

# Considérations juridiques sur la célèbre liberté des mers

Benoît LE GOAZIOU  
*Avocat au barreau de Paris*

**D'**où vient que la mer paraisse à tant d'hommes comme l'un des derniers (le dernier?) espace de liberté de la planète? Les poètes en portent sans doute une lourde part de responsabilité, en nous faisant vibrer aux accents de la liberté des mers: «*Homme libre, toujours tu chériras la mer/ La mer est ton miroir*» écrit Charles Baudelaire. «*La liberté des mers, avec leur solitude/ Qui parleront toujours au sel de notre sang*» lui répond en écho Louis Brauquier, presque un siècle plus tard.

### À l'origine du sentiment de liberté

Pourtant la mer n'a pas toujours été rêvée comme un espace de liberté, loin s'en faut. Les marins aiment à citer la sentence, attribuée à Platon: «*Il y a trois sortes d'hommes, les vivants, les morts et les marins*». Mais le sens de la phrase n'est pas de faire des marins des êtres d'exception, elle signifie: «et les marins, sont-ils encore des vivants ou des morts en sursis?» Dans les grandes religions, la mer est souvent reliée à l'idée de danger et de mort, associée aux images de tempêtes furieuses et de monstres marins. Plus près de nous, dans la littérature romantique comme dans la vraie vie, le métier de marin reste largement marqué par la rudesse et la dangerosité. Et si la mer représente aujourd'hui un chemin vers la liberté pour de nombreux réfugiés qui fuient leur pays en guerre, elle n'en est que l'antichambre dangereuse et trop souvent mortelle.

Ce qui donne en mer un sentiment de liberté, c'est la résistance du milieu marin à la souveraineté des hommes et à la promulgation de leurs lois. Progressivement, tous les espaces terrestres sont en effet tombés sous la domination de souverains, qu'ils soient princes ou peuples, avec leur cortège de règles et de contraintes. Or, comme l'avait remarqué Montesquieu, «*c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser*». Aussi dangereuse soit-elle, et à tort ou à raison, la mer représente dans l'imaginaire collectif un espace d'absence de règles et de contraintes venant des hommes.

On en trouve d'ailleurs des traces dans plusieurs notions juridiques maritimes contemporaines comme la largeur de la mer territoriale, longtemps fixée à 3 milles marins car telle était à l'époque la portée des batteries côtières, et donc la capacité, pour un souverain, d'imposer son *imperium*. «*Generaliter dicendum esset, potestatem terrae finire, ubi finitur armorum vis*». Le pouvoir de la terre cesse là où s'arrête le pouvoir des armes, c'est là que l'imagination des hommes fait débiter la liberté...

L'épopée des radios-pirates installées sur des navires *offshore* dans les années 1960 à 1980 (*Radio Caroline, Radio North Sea, Radio Veronica...*) a également popularisé l'idée que le vent de la liberté souffle de la mer. On a peine aujourd'hui à réaliser ce que représentaient ces radios-pirates à l'époque et notamment l'inquiétude des États voisins quant à la subversion qu'elles risquaient d'apporter. À l'époque, la répression de ces émissions radio constitue un sujet majeur de préoccupation dont témoigne aujourd'hui encore l'anachronique article 109 de la convention de Montego Bay, qui clôt la liste des « crimes de haute mer » en plaçant la répression des émissions non autorisées diffusées depuis la haute mer au même niveau de turpitude que le transport d'esclaves (art. 99), la piraterie (art. 100) et le trafic de stupéfiants (art. 108)!

Et les pirates? Ce sont les seuls criminels dont on fait des déguisements pour les enfants... « *Liberté, mon pirate* » écrivait Aimé Césaire, qui aurait dû pourtant s'y connaître en matière de liberté... Malgré leur brutalité et leur cruauté, ils renvoient paradoxalement une image positive de résistance à l'ordre établi et aux lois des États. N'ont-ils pas créé, dit-on, leur propre république dans les Caraïbes, au XVIII<sup>e</sup> siècle? Et pourtant les « lois » qu'ils y appliquaient ne devraient pas susciter l'envie...

