

## OPINION DISSIDENTE DE M. ODA

*[Traduction]*

## TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
I. INTRODUCTION. DÉSACCORD CONCERNANT LA SITUATION JURIDIQUE DES ESPACES MARITIMES DU GOLFE DE FONSECA	1-6
II. LES CONCEPTS JURIDIQUES DE « BAIE » OU « BAIE HISTORIQUE » EN DROIT DE LA MER	7-26
1. Le statut juridique d'une baie vers le début du XX <sup>e</sup> siècle	7-13
2. Le concept de baie pendant tout le processus de codification du droit de la mer	14-21
i) La conférence de codification convoquée en 1930 sous les auspices de la Société des Nations	14-18
ii) Les conférences des Nations Unies sur le droit de la mer	19-21
3. Le concept contemporain de baie ou de baie historique : ses eaux ont le statut juridique d'eaux intérieures d'un seul Etat riverain	22-26
III. C'EST À TORT QUE L'ARRÊT DE 1917 DE LA COUR DE JUSTICE CENTRAMÉRICAINNE ET LE PRÉSENT ARRÊT APPLIQUENT L'EXPRESSION « BAIE HISTORIQUE » AU GOLFE DE FONSECA	27-34
1. Impact de l'application erronée de l'expression « baie historique » dans l'arrêt de 1917	27-31
2. Réexamen de l'arrêt de 1917	32-34
IV. LE STATUT JURIDIQUE DES EAUX DU GOLFE DE FONSECA TEL QU'IL A ÉTÉ INTERPRÉTÉ À TORT DANS L'ARRÊT DE 1917 ET DANS LE PRÉSENT ARRÊT	35-44
V. LE STATUT JURIDIQUE RÉEL DES EAUX DU GOLFE DE FONSECA : LES EAUX DU GOLFE DE FONSECA SE COMPOSENT DES MERS TERRITORIALES DE CHACUN DES ÉTATS RIVERAINS	45-50
VI. LES DROITS DU HONDURAS À L'INTÉRIEUR ET À L'EXTÉRIEUR DU GOLFE DE FONSECA	51-55
i) A l'intérieur du golfe	51-52
ii) A l'extérieur du golfe	52-55

I. INTRODUCTION : DÉSACCORD CONCERNANT LA SITUATION JURIDIQUE  
DES ESPACES MARITIMES DU GOLFE DE FONSECA

1. Je regrette de ne pas pouvoir partager l'avis de la Chambre en ce qui concerne la situation juridique des espaces maritimes à l'intérieur et à l'extérieur du golfe de Fonseca. Mon désaccord résulte de la façon dont je conçois le droit de la mer aussi bien contemporain que traditionnel, conception qui me semble s'écarter beaucoup des vues qui sous-tendent le présent arrêt.

2. La Chambre définit le golfe de Fonseca comme étant une « baie historique » (arrêt, par. 432, 1). A mon avis, cependant, le golfe de Fonseca n'est pas une « baie » au sens du droit de la mer, car le concept de « baie dont plusieurs Etats sont riverains » auquel la Chambre a recours pour qualifier le golfe n'existe pas en tant qu'institution juridique. Le golfe de Fonseca ne relève pas non plus de la catégorie des « baies historiques », en dépit de ce que présuppose la Chambre.

3. La décision de la Chambre concernant le statut juridique des eaux du golfe, à savoir que :

« [L]es eaux du golfe ... ont ... été ... 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 ... mais à l'exclusion d'une ceinture ... s'étendant sur une distance de 3 milles (1 lieue marine) à partir du littoral de chacun des trois Etats, cette ceinture étant soumise à la souveraineté exclusive de l'Etat riverain... » (*ibid.*)

semble être totalement dénuée de fondement. Je crois, au contraire, que les eaux du golfe de Fonseca au large des côtes des trois Etats riverains, El Salvador, le Honduras et le Nicaragua, constituent au regard des règles générales du droit de la mer (c'est-à-dire du droit international lui-même) la somme des mers territoriales distinctes de chacun des Etats.

4. En vertu des règles du droit de la mer, les eaux adjacentes aux côtes des Etats constituent en principe la mer territoriale. Quelques côtes, qui satisfont à certaines exigences géographiques pour ce qui est de la configuration du littoral, forment en vertu desdites règles une « baie » dont les eaux constituent des « eaux intérieures ». Toutefois, il est essentiel de noter que le concept de « baie » ne dénote pas immédiatement le statut juridique des eaux mais vise au premier chef à spécifier les circonstances géographiques qui permettent de considérer ces eaux comme des « eaux intérieures » et non comme une partie de la mer territoriale. La « baie historique » — concept qui n'a vu le jour que vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle parallèlement à l'idée nouvelle consistant à donner une signification juridique spéciale à la notion de « baie » et terme employé seulement depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle — n'existe pas en tant que régime *suis generis*, c'est-à-dire en tant que régime qui emporterait application de règles différentes de celles s'appliquant à une « baie » normale. Les « baies historiques » sont des configurations du littoral pouvant être assimilées à une baie (au

sens géographique) qui, du fait de leur plus grande largeur à l'ouverture ou du fait qu'elles ne pénètrent pas dans les terres, ne pourraient normalement pas, d'un point de vue juridique, être considérées comme des baies mais qui, pour des raisons historiques, peuvent se voir accorder le même statut juridique que les « baies ». L'expression « baie historique » n'implique *nullement* que le statut juridique des eaux en question soit autre, en quoi que ce soit, que celui d'« eaux intérieures » de l'Etat riverain, comme dans le cas d'une « baie » normale (au sens juridique). Au sens du droit de la mer contemporain, les zones maritimes adjacentes aux côtes des Etats font partie soit de la mer territoriale, soit des eaux intérieures. Il ne peut pas y avoir d'autres catégories pour ces eaux situées au large des côtes<sup>1</sup>.

5. A ce propos, je crains que la Chambre, dans sa définition du golfe de Fonseca et du statut juridique de ses eaux, n'obscurcisse la façon dont le droit de la mer doit réellement être interprété. Les concepts auxquels la Chambre a recours pour qualifier le secteur que représente le golfe de Fonseca ou le statut juridique de ses eaux<sup>2</sup> sont tous, à des degrés divers, étrangers au droit de la mer tel qu'il a prévalu au cours du siècle dernier et tel qu'il est aujourd'hui. Les préceptes traditionnels et actuels du droit de la mer, tels que je les conçois, n'étaient donc pas les considérations avancées par la Chambre, à l'aide desdites expressions, pour définir la situation juridique des espaces maritimes du golfe.

<sup>1</sup> Je dois ajouter ici le concept naissant d'eaux archipélagiques, dont je remets le commentaire à plus tard (voir paragraphe 43 de la présente opinion).

<sup>2</sup> J'ai spécifiquement à l'esprit les expressions suivantes : « une baie historique dont les eaux sont, en conséquence, des eaux historiques » (arrêt, par. 383), « ceinture maritime, dans une baie dont plusieurs Etats étaient riverains » (par. 392), « ceintures maritimes de juridiction exclusive de 3 milles » (par. 393), « une baie historique qui constitue une mer fermée entièrement située à l'intérieur du territoire d'un seul Etat » (par. 395), « une baie fermée dont plusieurs Etats sont riverains » (*ibid.*), « une baie historique et par conséquent une « mer fermée » (*ibid.*), « eaux historiques ... soumises à la souveraineté conjointe des trois Etats riverains » (par. 404), « baie historique qui baigne plusieurs Etats » (par. 412), « ceintures maritimes littorales soumises à la souveraineté unique de chacun [des trois riverains], mais avec des droits réciproques de passage inoffensif » (*ibid.*), « eaux intérieures soumises à un régime spécial et particulier, non seulement de souveraineté conjointe mais de droits de passage » (*ibid.*), « eaux du golfe ... soumises au condominium ou à la copropriété » (*ibid.*), « eaux intérieures en un sens limité » (*ibid.*), « eaux intérieures ... soumises à certains droits de passage » (*ibid.*), « zone de souveraineté conjointe [en 1917] » (par. 413), « ceinture de 3 milles de juridiction exclusive et absolue appartenant à chacun des Etats le long de son littoral » (*ibid.*), « la souveraineté conjointe dans la totalité des eaux » (par. 414), « ceinture maritime littorale de juridiction exclusive de 3 milles à l'intérieur du golfe » (par. 415), « les ceintures maritimes littorales d'une lieue marine le long des côtes du golfe » (par. 416), « les ceintures maritimes littorales à l'intérieur ... ne constituent ... pas une mer territoriale au sens du droit moderne » (*ibid.*), « eaux intérieures de l'Etat côtier qui ne sont pas soumises à la souveraineté conjointe, bien qu'elles restent sujettes ... à des droits de passage inoffensif » (par. 416), « un condominium des eaux du golfe » (par. 418), « ceintures maritimes littorales exclusives ... limitées à une largeur de 3 milles » (*ibid.*), « eaux intérieures soumises à une souveraineté unique exclusive » (*ibid.*), « baie historique » (*ibid.*), « eaux intérieures de [la] baie ... soumises à une souveraineté conjointe des trois Etats » (*ibid.*), « la situation juridique ... est celle de la souveraineté conjointe » (par. 420).

6. Pour expliquer pleinement mon opinion, il me faut commencer par donner un aperçu assez détaillé du droit de la mer aussi bien traditionnel que contemporain en rapport avec la présente affaire (deuxième partie de cette opinion). Je montrerai alors pourquoi, à mon avis, l'arrêt rendu en 1917 par la Cour de justice centraméricaine, sur lequel la Chambre semble beaucoup s'appuyer, s'est sérieusement fourvoyé en appliquant le concept de « baie historique » au golfe. Du fait de cet arrêt, le statut du golfe de Fonseca a ensuite été mal interprété par certains auteurs et même mal exposé dans des documents officiels de l'Organisation des Nations Unies (troisième partie ci-après). Je montrerai ensuite comment c'est à tort qu'aussi bien l'arrêt de 1917 que le présent arrêt parviennent à la conclusion, s'agissant du statut juridique des eaux du golfe, que les ceintures de 3 milles peuvent être laissées à chaque Etat riverain tant que le secteur central continue de faire l'objet d'un condominium ou d'un régime de copropriété. Le présent arrêt, me semble-t-il, se trompe dans son application du concept de condominium et dans son interprétation du concept d'« eaux historiques » (quatrième partie). Puis j'exposerai le statut juridique que je considère être réellement applicable au golfe de Fonseca, c'est-à-dire le statut constituant la somme des eaux territoriales distinctes des trois Etats riverains (cinquième partie). Enfin, j'étudierai la question de savoir quels sont les droits que le Honduras, dont la mer territoriale est embouteillée dans le golfe, peut revendiquer dans les espaces maritimes à l'intérieur et à l'extérieur du golfe (sixième partie).

