



Artículos de investigación



Eaux et baies historiques en droit international¹



Ricardo Abello Galvis²

LISTE D'ABRÉVIATIONS

A.C.D.I.: Annuaire de la Commission du droit international des Nations Unies.

A.F.D.I.: Annuaire français de droit international.

A.J.I.L.: American Journal of International Law.

B.Y.B.I.L.: British Yearbook of International Law.

C.I.J.: Cour internationale de Justice.

C.P.J.I.: Cour permanente de Justice internationale.

C.Y.I.L. : Canadian Yearbook of International Law.

I.U.H.E.I.: Institut universitaire de hautes études internationales.

mm.: Milles marines.

R.G.D.I.P.: Revue générale de droit international public.

S.F.D.I. : Société française de droit international public.

INTRODUCTION

Il est difficile de donner une définition claire des eaux et des baies historiques parce que la doctrine concernant les définitions des conditions requises pour l'existence de cet espace maritime n'est pas unanime. Cependant, la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Pêcheries* les a définis comme "des eaux que l'on traite comme des eaux intérieures alors qu'en l'absence d'un titre historique elles



¹ Este artículo es un resumen revisado de la memoria para la obtención del título de maestría en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra-Suiza.

² Profesor de Derecho Internacional del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 33-76, enero-junio de 2003

n'auraient pas ce caractère".³ Deux concepts sont présents dans cette définition, les eaux intérieures et les titres historiques, lesquels constituent le fil conducteur de notre analyse.

Les baies historiques ont eu une importance capitale pendant les années 1950 et au début des années 60, période pendant laquelle deux études ont été développées par les Nations Unies⁴ pour être présentées aux Conférences sur le droit de la mer. Dans ces études, le sujet a été traité comme un des thèmes d'intérêt pour le droit international mais il n'a pas été inclus dans les Conventions de Genève de 1958, ni dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982. C'est pour cela qu'aujourd'hui, nous ne savons pas s'il existe un régime juridique applicable à ce genre d'eaux et de baies : nous essayerons de démontrer l'existence d'un régime coutumier qui est applicable à ces espaces maritimes.

Dans le droit de la mer contemporain, les eaux et les baies historiques ne sont plus aussi importantes qu'auparavant ; les limites établies pour les différents espaces maritimes par la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 ont diminué l'importance du sujet de notre étude. Cependant dans l'article 10 les baies historiques sont énoncées sans qu'il nous soit donné aucune définition. Le sujet a repris de l'importance avec l'arrêt du 11 septembre 1992 de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, où elle décida que le Golfe de Fonseca était une baie historique.⁵ Nous essayerons de montrer que ce sujet revêt encore une importance stratégique étant donné qu'il continue à avoir un caractère fondamental dans la délimitation des différents espaces maritimes.

L'article s'attachera à l'étude du droit de la mer du point de vue conventionnel et coutumier en matière d'eaux et de baies historiques. Pour ce faire, nous ferons l'analyse des eaux intérieures, suivant l'idée présentée



³ Affaire des Pêcheries. Arrêt du 18 décembre 1951: *C.I.J. Recueil 1951*, p.130.

⁴ Les Baies Historiques ; Mémoire préparé par le secrétariat de l'Organisation des Nations Unies ; *Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, documents préparatoires* ; Vol.I, 1957, Genève, Nations Unies 1958. Document A/CONF.13/1 ; Et le Régime juridique des eaux historiques, y compris les baies historiques; *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1962, Vol.II; «Documents de la quatorzième session y compris le rapport de la Commission à l'Assemblée générale»; New York, Nations Unies, 1964. Document A/CN.4/143.

⁵ Affaire relative au différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime. Arrêt du 11 septembre 1992: *C.I.J. Recueil 1992*.

par les différentes études sur le droit de la mer selon lesquelles l'importance des eaux et des baies historiques relève du fait qu'elles sont considérées comme des eaux intérieures. Ensuite, la recherche sera centrée sur les eaux et les baies historiques elles-mêmes. Nous ferons une étude de l'évolution historique de leurs origines et leur développement; une analyse du concept et de l'existence d'un régime coutumier ainsi que des conditions requises pour son existence. Pour cela nous ferons l'étude des titres historiques et des éléments requis pour sa cristallisation. Nous terminerons par une brève analyse de la prescription en droit international pour pouvoir déterminer si cette notion est l'un des modes d'acquisition du territoire en droit international et si les eaux et les baies historiques peuvent être revendiquées par ce biais, ou s'il s'agit d'une règle de droit interne qui ne dispose pas encore des éléments nécessaires pour exister en droit international.

I. LES EAUX INTÉRIEURES : ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA MER TERRITORIALE, DÉFINITION DES EAUX INTÉRIEURES ET RÉGIME JURIDIQUE APPLICABLE

Il s'avère indispensable de faire une introduction historique sur la mer territoriale afin de pouvoir comprendre l'importance que les Etats donnent aux zones adjacentes à leurs côtes et les raisons pour lesquelles les limites imposées actuellement ont été ainsi fixées.

La mer territoriale a eu une évolution parallèle au développement de la technologie. En effet, la première distance fut les limites de la vue, et postérieurement, la portée des canons. Jusqu'au XIX^e siècle, la force des pays était construite sur leur force navale, donc les Etats devaient fonder leur défense sur le domaine maritime; c'est pour cela que l'étendue de la mer territoriale était celle de la portée des canons. En 1782, Galiani a suggéré l'établissement d'une distance fixe de la mer territoriale de 3 mm. sur les eaux adjacentes aux côtes.⁶ Au XX^e siècle, plusieurs pays ont essayé d'établir une distance plus grande, mais ce n'est qu'avec la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 qu'une distance de 12 mm. fut fixée.

⁶ Churchill, R.R. et Lowe, A.V.; *The Law of the Sea*; Manchester, Manchester University Press, 1999, p.78.

Ce bref résumé est important pour déterminer quelle est la distance maximale actuelle d'une baie pour qu'elle puisse être considérée comme "eaux intérieures". Ceci parce qu'il existe une liaison étroite entre la distance de la mer territoriale et celle des baies, comme nous le verrons au cours de cette étude.

En ce qui concerne la définition des eaux intérieures, selon la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, se sont celles "situées en deçà de la ligne de base de la mer territoriale", c'est-à-dire que cet espace est constitué par les eaux qui se trouvent entre le territoire de l'Etat riverain et les lignes de base dudit Etat.

Cette Convention établit deux façons différentes de tracer les lignes de base. La première est celle de l'article 5 selon laquelle les lignes de base peuvent être tracées d'après le prolongement de la côte, en suivant la "...laisse de basse mer le long de la côte, telle qu'elle est indiquée sur les cartes marines à grande échelle reconnues officiellement par l'Etat côtier". La deuxième façon est établie par l'article 7, en vertu duquel "là où la côte est profondément échancrée et découpée, ou s'il existe un chapelet d'îles le long de la côte, à proximité immédiate de celle-ci, la méthode des lignes de base droites reliant des points appropriés peut être employée pour tracer la ligne de base à partir de laquelle est mesurée la largeur de la mer territoriale". Il est évident que cette dernière méthode est celle qui est devenue la plus courante parce que les Etats ont trouvé grâce à elle une façon d'augmenter les espaces considérés comme étant leurs eaux intérieures.

La méthode de l'article 7 a son origine pratique dans la célèbre affaire des *Pêcheries* entre le Royaume-Uni et la Norvège. Dans cette affaire, la Cour a dit que "la méthode des lignes droites, consacrée par le système norvégien a été imposée par la géographie particulière de la côte norvégienne ; que, dès avant la naissance du différend, cette méthode avait été consolidée par une pratique constante et suffisamment longue en face de laquelle l'attitude des gouvernements atteste que ceux-ci ne l'ont pas considérée comme étant contraire au droit international".⁷



⁷ C.I.J. Recueil 1951, op. cit., p.139.

En conséquence, toutes les eaux qui se trouvent entre les lignes de base, de l'article 5 ou de l'article 7 de la Convention de 1982, sont considérées comme des eaux intérieures. La question qui se pose à présent est celle de savoir quelles sortes d'eaux se trouvent dans cet espace maritime. La doctrine considère unanimement que ces eaux sont les ports, les rades, les baies et les estuaires, ainsi que les eaux et les baies historiques. Il est clair que le régime d'eaux intérieures est important pour la sécurité et la défense du pays, il s'agit en effet de pouvoir exercer la plénitude de ces compétences pour ainsi avoir un plus grand contrôle sur cet espace maritime et pouvoir déterminer une stratégie de défense du territoire lui-même.

En matière de régime juridique applicable, selon l'article 2 paragraphe 1 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, l'Etat exerce sur ces eaux la même souveraineté qu'il exerce sur le territoire. En conséquence, le droit applicable est le droit interne de l'Etat et non le droit international. Selon René-Jean Dupuy, "cette souveraineté est de principe puisqu'on entend par eaux intérieures celles qui se trouvent en rapport d'adjacence immédiate avec le territoire de l'Etat riverain".⁸ Dans ce sens nous trouvons aussi ceux qui affirment que "internal waters are legally equivalent to a state's land, and are entirely subject to its territorial sovereignty".⁹ A ce propos, la C.I.J. nous dit que "le concept juridique fondamental de la souveraineté des Etats en droit international coutumier, consacré notamment par l'article 2, paragraphe 1, de la Charte des Nations Unies, s'étend aux eaux intérieures et à la mer territoriale de tout Etat...".¹⁰ De cette manière, si c'est la souveraineté que l'Etat exerce, nous pouvons conclure que l'Etat riverain exerce ces facultés judiciaires, législatives et exécutives, au même titre qu'il le fait sur le territoire, ce qui équivaut à dire que c'est le droit interne de l'Etat riverain qui est applicable sur ces espaces maritimes.

⁸ Dupuy, René-Jean et Vignes, Daniel; *Traité du nouveau droit de la mer*; Vol. 1. Paris, Economica, 1985, p.221.

⁹ Jennings, Sir Robert and Whatts, Sir Arthur; *Oppenheim's International Law*; Vol.1, parts 2 to 4; Londres, Longman, 1996, p.572.

¹⁰ Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci. Arrêt du 27 juin 1986: *C.I.J. Recueil 1986*, p.111.

II. HISTOIRE DES EAUX ET DES BAIES HISTORIQUES

Nous trouvons les origines des baies sous la souveraineté de l'Etat dans l'ancien droit britannique au moment où, le Royaume-Uni étant la principale puissance maritime de l'Europe, elle cherchait à établir une différence juridictionnelle entre les "Common Law" et les "Admiralty Courts".¹¹ Deux théories sont nées de ce droit.

La première est celle de "the King's Chambers" qui date du début du XVII^e siècle. A ce propos O'Connell nous dit "this was concerned with the delimitation of neutral waters and hence had affinities with international law ; because it embodied, essentially, a headland to headland notion".¹² La deuxième est la théorie du *Fauces Terrae* qui cherchait à résoudre les problèmes de division de la juridiction entre deux tribunaux de droit interne.¹³

Regardons de plus près ces deux théories. A propos de la première, signalons que James I proclama en 1604 que les officiers de la couronne devaient protéger les bateaux marchands des attaques qui avaient lieu près des ports, "within straight lines drawn from headland to headland and cut in a map of brass and published by royal command".¹⁴ Il est intéressant de voir comment à ce moment là il fallait déjà faire la publicité de ces lignes droites. Ce système de lignes droites devait enfermer les grandes sinuosités des côtes d'Angleterre et du pays de Galles, c'est ce qu'ils ont appelé "the King's Chambers".¹⁵

La deuxième théorie est celle de *Fauces Terrae*. Celle-ci a évolué grâce à trois doctrines, celles de Fitzherbert, Coke et Hale.¹⁶ Pour Fitzherbert "within the arms of the sea, common law jurisdiction was exercisable, whereas in the British seas outside them, only the admiral had jurisdiction".¹⁷ Comme limite à cette juridiction, il avait établi la limite visuelle, c'est-à-dire que les eaux qui se trouvaient entre ces deux espaces terrestres et où une personne pouvait voir ce



¹¹ O'Connell, D.P. ; *The International Law of the Sea* ; Oxford, Clarendon Press, 1982, p.339.

