. 163-165. Il convient de noter à ce propos qu'au cours des débats de la Première Commission, la question d'un titre historique à des espaces maritimes ne s'est pas seulement posée pour les baies mais aussi pour la délimitation de la mer territoriale de deux États dont les côtes se font face ou sont limitrophes

20. Il est peut-être utile de signaler que dans le projet de résolution révisé qui a été adopté, le mot « juridique » avait été inséré avant le mot « régime » afin de préciser le caractère de l'étude à entreprendre. Le texte révisé tenait également compte des points soulevés au cours de la discussion mentionnée ci-dessus.

21. La Première Commission a soumis sa résolution à la Conférence dans son rapport sur ses travaux²⁵. A sa vingtième séance plénière, la Conférence a adopté cette résolution sans discussion²⁶. La clause de l'article relatif aux baies indiquant que les dispositions de cet article ne s'appliquaient pas aux « baies historiques » a été adoptée dans la rédaction proposée par la Commission du droit international et énoncée au paragraphe 2 du présent document.

22. En conséquence, la Conférence a communiqué à l'Assemblée générale la résolution suivante, en date du 27 avril 1958 :

« La Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer,

« Considérant que la Commission du droit international n'a pas traité du régime des eaux historiques, y compris les baies historiques,

« Reconnaissant l'importance du statut juridique de ces espaces maritimes,

« Décide de demander à l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies de prendre des dispositions pour l'étude du régime juridique des eaux historiques, y compris les baies historiques, et pour la communication des résultats de cette étude à tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies. »

23. A sa 752^e séance plénière, le 22 septembre 1958, l'Assemblée générale a inscrit la « question d'une étude à entreprendre sur le régime juridique des eaux historiques, y compris les baies historiques » à l'ordre du jour de sa treizième session et l'a renvoyée à la Sixième Commission pour examen. A la suite d'une brève discussion, la Sixième Commission a adopté et recommandé à l'Assemblée générale un projet de résolution aux termes duquel l'Assemblée ajournerait l'examen de la question jusqu'à sa quatorzième session. Au cours de sa 783^e séance plénière, le 10 décembre 1958, l'Assemblée générale a adopté ce projet de résolution²⁷.

24. A sa quatorzième session, l'Assemblée générale a de nouveau renvoyé la question à la Sixième Commission, qui l'a examinée au cours de ses 643^e à 646^e séances²⁸. Au cours du débat, des représentants ont abordé l'examen du fond de la question, mais la plupart ont réservé leur position quant au fond et se sont limités à la question de la manière dont il fallait organiser l'étude de la question. A la fin du débat, l'avis général était que l'étude de la question devait être confiée à la

Commission du droit international. La Sixième Commission a adopté à l'unanimité un projet de résolution à cet effet qu'elle a soumis à l'Assemblée générale, laquelle, à sa 847^e séance plénière, le 7 décembre 1959, a adopté la résolution suivante [1453 (XIV)] :

« L'Assemblée générale,

« Rappelant que, par une résolution adoptée le 27 avril 1958, la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer a demandé à l'Assemblée générale de prendre des dispositions pour l'étude du régime juridique des eaux historiques, y compris les baies historiques, et pour la communication des résultats de cette étude à tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies,

« Prie la Commission du droit international d'entreprendre, dès qu'elle le jugera bon, l'étude de la question du régime juridique des eaux historiques, y compris les baies historiques, et de faire à ce sujet les recommandations qu'elle estimera appropriées. »

25. La résolution 1453 (XIV) de l'Assemblée générale a été inscrite à l'ordre du jour de la douzième session de la Commission du droit international, qui l'a examinée à sa 544^e séance, le 20 mai 1960²⁹. Bien entendu, la discussion a porté principalement sur la méthode à suivre dans l'élaboration de l'étude.

26. Certains membres, qui se sont trouvés être en minorité, étaient d'avis que la Commission devait inviter les États Membres à envoyer au Secrétariat toute la documentation disponible au sujet des eaux historiques, y compris les baies historiques, qui étaient soumises à leur juridiction, et à indiquer le régime qu'ils revendiquaient pour ces eaux et baies historiques. Selon ces membres, seuls les renseignements fournis par les gouvernements pouvaient permettre à la Commission de connaître les règles du droit international coutumier concernant les eaux historiques. Bien que la Commission n'eût pas pour tâche de prendre des décisions sur des revendications particulières portant sur ces eaux, elle devait néanmoins établir quelles étaient les baies et autres eaux revendiquées comme historiques et pour quelles raisons elles l'étaient, afin d'être à même de déterminer les principes qui étaient à la base du régime juridique des eaux historiques selon le droit international coutumier actuel.

27. En revanche, la majorité des membres de la Commission craignaient que si l'on invitait les gouvernements à préciser leurs revendications sur des eaux historiques, ils ne fussent tentés, par mesure de prudence, de protéger leur position en présentant toutes leurs revendications, y compris peut-être des revendications tout à fait nouvelles. Les gouvernements auraient également tendance à fixer leur attitude en la matière de façon rigide, ce qui compliquerait la solution du problème dans l'avenir. De plus, des revendications peut-être exagérées ne constitueraient pas une base appropriée pour formuler des principes dans ce domaine. Les membres qui partageaient cet avis estimaient donc que la

²⁵ Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, volume II : séances plénières, p. 142.

²⁶ Op. cit., p. 78.

²⁷ Voir Documents officiels de l'Assemblée générale, treizième session, Sixième Commission, 597^e et 598^e séances et annexes au point 58 de l'ordre du jour.

²⁸ Op. cit., quatorzième session, Sixième Commission, 643^e à 646^e séances et annexes au point 58 de l'ordre du jour.

²⁹ Annuaire de la Commission du droit international, 1960, vol. I, p. 121-126.

Commission avait intérêt à déterminer d'abord les principes relatifs à cette question, pour inviter ensuite les gouvernements à présenter des observations à ce sujet. Si les gouvernements désiraient illustrer leurs observations en mentionnant des revendications déterminées, ils pourraient évidemment le faire à ce moment-là.

28. Si la majorité des membres de la Commission s'opposaient à ce que des renseignements fussent demandés aux gouvernements à ce stade, ils estimaient cependant qu'afin d'accélérer les travaux de la Commission dans ce domaine, certaines mesures devaient être prises immédiatement. La Commission a donc décidé d'inviter le Secrétariat à poursuivre les travaux entrepris en préparant le mémorandum sur les « baies historiques » mentionné au paragraphe 8 ci-dessus. Cette décision a été consignée comme suit au paragraphe 40 du rapport de la Commission sur les travaux de sa douzième session (A/4425) :

« ... La Commission a invité le Secrétariat à entreprendre une étude sur le régime juridique des eaux historiques, y compris les baies historiques, et à élargir le cadre de l'étude préliminaire indiquée au paragraphe 8 du mémoire sur les baies historiques qui avait été élaboré par le Secrétariat à l'intention de la première Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer... »

29. Le paragraphe 8 du mémoire précité a la teneur suivante :

« 8. Ainsi qu'il sera indiqué dans la deuxième partie de la présente étude, la théorie des baies historiques a une portée générale. On invoque des titres historiques non seulement sur des baies, mais aussi sur des espaces maritimes qui n'ont pas le caractère de baies, telles, par exemple, les étendues d'eau comprises soit entre les îles des archipels, soit entre ceux-ci et le continent voisin, ainsi que sur des détroits, des estuaires, etc. Pour couvrir ces espaces, on parle de plus en plus d'« eaux historiques » et non pas de « baies historiques ». Le présent mémoire ne fera pas état des eaux historiques qui ne rentrent pas dans la notion de baies. Il envisagera, cependant, certains espaces maritimes qui n'ont pas nécessairement le caractère de baies, mais qui, de par leur situation spéciale, ainsi qu'en raison des discussions ou des décisions auxquelles ils ont donné lieu, offrent un intérêt particulier pour la matière à l'étude. »

30. Il ressort de ce qui précède que le sujet de la nouvelle étude est plus large que celui du mémorandum sur les « baies historiques » (A/CONF.13/1) préparé par le Secrétariat pour éclairer la clause qui exclut ces baies de la disposition de l'article relatif aux baies figurant dans le projet de la Commission du droit international sur le droit de la mer. Ce sujet a été élargi de manière à comprendre également des « eaux historiques » autres que les « baies historiques ». D'autre part, les discussions rapportées ci-dessus ne fournissent que fort peu de renseignements quant à la portée et à la signification de l'expression « eaux historiques » ou au rapport qui existe entre cette expression et l'expression « baies historiques ». Il fallait s'y attendre puisque la discussion

a porté essentiellement sur les méthodes et les procédures à suivre. En outre, comme on le verra ci-après, la question du rapport entre les expressions « baies historiques » et « eaux historiques » ne soulève aucun problème important.

31. Un autre point qui ressort clairement de ce qui précède est qu'au stade actuel, l'étude ne doit pas avoir pour objet d'essayer de donner la liste des « baies historiques » et des autres « eaux historiques » existantes. En ce qui concerne les « baies historiques », le précédent mémorandum du Secrétariat (A/CONF. 13/1) contient une énumération complète de cette catégorie de baies et il serait difficile d'y faire des additions utiles sans consulter les gouvernements³⁰.

32. L'objet de l'étude devrait être plutôt d'examiner les principes du droit international qui constituent le régime des « eaux historiques ». La question se pose donc de savoir comment on peut déterminer l'existence de ces principes. La méthode inductive appropriée consisterait à étudier les différents cas d'« eaux historiques » et de voir quels principes communs peuvent en être dégagés. Mais cette méthode semblerait exiger comme première étape l'établissement d'une liste de cas qui soit aussi complète que possible. Il faudrait pour cela que les gouvernements soient invités à fournir des renseignements. D'autre part, si l'on n'accepte pas toutes les revendications des gouvernements sur des « eaux historiques », il faut disposer de certains critères pour apprécier ces revendications. Théoriquement du moins, il semble qu'il y ait là un dilemme : afin de décider si une revendication sur des « eaux historiques » est fondée, il faut avoir des principes de droit international permettant d'apprécier ces revendications, mais pour ne pas être arbitraires, ces principes doivent être fondés sur la pratique effectivement suivie par les États. Comme d'ordinaire, ce dilemme ne peut se résoudre que de façon pragmatique. On dispose déjà d'une documentation considérable qui comprend les revendications connues sur des « eaux historiques », les discussions sur la question contenues dans les ouvrages de droit international et les essais faits antérieurement en vue d'établir et de formuler les principes pertinents. Pour une bonne part, cette documentation est déjà consignée dans le mémorandum du Secrétariat sur les « baies historiques » (A/CONF. 13/1). Il est possible d'analyser et de discuter sur cette base d'importants aspects de la question et de parvenir à certaines conclusions provisoires qui pourront par la suite être précisées et, le cas échéant, modifiées compte tenu des informations et des observations reçues des gouvernements à un stade ultérieur. La présente étude vise à faciliter cet examen préalable ou provisoire de la question. Elle a pour objet de dégager, d'analyser et de discuter les problèmes se rapportant au sujet plutôt que d'en présenter des solutions complètes. Pour être utile et faire progresser l'examen des problèmes pertinents, cette étude doit être plus qu'une simple énumération des diverses opinions exprimées en théorie et en

³⁰ La question de l'établissement d'une liste des eaux historiques est discutée plus amplement dans les paragraphes 168 à 176 ci-dessous.

pratique. Sans aller jusqu'à se prononcer sur ces opinions, il sera parfois nécessaire de souligner les difficultés qui semblent inhérentes à certaines d'entre elles et de marquer une préférence pour d'autres.

II. Régime juridique des « eaux historiques », y compris les « baies historiques »

A. EXPLICATION PRÉLIMINAIRE DES EXPRESSIONS « EAUX HISTORIQUES » ET « BAIES HISTORIQUES »

33. Il n'est pas nécessaire d'approfondir la question des « eaux historiques » pour se rendre compte que sous l'accord superficiel qui existe à ce sujet parmi les auteurs et les juristes, plusieurs problèmes controversés et une certaine obscurité ou tout au moins un certain manque de précision. Nul ne conteste qu'il existe des cas où un État a un titre historique valide à certaines eaux adjacentes à ses côtes mais, quand il s'agit de définir ce titre avec plus de précision, de déterminer ses rapports avec les règles de droit international relatives à la délimitation du domaine maritime d'un État ou d'établir les circonstances dans lesquelles le titre historique peut prendre naissance, l'accord est loin d'être complet. Il n'est donc pas possible, bien que cela eût été pratique, de commencer par donner une définition des « eaux historiques ». Il serait prématuré d'en donner une définition avant d'examiner et de discuter les questions controversées qui sont en jeu. De plus, comme il a été dit plus haut, le but de la présente étude préparatoire n'est pas tant d'apporter des solutions toutes faites aux problèmes pertinents que d'indiquer quels sont ces problèmes et de faciliter ainsi la tâche de la Commission du droit international lorsqu'elle examinera cette question. En d'autres termes, on s'efforcera dans cette étude d'énoncer, d'analyser et d'élucider un certain nombre de problèmes relatifs à la notion ou à la théorie des « eaux historiques », en partant du fait qu'il est universellement reconnu dans la doctrine et la pratique du droit international que, dans certaines circonstances, les États peuvent, pour des motifs historiques, revendiquer valablement certaines eaux adjacentes à leurs côtes.

34. L'un des moindres problèmes qu'il convient d'éclaircir, tout au moins à titre préliminaire, a trait à la terminologie et résulte du fait qu'en théorie et en pratique, on emploie les expressions « baies historiques » et « eaux historiques » sans bien les distinguer. Il est évident que ces deux expressions ne sont pas synonymes; la deuxième a une portée plus étendue, comme en témoigne d'ailleurs l'expression utilisée dans les résolutions de la Conférence sur le droit de la mer et de l'Assemblée générale, à savoir « eaux historiques, y compris les baies historiques ». C'est un fait que l'expression « baies historiques » est plus fréquemment utilisée — ou a été, jusqu'à ces derniers temps, plus fréquemment utilisée — que l'expression « eaux historiques ». Cependant, cela ne prouve pas que l'on estime en général que seules les baies, à l'exclusion des autres eaux, peuvent être revendiquées par les États pour des motifs historiques. Au contraire, tous les auteurs qui ont étudié la question

semblent reconnaître que le titre historique peut également s'appliquer à des eaux autres que les baies, par exemple, aux détroits, aux archipels et de façon générale à toutes les eaux qui peuvent être comprises dans le domaine maritime d'un État. Si l'expression « baies historiques » a été employée plus souvent que l'expression « eaux historiques », c'est surtout parce que les revendications faites pour des motifs historiques ont porté plus souvent sur des eaux dénommées ou réputées baies que sur d'autres eaux. En principe, comme l'indique le mémorandum du Secrétariat (A/CONF.13/1) dont il est fait mention au paragraphe 29 ci-dessus, « la théorie des baies historiques a une portée générale », c'est-à-dire qu'elle s'applique également à des espaces maritimes autres que les baies.

Sir Gerald Fitzmaurice a sans doute exprimé l'opinion générale en disant :

« ... il ne semble y avoir aucune raison de principe de restreindre la notion d'eaux historiques aux seules eaux d'une baie... Même si, en pratique, les cas étaient moins nombreux, une revendication de caractère historique pourrait également porter sur d'autres eaux...³¹ ».

Il est intéressant de noter que, dans l'affaire des pêcheries entre le Royaume-Uni et la Norvège, les deux parties ont reconnu que la théorie des « eaux historiques » ne s'appliquait pas seulement aux baies³². On verra plus loin que le statut juridique des « baies historiques » peut différer de celui des autres « eaux historiques » mais bien entendu cela n'affaiblit pas la thèse selon laquelle un titre historique peut exister à l'égard d'autres eaux que les baies.

35. Il est facile de voir que bien des problèmes et difficultés inhérents à la théorie des « eaux historiques » s'expliquent par les circonstances dans lesquelles la théorie a pris naissance et s'est développée. Un bref exposé des origines de cette théorie, en droit et en fait, permettra donc de la mieux comprendre.

B. LA NOTION D' « EAUX HISTORIQUES »

1. Origine

36. Deux facteurs surtout ont contribué à la naissance et au développement de la notion d' « eaux historiques ». Le premier de ces facteurs était la nature controversée des règles de droit international relatives à la détermination du domaine maritime de l'État. Sans prendre position sur la question de savoir s'il y a jamais eu accord général en ce qui concerne la largeur maximum de la mer territoriale ou l'ouverture maximum des baies, on peut dire

³¹ *British Yearbook of International Law*, vol. 31 (1954), p. 381; voir aussi Gidel, *Droit international public de la mer*, vol. III (1934), p. 651, et le contre-mémoire présenté par la Norvège dans l'affaire des pêcheries, par. 539, 549 et 557-560 (*Cour internationale de Justice, Mémoires, plaidoiries et documents, Affaire des pêcheries*, vol. I, p. 548, 557 et 564-566) ainsi que la Réplique du Royaume-Uni, par. 471-472, *op. cit.*, vol. II, p. 643-645; voir également le Rapport de la Deuxième Commission dans les *Actes de la Conférence pour la codification du droit international* (1930), vol. III, p. 211.

³² Voir *op. cit.*, vol. II, p. 643.

sans risque d'erreur que ces problèmes ont depuis toujours fait l'objet de controverses et inspiraient donc des doutes tant aux juristes qu'aux profanes. Dans ces conditions, il était naturel que les États fassent valoir leurs droits et exercent leur juridiction sur ceux des espaces maritimes adjacents à leur côte qu'ils considéraient vitaux pour leur sécurité ou leur économie. Lorsqu'une controverse s'élevait, après qu'un État ait exercé pendant un certain temps sa juridiction sur un tel espace maritime et que l'État antagoniste prétendait que, selon les règles générales du droit international relatives à la délimitation des eaux territoriales, cet espace maritime ne faisait pas partie desdites eaux, il était également naturel, pour l'État défendeur, de répondre, non seulement qu'il était d'un avis différent sur le contenu de la règle de droit international commun applicable, mais en outre qu'il avait désormais, sur l'espace maritime en question, un titre historique fondé sur un long usage. Il est arrivé assez souvent, au cours des années, qu'un État affirme sa souveraineté sur certains espaces maritimes en invoquant des droits historiques, que ces espaces se trouvent ou non, selon les règles du droit international commun, en dehors de son domaine maritime. On n'essayera pas d'énumérer ces cas dans la présente étude car ils sont déjà énumérés et décrits dans le mémorandum du Secrétariat sur les « baies historiques » (A/CONF./131), pages 3 et suivantes.

