

F. Latty, « Du droit coutumier aux premières tentatives de codification », in Mathias FORTEAU / Jean-Marc THOUVENIN (dir.), *Traité de droit international de la mer*, CEDIN, Paris, Editions A. Pedone, 2017, pp. 35-54.

PREMIERE PARTIE. LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL DE LA MER

(...)

Chapitre 1. Le droit international général de la mer

(...)

SECTION 1. DU DROIT COUTUMIER AUX PREMIERES TENTATIVES DE CODIFICATION

FRANCK LATTY
Professeur à l'Université Paris Nanterre
Directeur du CEDIN

La naissance et le développement du droit international de la mer⁴⁰ ont partie liée avec l'emprise progressive des hommes sur les espaces maritimes, d'abord à travers la navigation puis via l'exploitation croissante de leurs ressources ; ***36***ils sont, en d'autres termes, intimement liés au « Progrès », entendu selon les mots de Francis Bacon (1561-1626) comme « la découverte des causes, et la connaissance de la nature intime des forces primordiales et des principes des choses, en vue d'étendre les limites de l'empire de l'homme sur la nature entière et d'exécuter tout ce qui lui est possible »⁴¹.

L'histoire du droit de la mer aussi se confond avec celle, patinée, du droit international. Des temps les plus anciens jusqu'à nos jours, le droit de la mer a accompagné la lente construction du système juridique international. Les grandes étapes du développement du droit de la mer sont à cet égard autant de jalons marquant la mutation des sources du droit international. Né d'une profusion de pratiques unilatérales et d'accords épars entre différents pouvoirs territoriaux pré-étatiques puis étatiques, le droit de la mer est redevable à la doctrine de ses premières tentatives de systématisation. Ces dernières ont escorté l'émergence de normes générales de nature coutumière dont la codification et le développement progressif dans des conventions multilatérales attendront la seconde moitié du XX^e siècle, la juridictionnalisation progressive du droit international contribuant parallèlement au développement de la discipline. Les quatre conventions sur le droit de la mer adoptées à Genève en 1958 constituent à cet égard une novation juridique que leur supplantation (relative) par la convention de Montego Bay quelques années plus tard ne doit pas occulter. Ces questions seront développées à travers l'examen du droit coutumier « classique » (§1), en vigueur à

⁴⁰ De manière générale, sur l'histoire du droit international de la mer, v. G. Gidel, *Droit international public de la mer*, 3 vol., Paris, Sirey, 1932-1934 ; R. P. Anand, *Origin and Development of the Law of the Sea*, La Haye, Nijhoff, 1983, 249 p. ; P. R. Potter, *The Freedom of the Seas in History, Law and Politics*, New York, Longmans, Green and Co., 1924, 299 p. ; R.-J. Dupuy, D. Vignes (eds), *A Handbook on the New Law of the Sea*, Académie de droit international, Dordrecht/Boston/Lancaster, Nijhoff, 1991, pp. 29 et s. ; T. Scovazzi, « The Evolution of International Law of the Sea : New Issues, New Challenges », *RCADI*, 2000, t. 286, pp. 39-243 ; D. J. Bederman, « The Sea », in B. Fassbender, A. Peters (eds), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford UP, 2012, pp. 359 et s. ; T. Treves, « Historical Development of the Law of the Sea », in D. R. Rothwell et al., *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford, Oxford UP, 2015, pp. 1 et s.

⁴¹ *La Nouvelle Atlantide*, in *Œuvres de François Bacon*, trad. A. de La Salle, Paris, Auguste Desprez, 1840, p. 596.

l'heure des tentatives de codification du début du XX^e siècle, dont les conventions de Genève ont été, un temps seulement, le point d'aboutissement (§2). Le statut actuel de ces dernières sera envisagé au regard des rapports qu'elles entretiennent avec le droit coutumier et avec la convention de Montego Bay qui leur a succédé (§3).

§1. Le droit coutumier « classique »

Les racines profondes du droit de la mer, comme celles du droit international général, sont européennes⁴². De manière établie⁴³, d'autres civilisations sur d'autres continents ont développé une forme de droit « international », y compris dans le domaine maritime⁴⁴. Mais la conquête du monde par les Européens a eu pour effet de diffuser au niveau de la planète le *jus publicum europaeum*⁴⁵ – et donc « leur » droit international coutumier de la mer. Ce dernier, dont l'état demeurerait rudimentaire encore au début du XX^e siècle (B), est né, par induction, de pratiques étatiques et de sources conventionnelles et doctrinales (A). ***37***

A/ Développement historique du droit de la mer

Si l'utilisation de la mer par les hommes remonte aux temps les plus anciens, la connaissance de son encadrement juridique relève pour cette période reculée davantage de l'archéologie que de la science du droit⁴⁶. L'on a bien découvert que différents codes maritimes, notamment celui de Rhodes aux III^e et II^e siècle av. JC, avaient marqué leur époque. L'on sait aussi qu'en 509 av. JC, Rome et Carthage avaient conclu un traité, renouvelé en - 347, sur la démarcation de leurs zones respectives d'intérêts en mer Méditerranée⁴⁷. A l'époque de l'Empire romain, la mer – Méditerranée, *mare nostrum* – n'avait pas de statut « international » ; elle n'était en somme qu'un « lac romain »⁴⁸. Mais, qualifiée de *res communis*, elle pouvait être utilisée par tous. Sur la base de ce principe de liberté, les rapports de droit privé – notamment en matière commerciale – obéissaient au droit de l'Empire, sans d'ailleurs que les citoyens romains bénéficient d'un statut privilégié⁴⁹. L'histoire, plus fournie, du droit international de la mer à partir du Moyen-Age se caractérise par la profusion de pratiques unilatérales éclatées et par la multiplication d'instruments conventionnels bilatéraux (1°), dont la doctrine tentera la systématisation (2°).

1° Pratiques unilatérales et conventionnelles

Les premières puissances maritimes du Moyen-Age ont revendiqué de manière anarchique des droits sur la mer. Gênes a prétendu asseoir un monopole commercial sur la mer Ligurienne et le golfe du Lion, revendication auquel le comte de Toulouse a répondu en 1174

⁴² V. R. P. Anand, *op. cit.* note 1, p. 1.

⁴³ V. R. Kolb, *Esquisse d'un droit international public des anciennes cultures extra européennes*, Paris, Pedone, 2010, 239 p.

⁴⁴ Concernant l'océan indien, où la liberté de navigation et de commerce semble avoir été une règle établie bien longtemps avant qu'elle ne le soit en Europe et jusqu'à ce que les Portugais la remettent en question lors de leur conquête de la région, v. R. P. Anand, *op. cit.* note 1, pp. 10 et s. et 60 et s.

⁴⁵ R. Kolb, *op. cit.* note 3, p. 9.

⁴⁶ V. P. R. Potter, *op. cit.* note 1, pp. 11 et s. (« The Discussion in Antiquity »).

⁴⁷ R.-J. Dupuy, D. Vignes (eds), *op. cit.* note 1, p. 82.

⁴⁸ M. Bottin, « Droit romain et *jus commune*. Considérations sur les fondements juridiques de la liberté des mers », in *Droit international et coopération internationale, Hommage à Jean-André Toussez*, Nice, France-Europe Editions, 2007, p. 1225.