¹² Ibid, p. 339.

¹³ Ibid, p. 339.

¹⁴ Ibid, p. 339.

¹⁵ Ibid, p. 340.

¹⁶ Ibid, p. 341-343.

¹⁷ Ibid, p. 341.

qui se passait dans la côte qui lui faisait face, la loi applicable était le Common Law. *A contrario sensu*, si on ne pouvait pas voir ce qui se passait dans la côte qui lui faisait face la juridiction applicable sur ces eaux était celle de l'Amirauté.

Dans le processus d'évolution de cette théorie, Coke a indiqué que le problème à propos des limites de juridiction était celui de savoir, et non simplement celui de voir, ce qui se passait de l'autre côté. En suivant cette théorie la distance était moins longue qu'auparavant. Hale, par contre, préférait la théorie de Fitzherbert, mais à condition que les deux côtes appartiennent à la même division administrative ou au moins qu'elles soient sous la juridiction du même "sheriff". En effet, il disait que "that arm or branch of the sea which lies within the *fauces terrae*, where a man may reasonably discern between shore and shore is, or at least may be, within the body of a country, and therefore within the jurisdiction of the sheriff or coroner".¹⁸ Du point de vue spécifique des baies, c'est Coke qui a établi que l'Amirauté n'avait pas de juridiction sur cet espace maritime ; par contre Hale est celui qui a fait la distinction entre la juridiction sur les navires, celle de l'Amirauté, et la juridiction sur l'eau, celle du Common law. O'Connell nous l'explique en disant que "in the case of death aboard a ship in a bay, the Admiral's coroner might enquire ; in the case of a body in the water, the county coroner might enquire".¹⁹

La doctrine du *fauces terrae* fut instaurée aux Etats Unis par une décision du Congrès en 1790. Cet "Act of Congress" "provided for the punishment of felonies committed upon the high seas, or in any river, haven, basin, or bay, out of the jurisdiction of any particular State".²⁰ Cette théorie fut suivie dans plusieurs décisions prises par les différentes cours des Etats-Unis. Par exemple, celle de la Cour Suprême dans l'affaire du meurtre commis sur le bateau "USS Independence" dans le port de Boston ; jusqu'à la dernière décision, sur l'évolution de cette théorie, prise par la Cour Suprême dans l'affaire "Manchester vs. Massachussets" sur les limites de pêche dans la baie de Buzzard.²¹

¹⁸ Ibid, p. 342.

¹⁹ Ibid, p. 344.

²⁰ Ibid, p. 347.

²¹ Ibid, p. 349.

La terminologie des baies est bien plus ancienne que toutes ces théories anglaises sur la juridiction.²² En effet, ces théories ne cherchent qu'à établir une limite juridictionnelle sur ces espaces maritimes. Ce n'est qu'au début du XXe siècle que la doctrine commença à se prononcer, établissant des limites claires et fixes pour pouvoir établir quelles eaux des baies se trouvent sous la juridiction de l'Etat côtier ; c'est à dire pouvoir établir les espaces maritimes qui devaient faire partie de la mer territoriale des Etats. En conséquence, les publicistes défendaient la théorie selon laquelle il fallait appliquer aussi aux baies, aux golfes et aux estuaires la théorie de la portée du canon pour délimiter la mer territoriale.²³ Pour la première fois la distance pour pouvoir fermer une baie est le double de la distance de la mer territoriale.

Ce n'est qu'en 1818, dans le "Anglo-American Fisheries Treaty", que le concept de ligne de base pour fermer les baies fut inclus dans une convention ; et dans le "Anglo-French Fisheries Convention" de 1839 fut établie une limite de 3 milles pour une zone exclusive de pêche. En relation avec les baies la limite maximale fut établie sur 10 milles.²⁴ Et comme nous le dit O'Connell "In this way, the closing line of bays became also the baseline of the territorial waters".²⁵

III. LE CONCEPT D'EAUX HISTORIQUES

Il est généralement accepté que le concept d'eaux historiques est bien plus ample que celui des baies historiques ; nous pouvons même affirmer que le concept d'eaux historiques inclut celui de baies.²⁶ A ce propos, Sir Gerald Fitzmaurice dit que "However, there seems to be no ground of principle for confining the concept of historic waters merely to the waters of a bay claimed as an internal or national waters".²⁷ Dans l'affaire des *Pêcheries*, les parties reconnaissent que

²² Ibid, p. 349.

²³ Ibid, p. 352.

²⁴ Ibid, p. 353.

²⁵ Ibid, p. 353.

²⁶ Régime juridique des eaux historiques y compris les baies historiques ; (A/CN. 4/143) ; op. cit., p.7. La Commission du droit international affirme : «il est évident que ces deux expressions ne sont pas synonymes ; la deuxième a une portée plus étendue».

²⁷ Fitzmaurice, Gerald; «The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: General Principles and Sources of Law»; B.Y.B.I.L., Vol.31 (1954), p.381.

ce régime juridique était applicable aux eaux autres que les baies.²⁸ L'étude réalisée par le Secrétariat de la Commission de droit international a dit "qu'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"".²⁹ Nous considérons alors que la notion des baies fait désormais partie du concept général qui est celui des eaux historiques.

Pourquoi certains Etats demandent-ils l'existence d'eaux historiques? Les Etats côtiers sont les premiers, et les seuls, intéressés par l'existence de cette règle. Leur intérêt est basé sur des aspects économiques ou de défense,³⁰ motif par lequel ils veulent exercer une souveraineté sur des espaces maritimes qui, selon le droit de la mer contemporain, peuvent être considérés comme des eaux intérieures s'il y a un titre historique. Si ce dernier s'avérait inexistant, ces eaux seraient considérées anciennement comme des eaux internationales et aujourd'hui comme mer territoriale ou zone contiguë. Tout ceci en dépit de la communauté internationale qui pouvait jouir des droits inhérents à la haute mer sur ces espaces maritimes.

Ce qui est étrange, c'est que même si personne ne doute de l'existence des eaux historiques, donc de l'existence d'un régime juridique, personne ne connaît les conditions exactes ni les limites de ce régime. C'est à dire que le seul point qui ait été conventionnellement établi par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 est que son article 10 ne s'applique pas aux baies historiques. En conséquence nous devons étudier ce sujet du point de vue de l'existence ou non d'un régime coutumier.

²⁸ C.I.J. Recueil 1951 ; op. cit., p.130

²⁹ Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, Vol. IV 1958, p.1 et seq.

³⁰ Sentence de la Cour Centraméricaine dans l'affaire entre El Salvador c. Nicaragua comme conséquence du traité Bryan-Chamorro signé entre le Nicaragua et les Etats-Unis. Arrêt du 9 mars 1917 ; A.J.I.L., Vol. 11, p. 703. Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute (Erythrée / Yémen), Sentence du 9 octobre 1998. International Law Reports, Vol.114, Cambridge, Cambridge University Press, p.18.

IV. LES BAIES

La doctrine a considéré nécessaire de faire la distinction entre les baies juridiques et les non juridiques ou géographiques. La distinction serait due au fait que certaines baies sont régies par le droit conventionnel, tandis que d'autres dépendent d'un régime qu'il faut chercher dans d'autres sources du droit international public. En effet, le fait que le second type de baies ne soit pas régi par le droit conventionnel ne signifie pas que leur caractère juridique soit absent. Nous ne devons pas oublier que le droit coutumier en tant que source du droit international public est un régime juridique en lui-même. D'un autre point de vue, les baies, du fait d'être juridiques, ne perdent pas pour autant leur caractère géographique. En conséquence, nous croyons plus prudent de parler de baies conventionnelles au lieu de baies juridiques et de baies coutumières au lieu de baies géographiques ou non juridiques.

Outre ces remarques linguistiques, nous croyons qu'il faut éclaircir la distinction existante entre ces deux régimes. Il faut faire référence à la Convention de Nations Unies sur le droit de la mer qui, à son tour, a repris le concept de la Convention de Genève de 1958. Son article 10, paragraphe 2, donne la définition suivante:

"Aux fins de la Convention, on entend par " baie " une échancrure bien marquée dont la pénétration dans les terres par rapport à sa largeur à l'ouverture est telle que les eaux qu'elle renferme sont cernées par la côte et qu'elle constitue plus qu'une simple inflexion de la côte. Toutefois, une échancrure n'est considérée comme une baie que si sa superficie est au moins égale à celle d'un demi-cercle ayant pour diamètre la droite tracée en travers de l'entrée de l'échancrure."

Selon cette définition, nous pouvons constater que le concept des baies est très restreint, le fait de devoir accomplir le test du demi-cercle fait qu'il n'existe qu'un pourcentage faible d'échancrures qui puissent être considérées comme une baie. Mais alors, cela signifie-t-il qu'il n'existe pas d'autres baies? Si nous prenons la définition de "baie" dans un dictionnaire non juridique, nous pouvons constater que le concept de baie est bien plus large que celui qui nous est donné par le droit conventionnel ; en effet, selon le Petit Robert, il s'agit de l'"Echancrure d'une côte plus ou moins ouverte sur le large".³¹ Cette



³¹ Dictionnaire Alfabétique et Analogique de la Langue Française ; « Le Nouveau Petit Robert » ; Dictionnaires Le Robert, Paris, 1994.

définition est vague, donc très peu convaincante pour les Etats qui voulaient avoir une définition plus précise pour ainsi pouvoir établir leurs espaces maritimes.

Mais pourquoi les Etats accordent-ils tellement d'importance aux baies ? Il s'agit pour un Etat riverain de sa défense et de sa sécurité. De ce fait, les Etats ont toujours voulu les considérer comme des eaux intérieures. Selon René Jean Dupuy : "The reason why so much interest attaches to a definition of bays is that their line of closure, that is to say, the line which connects the two points of the coast regarded as terminating the two sides of the indentation constituting the bay, has the effect of separating two distinct legal spaces: on the landward side of the line the waters of the bay have the status of internal waters, while beyond the lines lies the territorial sea".³² Dans le même sens, le juge M.J.E. Read affirme dans son opinion dissidente dans l'affaire des *Pêcheries*, "l'application, à des baies plus grandes de la notion d'une ceinture d'eaux territoriales de largeur déterminée, aurait amené la mer - tant la haute mer que la mer territoriale - au cœur du pays. On aurait abouti ainsi à traiter comme espace de la haute mer des eaux qui par leur nature même étaient intérieures".³³

Examinons maintenant les régimes applicables aux baies conventionnelles ou "juridiques" et coutumières ou "géographiques".

1- Baies Conventionnelles ou Baies "Juridiques"

Cette sorte de baies sont celles régies par le droit conventionnel, notamment la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982. Les Etats qui ne sont pas encore partie de cette convention mais le sont de celle de 1958, sont liées par cette dernière. Cette situation ne comporte aucune conséquence pratique étant donné que la Convention de 1982 a repris la définition de celle de 1958.

Suivant le texte de l'article 10 de la Convention de 1982, nous constatons que les limites établies sont très strictes. Le paragraphe 1 établit que: "*Le présent article ne concerne que les baies dont un seul*

³² Dupuy, Jean René et Vignes, Daniel; *A Handbook on the New Law of the Sea*; Vol.1. La Haye, Martinus Nijhoff, 1991, p.265.

³³ *C.I.J. Recueil 1951* ; op. cit., p.188.

Etat est riverain". Cela signifie que les baies comme celle du Golfe de Fonseca, dont trois Etats sont riverains (El Salvador, Honduras et Nicaragua), ne sont pas soumises à ce régime ; en conséquence cette baie est une baie coutumière ou "géographique" et non conventionnelle ou "juridique". Si la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer établit que seules les baies dont un Etat est riverain peuvent être fermées, ceci se doit certainement au fait que pour les Etats, il est difficile d'avoir une souveraineté conjointe sur des espaces maritimes qu'ils considèrent d'une importance stratégique pour leur défense et leur développement économique. C'est pour cela qu'ils préfèrent l'article tel qu'il est rédigé dans la Convention.

Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* entre El Salvador et le Honduras, le Nicaragua étant intervenant, la C.I.J. a suivi le même raisonnement que la Cour Centraméricaine en 1917 par rapport au Golfe de Fonseca, confirmant que celui-ci constitue un *condominium* des trois Etats riverains. En effet, la Cour a affirmé que "pendant la période coloniale et même pendant celle de la République fédérale d'Amérique centrale, elles n'avaient été ni partagées ni réparties entre les différentes unités administratives qui devinrent alors les trois Etats riverains : El Salvador, Le Honduras et le Nicaragua. Aucune tentative n'avait été faite de diviser et de délimiter ces eaux selon le principe de *l'uti possidetis juris*."³⁴ La Chambre de la C.I.J. a décidé que "le golfe de Fonseca est une baie historique dont les eaux, sujettes jusqu'en 1821 au seul contrôle de l'Espagne et de 1821 à 1839 de la République fédérale d'Amérique centrale, ont ensuite été, par voie de succession, soumises à la souveraineté de la République d'El Salvador, de la République du Honduras et de la République du Nicaragua conjointement, et continuent de l'être".³⁵ Nous constatons donc que, bien que la Convention exclue les baies dont plusieurs Etats sont riverains, il existe des règles dans le droit coutumier pour des situations telles que le golfe de Fonseca.

En continuant avec l'analyse de l'article 10, le paragraphe 4 nous dit que "*Si la distance entre les laisses de basse mer aux points d'entrée naturels d'une baie n'excède pas 24 milles marins, une ligne de délimitation*

³⁴ C.I.J. *Recueil* 1992 ; op. cit. (note 3), p.601.

³⁵ Ibid, p.616.

peut être tracée entre ces deux laisses de basse mer, et les eaux se trouvant en deçà de cette ligne sont considérées comme eaux intérieures.” En conséquence, toute baie dont les points d’entrée se trouvent à une distance qui dépasse les 24 mm. ne sera pas considérée comme une baie conventionnelle ou “juridique”. Tel est le cas de la baie Hudson au Canada et celle de Pierre le Grand en Russie dont les entrées mesurent 500 mm. et 108 mm.³⁶ respectivement. Ceci n’empêche pas que la convention, dans son paragraphe 5, établit que “lorsque la distance entre les laisses de basse mer aux points d’entrée naturels d’une baie excède 24 milles marins, une ligne de base droite de 24 milles marins est tracée à l’intérieur de la baie de manière à enfermer l’étendue d’eau maximale”. Le propos de cette règle est de pouvoir fermer la plus grande quantité de baies et les établir comme eaux intérieures.

En définitive, nous pouvons résumer les conditions requises pour l’existence d’une baie du point de vue conventionnel ou “juridique” comme suit : 1) Etre une échancrure, 2) Accomplir le test du demi-cercle, 3) Ne pas avoir plus de 24 milles marins entre les côtes qui se font face, 4) Que ces côtes appartiennent à un seul Etat.

2- Baies Coutumières ou “Géographiques”

Les baies “coutumières” ou “géographiques” ne sont pas comprises par le régime de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, parce qu’elles ne remplissent pas le test du demi-cercle ou ont une entrée supérieure a 24 mm.. Et quand elles remplissent ces conditions, leurs côtes appartiennent à deux ou plusieurs Etats. Parmi toutes les baies qui peuvent entrer dans cette classification, celles qui font l’objet de notre étude sont celles qui, d’une façon ou d’une autre, peuvent devenir des eaux intérieures de l’Etat côtier qui les revendique. Ce genre de baies sont plus connues sous le nom de baies historiques. C’est pour cette raison que nous allons insister plus en détail sur ce type de baies.

3- Baies et Eaux Historiques

Les baies historiques peuvent se retrouver dans les deux régimes que nous avons mentionné ci-dessus. En effet, nous avons des eaux

³⁶ Bouchez, Leo J.; *The Regime of Bays in International Law*; Leyden, A.W. Sythoff, 1964, p.224 et 229.

et des baies historiques qui se trouvent parmi les baies conventionnelles ou “juridiques”, par exemple les baies de Fundy o Chesapeake ; mais on en trouve aussi d’autres qui font partie du régime coutumier ou “géographique”, comme le golfe de Fonseca. Cette distinction est due au fait que le caractère historique de la baie est indépendant de l’évolution conventionnelle du droit de la mer, en conséquence il y a des baies qui ont été considérées comme historiques au moment où la distance pour pouvoir fermer une baie était inférieure à la distance actuelle.

Toute la théorie des baies a évolué grâce à la recherche du concept des baies historiques. La doctrine, la jurisprudence et surtout les études réalisées par la Commission du droit international, plus spécifiquement par son secrétariat,³⁷ sont à la base du développement du sujet. En effet, l’origine de cette étude remonte à la Conférence de Genève de 1958. Elle a demandé à l’Assemblée générale des Nations Unies d’entreprendre une étude sur les baies historiques. Celle ci, à son tour, vota une résolution³⁸ où elle demandait à la Commission du droit international de faire ladite étude. Finalement cette dernière décida en 1960 de commencer à travailler sur le sujet, et ce n’est qu’en 1962 que le rapport fut présenté auprès de l’Assemblée générale des Nations Unies.

L’une des premières conclusions que tira cette étude fut le fait que les principes utilisés par les Etats pour revendiquer les baies historiques ne sont pas applicables de façon exclusive aux baies. C’est à dire qu’il y a d’autres espaces maritimes, différents des baies, qui peuvent être revendiqués par les Etats. De cette façon la Commission a clarifié l’existence d’eaux historiques. En premier lieu, la notion de baies historiques fait partie du concept général d’eaux historiques, alors qu’auparavant elle constituait une notion autonome. En deuxième lieu, et comme conséquence de l’existence d’eaux historiques, des eaux considérées comme mer territoriale peuvent être revendiquées comme des eaux intérieures.

D’après l’étude réalisée par la Commission du droit international, les conditions requises pour affirmer l’existence d’une baie historique sont les suivantes : “1) l’autorité exercée sur cet espace par l’Etat qui

³⁷ A.C.D.I., op. cit.

³⁸ Résolution 1453 (XIV), adoptée le 7 décembre 1959.

se prévaut d'un droit historique; 2) la continuité de cet exercice d'autorité; 3) l'attitude des autres Etats".³⁹ A première vue, on pourrait dire que ces conditions sont claires et que leurs interprétations ne représentent aucune difficulté ; mais si nous étudions plus en détail chacun de ces concepts nous pouvons trouver d'innombrables problèmes au moment de leur application.

A- L'autorité exercée sur cet espace par l'Etat qui se prévaut d'un droit historique : Il est clair que si un Etat revendique ces eaux comme siennes, ce qui revient à dire qu'il les considère comme étant des eaux intérieures ou mer territoriale, l'autorité exercée par le dit Etat doit être la souveraineté.⁴⁰ En effet, s'il s'agit des eaux intérieures ou de la mer territoriale, selon le cas, l'Etat doit avoir sur ces espaces les mêmes droits et obligations que dans le reste du territoire, donc l'exercice de la souveraineté est la seule "autorité exercée" qui est acceptée pour qu'un Etat puisse revendiquer comme siennes des eaux et des baies historiques.

B- La continuité de cet exercice d'autorité : Cet exercice ne peut pas être interrompu, mais si l'Etat riverain perd ces droits souverains sur ces espaces maritimes, il perd alors, *ipso facto*, le droit de les revendiquer comme des eaux et des baies historiques. En conséquence, si l'exercice de la souveraineté est interrompu, l'Etat riverain ne pourra pas revendiquer l'existence d'eaux historiques, les conditions étant disparues.

C- L'attitude des autres Etats: Ce sujet sera analysé au moment d'étudier l'acquiescement.

V. LES EAUX HISTORIQUES ET LE DROIT COUTUMIER

Si ce régime n'est pas conventionnel, pour pouvoir affirmer son existence, il faut démontrer l'existence d'un régime coutumier. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer mentionne les baies historiques, non les eaux historiques. Cela présuppose leur existence sur le plan coutumier, ce que nous essayerons de démontrer.

La Cour de Justice Centraméricaine dans sa décision de 1917 a dit que le Golfe de Fonseca était une baie historique parce que les trois

³⁹ A.C.D.I., op. cit., p.15.

⁴⁰ Ibid, p.16.

pays riverains avaient exercé une “...possession séculaire ou immémoriale accompagnée de l'*animus domini*, une possession pacifique et continue acceptée par les autres nations...”,⁴¹ mais elle ne dit pas pourquoi ces règles sont applicables. Pour cette cour, il va de soi que ce régime existe, sans donner d’explication pour déterminer l’origine de ce régime coutumier.

Dans l’affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime* entre El Salvador et Honduras, (Nicaragua intervenant), la Chambre de la C.I.J. affirme que les articles relatifs aux baies dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, “...pourraient être considérées comme exprimant le droit coutumier général...”, mais que de toute façon, ces normes ne sont applicables qu’aux “baies dont un seul Etat est riverain”, et qu’elle ne s’applique pas aux “baies historiques”. Finalement, elle a conclu qu’il s’agit d’une baie historique parce que “...les Parties ainsi que l’Etat intervenant, et les commentateurs en général, conviennent qu’il s’agit d’une baie historique...”.⁴² Ce qui ne nous est pas très utile non plus, parce que dès le départ elle considère comme acquise l’existence d’un régime coutumier.

Dans l’affaire du *Plateau Continental* entre la Tunisie et Jamahiriya arabe libyenne, la C.I.J. affirme que “...la question reste régie par le droit international général, lequel ne prévoit pas de régime unique pour les “eaux historiques” ou les “baies historiques”, mais seulement un régime particulier pour chaque cas concret...”.⁴³ En outre, l’étude réalisée par le secrétariat de la Commission du droit international affirme à propos des baies historiques que “en partant du fait qu’il est universellement reconnu dans la doctrine et la pratique du droit international que, dans certaines circonstances, les Etats peuvent, pour des motifs historiques, revendiquer valablement certaines eaux adjacentes à leurs côtes”.⁴⁴ Ils ont fait l’étude sur la base de son existence.

Suivant la théorie généralement acceptée sur le droit coutumier, nous trouvons que la condition requise pour considérer l’existence d’une norme coutumière est la présence d’un élément matériel et d’un élément psychologique. Le premier fait allusion aux



⁴¹ Salvador v. Nicaragua ; op. cit., p.705 ; Traduction vers le Français faite par la C.I.J. dans : *C.I.J. Recueil 1992* ; op. cit., p.244.

⁴² *C.I.J. Recueil 1992* ; op. cit., p.241.

⁴³ Affaire du Plateau Continental. Arrêt du 24 février 1982: *C.I.J. Recueil 1982*, p.74.

⁴⁴ A.C.D.I., op. cit., p.7.

comportements des Etats susceptibles de constituer des précédents et la répétition de ceux ci dans le temps et dans l'espace ; le deuxième se compose de l'*opinio juris*.⁴⁵

1- Élément Matériel

A- Comportements des Etats susceptibles de constituer des précédents

Du point de vue de l'élément matériel, existe-t-il des comportements des Etats susceptibles de constituer des précédents?

En Europe, la Finlande considère le golfe de la Finlande comme une baie historique, ainsi que la Russie; la France et la Grande Bretagne considèrent la baie de Granville comme des eaux intérieures de la France selon le traité signé à Paris en 1839.⁴⁶ La même situation se reproduit avec l'embouchure du fleuve Elbe par l'Allemagne.⁴⁷ L'Italie, selon le décret présidentiel numéro 816 du 26 avril 1977, considère la baie de Taranto comme une baie historique.⁴⁸ Pour sa part, la Russie considère comme des eaux intérieures la baie de Pierre le Grand selon le décret du Conseil des Ministres de l'URSS publié le 21 juillet 1957.⁴⁹

En Afrique, la Libye considère le Golfe de Syrte comme des eaux intérieures du pays selon une note verbale du 19 octobre 1973;⁵⁰ de même que la Tunisie envers le Golfe de Gabès, ici la limite entre les eaux intérieures et la mer territoriale est donnée par une isobathe de 50 mètres.