37. Un deuxième facteur important a contribué au développement de la notion et de la théorie des « eaux historiques » : les tentatives, officielles ou non, faites pour remplacer les règles controversées et incertaines du droit international relatives à la délimitation des eaux territoriales par un ensemble de règles écrites, précises et généralement acceptables. Sur divers projets, on consultera également le mémorandum susmentionné du Secrétariat (A/CONF.13/1), pages 14 et suivantes. Comme il est dit dans ce mémorandum (p. 2 et 3), la codification des règles de droit international relatives à la délimitation des eaux territoriales et notamment à la délimitation des baies serait dans plusieurs cas entrée en conflit avec des situations de fait. En d'autres termes, de vastes espaces maritimes sur lesquels des États revendiquaient et exerçaient leur souveraineté échapperaient, si la codification était acceptée, à la juridiction de ces États et feraient partie de la haute mer. Il est évident qu'une codification qui aurait de telles conséquences n'obtiendrait pas l'approbation des États intéressés. Les règles envisagées auraient plus de chance d'être acceptées si elles comportaient une clause d'exception relative aux eaux à l'égard desquelles un État a un titre historique. C'est pourquoi les projets de codification relatifs à la délimitation des eaux territoriales contenaient généralement de telles clauses, libellées de diverses façons. On en est arrivé à considérer la notion d'« eaux historiques » comme une notion indispensable sans laquelle il serait impossible d'établir des règles simples et générales pour la délimitation des espaces maritimes. C'est cette idée qu'exprime Gidel lorsqu'il dit :

« La théorie des eaux historiques, de quelque nom qu'on la désigne, est une théorie nécessaire; elle joue en quelque sorte le rôle de soupape de sûreté en matière

de délimitation des espaces maritimes; la repousser serait ruiner la possibilité d'aboutir à des règles générales sur cette matière du droit international public maritime ³³. »

38. En résumé, la notion d'« eaux historiques » a son origine dans le fait historique que les États ont revendiqué et exercé, au cours des siècles, leur souveraineté sur des espaces maritimes qu'ils considéraient comme d'un intérêt vital pour eux, sans beaucoup se soucier des opinions divergentes et changeantes touchant les prescriptions du droit international commun en matière de délimitation de la mer territoriale. Il a fallu tenir compte de ce fait lorsqu'on s'est efforcé de codifier les règles du droit international sur cette matière, c'est-à-dire lorsqu'il s'est agi de transformer les règles parfois obscures et contestées du droit coutumier en règles écrites, précises et généralement acceptables. On a pensé qu'il ne fallait pas compter que les États accepteraient des règles qui les priveraient de vastes espaces maritimes sur lesquels ils avaient exercé leur souveraineté jusque-là. Dans le rapport de la Deuxième Commission de la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930), il est dit :

« Une difficulté à laquelle la Commission s'est heurtée lors de l'examen de plusieurs points de son programme est la suivante : la fixation de règles générales en cette matière aboutirait inévitablement, du point de vue théorique, à une modification du régime existant en ce qui concerne certaines portions d'eaux. Il est presque superflu de mentionner à ce sujet les baies dites historiques; le problème n'est, d'ailleurs, point limité aux seules baies mais se pose aussi pour d'autres situations. L'œuvre de codification ne pourrait porter atteinte aux droits que des États pourraient posséder sur certaines portions de la mer adjacente. Nulle stipulation contenue dans ce rapport ou ces annexes ne saurait donc être interprétée dans ce sens ³⁴. »

39. Le fait que l'existence de droits historiques à certains espaces maritimes a revêtu une importance particulière lorsque l'on a cherché à énoncer des règles générales de droit international relatives à la délimitation de la mer territoriale a eu pour conséquence que l'on a eu tendance à considérer le régime juridique des « eaux historiques » comme un régime exceptionnel. Les promoteurs de la codification du droit international dans ce domaine ont compris que du point de vue pratique, on ne pourrait pas tout à coup mettre fin à la souveraineté qui s'exerçait de longue date sur un espace maritime parce que cet exercice ne serait pas conforme aux règles générales qui seraient énoncées. D'autre part, le but de la codification étant d'établir des règles générales, il était naturel de considérer ces cas historiques comme

³³ Gidel, *op. cit.*, p. 651.

³⁴ *Actes de la Conférence pour la codification du droit international, Séances des Commissions*, vol. III : Procès-verbaux de la Deuxième Commission (Publications de la Société des Nations, V. Questions juridiques, 1930, V. 16), p. 211.

des dérogations à la règle. Gidel a exprimé ce point de vue de façon succincte quand il a dit :

« ... si la théorie des eaux historiques est une théorie nécessaire, c'est une théorie exceptionnelle...³⁵ ».

40. La question de savoir si le régime des « eaux historiques » est ou non un régime exceptionnel peut paraître académique. En réalité, elle a une importance pratique en ce qui concerne les conditions requises pour établir un titre à de telles eaux. Si le droit aux « eaux historiques » est un titre exceptionnel qui ne peut pas se fonder sur les règles générales du droit international, ou qui peut même être considéré comme dérogeant à ces règles dans un cas particulier, il est évident que les conditions relatives à la preuve d'un tel titre seront strictes. Le titre devra se fonder sur quelque chose d'exceptionnellement fort. Les raisons de reconnaître le titre devront être convaincantes ; car comment pourrait-on justifier autrement que la règle générale soit méconnue dans un cas particulier ? Selon Gidel encore :

« L'État riverain qui prétend à des « eaux historiques » réclame pour elles un traitement exceptionnel ; il faut que ce traitement exceptionnel soit justifié par des conditions exceptionnelles³⁶. »

41. Il est donc important, du point de vue théorique comme du point de vue pratique, d'examiner, d'analyser et d'éclaircir l'idée que le régime des « eaux historiques » est un régime exceptionnel.

2. Le régime des « eaux historiques » est-il un régime exceptionnel ?

42. Il est probablement vrai que l'opinion dominante, du moins parmi les auteurs qui ont étudié la question, est que les « eaux historiques » constituent une dérogation aux règles générales du droit international qui régissent la délimitation du domaine maritime des États. Gidel a été cité plus haut au nombre de ceux qui professent cette doctrine. Son opinion en la matière est exprimée plus en détail dans le passage suivant :

« L'examen des faits démontre : 1^o que certains États ont revendiqué comme faisant partie de leur territoire maritime des étendues d'eau qui, d'après les règles généralement admises, applicables en principe à ces espaces, auraient dû être considérées comme des parties de haute mer, et 2^o que ces prétentions ont été fréquemment reconnues par les autres États.

Cette constatation est à l'origine d'une théorie désignée d'une manière courante sous le nom de théorie des « baies historiques » : elle s'est efforcée d'une manière plus ou moins heureuse de dégager le lien qui peut unir entre elles ces diverses situations exceptionnelles dont le seul caractère commun semble être de comporter une dérogation aux règles généralement admises. Comme il est nécessaire, sous peine d'aboutir à la destruction de la règle générale, de limiter les prétentions des États tentés de faire échec aux règles généralement reconnues pour la détermination des

espaces soumis à un statut juridique autre que celui de la haute mer, la théorie dite des « baies historiques » a tendu à soumettre ces dérogations à certaines conditions sur lesquelles l'accord, en doctrine et en pratique, ne semble s'être qu'assez imparfaitement établi³⁷. »

Dans ce passage, Gidel souligne vigoureusement le caractère exceptionnel des « eaux historiques » ainsi que la nécessité de limiter les prétentions de cette nature afin de ne pas compromettre les règles générales relatives à la délimitation du domaine maritime des États. Il est également intéressant de noter que Gidel mentionne deux faits comme étant à la base de la notion d'eaux historiques : la revendication d'un État sur un espace maritime qui, d'après les règles générales, devrait faire partie de la haute mer, et la reconnaissance par les autres États de cette prétention exceptionnelle. Cela montre le lien qui existe, selon cette opinion, entre le caractère exceptionnel de la revendication et la condition selon laquelle la revendication, afin de constituer le fondement d'un titre valide, doit s'accompagner d'une certaine forme de reconnaissance par les autres États. Nous reviendrons par la suite sur cette question importante. Il suffit ici de souligner le lien tel qu'il apparaît dans le passage précité de Gidel.

43. Un autre spécialiste éminent de ces questions a adopté une position analogue. Dans un article où il examine la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, sir Gerald Fitzmaurice dit à propos de l'affaire des *pêcheries* entre le Royaume-Uni et la Norvège :

« La thèse norvégienne avait essentiellement pour objet d'ôter de la notion d'« historicité » de droits donnés l'élément de *prescription*, c'est-à-dire en fait l'élément d'une acquisition de droits *nonobstant* le droit existant. Pourtant, cet élément touche à l'essence même de la question car un titre ou droit fondé sur des considérations historiques a besoin pour prendre consistance — et même suppose — que les actes dont il s'agit ne sont pas ou ne peuvent être justifiés selon les règles admises et ne peuvent donc l'être, à supposer que cela soit possible, que par l'effet d'un facteur spécial tel qu'un droit historique. Comme l'indiquait la réplique écrite présentée par le Royaume-Uni dans l'affaire des *pêcheries*, ce droit revêt essentiellement la forme d'une « validation dans l'ordre juridique international d'un usage intrinsèquement non valide, du fait que l'usage s'est maintenu pendant longtemps³⁸. »

Sir Gerald se réfère ici à la question subsidiaire qui s'est posée dans l'affaire des *pêcheries*, à savoir si la Norvège, à supposer que les règles générales du droit international ne lui permettent pas de le faire, avait un droit historique à délimiter ses eaux de la manière fixée par la législation norvégienne et contre laquelle s'élevait le Royaume-Uni. Selon sir Gerald, un tel droit historique constituerait une acquisition par prescription de certains espaces maritimes, acquisition fondée sur un titre qui, en l'occurrence, constituerait une dérogation à la règle générale

³⁵ Gidel, *op. cit.*, p. 651.

³⁶ Gidel, *op. cit.*, p. 635.

³⁷ Gidel, *op. cit.*, p. 621-623.

³⁸ *British Year book of International Law*, vol. 30 (1953), p. 27-28.

ou une abrogation de celle-ci. Sir Gerald exprime une idée analogue dans le passage ci-après d'un autre article sur la jurisprudence de la Cour :

« Il est depuis longtemps admis en droit international que, du fait qu'elles sont depuis fort longtemps utilisées et traitées comme partie du domaine côtier, des eaux qui, sinon, n'auraient pas ce caractère, peuvent être revendiquées comme eaux territoriales ou eaux intérieures...³⁹ »

44. De l'avis de sir Gerald, il résulte aussi du caractère exceptionnel du titre historique qu'une certaine forme d'acquiescement de la part des autres États est nécessaire⁴⁰. L'examen de cet aspect du problème sera repris plus loin.

45. Parmi les autres auteurs qui considèrent le régime des « eaux historiques » comme dérogeant aux règles générales, on peut mentionner Westlake, Fauchille, Pitt-Cobbelt, Higgins et Colombos et Balladore Pallieri. Les passages de leurs ouvrages qui ont trait à la question sont cités aux pages 18, 19 et 20 du mémorandum du Secrétariat sur les « baies historiques » (A/CONF.13/1).

46. La thèse selon laquelle les « eaux historiques » constituent une dérogation aux règles généralement applicables en ce qui concerne la délimitation des espaces maritimes a été soutenue par le Royaume-Uni dans l'affaire des *pêcheries*. Les réplique du Royaume-Uni expose succinctement cette thèse de la façon suivante :

« i) Un État a droit à une ceinture d'eaux territoriales d'une certaine largeur — la limite généralement acceptée étant de trois milles — mais la Norvège a un titre historique ou acquis par prescription à l'égard d'une ceinture de quatre milles.

ii) La ceinture d'eaux territoriales doit être mesurée à partir d'une ligne de base qui, sous réserve de certaines exceptions, doit suivre la laisse de basse mer.

iii) Lorsque la côte comporte des baies ou des échancrures analogues (quelle que soit la désignation de ces échancrures) qui ont un certain caractère et lorsque des îles se trouvent au large de la côte, il existe des règles de droit international commun qui permettent que la ligne de base à partir de laquelle sont mesurées les eaux territoriales cesse de suivre la laisse de basse mer et englobe en tant qu'eaux intérieures certains espaces maritimes.

iv) Ce n'est que sur la base d'un titre historique ou acquis par prescription qu'un État peut prétendre à des espaces maritimes auxquels ne s'appliquent pas ces règles générales de droit international⁴¹. »

47. Selon le Royaume-Uni, un tel titre historique ou acquis par prescription comporte deux éléments essentiels, à savoir :

« i) L'exercice effectif de la souveraineté par l'État qui revendique le droit.

ii) L'acquiescement des autres États⁴². »

³⁹ *Op. cit.*, vol. 31 (1954), p. 381.

⁴⁰ Voir *op. cit.*, vol. 30 (1953), p. 27 et seq.

⁴¹ *Cour internationale de Justice, Mémoires, plaidoiries et documents, Affaire des pêcheries*, vol. II, p. 302.

48. Le lien entre le caractère exceptionnel de la prétention à un titre historique et la condition touchant l'acquiescement des autres États ressort de l'affirmation suivante du Royaume-Uni :

« ... lorsque la prétention va au-delà de ce qui est accepté en vertu des règles générales du droit international coutumier, c'est l'acquiescement des autres États, qu'il soit exprès ou qu'il découle implicitement d'un long usage, qui confère validité juridique à la prétention exceptionnelle⁴³. »

49. Par contraste avec cette théorie selon laquelle le régime des « eaux historiques » est un régime exceptionnel, il existe une autre doctrine qui se refuse à reconnaître qu'il existe des règles générales de droit international en matière de délimitation des baies et autres espaces maritimes, règles auxquelles le régime des « eaux historiques » pourrait déroger. Dans une étude sur les « baies historiques⁴⁴ », Bourquin a développé cette idée. Il dit :

« ... pour prendre position au sujet de la théorie des « baies historiques », il y a lieu de se demander au préalable si le droit commun soumet la délimitation des baies territoriales à des règles strictes. La réponse donnée à cette question ne peut manquer d'influencer profondément la manière dont on conçoit l'importance pratique et la fonction juridique des titres historiques.

Existe-t-il une règle, valable pour tous les États, qui limiterait à une mesure fixe la largeur d'ouverture des baies territoriales? Plus précisément, la prétendue règle des 10 milles — puisque c'est sur elle que se rencontrent généralement les partisans d'une délimitation rigide — est-elle consacrée par le droit coutumier⁴⁵? »

50. Après être parvenu à la conclusion qu'il n'existe pas en droit international commun de limite fixe en ce qui concerne la largeur d'ouverture des baies et qu'en tout état de cause

« la physionomie d'une baie dépend d'un ensemble de circonstances, géographiques, politiques, économiques, historiques, etc.⁴⁶ »,

Bourquin ajoute :

« Si l'on admet que la solution donnée par le droit commun au problème de la territorialité des baies ne se ramène pas à une limitation mathématique de leur largeur, mais dépend de l'appréciation des divers éléments qui caractérisent chacune d'elles, la notion des « titres historiques » prend une signification toute différente de celle que lui attribuent les partisans de la règle des 10 milles. Le « titre historique » n'a plus pour fonction de légitimer une situation par ailleurs illégale. Ce n'est plus un moyen par lequel l'État

⁴² *Op. cit.*, p. 303.

⁴³ *Op. cit.*, p. 621.

⁴⁴ Bourquin, « Les baies historiques », dans *Mélanges Georges Sauser-Hall* (1952), p. 37-51.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 39.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 42.

côtier incorpore à son domaine une parcelle de haute mer. Il n'est plus lié à l'idée d'*usucapion*. C'est un élément qui vient se joindre à d'autres pour caractériser un certain état de choses, qui doit être envisagé dans son ensemble et sous ses divers aspects.

Le long usage dont l'État peut se prévaloir s'ajoute aux autres raisons sur lesquelles sa revendication s'appuie. Pour la justifier, il sera en état d'invoquer non seulement la configuration de la baie, l'intérêt économique qu'elle présente pour lui, le besoin qu'il en a d'en disposer pour assurer la défense de son territoire, etc., mais aussi le fait qu'il s'y est toujours comporté en souverain et que la tradition historique confirme ainsi ses droits⁴⁷. »

51. Étant donné qu'il ne considère pas le régime des baies historiques comme une dérogation aux règles générales du droit international, Bourquin a tendance à minimiser l'importance de l'acquiescement des autres États. Le titre historique est pour lui « la consolidation juridique sous l'action du temps⁴⁸ », et ce titre se forme par « l'exercice paisible et continu de la souveraineté⁴⁹ ». Donc,

« il est faux de dire que l'acquiescement de ces États (les États étrangers) est nécessaire; mais il est exact que si leurs réactions empêchent l'exercice paisible et continu de la souveraineté, le titre historique ne pourra pas se former⁵⁰. »

Comme on l'a déjà dit, cette question sera analysée plus en détail par la suite; si on la mentionne ici, c'est pour mettre en relief le lien qui existe entre la théorie de l'auteur relative aux « baies historiques » et sa façon de concevoir l'acquiescement des États étrangers.

52. Dans l'affaire des *pêcheries*, la Norvège a adopté une position analogue. Cependant, l'argumentation n'avait pas seulement trait aux « baies historiques » mais se référait aux « eaux historiques » en général :

« En résumé, le titre historique, tel que le Gouvernement norvégien le conçoit et l'invoque dans le présent litige, n'a aucunement pour rôle de légitimer une situation par ailleurs illégale, mais bien de confirmer la validité de cette situation.

Le Gouvernement norvégien ne croit pas nécessaire de discuter la question de savoir dans quelle mesure des parties de haute mer peuvent être incorporées au territoire maritime de l'État en vertu d'un titre historique, parce que la question ne se pose pas en l'espèce. Elle ne se poserait que si les règles générales que le Gouvernement britannique prétend applicables à la délimitation du territoire maritime étaient réellement en vigueur. Or, le Gouvernement norvégien a démontré qu'elles ne le sont pas; qu'elles n'ont jamais acquis la consistance de règles coutumières...

Le Gouvernement norvégien admet que l'usage sur lequel se fonde un titre historique doit être paisible

et continu, et que, par conséquent, la réaction des États étrangers constitue un élément qui doit entrer en ligne de compte dans l'appréciation d'un tel titre; mais il repousse entièrement la thèse de la Partie adverse selon laquelle le titre historique aurait pour seul fondement l'acquiescement des autres États et se confondrait ainsi, substantiellement, avec l'institution juridique de la reconnaissance.