⁴⁹ V. G. Gidel, *op. cit.* note 1, t. 3, p. 25.

en délivrant aux Génois une charte leur reconnaissant ces droits⁵⁰. De manière comparable, la sérénissime Venise parvint à s'assurer, y compris par la force, la possession de la mer Adriatique et à faire reconnaître conventionnellement ses droits⁵¹. Les cités-Etats italiens soumettaient ainsi à tribut les navires passant dans les eaux sous leur contrôle. De nombreux traités ont été conclus entre les puissances de l'époque aux fins de régir la navigation en mer, les clauses restrictives destinées à freiner la concurrence d'autres cités étant alors légion⁵². A partir du XV^e siècle, le Danemark a émis des prétentions souveraines sur la Baltique, la mer du Nord et l'Atlantique Nord, en soumettant la pêche dans ces zones à la délivrance d'une licence obligatoire⁵³. A cette même époque, à l'inverse, l'Angleterre et le duché***38*** de Bourgogne, alors maître de la Flandre, ont conclu une série de traités, dont le plus fameux, le traité d'Entrecours (*Intercursus Magnus*) de 1496, resté en vigueur pendant un siècle et demi, proclama la liberté de la pêche⁵⁴. Le traité ne semble cependant pas remettre en cause la juridiction exclusive autoproclamée de la Flandre sur la bande maritime longeant ses côtes (le *stroom*), qu'avaient reconnue successivement la France (1370), l'Angleterre (1407), la Hollande (1394) et la Zélande (1414)⁵⁵.

La découverte du Nouveau monde n'a fait qu'amplifier les prétentions concurrentes des royaumes sur la mer. La célèbre bulle du Pape Alexandre VI *inter cætera* de 1493 confia aux souverains de Castille et d'Aragon toutes les « îles et terres fermes découvertes et à découvrir » à l'ouest d'une ligne imaginaire joignant les pôles, tracée 100 lieues à l'ouest des Açores et du Cap-Vert. L'année suivante le traité de Tordesillas entre l'Espagne et le Portugal actait la répartition, moyennant le déplacement de la ligne méridienne à 370 lieues (ce qui permettra au Portugal de conquérir le futur Brésil). Les deux puissances, désireuses de s'assurer un monopole en matière de navigation et le droit exclusif au commerce avec les territoires riverains, ont prétendu que le partage s'appliquait aux océans, suscitant en réaction les protestations de la Reine Elisabeth I^{ère} d'Angleterre qui a mené une « politique juridique extérieure » efficace en faveur de la liberté des mers, via notamment la conclusion de traités avec les puissances rivales⁵⁶.

La formation des Etats nations, qu'accompagnera l'apparition de marines nationales, va être à l'origine de l'adoption, sans cohérence d'ensemble, de nombreux codes maritimes nationaux. Semble toutefois émerger progressivement la distinction entre la mer adjacente et la haute mer, dont on trouve par ailleurs trace dans l'*Intercursus*⁵⁷. La notion de mer adjacente non commune délimitée par la portée de canon est ainsi défendue par la Hollande en 1610, à travers la déclaration des ambassadeurs des Pays-Bas à Londres⁵⁸. Ce critère de délimitation, s'il a marqué les esprits, n'a cependant jamais accédé au rang de norme coutumière. En 1818, le traité de Gand entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis fut, selon Drago, « un des rares qui marquent une époque dans la diplomatie du monde », en ce qu'il aurait été « le premier [à

⁵⁰ G. Gidel, *op. cit.* note 1, t. 1, pp. 129-130.

⁵¹ Le traité de 1209 entre l'Empereur Otton IV et le duc de Venise a pu être interprété comme reconnaissant la propriété de Venise sur l'Adriatique (v. G. Gidel, *op. cit.* note 1, t. 1, pp. 130-131).

⁵² R.-J. Dupuy, D. Vignes (eds), *op. cit.* note 1, p. 83 ; M. Bottin, « Les développements du droit de la mer en Méditerranée occidentale du XII^e au XIV^e siècle », in *Recueil des mémoires et travaux de la Société d'histoire du droit des anciens pays de droit écrit*, XII, 1983, pp. 11-28.

⁵³ G. Gidel, *op. cit.* note 1, t. 1, pp. 131-132

⁵⁴ V. Th. W. Fulton, *The Sovereignty of the Sea*, W. Blackwood, Edimbourg/Londres, 1911, pp. 69 et s.

⁵⁵ D. Gaurier, *Histoire du droit international*, Rennes, PU Rennes, 2014, p. 263.

⁵⁶ V. G. Gidel, *op. cit.* note 1, pp. 133 et s. et T. Scovazzi, *op. cit.* note 1, pp. 55 et s.

⁵⁷ Cialdea, cité par R.-J. Dupuy, D. Vignes (eds), *op. cit.* note 1, p. 84.

⁵⁸ Th. W. Fulton, *op. cit.* note 15, p. 156.

avoir] converti la règle de la portée du canon dans celle des trois milles de juridiction côtière »⁵⁹. Mais par la suite, divers traités bilatéraux ont fixé la limite de la mer territoriale à 10 milles (traité anglo-français de 1839 et de 1862, traité Portugal/Espagne de 1882), à 100 milles (traité anglo-chinois de 1853) ou à 9 milles (traités du Mexique avec les Etats-Unis de 1848 et 1853, avec le Guatemala de 1882, avec la Grande-Bretagne de 1888, ***39***avec la Chine de 1888)⁶⁰. Tout au long du XVII^e et du XVIII^e siècle, les puissances maritimes européennes n'auront de cesse de consolider le principe de liberté des mers, tout en développant des règles permettant d'assurer la sécurité navale, notamment en matière de lutte contre la piraterie. C'est également à cette époque que les cours nationales de prises formèrent une jurisprudence conséquente, fondée sur le droit international coutumier, en matière de captures de navires⁶¹. Après les défaites napoléoniennes, la domination maritime britannique tout au long du XIX^e siècle œuvrera à la consolidation de quelques principes fondamentaux : commerce ouvert ; limitation des droits des Etats côtiers et prévisibilité des règles relatives aux captures⁶².

De ce panorama historique brossé à grands traits, il ressort que les différents actes unilatéraux (qui ont pu prendre la forme de revendications, protestations, comportement des forces navales, législations, décisions juridictionnelles internes, etc.) et conventionnels (traités bilatéraux par centaines) relatifs à la mer se caractérisent par un éclatement évident, qui n'est guère propice à l'émergence de normes coutumières générales. A chaque époque, les Etats ont développé des pratiques antagonistes sur des questions cruciales du droit de la mer. Certains traités du Moyen-Age, par exemple, ont consacré les revendications sur la haute mer des Etats riverains (traités conclus par Venise), quand d'autres affirmaient au contraire le principe de liberté (ex. : traité entre Pise et le Sultan de Tunis de 1264). Par la suite, les pays de droit romain laissaient la pêche libre dans leur mer adjacente, quand, dans les pays du Nord, elle était soumise à autorisation, voire complètement interdite en Ecosse ou en Norvège, où la pêche était – il est vrai – le mode de subsistance principal. Parmi les nombreux traités bilatéraux sur la navigation ou la pêche conclus depuis la Renaissance jusqu'au XIX^e siècle, certains garantissaient la liberté de ces activités, quand d'autres la soumettaient à licence ou acquittement de taxe, voire l'interdisaient, dans le prolongement de règles internes elles-mêmes disparates. La pratique d'un même Etat a pu également évoluer, voire se contredire, au fil des ans, en fonction de la mutation de ses intérêts stratégiques – ainsi de la position de l'Angleterre au sujet de la haute mer, qui a alterné entre défense du principe de liberté et tentatives d'appropriation.

2° Le rôle de la doctrine

En l'absence d'organes de codification et de juges internationaux, la doctrine a joué un rôle important dans la systématisation d'un droit de la mer éclaté et protéiforme. Les écrits doctrinaux relatifs à la question de la liberté ou de l'appropriation de la mer ont accompagné les prétentions des Princes⁶³. Plusieurs jurisconsultes italiens ont ainsi reconnu les droits particuliers de Venise sur la mer Adriatique⁶⁴, à l'image de Pacius (*De dominio maris Adriatici*, 1619), quand à l'inverse des auteurs plus en phase avec le droit romain ont défendu

⁵⁹ Opinion dissidente de L. M. Drago in CPA, *Pêcheries de l'Atlantique Nord*, sentence du 7 septembre 1910, RSA, vol. XI, p. 208.

⁶⁰ R.-J. Dupuy, D. Vignes (eds), *op. cit.* note 1, p. 84.