## II. LES CONCEPTS JURIDIQUES DE « BAIE » OU « BAIE HISTORIQUE » EN DROIT DE LA MER

### 1. *Le statut juridique d'une baie vers le début du XX<sup>e</sup> siècle*

7. Les régimes parallèles applicables à la haute mer, libre du contrôle de tout Etat, et aux eaux qui relèvent de la souveraineté territoriale des Etats côtiers — les eaux territoriales au sens traditionnel — remontent à plusieurs siècles et ce n'est que tout récemment, lorsque les concepts de plateau continental et de zone économique exclusive ont vu le jour, qu'ils ont été mis en question. Le problème posé par la question de savoir comment devaient être tracées les limites de ces deux régimes parallèles soulevait, en tant que question préliminaire, celle de la largeur de la ceinture maritime côtière entourant ou longeant la terre. La règle de la portée de canon, qui avait prévalu au XIX<sup>e</sup> siècle, était sur le point d'être remplacée par des limites fixes, sous une forme ou une autre, lorsque le régime de juridiction territoriale sur les eaux côtières s'étendant sur 1 lieue marine de large est apparu au moment où la Grande-Bretagne a adopté, en 1878, la loi intitulée *Territorial Waters Jurisdiction Act* (loi relative à la juridiction sur les eaux territoriales).

8. Le concept *juridique* de « baie » n'est apparu que dans le contexte de cette évolution, en tant qu'exception au régime de la juridiction territoriale de 1 lieue marine. Aucun problème n'était à prévoir dans le cas où

les terres se faisant face à l'embouchure d'une baie au sens géographique étaient séparées par moins de 2 lieues marines (même lorsque le centre de la baie se trouvait à plus de 1 lieue marine de l'une ou de l'autre côte), mais il a été proposé que, même lorsque les terres étaient séparées par des distances légèrement plus grandes, correspondant à la portée réelle d'un canon à l'époque, l'ensemble des eaux d'une baie puisse être soumis à la juridiction territoriale *d'un seul* Etat riverain.

9. En 1894, l'Institut de droit international, sous la présidence de Louis Renault et avec l'assistance de Thomas Barclay en qualité de rapporteur, a adopté les règles ci-après :

« Pour les baies, la mer territoriale suit les sinuosités de la côte, sauf qu'elle est mesurée à partir d'une ligne droite tirée en travers de la baie dans la partie la plus rapprochée de l'ouverture vers la mer, où l'écart entre les deux côtes de la baie est de douze milles marins de largeur, à moins qu'un usage continu et séculaire n'ait consacré une largeur plus grande. » (Règles sur la définition et le régime de la mer territoriale, art. 3, *Annuaire de l'Institut de droit international*, XIII, 1894-1895, p. 329.)

L'année suivante, l'International Law Association (Thomas Barclay étant alors secrétaire du comité spécial des eaux territoriales) a adopté la même disposition, à cela près que la distance de 12 milles avait été remplacée par une distance de 10 milles (*International Law Association, Report of the Seventeenth Conference*, 1895, p. 109). Ces idées sont bien reflétées par Oppenheim, qui a publié en 1905 la première édition de son célèbre traité de droit international :

« [*Golfes et baies soumis à la juridiction territoriale*] »

Il est généralement admis que les golfes et les baies qui sont entourés par le territoire d'un seul et même Etat riverain et dont l'entrée à partir de la mer est suffisamment étroite pour être dominée par des batteries côtières installées d'un côté de l'entrée ou des deux appartiennent au territoire de l'Etat riverain même si leur entrée a plus de 2 lieues marines ou 6 milles de large. » (L. Oppenheim, *International Law*, vol. I, 1<sup>re</sup> éd., 1905, p. 246, par. 191.)

La règle des 10 milles a été confirmée dans la sentence rendue en 1910 par la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire des *Pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique* (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XI, p. 167, 199). Ce que je veux dire, ce n'est pas que la règle des 10 milles soit alors devenue une règle établie, mais plutôt que le concept de baie était sur le point d'être considéré comme constituant une exception à la mer territoriale de 1 lieue marine lorsque des configurations spéciales de la côte formaient une baie au sens géographique.

10. En outre, il importe de noter que l'usage continu ou séculaire fait par l'Etat riverain des eaux d'une baie au sens géographique a été considéré comme un autre motif de déroger à la règle fondée sur la largeur maximum de l'embouchure, de sorte que l'ensemble des eaux d'une baie

caractérisée par un tel usage puisse être placé, comme un tout, sous la juridiction territoriale de l'Etat en question. Une pratique nationale, selon laquelle une juridiction territoriale avait été revendiquée sur certaines baies pour le motif d'un usage continu ou séculaire, avait été signalée. Dans le cas de la baie du Delaware, aux Etats-Unis (qui a 10 milles de large à son entrée et 40 milles de long de son entrée à l'embouchure du Delaware), l'*Attorney-General* Randolph avait considéré en 1793 (dans l'affaire de la capture du navire britannique *Grange* par une frégate française) que la baie relevait de la juridiction des Etats-Unis, et le secrétaire d'Etat Jefferson avait alors agi en conséquence. S'agissant de la baie de Chesapeake (qui a 12 milles de large à son entrée), son statut avait été analysé en 1885 par la Second Court of Commissioners of Alabama Claims dans l'affaire de l'*Alleganean* — navire qui avait été coulé dans les eaux de la baie par les forces de la Confédération — qui était parvenue à la conclusion que cette baie relevait entièrement de la juridiction territoriale des Etats-Unis. Dans l'affaire *Regina v. Cunningham* de 1859, le *Chief Justice* Cockburn avait considéré que le secteur maritime se trouvant dans le chenal de Bristol (qui, en son embouchure, a un peu plus de 10 milles de large), où un matelot avait été blessé à bord du *Gleaner*, faisait partie du comté de Glamorgan. Enfin, dans l'affaire *The Direct United States Cable Co. Ltd. v. The Anglo-American Telegraph Company*, le conseil privé avait reconnu en 1877 le bien-fondé des prétentions de la Grande-Bretagne sur la baie de Conception, à Terre-Neuve (qui a 20 milles de large en son entrée).

11. Ces quatre affaires sont simplement des exemples de la pratique selon laquelle des Etats avaient revendiqué des dérogations aux critères géographiques de détermination d'une baie sur la base de l'autorité qu'ils y avaient historiquement exercée. Ces exemples, parmi d'autres, de la pratique nationale étaient signalés dans la plupart des principaux traités de droit international qui existaient vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Je citerai encore, à titre d'illustration, le passage suivant de l'édition de 1905 de l'ouvrage précité d'Oppenheim :

« [Golfes et baies soumis à la juridiction territoriale]

Certains auteurs soutiennent que les golfes et les baies dont l'entrée a plus de 10 milles, ou 3 lieues marines et un tiers, de large ne peuvent pas appartenir au territoire de l'Etat riverain, et la pratique de certains Etats est conforme à cette opinion. Mais la pratique d'autres pays, approuvée par de nombreux auteurs, va au-delà de cette limite. C'est ainsi que la Grande-Bretagne considère la baie de Conception, à Terre-Neuve, comme faisant partie de son territoire, alors même qu'elle pénètre dans les terres sur 40 milles et qu'elle a une entrée de 15 milles de large. C'est ainsi également que les Etats-Unis revendiquent la baie de Chesapeake et la baie du Delaware, ainsi que d'autres échancrures ayant les mêmes caractéristiques, comme faisant partie de leur territoire, alors même que nombre d'auteurs européens s'opposent à cette prétention. » (*Op. cit.*, vol. I, 1905, par. 191.)

Ces baies ont reçu l'appellation de « baies historiques », probablement pour la première fois, dans la sentence arbitrale rendue en 1910 dans l'affaire des *Pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique* (Nations Unies, *RSA*, vol. XI, p. 197). Avant 1910, aucun document ou presque ne contenait l'expression « baie historique ».

12. Sauf dans le cas des baies comme celles qui sont énumérées ci-dessus, la règle juridique applicable à une baie a été bien exprimée dans l'opinion adoptée par l'Institut de droit international en 1894, citée en partie ci-dessus, selon laquelle « [p]our les baies, la mer territoriale suit les sinuosités de la côte ». Il convient également de noter que, selon Oppenheim (1905):

« [*Golfes et baies non soumis à la juridiction territoriale*]

Les golfes et les baies entourés par le territoire d'un seul et même Etat riverain et dont l'entrée est si large qu'ils ne peuvent pas être dominés par des batteries côtières, de même que tous les golfes et baies entourés par le territoire de plus d'un Etat riverain, pour étroite que puisse être leur entrée, ne sont pas soumis à la juridiction territoriale. Hormis la ceinture marginale à l'intérieur des golfes et des baies, leurs eaux font partie de la haute mer. » (*Op. cit.*, par. 192.)

13. En conclusion, une baie au sens géographique qui était entourée par le territoire de deux ou plusieurs Etats riverains ne pouvait pas, en tant que zone spécifique, se voir accorder un statut spécial quelconque au regard du droit de la mer, et les eaux à l'intérieur d'une telle baie constituaient par conséquent soit la ceinture maritime, c'est-à-dire la mer territoriale, soit la haute mer. On ne peut guère trouver d'auteur, au début du XX<sup>e</sup> siècle, qui ait jamais défendu l'existence d'une « baie dont plusieurs Etats sont riverains », pour reprendre l'expression employée par la Chambre. En outre, si une juridiction territoriale avait déjà été revendiquée sur une baie dont l'ouverture était plus large que la limite fixée (par exemple 10 milles) pour des raisons d'usage séculaire ou des raisons historiques, comme dans les exemples donnés ci-dessus, il est certain, en revanche, qu'aucune revendication de ce type n'avait jamais été et n'aurait pu être formulée concernant une baie dont le littoral était divisé entre deux ou plusieurs Etats.

## 2. *Le concept de baie pendant tout le processus de codification du droit de la mer*

### i) *La conférence de codification convoquée en 1930 sous les auspices de la Société des Nations*

14. Ce que j'ai exposé ci-dessus se vérifie aussi si l'on analyse le processus de codification des dispositions pertinentes du droit de la mer qui a été suivi lors de la conférence pour la codification du droit international convoquée en 1930 par la Société des Nations, lors de laquelle la question des eaux territoriales a été l'un des trois principaux thèmes de discussion.

Avant la conférence, les gouvernements avaient été priés de fournir des informations sur différents points, dont le point IV : « Ligne de base pour calculer l'étendue des eaux territoriales », et le point VIII : « Délimitation des eaux intérieures et des eaux territoriales » (Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion*, vol. II, p. 35 et 61).

15. M. Walter Schücking, rapporteur du comité d'experts pour la question des « eaux territoriales », avait déjà, en 1927, élaboré un mémorandum et un projet de convention (comité d'experts pour la codification progressive du droit international, *Rapport au Conseil de la Société des Nations sur les questions qui semblent mûres pour une solution par voie d'entente internationale*, 1927, p. 29 et 39). Le texte du projet de convention, amendé par M. Schücking à la lumière des discussions qui avaient eu lieu au sein du comité d'experts et soumis au comité préparatoire en 1929, prévoyait notamment ce qui suit :

« Article 4.