Le Gouvernement norvégien considère que l'absence de réaction des États étrangers assure à l'usage le caractère paisible et continu qu'il doit présenter pour donner naissance à un titre historique.

Quant aux conséquences qu'il y a lieu d'attacher, à ce point de vue, à l'opposition de certains États, le Gouvernement norvégien estime que c'est une question d'espèce, qui doit être appréciée dans chaque cas à la lumière des circonstances; que toutes les protestations ne peuvent pas être mises sur le même plan; qu'en tout cas, une opposition isolée n'est point capable d'empêcher la formation du titre historique; et qu'il convient de ne pas oublier, quand on doit statuer en pareille matière, le sage conseil que contient la maxime *quieta non movere*⁵¹. »

53. Le Conseil de la Norvège a fait la déclaration suivante, citée par la Cour dans son arrêt :

« Le Gouvernement norvégien n'invoque pas l'histoire pour justifier des droits exceptionnels, pour revendiquer des espaces maritimes que le droit commun lui refuserait; il invoque l'histoire, avec d'autres facteurs, pour justifier la manière dont il applique le droit commun⁵². »

54. Sans se prononcer sur ces deux théories opposées, on peut faire observer qu'il semble y avoir certaines difficultés inhérentes à la thèse qu'un titre à des « eaux historiques » constitue une dérogation aux règles générales du droit international relatives à la délimitation du domaine maritime de l'État et que ce titre doit donc se fonder sur une certaine forme d'acquiescement de la part des autres États. Si ces règles générales existent et quelle que soit leur teneur, il doit évidemment s'agir de règles coutumières. Quand la Convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë entrera en vigueur et sera ratifiée par un grand nombre d'États, cette situation changera dans une certaine mesure⁵³. Mais à l'heure actuelle, les règles générales en la matière auxquelles le régime des « eaux historiques » dérogerait ne pourraient être que des règles coutumières. Par conséquent, tant les règles générales que le titre à des « eaux historiques » se fonderaient sur l'usage. Pourquoi ce titre devrait-il être considéré comme exceptionnel et aussi comme inférieur sur le plan de la validité, de sorte que l'acquiescement des autres États serait nécessaire pour lui conférer validité? Les faits sur lesquels se fonde le titre à des « eaux historiques » relèvent de l'usage dans ce domaine, tout autant que les faits sur lesquels les règles coutumières générales se fonderaient.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 42-43.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 45.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 46.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Cour internationale de Justice, Mémoires, plaidoiries et documents, Affaire des pêcheries*, vol. III, p. 461-462.

⁵² *C.I.J., Recueil 1951*, p. 133.

⁵³ Voir par. 72-79 ci-dessous.

Et l'*opinio juris* existe dans le cas des « eaux historiques » aussi bien que dans le cas des règles dites générales.

55. S'il existe des règles générales dans ce domaine, le plus qu'on puisse dire est que, dans le cadre du droit international coutumier, certaines limites maxima sont généralement applicables en ce qui concerne la mer territoriale et la largeur d'ouverture des baies et que, dans certains cas, il existe un titre historique à des eaux qui s'étendent au-delà de ces limites. Les règles dites générales seraient alors « générales » seulement en ce sens qu'elles seraient plus généralement applicables que le titre « exceptionnel » à des « eaux historiques ». Mais le mot « générales » ne signifierait pas que la validité de ces règles serait supérieure à celle du titre historique « exceptionnel ». Les règles générales aussi bien que le titre historique feraient partie du droit international coutumier et il n'y aurait aucune raison de prétendre *a priori* que le titre historique n'est valide que s'il se fonde sur l'acquiescement des autres États.

56. Cependant, on peut se demander s'il est même possible de faire ainsi une distinction, dans le cadre du droit international coutumier, entre un régime « général » et un régime « exceptionnel » fondé sur un titre historique. On pourrait soutenir qu'une distinction entre « général » et « exceptionnel » en pareil cas serait entièrement arbitraire. On pourrait dire que c'est seulement en classifiant *a priori* certains cas comme exceptionnels ou certains cas comme normaux que l'on peut arriver à formuler des règles coutumières générales touchant des questions telles que les limites de la mer territoriale, des baies, etc.

57. De plus, on peut même se demander s'il existe à l'heure actuelle des règles coutumières générales relatives à la délimitation du domaine maritime des États. C'est un fait qu'au cours des siècles, de nombreuses opinions contradictoires concernant ces questions se sont exprimées dans la doctrine et dans la pratique, et que des États ont revendiqué des espaces maritimes en invoquant des motifs qui ont sensiblement varié tant au cours d'une même époque que d'une époque à l'autre. La doctrine et la pratique internationales offrent donc à cet égard un tableau plutôt confus. Il faut espérer que les Conventions de Genève, lorsqu'elles entreront en vigueur, rendront ce domaine plus stable, mais en ce qui concerne le droit coutumier la situation est loin d'être claire.

58. Si cela est vrai, la thèse selon laquelle le régime des « eaux historiques » est un régime exceptionnel qui déroge à certaines règles générales précises du droit international coutumier devient encore plus discutable. Si les règles du droit international coutumier relatives à des questions fondamentales telles que l'étendue de la mer territoriale ou la largeur d'ouverture des baies font l'objet de contestations entre les États, quelles sont les règles générales auxquelles le titre historique dérogerait? Dans ces conditions, ne serait-il pas plus réaliste de ne pas considérer la prétention ou le droit des « eaux historiques » en fonction de règles coutumières générales relatives à la délimitation des espaces maritimes — en tant que dérogation ou non — mais de juger le titre à

des « eaux historiques » indépendamment, en fonction de ses propres mérites⁵⁴?

59. Il s'ensuit que la question des éléments constitutifs du titre à des « eaux historiques » et la question de la preuve doivent aussi être considérées indépendamment et non en se fondant sur l'hypothèse que le titre à des « eaux historiques » constitue une dérogation aux règles du droit international commun. Il faut notamment examiner la question de savoir si — et dans quelle mesure — la revendication d'un État sur des « eaux historiques » est soumise à l'acquiescement d'autres États, sans partir *a priori* de l'idée qu'il s'agit d'une revendication exceptionnelle.

60. Certains auteurs, qui considèrent que le régime des « eaux historiques » constitue une dérogation aux règles générales du droit international relatives à la délimitation des baies et autres espaces maritimes, voient dans l'existence des « baies historiques » la preuve décisive que ces règles générales existent. Gidel dit :

« La simple existence de cette catégorie, que personne ne conteste, des « baies historiques » suffirait à elle seule à démontrer péremptoirement l'existence d'un droit international commun en la matière⁵⁵. »

Cet argument semble reposer sur une pétition de principe car ce n'est que si on suppose que le régime des « baies historiques » déroge à certaines règles générales que l'existence des « baies historiques » implique l'existence de ces règles générales. Sir Gerald Fitzmaurice envisage l'argument sous un angle plus pratique :

« ... il faut supposer que le principe historique demeure et, si cela est admis, il s'ensuit immédiatement que le droit international, même s'il n'impose pas la limite des 10 milles [pour les baies], n'en doit pas moins imposer une limite car, si l'étendue des baies n'était pas juridiquement limitée, il n'y aurait plus aucune raison de revendiquer une baie pour des motifs historiques⁵⁶. »

Il y aurait cependant une raison pratique pour revendiquer un titre historique à des baies ou à d'autres espaces maritimes même s'il n'existe pas de limite juridique généralement reconnue en ce qui concerne la largeur des baies ou l'étendue de la mer territoriale. Il suffit que l'État lui-même qui revendique le titre historique ou d'autres États *soutiennent* qu'une telle limite existe pour qu'il soit concevable qu'un État puisse souhaiter invoquer à l'appui de sa revendication des motifs historiques. C'est seulement si les États étaient d'accord pour reconnaître de façon générale et absolue qu'il n'existe pas de limite qu'il serait inutile d'invoquer des motifs historiques pour revendiquer un espace maritime. On pourrait même soutenir que c'est l'*incertitude* de l'état du droit, et non la certitude qu'il existe en la

⁵⁴ Voir Jessup, *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction* (1927), p. 355 et seq.

⁵⁵ Gidel, *op. cit.*, p. 537. Voir également la Réplique du Royaume-Uni dans l'affaire des pêcheries, *Cour internationale de Justice, Mémoires, plaidoiries et documents, Affaire des pêcheries*, vol. II, p. 607.

⁵⁶ *British Yearbook of International Law*, 1954, p. 416.

matière des règles générales de droit international, qui a donné lieu aux revendications sur lesquelles se fonde en fait la théorie des « eaux historiques ».

61. A la thèse selon laquelle le régime des « eaux historiques » constitue une dérogation aux règles du droit international commun est étroitement liée l'opinion que le titre à des « eaux historiques » est une sorte de droit fondé sur la prescription. Cette opinion est nettement exprimée dans certains des passages cités plus haut. Il convient donc de l'examiner brièvement.

3. Le titre à des « eaux historiques » est-il un droit fondé sur la prescription?

62. La question de l'existence de la prescription en droit international a fait l'objet de nombreuses discussions⁵⁷. Il existe deux formes principales de prescription, dont l'une, la prescription libératoire, ou perte du droit de faire valoir une prétention faute de l'avoir invoquée à temps, ne s'applique pas dans le présent contexte. Seule l'autre forme de prescription, la prescription acquisitive, peut présenter un intérêt en ce qui concerne les « eaux historiques ».

63. La « prescription acquisitive » signifie qu'un titre, par exemple à un territoire, s'acquiert par prescription c'est-à-dire, dans certaines conditions, par l'écoulement d'un certain laps de temps. On peut distinguer deux sortes de « prescription acquisitive ». L'une est la prescription acquisitive fondée sur la « possession depuis des temps immémoriaux ». Dans ce cas, le titre originaire est incertain, qu'il ait été valide ou non; en tout état de cause, le long laps de temps qui s'est écoulé rend impossible d'établir quelle était la situation de droit à l'origine. On remédie à cette incertitude en considérant qu'un titre valide s'acquiert par la « possession depuis des temps immémoriaux ». L'existence en droit international de cette sorte de « prescription acquisitive » ne semble pas être contestée. La question de savoir si l'autre sorte de « prescription acquisitive » existe en droit international est plus controversée. Dans ce cas, qui s'apparenterait à l'*usucapion* du droit romain, on sait que le titre originaire du possesseur est défectueux. Mais parce que la possession s'est exercée de façon ininterrompue pendant un certain temps dans des conditions telles qu'elles impliquent acquiescement (en tout cas assentiment tacite) de la part du propriétaire légitime, le titre est considéré comme pleinement et entièrement acquis au possesseur par prescription. Certains auteurs ont soutenu que cette sorte de prescription acquisitive n'existait pas en droit international car ce dernier ne fixe pas la durée pendant laquelle la possession doit se prolonger pour qu'il y ait prescription, contrairement au droit interne qui, lui, fixe des délais précis. Cependant, la majorité des auteurs estiment que c'est là un détail qui ne devrait

pas empêcher d'admettre en droit international cette sorte de prescription qui, à leur avis, est nécessaire au maintien de la stabilité et de l'ordre internationaux. Certains pensent même qu'il ne faut pas faire de distinction entre les deux sortes de « prescription acquisitive » car en pratique on ne peut exiger que la possession soit « immémoriale » au pied de la lettre, et qu'en conséquence, en ce qui concerne le laps de temps, les deux sortes de prescription acquisitive tendent à se confondre⁵⁸.

64. Cet argument en faveur de l'assimilation des deux sortes de prescription acquisitive n'est guère suffisant. Il existe entre elles une autre différence importante, à savoir, la différence qui a trait au titre originaire. Dans le premier cas, le titre originaire est incertain, dans le deuxième, on sait qu'il est défectueux. Il semble que les conditions requises pour remédier à l'incertitude devraient être moins strictes que celles qui sont nécessaires pour remédier à une illégalité connue.

65. Dans quelle mesure la notion de prescription peut-elle s'appliquer aux « eaux historiques »? Il faut aborder ce problème avec circonspection car, bien qu'il ne semble pas y avoir de raisons pour que la prescription ne s'applique pas aux espaces maritimes aussi bien qu'aux espaces terrestres, cela ne signifie pas nécessairement que la prescription acquisitive sous ses deux formes soit applicable aux « eaux historiques ». Si, par exemple, un différend surgit entre deux États au sujet de la souveraineté sur une certaine étendue d'eau, on peut concevoir que l'une des parties au différend fasse valoir sur cette étendue un droit fondé sur la prescription. Mais on pourrait difficilement dire qu'il s'agit là d'« eaux historiques ». La théorie des « eaux historiques » ne sert pas à trancher la question de savoir si un espace maritime appartient à un État ou à un autre. Les « eaux historiques » ne sont pas des eaux qui appartenaient initialement à un État et qui maintenant se trouvent revendiquées par un autre État sur la base d'une longue possession. Ce sont des eaux qu'un État revendique comme faisant partie de son domaine maritime alors qu'un ou plusieurs autres États soutiennent qu'elles font partie de la haute mer. Dans quelle mesure la prescription est-elle applicable à cette dernière situation?

66. En ce qui concerne la première forme de prescription acquisitive, c'est-à-dire la prescription fondée sur la « possession depuis des temps immémoriaux », ce droit ne semble pas très différent du titre historique dont il est question dans la théorie des « eaux historiques ». Il se réfère à une situation dans laquelle le titre originaire est incertain et est validé par une longue possession. C'est à peu près la même situation que dans le cas des « eaux historiques ». Si l'expression « droit fondé sur la prescription » ne signifie rien de plus, il n'y a, semble-t-il, aucun risque à l'utiliser à propos des « eaux historiques », encore que ce ne soit pas particulièrement utile.

67. En revanche, si l'expression « droit fondé sur la prescription » se réfère à la deuxième sorte de prescription acquisitive mentionnée plus haut, il est plus difficile d'accepter que la notion de prescription soit applicable

⁵⁷ Voir, par exemple, Oppenheim, *International Law*, vol. I, 8^e éd. (1955), p. 575-578, Vrykios, *La prescription en droit international public* (1934), Sørensen dans *Acta Scandinavica Juris Gentium*, vol. 3 (1932), p. 145-170, Johnson dans *British Yearbook of International Law*, vol. 27 (1950), p. 332-354, Pinto, « La prescription en droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 87 (1955-I), p. 391-449.

⁵⁸ Voir Johnson, *op. cit.*, p. 339-340.

aux « eaux historiques ». Dans ce cas, la prescription signifierait que la longue possession remédie à l'*imperfection* ou à l'*invalidité* initiales du titre. Cette application de la prescription aux « eaux historiques » impliquerait que l'on suppose que, d'après les règles générales du droit international, les eaux faisaient initialement partie de la haute mer et que, par l'effet du temps (dans des conditions appropriées), un titre historique exceptionnel à ces eaux s'est formé en faveur de l'État riverain. En d'autres termes, considérer le titre aux « eaux historiques » comme un droit fondé sur la prescription ainsi conçue, serait en réalité adopter la thèse selon laquelle le titre à des « eaux historiques » constitue une dérogation aux règles générales du droit international relatives à la délimitation des espaces maritimes.

68. Il est à craindre que ce ne soit généralement le cas lorsqu'on utilise l'expression « droit fondé sur la prescription » à propos des « eaux historiques ». Afin d'éviter que l'emploi de cette expression n'introduise dans la discussion des hypothèses injustifiées, il serait donc préférable de ne pas faire appel à la notion de prescription à propos du régime des « eaux historiques ».

4. Rapport entre les « eaux historiques » et l'« occupation »

69. On utilise parfois également le mot « occupation » à propos des « eaux historiques » et il convient donc de rechercher brièvement s'il existe un lien véritable entre ces deux notions.

70. Chacun sait que l'occupation est un mode originaire d'acquisition du territoire. Oppenheim en donne la définition suivante :

« L'occupation est l'acte d'appropriation par lequel un État acquiert intentionnellement la souveraineté sur un territoire qui à cette époque ne relève pas de la souveraineté d'un autre État⁵⁹. »

Fauchille propose une définition analogue :

« L'occupation est, d'une manière générale, le fait par un État d'appréhender, avec l'intention de s'en comporter en maître, une chose qui n'appartient à aucun autre État, mais qui est susceptible de souveraineté⁶⁰. »

Les deux auteurs reconnaissent qu'en raison de la liberté de la haute mer, celle-ci n'est pas susceptible d'occupation⁶¹.

71. Cette doctrine selon laquelle l'occupation est un mode originaire d'acquisition du territoire mais n'est pas applicable à la haute mer semble être généralement admise aujourd'hui. Un État pourrait donc difficilement revendiquer une étendue d'eau en se fondant sur l'occupation sauf s'il affirmait que celle-ci est intervenue avant que la liberté de la haute mer ne fasse partie du droit international. Dans ce cas, l'État prétendrait

avoir acquis l'étendue d'eau en vertu d'une occupation qui aurait eu lieu il y a longtemps. Cependant, l'État ne revendiquerait pas à proprement parler un titre historique mais plutôt un titre ancien fondé sur l'occupation en tant que mode d'acquisition du territoire. La différence est peut-être subtile mais, par souci de clarté, il faut en tenir compte : fonder le titre sur l'occupation, c'est lui donner pour fondement un titre originaire précis qui est consolidé par un long usage.

5. Les « eaux historiques » en tant que dérogation aux règles énoncées dans une convention générale

72. Les difficultés inhérentes à la théorie selon laquelle le régime des « eaux historiques » déroge au droit coutumier ont été examinées plus haut. Que se passe-t-il lorsque les règles du droit international coutumier relatives à la délimitation du domaine maritime de l'État sont codifiées? Le régime des « eaux historiques » devient-il alors un régime exceptionnel en ce sens que des conditions strictes sont justifiées lorsqu'il s'agit de constituer certaines eaux en « eaux historiques »? Il faut, pour répondre à cette question, étudier le contenu des règles codifiées, les conditions dans lesquelles les règles ont été adoptées et l'intention des parties qui les ont acceptées.

73. La Convention de Genève de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë offre un intérêt particulier car elle est ce qui se rapproche le plus d'une codification des règles du droit international relatives à la mer territoriale. Comme il est dit plus haut, le titre historique se trouve mentionné aux articles 7 et 12 de cette Convention. L'article 7, qui traite des baies dont les côtes appartiennent à un seul État, contient un dernier paragraphe où il est dit que les dispositions précédentes de l'article ne s'appliqueront pas aux « baies dites historiques ». Au paragraphe 1 de l'article 12, qui a trait à la délimitation de la mer territoriale des États dont les côtes sont opposées ou adjacentes, figure une clause prévoyant que les dispositions du paragraphe ne s'appliqueront pas lorsqu'il est nécessaire, en raison d'un titre historique, de délimiter la mer territoriale de façon différente.

