

OPINION DISSIDENTE DE M. SCHÜCKING.

JE, SOUSSIGNÉ, ne puis pas non plus me rallier à l'arrêt rendu par la Cour, et cela pour les raisons suivantes :

I. Le droit au libre passage par le Canal de Kiel me paraît indubitablement se présenter sous la forme d'une *servitus juris publici voluntuaria*. Ce concept qui, pendant des siècles, a rendu de grands services au droit international, n'est pas, il est vrai, actuellement sans être contesté par la science du droit des gens, mais en réalité son importance a grandi du fait des traités de paix qui ont suivi la guerre mondiale. Car ces traités ont donné lieu à de nombreuses situations juridiques qui ne peuvent être classées ailleurs que dans la catégorie des servitudes de droit international.

Si donc ledit droit de passage est considéré comme une servitude, il en résulte des conséquences importantes pour la présente affaire.

a) Selon la doctrine unanime du droit des gens, tous traités stipulant des servitudes doivent être interprétés restrictivement, de telle façon que la servitude, droit exceptionnel attaché au territoire d'un Etat étranger, ne limite qu'au minimum la souveraineté de cet Etat. Si l'on s'en tient à une interprétation purement littérale de l'article 380, le seul cas où ne s'applique pas la servitude est celui où il s'agit de navires appartenant à des nations elles-mêmes en guerre avec l'Allemagne. Pourtant, il est très douteux que l'Allemagne, lorsqu'elle se trouve dans la situation d'un Etat belligérant ou neutre, n'ait plus, en réalité, du fait de l'article 380, le droit, pour sauvegarder ses intérêts, de prendre, relativement au canal, des mesures spéciales non prévues par l'alinéa 2 de l'article 381, également à l'encontre de navires appartenant à des Etats autres que ses ennemis. Car le canal est sous la juridiction de l'Allemagne et n'a pas été neutralisé comme l'a été le Canal de Suez, et d'ailleurs dans une forme encore moins complète, le Canal de Panama. C'est plutôt son usage qui a été internationalisé ainsi que l'a été celui des grandes voies d'eau intérieures. Il n'a pas été expressément renoncé au droit de prendre des mesures spéciales en temps de guerre ou

DISSENTING OPINION BY M. SCHÜCKING.

I, THE UNDERSIGNED, am also unable to concur in the judgment of the Court, for the following reasons :

I. The right to free passage through the Kiel Canal, in my opinion, undoubtedly assumes the form of a *servitus juris publici voluntuaria*. This conception, which for centuries has proved extremely useful in international law, is, it is true, at the present time the subject of controversy amongst writers on international law, but its importance has in fact been increased by the peace treaties following the World War. For in these treaties many legal situations have been created which can be placed in no other category than that of servitudes of international law.

If the right in question is regarded as a servitude, important consequences ensue with respect to the present case.

a) According to the teaching of writers on international law, all treaties concerning servitudes must be interpreted restrictively in the sense that the servitude, being an exceptional right resting upon the territory of a foreign State, should limit as little as possible the sovereignty of that State. According to a purely literal construction of Article 380, the servitude is excluded from application only in cases where ships are concerned which belong to nations themselves at war with Germany. Serious doubts, however, arise as to whether Germany, in order to safeguard her interests, when placed in the position of a belligerent or neutral, should in fact, under Article 380, lose the right to take special measures as regards the canal, not provided for under Article 381, para. 2, also as against ships belonging to States other than her enemies. The canal is under the jurisdiction of Germany and it has not been neutralised as the Suez Canal had been, nor even in a still less complete form like the Panama Canal. Its use has rather been internationalised, like that of the great inland waterways. The right to take special measures in times of war or neutrality has not been expressly renounced ; nor can such renunciation be inferred from the fact that the Canal

de neutralité ; et l'on ne peut déduire cette renonciation du fait que le canal doit être « toujours libre et ouvert ». Que ce droit soit accordé à perpétuité ne suffit pas à exclure la possibilité d'en réglementer ou même d'en suspendre temporairement l'exercice, et les mots essentiels employés pour la neutralisation du Canal de Suez, reproduits dans le traité relatif au Canal de Panama et qui sont : « en temps de guerre comme en temps de paix » ne paraissent pas dans l'article 380. Il se peut qu'une interprétation restrictive du traité établissant la servitude aille à l'encontre du sens purement littéral de l'article 380, interprétation selon laquelle le Reich, comme belligérant ou comme neutre, peut, en tant qu'il possède la souveraineté sur la zone du canal, prendre, à l'égard de la circulation des navires, des mesures que les articles 380 et suivants lui interdisent en temps normal. Cependant, deux autres considérations viennent à l'appui de cette interprétation : tout d'abord, l'alinéa 2 de l'article 381 démontre le bon-vouloir des Etats victorieux de sauvegarder en temps normal les intérêts administratifs de l'Etat riverain par rapport même au droit de libre passage ; l'on peut en déduire que, puisqu'il se trouve des dispositions pour répondre à ces intérêts d'importance moindre, les intérêts d'importance plus grande sont également visés. En second lieu, au cours des négociations de paix, l'Allemagne a expressément proposé, en présence des stipulations manifestement insuffisantes de l'article 380, de « conclure des arrangements précis » ; cette proposition ne fut faite, il est vrai, qu'à titre de réciprocité. Etant donné que les Etats victorieux ne l'ont pas acceptée, ils doivent laisser prévaloir contre eux le principe du droit romain selon lequel « *obscuritas pacti nocet ei qui apertius loqui potuit* ».