*Baies.*

Pour les baies qui sont environnées de terre d'un seul Etat, la mer territoriale suit les sinuosités de la côte sauf qu'elle est mesurée à partir d'une ligne droite — en travers de la baie, dans la partie la plus rapprochée de l'ouverture vers la mer, où l'écart entre les deux côtes de la baie est de 10 milles marins<sup>1</sup> de largeur, à moins qu'un usage continu et séculaire n'ait consacré une largeur plus grande. Les eaux de ces baies sont assimilées à des eaux intérieures.

Pour les baies qui sont environnées de terres de deux ou plusieurs Etats, la mer territoriale suit les sinuosités de la côte. » (Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion*, vol. II, p. 193.)

M. Schücking avait suggéré la distance de 10 milles pour l'entrée d'une baie mais avait été disposé à admettre une exception en cas d'usage continu et séculaire. Selon lui, le concept juridique de baie n'aurait été applicable qu'aux baies dont un seul Etat était riverain. Le « droit de passage inoffensif » (*ibid.*, art. 7) n'aurait été garanti que dans les « mers territoriales », et non dans une baie dont les eaux étaient « assimilées à des eaux intérieures ».

16. En 1929, après avoir examiné les réponses et, sans doute, le projet de convention élaboré par M. Schücking, le comité préparatoire de la conférence a rédigé, à l'intention de la future conférence, des bases de discussion qui se lisaient notamment comme suit :

<sup>1</sup> Dans le projet initial de 1927, cette distance avait été fixée à 12 milles et non pas 10 milles.

« *Limites des eaux territoriales*

## Base de discussion n° 7

Pour les baies dont un seul Etat est riverain, l'étendue des eaux territoriales sera mesurée à partir d'une ligne droite tirée en travers de l'ouverture de la baie; si l'ouverture de la baie excède 10 milles, cette ligne sera tirée en travers de la baie dans la partie la plus rapprochée de l'entrée, au premier point où l'ouverture n'excèdera pas 10 milles.

## Base de discussion n° 8

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

## Base de discussion n° 9

Si deux ou plusieurs Etats sont riverains d'une baie ou d'un estuaire dont l'ouverture n'excède pas 10 milles, les eaux territoriales de chaque Etat riverain se mesurent à partir de la laisse de basse mer le long de la côte.

## Base de discussion n° 18

La ligne de démarcation entre les eaux intérieures et les eaux territoriales [maintenant appelées mer territoriale] est la ligne qui sert de base pour la détermination des eaux territoriales devant les baies...» (Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion*, p. 45 et 63<sup>1</sup>.)

Les « eaux intérieures » auraient certainement été distinguées des « eaux territoriales » en ce sens que le droit de passage inoffensif des navires étrangers ne devait être garanti que dans ces dernières, comme le prévoyait le projet :

« *Passage des navires étrangers à travers les eaux territoriales*

## Base de discussion n° 19

L'Etat riverain doit reconnaître aux navires de commerce étrangers le droit de passage inoffensif dans ses eaux territoriales...» (*Ibid.*, p. 71.)

17. Pendant la conférence, qui s'est tenue du 13 mars au 12 avril 1930, quelques délégations ont soumis à la deuxième commission (eaux territo-

<sup>1</sup> Le texte des bases de discussion a été cité également dans les *Actes de la conférence pour la codification du droit international*, vol. III, p. 179, et ce n'est que là que les titres sont indiqués.

riales) des observations et amendements concernant ces bases de discussion. Un rapport adopté par la deuxième commission le 10 avril 1930 (avec M. J. P. A. François comme rapporteur) faisait apparaître une absence d'accord quant à la largeur de mer territoriale et signalait qu'il serait impossible de conclure une convention sur la mer territoriale, essentiellement pour cette raison<sup>1</sup>. Ce rapport se lisait en partie comme suit :

« Le manque d'un accord concernant l'étendue de la mer territoriale a eu encore plus d'influence sur la suite à donner au rapport de la deuxième sous-commission. La relation entre les questions que cette sous-commission avait à examiner et l'étendue de la mer territoriale est si étroite que l'absence de règles relatives à la largeur de la zone a empêché la Commission de se prononcer, même à titre provisoire, sur les articles élaborés par cette sous-commission. Ces articles, qui constituent quand même un matériel précieux pour la continuation des études en cette matière, ont été également annexés au présent rapport. » (*Actes de la conférence pour la codification du droit international*, vol. III, p. 211.)

Les projets d'articles proposés par la deuxième sous-commission, qui, bien que n'ayant pas été adoptés, avaient été joints au rapport de la commission elle-même, se lisaient notamment comme suit :

« *Baies*

Pour les baies dont un seul Etat est riverain, l'étendue des eaux territoriales sera mesurée à partir d'une ligne droite tirée en travers de l'ouverture de la baie; si l'ouverture de la baie excède dix milles, cette ligne sera tirée en travers de la baie dans la partie la plus rapprochée de l'entrée, au premier point où l'ouverture n'excédera pas dix milles. » (*Ibid.*, vol. III, p. 217; voir également vol. I, p. 131.)

Parallèlement, les projets d'articles établis par la première sous-commission avaient été provisoirement approuvés par la commission. Il y était

<sup>1</sup> Ce n'est que depuis la conférence de codification de 1930 que l'expression « mer territoriale » (qui était alors souvent appelée « eaux territoriales ») a été utilisée uniformément pour désigner la ceinture maritime littorale (voir le *Rapport de la deuxième sous-commission: mer territoriale* (rapporteur: M. François), app. I, art. 1, observations; *Actes*, vol. I, p. 126; vol. III, p. 213). Le passage pertinent se lit comme suit :

« On a hésité entre le choix des expressions « eaux territoriales » et « mer territoriale ». En faveur du premier terme, qui était employé par le comité préparatoire, militent l'usage plus général et l'emploi dans plusieurs conventions internationales. Toutefois, on ne saurait contester que ce terme est de nature à prêter — et prête en effet — à des confusions du fait qu'on s'en sert aussi pour indiquer les eaux intérieures, ou bien l'ensemble des eaux intérieures et des eaux « territoriales », dans le sens restreint du mot. Pour ces raisons, on a donné la préférence à l'expression « mer territoriale. »

dit que le « droit de passage inoffensif » serait garanti aux navires de commerce étrangers dans une ceinture maritime appelée la « mer territoriale ».

18. Toutefois, les projets d'articles ne comportaient aucune disposition concernant les baies entourées par le territoire de deux ou plusieurs Etats. Si, dans ces projets d'articles figurant dans le rapport de la commission, aucune règle ni aucun règlement n'était suggéré pour les baies dont plusieurs Etats étaient riverains, c'était très certainement parce qu'il tombait sous le sens que de telles situations devraient être soumises à la règle générale selon laquelle la mer territoriale de chaque Etat riverain était mesurée à partir du littoral de cet Etat. En outre, l'absence de référence aux baies historiques dans ces projets d'articles était sans doute due à la difficulté qu'il y avait à faire des généralisations sur la base d'éléments historiques qui auraient pu justifier de donner le statut de baie à certaines configurations côtières qui, autrement, n'auraient pas été considérées comme des baies en raison de la plus grande largeur de leur ouverture. Bien que ce silence ne puisse certes pas être interprété comme signifiant que le concept de « baie historique » ait été rejeté, il n'en demeure pas moins qu'il n'a jamais été suggéré que ce concept fût applicable à une « baie dont plusieurs Etats sont riverains ».

ii) *Les conférences des Nations Unies sur le droit de la mer*

19. Lorsque M. J. P. A. François, nommé rapporteur spécial de la Commission du droit international de l'ONU pour les questions de la mer territoriale et de la haute mer, a présenté en 1952 son premier rapport concernant la mer territoriale, il a proposé d'adopter au sujet des baies une disposition identique à celle qu'avait approuvée la conférence de codification de 1930 (*Annuaire de la Commission du droit international (ACDI)*, 1952, II, p. 34). Le deuxième rapport de M. François, en 1953, allait dans le même sens (*ACDI*, 1953, II, p. 56). Dans son troisième rapport, en 1954, M. François, après avoir tenu compte des suggestions formulées par le groupe d'experts chargé d'étudier les aspects géographiques et techniques de la mer territoriale, a présenté une proposition plus détaillée qui, tout en conservant une largeur de 10 milles marins pour la ligne de fermeture d'une baie, spécifiait que la superficie d'une baie ne devait pas être inférieure à celle d'un demi-cercle ayant pour diamètre cette ligne de fermeture (*ACDI*, 1954, II, p. 4). Le projet d'articles sur le « Régime de la mer territoriale » élaboré par la Commission du droit international en 1955 contenait pour la première fois une définition détaillée des « baies » et stipulait que l'ouverture d'une baie ne devrait pas avoir plus de 25 milles de largeur, compte tenu de la tendance qui se manifestait alors en faveur d'une mer territoriale de 12 milles (au lieu d'une limite de 3 milles), tandis que les eaux d'une baie dont un seul Etat était riverain seraient considérées comme « eaux intérieures » (art. 7, par. 3 et 4; *ACDI*, 1955, II, p. 36). Il était dit en outre que « la disposition prévue au paragraphe 4 [concernant la règle des 25 milles] [ne devrait] pas s'appliquer à ce

qu'il est convenu d'appeler les baies « historiques »... » (art. 7, par. 5). Il convient d'ajouter que le projet d'articles sur le « Régime de la haute mer » élaboré en 1955 prévoyait qu'indépendamment de la haute mer il n'y aurait que la mer territoriale ou les eaux intérieures d'un Etat (art. 1; *ACDI*, 1955, II, p. 21). Les « articles concernant le droit de la mer » publiés en 1956 suivaient le texte de 1955 (en combinant les deux séries de projet d'articles), à cela près que la largeur de l'ouverture d'une baie — au sens juridique — avait été ramenée à 15 milles (art. 7, par. 3; *ACDI*, 1956, II, p. 268), car l'on s'était rendu compte que la présomption d'une limite de 12 milles pour la mer territoriale serait alors difficile à maintenir. Tel a été le texte du projet qui a servi de base de discussion lors de la première conférence des Nations Unies sur le droit de la mer.