⁶¹ D. J. Bederman, *op. cit.* note 1, pp. 371-372.

⁶² D. J. Bederman, *op. cit.* note 1, p. 373.

⁶³ V. E. Nys, *Les origines du droit international*, Bruxelles/Paris, Castaigne/Thorin, 1894, pp. 379 et s.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 380-381.

le principe ***39*** de liberté de la haute mer. Dans le sillage de Castro (*De potestate legis penalis*, 1550), Vasquez écrit ainsi que « les mers et toutes choses immobilières ont été primitivement communes. Si cela est changé pour les terres, cela n'est point changé pour les mers » (*Controversiae illustres*, 1564). Vitoria, pour sa part, tire le principe de liberté des mers du *ius communicationis* envisagé comme un droit naturel (*De Indis*, 1532).

De manière sans doute réductrice, le débat sur la liberté des mers s'est cristallisé autour de la « bataille des livres » du XVII^e siècle, opposant à quelques années d'intervalle le Hollandais Grotius à l'Anglais Selden⁶⁵. Dans son opuscule *Mare liberum* – chapitre paru en 1609 tiré de son ouvrage *De jure praede* qui lui ne sera publié qu'en 1868 – Grotius affirme que « chaque nation doit avoir libre voie de communication avec toute autre nation et libre commerce avec elle ». A la mer ouverte de Grotius, Selden oppose la notion de mer « fermée » (*Mare Clausum*, 1635) : ni le droit naturel, ni le droit des gens ne font de la mer une chose commune ; elle est à l'inverse susceptible d'appropriation par les Etats. Le roi de Grande-Bretagne serait ainsi souverain sur les mers qui l'entourent, jusqu'aux côtes des autres Etats. Dans cet espace sous la juridiction et la garde du roi, le commerce et la navigation seraient soumis à l'autorisation de ce dernier. A rebours, et concomitamment à la lente cristallisation coutumière du principe de liberté des mers, Pufendorf écrira qu'« une navigation paisible de l'Océan est permise à tout le monde puisque ces vastes mers n'appartiennent à personne et qu'elle devrait même être libre par la simple loi de l'humanité » (*De iure naturae et gentium*, 1672, Livre IV, chap. V, § 9). Il soutiendra également que la mer adjacente constitue un accessoire de l'Etat, dont l'étendue varie selon les nécessités du moment (§ 7), s'inscrivant à son tour dans la querelle doctrinale ayant entouré non pas tant l'existence même de la mer territoriale que son étendue⁶⁶. Il faut citer à cet égard la tentative de systématisation du critère de la portée de canon pour délimiter la mer territoriale, due au jurisconsulte hollandais Cornelis van Bynkershoek dont l'ouvrage (*De dominio maris*, 1703) constitue au-delà de ce point technique une synthèse faisant autorité sur l'état du droit de la mer du début du XVIII^e siècle⁶⁷.

En couchant sur papier les règles du droit de la mer, qu'elles soient déduites de la « nature » (l'on sait la part du droit naturel à cette époque), du bon sens ou des pratiques des souverains, la doctrine a œuvré à la détermination, à la connaissance et au développement de la discipline. Grotius, en particulier, a durablement imprégné « les conceptions européennes du droit de la mer »⁶⁸. Ce serait toutefois commettre une erreur que de détacher cette doctrine des intérêts qu'elle a historiquement servis. Grotius a, semble-t-il, rédigé *Mare liberum* sur commande de la Compagnie des Indes orientales, aux fins de fonder en droit les ambitions hollandaises dans la région, qui heurtaient le monopole portugais ; l'ouvrage sera ***41*** employé par la suite par la Hollande comme un instrument de sa politique juridique extérieure, notamment pour s'opposer à la taxation de ses pêcheurs dans les mers britanniques⁶⁹. La neutralité scientifique de Selden, lui qui a été qualifié de « champion des prétentions anglaises »⁷⁰, n'est guère plus assurée. Son *Mare clausum*, dédié à Charles I^{er}, est un manifeste commandé par la Couronne pour contrer les théories de Grotius et sur lequel la Grande-Bretagne ne manquera pas d'asseoir son impérialisme maritime. La « doctrine » des jurisconsultes doit donc être maniée

⁶⁵ V. P. R. Potter, *op. cit.* note 1, pp. 57 et s.

⁶⁶ V. D. Gaurier, *op. cit.* note 16, pp. 262 et s.

⁶⁷ D. J. Bederman, *op. cit.* note 1, p. 369. V. également *infra*, Troisième partie, chapitre 1, section 2.

⁶⁸ A. Matine-Daftary, « Cours abrégé sur la contribution des conférences de Genève au développement progressif du droit international de la mer », *RCADI*, 1961, t. 102, p. 658.

⁶⁹ G. Gidel, *op. cit.* note 1, pp. 156 et s.

⁷⁰ Th. W. Fulton, *op. cit.* note 15, p. 25.

avec précaution. Lorsqu'elle n'est pas directement au service des intérêts étatiques, sa consultation s'avère en revanche précieuse. La monographie en trois volumes de Gibert Gidel publiée dans la première moitié du XX^e siècle⁷¹ constitue à cet égard une somme permettant d'identifier les contours du droit coutumier « classique » de la mer.

B/ Caractère rudimentaire du droit international coutumier au début du XX^e siècle

Les pratiques des Etats au cours des siècles et les efforts de systématisation par la doctrine ne permettent pas d'identifier un droit international coutumier sophistiqué, nonobstant le développement d'usages privés du commerce maritime, compilés dans divers codes à diverses époques (Code de Rhodes précité, Rôles d'Oléron à partir du XII^e siècle, *Consolato del Mar* au XIV^e siècle) à l'origine de ce que certains appellent une *lex maritima*⁷². Le développement d'instruments multilatéraux a néanmoins contribué à partir du XIX^e siècle à unifier certaines règles, comme le principe de liberté des détroits (déclaration de Paris sur le droit maritime de 1856, qui entérine aussi la fin de la « guerre de course » – opérations navales menées par les corsaires habilités par lettres de marque) et celle des canaux interocéaniques (convention de Constantinople, 1888, adoptée à la suite de l'ouverture du canal de Suez). A l'issue de la première guerre mondiale, les traités de Versailles (article 273), de Saint-Germain (article 225) et du Trianon (article 209) ont étendu aux Etats enclavés le droit de posséder un pavillon maritime, ce que consolidera la déclaration de Barcelone du 20 avril 1921 – jusqu'alors, seuls les Etats ayant un littoral détenaient ce droit. Mais force est de constater qu'au début du XX^e siècle encore, le droit international coutumier de la mer demeure rudimentaire. Il peut se résumer à deux principes généraux : 1) la haute mer obéit à un régime de liberté ; 2) les Etats ont des droits particuliers sur la mer adjacente à leurs côtes.

La règle selon laquelle le Souverain bénéficie de droits privatifs sur la mer proche est ancienne ; elle se serait formée dès le XIII^e siècle, d'abord dans d'Europe du Nord, les pays davantage marqués par la notion de *res communis* du droit romain étant plus tardifs à revendiquer de tels droits⁷³. La délimitation de la ***42***mer adjacente n'a toutefois jamais été l'objet d'une pratique généralisée et acceptée comme étant le droit (ce que la Cour internationale de Justice a encore constaté en 1951 dans l'affaire des *Pêcheries*⁷⁴), plusieurs critères ayant dans la pratique été concurremment mis en œuvre (critère du rayon visuel, des deux journées de navigation ou 100 milles, de la portée de canon, des trois milles...).

Le régime de liberté de la haute mer s'est cristallisé plus tardivement, à la fin du XVII^e siècle, époque à partir de laquelle, « conventionnelles ou coutumières, les réglementations de l'usage de la haute mer organisent le principe sans y porter atteinte »⁷⁵. Il connaît une exception coutumière, dans le prolongement de traités du XVII^e et XVIII^e siècles, avec la répression de

⁷¹ *Op. cit.* note 1.