La mer renvoie finalement au mythe d'une loi naturelle supérieure qui surpasserait celles des hommes. Peter Ustinov fait dire à un de ses personnages, vieux pêcheur espagnol: « *La mer, c'est la mer: un endroit sans frontière et sans surprise. Ses règles sont plus anciennes et plus impératives que la loi. On sauve un homme tombé à la mer quelle que soit sa race ou sa foi. La terre, c'est là que les ennuis commencent* ». Les rationalistes diront que le sentiment de liberté que suscite la mer est une résilience reptilienne des origines marines de l'Homme, les croyants y reconnaîtront la nostalgie de l'Éden primitif...

### **Le vrai sens de la liberté des mers**

Cette loi naturelle supérieure est l'argumentation principale du plus célèbre théoricien de la liberté des mers, Hubert de Groot, dit Grotius, auteur en 1609 du fameux *Mare liberum*. Faute, à l'époque, de sources constituées de droit international au sens où nous l'entendons aujourd'hui des coutumes, des conventions ou des traités, Grotius convoque au soutien de ses thèses sur la liberté des mers le droit naturel, les traditions hébraïque et chrétienne, et les littératures latine et grecque...

Mais la liberté des mers qu'il défend est finalement assez peu maritime, puisqu'il s'agit surtout pour lui de contester le monopole commercial revendiqué par le Portugal en océan Indien. On sait en effet que l'Espagne et le Portugal s'étaient entendus au XV<sup>e</sup> siècle pour se partager le commerce du Nouveau Monde et que le pape Alexandre VI avait cru pouvoir leur en attribuer à chacun la moitié. François I<sup>er</sup> avait contesté ce monopole en demandant au roi d'Espagne de pouvoir consulter « le testament d'Adam » qui l'excluait du partage, et leurs successeurs s'étaient finalement entendus en secret pour permettre à la France de naviguer en Atlantique-Nord, ouvrant la voie aux expéditions de Jacques Cartier au Canada. Les Provinces-Unies, elles, ont contesté le partage des océans sur le terrain juridique par le *Mare liberum* de Grotius. L'ancien élève de la faculté d'Orléans y détaille pourquoi les Portugais ne peuvent pas avoir acquis les terres des Indes, ni au titre de leur découverte, ni à celui de leur occupation, et encore moins à titre de donation par le pape, qui n'en avait pas le pouvoir. Il plaide enfin pour la liberté du commerce, citant au passage Aristote dans *La République* : « le commerce supplée à ce qui manque à la nature pour qu'elle suffise aux besoins de tous ».

Bien loin de la lyre des poètes, la liberté des mers de Grotius n'est donc ni plus ni moins que la liberté des États de commercer entre eux, peut-être la forme primitive de ce que nous appelons aujourd'hui la mondialisation. D'ailleurs John Selden, l'auteur britannique d'un ouvrage *Mare clausum*, qui conteste farouchement la théorie de Grotius sur l'absence d'appropriation des mers, parvient pourtant à la même conclusion que lui en ce qui concerne la liberté de la navigation.

Du fait de son origine et de son histoire, l'expression « liberté des mers » ne doit pas être comprise comme l'absence de règles en mer, car le commerce a au contraire besoin de sécurité juridique. La liberté des mers, c'est l'ensemble des règles, en évolution permanente, qui assure le droit pour chaque État à l'égalité de traitement dans l'utilisation de la mer, son corollaire étant la lutte contre les pratiques monopolistiques ou protectionnistes. Ces règles constituent ce qu'on appelle aujourd'hui le droit de la mer, qui est avec le droit de la guerre une des plus anciennes expressions du droit international. D'ailleurs Grotius était une référence dans les deux disciplines.

### **L'expression de la liberté**

La formation du droit est originale en mer, puisqu'au-delà des mers territoriales des États, aucune souveraineté ne peut s'appliquer de façon exclusive. L'édiction

des règles communes nécessite des accords internationaux, au premier rang desquels figure le plus grand traité international jamais adopté, la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, signée à Montego Bay le 10 décembre 1982. Succédant aux conventions de Genève de 1958 et 1960, cette convention consacre largement les principes de l'accès équitable de tous à l'océan.

À la liberté de la navigation se sont ajoutées au fil des ans d'autres « libertés », au sens évoqué ci-dessus : la liberté de survol, de poser des câbles et des *pipelines* sous-marins, de construire des îles artificielles, la liberté de la pêche ou encore celle de la recherche scientifique. Elles figurent aujourd'hui expressément dans l'article 87 de la convention de Montego Bay, qui prend le soin de préciser que chaque État exerce ces libertés en tenant compte de l'intérêt que présente l'exercice de la liberté de la haute mer pour les autres États. « *La liberté des uns s'arrête où commence celle des autres* » dit le proverbe...