20. A la première conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, en 1958, il a été décidé, sur la base d'une recommandation figurant dans une proposition conjointe présentée par la Bulgarie, la Pologne et l'URSS (A/CONF.13/C.1/L.103), de fixer à 24 milles la limite de l'ouverture d'une baie, règle qui figure à l'article 7 de la convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë. Bien que la conférence n'ait pas arrêté les limites de la mer territoriale, le mouvement en faveur d'une limite de 12 milles ne pouvait pas être ignoré et la largeur d'une baie à son ouverture ne pouvait pas être fixée à une distance inférieure au double de cette limite. Simultanément, une proposition du Japon tendant à définir l'expression « baies historiques » comme s'appliquant

« aux baies sur lesquelles l'Etat riverain ou les Etats riverains exercent effectivement des droits souverains de façon continue depuis très longtemps, les autres Etats ayant explicitement ou implicitement reconnu cette pratique » (A/CONF.13/C.1/L.104)

a été retirée en faveur d'une proposition de l'Inde et du Panama recommandant « que la conférence renvoie la question à l'Assemblée générale des Nations Unies en lui demandant de prendre des dispositions appropriées pour l'étude du régime juridique des eaux historiques, y compris les baies historiques » (A/CONF.13/C.1/L.158/Rev.1), recommandation qui a été adoptée par la conférence dans une résolution relative au « Régime des eaux historiques<sup>1</sup> ». Les baies « historiques » n'ont donc pas été définies en termes clairs dans la convention, laquelle dispose au paragraphe 6 de l'article 7 (comme suggéré dans le projet de 1956 de la Commission du droit international), que « [l]es dispositions qui précèdent [concernant les baies] ne s'appliquent pas aux baies dites « historiques »... » Une proposition du Royaume-Uni tendant à insérer un nouveau

<sup>1</sup> En 1962, conformément à la résolution adoptée par la première conférence des Nations Unies sur le droit de la mer et à la résolution 1453 (XIV) adoptée par l'Assemblée générale en 1959, le Secrétariat de l'ONU a préparé une note sur le « Régime juridique des eaux historiques, y compris les baies historiques » (A/CN.4/143; *ACDI*, 1962, II, p. 1), qu'il n'est pas nécessaire de citer ici.

paragraphe prévoyant que les dispositions relatives aux baies ne concernaient « que les baies dont un seul Etat est riverain » (A/CONF.13/C.1/L.62) a été adoptée par 28 voix contre 21 avec 20 abstentions, et est devenue le paragraphe 1 de l'article 7 de la convention de 1958.

21. La question des « baies » a à peine été abordée lors de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. La seule proposition relative aux baies, soumise par la Colombie lors de la quatrième session de la conférence, en 1976, stipulait que la règle des 24 milles ne serait « pas applicable aux baies dites « historiques » ou baies dont les côtes appartiennent à plus d'un Etat » (A/CONF.62/C.2/L.91). La Colombie avait également proposé un autre article qui se lisait en partie comme suit :

« 2. Une baie dont les côtes appartiennent à deux ou plusieurs Etats et qui répond aux critères visés au paragraphe 1 du présent article [concernant la preuve de la possession exclusive des eaux de la baie sur une base continue, paisible et pendant longtemps, et l'acceptation tacite de cette situation par les Etats tiers] n'est considérée comme historique que lorsqu'il existe un accord à cet effet entre les Etats riverains. » (*Ibid.*)

Rien n'indique que cette proposition colombienne ait été discutée lors des réunions de la conférence. Comme les discussions qui ont eu lieu lors de cette session étaient toutes considérées comme des négociations officieuses et n'ont donc pas été consignées dans les comptes rendus, il n'y a aucune raison de penser que la proposition en question n'a pas été discutée ; néanmoins, les textes successifs qui ont été élaborés par la conférence, comme le texte de négociation composite officieux en 1977, sa première révision en 1979, sa deuxième révision en 1980 et le projet de convention en 1980 également, étaient tous identiques aux dispositions correspondantes de la convention de 1958. Les dispositions de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 relatives aux baies demeurent virtuellement identiques à celles qui se trouvent dans la convention de Genève de 1958, à cela près qu'elles « ne s'appliquent pas » — alors que la convention de 1958 stipulait que la disposition correspondante « ne s'appliquera pas » — « aux baies dites « historiques ».

*3. Le concept contemporain de baie ou de baie historique : ses eaux ont le statut juridique d'eaux intérieures d'un seul Etat riverain*

22. Le droit de la mer contemporain est le suivant. La largeur de la mer territoriale, sur laquelle la juridiction territoriale de l'Etat côtier s'étend sur une distance de 12 milles<sup>1</sup>, est en principe mesurée à partir des lignes

<sup>1</sup> La règle des 12 milles est prévue dans la convention des Nations Unies de 1982 (art. 3), qui peut maintenant valablement être considérée comme ayant confirmé la norme.

de base de la côte. Les lignes de base servant à mesurer la largeur de la mer territoriale sont en principe les «lignes de base normales», c'est-à-dire celles qui suivent de près la configuration de la côte. Toutefois, il peut s'agir de «lignes de base droites» dans les cas exceptionnels des localités «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» ainsi que de la «ligne de fermeture» d'une baie, telle que celle-ci est spécifiquement définie du point de vue de la largeur de son ouverture, de ses caractéristiques et de la mesure dans laquelle l'échancrure pénètre dans les terres. Les eaux situées en deçà des lignes de base droites servant à mesurer la largeur de la mer territoriale «font partie des eaux intérieures» de l'Etat. Ces principes sont clairement énoncés aux articles 3, 4, 7, 8 et 10 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, qui sont presque identiques aux dispositions correspondantes de la convention de Genève de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë et qui peuvent légitimement être considérées comme exprimant aujourd'hui le droit international coutumier. Les eaux situées à proximité immédiate des côtes font donc partie soit de la mer territoriale, soit des eaux intérieures, qui sont dans les deux cas incluses dans le territoire de l'Etat côtier mais sujettes à certaines conditions (en particulier le droit de passage inoffensif devant être accordé aux navires de commerce étrangers dans la mer territoriale), mais ne peuvent constituer rien d'autre<sup>1</sup>.

23. Dans le cas d'une «baie», les eaux de celle-ci sont considérées comme des «eaux intérieures» et la mer territoriale est mesurée à partir de la ligne de fermeture de la baie, constituant en l'occurrence la ligne de base. Il s'agit là d'un point qui est demeuré incontesté pendant tout le développement du droit contemporain de la mer intervenu depuis la conférence de codification de 1930. Et — je dois le répéter — s'il a subsisté une incertitude quelconque à ce propos, elle ne porte que sur les types de caractéristiques, géographiques ou historiques, qui peuvent constituer des critères conduisant à considérer une configuration côtière spécifique comme une «baie» et donc à incorporer ses eaux aux eaux intérieures de l'Etat, dans lesquelles le droit de passage inoffensif n'est pas accordé.

24. On peut conclure que le résultat de cette étude du développement du droit de la mer est simplement qu'il n'existait pas et qu'il n'existe toujours pas (ou même qu'il ne peut pas exister) de concept juridique comme celui de «baie dont plusieurs Etats sont riverains», dont les eaux constitueraient des eaux intérieures. Il n'est pas surprenant qu'aucune règle applicable à une telle baie dont plusieurs Etats sont riverains n'ait jamais été avancée en droit international. Le concept même d'«eaux intérieures» («*internal waters*»), qui n'est apparu (sous les termes «*inland waters*» en anglais) que dans le contexte de la fixation de la limite des eaux

---

<sup>1</sup> Nous ne devons pas perdre de vue non plus le nouveau concept d'eaux archipélagiques, lequel n'est peut-être pas directement en rapport avec la présente affaire (voir ci-dessus, note 1, p. 734).

territoriales (mer territoriale), implique, sur le plan normatif, que les eaux en question se trouvent enfermées ou semi-enfermées dans les limites d'une juridiction déterminée. Cet élément est absent ou disparaît lorsque le littoral d'une baie au sens géographique est à tel point divisé entre plusieurs Etats que les critères auxquels doit répondre une baie au sens juridique ne peuvent être satisfaits et que la qualification de baie perd sa raison d'être. C'est ce que confirme tacitement le fait que ni la convention de 1958, ni la convention de 1982, ne contient une disposition quelconque touchant la délimitation ou la division des eaux intérieures; les eaux intérieures d'un Etat ne peuvent jouxter les eaux intérieures d'un autre Etat.

25. Quelques dérogations aux critères géographiques qui doivent normalement être remplis pour qu'il existe une baie (au sens juridique) ont été justifiées pour des motifs historiques dans le cas de certaines caractéristiques topographiques, et le droit de la mer contemporain reconnaît le concept de « baie historique ». Les termes employés dans les conventions de 1958 et de 1982, à savoir que les dispositions définissant une baie (dont un seul Etat est riverain) ne s'appliqueront pas ou « ne s'appliquent pas » aux « baies dites « historiques » (convention de 1982, art. 10, par. 6), veulent dire que les critères géographiques qui servent à définir une baie à des fins juridiques, comme la largeur de son ouverture ou la profondeur de sa pénétration à l'intérieur des terres, ne sont pas, en pareil cas, des conditions devant rigoureusement être remplies pour que l'échancrure en question constitue une baie.

26. Je dois relever deux points. Premièrement, une baie dont les côtes sont divisées entre deux ou plusieurs Etats ne peut pas être une baie au sens juridique des conventions susmentionnées, c'est-à-dire ne peut même pas appartenir à la catégorie juridique dont, en tout état cause, les « baies historiques » ne relèvent pas<sup>1</sup>. Deuxièmement, les eaux d'une « baie historique » ne sont rien d'autre que des « eaux intérieures ». Il me faut rappeler qu'aux fins de la définition du statut des eaux situées au large des côtes les seuls concepts disponibles en droit de la mer sont la « mer territoriale » ou les « eaux intérieures » (si l'on fait abstraction du nouveau concept d'eaux archipélagiques). Autrement dit, des concepts comme « une baie historique dont les eaux sont, en conséquence, des eaux historiques » (arrêt, par. 383), « une baie historique qui constitue une mer fermée entièrement située à l'intérieur du territoire d'un seul Etat » (par. 395), « une baie historique et par conséquent une « mer fermée » (*ibid.*), « eaux historiques ... soumises à la souveraineté conjointe des trois Etats riverains » (par. 404), « eaux intérieures soumises à un régime spécial

---

<sup>1</sup> Je dois ajouter à ce propos que certaines baies qualifiées de « baies historiques » dans des traités classiques depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle sont maintenant considérées comme des « baies » normales par suite de l'élargissement du critère de distance auquel doit satisfaire la ligne de fermeture d'une baie, distance qui, initialement assez modeste (par exemple 10 milles) dans la convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë, a été portée à 24 milles dans la convention de 1982 (voir le paragraphe 43 ci-après).

et particulier, non seulement de souveraineté conjointe mais de droits de passage » (par. 412), « eaux du golfe ... soumises au condominium ou à la copropriété » (*ibid.*), « eaux intérieures en un sens limité » (*ibid.*), « eaux intérieures ... soumises à certains droits de passage » (*ibid.*), « zone de souveraineté conjointe [en 1917] » (par. 413), « la souveraineté conjointe dans la totalité des eaux » (par. 414), « un condominium des eaux du golfe » (par. 418), « eaux intérieures de [la] baie ... soumises à une souveraineté conjointe des trois Etats » (*ibid.*), « la situation juridique est ... celle de la souveraineté conjointe » (par. 420), « eaux ... appart[enant] conjointement aux trois Etats » (par. 432, 1) — tous concepts dont le présent arrêt donne à entendre qu'ils définissent le statut juridique des eaux du golfe — ne correspondent aucunement à ce statut.