En Amérique Centrale, comme nous l'avons déjà vu, trois Etats (Salvador, Honduras et le Nicaragua) considèrent que le golfe de Fonseca est une baie historique ; le Panama considère que le golfe de Panama en est une aussi, et l'a ainsi exprimé par la loi numéro 9 du 30 janvier 1956 ; le Costa Rica et la Colombie l'ont accepté dans leurs traités

⁴⁵ Nguyen Quoc Dinh; Daillier, Patrick et Pellet, Alain; *Droit international public*; Paris, L.G.D.J., 1999, p.321- 328.

⁴⁶ Fulton, Thomas Wemyss; *The Sovereignty of the Sea*; Edimburgh and London, William Blackwood and Sons, 1911, p.612.

⁴⁷ Ibid, p.633.

⁴⁸ Francalacci, G. et Scovazzi, T.; *Lines in the Sea*; Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p.88.

⁴⁹ Clark, Merrill Wesley; *Historic Bays and Waters*; New York, Oceana Publications, Inc., 1994, p.160.

⁵⁰ Francalacci, G. et Scovazzi, T.; op. cit., p.86. Voir aussi Blum Yehuda Z. ; " The Gulf of Sidra Incident " ; *A.J.I.L.*, Vol. 80 (1986), p.668 et 669.

de délimitation maritime avec le Panama, conclus le 2 février 1980 et le 20 novembre 1976 respectivement.⁵¹

En Amérique du Sud, la Colombie a accepté l'existence du régime panaméen dans le traité de délimitation des zones marines et sous-marines et à des sujets connexes, signé à Carthagène, le 20 novembre 1976. Dans l'article III, il est stipulé que : "La République de la Colombie, consciente que sa reconnaissance expresse du caractère de baie historique du grand golfe de Panama revêt une grande importance pour que ce caractère ne puisse être contesté, déclare qu'elle ne formule aucune objection à l'égard des dispositions adoptées à cet égard par la République du Panama dans sa loi n° 9 en date du 30 janvier 1956."⁵² Pour Drago⁵³ et pour Gidel⁵⁴ le Rio de la Plata, en Argentine, était une baie historique ; il faut tenir compte qu'aujourd'hui les lignes de base ont été tracées à l'entrée du fleuve et il est considéré comme un estuaire, selon le traité signé entre l'Argentine et l'Uruguay en 1961.⁵⁵ Finalement, le Venezuela considère le golfe de Venezuela, ou de Coquivacoa, comme étant une baie historique⁵⁶ décision à propos de laquelle la Colombie a de façon répétée indiquée son désaccord.

En Amérique du Nord, les Etats Unis et le Canada nous offrent beaucoup de précédents sur ce sujet. Le Canada considère la baie d'Hudson comme une baie historique⁵⁷ ainsi que le Golfe de Saint-Laurent.⁵⁸ Selon un communiqué du 6 mars 1975, le Département des affaires Etrangères soutient que "Le Gouvernement du Canada considère que les eaux du Golfe Saint Laurent sont des eaux historiques canadiennes...".⁵⁹ De leur côté, les Etats Unis considèrent comme baies historiques les suivantes : Chesapeake, Delaware et Monterrey, pour ne citer que les plus connues.⁶⁰



⁵¹ Ibid, p.82.

⁵² Traité relatif à la délimitation des zones marines et sous-marines et à des sujets connexes entre la Colombie et le Panama. Signé à Carthagène le 20 novembre 1976. *Recueil des Traités*, Vol.1074, N°16398, p.228.

⁵³ The North Atlantic Coast Fisheries case, (Grande Bretagne / Etats-Unis), sentence du 7 septembre 1910. *Recueil des Sentences Arbitrales*, Vol XI, p.206.

⁵⁴ Gidel, Gilbert; *Le droit international public de la mer*, T. III, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1981, p.653.

⁵⁵ Churchill, R.R. et Lowe, A.V.; op. cit., p.47.

⁵⁶ Vázques Carrizosa, Alfredo; *Colombia y Venezuela. una historia atormentada*; Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1988, p.472.

⁵⁷ Gidel, Gilbert; op. cit., p.660.

⁵⁸ Lorient, François; *La théorie des eaux historiques et le régime juridique du Golfe de Saint Laurent en droit interne et international*; Quebec, 1972, p.643.

⁵⁹ Copithorne M.D. ; " Canadian Practice in International Law During 1975 as Reflected Mainly in Public Correspondence and Statements of the Department of External Affairs " ; *C.Y.I.L.*, 1976, Vol XIV, p.324.

⁶⁰ Le Baies Historiques ; Document A/CONF.13/1 ; op. cit., p. 4 et 8 ; Goldie, L.F.E. ; " Historic Bays in International Law – An Impressionistic Overview " ; *Syr. J. Int'l. L. & Com.*, Vol. 11, N° 3, 1984, p.233

Le plus grand apport des Etats-Unis envers l'existence des baies et des eaux historiques sous un régime coutumier est dû aux précédents négatifs, c'est à dire, lorsqu'ils n'acceptent pas les eaux et les baies historiques revendiqués par des Etats tiers. En effet, ils se sont prononcés contre l'existence des baies historiques du Golfe de Panama,⁶¹ la baie d'Hudson,⁶² le golfe de Syrte,⁶³ Golfe de Taranto⁶⁴ et la baie de Pierre le Grand,⁶⁵ pour ne citer que quelques cas. Nous ne pouvons pas qualifier cette position comme "persistant objector", parce que les Etats Unis n'ont jamais nié l'existence des eaux et des baies historiques comme norme coutumière. Cette position négative ne fait que ratifier son existence. Nous devons tenir compte aussi qu'ils ont été les premiers à revendiquer des eaux et des baies historiques comme des eaux intérieures de l'Etat.

A notre avis, cette tendance à ne pas accepter les revendications des Etats tiers est due au fait qu'étant une puissance maritime, ils ne veulent pas que des espaces maritimes où, en principe, tous les Etats ont un droit de liberté de navigation, deviennent de navigation restreinte par le biais des eaux et des baies historiques. Comme l'a dit la C.I.J. "si un Etat agit d'une manière apparemment inconciliable avec une règle reconnue, mais défend sa conduite en invoquant des exceptions ou justifications contenues dans la règle elle-même, il en résulte une confirmation plutôt qu'un affaiblissement de la règle, et cela que l'attitude de cet Etat puisse ou non se justifier en fait sur cette base".⁶⁶

Avec les exemples cités, nous pouvons conclure que les Etats ont crée suffisamment de précédents pour qu'on puisse considérer que l'élément matériel en tant que première condition de la coutume se vérifie.

B- Répétition du précédent dans le temps

Regardons maintenant si la deuxième condition, à savoir la répétition du précédent dans le temps est présente. La Cour a dit dans

⁶¹ Francalacci, G. et Scovazzi, T.; op. cit., p.82.

⁶² Gidel, Gilbert; op.cit. (note 54), p. 660.

⁶³ Francalacci, G. et Scovazzi, T.; op. cit., p.86.

⁶⁴ Ibid, p.88.

⁶⁵ Clark, Merrill Wesley; op. cit., p.191-194.

⁶⁶ C.I.J. Recueil 1986 ; op. cit., p.98.

l'affaire du *Droit d'asile* que la "pratique doit être constante et uniforme".⁶⁷ Les exemples mentionnés montrent que les Etats en question continuent à considérer ces espaces maritimes comme étant des eaux intérieures, même si certaines ne sont pas devenues des baies conventionnelles ou "juridiques" comme conséquence de l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies de 1982. En effet, l'élargissement de 3 mm à 12 mm de la mer territoriale et le fait d'accepter que l'entrée des baies ait une distance maximale de 24 mm ont eu comme conséquence que le nombre des baies coutumières ou "géographiques" a diminué. Beaucoup de baies historiques, telles que celles de Fundy ou de Chesapeake aux Etats-Unis, sont devenues des baies conventionnelles ou "juridiques" parce que leur entrée n'est pas supérieure à 24 mm. Ceci ne veut pas dire qu'elles ne soient plus des baies historiques.

Ce fait ne change en rien la situation des autres baies qui ne sont pas encore cataloguées comme des baies conventionnelles ou "juridiques". Les revendications des Etats sont toutes semblables, elles font référence à l'exercice d'une souveraineté pendant un laps de temps immémorial et à l'acquiescement des Etats tiers. Par exemple, nous pouvons citer à nouveau la loi No. 9 du 30 janvier 1956 de l'Assemblée Nationale de Panama,⁶⁸ l'arrêt de la Cour Centraméricaine du 9 mars 1917⁶⁹ et la note verbale du 19 octobre 1973 du Gouvernement libyen.⁷⁰ Certaines déclarations ont plus d'arguments que d'autres, comme la sécurité et les aspects économiques, mais ce ne sont pas des conditions *sine qua non* pour la revendication de ces espaces maritimes, comme nous le verrons dans le chapitre respectif.

On peut se demander quel est le temps nécessaire pour que cette pratique devienne une norme coutumière. La Cour, dans les affaires du *Plateau continental de la Mer du nord* a dit que "le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas en soi, un empêchement à la formation d'une nouvelle règle de droit international coutumier".⁷¹ Dans la même affaire, le juge Tanaka dit, dans son opinion dissidente, que



⁶⁷ Affaire du Droit d'asile. Arrêt du 20 novembre 1950: C.I.J. Recueil 1950, p.277.

⁶⁸ Traité relatif à la délimitation des zones marines et sous-marines et à des sujets connexes entre la Colombie et le Panama ; Op. Cit., p.228.

⁶⁹ Salvador v. Nicaragua ; Op. Cit.

⁷⁰ Rousseau, Charles ; " Chronique des faits internationaux " ; R.G.D.I.P., Tome LXXVIII, 1974, p.1177.

⁷¹ Affaire du Plateau continental de la mer du nord. Arrêt du 20 février 1969: C.I.J. Recueil 1969, p.43.

“...le rythme rapide de la vie internationale actuelle, favorisé par des communications et des modes de transport extrêmement efficaces, a réduit l'importance du facteur temps et permis d'accélérer la formation du droit international coutumier. Ce qui nécessitait une centaine d'années autrefois peut en prendre moins de dix à présent”.⁷² Nous voyons donc que le laps de temps nécessaire pour la création d'une règle coutumière n'est pas précise. Selon Rosalyn Higgins, cette accélération dans la création des normes coutumières est apparue avec la création des Nations Unies.⁷³ Nous voyons qu'il n'y a pas un laps de temps fixe, tout dépendra du cas d'espèce. Or, dans le cas qui nous concerne, si nous tenons compte que depuis 1793 la baie de Chesapeake est considérée comme étant sous la juridiction et l'autorité des Etats-Unis, qu'en 1992 la Cour a dit que le golfe de Fonseca est une baie historique et qu'il y a plusieurs Etats qui ont donné leur acquiescement aux Etats qui les revendiquaient, nous croyons alors que le temps requis pour la création d'une règle coutumière est largement suffisant.