74. Il semble ressortir clairement tant des textes que des débats pertinents de la Conférence, relatés dans la première section de la présente étude, que les clauses d'exception figurant aux articles 7 et 12 avaient pour objet de maintenir, en ce qui concerne les titres historiques qui y sont mentionnés, le *statu quo* qui existait avant l'entrée en vigueur de la Convention. Comme on l'a indiqué dans cette étude, la deuxième Commission de la Conférence de codification tenue à La Haye en 1930 a dit, dans son rapport, que la codification envisagée des règles de droit international relatives aux eaux territoriales ne devait pas porter atteinte aux droits historiques que des États pourraient posséder sur certaines portions de la mer adjacente à leurs côtes. Les articles 7 et 12 montrent que la Conférence de Genève de 1958 sur le droit de la mer a adopté la même position sur les droits historiques à propos des baies bordées par un seul État ou de la délimitation des mers territoriales d'États dont les côtes sont opposées ou adjacentes.

75. Toutefois, la question se pose de savoir quelle

⁵⁹ Oppenheim, *International Law*, vol. I, 8^e éd. (1955), p. 555.

⁶⁰ Fauchille, *Traité de droit international public*, tome I^{er}, 2^e partie, 8^e éd. (1925), p. 680-681.

⁶¹ Oppenheim, *op. cit.*, p. 556; Fauchille, *op. cit.*, p. 702.

est la situation lorsque le titre historique n'a pas été expressément réservé par la Convention. La réponse doit, semble-t-il, être en principe la suivante : si les dispositions d'un article se révèlent incompatibles avec un titre historique à un espace maritime et que l'article ne comporte aucune clause sauvegardant le titre historique, les dispositions de l'article doivent prévaloir entre les parties à la Convention. C'est ce qui semble découler *a contrario* du fait que les articles 7 et 12 comportent des clauses expresses réservant les droits historiques; on doit considérer que les articles ne comportant pas une telle clause n'admettent pas d'exception en faveur desdits droits.

76. Il va de soi que la situation est différente lorsqu'une question donnée n'a pas été réglée par la Convention, comme c'est le cas, par exemple, des baies dont les côtes appartiennent à deux ou plusieurs États et aussi de la largeur de la mer territoriale. Ici, la Convention n'aborde aucunement la question, et comme elle n'énonce pas de règles générales applicables en la matière, il serait évidemment inutile de réserver des droits historiques à cet égard⁶².

77. On peut donc envisager trois hypothèses :

i) Le titre historique porte sur des espaces maritimes dont la Convention ne traite pas, auquel cas la Convention est sans effet à l'égard du titre;

ii) Le titre historique porte sur des espaces dont traite la Convention, mais il est expressément réservé par celle-ci; en pareil cas, la Convention est aussi sans effet à l'égard du titre;

iii) Le titre historique est incompatible avec une disposition de la Convention et n'est pas expressément réservé par la Convention; en pareil cas, le titre historique se trouve remplacé par la Convention, entre les parties à celle-ci.

78. En un certain sens, on peut évidemment dire qu'un titre historique expressément réservé, comme dans le cas des articles 7 et 12 de la Convention, se trouve par le fait même implicitement qualifié d'exceptionnel. Mais il faut ne pas oublier que lorsqu'on fait du titre historique une dérogation aux règles générales énoncées dans les dispositions principales de l'article en question, on cherche uniquement à *maintenir* le titre historique. On n'entend pas, en le soustrayant à l'application de ces règles générales, soumettre le titre historique à des conditions plus strictes, mais maintenir le *statu quo* en ce qui concerne le titre. Il serait donc erroné d'invoquer

⁶² Il est à signaler que diverses propositions tendant à réglementer la largeur de la mer territoriale ont été soumises aux deux Conférences de Genève sur le droit de la mer, mais qu'aucune d'elles ne renfermait de clauses réservant les droits historiques sur certains espaces maritimes. Les discussions ont aussi montré assez nettement que les propositions avaient pour objet l'adoption de règles d'application universelle. Si l'une quelconque des réglementations proposées pour la largeur de la mer territoriale avait été adoptée, cette réglementation l'aurait emporté sur les titres historiques incompatibles avec elle. Étant donné qu'aucune des propositions n'a recueilli la majorité requise, il y aurait peut-être lieu, dans le cas où l'on reprendrait, en vue de parvenir à une solution, l'examen de la question de la largeur de la mer territoriale, de rechercher si l'entente ne se ferait pas plus facilement sur un accord qui contiendrait une clause réservant les droits historiques.

le fait que la Convention réserve dans certains cas les droits historiques, pour en déduire que la Convention exige, pour faire la preuve du titre historique, des conditions plus rigoureuses qu'avant la conclusion de la Convention. En réalité, la Convention ne fait que laisser la question, pour ce qui est de l'existence comme de la preuve du titre, dans l'état où elle était au moment où la Convention est entrée en vigueur.

79. L'examen ci-dessus des aspects généraux de la notion d'« eaux historiques » et de ses rapports avec le droit international commun et avec certaines autres notions comme la prescription et l'occupation a frayé la voie à un examen plus concret du régime juridique des « eaux historiques ». La première question à examiner est celle de savoir quelles conditions doivent être remplies pour qu'il puisse y avoir titre historique à des étendues d'eau (question des éléments constitutifs du titre à des « eaux historiques »).

C. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU TITRE A DES « EAUX HISTORIQUES »

80. Il semble être assez généralement admis que, pour déterminer si un État a ou non acquis un titre historique à un espace maritime, trois facteurs au moins doivent être pris en considération : 1) l'autorité exercée sur cet espace par l'État qui se prévaut d'un droit historique; 2) la continuité de cet exercice d'autorité; 3) l'attitude des autres États. Pour acquérir un titre historique à un espace maritime, l'État doit premièrement exercer son autorité sur cet espace. Deuxièmement, cette autorité doit avoir été exercée de façon continue pendant un laps de temps considérable; en fait, elle doit avoir acquis la valeur d'un usage. Le troisième élément, qui est la position des autres États à l'égard de cet exercice d'autorité, prête davantage à controverse. Certains auteurs estiment que l'assentiment des autres États est nécessaire pour la formation d'un titre historique; d'autres pensent que l'absence d'opposition de la part de ces États suffit.

81. En outre, un quatrième facteur est parfois mentionné. D'après certains auteurs, il faut également prendre en considération la question de savoir si la revendication est justifiée par la nécessité économique, la sécurité nationale, l'intérêt vital ou un motif analogue. Il y a même une thèse selon laquelle ces motifs doivent être considérés comme étant le fondement principal d'un droit à des « eaux historiques », si bien que leur existence suffirait à justifier le droit, même si l'élément historique faisait défaut.

82. On étudiera ci-après ces divers facteurs en supposant, afin de ne pas alourdir inutilement l'exposé, que le titre historique n'est revendiqué que par un seul État riverain. Puis, dans un chapitre distinct, on étudiera le cas particulier des « eaux historiques » baignant les côtes de deux ou plusieurs États.

83. La méthode utilisée consiste davantage en une analyse des problèmes et des principes qu'en une étude des cas particuliers. Pour un exposé plus détaillé de la jurisprudence et de la doctrine, on pourra se reporter au

mémorandum du Secrétariat sur les « baies historiques » (A/CONF. 13/1).

*1. Exercice d'autorité
sur l'espace maritime revendiqué*

84. Diverses expressions sont employées, en doctrine et en pratique, pour désigner l'autorité qu'un État doit avoir exercée de façon continue, sur un espace maritime, pour pouvoir revendiquer valablement cet espace sur la base d'un titre historique. En voici quelques exemples : « autorité exclusive », « juridiction », « *dominion* », « propriété souveraine », « souveraineté »⁶³. Toutefois, l'abondance de la terminologie ne signifie pas qu'il y ait au sujet du caractère que cette autorité doit revêtir des divergences de vues nombreuses ou profondes. Bien au contraire, les trois principales questions en jeu, à savoir l'étendue de l'autorité, les actes par lesquels cette autorité peut se manifester et son degré d'effectivité, semblent faire l'objet d'un accord quasi général.

a) Étendue de l'autorité exercée

85. Il n'est guère contestable que l'autorité qu'un État doit avoir exercée, de façon continue, sur un espace maritime pour être admis à le revendiquer à titre d'« eaux historiques » est la souveraineté. Une autorité plus restreinte que la souveraineté ne suffirait pas à fonder un titre historique. Cette opinion, qui ne semble guère mise en question, repose sur cette hypothèse que la revendication d'un espace maritime à titre d'« eaux historiques » équivaut à la revendication de cet espace comme partie intégrante du domaine maritime de l'État. Il est logique que l'étendue de l'autorité requise pour pouvoir prétendre à des « eaux historiques » soit déterminée par l'étendue de la revendication elle-même. Par conséquent, si, comme il est généralement admis⁶⁴, revendiquer des « eaux historiques » signifie revendiquer un espace maritime comme partie du domaine national, c'est-à-dire si pareille revendication est une revendication de souveraineté sur cet espace, l'autorité exercée, qui est l'une des conditions de la revendication, doit être également la souveraineté.

86. Pour montrer le lien qui doit exister entre l'étendue de la revendication et l'étendue de l'autorité que l'État revendiquant doit exercer, ainsi que la validité du principe selon lequel la prétention à des « eaux historiques » est une revendication de souveraineté sur ces eaux, il suffit de prendre un exemple. Supposons un État qui, à titre historique, réclame sur un espace maritime donné un droit limité, par exemple le droit de pêche au bénéfice de ses nationaux. Cette réclamation ne serait pas, en elle-même, une prétention à des « eaux historiques ». De même, l'État en question ne pourrait pas non plus prétendre à un titre historique sur un espace maritime en se prévalant de ce que ses nationaux y pratiquent la pêche depuis longtemps. Dans cette hypothèse, il n'y

aurait pas de commune mesure entre la prétention et les activités effectives de l'État ou de ses nationaux dans l'espace considéré. Supposons, au contraire, qu'un État ait affirmé, de façon continue, que ses nationaux avaient un droit de pêche exclusif sur un espace maritime et qu'en conséquence il ait exclu les pêcheurs étrangers de cet espace ou les ait, en cas d'infraction, poursuivis en justice. Dans ce cas, l'État exerce en fait sa souveraineté sur l'espace maritime en question et lorsque, se fondant sur des motifs historiques, il revendique le droit de continuer à exercer cette souveraineté, par là il revendique cet espace maritime à titre d'« eaux historiques ». L'autorité exercée est alors proportionnée à la revendication et elle la fonde valablement (sans préjudice des autres conditions requises pour la formation du titre historique).

87. Le raisonnement est, en résumé, le suivant. Une prétention à des « eaux historiques » est la revendication, fondée sur des motifs historiques, d'un espace maritime comme partie du domaine national; c'est une revendication de souveraineté sur cet espace. Les activités de l'État dans l'espace maritime ou, en d'autres termes, l'autorité que cet État a exercée de façon continue sur cet espace, doivent être à la mesure de la revendication. Cette autorité doit donc être la souveraineté; l'État doit avoir agi et continuer d'agir en qualité de souverain sur ledit espace⁶⁵.

88. Cela ne signifie cependant pas que l'État doit avoir exercé tous les droits ou rempli toutes les obligations que la notion de souveraineté peut comporter. L'essentiel est que, sur l'espace considéré et à l'égard de cet espace, l'État ait accompli des actes qui relèvent de la souveraineté. Sans vouloir fournir une liste complète de ces actes, on peut citer quelques exemples qui donneront une idée de la nature des actes par lesquels l'autorité requise comme fondement de la prétention pourra être prouvée.

b) Actes par lesquels s'exerce l'autorité requise

89. Pour commencer, il convient de rappeler à cet égard les opinions de quelques auteurs éminents. Étudiant ce qu'il appelle les actes d'appropriation auxquels l'État revendiquant doit avoir procédé, Gidel écrit :

« En ce qui concerne la nature de ces actes d'appropriation, il est difficile d'en préciser rigoureusement le caractère : l'exclusion de ces parages des navires étrangers, leur soumission à des règles émanant de l'État riverain et dépassant le domaine habituel de la réglementation édictée dans l'intérêt de la navigation seraient évidemment des actes pleinement démonstratifs de la volonté de l'État. Il serait trop rigoureux de n'admettre que ceux-là. Dans le différend des Grisbadarna entre la Suède et la Norvège, la sentence du 23 octobre 1909 relate les « actes multiples émanés de la conviction du Gouvernement suédois que ces parages étaient suédois, comme par exemple le balisage, le mesurage de la mer et l'installation d'un bateau-phare, lesquels actes entraînaient

⁶³ Pour d'autres exemples, voir p. 4-7, 14-15, 16-20 et 31-33 du mémorandum du Secrétariat sur les « baies historiques » (A/CONF.13/1).

⁶⁴ Voir Gidel, *op. cit.*, p. 625 et seq., ainsi que le mémorandum du Secrétariat sur les « baies historiques » (A/CONF.13/1), p. 21 et seq.

⁶⁵ Voir Johnson, *op. cit.*, p. 344-345, concernant l'exercice d'autorité requis en matière de prescription acquisitive.

des frais considérables et par lesquels la Suède ne croyait pas seulement exercer un droit, mais bien plus encore accomplir un devoir »⁶⁶. »

90. En ce qui concerne la nature des actes mentionnés dans la première phrase de la citation précédente, Bourquin est pratiquement d'accord avec Gidel. Il dit :

« Quels sont les actes de droit interne qui pourront être retenus comme exprimant la volonté d'agir en souverain ? C'est là un point qu'il est sans doute impossible, en tout cas très difficile, de trancher à priori. Certains actes sont évidemment dépourvus à cet égard de toute ambiguïté. L'État qui interdit aux navires étrangers de pénétrer dans la baie ou d'y pêcher, manifeste par là d'une manière indiscutable sa volonté d'y agir en souverain⁶⁷. »

Il se montre plus hésitant et moins catégorique à l'égard des mesures d'assistance à la navigation mentionnées dans la dernière phrase de la citation de Gidel :

« Mais il y a des cas douteux. Ainsi, le placement de feux et de balises peut apparaître parfois comme un acte de souveraineté, et ne point avoir cette signification dans d'autres conjonctures⁶⁸. »

91. Dans un projet de convention qu'il avait préparé à l'intention de la Conférence de La Haye de 1930 pour la codification du droit international, Bustamante avait fait figurer un article concernant la question examinée ici. Cet article est ainsi conçu :

« Sont exceptés des dispositions des deux articles qui précèdent, en ce qui concerne les limites et distances, les baies ou estuaires appelés historiques, c'est-à-dire ceux où le ou les États riverains ou leurs ayants-cause ont exercé et conservé traditionnellement leur propriété souveraine, soit par dispositions de la législation et de la juridiction internes soit par actes ou déclaration des autorités⁶⁹. »

92. Un article identique quant au fond était inclus dans le projet soumis en 1933 à la septième Conférence internationale des États américains par l'*American Institute of International Law*⁷⁰.

93. Au cours de l'affaire des *pêcheries*, la Norvège a déclaré dans son contre-mémoire :

« Il ne peut être sérieusement mis en doute que, dans l'application de la théorie des eaux historiques, les actes de droit interne, émanant de l'État riverain, occupent une place essentielle. Le titre historique implique fondamentalement l'accomplissement de tels actes. Ce qu'on trouve à sa base, c'est l'exercice de la souveraineté. C'est lui qui, en se prolongeant d'une manière paisible et continue, prend une valeur inter-

nationale, devient un des éléments de l'ordre juridique international⁷¹. »

Quant à savoir comment la souveraineté se manifeste, la Norvège répond dans son contre-mémoire :

« Avant tout par l'accomplissement d'actes d'ordre interne (lois, règlements, mesures administratives, décisions judiciaires, etc.)⁷². »

94. Tout en soulignant qu'à eux seuls ces actes ne suffisaient pas à conférer un titre historique sur un espace maritime, le Gouvernement du Royaume-Uni a admis que l'accomplissement de tels actes (actes d'ordre interne) de la part de l'État était une condition essentielle de l'acquisition du titre⁷³.

95. Ces exemples fournissent quelques indications au sujet de la nature des actes requis. En premier lieu, les actes doivent émaner de l'État ou des organes de l'État. Émanant de simples particuliers, ils ne seraient pas suffisants — à moins que, compte tenu de circonstances exceptionnelles, ils ne puissent être considérés comme étant, en dernière analyse, l'expression de l'autorité de l'État. Dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt rendu dans l'affaire des *pêcheries*, McNair déclarait :

« Une autre règle de droit me paraît pertinente en ce qui concerne la question du titre historique : à savoir qu'il faut généralement une preuve quelconque de l'exercice, par l'État, de sa souveraineté ; l'activité indépendante des personnes privées a peu de valeur, à moins qu'on ne puisse démontrer qu'elles ont agi en vertu d'une licence ou de quelque autre pouvoir consenti par leur gouvernement, ou que celui-ci a, de quelque façon, affirmé sa souveraineté par leur intermédiaire⁷⁴. »

96. Les actes doivent, en outre, être publics ; ils doivent être des actes par lesquels l'État manifeste ouvertement sa volonté d'exercer son autorité sur l'espace considéré. Ces actes doivent avoir la notoriété dont jouissent habituellement les actes de l'État. Des actes secrets ne pourraient être le fondement d'un titre historique ; il faut au moins que l'autre État ait pu avoir connaissance des mesures prises⁷⁵.

97. Il importe également que, par leur nature, les actes accomplis révèlent l'exercice d'une autorité effective.

c) Effectivité de l'autorité exercée

98. Sur ce point, la doctrine et la pratique sont unanimes. Bourquin exprime l'opinion générale en ces termes :

« Il faut que la souveraineté s'exerce effectivement ;

⁷¹ Affaires des *pêcheries*, *Cour internationale de Justice, Mémoires, plaidoiries et documents*, vol. I, p. 567-568.

⁷² *Ibid.*, p. 568.

⁷³ *Op. cit.*, vol. II, p. 648. Voir également le memorandum du Secrétaire sur les « baies historiques » (A/CONF.13/1), p. 32.

⁷⁴ C.I.J., *Recueil 1951*, p. 184. Voir *Plaidoiries*, vol. II, p. 657.

⁷⁵ La question de la connaissance que les États étrangers doivent avoir eue des actes en question est étudiée de façon plus approfondie dans les paragraphes 125 et suivants.