b) De plus, selon la doctrine du droit des gens, les Etats bénéficiant d'une servitude, sont, au profit des Etats qui y sont soumis, sous l'obligation de *civiliter uti*. Dans toutes circonstances, doivent être respectés les intérêts vitaux de l'Etat soumis à la servitude. En partant de ce point de vue, l'Etat bénéficiaire doit permettre que son droit se trouve parfois temporairement limité. Les intérêts vitaux allemands à l'époque ont rendu nécessaire pour l'Allemagne l'observance

is to be "maintained free and open." The fact that the right is granted in perpetuity does not in itself exclude the possibility of regulating or even of temporarily suspending its exercise, and the essential words which were used to provide for the neutralisation of the Suez Canal and which were reproduced in the treaty relating to the Panama Canal namely "in time of war as in time of peace", do not appear in Article 380. It is possible that a restrictive interpretation of the treaty establishing the servitude may infringe the purely literal meaning of Article 380, an interpretation, that is to say, according to which in time of war and neutrality the Reich, as possessing sovereignty over the canal zone, is entitled to take such measures against shipping as in normal times may not be taken by her under Article 380 and the following Articles. This interpretation, however, is imposed by two further considerations: In the first place there is the fact that Article 381, para. 2 proves the willingness of the victorious States to guarantee in normal times the interests of the administration of the riparian State even as against the right of free passage, a fact which makes it possible to argue that when provision is made for these less important interests, it is to be inferred that the more important interests are also covered. In the second place there is the circumstance that during the peace negotiations Germany, with regard to the clearly inadequate provisions of Article 380, made the express proposal "à conclure des arrangements précis", though, it is true, on condition of reciprocity. Seeing that the victorious States did not accept this suggestion, they must allow the principle of Roman law "*obscuritas pacti nocet ei qui apertius loqui potuit*" to prevail against them.

b) Again, according to the teaching of writers on international law the States benefiting by the servitude are under the obligation *civiliter uti* as regards the State under servitude. The vital interests of the State under servitude must in all circumstances be respected. From this standpoint the benefiting State must allow its rights at times to be temporarily impaired. The vital interests of Germany at the moment made it necessary for her to observe a strict and absolute

d'une neutralité stricte et absolue par rapport à la guerre qui avait lieu immédiatement à sa frontière. A ce propos, la situation politique intérieure de l'Allemagne, à l'époque, n'est pas sans présenter une grande importance. Déjà, à plusieurs occasions, le transit de trains chargés de munitions et destinés à l'est, avait donné naissance en Allemagne — par exemple à Giessen, Marburg et Untertürkheim — à des émeutes que la police et la Reichswehr n'avaient pas toujours pu réprimer. En plusieurs endroits, les organisations ouvrières avaient décidé d'employer la force afin d'empêcher le transit du matériel de guerre. Des cas analogues eussent pu se produire dans le Canal de Kiel où, du fait d'écluses et de portes, un navire ne peut passer sans l'assistance de la main-d'œuvre allemande. Certes, le principe du respect des traités exige qu'un Etat ayant assumé une obligation n'excipe pas à la légère de difficultés intérieures pour ne pas observer ses engagements extérieurs. Mais le Gouvernement allemand de l'époque se trouvait en présence de difficultés très exceptionnelles provenant de la situation générale intérieure. Si tant est qu'il soit possible d'appliquer la doctrine de *civiliter uti* à une servitude de droit international, le Gouvernement allemand, lorsqu'il a appliqué également au Canal de Kiel la prohibition relative au transit de contrebande, l'a fait afin de sauvegarder ses intérêts vitaux. En ce faisant, l'Allemagne n'a pas laissé prévaloir sur ses obligations conventionnelles un droit de nécessité spécial ; elle s'est bornée à faire valoir l'existence des limites naturelles fixées à toute servitude.