2- Elément Psychologique ou opinio juris

Nous avons vu qu'un grand nombre d'Etats ont revendiqué des espaces maritimes comme des eaux et des baies historiques. Dans ces cas, il est clair qu'ils se croient obligés de respecter ces mêmes espaces existant en faveur d'autres Etats. Nous considérons que même les Etats Unis, qui sont ceux qui ont présenté le plus grand nombre d'objections envers les revendications des Etats tiers, acceptent l'existence de ce régime coutumier. En effet, dans leurs objections ils ne disent pas que les eaux et les baies historiques n'existent pas. Bien au contraire, c'est en proclamant l'existence de ce régime et des conditions relatives, qu'ils s'opposent à la revendication de certains Etats. Par exemple, ils disent que la baie Pierre le Grand “was neither a juridical nor historic bay, and it chose to view the appropriation as contrary to international law and a violation of the rights of all mankind”.⁷⁴ Ils acceptent ainsi l'existence du régime. Auparavant, ils avaient accepté que le golfe

⁷² Ibid, p.178.

⁷³ Higgins, Rosalyn; *Problems & Process. International Law and How We Use It*; Oxford, Clarendon Press, 1998, p.23.

⁷⁴ Clark, Merrill Wesley; op. cit., p.191-192.

de Fonseca était une baie historique.⁷⁵ Les Etats Unis acceptent l'existence des baies historiques, le "Department of State" a dit dans un mémorandum le 17 septembre 1973 que selon le Gouvernement des Etats Unis pour qu'une baie puisse être considérée comme historique, l'Etat intéressé devait montrer : "A- open, notorious and effective exercise of authority over the bay by the coastal nation ; B- continuous exercise of authority ; C- acquiescence by foreign nations in the exercise of that authority...".⁷⁶ Avec ces précédents, nous croyons que leur conviction sur l'existence de ce régime ayant une base coutumière ne peut pas être mise en doute.

De la sorte, l'existence des règles coutumières relatives aux eaux et aux baies historiques ne peut pas être mise en question, même si l'application de ces règles est souvent obscure et difficile. Comme le dit le juge Jonkheer Van Eysinga de la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* : "lorsque la Cour doit appliquer du droit non écrit, elle se trouve sans doute souvent en présence des difficultés. Mais il y a aussi des avantages, notamment celui que les règles de droit non-écrit ne sont, de par leur libellé, précisément pas rigides".⁷⁷

VI. LES TITRES HISTORIQUES

Quand nous parlons des eaux et des baies historiques, nous pensons au rapport direct existant avec les titres historiques que la doctrine et la jurisprudence considèrent comme l'une des conditions nécessaires pour la revendication de ces espaces maritimes. Selon la doctrine, un Etat exerce sa souveraineté sur des eaux considérées comme historiques parce qu'elle est basée sur un titre historique. Selon M. Yehuda Blum "the historic title is the outcome of a lengthy process comprising a long series of acts, omissions and patterns of behaviour which, in their entirety, and through their cumulative effect, bring such a title into being and *consolidate* it into a title valid in international law".⁷⁸ Cette consolidation historique est faite grâce à tous les faits développés à

⁷⁵ C.I.J. Recueil 1992 ; op. cit., p.246.

⁷⁶ Rovine, Arthur W. ; " Contemporary Practice of the United States Relating to International Law " ; A.J.I.L., Vol. 68 (1974), p.107.

⁷⁷ Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt du 28 février 1939, C.P.J.I. Série A/B 76 (No. 88), p.35.

⁷⁸ Blum, Yehuda Z. ; *Historic Titles in International Law*. La Haye, Martinus Nijhoff, 1965, p.335.

travers le temps, qui ont fini par instaurer un usage accepté par les Etats tiers, créant ainsi ce qu'on appelle un titre historique.

Plus récemment, dans la sentence arbitrale du 9 octobre 1998 dans le différend entre l'Erythrée et le Yémen, le tribunal dans sa décision affirme: "The notion of an historic title was well established in international law but had two different meanings: that of an ancient title long established by common repute, and that of a title created or consolidated by a process of prescription, acquiescence or long possession".⁷⁹ La définition qui nous intéresse est la seconde, même si nous ne la partageons pas dans son intégralité. Nous ne prenons pas en compte la première définition parce qu'il s'agit d'un titre qui est ancien ; tandis que la deuxième explique un titre nouveau et qui est créé par une consolidation historique. Nous disons ne pas être d'accord avec toute la définition parce que nous considérons que la prescription n'est pas un moyen d'établir un titre historique en droit international public.⁸⁰

Bien que la doctrine énonce différents éléments qui doivent être présents, les conditions qui sont requises de façon *sine qua non* pour que cette consolidation historique devienne un titre historique sont la possession effective, l'acquiescement et l'écoulement du temps.

1. La possession effective

La possession effective a eu son grand développement dans la sentence arbitrale de l'affaire de l'*Ile de Palmas*. L'arbitre, Max Huber, nous dit que la possession est "peaceful and continuous display of state authority".⁸¹ Une autre définition est celle de : "terme emprunté au droit privé et qui, dans l'ordre international, désigne la situation de l'Etat qui exerce effectivement son autorité sur un territoire considéré".⁸² La théorie de la possession nous dit qu'il est indispensable qu'il y ait le *corpus* et le *animus possidendi*, comme le dit M. Kohen "en exigeant la présence de ces deux éléments constitutifs

⁷⁹ Territorial Sovereignty and scope of the dispute (Erythrée/Yémen), sentence du 9 octobre 1998. *International Law Reports*, Vol. 114, Cambridge, Cambridge University Press, p.5.

⁸⁰ Supra, Chapitre VI.

⁸¹ Island of Palmas case, (Pays-Bas/Etats Unis), sentence du 4 avril 1928. *Recueil des Sentences Arbitrales*, Vol. II, p.867.

⁸² Union Académique Internationale ; « Dictionnaire de la terminologie du droit international » ; Paris, Sirey, 1960, p.462.

de la possession, on veut signaler que la seule maîtrise ou la seule volonté de posséder n'est pas suffisante ; il faut que les deux éléments soient réunis".⁸³ Regardons en quoi consistent ces deux expressions latines qui sont à la base de toute la théorie de la possession.

A- *Elément Matériel ou corpus possessionis*

"Qui dit *corpus possessionis* en droit international dit essentiellement exercice des fonctions étatiques dans les trois grands domaines, désignés traditionnellement comme étant les fonctions administrative, législative et judiciaire".⁸⁴ Selon cette théorie généralement acceptée, si un Etat exerce ces trois fonctions nous nous trouvons face à cet élément matériel requis, comme un des éléments nécessaires pour établir une possession. Mais de quelle façon ces actes peuvent-ils être tangibles ? Il est clair que l'application sur ces territoires des décisions prises par les différents organes étatiques montre de façon claire et nette qu'il y a une présence physique dudit Etat sur les territoires en question, et qu'en conséquence il y a un exercice de souveraineté.

Cette théorie est facilement compréhensible sur le territoire même de l'Etat, où la population qui y habite voit de façon effective la présence physique dudit Etat. Cette présence physique est exprimée par les trois grandes fonctions administrative, législative et judiciaire. Il est bien plus difficile d'exercer ces fonctions sur les espaces maritimes où il n'y a pas de population sur laquelle cet élément matériel est appliqué de façon effective. L'effectivité de cet élément sur les espaces maritimes est présentée par le droit interne, c'est dans la Constitution et dans les lois que cet exercice se fait en établissant les limites juridictionnelles de l'Etat, ainsi que les droits de pêche, la protection de l'environnement, la construction des phares, l'activité des navires des forces armées, et en général toute l'activité étatique sur les eaux revendiquées.⁸⁵



⁸³ Kohen, Marcelo G.; *Possession contestée et souveraineté territoriale*; Paris, P.U.F., Publications de l'Institut universitaire des hautes études internationales. Genève, 1997, p.205.

⁸⁴ Ibid, p.208.

⁸⁵ Territorial Sovereignty and scope of the dispute ; op. cit., p.74-86.

B- Élément subjectif ou *animus possessionis*

Cet élément subjectif en droit interne est considéré comme étant la volonté d'exercer la possession. Cette volonté a un caractère psychologique qui est exprimé par la croyance d'être le maître et propriétaire du bien, d'avoir l'*animus possidendi*.⁸⁶ C'est-à-dire qu'il a le droit du *usus*, *fructus* et de l'*abusus* sur le bien immeuble comme il est établi dès le droit romain pour le droit des biens. Il est vrai que dans la plupart des situations imaginables où l'élément matériel est présent, nous trouvons aussi l'élément subjectif ; mais il y a certaines situations qui font partie de l'*animus* d'un Etat mais sans que le *corpus* soit présent, par exemple quand un Etat a la ferme conviction d'être le souverain sur un territoire mais la possession est exercée par un autre Etat,⁸⁷ ou des situations dans lesquelles un Etat exerce la possession sans être le souverain, par exemple les Etats-Unis par rapport au Canal de Panama jusqu'au 31 décembre 1999.⁸⁸

D'un point de vue général, nous pouvons dire que "ce qui caractérise la possession est donc la *maîtrise physique* actuelle et potentielle d'un territoire, le fait que cet exercice se déploie à *l'intérieur même* du territoire considéré".⁸⁹ Si cette maîtrise physique n'est pas effective la possession est inexistante. En conséquence, si nous nous trouvons en présence de ces deux éléments, nous pouvons conclure qu'il y a une possession effective de la part d'un Etat. Mais cela ne veut pas dire qu'il y ait déjà un titre historique, parce que pour cela nous avons besoin de deux autres éléments, l'acquiescement et l'écoulement du temps.

Il est curieux que même si le sujet des titres historiques est connu pour être du domaine territorial, il trouve ses sources dans le droit de la mer, spécifiquement dans la théorie des baies historiques.⁹⁰ Les conditions classiques exigées pour les titres historiques, tels que l'exercice effectif de la souveraineté et l'acquiescement de l'autre

⁸⁶ Alessandri, Arturo et Somarriva, Manuel ; *Los Bienes y los Derechos Reales* ; Santiago, Editorial Nascimento, 1984, p.444.

⁸⁷ Kohen, Marcelo ; op. cit., p.223-224.

⁸⁸ Traité concernant la neutralité permanente et le fonctionnement du canal de Panama. Signé à Washington le 7 septembre 1977. *Recueil des Traités*, Vol. 1161, N° 18342, p.189-191.

⁸⁹ Kohen, Marcelo ; Op. Cit., p.205.

⁹⁰ Blum, Yehuda Z. ; op. cit., p.241: «...the doctrine of historic titles in general has, in fact, evolved from the theory of historic bays and thus has its roots in the sphere of the law of the sea.»

Etat, ou des autres Etats, ne peuvent pas être appliqués selon les mêmes paramètres dans un différend territorial que dans un différend maritime. Selon la première condition, la souveraineté exercée sur des espaces terrestres est plus facile à identifier que celle qui peut être exercée sur les espaces maritimes. Il s'agit de songer à une population clairement identifiable.

2. L'acquiescement

L'acquiescement est la deuxième condition requise pour l'existence d'un titre historique. Selon le dictionnaire de la Terminologie du Droit International ce concept est un "terme de procédure désignant l'acte par lequel une partie à un différend accepte, expressément ou tacitement, purement et simplement ou sous condition, une allégation ou prétention de l'autre partie".⁹¹ Selon la C.I.J., l'acquiescement est "une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement".⁹² L'acquiescement est l'interprétation du silence d'un Etat comme une acceptation des faits, actes ou situations. Il est généralement reconnu depuis la sentence arbitrale relative aux *Frontières colombo-vénézuéliennes* que "l'absence de protestation est, en droit international, une des formes de l'acceptation ou de la reconnaissance de certains faits".⁹³

Selon le professeur Kohen, les conditions d'existence de l'acquiescement sont les suivantes:

- a- La connaissance des actes ou thèses auxquels on acquiesce: le sujet qui acquiesce doit être au courant de la situation, dans le cas contraire il serait impossible qu'elle se présente;
- b- L'intention de s'engager: "le sujet qui s'est exprimé avait l'intention de s'engager dans la direction indiquée par son comportement",⁹⁴
- c- La charge de réagir : pour l'auteur il s'agit d'un manque de réaction à l'égard du comportement ou de la thèse d'un autre sujet;



⁹¹ Dictionnaire de la terminologie du droit international; op. cit., p.12.