⁶⁶ Gidel, *op. cit.*, p. 633.

⁶⁷ Bourquin, *op. cit.*, p. 43.

⁶⁸ *Ibid.*; voir également les déclarations faites en 1848 par le Ministère des affaires étrangères des Pays-Bas et citées par Gidel, *op. cit.*, p. 633, note 3.

⁶⁹ Bustamante, *La mer territoriale* (1930), p. 257.

⁷⁰ Voir le memorandum du Secrétaire sur les « baies historiques » (A/CONF.13/1), p. 14.

que la volonté de l'État s'exprime dans les faits et non seulement dans les proclamations⁷⁶. »

99. Toutefois, cela n'implique pas que l'État doive nécessairement avoir pris des dispositions concrètes pour la mise en application de ses lois et règlements pertinents dans l'espace maritime revendiqué ou à l'égard de cet espace. En effet, il n'est pas impossible que ces lois et règlements soient respectés sans que l'État ait eu à intervenir. Ce qui importe c'est que, dans la mesure où l'État ou les organes de l'État se sont trouvés dans l'obligation de prendre des mesures pour maintenir leur autorité sur l'espace considéré, ces mesures aient été prises.

100. La première condition à remplir pour l'acquisition d'un titre à des « eaux historiques » est donc l'exercice effectif de souveraineté sur l'espace maritime considéré, cet exercice se manifestant par une action appropriée de la part de l'État revendiquant. Examinons maintenant la deuxième condition, à savoir l'exercice de cette souveraineté pendant un temps suffisamment long pour lui conférer la valeur d'un usage.

2. Continuité de l'exercice d'autorité : usage

101. Le mémorandum du Secrétariat sur les « baies historiques » (A/CONF.13/1) renferme une abondante documentation sur la pratique des États, la jurisprudence judiciaire et arbitrale, les projets de codification et les opinions d'auteurs éminents, dont il ressort clairement que, de l'avis dominant, l'usage est une condition requise pour l'acquisition d'un titre à des « eaux historiques ». Cette façon de voir semble naturelle et logique si l'on considère que le titre revendiqué est un titre *historique*⁷⁷. Des termes très divers sont employés pour définir et qualifier l'usage requis. Quelques termes extraits des projets de codification cités dans le mémorandum⁷⁸ permettent d'illustrer cette diversité : « usage continu et séculaire » (Institut de droit international, 1894), « usage international » (Institut de droit international, 1928), « usage établi » (*established usage*) (projet de Harvard, 1930), « usage continu et bien établi » (*continued and well-established usage*) (*American Institute of International Law*, 1925), « usage établi généralement reconnu par les Nations » (*established usage generally recognized by the nations*) (*International Law Association*, 1926), « usage immémorial » (Association japonaise de droit international, 1926), « usage continu et séculaire » (projet de Schücking, 1926).

102. Le mot « usage » est assez ambigu. D'une part, il peut désigner un mode de conduite répandu, c'est-à-dire le fait que de nombreuses personnes se comportent d'une manière identique (ou analogue). D'autre part, il peut viser l'accomplissement répété par la même personne d'un acte identique (ou analogue). Il importe de distinguer ces deux sens du mot « usage » car si, pris

dans le premier sens, l'usage peut donner naissance à une règle générale de droit coutumier, ce n'est que dans sa deuxième acception qu'il peut conférer un titre historique.

103. Comme il a été démontré précédemment, un titre historique à un espace maritime doit être fondé sur l'exercice effectif de la souveraineté sur l'espace considéré de la part de l'État qui revendique ce titre. Par conséquent, l'activité dont l'usage requis doit naître est une activité continue ou répétée de la part de ce même État. L'action du temps est donc essentielle; l'État doit avoir exercé sa souveraineté sur ledit espace pendant une durée considérable.

104. Toutefois, il n'est pas possible d'indiquer avec précision le temps nécessaire pour créer l'usage requis pour la formation d'un titre historique. La question de savoir si le laps de temps qui s'est écoulé est suffisant pour avoir donné naissance à son usage est une question d'appréciation. L'addition de l'adjectif « immémorial » ne facilite guère les choses. Prise à la lettre, l'expression « usage immémorial » fournit une notion intraduisible en pratique⁷⁹; on peut, à la rigueur, considérer que le qualificatif « immémorial » souligne, de façon imprécise, le facteur temps qui est contenu dans la notion d'« usage ». De toute façon, la question de savoir si, dans tel ou tel cas, le temps écoulé a donné naissance à un usage reste une question d'appréciation.

105. L'usage, conçu comme un exercice effectif et continu de souveraineté sur un espace maritime de la part de l'État qui le revendique, est donc une condition nécessaire à l'acquisition par cet État d'un titre historique à cet espace. Mais l'usage, ainsi conçu, suffit-il? On s'accorde généralement à penser qu'outre cet usage national, il faut prendre en considération la réaction des autres États à l'exercice de souveraineté de l'État revendiquant. On dit parfois que l'usage national doit se transformer en un « usage international ». C'est peut-être là une façon de souligner l'importance de l'attitude des États étrangers pour la formation d'un titre historique. Quoi qu'il en soit, il faut, pour la bonne compréhension du sujet, examiner comment et dans quelle mesure l'attitude des États étrangers influe sur l'acquisition du titre.

3. Attitude des États étrangers

106. Le problème qui se pose est, quant au fond, celui de l'acquiescement des États étrangers. Ainsi qu'il a été indiqué précédemment, l'acquiescement des autres États à l'exercice de souveraineté sur l'espace maritime de la part de l'État riverain est, selon une opinion très répandue, nécessaire à la formation d'un titre historique. On a aussi déjà montré le lien qui existe entre cette exigence et l'opinion selon laquelle les « eaux historiques » dérogent aux règles générales de droit international applicables à la délimitation du domaine maritime. Dans ses grandes lignes, le raisonnement est le suivant : l'État qui élève des prétentions à des « eaux historiques » revendique, en fait, un espace maritime

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 43.

⁷⁷ L'opinion selon laquelle l'action du temps est moins importante que les intérêts vitaux de l'État revendiquant est exposée ci-après dans les paragraphes 134 et suivants.

⁷⁸ P. 14-15.

⁷⁹ Voir Johnson, *op. cit.*, p. 339.

qui, d'après le droit international commun, fait partie de la haute mer. Puisque la haute mer est une *res communis omnium*, et non une *res nullius*, le titre à l'espace maritime considéré ne peut être acquis par occupation. L'acquisition en vertu d'un titre historique est une acquisition par voie de possession analogue à la prescription; en d'autres termes, l'acquisition d'un titre à des « eaux historiques » est l'aboutissement d'un processus en vertu duquel les titulaires légitimes initiaux, à savoir la communauté des États, sont remplacés par l'État riverain. Par conséquent, le titre historique tire son origine d'une situation illégale qui a été ultérieurement validée. Cette validité ne peut être acquise par la simple action du temps; elle exige l'acquiescement des titulaires légitimes.

107. Ce raisonnement semble impliquer logiquement que l'acquiescement est une forme de consentement. C'est ici qu'une difficulté surgit. Si l'acquiescement est une forme de consentement, il équivaut à une *reconnaissance* de la souveraineté de l'État riverain sur l'espace maritime considéré et il est donc inutile de faire appel à la notion de titre historique. Si l'exercice continu de la souveraineté pendant un certain temps devait être consacré par l'acquiescement — pris dans le sens de consentement — des États étrangers intéressés, l'écoulement d'un laps de temps, c'est-à-dire l'élément historique, serait sans conséquence.

108. Certains partisans de la notion d'acquiescement, soucieux d'éviter une confusion avec la reconnaissance mais refusant d'admettre que l'exercice continu de souveraineté de la part de l'État riverain sur l'espace maritime revendiqué puisse, en lui-même, conférer un titre historique sur cet espace, se sont efforcés de défendre la thèse de l'acquiescement en donnant de cette notion une interprétation essentiellement négative. Le mot « acquiescement », disent-ils, « désigne l'inaction d'un État dont les droits sont menacés ou violés du fait de certains événements »⁸⁰, ou signifie que les États étrangers « sont simplement demeurés inactifs »⁸¹. Le titre historique serait alors fondé sur un exercice effectif et continu de souveraineté de la part des États riverains sur l'espace maritime considéré, allié à une inaction de la part des autres États. Suivant cette conception,

« la véritable fonction de la théorie (des droits historiques) est qu'elle supplée l'absence de toute preuve du consentement exprès ou actif des États intéressés en établissant une présomption d'acquiescement fondée sur les circonstances de l'affaire et sur l'inaction et la tolérance des États⁸² ».

109. Il est intéressant de noter que, lorsqu'ils réduisent la notion d'acquiescement à une notion d'inaction ou de tolérance, les partisans de la thèse de l'acquiescement aboutissent presque aux mêmes conséquences que ceux qui nient que le régime des « eaux historiques »

soit un régime exceptionnel et que, par conséquent, l'acquiescement des États étrangers soit nécessaire pour l'acquisition d'un titre à des eaux historiques. Bourquin, qui, comme on l'a vu précédemment, appartient à cette dernière école, s'exprime ainsi :

« Il est faux de dire que l'acquiescement de ces États est nécessaire; mais il est exact que si leurs réactions empêchent l'exercice paisible et continu de la souveraineté, le titre historique ne pourra se former.

La question qu'il convient de se poser, en pareil cas, n'est donc pas de savoir si les autres États ont donné leur consentement aux prétentions de l'État côtier, mais s'ils ont entravé l'action de ce dernier, au point de la priver des deux conditions requises pour que le titre historique se constitue.

Seuls des actes d'opposition peuvent évidemment produire ce résultat. Aussi longtemps que le comportement de l'État riverain ne soulève au-dehors aucune protestation, l'exercice de la souveraineté se poursuit sans obstacle...

L'absence de réaction des États étrangers suffit⁸³. »

110. Il est frappant de constater que certains des partisans et certains des adversaires de la thèse de l'acquiescement finissent par aboutir à des positions analogues : les uns et les autres semblent admettre que l'inaction des États étrangers est suffisante pour permettre la constitution d'un droit historique. Cela laisse à penser que le mot « acquiescement » est équivoque. Par souci de clarté, il serait donc préférable de ne pas l'employer ici. Ce mot implique, à première vue tout au moins, une idée de consentement et on pourrait en conclure que le titre historique ne peut se former que si l'accord des États étrangers a été prouvé de façon positive. Si ceux qui jugent l'acquiescement nécessaire ne songent vraiment qu'à l'aspect négatif de cette notion, c'est-à-dire à une tolérance de la part des États étrangers, mieux vaudrait employer le mot « tolérance », qui traduit mieux leur pensée. D'ailleurs, le terme « acquiescement » devrait pouvoir être abandonné sans difficulté si l'on rejette la théorie contestable selon laquelle un titre à des « eaux historiques » déroge au droit international commun.

111. Dans l'affaire des *pêcheries*, la Cour internationale de Justice a du reste employé le mot « tolérance » lorsqu'elle a traité de la question de savoir si le système de délimitation norvégien, qui faisait l'objet du différend, était fondé sur un titre historique. La Cour a notamment déclaré :

« Sur la base de ces considérations, et en l'absence de preuve contraire convaincante, la Cour est fondée à dire que les autorités norvégiennes ont appliqué leur système de délimitation d'une façon suivie et constante depuis 1869 jusqu'à la naissance du différend. Du point de vue du droit international, il convient d'examiner à présent si l'application du système norvégien ne s'est pas heurtée à l'opposition d'États étrangers...

⁸⁰ McGibbon, « The Scope of Acquiescence in International Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 31 (1954), p. 143.

⁸¹ Fitzmaurice, *British Yearbook of International Law*, vol. 30 (1953), p. 29.

⁸² Fitzmaurice, *ibid.*, p. 30.

⁸³ Bourquin, *op. cit.*, p. 46. Bustamante nie également la nécessité du consentement, voir *op. cit.*, p. 100.

La tolérance générale des États étrangers à l'égard de la pratique norvégienne est un fait incontesté⁸⁴. »

Et, plus loin :

« La Cour constate qu'à l'égard d'une situation qui ne pouvait manquer de se fortifier d'année en année, le Gouvernement du Royaume-Uni s'est abstenu de formuler des réserves.

La notoriété des faits, la tolérance générale de la communauté internationale, la position de la Grande-Bretagne dans la mer du Nord, son intérêt propre dans la question, son abstention prolongée, permettraient en tout cas à la Norvège d'opposer son système au Royaume-Uni⁸⁵. »

De l'avis de la Cour, l'application constante et prolongée du système norvégien, alliée à la tolérance générale des États étrangers, a donné naissance à un droit historique d'appliquer ce système. Cette opinion semble correspondre d'assez près aux conclusions que les partisans comme les adversaires de la thèse de l'« acquiescement » ont tirées de leurs positions respectives et qui ont été exposées dans les paragraphes 108 et 109.

112. Cependant, même si l'on peut dire qu'il est largement admis que l'inaction des États étrangers, qu'elle soit désignée sous le nom d'« acquiescement » ou de « tolérance », suffit pour que l'exercice effectif et continu de la souveraineté sur un espace maritime, pendant un temps considérable, de la part de l'État riverain puisse donner naissance à un titre historique, toutes les difficultés ne sont pas pour autant résolues. Certes, il est vrai qu'en l'absence de toute réaction, à quelque moment que ce soit, de la part de tout État étranger, il n'y a aucune difficulté. Mais que se passe-t-il si un ou plusieurs États étrangers ont, à un moment quelconque, manifesté leur opposition? Est-ce que toute manifestation d'opposition de la part de quelque État et à quelque moment que ce soit empêche la formation d'un titre historique? A première vue, il paraît extrêmement peu probable que la notion d'inaction ou de tolérance doive être interprétée de façon aussi restrictive. Toutefois, avant de pouvoir donner une réponse plus précise, il convient d'examiner de plus près les trois questions qui se posent, à savoir : i) Quelle sorte d'opposition empêcherait le titre historique de se former? ii) Quelle doit être l'étendue de cette opposition, c'est-à-dire combien d'États doivent faire opposition? iii) A quel moment l'opposition doit-elle se manifester?

113. Pour ce qui est de la première question, il va sans dire que l'opposition qui met fin à l'inaction doit se manifester par un acte ou par un autre. Dans le passage cité au paragraphe 109, Bourquin dit :

« si leurs réactions (des États étrangers) empêchent l'exercice paisible et continu de la souveraineté, le titre historique ne pourra pas se former⁸⁶. »

En effet, on peut difficilement contester qu'une opposi-

tion des États étrangers qui se manifesterait par l'usage de la force serait un moyen d'interrompre le processus de formation du titre historique. En revanche, rien ne permet de penser que, bien qu'il emploie le mot « paisible », Bourquin considère que seule l'opposition manifestée par l'usage de la force fait effectivement obstacle à la naissance d'un titre historique. Dans le passage précité il dit aussi :

« aussi longtemps que le comportement de l'État riverain ne soulève au-dehors aucune protestation, l'exercice de la souveraineté se poursuit sans obstacle⁸⁷. »

Cela laisse à penser que la protestation serait également un moyen d'empêcher l'apparition d'un titre historique.

114. S'il en est ainsi, l'opinion de Bourquin ne différerait guère de l'opinion exprimée par Fitzmaurice en ces termes :

« Une protestation sous une forme quelconque ou un acte équivalent est nécessaire pour arrêter l'acquisition d'un droit fondé sur la prescription⁸⁸. »

Dans une note de bas de page, Fitzmaurice donne des précisions sur l'acte en question :

« Mis à part le procédé courant de la protestation diplomatique, ou la proposition tendant à ce que l'affaire soit portée devant un tribunal, on peut obtenir le même effet par une déclaration publique contestant le droit de prescription de l'État riverain, par une résistance à la *mise en application* des droits revendiqués ou par quelque acte de riposte⁸⁹. »

115. Ce ne sont là que des exemples d'actes permettant aux États étrangers de manifester leur opposition, et il est certain que d'autres moyens peuvent être utilisés. Plutôt que de dresser une liste des actes en question, il importe d'indiquer que, quels qu'ils soient, ces actes doivent être véritablement l'expression d'une ferme opposition à l'exercice de la souveraineté de l'État riverain sur l'espace maritime considéré. Fitzmaurice dit encore :

« En outre, la protestation doit être une protestation effective, compte tenu de ce que les circonstances exigent. Au début, une simple protestation peut suffire, mais elle peut n'être plus suffisante à mesure que le temps passe⁹⁰. »

Si, en dépit des protestations, l'État riverain continue d'exercer sa souveraineté sur l'espace maritime, l'opposition de l'État étranger doit être maintenue par des protestations renouvelées ou par des actes équivalents.

116. Il convient maintenant d'examiner quelle doit être l'étendue de l'opposition pour que celle-ci puisse arrêter la formation d'un titre historique. Suffit-il qu'un seul État manifeste effectivement son opposition? Il semble difficile d'aller aussi loin. Gidel écrit à ce sujet :

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *British Yearbook of International Law*, vol. 30 (1953), p. 42. Un droit historique à un espace maritime est, de l'avis de Fitzmaurice, fondé sur la prescription; voir *op. cit.*, p. 27-28.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 42, note 1.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 42; voir également p. 28-29.

⁸⁴ Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951, C.I.J., *Recueil* 1951, p. 138.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 139.

⁸⁶ Bourquin, *op. cit.*, p. 46.

« Une seule contestation émanant d'un seul État ne saurait infirmer un usage; les contestations ne peuvent d'autre part être placées toutes sur le même plan, sans distinction de leur nature, de la situation géographique ou autre de l'État dont elles émanent ⁹¹. »

Comme Gidel, Bourquin ⁹² estime que l'opposition d'un seul État ne suffit pas à infirmer un usage. Cette opinion semble d'ailleurs être généralement admise. Si l'absence totale d'opposition n'est pas une condition nécessaire pour l'apparition d'un titre historique, il semble que l'étendue de l'opposition requise pour empêcher la formation d'un titre historique soit une question d'appréciation, compte tenu des circonstances propres à l'affaire.