⁷² V. W. Tetley, « The General Maritime Law – The *Lex Maritima* », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 1994, vol. 20, p. 105.

⁷³ G. Gidel, *op. cit.* note 1, t. 3, p. 25.

⁷⁴ Arrêt du 18 décembre 1951, *CIJ Recueil 1951*, p. 131, au sujet de la règle invoquée des dix milles. La Cour a néanmoins dit qu'elle n'avait « pas de difficulté à reconnaître que, pour mesurer la largeur de la mer territoriale, c'est la laisse de basse mer et non celle de haute mer ou une moyenne entre ces deux lasses qui a été généralement adoptée par la pratique des Etats » (p. 128).

⁷⁵ G. Gidel, *op. cit.* note 1, t. 1, p. 199. Reconnaisant que les activités historiques chinoises de navigation, de commerce et de pêche dans la mer de Chine du sud « represented the exercise of high seas freedom », v. CPA, *The Republic of Philippines v. The People's Republic of China*, aff. n° 2013-19, sentence du 12 juillet 2016, § 269.

la piraterie, au nom de laquelle les navires de guerre sont autorisés à mener des actes de contrainte en haute mer sur d'autres navires que ceux battant leur pavillon⁷⁶. Le même principe prendra corps à l'égard des navires trafiquants d'esclaves à partir de l'Acte général de Bruxelles de 1890⁷⁷. Le droit de poursuite a également été identifié comme ressortissant aux exceptions coutumières⁷⁸.

La soumission, à partir de la fin du XIX^e siècle, de litiges à des instances juridictionnelles internationales a permis d'affiner certaines règles coutumières du droit de la mer. La sentence rendue sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage le 8 août 1905 dans l'*Affaire des Boutres de Mascate* qui opposait la France à la Grande-Bretagne a ainsi précisé qu'« il appartient à tout Souverain de décider à qui il accordera le droit d'arborer son pavillon et de fixer les règles auxquelles l'octroi de ce droit sera soumis »⁷⁹. L'arrêt du *Lotus* a rappelé qu'« [e]n vertu du principe de la liberté de la mer, c'est-à-dire de l'absence de toute souveraineté territoriale en haute mer, aucun Etat ne peut y exercer des actes de juridiction quelconques sur des navires étrangers »⁸⁰, mais il a relevé que le droit international général ne s'opposait pas ce qu'un Etat, sur son territoire, exerce sa compétence pénale à l'égard d'un individu ayant commis un acte délictueux sur un navire battant pavillon d'un autre Etat en haute mer – solution que le droit conventionnel postérieur écartera en réservant la compétence de l'Etat du pavillon. Plus tard, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la CIJ a par ailleurs considéré qu'il est « généralement admis et conforme à la coutume internationale que les Etats, en temps de paix, possèdent le droit de faire passer leurs navires de guerre par des détroits qui servent, aux fins de la ***43***navigation internationale, à mettre en communication deux parties de haute mer, sans obtenir au préalable l'autorisation de l'Etat riverain, pourvu que le passage soit *innocent* »⁸¹, et que l'Etat côtier a alors l'obligation d'avertir les navires étrangers des dangers dont il a connaissance.

Malgré ces évolutions, encore dans la première moitié du XX^e siècle, si « la grande distinction entre la haute mer et les espaces maritimes autres que la haute mer »⁸² ne prête guère à discussion, la subdivision de ces derniers n'obéit pas à un régime uniforme, pas plus que ne sont toujours précisément établies la nature et la répartition des droits des Etats sur ces espaces.

§2. Les premières tentatives de codification

Afin de préciser les contours du droit coutumier, d'en développer les normes et, avant tout, de trancher les principales questions opposant les Etats⁸³, les efforts de codification du droit international coutumier de la mer se sont multipliés, d'abord au sein de sociétés savantes (A) puis au niveau des organisations internationales publiques (B), avant que ces entreprises rencontrent leur premier succès avec l'adoption des conventions de Genève en 1958 (C).

A/ Développement des travaux de codification privée

⁷⁶ G. Gidel, *op. cit.* note 1, t. 1, p. 304.

⁷⁷ V. P. R. Potter, *op. cit.* note 1, pp. 142 et s.

⁷⁸ G. Gidel, *op. cit.* note 1, t. 3, p. 339.

⁷⁹ *The Hague Arbitration Cases*, Boston and London, Ginn and Company Publishers, 1915, pp. 71-72.

⁸⁰ CPJI, *Lotus*, arrêt du 7 septembre 1927, *série A*, n° 10, p. 25.

⁸¹ CIJ, *Détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, *CIJ Recueil 1949*, p. 28 (italiques dans le texte).

⁸² G. Gidel, *op. cit.* note 1, p. 46.

⁸³ T. Treves, *op. cit.* note 1, p. 7.

Plusieurs sociétés savantes se sont saisies de la codification du droit de la mer. L'Institut de droit international adopta ainsi en 1928, lors de sa session de Stockholm, deux résolutions : un règlement sur le régime des navires de mer et de leurs équipages dans les ports étrangers en temps de paix, et un projet de règlement relatif à la mer territoriale en temps de paix. Son étendue y était fixée à 3 milles, sauf usage international contraire (article 2), avec une « zone supplémentaire contiguë » limitée à 9 milles (article 12). L'Association de droit international (*International Law Association*) avait elle-même retenu cette limite des 3 milles dans son projet de réglementation des voies de communication maritime en temps de paix adopté à Vienne en 1926. Il a encore été relevé⁸⁴ que le rapport sur la mer territoriale des groupes d'îles présenté à l'ILA en 1924 par Alvarez avait pour la première fois dégagé le concept, promis à un grand succès par la suite, d'îles archipélagiques. On relèvera enfin, sans être exhaustif, les deux projets concernant la mer territoriale (1929) et la piraterie (1932) élaborés par la *Harvard Research on International Law*. Ces diverses propositions provenant de la doctrine, si elles n'ont pas été formellement reprises par les Etats, n'en ont pas moins aidé à la clarification et au développement du droit de la mer – la définition de la piraterie contenue dans le projet de 1932 nourrira par exemple les travaux futurs de la Commission du droit international des Nations Unies. D'un point de vue plus sociologique, on notera par ailleurs que certains membres de ces sociétés (par exemple Gidel) ont joué par la suite un rôle important dans les travaux de codification publique. ***44***

B/ L'échec des premières tentatives de codification publique

Certaines tentatives de codification partielle du droit de la guerre en mer ont eu lieu au début du XX^e siècle avec un succès mitigé⁸⁵. A la même époque a été créé un Bureau (devenu Organisation en 1970) hydrographique international, organisme interétatique chargé de coordonner les services hydrographiques des membres en vue de « rendre la navigation plus facile et plus sûre dans toutes les Mers du monde » (article 6), tandis que diverses initiatives – restées vaines – en faveur d'un Bureau international de la mer se développaient⁸⁶. Les Etats ont néanmoins préféré œuvrer à la codification du droit matériel de la mer, sans succès jusqu'aux conventions de Genève de 1958. Au préalable, méritent d'être relevées les tentatives de codification dans le cadre de la Société des Nations (1^o), puis dans le cadre régional de l'Organisation des Etats américains (2^o).

1^o La Conférence de la SdN de 1930

La Conférence pour la codification du droit international organisée à La Haye du 13 mars au 2 avril 1930 à l'initiative de la Société des Nations (SdN) et à laquelle 47 Etats ont participé avait parmi ses objectifs la codification d'un nouveau régime relatif aux eaux territoriales⁸⁷. A partir de la base de discussion d'une délimitation de la mer territoriale à trois milles, de nombreuses oppositions ont été formulées qui ont empêché la finalisation d'un accord. La Conférence a néanmoins permis d'acter la répartition des espaces maritimes en quatre catégories et d'en fixer la terminologie : eaux intérieures, mer territoriale, zone contiguë,

⁸⁴ T. Treves, *op. cit.* note 1, p. 8.