⁹² Affaire de la Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe de Maine. Arrêt du 12 octobre 1984: C.I.J. Recueil 1984, p.305.

⁹³ Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes, (Colombie/Venezuela), sentence du 24 mars 1922. Recueil des Sentences Arbitrales, Vol I, p.251.

⁹⁴ Kohen, Marcelo ; op. cit., p. 284.

- d- Une acceptation “claire et constante” des faits et situations créés par l’autre sujet; et
- e- Le consentement ne doit pas être vicié et doit être légalement possible: l’acquiescement ne peut pas aller à l’encontre d’une norme impérative du droit international.⁹⁵

D’un autre point de vue, Il est très difficile d’établir l’existence de l’acquiescement pour la formation d’un titre historique sur des espaces maritimes. En effet, selon la théorie de Hugo Grotius du *mare liberum*, les espaces maritimes revendiqués comme des eaux et des baies historiques sont des eaux normalement considérées comme étant la haute mer. En conséquence, tous les Etats ont les mêmes droits sur ces eaux. C’est pour cela que ce genre de revendications a besoin de l’acquiescement de la communauté internationale. Yehuda Blum s’exprime à cet égard ainsi “..since the high seas cannot be appropriated by any single State and all member-States of the international community enjoy equal rights over them, a maritime historic title has to be acquired as a rule, at the expense of the entire community of States, whereas an historic title to land territory is normally acquired at the expense of only one other State”.⁹⁶

Si nous suivons cette condition de façon stricte, il serait très difficile d’établir l’existence d’un titre historique, puisqu’il serait pratiquement impossible d’avoir l’acquiescement des cent quatre vingt dix Etats membres des Nations Unies, ainsi que de ceux qui ne sont pas membres, qui conforment la communauté internationale aujourd’hui. Pour cela certains auteurs nous disent qu’il ne faut pas parler dans ce domaine d’une majorité arithmétique, il faut parler d’une majorité fonctionnelle.⁹⁷ Nous croyons, en effet, que cette distinction est tout à fait appropriée, ce n’est pas la même chose pour un Etat qu’il ait l’acquiescement d’un autre Etat qui se trouve dans son espace d’influence géographique, que ne pas recevoir l’acquiescement d’un pays qui se trouve en dehors de cette espace. M. Yehuda Blum cite comme exemple que l’acquiescement de l’Afghanistan n’est peut pas être de la même valeur que celui de la Suède en relation avec des titres historiques demandés par le Danemark.⁹⁸

⁹⁵ Ibid, p.283-290.

⁹⁶ Ibid, p.241.

⁹⁷ A ce propos voir: Blum, Yehuda Z.; op. cit., p.251 et 252.

⁹⁸ Ibid, p.252.

A *contrario sensu*, il faut tenir compte des mêmes conditions envers la non reconnaissance d'un titre historique, par exemple les protestations faites envers la Libye au moment où celle-ci a déclaré de façon unilatérale que le Golfe de Syrte était une baie historique. Plusieurs Etats ont protesté face à cette déclaration, dont l'Australie, la France, la Norvège, le Royaume Uni, les Etats Unis et l'ancienne Union des Républiques Socialistes Soviétiques.⁹⁹ Certains d'entre eux se sont même chargés de démontrer à la Libye qu'elle n'exerçait aucune souveraineté sur ce golfe, comme ce fut le cas de l'incident aérien avec les Etats-Unis.¹⁰⁰

Pour réunir les deux conditions requises pour l'existence d'un titre historique, la Cour Centraméricaine, dans l'affaire entre la République d'El Salvador et la République du Nicaragua, affirmait: "A secular possession such as that of the Gulf, could only have been maintained by the acquiescence of the family of Nations."¹⁰¹ Pour ces raisons dans le cadre de cet article nous allons faire face à la troisième condition que nous considérons comme *sine qua non* pour l'obtention d'un titre historique, le temps.

3. Le temps en tant que facteur pour la cristallisation d'un titre historique

Cet élément est, sans aucun doute, le plus controversé. Il est difficile d'établir, en effet, une durée juste pour déterminer s'il y a une cristallisation d'un titre historique. A ce propos, la doctrine est divisée. Une partie considère que le temps n'est pas un facteur important dans ce domaine. Grotius affirme que "le temps n'a aucune vertu productrice, et rien ne se fait par le temps, quoique tout se fasse dans le temps".¹⁰² Le professeur Kohen dit que "le temps en soi ne crée pas la souveraineté, pas d'avantage qu'il n'interprète un traité ou un autre titre".¹⁰³ Par contre, R. Kolb parle de l'existence d'un triptyque confirmé par les trois éléments en question qui sont :

⁹⁹ Churchill, R. R. and Lowe, A. V.; op. cit., p.45.

¹⁰⁰ Problèmes Juridiques ; A.F.D.I. ; Vol. XXVII, 1981, p.417.

¹⁰¹ Salvador v. Nicaragua. Op. cit., p.701.

¹⁰² Grotius, Hugo ; Le droit de la guerre et de la paix ; Livre II, Chap.IV, pg I, 210 ; Paris, PUF. 1999. Traduit par P. Pradier-Fodéré.

¹⁰³ Kohen, Marcelo ; " L'influence du temps sur les règlements territoriaux " ; S.F.D.I., Colloque de Paris, 2000, p.30.

l'effectivité, l'acquiescement et le temps.¹⁰⁴ Nous croyons aussi que le temps est une des trois conditions *sine qua non* pour déterminer l'existence d'un titre historique. Nous considérons que les trois éléments sont inséparables. Si le triptyque s'avérait être défectueux en raison de l'absence d'un des trois éléments, la cristallisation du titre historique ne pourrait se faire.

Si le temps est l'un des éléments nécessaires pour la constitution de ces titres, la question est de savoir quelle est la durée nécessaire pour qu'un pays puisse exercer sa souveraineté sur un espace maritime. Voilà un sujet que la doctrine essaye d'éclaircir depuis longtemps, et même si beaucoup d'encre a coulé pour essayer d'y répondre, elle reste toujours floue en droit international public.

Une grande partie de la doctrine affirme qu'il faut un temps "long", "assez long", "immémorial", "ancien", et le droit international n'établit pas un laps de temps spécifique pour consolider un titre historique. Nous croyons que le concept du "délai raisonnable" n'est pas applicable dans ce domaine, à moins que son application se fasse *a contrario sensu*. Ceci veut dire que le délai est tellement long qu'il n'est plus raisonnable. On peut aussi concevoir le raisonnable comme un laps de temps excessivement long, et pourtant, on ne connaît pas le moment de son début. Nous considérons la formule du "temps immémorial" comme étant la plus appropriée pour cerner le concept des titres historiques, et nous entendons par ceci un temps "qui remonte à une époque si ancienne qu'elle est sortie de la mémoire".¹⁰⁵ Les autres concepts mentionnés ci-dessus ont une signification plus précise, c'est-à-dire, un délai contenant un début et une fin qui sont facilement déterminables. Par contre si nous parlons du temps immémorial, nous faisons référence à un laps de temps intangible, dont il est impossible de fixer un début et une fin à la succession temporelle, ce qui empêche aussi d'établir le début de l'exercice de la souveraineté sur les espaces revendiqués.

Ainsi donc, l'acquiescement des pays est dû à l'exercice d'une pratique, d'un usage ou une coutume qui se fait naturellement, parce que cela a toujours été ainsi. "It is quite natural that the establish-

¹⁰⁴ Kolb, Robert ; *La bonne foi en droit international public*; Genève, Thèse de doctorat, 1999, p.383-384.

¹⁰⁵ Dictionnaire Alphabétique et Analogique de la Langue Française; op. cit.

ment of sovereignty may be outcome of a slow evolution, of a progressive intensification of State control".¹⁰⁶ L'Etat riverain exerce sa souveraineté de façon claire depuis un laps de temps qui "est sorti de nos mémoires". Et comme il est souverain sur ces espaces, il est évident que sur ces eaux il exerce toutes les compétences souveraines du pays telles que le droit fiscal, pénal et civil, comme nous l'avons déjà expliqué.¹⁰⁷ De cette théorie découle le fait que les autres Etats acceptent cette réalité et, d'une façon ou d'une autre, acceptent que le droit interne de l'Etat riverain soit applicable.

4- Autres éléments énoncés par la jurisprudence et la doctrine

La doctrine et la jurisprudence ont également relevé plusieurs éléments importants pour établir une possession effective sur un espace maritime et, par conséquent, pour déterminer l'existence d'un titre historique. Ces éléments sont, entre autres, les aspects économiques, géographiques et de sécurité nationale. Ceci voudrait dire que, par exemple, la condition économique d'un Etat riverain et ses rapports de commerce internationaux seraient une autre condition pour assurer la possession effective d'un espace maritime et déterminer un titre historique.

La Cour Centraméricaine de Justice fut la première à considérer ces aspects comme étant des raisons valables pour la consolidation d'un titre historique. Dans l'affaire entre El Salvador et le Honduras la Cour a décidé qu'il y avait un *res communis* sur le Golfe de Fonseca entre les trois Etats côtiers (El Salvador, Honduras et le Nicaragua), reconnaissant que ce Golfe est une baie historique. Elle a basé sa décision sur l'existence de facteurs économiques,¹⁰⁸ soutenant la thèse de l'existence d'une baie historique avec une souveraineté partagée entre les trois Etats. Pour la Cour, la possession par les trois Etats étant incontestable, elle a considéré important de faire appel à d'autres éléments subsidiaires telles que l'aspect économique

¹⁰⁶ Island of Palmas case ; op. cit., p.867.

¹⁰⁷ Infra, Chapitre V.

¹⁰⁸ Salvador v. Nicaragua. Op. cit., p.704-705. La Cour a dit: «... they are destined to great commercial, industrial and agricultural development; their products, like those of the departments in the interior of those States, must be exported by way of the Gulf of Fonseca and through that Gulf must also come the increasing importations.»

pour fonder sa décision. Nous croyons que si ces conditions peuvent se présenter comme des faits accompagnant la décision d'un titre historique, ils ne peuvent pas être à la base des conditions requises pour l'obtention de ce titre. Ils pourraient être appliqués comme des fondements à l'appui dans des cas concrets. Ceci ne va pas à l'encontre de l'idée que les trois éléments essentiels pour la consolidation d'un titre historique sont l'effectivité, l'acquiescement et le temps, et non les facteurs exogènes à la figure en tant que telle. Les facteurs économiques, géographiques et même de sécurité nationale peuvent devenir des conditions fondamentales pour un pays, mais cette importance ne doit pas être confondue avec les conditions *sine qua non* pour démontrer la possession effective d'un Etat sur un espace maritime.

En outre, les facteurs exogènes mentionnés ne sont pas immuables, ils changent et se développent tous les jours, et les pays changent eux aussi leurs priorités économiques et de sécurité nationale. Ceci a des conséquences aussi bien pour la définition de la possession effective que pour l'acquisition des titres historiques et dans ces conditions, on ne peut pas acquérir ce genre de titres. Finalement ce raisonnement montre que tenir compte de ces facteurs exogènes serait une menace pour la sécurité juridique, laquelle est la base de toute ordre juridique.

VII. LA PRESCRIPTION ET LES EAUX ET BAIES HISTORIQUES

Une autre question soulevée dans cet article est celle de la prescription comme instrument d'acquisition de souveraineté sur un espace maritime, c'est-à-dire, la question de savoir si un Etat peut considérer comme soumis à sa souveraineté des espaces maritimes qui, en principe, font partie de la haute mer.

La prescription en droit international public a eu un développement assez contradictoire. Une partie de la doctrine conteste son existence, ce qui a fait que les conditions d'applicabilité ne sont pas claires. Comme le dit le professeur Robert Kolb : "Il reste peu de domaines du droit international où la pensée reste autant prisonnière d'incertitudes terminologiques et d'imprécisions conceptuelles qu'en celui de la prescription. Les éléments du principe sont incertains. Son fondement juridique ne l'est pas moins. Le rôle des ordres juridiques internes prête à controverse. L'influence du droit privé et du droit romain, souvent mal connus, augmente la confusion. La

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 33-76, enero-junio de 2003

pratique est difficile à classer, plus difficile encore à analyser ...".¹⁰⁹ En dépit de ces commentaires nous essayerons de déterminer s'il est possible de parler de la prescription comme un élément du droit international public.