117. A ce propos, il est intéressant de noter que, dans le passage précédemment cité, Gidel ne met pas tous les États opposants sur le même pied. Selon les circonstances, l'opposition d'un État peut avoir plus de poids que l'opposition d'un autre État. Fitzmaurice suit le même raisonnement lorsqu'il écrit :

« Il est évident que, selon les circonstances, l'acquiescement de certains États doit avoir beaucoup plus d'importance et de poids, pour établir l'existence d'un droit historique ou d'un droit de prescription, que l'acquiescement d'autres États. Ainsi, le consentement, qu'il soit donné expressément ou qu'il puisse être raisonnablement présumé, des États qui, soit du fait de leur proximité géographique, soit parce qu'ils ont des intérêts commerciaux ou autres en la matière, etc., sont directement intéressés par la prétention pourrait presque suffire en lui-même à la légitimer, alors que le défaut évident de consentement de la part de ces États serait certainement suffisant pour faire obstacle à la constitution du droit. Inversement, l'acquiescement ou le refus de la part d'États dont les intérêts, actuels ou virtuels, en la matière sont inexistantes ou insignifiants, peut n'avoir que peu d'importance en pratique ⁹³. »

118. L'opinion, exprimée dans les citations de Gidel et de Fitzmaurice, selon laquelle l'attitude de chaque État n'a pas nécessairement la même importance paraît sage et réaliste. Toutefois, il convient peut-être de signaler que cette opinion est difficilement compatible avec la thèse selon laquelle le titre à des « eaux historiques » déroge aux règles générales du droit international. Si cette thèse était exacte, si l'État qui revendique des « eaux historiques » revendiquait véritablement un espace qui, en l'absence de titre historique, fait partie de la haute mer, c'est-à-dire d'une *res communis*, il semblerait que tout État, tout membre de la communauté internationale, devrait pouvoir empêcher par son opposition la constitution d'un titre historique. Il serait alors difficile d'admettre que certains États puissent disposer de droits qui appartiennent à tous les États et que l'acquiescement ou l'opposition aient plus ou moins de poids selon qu'ils émanent d'un État ou d'un autre État. En revanche,

si l'on admet que la situation juridique concernant la délimitation du domaine maritime des États n'est pas bien définie, que le droit international coutumier est douteux en la matière et que c'est dans ce contexte que la question de l'existence ou de l'inexistence de droits historiques sur un espace maritime donné doit être examinée, il est alors raisonnable et commode d'admettre que la valeur de l'opposition est une question d'appréciation et non d'arithmétique et que, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire, l'opposition d'un État peut très bien avoir plus d'importance que l'opposition d'un autre État.

119. A cet égard, il est peut-être utile d'essayer de rendre compte de la façon dont un différend relatif à des « eaux historiques » a toute chance de prendre naissance. Il est théoriquement possible, mais peu probable, qu'un différend surgisse parce que tous les États étrangers, ou la plupart d'entre eux, refusent de reconnaître le droit historique d'un État riverain à un espace maritime donné. Pour de nombreux États, la question ne présentera guère d'intérêt et ces États ne se soucieront donc pas d'entrer en contestation avec l'État riverain. Le différend naîtra vraisemblablement de l'opposition manifestée par les États voisins ou par les États pour lesquels l'espace maritime considéré présente un intérêt particulier. Aussi, serait-il parfaitement normal que l'arbitre ou le tribunal saisi du différend examine de plus près quelle a été, dans le passé, l'attitude de ces États et, lorsqu'il se prononce pour ou contre l'existence d'un titre historique, qu'il accorde une importance particulière au fait que, pendant la période de formation du titre contesté, ces États se sont ou ne se sont pas effectivement opposés à l'exercice de la souveraineté de l'État riverain sur ledit espace maritime.

120. Pour ce qui est de la deuxième question, à savoir celle de l'ampleur que doit prendre l'opposition pour empêcher la constitution d'un titre historique, on peut donc dire que c'est là une question d'appréciation et qu'il faut tenir compte des circonstances de l'affaire. Afin d'indiquer les éléments d'appréciation qui peuvent être retenus, citons la fin de l'exposé des motifs contenu dans l'arrêt de la Cour internationale de Justice concernant l'affaire des *pêcheries*, déjà mentionné au paragraphe 111 :

« La notoriété des faits, la tolérance générale de la communauté internationale, la position de la Grande-Bretagne dans la mer du Nord, son intérêt propre dans la question, son abstention prolongée, permettraient en tout cas à la Norvège d'opposer son système au Royaume-Uni ⁹⁴. »

121. Il reste un troisième point à examiner : la question de savoir à quel moment l'opposition doit se manifester pour faire obstacle à la formation d'un titre historique. Il est évident que l'opposition doit avoir été effectivement exprimée avant la naissance du titre. Lorsque l'État a exercé sa souveraineté sur un espace maritime donné pendant un laps de temps considérable et que cet exercice de souveraineté a fait l'objet d'une

⁹¹ Gidel, *op. cit.*, p. 634.

⁹² Bourquin, *op. cit.*, p. 47-48.

⁹³ Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 31-32.

⁹⁴ C.I.J., *Recueil 1951*, p. 139.

tolérance générale de la part des États étrangers, un droit historique à l'espace maritime considéré s'est constitué et il n'est pas possible d'inverser le processus en protestant contre un fait accompli, que la protestation émane d'un ou de plusieurs États. Le titre historique est né et il demeure malgré l'opposition tardive.

122. Cependant, le principe général et assez évident ne suffit pas à résoudre le problème. Deux questions au moins subsistent qu'il convient d'examiner. La première question est la suivante : quelle est exactement la durée de ce laps de temps considérable pendant lequel la souveraineté doit être exercée et tolérée? La deuxième question est : quel est le point de départ du délai requis ?

123. Sur le premier point, on peut simplement dire que le temps requis pour la formation d'un titre historique est une question d'appréciation; aucun délai ne peut être fixé avec précision. Cependant, puisque l'exercice de souveraineté doit avoir acquis la valeur d'un usage, il faut qu'un laps de temps considérable se soit écoulé. On peut à cet égard se reporter aux indications données aux paragraphes 101 à 104.

124. La deuxième question présente plusieurs aspects. Tout d'abord, le délai ne court qu'à partir du moment où l'exercice de souveraineté a commencé. Ainsi qu'il a été dit précédemment, l'exercice de souveraineté doit être effectif et public, de sorte que le délai ne commence à courir qu'à partir du moment où ces deux conditions sont remplies.

125. C'est ici qu'un problème se pose : suffit-il que l'exercice de souveraineté soit public ou est-il également nécessaire que les États étrangers aient effectivement connaissance de cet exercice de souveraineté? En d'autres termes, un État étranger peut-il, pour justifier son inaction, invoquer le fait qu'il n'a pas eu réellement connaissance de la situation et exiger que le délai qui lui est imparti pour manifester son opposition ne soit compté qu'à partir du moment où les faits sont effectivement arrivés à sa connaissance?

126. Ceux qui considèrent que le droit à des « eaux historiques » déroge au droit international commun et qui, par conséquent, sont portés à exiger le consentement, au moins tacite ou présumé, des États étrangers, tendent également à exiger que ces États aient eu connaissance de la situation pour qu'une absence d'opposition puisse être retenue contre eux. Ainsi, Fitzmaurice estime que :

« L'absence d'opposition, cela va de soi, n'a d'importance que dans la mesure où elle permet de présumer le consentement, l'acquiescement ou la tolérance de la part des autres États intéressés; en soi, elle n'emporte pas nécessairement cette présomption. Il n'en est ainsi que si une opposition est nécessaire pour éviter qu'en son absence il y ait présomption de consentement ou d'acquiescement. Tel n'est pas le cas, en particulier, lorsque la pratique ou l'usage en question n'ont pas été portés à la connaissance d'autres États ou, à tout le moins, lorsqu'ils manquent de la notoriété qui peut faire présumer leur connaissance; tel n'est pas le cas non plus lorsque la pratique ou l'usage en question se présentent sous une forme telle que, rationnelle-

ment, il est impossible pour les autres États de connaître leur véritable nature⁹⁵. »

127. Cette citation révèle manifestement une préférence pour un système dans lequel le consentement ou l'acquiescement des États étrangers, et par conséquent leur connaissance des faits, est une condition requise. Cependant, les termes employés semblent indiquer que le consentement tacite et la connaissance présumée des faits suffisent. L'exigence de la connaissance et du consentement serait donc plus théorique que pratique; finalement, l'auteur semble se contenter de la notoriété qui peut faire présumer la connaissance.

128. En tout cas, personne ne semble exiger que l'État souverain ait formellement notifié à tous les États étrangers individuellement sa prétention à la souveraineté sur l'espace maritime considéré pour que le délai requis pour la formation d'un usage commence à courir. S'il en est ainsi, la notoriété de la situation, c'est-à-dire l'exercice public de la souveraineté sur l'espace maritime, suffirait en réalité. Rappelons en outre que, dans l'affaire des *pêcheries*, la Cour internationale de Justice a mentionné « la notoriété requise pour fonder un titre historique »⁹⁶.

129. A l'encontre de cette opinion selon laquelle la notoriété suffit, on a fait valoir qu'elle aurait pour effet d'imposer aux États une vigilance excessive en les obligeant à suivre les activités des organes législatifs et exécutifs des autres États de plus près qu'ils ne le font habituellement⁹⁷. On peut cependant douter du bien-fondé de cette objection. En effet, lorsqu'un État a véritablement des intérêts dans une zone maritime donnée, il suit de près ce qui s'y passe et le fait qu'un État ne soit pas au courant de la situation montre bien que ses intérêts dans cette zone sont inexistantes ou minimes. Il se peut que l'État en question s'intéresse ultérieurement à la région considérée et qu'alors il apprenne que l'État riverain y exerce depuis longtemps sa souveraineté. Si l'État nouveau venu estime que cette situation va à l'encontre de ses intérêts, est-on vraiment fondé à soutenir qu'il peut valablement s'opposer à la prétention de l'État riverain à un titre historique en objectant que, jusqu'à une date récente, il n'était pas au courant de ce qui se passait dans cette région?

130. Il semble donc y avoir de bonnes raisons de conclure que c'est la notoriété de l'exercice de la souveraineté, en d'autres termes l'exercice public et déclaré de la souveraineté, qui est requise, plutôt que la connaissance effective, par les États étrangers, des activités de l'État riverain sur l'espace maritime considéré.

131. Supposons maintenant que le délai de formation du titre historique ait commencé de courir, l'opposition requise pour empêcher cette formation peut ne pas se manifester immédiatement. Un ou deux États peuvent élever des protestations, mais l'attitude générale des États étrangers peut être une attitude de tolérance.

⁹⁵ *British Yearbook of International Law*, vol. 30 (1953), p. 33.

⁹⁶ C.I.J., *Recueil* 1951, p. 139.

⁹⁷ Voir *British Yearbook of International Law*, vol. 30 (1953), p. 42.

L'opposition peut se renforcer progressivement et finalement prendre suffisamment d'ampleur pour qu'il ne soit plus possible de considérer que l'exercice de souveraineté de l'État riverain sur l'espace maritime est généralement toléré. De ce fait, la formation du titre historique sera empêchée, à condition que ce degré d'opposition n'ait pas été atteint trop tard, c'est-à-dire après que le titre eut été acquis par suite de l'écoulement d'un délai suffisamment long dans les conditions de tolérance générale. Une sorte de lutte de vitesse s'établirait donc entre l'écoulement du laps de temps nécessaire et la constitution de l'opposition. L'issue de cette lutte est nécessairement une question d'appréciation puisqu'il n'existe aucun critère bien défini qui puisse être appliqué à l'un ou l'autre des facteurs en compétition. Ni le temps nécessaire pour permettre la formation du droit historique ni le degré d'opposition requis pour écarter la présomption de « tolérance générale » ne peuvent être fixés avec précision.

132. Ainsi s'achève l'étude des trois facteurs qui, d'après l'opinion dominante, doivent être pris en considération pour déterminer si un droit à des « eaux historiques » s'est ou non constitué. Cette étude semblerait indiquer que, pour l'acquisition d'un titre de cette nature, l'État riverain doit avoir effectivement exercé sa souveraineté sur l'espace maritime de façon continue pendant un temps suffisant pour avoir donné naissance à un usage, et que cet exercice de souveraineté doit avoir rencontré une tolérance générale de la part de la communauté des États.

133. Reste à examiner le quatrième facteur qui est parfois mentionné, à savoir la question des intérêts vitaux de l'État riverain dans la zone considérée.

4. Question des intérêts vitaux de l'État riverain dans l'espace maritime revendiqué

134. Dans les paragraphes 151 et suivants du mémorandum du Secrétariat sur les « baies historiques » (A/CONF.13/1) se trouve exposée l'opinion défendue par certains auteurs et certains gouvernements selon laquelle le droit à une « baie historique » pourrait se former non seulement sur la base de l'usage, mais également sur la base d'autres « circonstances particulières » telles que la configuration géographique, les nécessités de la défense ou autres intérêts vitaux de l'État riverain. On admet généralement que cette thèse tire son origine de l'opinion dissidente de Drago jointe à la sentence arbitrale rendue dans l'affaire des pêcheries de la côte septentrionale de l'Atlantique (1910). En effet, celui-ci déclarait :

« ... une certaine catégorie de baies, qui peuvent être exactement appelées les baies historiques, telles que la baie de Chesapeake et la baie de Delaware dans l'Amérique du Nord et le grand estuaire de Rio de la Plata dans l'Amérique du Sud, forment une classe distincte et à part et sans aucun doute appartiennent au pays riverain, quelles que soient la profondeur de pénétration et la largeur de leur ouverture, quand ce pays a affirmé sa souveraineté sur elles, et que des circonstances particulières telles que la configuration

géographique, l'usage immémorial, et par-dessus tout les nécessités de la défense, justifient une telle prétention⁹⁸. »

L'opinion de Drago repose évidemment sur le fait que, dans les cas classiques de baies historiques tels que ceux de la baie de Chesapeake et de la baie de Delaware, des « circonstances particulières » de cette nature ont été invoquées à l'appui de la revendication.

135. L'originalité de cette thèse ne réside pas tellement dans le fait que, pour justifier véritablement une prétention à une « baie historique », il se peut que l'usage doive être renforcé par d'autres éléments tels que la configuration géographique ou l'intérêt vital. Elle consiste bien plutôt en ce que ces autres « circonstances particulières » peuvent, à elles seules, justifier la prétention, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'« usage immémorial ». C'est du moins dans ce sens que la thèse s'est orientée, comme il ressort de la documentation contenue dans le mémorandum du Secrétariat.

136. L'article 7 du projet de convention internationale présenté en 1922 par le capitaine Storny à la Conférence de Buenos Aires de l'*International Law Association*, est parfaitement clair à cet égard. Cet article est rédigé comme suit :

« L'État pourra comprendre dans les limites de sa mer territoriale les estuaires, golfes, baies ou parties de la mer adjacente où un usage continu et séculaire aura consacré sa juridiction, ou qui, dans le cas où ces précédents n'existeraient pas, seraient d'une nécessité inéluctable selon le concept de l'article 2 (à l'effet de garantir la défense, la neutralité et d'assurer les services de la navigation et de la police maritime côtière en leurs diverses manifestations⁹⁹). »

137. La déclaration du délégué du Portugal à la Conférence de La Haye de 1930 pour la codification du droit international est également significative :

« D'autre part, si certains États ont des besoins essentiels, j'estime que ces besoins sont aussi respectables et même davantage que les usages mêmes. Des besoins sont imposés par les conditions sociales modernes. Or, si l'on respecte des usages séculaires et immémoriaux, lesquels résultent des besoins imposés aux États dans les temps reculés, pourquoi ne respecterait-on pas les besoins que la vie moderne, avec tous ses perfectionnements et ses exigences, impose aux États¹⁰⁰? »

138. Il est certain que cette façon de voir n'est pas sans fondement et qu'elle présente un certain attrait pour les États qui n'ont accédé à l'indépendance qu'assez tardivement et qui ne sont donc pas en mesure de justifier leurs prétentions par un usage prolongé¹⁰¹.

⁹⁸ Voir la citation reproduite au par. 92 du document A/CONF.13/1.

⁹⁹ *Ibid.*, par. 152.

¹⁰⁰ *Ibid.*, par. 155.

¹⁰¹ Voir la déclaration faite par M. Garcia-Amador à la Commission du droit international et mentionnée dans la note au par. 7 ci-dessus.

139. D'autre part, il ne paraît guère approprié de traiter de la question de ces besoins vitaux à propos des « baies historiques ». Bourquin qui reconnaît par ailleurs l'importance des intérêts vitaux de l'État en ce qui concerne les baies, dit à ce sujet :

« Seulement, pourquoi faire entrer cette considération dans le cadre des « titres historiques »? Aussi largement qu'on interprète cette dernière notion, il paraît inadmissible de l'invoquer là où le facteur historique fait complètement défaut. Le « titre historique » est une chose; l'intérêt vital en est une autre¹⁰². »

Cette opinion est difficilement contestable.

140. Un autre aspect de la question mérite également de retenir l'attention. Dans une convention sur la mer territoriale, il est normal de faire des réserves quant au statut des « baies historiques ». En revanche, en reconnaissant aux parties le droit de revendiquer des « baies vitales », on rendrait pratiquement inopérantes toutes les dispositions de la convention relative à la définition et à la délimitation des baies.

5. Question des « eaux historiques » dont les côtes appartiennent à deux ou plusieurs États

141. Jusqu'à présent, on a simplement examiné le cas où il n'y avait qu'un seul État riverain et où, par conséquent, un seul État pouvait avoir intérêt à revendiquer l'espace maritime considéré. Quelle est la situation lorsque cet espace baigne les côtes de deux ou de plusieurs États? Cette circonstance modifie-t-elle sensiblement les conditions requises pour la formation d'un titre historique? Sans prétendre traiter à fond cette question, on a formulé ci-après quelques observations à ce sujet¹⁰³.

142. La question peut être examinée en fonction de deux situations géographiques différentes qui toutes deux relèvent, dans une certaine mesure, de la Convention de Genève de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë.

143. L'article 12 de la Convention vise le cas où les côtes de deux États se font face ou sont limitrophes; le paragraphe 1 de cet article est rédigé comme suit :

« Lorsque les côtes de deux États se font face ou sont limitrophes, aucun de ces États n'est en droit, à défaut d'accord contraire entre eux, d'étendre sa mer territoriale au-delà de la ligne médiane dont tous les points sont équidistants des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun des deux États. Les dispositions du présent paragraphe ne s'appliquent cependant pas dans le cas où, à raison de titres historiques ou d'autres circonstances spéciales, il est nécessaire de délimiter la mer territoriale des deux États autrement qu'il n'est prévu dans ces dispositions¹⁰⁴. »

¹⁰² Bourquin, *op. cit.*, p. 51, passage cité dans le document A/CONF.13/1, par. 158.

¹⁰³ La question est également traitée dans le mémorandum du Secrétariat sur les « baies historiques » (A/CONF.13/1, par. 44-47 et 131-136).