II. Des considérations d'un autre ordre justifient également le refus opposé par l'Allemagne, malgré l'article 380, au passage du *Wimbledon* par le Canal de Kiel. L'un des deux Etats belligérants — la Russie — n'a pas participé au Traité de Versailles ; il s'ensuit à mon avis que l'Allemagne demeurerait obligée, à son égard, de remplir ses devoirs d'Etat neutre. Pour réfuter cette thèse, l'on a allégué l'opinion juridique générale suivant laquelle lorsqu'une voie d'eau artificielle, mettant en communication deux mers libres, a été affectée d'une manière permanente à l'usage du monde entier, cette voie se trouve assimilée aux détroits naturels en ce sens que l'Etat riverain neutre ne peut plus être tenu responsable à l'égard de qui-

neutrality with regard to the war which was being waged in the immediate vicinity of her frontiers. In this respect the internal political situation of Germany at the time plays no unimportant part. Already on several occasions the transit of eastward bound trains loaded with munitions had given rise in Germany, for instance at Giessen, Marburg and Untertürkheim, to local disturbances which it had not always been possible for the police and Reichswehr to master. In several localities the workers' organisations had decided to use force in order to stop the transit of war material. Similar occurrences might also have taken place in the Kiel Canal where, owing to the existence of locks and gates, a ship could only pass with the assistance of German labour. It is certain that the principle of respect for treaties requires that the State which has accepted an obligation should not lightly invoke internal difficulties as an excuse for disregarding external engagements. But the German Government at that time was faced with quite exceptional difficulties arising out of Germany's internal political situation. If it is possible to apply the doctrine of *civiliter uti* to a servitude of international law, then the German Government, in applying also to the Kiel Canal the prohibition against transit of contraband, did so in order to safeguard its vital interests. In doing this Germany did not allow a special right of necessity to prevail over her contractual obligations; she merely made use of the natural limitations to which every servitude is subjected.

II. Considerations of another kind also justified Germany in prohibiting, in spite of Article 380, the passage of the "Wimbledon" through the Kiel Canal. One of the two belligerent States — Russia — did not participate in the Versailles Treaty; in my opinion, Germany therefore remained under an obligation to fulfil her duties as a neutral towards her. In refutation of this contention, it has been asserted that there is a general consensus of legal opinion to the effect that when an artificial waterway connecting two open seas has been permanently dedicated to the use of the whole world, such waterway is assimilated to natural straits, in the sense that the neutral riparian State can no longer be held

conque, soit du passage d'un navire de guerre belligérant, soit, selon toute probabilité, du passage d'un navire portant des munitions, et cela même lorsque cette affectation spéciale de la voie d'eau n'a eu lieu qu'en vertu d'un accord particulier. Mais l'existence de cette opinion générale ne me paraît pas bien fondée. Afin de fournir une base à cette opinion juridique, l'on invoque la pratique, en ce qui concerne les Canaux de Suez et de Panama. Pour réfuter cette allégation, il y a lieu de déclarer à nouveau que la situation juridique des Canaux de Suez et de Panama est entièrement différente de celle du Canal de Kiel, en ce sens que les uns ont été neutralisés en vertu d'une « Befriedung » générale (neutralisation négative) de la zone du canal, alors que l'article 380 ne prévoit pas de neutralisation de cet ordre en ce qui concerne le Canal de Kiel. Même en admettant que le Canal de Panama est placé sous le contrôle exclusif des Etats-Unis, il n'en est pas moins vrai que le traité Hay-Pauncefote du 18 novembre 1901 fait mention de cette neutralisation générale et contient un certain nombre de stipulations dans ce même sens. Dans ces circonstances, l'application *de plano* au Canal de Kiel de notions de droit international qui ont été conçues à propos des Canaux de Suez et de Panama, paraît soulever des objections, puisque, comme il a déjà été dit, seul a été internationalisé l'usage du Canal de Kiel, ce qui, sans aucun doute, tend plutôt à créer une ressemblance entre ce canal et les voies d'eau intérieures.

En raison de ces faits, je suis d'avis qu'il est, en tout cas, nécessaire de répondre à la question de savoir si le passage du vapeur *Wimbledon* était compatible avec les devoirs de l'Allemagne neutre vis-à-vis de la Russie. Pour les raisons suivantes, la réponse à cette question *est dans la négative*. Une étude approfondie de la genèse des articles 2 et 7 de la cinquième convention de La Haye de 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, ainsi que de l'application de ces articles pendant la guerre mondiale, notamment par la Hollande neutre, montre que le transport de matériel de guerre, même sans contrôle ou escorte militaire, doit être considéré comme un convoi, aux termes de l'article 2 de la convention, lorsque