### III. C'EST À TORT QUE L'ARRÊT DE 1917 DE LA COUR DE JUSTICE CENTRAMÉRICAINE ET LE PRÉSENT ARRÊT APPLIQUENT L'EXPRESSION « BAIÉ HISTORIQUE » AU GOLFE DE FONSECA

#### 1. *Impact de l'application erronée de l'expression « baie historique » dans l'arrêt de 1917*

27. Dans l'arrêt rendu en 1917 par la Cour de justice centraméricaine, le golfe de Fonseca est apparu pour la première fois sur la scène juridique paré de la qualification de « baie historique possédant les caractéristiques d'une mer fermée ». Ce n'est que lors du prononcé de cet arrêt que le golfe de Fonseca a commencé à être mentionné dans des traités de droit international. Avant 1917, il n'y avait guère d'internationalistes qui pensaient que le golfe de Fonseca, entouré par trois Etats, était devenu une baie (au sens juridique), que ce soit ordinaire ou historique, et pouvait donc prétendre à un quelconque statut juridique spécial. (On ne trouvait aucune mention du golfe de Fonseca même dans les huit volumes du *Digest of International Law* publié par Moore en 1906 ou dans *The Sovereignty of the Sea*, ouvrage classique de Fulton, en 1911.) Même l'expression « baie historique » elle-même ne semble jamais avoir été employée dans une décision judiciaire ou un ouvrage avant 1917, sauf dans la sentence rendue en 1910 par la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire des *Pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique*, dans laquelle la Cour avait

« reconnu que les conventions et les usages établis peuvent être considérés comme le fondement de la revendication d'une juridiction territoriale sur les baies [baies dont un seul Etat était riverain, y compris la baie du Delaware et d'autres baies] qui, pour ce motif, pourraient être qualifiées de baies historiques » (Nations Unies, *RSA*, vol. XI, p. 197).

Le golfe de Fonseca, baie entourée par le territoire de trois Etats côtiers,

n'était certainement pas au premier plan des préoccupations des membres de la Cour permanente d'arbitrage en 1910.

28. En revanche, presque tous les auteurs qui se sont occupés du droit de la mer après 1917 ont, à l'unisson, repris le concept de « baie historique » employé dans l'arrêt de 1917 uniquement pour définir le golfe de Fonseca, comme, il est vrai, le remarque le présent arrêt (voir par. 383 et 394). Force est toutefois d'admettre que les auteurs des traités en question ont simplement donné l'appellation « baie historique » au golfe de Fonseca, en tant que situation unique dans laquelle le littoral appartient à deux ou plusieurs Etats, uniquement pour le motif que la Cour de justice centraméricaine, en 1917, avait rendu un arrêt dans lequel elle avait employé cette expression. N'ayant jamais suggéré un régime spécifique qui s'appliquerait ne serait-ce qu'à une « baie historique » dont un seul Etat serait riverain, ils n'ont à fortiori jamais soutenu que les règles ou règlements établis pour mettre en place un tel régime dussent s'appliquer à une baie entourée par trois Etats. Cela est vrai même dans le cas d'Oppenheim, qui n'a abordé la question de ce golfe que dans la troisième édition de son ouvrage, publiée en 1920 (*International Law*, 3<sup>e</sup> éd., 1920, p. 344, par. 192, note 4), s'y référant en tant qu'exception aux « golfes et aux baies soumis à la juridiction non territoriale qui sont entourés par le territoire de plus d'un Etat côtier ». Fauchille en 1925 (*Traité de droit international public*, t. 1, deuxième partie, 8<sup>e</sup> éd., 1925, p. 308; dans le *Manuel de droit international public* de Bonfils publié sous la direction de Fauchille (5<sup>e</sup> éd.) en 1908, le golfe de Fonseca n'était pas mentionné du tout); Jessup en 1927 (*The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction*, 1927, p. 398); Wheaton en 1929 (*Elements of International Law*, 6<sup>e</sup> éd. anglaise, 1929, p. 365; dans sa cinquième édition anglaise, en 1916, le golfe de Fonseca n'était mentionné nulle part); Gidel en 1934 (*Le droit international public de la mer*, t. III, 1934, p. 604); et d'autres encore ont tous suivi Oppenheim. Les auteurs qui, après 1917, se sont référés au golfe de Fonseca en tant que baie (au sens juridique) n'ont jamais donné de justification quelconque à cette appellation hormis le fait que le golfe avait été ainsi qualifié dans l'arrêt de 1917. Leurs affirmations n'ont donc, cumulativement, guère de poids.

29. Certains des documents préparatoires élaborés par l'ONU en vue de la première conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, en 1958, mentionnaient également le golfe de Fonseca en tant que « baie historique », encore que comme un cas unique de baie bordée par le territoire de deux Etats ou plus. Dans le rapport intitulé « Baies historiques » (A/CONF.13/1; conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, *Documents officiels*, vol. I, p. 1) élaboré par le Secrétariat de l'ONU en 1957, le golfe de Fonseca était le seul exemple donné dans la première partie, section I (« La pratique des Etats: quelques exemples de baies historiques »), sous la sous-section B, « Baies dont les côtes appartiennent à deux ou plusieurs Etats », mais les explications données dans ce document n'allaient pas au-delà d'une simple référence à l'arrêt de 1917. Le golfe de Fonseca a, de même, été cité à nouveau, seulement avec un renvoi

à l'arrêt de 1917, dans la deuxième partie, section I (« Statut juridique des eaux considérées comme baies historiques »), sous la sous-section B, « Baies historiques dont les côtes appartiennent à deux ou plusieurs Etats »<sup>1</sup>. Les auteurs de ces documents de l'Organisation des Nations Unies semblent avoir accordé au golfe de Fonseca un traitement un peu spécial sans néanmoins offrir de raisons suffisamment convaincantes, et ils n'ont pas suggéré que les règles applicables à une « baie historique », si tant était qu'il y en eût, dussent s'appliquer dans le cas particulier des baies dont plusieurs Etats étaient riverains. Bien que l'application de l'expression « baie historique » ait été élargie à la situation tout à fait unique du golfe de Fonseca, aucune règle n'a été suggérée pour les baies dont plusieurs Etats étaient riverains en tant que telles. Cela n'est pas surprenant, étant donné qu'une situation unique ne peut pas être régie par les règles propres à une catégorie : elle exige l'application de principes généraux.

30. De même, dans la présente affaire, les deux Parties et l'Etat intervenant n'ont qualifié le golfe de Fonseca de « baie historique » que parce que c'était ainsi qu'il avait été appelé dans l'arrêt de 1917. Cependant, ils n'ont jamais prouvé l'existence de règles établies qui s'appliqueraient à une « baie historique » bordée par le territoire de deux Etats ou plus, ni même d'un concept de « baie historique » qui s'appliquerait à une telle situation. Les trois Etats en question se sont simplement accordés à soutenir que, du fait de ses prétendus antécédents historiques ainsi que de ses caractéristiques géographiques, certaines règles exceptionnelles du droit international devraient être applicables au golfe de Fonseca. En dépit de l'appellation commune « baie historique », les Etats en question ne partagent pas une conception claire de la situation du golfe. Ils ont fait montre d'un manque total d'accord ou même d'entente mutuelle quant aux éléments qui pourraient constituer une « baie historique » et quant à ce que recouvrirait réellement le concept de « baie historique ». Chacun de ces trois Etats a semblé ne baser l'image qu'il se fait lui-même de la situation que sur l'appellation « baie historique ».

31. La Chambre, dans sa définition du statut juridique des eaux du golfe, semble accorder beaucoup de poids à l'arrêt rendu en 1917 par la Cour de justice centraméricaine, arrêt que la Chambre

« doit prendre ... en considération comme décision antérieure pertinente d'une juridiction compétente et, pour reprendre les termes de l'article 38 du Statut de la Cour, « comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » (arrêt, par. 403).

---

<sup>1</sup> Le golfe de Fonseca est mentionné aussi dans un autre document de l'Organisation des Nations Unies établi pour la première conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, « Brève étude géographique et hydrographique des baies et des estuaires dont les côtes appartiennent à des Etats différents », par le capitaine de frégate R. H. Kennedy (A/CONF.13/15; première conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, *Documents officiels*, vol. I, p. 198), document qui n'appelle pas ici de commentaire.

La Chambre, se fondant simplement sur l'arrêt de 1917, déclare que «[c]ette conclusion unanime selon laquelle le golfe de Fonseca est une baie historique possédant le caractère d'une mer fermée ne pose maintenant pas de problème majeur» (par. 394) et décide que «le golfe est une baie historique» (par. 432, 1). J'ai à peine besoin de répéter que, du point de vue du développement des concepts juridiques de baie ou de baie historique (comme expliqué dans la deuxième partie ci-dessus), le golfe de Fonseca ne peut pas, au regard du droit de la mer, appartenir à la catégorie d'une baie ou d'une baie historique, dont les eaux, du point de vue de leur statut juridique, doivent être un tout constituant les «eaux intérieures» d'un seul Etat riverain. De même, la décision de la Chambre selon laquelle

«les eaux [du golfe]... continuent de l'être [soumises à la souveraineté des trois Etats riverains, conjointement] ... mais à l'exclusion d'une ceinture ... s'étendant sur une distance de 3 milles marins (1 lieue marine) à partir du littoral de chacun des trois Etats, cette ceinture étant soumise à la souveraineté exclusive de l'Etat riverain...» (arrêt, par. 432, 1)

est manifestement incompatible avec la description de «baie historique» que la Chambre donne du golfe, ladite description ne pouvant pas, à fortiori, être utilisée pour fonder cette décision. Ce point sera développé plus loin (voir le paragraphe 38 ci-après).

## 2. Réexamen de l'arrêt de 1917

32. Quelle a été la démarche suivie par la Cour de justice centraméricaine pour qualifier le golfe de Fonseca de «baie historique possédant les caractéristiques d'une mer fermée»? La Cour a simplement tiré sa conclusion sur la base des réponses données par chacun de ses juges à certaines questions préparées à l'avance, dont l'une se lisait comme suit :

«*Neuvième question* — Compte tenu des conditions géographiques et historiques, ainsi que de la situation, de l'étendue et de la configuration du golfe de Fonseca, quel est le statut juridique international de ce golfe?»

Il est également indiqué dans l'arrêt de 1917 que «[l]es juges ont répondu à l'unanimité qu'il s'agit d'une baie historique possédant les caractéristiques d'une mer fermée». On ne trouve dans l'arrêt de 1917 aucun motif, autre que ces réponses des juges, qui pourrait justifier l'affirmation selon laquelle le golfe de Fonseca était une «baie historique», concept guère connu du droit international sauf dans le contexte d'un certain nombre de baies (au sens géographique) dans lesquelles un seul Etat riverain avait, pour une raison historique ou une autre, exercé son autorité même au-delà de la portée du canon (comme la baie du Delaware, le chenal de Bristol, etc.), et expression rarement employée avant la sentence rendue en 1910 dans l'affaire des *Pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique*.