¹⁰⁴ *Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, Documents officiels*, vol. II, p. 151.

144. Il ne semble pas que, dans le cas envisagé, l'existence de plusieurs États riverains modifie sensiblement les conditions requises pour la formation d'un titre historique. Il est certain que cette situation n'empêche pas la formation d'un titre historique; c'est, en tout cas, ce que le libellé de l'article 12 laisse entendre. En d'autres termes, la création d'un titre historique au profit d'un État riverain n'est pas rendue impossible par la simple existence d'un autre État riverain. En revanche, lorsque l'on apprécie l'attitude des États étrangers à l'égard de la prétention à un titre historique émise par un État riverain¹⁰⁵, il semble qu'il y ait lieu de prendre tout particulièrement en considération l'attitude des autres États riverains.

145. La deuxième situation géographique qui peut se présenter est celle d'une baie bordée par deux ou plusieurs États¹⁰⁶. A propos de cette situation, on ne peut se référer à la Convention de Genève susmentionnée que pour faire état de son silence. En effet, l'article 7 de la Convention, qui traite des baies, ne vise que les baies dont les côtes appartiennent à un seul État. Si la portée de cet article est ainsi limitée, c'est parce que la Commission du droit international, qui a rédigé le texte du projet, a estimé qu'elle ne disposait pas de renseignements suffisants sur les baies dont deux ou plusieurs États sont riverains pour inclure dans le projet des dispositions les concernant. La question de ces baies n'a donc pas été abordée dans la Convention et il semble bien qu'elle ne pourra être examinée de façon approfondie que lorsque les gouvernements auront fait parvenir à ce sujet des renseignements supplémentaires. Les quelques observations qui suivent sont donc tout à fait provisoires.

146. Les prétentions à un titre historique sur une baie bordée par deux ou plusieurs États peuvent être réparties en deux groupes selon que la prétention est émise conjointement par tous les États riverains ou qu'elle émane d'un ou de plusieurs États riverains mais non de tous.

147. Lorsque tous les États riverains agissent conjointement pour revendiquer un titre historique à une baie, il semble qu'en principe l'on doive appliquer à ce groupe d'États ce qui a été dit précédemment au sujet de la revendication d'un titre historique par un seul État. A ce propos, on peut, sans essayer de la résoudre, poser la question de savoir si la souveraineté sur la baie doit avoir été exercée, pendant la période requise, par tous les États qui revendiquent le titre ou s'il suffit que, pendant cette période, un ou plusieurs d'entre eux aient exercé leur souveraineté sur cette baie.

148. La seconde hypothèse à envisager à propos de la prétention à un titre historique sur une baie bordée par deux ou plusieurs États est celle où un ou plusieurs États riverains, mais non pas tous, revendiquent le titre. Dans ce cas, il est assez improbable qu'un titre historique puisse jamais se constituer au profit de l'État ou des États revendiquants. En effet, il est probable que toute tentative faite par un ou plusieurs États riverains en vue

¹⁰⁵ Voir les par. 117 à 119 ci-dessus.

¹⁰⁶ Voir Gidel, *op. cit.*, p. 626-627.

d'exercer leur souveraineté sur la baie suscitera immédiatement une forte opposition de la part de l'autre ou des autres États riverains. Il est donc difficile de concevoir que, dans ces conditions, la tolérance requise de la part des États étrangers puisse exister. Il faut souligner à ce propos que, lorsque l'on a dit que l'opposition d'un ou de deux États étrangers n'excluait pas nécessairement l'existence d'une tolérance générale de la part des États étrangers, cette affirmation ne valait que pour les eaux baignant les côtes d'un seul État. Dans le cas d'une baie bordée par plusieurs États, l'opposition persistante d'un ou de plusieurs États riverains à l'exercice de la souveraineté d'un ou de plusieurs États riverains sur cette baie doit évidemment être considéré comme un facteur important, sinon déterminant, lorsqu'on cherche à déterminer si la tolérance requise existe ou non.

D. CHARGE DE LA PREUVE

149. L'existence d'un droit à des « eaux historiques » étant dans une large mesure une question d'appréciation, le problème de la preuve, et notamment le problème de la charge de la preuve, semble présenter un intérêt assez secondaire. La tâche des parties à un différend est moins d'établir certains faits que de convaincre les juges de se rallier à leur interprétation des faits. Il demeure que la question de la charge de la preuve doit être prise en considération, du fait surtout que c'est une de celles qui sont généralement soulevées à propos du droit à des « eaux historiques ».

150. Dans son mémorandum sur les « baies historiques » (A/CONF.13/1, par. 164-166), le Secrétariat appelle l'attention sur certaines déclarations importantes faites dans la doctrine et la pratique au sujet du fardeau de la preuve dans le cas des « eaux historiques ». Il cite notamment Gidel, qui écrit :

« En ce qui concerne le fardeau de la preuve, il pèse sur l'État qui prétend attribuer à des espaces maritimes proches de ses côtes le caractère, qu'ils n'auraient pas normalement, d'eaux intérieures. C'est l'État riverain qui est le demandeur dans cette sorte de procès. Ses prétentions tendent à un empiètement sur la haute mer : le principe de la liberté de la haute mer, qui demeure la base essentielle de tout le droit international public maritime, ne permet pas de faire peser le fardeau de la preuve sur les États au détriment desquels la haute mer sera réduite par l'attribution de certaines eaux en propre à l'État qui les réclame comme telles¹⁰⁷. »

151. Le mémorandum se réfère également à la base de discussion n° 8 présentée à la Conférence de codification de La Haye (1930) et ainsi conçue :

« L'étendue des eaux territoriales sera mesurée à partir d'une ligne droite tirée en travers de l'ouverture de la baie, quelle que soit la largeur de celle-ci, si, d'après l'usage, cette baie relève de la seule autorité

de l'État riverain, la preuve de cet usage incombe à cet État¹⁰⁸. »

152. Enfin, le mémorandum signale que dans l'affaire des *pêcheries*, le Royaume-Uni et la Norvège étaient d'accord pour imposer le fardeau de la preuve à l'État qui invoque le titre historique, tout en exprimant des points de vue différents en ce qui concerne les conditions dans lesquelles cette preuve devrait être administrée et la nature de la preuve. Il convient peut-être de citer les parties elles-mêmes à cet égard. Sous le titre « la preuve des titres historiques », le Gouvernement norvégien déclarait dans son contre-mémoire :

« La preuve de l'usage doit être faite par l'État qui l'invoque en sa faveur. Sur ce principe, le Gouvernement norvégien est d'accord avec le Gouvernement britannique. Mais il n'est pas d'accord avec lui sur les conditions dans lesquelles cette preuve doit être administrée, et spécialement sur la nature des éléments de preuve à fournir¹⁰⁹. »

Le Gouvernement du Royaume-Uni, pour sa part, déclarait dans sa réplique :

« Le Gouvernement norvégien... conteste le bien-fondé de la thèse du Gouvernement du Royaume-Uni en ce qui concerne la nature de la preuve d'un titre historique et les conditions dans lesquelles cette preuve doit être administrée, mais il reconnaît que la charge de la preuve incombe à l'État qui invoque le titre historique. Étant donné l'abondance des avis autorisés sur ce point, on ne peut en effet qu'admettre que la charge de la preuve incombe à l'État dont émane la revendication. L'élément historique ayant pour rôle de valider ce qui est une exception aux règles générales, donc ce qui est intrinsèquement invalide, il est naturel que la charge de la preuve incombe aussi nettement à l'État riverain...¹¹⁰. »

153. Il ne fait aucun doute que suivant de nombreux avis autorisés, la charge de la preuve incombe à l'État qui revendique le titre historique. Certains de ceux qui soutiennent cette thèse sont essentiellement influencés — comme cela ressort clairement de la réplique du Royaume-Uni et du passage précité de Gidel — par leur conviction que le titre historique fait exception aux règles générales du droit international et que les « eaux historiques » portent atteinte à la liberté de la haute mer. Les difficultés que soulève cette thèse ont été mentionnées plus haut et l'on peut également en tenir compte lorsqu'on examine la question de la charge de la preuve. D'autres soutiennent que la charge de la preuve incombe à l'État qui invoque le titre historique, simplement parce qu'il s'agit là d'une règle de procédure généralement acceptée. Il n'est toutefois pas certain que la règle selon laquelle l'État qui se réclame d'un titre historique est tenu d'en

¹⁰⁸ *Actes de la Conférence pour la codification du droit international*, vol. III : Réunions de la Deuxième Commission, p. 179, également citée dans le mémorandum susmentionné du Secrétariat (A/CONF.13/1, par. 87).

¹⁰⁹ *Cour internationale de Justice, Mémoires, plaidoiries et documents, Affaire des pêcheries*, vol. I, p. 566.

¹¹⁰ *Op. cit.*, vol. II, p. 645-646.

¹⁰⁷ Gidel, *op. cit.*, p. 632.

faire la preuve soit identique à la règle de procédure qui exige que le demandeur fasse la preuve de ce qu'il avance. La première règle signifie manifestement que la charge de la preuve incombe à l'État qui revendique le titre — que cet État soit dans un différend le demandeur ou le défendeur.

154. De plus, la thèse selon laquelle la charge de la preuve incombe à l'État qui revendique le titre historique n'a pas un sens très précis. Il est intéressant de relever à ce propos que les deux parties en cause dans l'affaire des *pêcheries* ont pu l'accepter malgré leur opposition très marquée quant à la nature de la preuve et à la façon de l'administrer. Pour étudier utilement cette question, il faut mettre en relation la charge de la preuve et les divers facteurs dont l'existence est indispensable pour former un titre historique à un espace maritime.

155. Comme on l'a signalé plus haut, la première condition de la formation d'un titre historique à un espace maritime est que l'État qui revendique ce titre ait effectivement exercé sa souveraineté sur cet espace. Il ne fait, semble-t-il, aucun doute que l'État qui revendique ledit espace doit montrer qu'il a exercé la souveraineté requise. Pour ce faire, l'État doit prouver certains faits, par exemple, qu'il a dans certains cas fait appliquer ses lois et règlements à l'intérieur ou à propos de l'espace maritime en question. Les preuves que donne l'État doivent satisfaire l'arbitre (ou le tribunal ou quiconque est appelé à décider si le titre existe ou non). L'État (ou les États) qui fait opposition à la revendication peut invoquer d'autres faits afin de montrer que la souveraineté requise n'a pas été exercée et il doit alors prouver ces faits de manière à convaincre l'arbitre. Ainsi, chacune des parties au différend a la charge de la preuve en ce qui concerne les faits sur lesquels elle se fonde. En partant des faits qu'il juge établis, l'arbitre décide alors s'il a été ou non prouvé que la souveraineté requise a été exercée. Bien entendu, cela implique une évaluation non seulement des preuves présentées concernant les faits, mais aussi de l'importance de ces faits en tant qu'indices du prétendu exercice de souveraineté. Si l'arbitre estime qu'une souveraineté effective n'a pas été exercée, l'État qui se réclame du titre historique ne peut plus fonder sa revendication sur cet élément nécessaire. En ce sens, la charge de la preuve touchant l'exercice de la souveraineté incombe indubitablement à l'État qui revendique le titre.

156. Pour donner naissance à un titre historique, l'exercice de souveraineté, comme on l'a vu plus haut, ne doit pas seulement être effectif, mais aussi prolongé et continu. Il doit se transformer en un usage national. Pour convaincre l'arbitre qu'il en est bien ainsi, l'État qui revendique le titre doit, là encore, avancer certains faits, par exemple, prouver que ses lois et règlements ont été appliqués pendant un certain nombre d'années. Ces faits, l'État doit les prouver. L'État (ou les États) qui fait opposition peut, dans ce cas aussi, invoquer d'autres faits qui, selon lui, prouvent que l'État qui invoque le titre historique n'a pas pu exercer son autorité sur l'espace maritime en question de façon ininterrompue et qu'il n'y a donc pas eu exercice de souveraineté prolongé et continu. L'État qui fait opposition doit prouver

les faits sur lesquels il fonde ses allégations. L'arbitre doit alors, comme précédemment, évaluer les faits qu'il juge établis, afin de décider si l'État qui se prévaut du titre a effectivement exercé sa souveraineté de façon continue pendant une durée suffisante pour qu'un usage se soit créé. S'il juge que tel n'est pas le cas, l'État qui revendique le titre ne peut plus se fonder sur cet autre facteur nécessaire et c'est donc, en ce sens, sur lui que pèse la charge de la preuve à cet égard.

157. Le troisième facteur dont il faut tenir compte en ce qui concerne la formation d'un titre historique est l'attitude des États étrangers. Le problème de la charge de la preuve est ici un peu plus compliqué du fait qu'il existe deux points de vue opposés en la matière; l'un d'eux veut que « l'acquiescement » — c'est-à-dire le consentement tacite ou présumé des États étrangers — soit nécessaire à la formation du titre historique, tandis que d'après l'autre la « tolérance générale » de ces États suffit. Toutefois, les modalités générales de la preuve sont les mêmes que dans le cas des facteurs précédents. Que l'État qui revendique le titre essaie de prouver l'« acquiescement » ou la « tolérance », il avancera certains faits pour prouver qu'il y a bien eu « acquiescement » (ou « tolérance »), et il devra prouver ces faits de manière à convaincre l'arbitre. De même, l'État (ou les États) qui fait opposition présentera certains faits pour démontrer qu'il n'y a pas eu « acquiescement » (ou « tolérance »), et il lui incombera de les prouver. Les faits sur lesquels se fonde l'État qui se réclame du titre historique et l'État (ou les États) qui fait opposition peuvent différer suivant que ces États tentent de prouver (ou de nier) l'« acquiescement » ou la « tolérance », mais dans un cas comme dans l'autre, c'est à eux qu'il incombe de prouver les faits qu'ils avancent. La question de savoir si c'est l'« acquiescement » ou la « tolérance » qui est nécessaire à la formation du titre historique n'est pas une question de fait mais de droit et chacune des parties s'efforcera sans nul doute de persuader l'arbitre que son point de vue à cet égard est correct, mais ce n'est plus ici une question de preuve. Enfin, l'arbitre décidera si c'est l'« acquiescement » ou la « tolérance » qui est la condition requise et, en se fondant sur les faits, il décidera également si cette condition (« acquiescement » ou « tolérance ») a été remplie. S'il conclut que tel n'a pas été le cas, l'État qui se réclame du titre se trouve privé d'un fondement indispensable de sa revendication et, en ce sens, il supporte la charge de la preuve.

158. Pour résumer cette analyse du problème de la charge de la preuve, on peut dire que la théorie générale selon laquelle la charge de la preuve incombe à l'État qui revendique un titre historique à un espace maritime n'a pas grande valeur. Si elle signifie que dans le cas où l'arbitre (ou quiconque doit trancher la question) n'estime pas que tous les éléments du titre (c'est-à-dire toutes les conditions requises pour que le titre existe) sont réunis l'État qui se réclame du titre succombe, elle ne fait qu'exposer une vérité évidente. Il est clair que les éléments du titre doivent être prouvés de manière à convaincre l'arbitre, sans quoi celui-ci n'acceptera pas le titre. Et il en est ainsi, que le titre soit ou non considéré comme dérogeant aux règles générales du droit interna-

tional, de sorte que la charge de la preuve n'est pas *réellement* une conséquence logique du caractère so-disant exceptionnel du titre. Dans un différend, chacune des parties doit prouver les faits sur lesquels elle se fonde, sans quoi l'arbitre ne tiendra pas compte des faits invoqués. De plus, en ce qui concerne l'interprétation du droit et l'évaluation des faits à la lumière de cette interprétation, chaque partie s'efforcera naturellement de persuader l'arbitre d'adopter son point de vue en la matière; dans la mesure où une partie en cause n'y parvient pas, elle doit bien entendu supporter les conséquences de son échec.

159. Cela étant, nous estimons qu'il serait inutile et peut-être fallacieux d'inclure dans un ensemble de règles sur le régime des « eaux historiques » une clause générale concernant la charge de la preuve. Il semble préférable que cette question soit résolue suivant les règles de procédure applicables dans un cas donné.

E. STATUT JURIDIQUE

DES EAUX TENUES POUR « EAUX HISTORIQUES »

160. La principale question qu'il faut examiner dans la présente section est celle de savoir si les « eaux historiques » sont des eaux intérieures de l'État riverain ou si elles doivent être considérées comme faisant partie de la mer territoriale de cet État. L'importance de ce problème tient au fait que, d'après le droit international de la mer, l'État riverain doit autoriser le passage inoffensif des navires étrangers dans sa mer territoriale mais n'a aucune obligation de ce genre en ce qui concerne ses eaux intérieures.

161. En ce qui concerne les « baies historiques », la question a été traitée aux paragraphes 94 à 136 du mémorandum du Secrétariat sur les « baies historiques » (A/CONF.13/1) et l'on pourra se reporter à la documentation et à l'analyse présentées dans ce document.

162. Au paragraphe 101 du mémorandum, on rappelle que, jusqu'à ce que la Commission du droit international établisse, dans ses projets sur le droit de la mer, une nette distinction entre la « mer territoriale » et les « eaux intérieures », la terminologie employée tant dans la doctrine que dans la pratique des États était ambiguë. L'expression « eaux territoriales » pouvait être employée pour désigner tant la « mer territoriale » que les « eaux intérieures », et l'on appelait donc souvent « eaux territoriales » ce qu'on dénomme aujourd'hui « eaux intérieures ». Quand on s'efforce de déterminer l'opinion des auteurs et des gouvernements dans ce domaine, il faut donc veiller à ne pas se laisser tromper par la terminologie incertaine qu'ils emploient.

163. Compte tenu de cette difficulté de terminologie, il ressort, semble-t-il, des avis cités dans le mémorandum, que l'opinion la plus courante est que les « baies historiques » dont les côtes appartiennent à un seul État sont des eaux intérieures. Cela n'a rien de surprenant puisqu'il est généralement admis que les eaux situées en deçà de la ligne qui clôt une baie sont des eaux intérieures et que la mer territoriale commence au-delà de cette ligne.

164. Il faut d'autre part se rappeler que le droit aux « baies historiques » est fondé sur l'exercice effectif de la souveraineté sur l'espace revendiqué en même temps que sur la tolérance générale des États étrangers. La souveraineté exercée peut être soit celle qu'un État exerce sur ses eaux intérieures, soit celle qu'il exerce sur sa mer territoriale. En principe, la portée du titre historique qui naît de l'exercice continu de la souveraineté ne doit pas être plus large que celle de la souveraineté effectivement exercée. Si l'État qui revendique le titre historique a exercé sur l'espace maritime en question la souveraineté qu'il exerce sur ses eaux intérieures, cet espace doit être considéré comme eaux intérieures; s'il a exercé sa souveraineté comme s'il s'agissait de sa mer territoriale, l'espace sera considéré comme mer territoriale. Par exemple, si l'État qui revendique le titre historique a admis le droit de passage inoffensif de navires étrangers dans les eaux qu'il réclame, il peut acquérir un titre historique sur ces eaux considérées comme mer territoriale mais non comme eaux intérieures.