responsible either for the passage of ships belonging to belligerents or, probably, for the passage of ships carrying munitions, and this even when such dedication has taken place only by means of a special agreement. The existence of such a consensus of opinion, however, does not seem to me to be sufficiently proved. The practice as regards the Suez and Panama Canals is adduced as a basis for the opinion in question. In refutation of this argument, it must once more be stated that the legal situation of the Suez and Panama Canals is entirely different from that of the Kiel Canal, in that, as regards the former Canals, neutralisation has taken place in the sense of a general "Befriedung" (negative neutralisation) of the Canal Zone, whereas such a neutralisation is not established by Article 380 as regards the Kiel Canal. Even admitting that the Panama Canal is placed under the exclusive control of the United States, it is nevertheless true that the Hay-Pauncefote Treaty of November 18th, 1901, mentions this general neutralisation and contains a number of provisions in the same sense. In these circumstances it would appear open to objection to apply *de plano* to the Kiel Canal conceptions of international law which have been developed in connection with the Suez and Panama Canals, when, as has already been stated, the use only of this Canal has been internationalised, a fact which undoubtedly tends rather to create a resemblance between it and international inland waterways.

In these circumstances it is in my opinion at all events necessary to answer the question whether the passage of the "Wimbledon" was compatible with Germany's duties as a neutral towards Russia. The answer to this question must for the following reasons be in the negative.

A close examination of the origin of Articles 2 and 7 of the fifth Hague Convention of 1907 concerning the rights and duties of Neutral Powers and persons in land warfare, and of the application of these articles, during the World War, in particular by Holland in her capacity as a neutral, shows that the despatch of war material, even when not under military control or escort, is to be considered as a convoy in the sense of Article 2 of the Convention when it does not

ce transport n'est pas le résultat d'une transaction commerciale, mais lorsque le belligérant lui-même se présente dans la double capacité d'expéditeur et de destinataire, que le dit transport soit ou non effectué par des navires particuliers. Aucun Etat neutre ne peut tolérer le transit par son territoire d'un convoi de cette nature. Il en résulte que le Reich allemand n'était pas en droit de permettre le passage du *Wimbledon* par le Canal de Kiel, puisque les munitions en question, expédiées par la Mission polonaise à Salonique et destinées à la Base maritime de l'Etat polonais à Dantzig, étaient la propriété de ce pays et puisqu' à cette époque, l'état de paix n'était pas encore rétabli. Comme la Hollande neutre l'a fait remarquer à juste titre au sujet du transport de sable et de gravier sur le Rhin, et eu égard au fait qu'un des belligérants avait, à ce propos, invoqué l'Acte de navigation du Rhin, les devoirs de neutralité doivent avoir le pas sur toute obligation conventionnelle. Tel est également le point de vue de la doctrine du droit des gens (V. Richard Kleen : *Lois et usages de la neutralité*. Paris 1898. Volume I, pp. 223—224). La violation des devoirs de neutralité, même lorsque l'on peut alléguer à leur appui des obligations conventionnelles assumées à l'égard d'Etats tiers, est, sans doute possible, un délit de droit international. L'intention des Etats victorieux ne saurait avoir été d'obliger le Reich, en vertu du Traité de Versailles, à commettre des délits à l'encontre d'Etats tiers. D'ailleurs cette intention n'eût pas pu être réalisée, car il est impossible d'assumer par convention une obligation juridiquement valable, et qui ait pour but l'accomplissement d'actes violant les droits de tierces parties.

(Signé) WALTHER SCHÜCKING.

take place as the result of a commercial transaction, but when the belligerent himself assumes the double capacity of consignor and consignee, no matter whether the transport is effected by means of private ships. No neutral may tolerate the transit through its territory of such a convoy. It follows that the German Reich had not the right to grant the "Wimbledon" passage through the Kiel Canal seeing that the munitions in question were despatched by a Polish Mission in Salonika, were consigned to the Naval Base of the Polish State in Danzig and were the property of that country; moreover, at that date a state of peace had not yet been reestablished. As Holland, in the capacity of a neutral, rightly emphasised in connection with the sand and gravel transport on the Rhine, and having regard to the fact that one belligerent had in that matter invoked the Rhine Navigation Act, neutral duties must take precedence over any contractual obligations. Such is also the doctrine of the writers on international law (see Richard Kleen: *Lois et usages de la neutralité*. Paris 1898. Vol I: pp. 223, 224). The violation of the duties of a neutral no doubt constitutes an offence under international law even when treaty obligations assumed towards third States can be put forward in support of such an act. It cannot have been the intention of the victorious States to bind the Reich, by means of the Versailles Treaty, to commit such offences as against third States. It would, moreover, have been impossible to give effect to such an intention, because a legally binding contractual obligation cannot be undertaken to perform acts which would violate the rights of third parties.

(Signed) WALTHER SCHÜCKING.