33. La Cour de justice centraméricaine n'a certainement pas démontré pourquoi le concept de « baie historique », qui n'avait été appliqué précédemment qu'à certaines baies dont un seul Etat était riverain, devrait s'appliquer en 1917 à la situation unique du golfe de Fonseca, entouré par le territoire de plus d'un Etat. La Cour de justice centraméricaine semble avoir mal interprété aussi bien la sentence rendue en 1910 par la Cour permanente d'arbitrage, laquelle n'avait employé l'expression « baie historique » que dans les cas de baies dont un seul Etat était riverain mentionnés dans de nombreux documents historiques (comme indiqué au paragraphe 28 ci-dessus), que l'opinion dissidente de M. Drago jointe à ladite sentence, laquelle, sur ce point, ne s'écartait pas de la sentence elle-même (Nations Unies, *RSA*, vol. XI, p. 203).

34. Le fait que les cinq juges de la Cour de justice centraméricaine aient été unanimes à reconnaître que le golfe de Fonseca constituait une « baie historique » possédant les caractéristiques d'une mer fermée est-il pour nous maintenant d'une quelconque utilité pour déterminer le statut juridique positif de ce golfe ? Quel que soit le respect qui puisse être dû à l'arrêt de 1917, il semble que la Chambre se soit imposée à elle-même des restrictions inutiles en s'abstenant d'analyser la teneur dudit arrêt d'un œil critique. Il aurait fallu tenir dûment compte des aspects ci-après de l'arrêt de 1917. Premièrement, l'arrêt a été rendu dans une affaire opposant El Salvador et le Nicaragua seulement, affaire à laquelle le Honduras n'était pas partie. Deuxièmement, cette Cour avait été constituée à la suite d'un accord intervenu entre cinq Etats d'Amérique centrale, dont le Honduras. Troisièmement, le Honduras avait précédemment soulevé une objection à la procédure devant ladite Cour, faisant valoir qu'il n'avait pas été invité à y participer. Quatrièmement, le Honduras lui-même avait objecté à la décision, figurant dans l'arrêt de 1917, selon laquelle le golfe de Fonseca constituait un condominium, concept qui, selon cet arrêt, découlait logiquement de l'emploi de l'expression « baie historique ». Enfin, quoi qu'il en soit, le statut juridique des eaux du golfe en ce qui concerne *les trois Etats riverains* n'était pas nécessairement en cause dans le différend spécifique soumis à la Cour centraméricaine. Ce sont là autant de facteurs qu'il faudrait prendre en considération pour apprécier l'affirmation selon laquelle le golfe de Fonseca constitue maintenant une « baie historique possédant les caractéristiques d'une mer fermée ». A l'époque, le fait le plus important était que l'idée de « baie historique = condominium » avait été introduite principalement pour étayer l'affirmation d'El Salvador selon laquelle la construction d'une base navale des Etats-Unis en territoire nicaraguayen, en face du golfe, ne devrait pas être autorisée.

#### IV. LE STATUT JURIDIQUE DES EAUX DU GOLFE DE FONSECA TEL QU'IL A ÉTÉ INTERPRÉTÉ À TORT DANS L'ARRÊT DE 1917 ET DANS LE PRÉSENT ARRÊT

35. Dans son arrêt de 1917, la Cour centraméricaine a suggéré que les eaux en deçà de la ligne de fermeture du golfe, qui constituait « une baie

historique possédant les caractéristiques d'une mer fermée», étaient soumises à un condominium créé par le fait que les trois Etats riverains avaient hérité conjointement d'une zone qui avait constitué un tout pendant l'intégralité de son histoire avant la succession, en 1821, et, n'étant ni mer territoriale, ni eaux intérieures, avait fait l'objet soit de la copropriété, soit d'un condominium desdits Etats en 1821. Toutefois, il importe de noter que, dans cet arrêt, la ceinture d'une lieue marine de large serait exclue de ce régime, les eaux de cette ceinture étant ainsi divisées entre les trois Etats riverains respectifs. Concrètement, pour reprendre les termes suggérés par la Cour de justice centraméricaine,

«la présente cour est parvenue à la conclusion que le golfe de Fonseca appartient à la catégorie des *baies historiques* et possède les caractéristiques d'une *mer fermée*»

et

«[l]a cour ayant reconnu au golfe de Fonseca le statut juridique de baie historique possédant les caractères d'une mer fermée, les trois pays riverains, le Honduras, le Nicaragua et El Salvador, ont été reconnus en conséquence comme copropriétaires de ses eaux, à l'exception des eaux comprises à moins d'une lieue marine du littoral, qui sont la propriété exclusive de chacun d'eux...»

De même, le présent arrêt conclut que «les eaux du golfe, hormis les ceintures maritimes de 3 milles, sont des eaux historiques et sont soumises à la souveraineté conjointe des trois Etats riverains» (par. 404). L'arrêt considère également les eaux du golfe comme «soumises au condominium ou à la copropriété» (par. 412). C'est ainsi que la Chambre décide 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 [des trois Etats riverains] conjointement, et continuent de l'être ... mais à l'exclusion d'une ceinture ... s'étendant sur une distance de 3 milles (1 lieue marine) à partir du littoral de chacun des trois Etats, cette ceinture étant soumise à la souveraineté exclusive de l'Etat riverain, ...» (par. 432, 1).

36. Cette décision de la Chambre que je viens de citer (ainsi que celle figurant dans l'arrêt de 1917) est, de tout l'arrêt, la partie que j'ai le plus de mal à comprendre. La Chambre suggère-t-elle que le golfe de Fonseca — en tant que baie historique dont El Salvador, le Honduras et le Nicaragua sont censés avoir hérité en 1821 ou 1839 de l'Espagne ou de la République fédérale d'Amérique centrale sous forme de condominium sans aucune division entre eux — est maintenant composé du secteur central (minime) des eaux, qui demeure soumis à la souveraineté conjointe des trois Etats, tandis qu'une ceinture littorale de 3 milles tout le long du littoral du golfe (et occupant en fait la majeure partie du golfe) est répartie individuellement entre chacun d'entre eux ?

37. La topographie et l'histoire confirment qu'avant 1821 le golfe de Fonseca était entouré par le territoire de l'Espagne, en tant qu'Etat unique, puis, jusqu'en 1839, de la République fédérale d'Amérique centrale. L'Espagne, et ensuite la République fédérale d'Amérique centrale, auraient pu exercer une certaine autorité et un certain contrôle dans les eaux du golfe au large des côtes. Néanmoins, rien ne permet de croire qu'avant 1821 ou 1839 l'Espagne ou la République fédérale d'Amérique centrale ait exercé un contrôle quelconque sur les zones maritimes du golfe situées au-delà de la distance traditionnellement acceptée, déterminée par la portée du canon. Aussi bien l'arrêt de 1917 que le présent arrêt reposent sur l'hypothèse non avouée que la zone maritime en question, avant 1821 ou 1839, était non seulement une « zone unique et indivise » mais aussi *intégralement* (en tant que baie) située à l'intérieur de la juridiction territoriale d'un seul Etat riverain. L'un et l'autre méconnaissent le fait essentiel qu'en 1821 ou 1839 il n'existait aucun concept de baie définie en tant qu'ensemble d'eaux constituant un tout du point de vue de ses caractéristiques géographiques ou du régime juridique applicable.

38. Une autre thèse implicite dans l'arrêt de 1917 et dans le présent arrêt, qui s'inspire beaucoup du premier, est — pour reprendre les termes de la Chambre — qu'« il n'y a apparemment aucune raison, en principe, pour qu'une succession ne crée pas une souveraineté commune dans les cas où une zone maritime unique et indivise est transmise à deux ou plusieurs nouveaux Etats » (arrêt, par. 399). Cela conduit à se poser la question suivante : si l'hypothèse d'un statut unitaire qui se serait appliqué à l'ensemble des eaux du golfe avait été correcte en 1821 ou en 1839, pourquoi l'arrêt de 1917 et le présent arrêt n'auraient-ils pas préféré l'interprétation beaucoup plus naturelle selon laquelle une fois que le territoire sur lequel un seul Etat, l'Espagne, puis la République fédérale d'Amérique centrale, exerçait une souveraineté avait été divisé en cinq Etats lors de leur indépendance, l'autorité et le contrôle sur les eaux situées au large des côtes, lesquelles avaient toujours été considérées comme relevant du territoire terrestre, auraient pu être divisés de la même façon et attribués aux territoires divisés de ces Etats nouvellement indépendants, les trois Etats riverains — El Salvador, le Honduras et le Nicaragua — ayant chacun hérité de l'autorité et du contrôle sur leurs eaux respectives au large de leur propre territoire terrestre dans le golfe de Fonseca ? En fait, l'arrêt de 1917 lui-même avait reconnu que les « eaux comprises à moins d'une lieue marine ... [étaient alors] *la propriété exclusive de chacun d'eux* [les trois Etats riverains] » (les italiques sont de moi) et le présent arrêt reconnaît

« une ceinture, telle qu'actuellement établie, s'étendant sur une distance de 3 milles (1 lieue marine) à partir du littoral de chacun des trois Etats, cette ceinture étant soumise à la souveraineté exclusive de l'Etat riverain » (par. 432, 1).

39. La Cour de justice centraméricaine semble s'être contredite en suggérant à la fois le concept de « zone maritime unique et indivise [étant passée] à deux ou plusieurs nouveaux Etats, [ce qui avait créé] une souve-

raineté conjointe» et celui d'«eaux comprises à moins d'une lieue marine du littoral, qui sont la propriété exclusive de chacun [des Etats riverains]». Il me semble que l'arrêt de 1917 était basé sur une illusion locale quant aux antécédents historiques, aussi bien juridiques que factuels et, si je peux me permettre d'ajouter mon avis, le présent arrêt perpétue une erreur en s'en remettant à l'arrêt de 1917 et en proposant parallèlement le concept d'«eaux du golfe ... soumises à la souveraineté de la République d'El Salvador, de la République du Honduras et de la République du Nicaragua conjointement» et de «ceinture, telle qu'actuellement établie, s'étendant sur une distance de 3 milles (1 lieue marine) à partir du littoral de chacun des trois Etats, cette ceinture étant soumise à la souveraineté exclusive de l'Etat riverain» (arrêt, par. 432, 1).

40. Je poursuis ma question : quel est le statut juridique des eaux que l'arrêt décrit comme suit : «la ceinture maritime, dans une baie dont plusieurs Etats étaient riverains» (par. 392), «ceintures maritimes de juridiction exclusive de 3 milles» (par. 393), «ceintures maritimes littorales soumises à la souveraineté unique de chacun d'eux [les Etats riverains] mais avec des droits réciproques de passage inoffensif» (par. 412), «la ceinture de 3 milles de juridiction exclusive et absolue appartenant à chacun des Etats le long de son littoral» (par. 413), «ceinture maritime littorale de juridiction exclusive de 3 milles à l'intérieur du golfe» (par. 415), «ceintures maritimes littorales d'une lieue marine le long des côtes du golfe» (par. 416), «ceintures maritimes littorales à l'intérieur ... ne [constituant] ... pas une mer territoriale au sens du droit moderne» (*ibid.*), «eaux intérieures de l'Etat côtier qui ne sont pas soumises à la souveraineté conjointe bien qu'elles restent sujettes ... à des droits de passage inoffensif» (*ibid.*), «ceintures maritimes littorales exclusives à l'intérieur du golfe ... limitées à une largeur de 3 milles» (par. 418), «eaux intérieures soumises à une souveraineté unique exclusive» (*ibid.*)? Après tout, que recouvre la ceinture littorale de 3 milles selon la conception de l'arrêt? Je crois tout simplement qu'en appliquant des concepts aussi inhabituels, la Chambre introduit une confusion dans le droit de la mer.