⁸⁵ V. notamment la convention IX de La Haye du 18 octobre 1907 relative à l'adaptation à la guerre maritime des principes de la convention de Genève (la convention de La Haye s'inscrivant dans le prolongement de la Déclaration de Paris de 1856 précitée) et la déclaration de Londres du 26 février 1909 relative au droit de la guerre maritime.

⁸⁶ G. Gidel, *op. cit.* note 1, t. 1, pp. 18 et s.

⁸⁷ V. J. S. Reeves, « The Codification of the Law of Territorial Waters », *AJIL*, 1930, p. 487.

haute mer⁸⁸. Treize articles du projet ont pu être adoptés à titre provisoire et insérés dans l'acte final de la conférence, relatifs au régime juridique de la mer territoriale (liberté de navigation ; droits de l'Etat riverain ; définition des lignes de base ; régulation du droit de passage inoffensif ; reconnaissance de la notion de zone contiguë). Les questionnaires remplis en amont par les Etats au sujet des eaux territoriales, mais aussi de la piraterie et de l'exploitation des richesses de la mer (deux thèmes dont la codification avait été envisagée par le comité d'experts de la SdN)⁸⁹ renseignent en outre précieusement sur l'état de la pratique de l'époque, tout comme l'absence d'accord sur la règle des trois milles a permis d'exclure son caractère coutumier⁹⁰. En dépit de son échec, la Conférence de 1930 a assurément marqué une étape dans la codification du droit de la mer. Il faut noter par ailleurs que le droit maritime a connu dans l'entre-deux guerres des développements notables grâce à l'activité ***45***normative du Bureau international du travail⁹¹ et du Comité maritime international⁹², à l'origine d'un certain nombre de conventions sectorielles⁹³.

2° Les travaux de l'OEA

Après la seconde guerre mondiale, plusieurs Etats américains – en premier lieu les Etats-Unis d'Amérique – ont fait valoir des droits étendus au-delà de leur mer territoriale. Le 28 septembre 1945, le Président Truman publia deux proclamations, l'une sur « la juridiction et le contrôle » sur le lit de la mer et le sous-sol du plateau continental, l'autre autorisant le gouvernement à prendre des mesures de conservation et de protection des ressources piscicoles dans la haute mer adjacente⁹⁴. Dans son sillage, de nombreux Etats, notamment latino-américains, affirmèrent à leur tour détenir des droits au titre de la zone contiguë, voire de la mer territoriale, parfois jusqu'à 200 milles des côtes. Au vu de l'importance de ces questions, l'Organisation des Etats américains décida de lancer des travaux de codification du droit de la mer. Leur point d'aboutissement, la résolution de Ciudad-Trujillo adoptée par la conférence interaméricaine spécialisée, si elle a confirmé les droits des Etats sur leur plateau continental, a dû prendre acte des désaccords majeurs sur le régime juridique applicable aux eaux qui recouvrent ces régions sous-marines, sur la nature et la portée de « l'intérêt spécial » de l'Etat riverain « à la productivité continue des ressources biologiques de la haute mer adjacente à sa mer territoriale » ou encore sur la largeur de la mer territoriale⁹⁵. Les Principes de Mexico relatifs au régime juridique de la mer, qui avaient été adoptés en amont par le

⁸⁸ G. Gidel, *op. cit.* note 1, t. 1, p. 45.

⁸⁹ V. Ph. C. Jessup, « L'exploitation des richesses de la mer », *RCADI*, 1929, t. 29, pp. 413 et s.

⁹⁰ G. Gidel, « La mer territoriale et la zone contiguë », *RCADI*, 1934, t. 48, pp. 137-138.

⁹¹ V. notamment les conventions n° 9 sur le placement des marins du 10 juillet 1920 ; n° 22 sur le contrat d'engagement des marins du 24 juin 1926 ; n° 23 sur le rapatriement des marins (même date) ; et n° 54 sur les congés payés des marins du 24 octobre 1936.

⁹² V. notamment les conventions de Bruxelles pour l'unification de certaines règles concernant la limitation de la responsabilité des propriétaires de navires de mer du 25 août 1924 ; pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes du 10 avril 1926 ; pour l'unification de certaines règles en matière d'abordage du 23 septembre 1910 ; et pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance et de sauvetage maritimes du 23 septembre 1910

⁹³ V. J. Latty, *Droit maritime appliqué*, Paris, Imprimerie nationale, 1952, 768 p.

⁹⁴ *Department of State Bulletin*, 1945, vol. 13, pp. 485-486.

⁹⁵ Acte final de la Conférence spécialisée interaméricaine sur *La conservation des ressources naturelles : le plateau continental et les régions sous-marines*, Ciudad-Trujillo, 15-28 mars 1956. V. les rapports in *Ann. CDI*, 1956-II, pp. 236 et s. et pp. 251-252.

Conseil interaméricain de juristes, ont néanmoins constitué un texte de codification exprimant la « conscience juridique du continent »⁹⁶.

C/ Les conventions de Genève de 1958

1° Les travaux préparatoires de la CDI

Dès sa création en 1949, la Commission du droit international (CDI) des Nations Unies a considéré que le droit de la mer était suffisamment mûr pour être l'objet de ses travaux. Ayant estimé prioritaire la codification du régime de la haute mer, sujet auquel l'Assemblée générale de l'ONU a ajouté celui des ***46***eaux territoriales, la CDI a mené des travaux de 1950 à 1956 sous la houlette du rapporteur spécial J. P. A. François, professeur néerlandais qui avait déjà rempli les fonctions de rapporteur lors de la conférence de la SdN de 1930. Elle a adopté en 1956 des *Articles relatifs au droit de la mer*, regroupant de manière systématique les règles qu'elle avait dégagées au sujet de la mer territoriale, du plateau continental, de la zone contiguë et de la conservation des richesses biologiques. Au sujet de la largeur de la mer territoriale néanmoins, la Commission s'est contentée de constater l'absence de pratique uniforme, en renvoyant à une conférence internationale le soin d'en fixer les dimensions⁹⁷. Par sa résolution 1105 (XI) du 21 janvier 1957, l'Assemblée générale a décidé de convoquer une conférence de plénipotentiaires chargée d'examiner le droit de la mer aux fins d'adopter « une ou plusieurs conventions internationales » sur la base des Articles de la CDI. Depuis, la CDI n'a plus mené de travaux de codification du droit de la mer, les Etats ayant préféré s'en remettre à des organes à composés de représentants d'Etats.

2° La première conférence des Nations Unies sur le droit de la mer : les conventions de Genève

La première conférence des Nations Unies sur le droit de la mer s'est tenue à Genève du 24 février au 29 avril 1958. Elle a réuni 86 Etats, qui ont adopté quatre conventions distinctes – correspondant aux textes adoptés par quatre des cinq commissions constituées – sur 1) la mer territoriale et la zone contiguë, 2) la haute mer, 3) la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer et 4) le plateau continental⁹⁸, auxquelles s'ajoute un protocole facultatif sur le règlement des différends prévoyant la compétence de principe de la CIJ. Les travaux de la cinquième commission relatifs à la question du libre accès à la mer des pays sans littoral ont été intégrés dans les conventions sur la mer territoriale et sur la haute mer⁹⁹.

Ne serait-ce qu'en raison, pour la première fois dans l'histoire, de l'adoption de textes conventionnels à vocation universelle établissant les droits et obligations des Etats relativement à la mer, l'entreprise de codification de la conférence de Genève peut être considérée comme un succès. Chaque convention a été signée par une quarantaine d'Etats, ce qui représente une proportion non négligeable de la communauté internationale de l'époque. Le taux de ratification assez faible des Etats signataires (autour de 50 %) sera compensé par

⁹⁶ Résolution XIII de la troisième réunion du Conseil interaméricain de juristes, reproduite in *Ann. CDI*, 1956-II, p. 249.