La Convention prévoit même des droits au profit des États enclavés, privés de littoral. Son article 69 organise spécifiquement l'exploitation par ces États du reliquat des ressources biologiques des zones économiques exclusives des États côtiers de sa sous-région. L'article 90 dispose pour sa part que : « *tout État, qu'il soit côtier ou sans littoral, a le droit de faire naviguer en haute mer des navires battant son pavillon* ». C'est à ce titre par exemple que, malgré leur situation géographique enclavée, la Bolivie ou la Mongolie peuvent accorder leur pavillon et disposer d'une flotte marchande sous pavillon national.

### **La multiplication des prescripteurs**

En mer, le droit de l'État du pavillon est longtemps resté le principal régime juridique applicable, partagé progressivement avec de nouveaux acteurs, l'État côtier, et aujourd'hui l'État du port.

L'État côtier n'est pas exactement un nouveau venu puisque la moitié du *Mare clausum* de Selden en 1635 tentait déjà de justifier l'exclusivité des droits de pêche britanniques dans ce qu'il appelle la « *British Sea* ». Mais la convention de Montego Bay a consacré ces droits patrimoniaux aux États côtiers dans une vaste étendue adjacente à leur littoral, la zone économique. Dans cette zone, la pêche est libre, aux conditions fixées par l'État côtier. Aux termes de l'article 62, §4, ces conditions peuvent être la délivrance de licences, le paiement de droits, l'embarquement d'observateurs... Et la Convention peut parfois s'enrichir de

jurisprudence. Ainsi le Tribunal international du droit de la mer de Hambourg a-t-il eu l'occasion de reconnaître le droit d'un État côtier de réglementer aussi les activités de ravitaillement en carburant des navires de pêche<sup>1</sup>.

Les États du port se retrouvent aussi prescripteurs aujourd'hui. Mais leur titre de compétence n'est pas forcément un traité international, il peut être simplement de nature commerciale. Ainsi lorsque plusieurs États d'une même zone maritime décident de ne plus accueillir de pétroliers à simple coque pour des raisons de sécurité maritime et d'environnement<sup>2</sup>, c'est le marché du *shipping* qui doit s'adapter pour continuer à exercer la liberté du commerce et de la navigation. De même, lorsque les États-Unis décident d'interdire l'accès à leurs ports aux navires venant de ports non certifiés ISPS, ils ne laissent pas aux opérateurs qui veulent continuer de traiter avec eux d'autre choix que de s'adapter.

Mais les règles peuvent avoir des origines moins nobles que la protection de l'environnement ou la lutte contre le terrorisme. Ainsi le *Jones Act* américain qui réserve le trafic interne aux États-Unis à des navires battant leur pavillon, au cri (déjà...) de «*America First*»! L'actualité nous en donne régulièrement d'autres exemples, comme cette réglementation indonésienne, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2018, réservant le transport de charbon, d'huile de palme et de riz en provenance ou à destination d'Indonésie à des navires battant le pavillon de l'archipel et assurés localement...

### **Des risques d'instrumentalisation**

Le pouvoir normatif des États leur est normalement attribué dans les limites de la liberté des mers, ou pour assurer cette dernière, c'est-à-dire selon le principe de l'égalité de traitement entre États. Mais depuis au moins les bulles papales du XV<sup>e</sup> siècle (cf. *supra*), la preuve est faite que le droit peut aussi être utilisé par les États pour préserver leurs intérêts, et ce n'est pas parce que la conception de Grotius a globalement triomphé que ce risque a disparu.

La convention de Montego Bay est très sensible à ce risque et prévoit des tempéraments. Ainsi, juste après l'article 105 qui permet aux États d'arraisonner des navires pirates, l'article 106 prévoit qu'à défaut de motif suffisant de saisie, l'État saisissant doit indemniser les pertes subies par le navire saisi. On retrouve

---

1. Affaire Virginia G, 2009.  
2. Union européenne 2003.

ce même dispositif à l'article 110, §3, lorsque la visite effectuée n'a pas confirmé les soupçons portés sur le navire visité, ou à l'article 111, §8, lorsque la poursuite n'était pas justifiée. Ces dispositions de nature indemnitaires sont normalement étrangères au droit international public qui concerne les États. Leur insertion dans la convention de Montego Bay témoigne des craintes d'instrumentalisation dont on peut soupçonner les États.