41. En ce qui concerne le concept de condominium (ou de copropriété) ou de souveraineté conjointe que la Cour de justice centraméricaine et la Chambre ont employé pour définir les eaux du golfe de Fonseca à l'exclusion de la ceinture littorale de 3 milles (et non de l'ensemble du golfe!), il convient de noter que le Honduras lui-même nie que le golfe constitue un condominium des trois Etats riverains que sont le Honduras, El Salvador et le Nicaragua, et fait valoir l'absence d'accord entre les Etats intéressés. Je conviens qu'un condominium peut être créé par le consentement des Etats intéressés en ce qui concerne la zone sur laquelle lesdits Etats auraient initialement pu avoir des droits. Je ne veux pas dire qu'en règle générale le concept de condominium ne pourrait pas être applicable dans des secteurs maritimes. Le présent arrêt se réfère au cas de la baie du Figuier, où il existe depuis 1879 une zone de condominium relevant conjointement de la France et de l'Espagne (arrêt, par. 401). Néanmoins, ce précédent ne permet pas de justifier l'octroi d'un statut de condomi-

nium au golfe de Fonseca, à propos duquel il n'y a jamais eu d'accord entre les Etats intéressés. Les motifs qui ont conduit à retenir la solution en question dans la baie du Figuier étaient que la France et l'Espagne avaient décidé de maintenir une petite partie de cette baie (qui est elle-même si petite, son ouverture n'ayant environ que 3000 mètres, qu'elle aurait pu, par simple application du critère de distance, être sous la juridiction de l'un ou l'autre Etat) sous leur administration conjointe en vue d'utiliser en commun les mouillages se trouvant dans la rade (déclaration pour la délimitation de la juridiction de la France et de l'Espagne dans les eaux de la baie du Figuier, 1879, ministère des affaires étrangères, *Traités et conventions entre la France et les puissances étrangères*, tome deuxième, 1919, p. 141); la question d'un titre distinct a donc cédé le pas à des considérations pratiques. Il est tout à fait évident que, dans la présente affaire, ce sont d'autres considérations qui prévalent.

42. Je dois souligner aussi, en l'occurrence, qu'alors même que l'arrêt de 1917 n'a pas utilisé cette expression, la Chambre est la seule à essayer d'invoquer le concept d'« eaux historiques » pour définir les eaux du golfe de Fonseca. Je dois avouer que je vois très difficilement si la Chambre, lorsqu'elle parle d'« eaux historiques », a à l'esprit l'ensemble de la zone du golfe ou la partie centrale (minime) du golfe à l'exclusion de la « ceinture littorale de 3 milles ». La Chambre affirme que : « [le golfe de Fonseca est] une baie historique dont les eaux sont, en conséquence, des eaux historiques » (arrêt, par. 383), que « [c]e qui pose un problème ... c'est la nature précise de la souveraineté dont trois Etats riverains jouissent dans ces eaux historiques » (par. 395), que « [l]a décision de 1917 concernant le statut juridique des eaux du golfe de Fonseca était ... essentiellement que ces eaux historiques étaient à l'époque une « copropriété » (*condominio*) des trois Etats riverains » (par. 398), que « la zone maritime en question était depuis longtemps constituée par des eaux historiques dépendant de la souveraineté d'un seul Etat » (par. 401) et que « les eaux du golfe, hormis les ceintures maritimes de 3 milles, sont des eaux historiques et sont soumises à la souveraineté conjointe des trois Etats » (par. 404). La Chambre paraît simplement aggraver la confusion par sa conception erronée de ce que constituent des « eaux historiques ».

43. L'arrêt rendu en 1951 dans l'affaire des *Pêcheries* a défini les « eaux historiques » comme étant des « eaux que l'on traite comme des eaux intérieures, alors qu'en l'absence d'un titre historique elles n'auraient pas ce caractère » (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 130). En fait, les eaux se trouvant dans la situation de celles qui étaient en litige dans l'affaire de 1951 sont désormais incluses dans les « eaux intérieures » par l'application du nouveau concept de lignes de base droites consacré dans les conventions de 1958 et de 1982, de sorte que leurs antécédents « historiques » sont devenus une référence superflue. De même, la qualification de « baie historique » aurait pu se justifier par le fait que les eaux du golfe avaient le statut d'« eaux historiques », mais, comme je l'ai dit ci-dessus, le rôle nouveau joué par la ligne de fermeture de 24 milles a maintenant transformé en baies ordinaires la plupart des baies considérées comme « baies

historiques», comme la baie du Delaware, la baie de Chesapeake, le chenal de Bristol ou la baie de Conception. En outre, certaines «eaux historiques» se trouvant dans une situation passablement différente ont fait l'objet d'une évolution parallèle. C'est ainsi qu'au cours de la préparation de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer le représentant des Philippines a présenté un projet d'article concernant les «eaux historiques» qui stipulait que «les droits ou les titres historiques acquis par un Etat dans un secteur maritime adjacent à ses côtes sont reconnus et sauvegardés» (A/AC.138/SC.II/L.46), ainsi qu'un autre projet d'article sur la «largeur de la mer territoriale» qui prévoyait que «la limite maximum [de la mer territoriale] ne s'applique pas aux eaux historiques considérées par un Etat comme faisant partie de sa mer territoriale» (A/CONF.138/SC.II/L.47/Rev.1). Ces propositions des Philippines ne sont réapparues dans aucun des textes qui ont ultérieurement été soumis à la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. En fait, les eaux que les Philippines avaient l'intention de revendiquer pour des motifs de droits ou de titres historiques auraient été incorporées à la zone de juridiction de l'Etat côtier par application du nouveau concept d'«eaux archipélagiques» prévu par la convention de 1982, qui auraient un statut *sui generis* semblable à celui de la mer territoriale mais non, toutefois, à celui des eaux intérieures<sup>1</sup>. Autrement dit, le concept d'«eaux historiques» a perdu toute pertinence dans le cas des Philippines par suite de l'acceptation du nouveau concept d'eaux archipélagiques.

44. En résumé, le concept d'«eaux historiques» est devenu pratiquement une redondance, et c'est peut-être pourquoi il ne figure ni dans la convention de 1958 ni dans celle de 1982. En fait, il ne s'agit pas tant d'un concept que d'une description qui reflète le titre historique sur la base duquel un statut particulier a été revendiqué pour certaines eaux. C'est ainsi que dans l'affaire des *Pêcheries*, en 1951, la revendication sur des «eaux historiques» a servi à justifier un statut d'eaux intérieures, qu'ensuite la revendication du statut d'«eaux historiques» pour les eaux d'une baie aurait pu justifier un concept de «baie historique» dont les eaux constituent des «eaux intérieures» et que troisièmement, dans un autre cas, c'est-à-dire dans celui des Philippines, il a été utilisé pour justifier seulement le statut de mer territoriale découlant de l'apparition d'un nouveau concept *sui generis* d'eaux archipélagiques. Il s'ensuit par conséquent que les «eaux historiques» n'ont pas de statut juridique spécial différent des catégories reconnues de longue date, c'est-à-dire soit des eaux intérieures, soit de la mer territoriale (ou des eaux archipélagiques récemment reconnues): autrement dit, les «eaux historiques» *en tant que telles* n'existaient pas et n'existent toujours pas comme institution indépendante au regard du droit de la mer. Je dois ajouter cette explication car

---

<sup>1</sup> La référence faite aux «eaux archipélagiques intérieures» dans le présent arrêt (par. 393) risque donc d'induire en erreur.

le présent arrêt me semble avoir méconnu les conséquences essentielles de cette terminologie, particulièrement lorsque je relève dans l'arrêt la présomption que comme « il s'agit d'une baie historique ... [ses] eaux sont, *en conséquence*, des eaux historiques » (arrêt, par. 383 ; les italiques sont de moi).

V. LE STATUT JURIDIQUE RÉEL DES EAUX DU GOLFE DE FONSECA :  
LES EAUX DU GOLFE DE FONSECA SE COMPOSENT DES MERS TERRITORIALES  
DE CHACUN DES ETATS RIVERAINS

45. Depuis que le concept assez vague d'eaux territoriales ou de ceinture littorale a vu le jour, au XIX<sup>e</sup> siècle, les trois Etats riverains du golfe de Fonseca ont en principe maintenu à 1 lieue marine (3 milles) la limite de leurs mers territoriales et rien ne permet de penser que leurs revendications concernant des mers territoriales dans le golfe diffèrent de leurs revendications correspondantes ailleurs. En outre, les trois Etats riverains semblent avoir exercé certains pouvoirs de police à des fins d'inspection au-delà de leurs mers territoriales respectives de 1 lieue de largeur. Dans son code civil de 1860, El Salvador a stipulé que ces pouvoirs de police s'exerceraient non seulement dans sa mer territoriale de 1 lieue marine de large, mais aussi, au-delà de la mer territoriale, jusqu'à une distance de 4 lieues marines de la côte (*UN Legislative Series*, vol. I; ST/LEG/SER.B/1, p. 71). Cette prétention a été reprise dans la loi de 1933 relative à la navigation et à la juridiction maritime (*ibid.*, voir également le volume VI; ST/LEG/SER.B/6, p. 126). Le Honduras a lui aussi revendiqué, dans son code civil de 1906 (*ibid.*; ST/LEG/SER.B/1, p. 71), outre une mer territoriale de 1 lieue, une ceinture de 4 lieues de large pour l'exercice de ses pouvoirs de police. Le Nicaragua a apparemment adopté la même position. Une telle compétence de la part de l'Etat côtier est généralement acceptée depuis la première guerre mondiale, particulièrement dans le cadre du nouveau régime de zone contiguë dont les Etats-Unis ont été les initiateurs dans les traités bilatéraux qu'ils ont conclus avec un certain nombre d'Etats. Cela étant, aucun Etat n'a jamais élevé d'objections auprès des trois Etats riverains contre leurs prétentions accrues touchant l'exercice de pouvoirs de police au-delà de la mer territoriale.