⁹⁷ Article 3 des Articles. La Commission se contente d'« estim[er] que le droit international ne permet pas l'extension de la mer territoriale au-delà de douze milles ».

⁹⁸ *RTNU*, vol. 450, p. II et p. 169 ; vol. 499, p. 311 ; vol. 516, p. 205 ; et vol. 559, p. 285.

⁹⁹ V. l'article 14 de la convention sur la mer territoriale et la zone contiguë et les articles 2, 3 et 4 de la convention sur la haute mer, qui intègrent le cas des Etats sans littoral.

l'adhésion d'autres Etats aux traités, qui tous – y compris le protocole sur le règlement des différends – entreront en vigueur au cours des années 1960¹⁰⁰.***47***

Le découpage du droit de la mer en quatre textes conventionnels a été de nature à favoriser un plus grand nombre de signatures (et à éviter la formulation de réserves intempestives), de nombreux Etats préférant signer « à la carte » plutôt que de se voir imposer un « menu unique ». Il emporte cependant un morcellement des relations conventionnelles et un risque de fragmentation du droit de la mer. Il n'a pas empêché, en tout état de cause, les blocages de persister sur des questions fondamentales qui, du coup, demeurent exclues des conventions de Genève. Faute d'accord sur l'étendue de la mer territoriale et sur les zones de pêche exclusives de l'Etat riverain¹⁰¹, l'Acte final de la conférence a dû se contenter d'évoquer la convocation d'une deuxième conférence des Nations Unies à ce sujet¹⁰².

3° Les suites des conventions de Genève : l'échec de la deuxième et le lancement de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer

Dès le 19 décembre 1958, l'Assemblée générale demande au Secrétaire général de convoquer la deuxième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer (résolution 1307 (XIII)), qui se tiendra, de nouveau à Genève, du 16 mars au 26 avril 1960, avec la participation de 88 Etats. Limitée aux seules questions laissées en suspens en 1958 (étendue de la mer territoriale et délimitation des zones de pêches) elle s'apparente à une simple prolongation de la première conférence¹⁰³. Elle en renouvellera l'échec sur les deux questions discutées, ce qui – à simplement deux années d'écart – n'était pas complètement imprévisible. Une proposition des Etats-Unis et du Canada fixant à six milles la limite de la mer territoriale et à six milles supplémentaires celle de la zone adjacente de pêche a néanmoins failli être adoptée – à une voix près, elle a manqué la majorité requise des deux tiers¹⁰⁴.

Toute une série de facteurs vont conduire l'Assemblée générale à convoquer, à peine dix ans plus tard, la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, par sa résolution 2750 C (XXV) du 17 décembre 1970. Le contexte géopolitique tout d'abord, avec l'accession à l'indépendance de nombreux pays africains et le changement des équilibres au sein de l'ONU qui s'ensuit. ***48*** Si certains de ces nouveaux Etats ont adhéré aux conventions de Genève de 1958, il n'en demeure pas moins que la plupart d'entre eux, rejoignant ainsi les

¹⁰⁰ Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë : 41 signatures (19 ratifications) ; 52 Etats parties ; entrée en vigueur le 10 septembre 1964. Convention sur la haute mer : 46 signataires (19 n'ont pas ratifié) ; 63 Etats parties ; entrée en vigueur le 3 janvier 1963. Convention sur la pêche : 35 signataires (19 n'ont pas ratifié) ; 39 Etats parties ; entrée en vigueur le 20 mars 1966. Convention sur le plateau continental : 43 signataires (21 n'ont pas ratifié), 58 Etats parties, entrée en vigueur le 10 juin 1964. Protocole facultatif : 14 signataires (5 n'ont pas ratifié, dont les Etats-Unis) ; 38 Etats parties ; entrée en vigueur le 30 septembre 1962.

¹⁰¹ V. A. Gros, « Entre deux conférences sur le droit de la mer », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, pp. 239 et s. ; J. Patey, « La Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer », *RGDIP*, 1958, pp. 446-467.

¹⁰² A/CONF.13/L.58, 1958, Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, Documents officiels, vol. II, p. 166.

¹⁰³ R.-J. Dupuy, D. Vignes (eds), *op. cit.* note 1, p. 73.

¹⁰⁴ V. R. E. Charlier, « Résultats et enseignements des conférences du droit de la mer (Genève 1958 et 1960) », *AFDI*, 1960, pp. 63-76. Notant que « the principal failure of the First and Second UN Conferences on the Law of the Sea was the lack of agreement on the breadth of the territorial sea and the extent of coastal States' jurisdiction over the resources, then principally involving fisheries, of the waters adjacent to their coasts », v. CPA, *The Republic of Philippines v. The People's Republic of China*, aff. n° 2013-19, sentence du 12 juillet 2016, § 248.

revendications préexistantes des Etats latino-américains, ont eu tendance à dénoncer le trop grand libéralisme d'un droit de la mer à l'élaboration duquel ils n'avaient pas participé et qu'ils considéraient non sans raison comme satisfaisant davantage les intérêts des puissances navales et industrielles que les leurs¹⁰⁵. Le nombre d'Etats parties aux conventions de Genève n'a de toute façon pas dépassé la soixantaine – soit une nette minorité du monde postcolonial – tandis que leur contenu normatif a été rapidement dépassé par les nouvelles revendications d'« appropriation des espaces maritimes [adjacents] »¹⁰⁶ et d'inaliénation des grands fonds marins. Ce besoin d'un nouveau droit, à la fois pour régler les vieilles questions restées sans réponse (notamment l'étendue de la mer territoriale) et pour embrasser les nouveaux défis nés des progrès technologiques, allait aboutir à l'estompage des conventions de Genève de l'ordre juridique international.

§3. Les conventions de Genève : statut contemporain

Les conventions de Genève sont, formellement, encore en vigueur. Dès lors, elles continuent de lier les Etats qui y sont parties. Malgré cela, l'intérêt des textes de 1958 est aujourd'hui « d'ordre essentiellement historique, en tant qu'expression du 'droit de la mer traditionnel', c'est-à-dire du droit applicable avant les bouleversements qui ont incité la communauté internationale à modifier son appréciation des utilisations des mers »¹⁰⁷. Cet état des choses, qui s'accompagne de quelques nuances, résulte de l'évolution rapide du droit coutumier depuis 1958 (A) et de l'entrée en vigueur en 1994 de la convention de Montego Bay de 1982 (B).

A/ Les conventions de Genève et la coutume

Nombre de dispositions des conventions de Genève sont le reflet du droit coutumier, celui de 1958 ou celui qui s'est développé ensuite (1°). Il reste toutefois que sur certains points, le développement de « coutumes sauvages » a rapidement rendu obsolète le texte de 1958 (2°).

1° Contenu coutumier des conventions de Genève

Dans ses travaux de codification du droit de la mer, la CDI avait « acquis la conviction » que la distinction entre la seule codification du droit coutumier et le développement progressif du droit international de la mer ne pouvait être maintenue¹⁰⁸. Chacune des quatre conventions allie en effet dans des proportions variables les deux dimensions du travail de codification. Cela étant, il semble que la convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la ***49***haute mer relève principalement du développement progressif, ce qui explique sans doute que le nombre d'Etats parties à cet instrument soit moins élevé que celui des trois autres. A l'inverse, les conventions sur la mer territoriale et la zone contiguë, et sur la haute mer s'apparentent dans une large mesure à une codification des pratiques générales acceptées à l'époque comme étant le droit¹⁰⁹. A titre d'illustration, la première reprend à son compte (article 3) la règle dégagée par la CIJ dans l'affaire des *Pêcheries* de

¹⁰⁵ G. de Lacharrière, « Le nouveau droit de la mer », *Politique étrangère*, 1980, pp. 89-90.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 90.

¹⁰⁷ T. Treves, « Les conventions de Genève sur le droit de la mer, 1958 », Bibliothèque audiovisuelle de droit international des Nations Unies, 2012, texte et vidéo en ligne sur [www.un.org/law/avl].