165. Ainsi, d'une part, on affirme que les « baies historiques » sont des eaux intérieures et, de l'autre, on conclut que les eaux revendiquées sur la base d'un exercice de souveraineté analogue à celui dont la mer territoriale fait l'objet ne peuvent pas être des eaux intérieures mais seulement une partie de la mer territoriale; cette contradiction apparente tient en fait à la terminologie employée. Dans le deuxième cas, il serait préférable de ne pas parler de « baie historique » mais d'« eaux historiques » d'un autre type.

166. Ce qui précède vaut pour les « eaux historiques » dont les côtes appartiennent à un seul État. Toutefois, le principe exposé au paragraphe 164 vaudrait aussi dans le cas de baies dont deux ou plusieurs États sont riverains. Le statut des eaux de la baie — eaux intérieures ou mer territoriale — dépendrait de la nature de la souveraineté exercée par les États riverains pendant la période au cours de laquelle s'est formé le titre historique à la baie.

167. Le même principe vaut pour les « eaux historiques » autres que les « baies historiques », qui seront considérées comme eaux intérieures ou mer territoriale suivant que la souveraineté exercée sur elles pendant la formation du titre historique était la souveraineté qui s'exerce sur les eaux intérieures ou celle qui s'exerce sur la mer territoriale.

F. QUESTION D'UNE LISTE DES « EAUX HISTORIQUES »

168. Il est aisé de voir que les revendications à des « eaux historiques » peuvent susciter beaucoup d'incertitude quant à la délimitation du domaine maritime des États. Comme on l'a signalé plus haut, toute décision touchant le bien-fondé d'une telle revendication dépend dans une large mesure de l'évaluation des circonstances dans le cas donné. Même si l'on aboutissait à un accord général sur les principes en jeu, l'application de ces principes n'irait pas sans complications. Auteurs et gouvernements se sont interrogés sur la façon d'éviter ou de réduire cette incertitude, notamment quand ils

ont tenté de codifier les règles du droit international relatives à la mer territoriale¹¹¹.

169. Lors de la préparation de la Conférence de codification de La Haye (1930), Schücking, rapporteur du Sous-Comité chargé des questions relatives au droit de la mer territoriale, a suggéré la création d'un Office international des eaux qui constaterait les droits dont sont titulaires les États riverains en dehors de la zone stable de leur mer territoriale, y compris les droits à des « eaux historiques ». La présentation de ces droits pouvait être faite dans un délai donné et opposition pouvait être faite à cette requête, également dans un certain délai. On prévoyait également une procédure pour le règlement des différends pouvant résulter de cette opposition¹¹². Le rapporteur a toutefois abandonné ultérieurement l'idée de créer un Office international des eaux¹¹³.

170. Dans le « projet de Convention » qu'il avait préparé pour faciliter les travaux de la Conférence de codification de 1930, Bustamante suggérait un projet analogue où le Secrétariat de la Société des Nations aurait joué un rôle correspondant à celui de l'Office international des eaux proposé par Schücking¹¹⁴.

171. Au cours des discussions qui ont eu lieu lors de la Conférence de codification de 1930, le représentant de la Grèce a indiqué qu'il serait bon d'adopter la proposition de Schücking :

« tendant à la constitution d'un organe international chargé d'établir d'avance la liste des baies historiques¹¹⁵ ».

172. Le représentant de la Grande-Bretagne a déclaré :

« Puis-je ajouter une autre considération? Il est tout à fait évident que ni cette Conférence, ni aucune commission ou sous-commission qu'elle pourra constituer ne pourra entreprendre d'établir une liste des baies historiques; cependant, cette question est très importante, et une procédure quelconque devrait être instituée suivant laquelle les différentes nations pourraient procéder à des échanges de vues sur ce point, en vue d'arriver à établir plus tard une liste des baies historiques, établie à l'aide d'une coopération internationale.

A un stade ultérieur, je proposerai qu'avant que ses travaux soient terminés, la Conférence suggère l'institution d'un organisme de dimensions réduites qui serait chargé d'examiner les prétentions des différentes nations à avoir des baies historiques en vue d'établir un rapport et peut-être de faire des recommandations sur ce sujet à une date ultérieure, à Genève ou en tout autre endroit. Cette question a causé beaucoup de froissements et de discussions dans le passé, et il

semble qu'on soit en présence d'une occasion précieuse de régler une fois pour toutes les principes qui seront à la base de la classification et, une fois ces principes réglés, de se mettre d'accord sur une liste liant les parties pour l'avenir¹¹⁶. »

173. Enfin, le représentant du Portugal est allé dans le même sens, disant notamment :

« Dans ses considérants d'aujourd'hui, la délégation britannique a parlé de la création d'un organisme international. Je me permets de vous rappeler que l'article 3 du projet du professeur Schücking parle de la création d'un Office international des eaux. Après un échange de vues au sein du Comité, le professeur Schücking a bien voulu supprimer cet article. Je l'ai repris, mais on n'en a tenu compte ni au Comité d'experts ni au Comité préparatoire.

On vient de remettre cette idée sur le tapis. Au nom de la délégation portugaise, je tiens à déclarer que, d'une façon générale, je suis prêt à appuyer la création d'un tel organisme, mais sous réserve du caractère et des fonctions qui pourraient lui être attribués¹¹⁷. »

174. Dans son rapport, la deuxième Commission de la Conférence de codification s'est référée à la question des « eaux historiques » et, comme on l'a vu plus haut, a déclaré que l'œuvre de codification ne pourrait porter atteinte aux droits de cette nature; elle a ajouté :

« D'autre part, il faut reconnaître que, pour aboutir à des résultats précis et concrets, il serait nécessaire de fixer et de définir ces droits. La Commission ne se cache pas que l'œuvre de codification se heurtera aussi, sous ce rapport, à certaines difficultés¹¹⁸. »

175. Pour plus de clarté et de certitude, il serait sans doute commode et souhaitable de dresser d'un commun accord une liste des « eaux historiques », mais il est douteux que la façon la plus pratique d'aborder le problème soit de demander aux gouvernements de présenter leurs revendications dans un délai donné et de prier aussi ceux qui objectent à ces revendications d'y faire opposition dans un certain délai. L'avantage de cette procédure serait, bien entendu, qu'après l'expiration des délais fixés, toutes revendications n'ayant pas donné lieu à objections seraient considérées comme acceptées, qu'aucune nouvelle revendication ne pourrait être formulée et que seuls resteraient à régler les cas où il y aurait eu opposition. Ce système présente toutefois un point faible, à savoir qu'il ne lierait que les États qui y auraient donné leur adhésion et que son efficacité serait donc fonction du nombre et peut-être aussi de l'identité des États qui l'auraient accepté. A moins que l'on ne puisse recueillir l'adhésion de la totalité des États, on ne pourrait en tout cas exclure la possibilité que de nouvelles revendications soient présentées. Il y aurait de plus un danger évident, à savoir qu'un tel système pourrait provoquer des différends inutiles du fait que, pour plus de sûreté, les États seraient tentés d'exagérer tant leurs revendications que leurs objections : la certitude souhaitée

¹¹¹ Voir, par exemple, Gidel, *op. cit.*, p. 636-638.

¹¹² Document de la Société des Nations C.196. M.70. 1927. V, p. 38-41 et 58.

¹¹³ *Ibid.*, p. 72.

¹¹⁴ Les dispositions pertinentes de la procédure proposée par Bustamante sont rappelées au paragraphe 209 du mémorandum du Secrétariat sur les « baies historiques ».

¹¹⁵ *Actes de la Conférence pour la codification du droit international*, vol. III, p. 105.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 104-105.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 107.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 211.

s'en trouverait en fin de compte amoindrie et non pas renforcée.

176. On peut donc soutenir qu'il n'y aurait guère d'intérêt à entreprendre la tâche très ardue que représente l'établissement d'une liste des « eaux historiques ». On peut également faire valoir qu'une telle entreprise est inutile tant que la question de la largeur de la mer territoriale n'a pas été réglée. Dans ces conditions, on peut se demander s'il ne serait pas préférable de se borner à étudier les principes en cause et d'attendre, pour s'occuper des cas particuliers, qu'ils fassent effectivement l'objet d'un différend.

G. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

177. Pour le cas où un différend surgirait, il serait cependant utile d'avoir déjà convenu des moyens de le régler. Il serait donc peut-être souhaitable de compléter tout accord sur les règles ou principes de fond touchant les « eaux historiques » par des dispositions relatives au règlement des différends qui pourraient surgir à propos de l'interprétation ou de l'application de ces règles ou principes. En ce qui concerne la procédure à suivre à cet égard, on pourrait s'inspirer soit de l'appareil institué par la Convention de Genève sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer (1958)¹¹⁹, soit des méthodes esquissées dans les protocoles de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends, adoptés à la Conférence de Genève sur le droit de la mer (1958)¹²⁰ et à la Conférence de Vienne sur les relations et immunités diplomatiques (1961)¹²¹.

178. Dans le premier cas, les différends seraient soumis à une commission spéciale, à moins que les parties ne conviennent d'en rechercher la solution par un autre mode de règlement pacifique, conformément à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies. Les membres de la Commission seraient nommés d'un commun accord par les États parties au différend ou, à défaut d'accord, par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

179. En revanche, si l'on adopte la procédure prévue dans les protocoles de signature facultative, les différends seraient portés devant la Cour internationale de Justice par l'une des parties. Celles-ci pourraient convenir de recourir à un tribunal d'arbitrage plutôt qu'à la Cour; elles pourraient également convenir de recourir à une procédure de conciliation avant d'en appeler à la Cour.

180. Une difficulté particulière vient compliquer le règlement des différends relatifs aux droits à des « eaux historiques ». Si la décision finale va à l'encontre de l'État qui revendique l'espace en question, on peut compter

¹¹⁹ *Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, Documents officiels, publication des Nations Unies, n° de vente : 58 V.4, vol. II, p. 157.*

¹²⁰ *Ibid.*, p. 164.

¹²¹ Document A/CONF.20/12, dans *Conférence des Nations Unies sur les relations et immunités diplomatiques, Documents officiels, publication des Nations Unies, n° de vente : 62.X.1, vol. II, p. 99.*

que cet État renoncera à sa prétention et que la question sera réglée une fois pour toutes. En revanche, si la décision est en faveur de cet État, elle ne liera que l'autre partie au différend et d'autres États pourront plus tard revenir à la charge et susciter de nouveaux différends concernant la revendication. Bien entendu, cela pourrait également se produire lorsque succombe l'État qui revendique l'espace en question, si cet État, tout en respectant la décision dans ses relations avec l'autre partie au différend, continue d'exercer sa souveraineté sur cet espace vis-à-vis d'autres États ou de leurs ressortissants. En d'autres termes, lors même qu'un différend relatif à des « eaux historiques » serait définitivement réglé entre l'État qui revendique et un État qui fait opposition, la question de savoir si l'espace considéré constitue bien des « eaux historiques » peut être rouverte par d'autres États, qui ne seraient pas liés par le premier règlement. Même si le différend était réglé par la plus haute juridiction internationale, à savoir la Cour internationale de Justice, la décision ne serait obligatoire que pour les parties en litige, conformément à l'Article 59 du Statut de la Cour. Un État tiers pourrait toujours, en droit, contester la revendication, et il serait donc difficile d'obtenir une décision définitive touchant la question de savoir si un espace maritime donné constitue ou non des « eaux historiques ». Bien entendu, si, dans un différend, la Cour internationale de Justice décidait que cet espace fait partie des « eaux historiques » d'un État déterminé, elle aboutirait très probablement à la même conclusion dans le cas d'un autre différend; de même, une décision rendue dans une affaire par une commission spéciale ou par un tribunal arbitral aurait probablement un poids considérable dans une autre affaire. Il demeure que la question ne serait pas tranchée en droit une fois pour toutes et que de nouveaux différends pourraient toujours surgir.

181. L'expérience des deux conférences susmentionnées montre que la méthode la plus pratique serait probablement d'inscrire les dispositions touchant le règlement des différends dans un protocole de signature facultative distinct. Certains États pourraient accepter certaines règles ou principes de fond touchant les « eaux historiques » sans toutefois vouloir se plier à une procédure obligatoire de règlement des différends. En inscrivant les règles de fond et les règles de procédure dans des instruments distincts, on permettrait à ces États d'accepter les règles de fond sans souscrire aux règles de procédure.

III. Conclusions

182. L'analyse ci-dessus des principes et des règles du droit international touchant les « eaux historiques, y compris les baies historiques » permet, semble-t-il, de formuler un certain nombre de conclusions, étant entendu que certaines de ces conclusions sont nécessairement très provisoires et constituent des bases de discussion plutôt que le résultat d'une enquête approfondie sur la question.

183. Tout d'abord, si les « baies historiques » sont l'exemple classique de titre historique à des espaces

maritimes, il ne fait, semble-t-il, aucun doute qu'en principe un titre historique peut également exister à l'égard d'eaux autres que des baies — détroits ou archipels, par exemple — et d'une manière générale à l'égard de toutes les eaux qui peuvent faire partie du domaine maritime d'un État.

184. D'autre part, l'opinion largement répandue selon laquelle le régime des « eaux historiques » constitue une exception aux règles générales du droit international relatives à la délimitation du domaine maritime de l'État est discutable. Si l'on veut adopter un point de vue réaliste il faut, semble-t-il, non pas rattacher les « eaux historiques » à ces règles, (que ce soit ou non à titre d'exception), mais examiner le titre à des « eaux historiques » indépendamment, en tenant compte des circonstances propres à chaque cas. En conséquence, lorsqu'on discute la théorie des « eaux historiques », on devrait éviter de fonder tous principes ou règles envisagés sur le caractère soi-disant exceptionnel de ces eaux.

185. Pour déterminer s'il existe ou non un titre à « des eaux historiques », il faut tenir compte de trois facteurs, à savoir :

- i)* L'autorité exercée sur l'espace en question par l'État qui le revendique en tant qu' « eaux historiques »;
- ii)* La continuité de cet exercice d'autorité;
- iii)* L'attitude des États étrangers.

186. En premier lieu, l'exercice effectif de souveraineté sur l'espace en question par l'État qui le revendique est une condition indispensable pour que cet État soit fondé à le réclamer en tant qu' « eaux historiques ». En deuxième lieu, cet exercice de souveraineté doit s'être poursuivi pendant une durée considérable au point d'être devenu un usage. En troisième lieu, l'attitude des États étrangers envers les activités entreprises dans l'espace en question par l'État qui le revendique doit avoir été telle qu'elle puisse être considérée comme une attitude de tolérance générale. A cet égard, l'attitude de tous les États n'a pas nécessairement la même importance. Il semble notamment raisonnable, dans le cas d'un État (ou d'États) qui revendique un titre historique à des eaux dont deux ou plusieurs États sont riverains, d'accorder une importance spéciale à l'attitude de l'autre (ou des autres) État riverain.

187. Il ressort clairement de cet exposé des conditions qui doivent être remplies pour qu'il y ait formation d'un titre à des « eaux historiques » que l'existence de ce titre est dans une large mesure une question de point de vue. Il paraît inévitable de laisser en l'occurrence une large marge d'appréciation mais il se peut que les observations des gouvernements sur les trois facteurs énumérés ci-dessus fournissent un certain nombre d'exemples concrets qui pourraient servir d'illustration et de guide.

188. La charge de la preuve d'un titre à des « eaux historiques » incombe à l'État qui invoque ce titre, en ce sens que si l'État ne peut prouver — de manière à convaincre quiconque est appelé à en décider — que les

conditions requises pour la formation du titre ont été remplies, le titre ne lui sera pas reconnu. En cas de différend, les deux parties invoqueront vraisemblablement des faits à l'appui de leur thèse respective et, conformément aux règles générales de la procédure, chaque partie devra prouver les faits sur lesquels elle se fonde. On peut donc se demander si, bien qu'il soit admis par beaucoup, le principe général suivant lequel la charge de la preuve incombe à l'État qui revendique un titre à des « eaux historiques » présente beaucoup d'intérêt en tant que critère précis.

189. Le statut juridique des « eaux historiques », c'est-à-dire la question de savoir si ces eaux doivent être considérées comme eaux intérieures ou comme partie de la mer territoriale, dépend en principe de la nature de la souveraineté que l'État qui revendique le titre exerce sur l'espace en question, et sur laquelle il fonde sa prétention : cette souveraineté s'est-elle exercée comme s'il s'agissait d'eaux intérieures ou comme s'il s'agissait de la mer territoriale? Il paraît logique que la souveraineté revendiquée soit à la mesure de la souveraineté effectivement exercée.

190. L'établissement d'une liste définitive des « eaux historiques » en vue de réduire l'incertitude qui peut résulter des revendications relatives à ces eaux présente de graves inconvénients. Si l'on entreprend cette tâche, on risque d'amener les États à exagérer tant leurs revendications que leur opposition aux prétentions des autres États et de susciter ainsi des différends inutiles. De plus, il serait en tout cas extrêmement difficile, voire impossible, d'établir une liste qui serait réellement définitive.

191. D'autre part, il serait souhaitable d'instituer une procédure pour le règlement obligatoire des différends relatifs aux revendications portant sur des « eaux historiques ». Pour mettre au point cette procédure, on pourrait s'inspirer des dispositions pertinentes de la Convention de Genève sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer (1958), auquel cas les différends seraient soumis à une commission spéciale à moins que les parties ne conviennent d'un autre moyen de règlement pacifique. On pourrait aussi reprendre les protocoles de signature facultative adoptés à la Conférence de Genève sur le droit de la mer (1958) et à la Conférence de Vienne sur les relations et immunités diplomatiques (1961); les différends relèveraient alors de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice, les parties demeurant également libres de recourir à une procédure de conciliation ou à l'arbitrage.

192. Pour des raisons pratiques, il serait préférable d'inscrire un accord pour le règlement des différends dans un protocole distinct de tout instrument contenant des règles de fond relatives aux « eaux historiques ». De cette manière, les États qui ne voudraient pas souscrire à une procédure de règlement obligatoire des différends pourraient néanmoins accepter les règles de fond dont il aurait été convenu.