46. Indépendamment de ces revendications territoriales sur les eaux du golfe, les Etats riverains auraient pu, au début du XX<sup>e</sup> siècle, être unis pour considérer que la petite surface de mer que représentaient les eaux du golfe, qui aurait en tout état de cause été couverte par leurs mers territoriales et leurs zones de police respectives, ne resterait pas ouverte à une libre utilisation par des Etats tiers. Cela n'aurait pas été surprenant si le golfe de Fonseca avait présenté politiquement un intérêt commun pour les trois Etats riverains, ce qui aurait écarté toute utilisation ou participation jugée indésirable de la part d'autres Etats, ou si leur attitude en 1917 avait témoigné d'une conviction commune que la doctrine de la liberté des

mers qui prévalait alors ne s'appliquait pas aux eaux du golfe de Fonseca. Mais aucune preuve n'a été apportée que ces Etats aient effectivement exprimé le désir d'une telle exclusion ou fait valoir une prétention à des droits historiques correspondants, conjointement, et aient ainsi proposé pour le golfe un régime *sui generis*. C'est cependant une motivation tacite à cet effet qui a, à l'époque, conduit El Salvador à soulever une objection à l'établissement d'une base navale des Etats-Unis en territoire nicaraguayen et qui a aussi poussé la Cour de justice centraméricaine à appeler le golfe de Fonseca «baie historique» et à consacrer l'idée d'une propriété commune d'eaux non territoriales. C'est aussi ce qui a conduit les trois Etats riverains, dans la présente affaire, à qualifier ce golfe, à l'unisson, de «baie historique» alors même que, comme je l'ai déjà dit, c'est à tort que cette expression a été utilisée pour décrire le golfe de Fonseca.

47. Qu'une délimitation précise de la mer territoriale et/ou de la zone dans laquelle des pouvoirs de police seraient exercés ait ou non été nécessaire à un moment donné à des fins pratiques, il ne fait aucun doute que ces eaux du golfe auraient légitimement pu être divisées par des lignes de délimitation et, en fait, une ligne de délimitation a été adoptée en 1900 par une commission mixte créée par le Nicaragua et le Honduras. Il s'agit d'une ligne qui s'étend sur une longueur d'environ 20 milles marins jusqu'à un point central du golfe équidistant des côtes du Honduras (El Tigre) et du Nicaragua, elles-mêmes distantes l'une de l'autre de plus de 10 milles. On ne sait pas si le Gouvernement du Honduras ou le Gouvernement du Nicaragua avaient alors une idée claire du statut des eaux qu'ils divisaient. Cependant, le Honduras aurait certainement pu procéder au même exercice de tracé d'une limite par rapport à El Salvador, bien que cela eût été plus difficile dans la pratique en raison de la présence d'îles éparses dans la partie occidentale du golfe.

48. Les Etats latino-américains ayant revendiqué, après la guerre, une mer territoriale de 12 milles et une mer territoriale de 12 milles ayant été universellement acceptée dans le cadre du nouveau régime du droit de la mer, le golfe de Fonseca doit maintenant être considéré comme totalement couvert par les mers territoriales des trois Etats riverains. De plus, on ne saurait contester que le secteur précédemment revendiqué par chacun de ces Etats pour l'exercice de ses pouvoirs de police a été totalement absorbé par l'extension à 12 milles des mers territoriales dans le golfe. J'en conclus donc que les eaux qui se trouvent dans le golfe de Fonseca se composent maintenant des mers territoriales des trois Etats riverains, sans laisser aucun espace maritime au-delà d'une distance de 12 milles à partir d'un point quelconque du littoral. Tel est, à mon avis, le statut juridique de ces eaux.

49. Pour ce qui est d'une décision plus spécifique, la Chambre n'est pas en mesure de procéder à une délimitation quelconque de la mer territoriale de ces trois Etats riverains dans le golfe (arrêt, par. 432, 2). Néanmoins, on ne saurait passer sous silence l'article 15 de la convention des Nations Unies de 1982, qui se lit comme suit :

« Lorsque les côtes de deux Etats sont adjacentes ou se font face, ni l'un ni l'autre de ces Etats n'est en droit, sauf accord contraire entre eux, d'étendre sa mer territoriale au-delà de la ligne médiane dont tous les points sont équidistants des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun des deux Etats. Cette disposition ne s'applique cependant pas dans le cas où, en raison de l'existence de titres historiques ou d'autres circonstances spéciales, il est nécessaire de délimiter autrement la mer territoriale des deux Etats. »

Autrement dit, la méthode de l'équidistance est la règle pour délimiter la mer territoriale d'Etats voisins dont les côtes sont adjacentes ou se font face, et la configuration de la côte en tant que ligne de base est importante pour mesurer la largeur de la mer territoriale. Je ne sais pas qu'El Salvador ou le Honduras ait invoqué l'existence d'un titre historique ou d'une autre circonstance spéciale qui justifierait de s'écarter de quelque façon de l'application de la règle générale de la « ligne d'équidistance ». Dans le cas particulier du golfe de Fonseca, les points terminaux des frontières terrestres entre El Salvador et le Honduras et entre le Honduras et le Nicaragua revêtent une importance capitale pour la délimitation des mers territoriales respectives. La Chambre a déterminé que le point terminal de la frontière entre El Salvador et le Honduras se trouve au nord-ouest des îles Ramaditas, à l'embouchure du Goascorán. En outre, la souveraineté sur les îles situées dans le golfe est l'un des facteurs à prendre en considération, et la Chambre a déterminé que les îles de Meanguera et Meanguerita relèvent de la souveraineté d'El Salvador.

50. Il semble être clair, du point de vue géographique, que le Honduras, pris en sandwich dans le golfe entre El Salvador et le Nicaragua, ne peut pas revendiquer une mer territoriale au-delà du point où, quelque part dans le golfe, se rencontrent les mers territoriales respectives des trois Etats riverains, dont l'étendue peut fort bien être déterminée, si besoin est, par accord entre eux ou par tout autre moyen qu'ils pourront juger approprié. Je tiens à souligner à ce propos que si la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental entre les Etats voisins doit être effectuée « afin d'aboutir à une solution équitable » (articles 74 et 83 de la convention des Nations Unies de 1982), l'application de la méthode de l'équidistance demeure la règle pour la délimitation de la mer territoriale.

## VI. LES DROITS DU HONDURAS À L'INTÉRIEUR ET À L'EXTÉRIEUR DU GOLFE DE FONSECA

### i) *A l'intérieur du golfe*

51. On ne peut pas méconnaître le fait que le Honduras, dont le titre territorial sur les eaux du golfe se trouve enfermé à l'intérieur du golfe

lui-même, a toujours joui du droit de passage inoffensif à travers la mer territoriale traditionnelle de 3 milles et que ce droit lui sera certainement garanti aussi à travers les mers territoriales maintenant élargies des deux autres Etats riverains — El Salvador et le Nicaragua — qui se rencontrent à l'intérieur du golfe. La Chambre, en définissant le statut juridique des eaux du golfe, semble avoir été motivée par la préoccupation du passage des navires, qu'ils battent pavillon hondurien ou pavillon d'autres Etats étrangers, à destination et en provenance de l'océan Pacifique, mais le droit de passage inoffensif est, en tout état de cause, protégé par le droit international même dans la mer territoriale d'un Etat quel qu'il soit.

52. Il me faut ajouter, de surcroît, que les trois Etats riverains ayant fait preuve de beaucoup de compréhension mutuelle dans leur façon de concevoir l'intérêt commun découlant pour eux de leur situation géographique autour du golfe, il peut être possible (en vertu d'un concept nouveau consacré dans la convention des Nations Unies de 1982) pour les Parties, en tant qu'« Etats riverains d'une mer fermée ou semi-fermée », d'accepter leur obligation de « coopérer entre [elles] dans l'exercice des droits et l'exécution des obligations qui sont les leurs en vertu de la convention », comme prévu dans la partie IX de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, intitulée « Mers fermées ou semi-fermées » (art. 123).

#### ii) *A l'extérieur du golfe*

53. Je crois avoir suffisamment démontré les raisons pour lesquelles je ne peux pas m'associer à la conclusion à laquelle parvient le présent arrêt selon laquelle, vu qu'un condominium de trois Etats s'étend jusqu'à la ligne de fermeture du golfe, le Honduras, du fait qu'il est l'un des trois, peut revendiquer une zone économique exclusive et un plateau continental en dehors du golfe. Une telle conclusion n'est guère défendable à la lumière d'une quelconque règle, traditionnelle ou contemporaine, du droit de la mer. En raison de sa situation géographique, le Honduras ne peut pas, dans les secteurs maritimes se trouvant en dehors du golfe au large du littoral du Pacifique, invoquer un titre territorial quelconque pour revendiquer une mer territoriale, un plateau continental ou une zone économique exclusive. Il s'agit là d'une réalité géographique que — s'il m'est permis d'emprunter les termes employés par la Cour dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* — il « n'est jamais question de refaire ... entièrement » (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 49, par. 91).

54. Evidemment, comme je l'ai déjà dit, le concept incontesté de passage inoffensif à travers les eaux territoriales des deux Etats voisins, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du golfe, garantit pleinement au Honduras l'accès à la haute mer de l'océan Pacifique, en dehors du golfe de Fonseca.

55. Le concept de plateau continental et de zone économique exclusive a récemment été développé de façon à étendre la juridiction de l'Etat côtier à de vastes secteurs maritimes qui étaient traditionnellement consi-

dérés comme faisant partie de la haute mer. Ainsi, les intérêts de l'Etat côtier ont été renforcés et élargis — même si c'est aux dépens des intérêts généraux et communs dont la communauté internationale doit pouvoir jouir en haute mer — et les intérêts de caractère général que peut faire valoir la communauté internationale en haute mer se trouvent maintenant réduits (bien que les intérêts des Etats non côtiers en matière de navigation demeurent intacts dans ces secteurs élargis). En contrepartie de ce sacrifice, les Etats sans littoral et les Etats géographiquement désavantagés se voient garantir, conformément à la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 :

« le droit de participer, selon une formule équitable, à l'exploitation d'une part appropriée du reliquat des ressources biologiques des zones économiques exclusives des Etats côtiers de la même région ou sous-région » (art. 69, par. 1, et art. 70, par. 1).

L'expression « Etats géographiquement désavantagés » s'entend notamment :

« des Etats côtiers, y compris les Etats riverains d'une mer fermée ou semi-fermée, que leur situation géographique rend tributaires de l'exploitation des ressources biologiques des zones économiques exclusives d'autres Etats de la sous-région ou région pour un approvisionnement suffisant en poisson destiné à l'alimentation de leur population ou d'une partie de leur population, ainsi que des Etats côtiers qui ne peuvent prétendre à une zone économique exclusive propre » (art. 70, par. 2).

Ce nouveau concept de « droit de pêche » dans la zone économique exclusive de l'Etat voisin a été introduit dans le nouveau régime des mers pour donner une compensation aux Etats géographiquement désavantagés qui auraient autrement pu pâtir des conséquences de l'élargissement de la juridiction côtière des Etats voisins géographiquement mieux placés. Je m'abstiendrai, à ce stade, d'adopter une position quelconque au sujet de la question de savoir si, vu qu'il a un long littoral sur l'Atlantique, ce qui lui permet de revendiquer sa propre zone économique exclusive dans cette région, la situation du Honduras correspond à la définition des « Etats géographiquement désavantagés », ce qui lui permettrait de revendiquer dans l'océan Pacifique les droits que reconnaît aux « Etats géographiquement désavantagés » la convention des Nations Unies de 1982. Je me bornerai à dire que l'on ne peut pas exclure la possibilité pour le Honduras de revendiquer ou de se voir accorder un tel droit dans les zones économiques exclusives dans le Pacifique des deux Etats qui sont ses voisins.

(Signé) Shigeru ODA.