1- Le concept de prescription

En droit interne, il existe la prescription acquisitive et la prescription extinctive du domaine. Seule la première est d'intérêt pour le droit international considéré en tant que mode d'acquisition de la propriété. La deuxième étant un mode de perte n'est pas de son intérêt. La prescription acquisitive ou *usucapion* du droit romain est définie comme étant "l'acquisition de la propriété par l'effet de l'expiration du laps de temps prévu par la loi...".¹¹⁰ Cette définition soulève le passage du temps comme caractéristique essentielle pour l'acquisition d'un bien. C'est pour cette raison que la prescription est un des modes anciens d'acquisition de la propriété, mais elle a toujours été considérée comme une institution du droit interne. Nous allons déterminer son évolution en droit international.

2- L'évolution historique de la prescription en droit international

Son développement est tellement *sui generis* que même au temps de Grotius la question n'était pas claire. D'après lui, accepter la prescription en droit international impliquerait une sorte d'éternité des différends entre les Etats. En effet, il affirme que "les différends sur les Etats et leurs limites ne pourront s'éteindre...".¹¹¹ La prescription en conséquence, ne serait pas une garantie de sécurité juridique, au contraire, cette notion irait à l'encontre de la paix. Grotius fait aussi la distinction entre la propriété, qui peut être acquise par la prescription, et la souveraineté laquelle peut être acquise par la possession immémoriale. Il considère que pour qu'il y ait une translation pleine de la propriété, deux conditions sont nécessaires : "...une possession immémoriale non interrompue, ni troublée par un appel à des arbitres...".¹¹² La première condition est reprise telle quelle par le droit



¹⁰⁹ Kolb, Robert ; op. cit., p.370-371.

¹¹⁰ Dictionnaire de la terminologie du droit international; op. cit., p.634.

¹¹¹ Grotius, Hugo ; op. cit., Livre II, Chap. IV, pg I.

¹¹² Ibid ; pg IX.

contemporain ; par contre nous considérons que la deuxième, c'est à dire, la possession non troublée par un appel à des arbitres, équivaut à l'acquiescement ou au silence des Etats tiers.

3- La prescription et le droit de la mer selon la Commission du droit international

Une étude de la Commission du droit international établit deux sortes de prescription acquisitive. L'une est fondée sur la possession immémoriale, l'autre étant l'usucapion du droit romain. La possession immémoriale existe parce que le titre est tellement vieux qu'il n'y a pas moyen de connaître le titre originaire; tandis que l'*usucapion* est très controversée parce que le titre qui se trouve à la base est défectueux. Ce genre de prescription ne peut pas être accepté en droit international parce qu'une longue possession ne peut pas améliorer un titre qui au départ n'est pas valide.¹¹³

4- Similitudes entre la prescription et les titres historiques

Les liens existant entre la prescription et l'acquisition territoriale faite par le biais de la possession immémoriale sont tellement proches qu'ils peuvent se confondre facilement. En effet, selon la Commission du droit international il n'existe pas de grande différence entre la prescription acquisitive, fondée sur la "possession depuis des temps immémoriaux", et les titres historiques. Si nous suivons l'étude faite par R. Kolb, nous pouvons nous rendre compte que les conditions pour l'une et pour l'autre sont identiques. Il considère que les conditions nécessaires pour la prescription acquisitive sont l'exercice continu, pacifique et public des prérogatives de souveraineté sur un territoire, l'absence d'opposition et le temps. Si les trois concepts sont réunis la prescription peut opérer en droit international public.¹¹⁴ Ce sont les mêmes conditions que nous avons énoncées comme étant les éléments *sine qua non* pour la consolidation d'un titre historique.¹¹⁵ Mais, si les conditions pour les deux figures sont les mêmes, nous pouvons dire que la

¹¹³ A.C.D.I., op. cit., p.14.

¹¹⁴ Kolb, Robert ; op. cit., p.374-385

¹¹⁵ Infra, Chapitre V.

prescription peut bel et bien être assimilée à la notion de titres historiques.

Cependant, bien que les deux concepts soient semblables, ils ne peuvent pas être considérés comme étant les étant donné que la distinction faite par Grotius entre la propriété et la souveraineté. La prescription est une façon de transférer la propriété par l'écoulement du temps et par ce fait, il y a toujours quelqu'un perdant son domaine. Dans la théorie des titres historiques il n'y a pas de transfert de souveraineté d'un Etat vers un autre, parce que la possession est immémoriale et il est impossible d'identifier l'Etat perdant. Ceci est vrai pour la possession territoriale. Or dans le domaine maritime, l'Etat perdant serait la communauté internationale selon la théorie du *mare liberum* de Grotius. Ceci nous permet de conclure qu'il n'y a pas de transfert de la souveraineté parce que si l'Etat riverain est en possession de ces espaces maritimes depuis des temps immémoriaux, cela veut dire que la communauté internationale n'a jamais exercé de souveraineté sur ces eaux. Finalement, suivant les affirmations de Ian Brownlie¹¹⁶ et Jean Salmon,¹¹⁷ ceux qui acceptent la prescription la confondent avec l'acquiescement ou la possession immémoriale. Cette analyse nous permet de conclure que la prescription telle qu'elle existe dans les différents systèmes juridiques de droit interne n'existe pas en droit international.

5- L'applicabilité de la prescription en droit international

Pour que la prescription soit appliquée en droit international il faudrait un accord des parties sur des délais fixes qui doivent être développés conventionnellement et établir une autorité qui puisse déterminer que les délais ont été respectés, et auprès de laquelle on puisse interrompre la prescription. Ceci peut être fait en droit interne,¹¹⁸ mais ce sont des conditions qui n'existent pas en droit international. Il est évident que si les Etats réussissent à se mettre d'accord pour instaurer ces conditions, de manière conventionnelle, la prescription pourrait être admise comme étant applicable en droit



¹¹⁶ Brownlie, Ian ; *Principles of Public International Law*; Oxford, Clarendon Press, 1998; Fifth Edition, p.156.

¹¹⁷ Salmon, Jean ; *Contentieux territorial (problèmes choisis)*; Genève, IUHEI, 1998-1999, p.145.

¹¹⁸ Kohen, Marcelo G.; op. cit., p. 29.

international public. Mais tant qu'il n'existe pas une Convention sur ce sujet, elle reste du domaine du droit interne ou elle est tellement bien établie qu'elle est considérée comme un principe général du droit. Pour conclure nous pouvons dire que la prescription acquisitive n'est pas applicable en droit international public parce que les conditions requises n'existent pas; *a contrario sensu* en droit interne elle est considérée comme un principe inhérent à tout ordre juridique.¹¹⁹

Cependant, du point de vue jurisprudentiel, la prescription a été présentée dans plusieurs plaidoiries auprès de la Cour internationale de Justice et des différents tribunaux arbitraux. En effet, dès l'affaire *Chamizal* entre les Etats Unis et le Mexique,¹²⁰ et dans l'affaire de l'*Ile de Kasikili sedudu*, entre le Botswana et la Namibie,¹²¹ la prescription est l'une des théories présentées pour avoir gain de cause dans les différends territoriaux.¹²² L'inexistence de la prescription ne veut pas dire que les Etats ne puissent pas codifier les règles de procédure nécessaires pour son application. Ils peuvent le faire de façon multilatérale ou bilatérale, comme le cas des traités signés pour la création d'un tribunal arbitral à propos du différend entre le Royaume-Uni et le Venezuela. Curieusement, un traité préliminaire fut signé entre le Royaume-Uni et les Etats Unis d'Amérique le 12 novembre 1896 pour le résoudre, tandis que le traité entre le Royaume-Uni et le Venezuela fut signé le 2 février 1897. Dans les deux traités il a été établi qu'un "adverse holding or prescription during a period of fifty years shall make a good title".¹²³

Il est clair que si les parties établissent des règles précises pour déterminer l'existence d'une prescription, celle ci doit être appliquée en droit international public. Nous croyons que ces règles ne peuvent

¹¹⁹ Ibid ; p.21.

¹²⁰ Affaire du Chamizal, (Mexico/ Etats-Unis), sentence du 15 juin 1911. *Recueil de Sentences Arbitrales*, Vol. XI, p.328 et 329.

¹²¹ Affaire de L'Ile de Kasikili Sedudu. Arrêt du 13 décembre 1999 : *C.I.J. Recueil 1999* (Publication non officielle), p.55-59, pg. 90-99

¹²² Autres affaires où la prescription était présente dans les plaidoiries des parties : Ile de Palmas ; op. cit. ; Minquiers et Ecréhous. Arrêt du 18 novembre 1953 : *C.I.J. Recueil 1953* ; Temple de Préah Vihear. Arrêt du 15 juin 1962 : *C.I.J. Recueil 1962* ; Canal de Beagle ; *International Law Reports* ; Vol. 52, 1979, p.245. Le Chili soutenait que : " acting under this conviction, performed various acts of jurisdiction and possession, the legitimacy of which does not appear to have been disputed for nearly twenty years ".

¹²³ La Fontaine, Henri ; *Pasicrisie Internationale. Histoire documentaire des arbitrages internationaux* ; Berne, Stämpfli et Cie., 1902, p.555.

exister qu'en tant que conséquence du développement progressif du droit international, c'est à dire par le biais d'une convention. Les sources du droit international, telles que la coutume, la jurisprudence et les autres sources énoncées dans l'article 38 du statut de la C.I.J. ne donnent pas la sécurité juridique nécessaire pour affirmer l'existence de cette théorie.

CONCLUSIONS

Il est accepté que l'on doit parler des eaux et des baies historiques et cependant la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer n'a pas établi un concept sur le sujet d'eaux et des baies historiques, malgré les recommandations faites par les études préliminaires. Ce vide juridique mériterait des études plus approfondies sur le sujet. Néanmoins, du point de vue pratique et politique, la question n'est plus aussi importante étant donné qu'il est très difficile de trouver des baies historiques dont le différend n'ait pas encore été résolu. Une autre raison rendant difficile l'existence de ce genre de revendications est due à l'augmentation de la distance de la mer territoriale établie dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982. Cette détermination élimine des différends existants sur des baies historiques qui ont une entrée inférieure à 24 mm. En outre, il est très difficile aujourd'hui de revendiquer de nouvelles baies historiques par manque de l'une des conditions requises pour la cristallisation d'un titre historique, qui est l'écoulement d'un laps de temps immémorial.

Un autre point important des eaux et des baies historiques est le fait que tracer les lignes de base en dehors de la baie a comme conséquence que les autres espaces maritimes sont repoussés vers l'extérieur, ce qui permet à l'Etat riverain d'augmenter son influence sur tous les autres espaces maritimes. D'après l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, il est clair qu'il y a deux sortes de baies les "juridiques" ou "conventionnelles" et les "géographiques" ou "coutumières". Cette disposition établit un régime applicable à la première sorte de baies. Par contre, nous pouvons affirmer que les baies "géographiques" ou "coutumières" étant exclues du régime de l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, elles sont soumises au régime coutumier des eaux et des baies historiques. Cette affirmation est fondée sur la présence d'une pratique des Etats se répétant dans le temps et sur l'existence

de l'*opinio juris*. Ces deux éléments nous permettent de conclure que ce régime à une force juridique en droit international.