¹⁰⁸ *Ann. CDI*, 1956, vol. II, p. 256. La Commission note : « Après avoir essayé de spécifier les articles rentrant dans l'une ou l'autre catégorie, la Commission a dû y renoncer, plusieurs articles n'appartenant entièrement ni à l'une ni à l'autre des deux catégories ».

¹⁰⁹ R.-J. Dupuy, D. Vignes (eds), *op. cit.* note 1, p. 74.

1951 concernant la mesure de la mer territoriale à partir de la laisse de basse mer¹¹⁰. Elle fait sienne également en son article 4 (au sujet des « régions où la ligne côtière présente de profondes échancrures et indentations ») la méthode de tracé des lignes de base dégagée par la CIJ dans la même affaire, que la CDI avait considéré être « l'expression du droit en vigueur »¹¹¹. S'agissant de la convention sur la haute mer, le préambule indique explicitement que le texte a pour but de « codifier les règles du droit international relatives à la haute mer », ce qu'elle fait assurément tout en incorporant des dispositions pionnières sur l'obligation de la prévention de la pollution par les hydrocarbures (article 24) ou l'immersion de déchets radioactifs (article 25). D'autres innovations, qui intégreront rapidement le droit coutumier si elles ne le codifiaient pas déjà, concernent l'article 5 qui précise qu'« il doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire » et l'article 11, § 1, qui – en rupture avec l'arrêt du *Lotus* mais dans le sillage de la convention de Bruxelles de 1952¹¹² – réserve la compétence de l'Etat de pavillon en matière de poursuites pénales pour des événements intervenus en haute mer.

La convention sur le plateau continental, pour sa part, se fait l'écho des revendications étatiques remontant à la fin de la seconde guerre mondiale, initiées par la proclamation Truman¹¹³. Si, au vu de la jeunesse de la notion (juridique) de plateau continental, certains Etats – la Grèce en particulier – ont considéré que la convention ressortait au développement progressif, il ne fait aucun doute que la possession par les Etats de droits sur leur plateau continental prévue par le texte de 1958 a vite acquis valeur coutumière¹¹⁴. La CIJ a ainsi admis dix années plus tard que l'article 2 de la convention de Genève consacrait « la plus fondamentale de toutes les règles de droit relatives au plateau continental »¹¹⁵. Elle a en revanche considéré que l'article 6 prévoyant la ***49***délimitation par équidistance sauf circonstances spéciales justifiant une autre délimitation n'avait pas acquis valeur coutumière¹¹⁶, ce qui ne l'empêchera pas de lui donner droit de cité sous une forme voisine dans sa jurisprudence postérieure¹¹⁷.

2° Remise en cause des conventions de Genève par la coutume subséquente

Si en certaines de leurs dispositions les conventions de Genève ont été l'expression – *et le sont encore* – du droit coutumier, elles ont sur d'autres aspects été rapidement dépassées par les mutations profondes qu'a connues le droit de la mer sitôt après leur conclusion. En effet, à

¹¹⁰ CIJ, *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, arrêt du 18 décembre 1951, *CIJ Recueil 1951*, p. 128.

¹¹¹ Commentaire de l'article 5 du projet de la CDI, in *Ann. CDI*, 1956-II, p. 267.

¹¹² Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer.

¹¹³ V. *supra* §2, B.

¹¹⁴ T. Treves, « Codification du droit international et pratique des Etats dans le droit de la mer », *RCADI*, 1990-IV, t. 223, p. 35. Sur l'incertitude concernant le caractère coutumier des droits sur le plateau continental, v. R. Bernhard, « Custom and Treaty in the Law of the Sea », *RCADI*, 1987, t. 205, p. 291.

¹¹⁵ CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord (RFA/Pays-Bas et RFA/Danemark)*, arrêt du 20 février 1969, *CIJ Recueil 1969*, p. 22, § 19. Cette règle fondamentale est la suivante pour la CIJ : « les droits de l'Etat riverain concernant la zone de plateau continental qui constitue un prolongement naturel de son territoire sous la mer existent *ipso facto* et *ab initio* en vertu de la souveraineté de l'Etat sur ce territoire et par une extension de cette souveraineté sous la forme de l'exercice de droits souverains aux fins de l'exploration du lit de la mer et de l'exploitation de ses ressources naturelles. Il y a là un droit inhérent » (*id.*).

¹¹⁶ CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, pp. 37 et s., §§ 61 et s.

¹¹⁷ V. CIJ, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, arrêt du 14 juin 1993, *CIJ Recueil 1993*, p. 58, § 46. V. aussi CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée Équatoriale (intervenant))*, arrêt du 10 octobre 2002, *CIJ Recueil 2002*, p. 441, § 288. V. également *infra*, Troisième partie, chapitre 2, section 1.

travers un processus coutumier extrêmement rapide – « sauvage » parce que « l'idée y précède le fait » et « révolutionnaire » en ce qu'il vise à remettre en cause l'ordre établi¹¹⁸ – de nouvelles normes du droit de la mer ont pris corps, d'abord « par l'effet de l'assentiment général » apparu lors de la conférence de 1960 (au sujet de la notion de zone de pêche exclusive et de droits de pêche préférentiels)¹¹⁹, puis concomitamment aux négociations menées au sein de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. Les principes contenus dans la déclaration régissant le fond des mers et des océans¹²⁰ adoptée en écho au fameux discours de l'ambassadeur de Malte Arvid Pardo du 1^{er} novembre 1967 qui appelait à faire des fonds marins le patrimoine commun de l'humanité n'ont ainsi pas attendu l'entrée en vigueur de la convention de Montego Bay pour intégrer l'ordre juridique international. De manière similaire, la notion de zone économique exclusive jusqu'à 200 milles a acquis en quelques années seulement le rang de norme coutumière¹²¹. Dans l'affaire du plateau continental de la mer d'Iroise jugée en 1977, le tribunal arbitral a refusé de faire droit à l'argument de la France selon lequel la convention de Genève sur le plateau continental était devenue désuète au vu de la reconnaissance de zones économiques à 200 milles¹²², mais il a par ***51***ailleurs affirmé devoir « prendre en considération l'évolution du droit de la mer dans toute la mesure où cela serait pertinent pour l'examen de la présente affaire »¹²³. L'inclusion dans la convention de Montego Bay, par la suite, de ces nouvelles normes du droit de la mer¹²⁴ participera de la désuétude partielle des conventions de Genève.

B/ Les conventions de Genève et la convention de Montego Bay

Si la convention de 1982 a vocation naturelle à éclipser celles de 1958 dont elle est le prolongement sublimé (1°), force est de constater que les relations entre les deux textes ne

¹¹⁸ R.-J. Dupuy, « Coutume sage et coutume sauvage », in *La Communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p. 83.

¹¹⁹ CIJ, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, arrêt du 25 juillet 1974, *CIJ Recueil 1974*, p. 23, § 52.

¹²⁰ Résolution 2749 (XXV) du 17 décembre 1970, Déclaration des principes régissant le fond des mers et des océans, ainsi que leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction nationale.

¹²¹ V. CIJ, *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt du 24 février 1982, *CIJ Recueil 1982*, p. 74, § 100, où la Cour note que la « la zone économique exclusive [peut être] considér[ée] comme faisant partie du droit international moderne ».

¹²² *Affaire de la Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France*, décision du 30 juin 1977, *RSA*, vol. XVIII, pp. 130 et s., où le tribunal reconnaît « l'importance de l'évolution, actuellement en cours, du droit de la mer aussi bien que la possibilité qu'un développement du droit coutumier puisse permettre d'établir, dans certaines conditions, que les Etats concernés acceptent la modification ou même l'abrogation de droits et obligations conventionnels existant précédemment », tout en jugeant que « ni les comptes rendus de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer ni la pratique des Etats en dehors de cette Conférence ne contiennent de telles indications décisives démontrant que les Parties à la Convention de 1958 sur le plateau continental considèrent aujourd'hui déjà que la Convention est désuète et devenue inapplicable en tant que traité en vigueur » (§ 47).