De la même façon, lorsque le Conseil de sécurité des Nations unies décide de mesures d'embargo ou de rétorsion envers des États ou des pavillons, il autorise d'autres États à exercer des pressions habituellement interdites comme des fouilles, des visites ou des confiscations, mais il prend soin de rappeler la règle de liberté. La résolution 2292, adoptée le 14 juin 2016 pour renforcer l'embargo sur les armes à destination de la Libye, autorise les États membres à effectuer des inspections en haute mer, leur permet de prendre « *toutes les mesures dictées par les circonstances en présence pour y procéder et demande instamment aux États membres qui effectuent ces inspections d'éviter de retarder ou de contrarier indûment l'exercice de la liberté de la navigation* ». La résolution 2182 du 24 octobre 2014 relative à l'embargo sur les armes et le charbon de bois à destination de la Somalie autorise également des inspections « *en haute mer au large des côtes somaliennes, jusques et y compris la mer d'Oman et le golfe Arabo-Persique* » mais « *demande instamment aux États membres qui effectuent ces inspections d'éviter de retarder ou de contrarier indûment l'exercice du droit de passage inoffensif ou de la liberté de la navigation* ».

Le droit de passage inoffensif dans la mer territoriale des États est également un sujet de préoccupation. C'est une très ancienne coutume internationale, valable aussi bien à terre qu'en mer. « *Laisse-nous passer par ton pays, nous ne traverserons ni les champs ni les vignes, nous suivrons la voie royale sans nous en écarter à droite ou à gauche, jusqu'à ce que nous ayons franchi ton territoire* » disait déjà Moïse au roi d'Édom, à la sortie d'Égypte. Aujourd'hui, pour favoriser la navigation et le transport maritime, l'article 17 de la Convention dispose que « *les navires de tous les États, côtiers ou sans littoral, jouissent du droit de passage inoffensif dans la mer territoriale* » des autres États. Selon l'article 24 « *l'État côtier ne doit pas entraver le passage inoffensif des navires étrangers dans sa mer territoriale, en dehors des cas prévus par la Convention* ». Seules des dispositions relatives à la sécurité maritime ou à la protection de l'environnement peuvent justifier une atteinte au droit de passage inoffensif des navires étrangers, et l'État côtier peut également suspendre exceptionnellement le droit de passage, à condition de n'établir aucune discrimination de droit ou de fait entre les navires étrangers et de publier officiellement cette suspension.

Cependant, la liberté n'est pas l'absence de règles, et si l'État côtier ne peut pas entraver le passage inoffensif d'un navire étranger dans sa mer territoriale, celui-ci ne bénéficie pas pour autant de l'impunité s'il commet une infraction aux lois de cet État. La Cour de cassation française a eu l'occasion de le rappeler à propos d'un navire trafiquant d'armes qui prétendait échapper à la justice au prétexte qu'il ne faisait que transiter innocemment dans la mer territoriale de la France, alors que les armes de contrebande qu'il transportait n'étaient pas destinées à notre pays. La Cour de cassation a justement remarqué que les dispositions de la Convention sur le droit de passage inoffensif n'octroyaient aucune immunité ni aucune dérogation aux règles pénales de la République<sup>3</sup>.

Pour autant, même la convention de Montego Bay n'est pas exempte de dispositions peu conformes à l'esprit de la liberté des mers, comme cet article 97 qui, dans le cas d'un abordage entre navires, réserve la juridiction pénale à l'État du pavillon du navire abordeur ou à celui de la nationalité du capitaine, en déniaut celle de l'État du pavillon du navire abordé, celle de l'État côtier, ou encore celle de la nationalité des victimes. Cette exception exorbitante au droit pénal international trouve son origine dans la célèbre affaire du Lotus, en 1926, mais elle est clairement une entorse à l'égalité de traitement entre États que supposerait la liberté des mers. D'ailleurs la France, qui avait tant milité pour cette mesure au temps de la splendeur de sa marine marchande, n'a pas hésité à en dénoncer le caractère foncièrement injuste en 2007, à l'occasion de l'abordage mortel du chalutier français *Sokalique* par le cargo *Ocean Jasper*, battant le pavillon des îles Kiribati...

Quatre siècles après Grotius, l'égalité d'accès des États à la mer reste encore un objectif à atteindre, le droit peut y contribuer, mais aussi parfois le contrarier...

---

3. Lady Sunshine, 2006.