D'après le régime coutumier, les conditions *sine qua non* pour qu'un Etat puisse revendiquer des eaux et des baies historiques sont : 1) l'exercice non interrompu de la souveraineté ; 2) l'acquiescement d'une majorité fonctionnelle de la communauté internationale et ; 3) l'écoulement d'un laps de temps immémorial. Cette troisième condition est aussi considérée comme *sine qua non* parce que, tel que nous l'avons déjà affirmé, sans le temps les deux autres conditions ne peuvent pas être démontrées. Les autres facteurs tenus en compte par certains auteurs comme conditions *sine qua non* ne peuvent pas être considérés comme tels parce que se sont des facteurs relatifs qui peuvent être modifiés par des circonstances politiques et temporelles, ceci pourrait nous conduire à une incertitude juridique.

Finalement, un Etat ne pourrait pas revendiquer la souveraineté sur des eaux et des baies historiques par prescription, même pas dans le cas hypothétique où cette figure serait généralement acceptée comme une règle de droit international public, simplement parce que pour que la possession sur ces espaces soit acceptée, elle doit être licite et de bonne foi, or tel qu'elle est définie en droit interne, la prescription blanchit une situation qui à la base, est illégale. Ceci n'est pas une affirmation absolue, car le développement du droit international peut, éventuellement, accepter la prescription comme moyen de revendication de souveraineté, à condition toutefois qu'il y ait un accord entre les Etats sur le laps de temps requis pour acquérir par le biais de la prescription et sur l'existence d'une autorité auprès de laquelle pouvoir l'interrompre.

Cet article nous a permis d'apporter certains éclaircissements et précisions sur un sujet qui se trouvait oublié par la doctrine et qui peut être, comme nous l'avons vu, d'une grande importance pour les différends qui n'ont pas encore été résolus. Il serait souhaitable que le vide existant concernant le régime conventionnel soit comblé par l'adoption de règles concertées dans les relations multilatérales afin de poursuivre le développement progressif du droit international.

BIBLIOGRAPHIE**Traites**

Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 décembre 1982.

Convention sur la mer territoriale et la Zone Contiguë, Genève, 29 avril 1958.

Traité relatif à la délimitation des zones marines et sous-marines et à des sujets connexes entre la Colombie et le Panama. Signé à Carthagène le 20 novembre 1976. Recueil des Traités, Vol. 1074, N° 16398, p. 228.

Traité concernant la neutralité permanente et le fonctionnement du canal de Panama. Signé à Washington le 7 septembre 1977. Recueil des Traités, Vol. 1161, N° 18342, p. 188.

Jurisprudence

Cour de Justice Centraméricaine

Sentence de la Cour Centraméricaine dans l'affaire entre El Salvador c. Nicaragua comme conséquence du traité Bryan-Chamorro signé entre le Nicaragua et les Etats Unis, arrêt du 9 mars 1917; A.J.I.L., Vol. 11, p. 674 - 730.

Cour permanente de Justice internationale

Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt du 28 février 1939, C.P.J.I. Série A/B 76 (No. 86).

Cour internationale de Justice

Droit d'asile. Arrêt du 20 novembre 1950: C.I.J. Recueil 1950.

Affaire des Pêcheries. Arrêt du 18 décembre 1951: C.I.J. Recueil 1951.

Minquiers et Ecréhous. Arrêt du 18 novembre 1953: C.I.J. Recueil 1953;

Temple de Préah Vihéar. Arrêt du 15 juin 1962: C.I.J. Recueil 1962;

Plateau continental de la mer du nord. Arrêt du 20 février 1969: C.I.J. Recueil 1969.

Affaire du Plateau continental. Arrêt du 24 février 1982: C.I.J. Recueil 1982.

Affaire de la Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe de Maine. Arrêt du 12 octobre 1984: C.I.J. Recueil 1984.

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua. Arrêt du 27 juin 1986: C.I.J. Recueil 1986.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 35-76, enero-junio de 2003

Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime. Arrêt du 11 septembre 1992: C.I.J. Recueil 1992.

Affaire de l'Ile de Kassikili Sedudu. Arrêt du 13 décembre 1999: Publication non Officielle de la C.I.J.

Tribunaux Arbitraux

Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes, (Colombie / Venezuela), sentence du 24 mars 1922. Recueil des Sentences Arbitrales, Vol I, p. 223-298

Island of Palmas case, (Pays-Bas / Etats Unis), sentence du 4 avril 1928. Recueil des Sentences Arbitrales, Vol II, p. 829-871.

The North Atlantic Coast Fisheries case, (Grande Bretagne / Etats-Unis), sentence du 7 septembre 1910. Recueil des Sentences Arbitrales, Vol XI, p. 167-226.

Chamizal case, (Mexique / Etats-Unis), sentence du 15 juin 1911; Recueil des Sentences Arbitrales, Vol XI.

Canal de Beagle (Argentine / Chili) ; International Law Reports ; Vol. 52, 1979.

Territorial Sovereignty and scope of the dispute (Erythrée / Yémen), sentence du 9 octobre 1998. International Law Reports, Vol. 114, Cambridge, Cambridge University Press, p 1-141.

Tribunaux Nationaux

United States v. Louisiana and Others, sentence du 26 février 1985; International Law Reports ; Vol. 91, 1993.

United States v. State of Maine and Others, sentence du 25 février 1986; International Law Reports ; Vol. 91, 1993.

Pièces Ecrites et Plaidoiries

Affaire du Plateau Continental (Tunisie / Jamahiriya Arabe Libyenne); C.I.J., Vol. 1.

Documents

Le Baies Historiques ; Mémoire préparé par le secrétariat de l'Organisation des Nations Unies ; Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, documents préparatoires; Vol. I, 1957, Genève, Nations Unies 1958. Document A/CONF.13/1.

Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, Vol. IV 1958.

Régime juridique des eaux historiques, y compris les baies historiques; Annuaire de la Commission du Droit International, 1962, Vol. II; "Documents de la quatorzième session y compris le rapport de la Commission à l'Assemblée générale"; New York, Nations Unies, 1964. Document A/CN.4/143.
Résolution 1453 (XIV), adoptée le 7 décembre 1959.

Travaux

- Ouvrages

- Alessandri, Arturo et Somarriva, Manuel; Los Bienes y los Derechos Reales; Santiago, Editorial Nascimento, 1984.
Blum, Yehuda Z.; Historic Titles in International Law; La Haye, Martinus Nijhoff, 1965.
Bouchez, Leo J.; The Regime of Bays in international Law; Leyden, A.W. Sythoff, 1964.
Brownlie, Ian; Principles of Public International Law; Oxford, Clarendon Press, 1998.
Churchill, R.R. et Lowe, A.V.; The law of the sea; Manchester, Manchester University Press, 1999.
Clark, Merrill Wesley; Historic Bays and waters; New York, Oceana Publications, Inc., 1994.
Dictionnaire Alphabétique et Analogique de la Langue Française; "Le Nouveau Petit Robert"; Dictionnaires le Robert, Paris, 1994.
Dupuy, Jean René et Vignes, Daniel; Traité du nouveau droit de la mer; Paris, Economica, 1985.
Dupuy, Jean René et Vignes, Daniel; A Handbook on the New Law of the Sea; Vol. 1. La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
Fracalacci, G. et Scovazzi, T.; Lines in the Sea; Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers.
Fulton, Thomas Wemyss; The Sovereignty of the Sea; Edimbourg et Londres, William Blackwood and Sons, 1911.
Gidel, Gilbert; Le droit international public de la mer; tomme III; Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1981.
Grotius, Hugo; Le droit de la guerre et de la paix; Paris, PUF, 1999.
Harris, D.J.; Cases and Materials on International Law; Londres, Sweet & Maxwell, 1998.
Higgins, Rosalyn; Problems & Process, International Law and How We Use It; Oxford, Clarendon Press, 1998.

- Jennings, Robert et Whatts, Arthur; Oppenheim's International Law; Vol. 1, parts 2 to 4 ; Londres, Longman, 1996.
- Kohen, Marcelo G.; Possession contesté et souveraineté territoriale; Paris, PUF, Publications de l'Institut universitaire des hautes études internationales. Genève, 1997.
- Kolb, Robert; La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit; Genève, Thèse présenté à l'Université de Genève pour l'obtention du grade de Docteur en relations internationales (Droit international), 1999.
- La Fontaine, Henri; Pasicrisie Internationale. Histoire documentaire des arbitrages internationaux; Berne, Stämpfli et Cie., 1902.
- Loriot, François; La théorie des eaux historiques et le régime juridique du Golfe de Saint Laurent en droit interne et international; Québec, 1972.
- Nguyen Quoc Dinh; Daillier, Patrick et Pellet, Alain; Droit International Public; Paris, L.G.D.J., 1999.
- O'Connell, Daniel Patrick; The International Law of the Sea; Oxford, Clarendon Press, 1982.
- Salmon, Jean; Contentieux territorial, problèmes choisis; Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 1998-1999.
- Union Académique Internationale; Dictionnaire de la Terminologie du Droit International; Paris, Sirey, 1960.
- Vázques Carrizosa, Alfredo; Colombia y Venezuela, una historia atormentada; Bogota, Tercer Mundo Editores, 1988.
- Westerman, Gayl S.; The Juridical Bay; Oxford, Oxford University Press, 1987.

Articles, cours et contributions à des ouvrages collectifs

- Blum, Yehuda Z.; " The Gulf of Sidra Incident "; A.J.I.L., Vol. 80, 1986.
- Bourquin, Maurice; "Les baies historiques"; Mélanges Georges Sauser-Hall, 1952.
- Copithorne M.D.; " Canadian Practice in International Law during 1975 as Reflected Mainly in Public Correspondence and Statements of the Departement of External Affairs "; C.Y.I.L., 1976, Vol XIV.
- Cooke, Goodwin; " Historic Bays of the Mediterranean: A Conference Sponsored by Syracuse University & the University of Pisa: Foreward "; Syr. J. Int'l. L. & Com., Vol. 11, N° 3, 1984.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 33-76, enero-junio de 2003

- Degan, V.D.; "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: General Principles and Sources of Law"; B.Y.B.I.L., Vol. 31, 1954.
- El Baradei, Mohamed; "The Egiptian-Israeli Peace Treaty and Acces to the Gulf of Aqaba: A New Legal Regime"; A.J.I.L., Vol. 76, 1982
- Fitzmaurice, Gerald; "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951- 1954: General Principles and Sources of Law"; B.Y.B.I.L., Vol 31, 1954.
- Francioni, Francesco; "The Status of the Gulf of Sirte in international Law"; Syr. J. Int'l. L. & Com., Vol. 11, N° 3, 1984.
- Gioia, Andrea; "Tunisia's Claims Over Adjacent Seas and the Doctrine of "Historic Rights"" ; Syr. J. Int'l. L. & Com., Vol. 11, N° 3, 1984.
- Goldie, L.F.E. ; "Historic Bays in International Law – An Impressionistic Overview"; Syr. J. Int'l. L. & Com., Vol. 11, N° 3, 1984.
- Kohen, Marcelo; "L'influence du temps sur les règlements territoriaux"; S.F.D.I., Colloque de Paris, 2000.
- Marek, Krystyna; Furrer, Hans-Peter et Martin, Antoine; "Les sources du droit international", Vol. 2; Cour Permanente de Justice Internationale 1922-1945; Genève, Publications de l'institut des hautes études internationales, 1967.
- Quenudec, Jean-Pierre; "Chronique du droit de la mer"; A.F.D.I., Vol. XXVII, 1981.
- Ronzitti, Natalino; "Is the Gulf of Taranto an Historic Bay?"; Syr. J. Int'l. L. & Com., Vol. 11, N° 3, 1984.
- Rousseau, Charles; "Chronique des faits internationaux"; R.G.D.I.P., Tome LXXVIII, 1974.
- Rovine, Arthur W.; "Contemporary Practice of the United States Relating to International Law"; A.J.I.L., Vol. 68, 1974.
- Thirlway, Hugh; "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960-1989. Part Five"; BYBIL; 1993.
- Thirlway, Hugh; "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960-1989. Part Six"; B.Y.B.I.L.; 1994.
- Westerman, Gayl S.; "The Juridical Status of the Gulf of Taranto: A Brief Reply"; Syr. J. Int'l. L. & Com., Vol. 11, N° 3, 1984.