¹²³ *Id.*, § 48. Estimant que « [l]e fait que la convention de 1958 s'applique en l'espèce à la délimitation du plateau continental ne signifie pas qu'il soit possible d'interpréter et d'appliquer l'article 6 sans référence au droit coutumier en la matière », v. CIJ, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, arrêt du 14 juin 1993, *CIJ Recueil 1993*, p. 58, § 46. La Cour procédera d'ailleurs à « l'assimilation des circonstances spéciales de l'article 6 de la convention de 1958 et des circonstances pertinentes en droit coutumier » (p. 62, § 56).

¹²⁴ V. CIJ, *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt du 24 février 1982, *CIJ Recueil 1982*, p. 38, § 24, où la Cour dit, alors que la convention de Montego Bay n'en était encore qu'au stade de projet, qu'elle « ne saurait (...) négliger une disposition du projet de convention si elle venait à conclure que sa substance lie tous les membres de la communauté internationale du fait qu'elle consacre ou cristallise une règle de droit coutumier préexistante ou en voie de formation ».

prennent pas la forme d'un remplacement pur et simple de celles-ci par celle-là. Les conventions de Genève n'ont pas disparu de l'ordonnement juridique, la convention de Montego Bay se contentant d'organiser sa propre prévalence (2°).

1° Prolongement

Le « monument »¹²⁵ qu'est la convention de Montego Bay innove à moult égards par rapport aux conventions de Genève. En premier lieu sur la forme, puisqu'à la répartition du droit de la mer en quatre conventions plus un protocole sur le règlement des différends succède sa codification en un corpus unique, garant d'une cohérence des relations conventionnelles entre les parties. La convention intègre les coutumes « sauvages » apparues depuis 1958 tout en en affinant le régime¹²⁶, met en place un mécanisme de règlement des différends plus performant que celui découlant du protocole facultatif de Genève resté inutilisé, et développe le droit de la mer sur maints aspects (eaux archipélagiques, protection et sauvegarde de l'environnement, etc.) dont la partie XI sur la zone internationale des fonds marins n'est pas le moindre.

Cela étant, le lien de filiation entre les textes de 1958 et de 1982 est indiscutable, notamment à la lecture des parties II, VI et VII du texte de 1982, qui font de larges ***52***emprunts respectivement à la convention sur la mer territoriale et la zone contiguë, à la convention sur le plateau continental et à celle sur la haute mer¹²⁷. Certains articles sont repris au mot près¹²⁸, ou avec des modifications de nature linguistique¹²⁹, quand d'autres connaissent des modifications normatives plus substantielles ou des adjonctions – par exemple en ce qui concerne le droit de transit et de passage inoffensif dans les détroits¹³⁰. L'instrument de 1982 bouche par ailleurs les failles des conventions de 1958 concernant l'étendue, enfin fixée à une largeur maximale de 12 milles, de la mer territoriale (article 3) et de la zone contiguë (24 milles selon l'article 33). Quoi qu'il en soit, il n'est guère contestable que la convention de Montego Bay consolide à maints égards la codification de 1958¹³¹. Le champ normatif commun entre les conventions de 1958 et celle de 1982 pose alors inévitablement la question des relations entre les deux instruments.

¹²⁵ L. Luchini, « Mer », in *Répertoire de droit international*, Dalloz, 1998 (actualisation 2013), n° 91.

¹²⁶ S'agissant de la largeur de la zone économique exclusive, l'article 57 de la convention cristallise des normes en formation ; le régime qui lui est associé à l'article 56 présente en revanche davantage un aspect déclaratoire du droit coutumier (R.-J. Dupuy, D. Vignes (eds), *op. cit.* note 1, p. 80).

¹²⁷ *Id.* V. le tableau des concordances des conventions de Genève et de Montego Bay in P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2009, pp. 1286 et s.

¹²⁸ V. par exemple l'article 6 de la convention sur la mer territoriale de 1958 (« La limite extérieure de la mer territoriale est constituée par une ligne dont chaque point est à une distance égale à la largeur de la mer territoriale du point le plus proche de la ligne de base ») qui figure tel quel à l'article 4 de la convention de Montego Bay. Autre exemple parmi de nombreux, v. CPA, *The Republic of Philippines v. The People's Republic of China*, aff. n° 2013-19, sentence du 12 juillet 2016, § 388, où le tribunal arbitral relève que la définition de l'île par l'art. 121 de la convention de Montego Bay « is unchanged from the 1958 Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone [art. 10] ».

¹²⁹ V. par exemple l'article 97, § 1, de la convention de 1982, qui reprend avec une meilleure syntaxe l'article 11, § 1^{er}, de la convention de 1958 sur la haute mer au sujet de la compétence de l'Etat du pavillon (v. *supra* 1°). Notant la continuité entre la convention de 1958 sur le plateau continental et l'art. 77 de la convention de Montego Bay, et se référant à ce titre au commentaire de la CDI sur le projet de convention, v. CPA, *The Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia)*, aff. n° 2014-02, sentence (fond) du 14 août 2015, § 283.

¹³⁰ V. l'article 16, § 4, de la convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë et les articles 38 et 45 de la convention de Montego Bay, qui se démarquent à certains égards de l'arrêt *Détroit de Corfou* (*supra* note 42). Au sujet de l'introduction par la convention de 1982 de la distinction entre les îles et les rochers, v. CPA, *The Republic of Philippines v. The People's Republic of China*, aff. n° 2013-19, sentence du 12 juillet 2016, §§ 389-390.

¹³¹ L. Luchini, *op. cit.* note 86, n° 62.

2° Prévalence

En l'absence d'identité parfaite des parties aux conventions de Genève et à la convention de Montego Bay, cette dernière n'a pu abroger les textes de 1958 pour s'y substituer purement et simplement. Quelques Etats parties aux conventions de Genève, au premier rang desquels figurent les Etats-Unis d'Amérique, n'ont en effet pas signé, ou pas ratifié, la convention sur le droit de la mer¹³². A ceux-là ***53*** (y inclus dans leurs relations avec des Etats parties à la convention de 1982) les conventions de Genève, toujours en vigueur, demeurent applicables, sous réserve de leur modification coutumière postérieure¹³³. En ce sens, la portée des conventions de Genève n'est pas purement historique ; elle demeure, pour les Etats concernés, un instrument du droit positif.

Pour les autres Etats – ceux qui sont parties aux instruments de 1958 et à celui de 1982 – la convention de Montego Bay prévoit un mécanisme de prévalence fondé sur l'adage *lex posterior derogat priori*¹³⁴ : selon son article 311, § 1^{er}, « [l]a Convention l'emporte, entre les Etats parties, sur les Conventions de Genève du 29 avril 1958 sur le droit de la mer »¹³⁵. Cette clause générale, inspirée de l'article 30 (« Application de traités successifs portant sur la même matière ») de la convention de Vienne sur le droit des traités a pour objet d'organiser la coexistence des instruments sans porter atteinte aux droits des Etats parties au seul nouveau traité¹³⁶. Mais tandis que l'article 30, § 3, de la convention de Vienne prévoit des rapports de subsidiarité (« le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur »), la convention de Montego Bay se situe sur le terrain de la hiérarchie normative (la convention de 1982 « l'emporte » – « shall prevail over » dans la version anglaise).

L'article 311, § 1^{er}, est susceptible de prêter le flanc à plusieurs interprétations, entre lesquelles aucun juge international n'a encore eu l'occasion de trancher¹³⁷. Dans un premier

¹³² Les Etats-Unis ont signé et ratifié les quatre conventions de Genève. Ils ne sont pas partie à la convention de 1982 en raison de leur hostilité à la partie sur les fonds marins. Le Cambodge a accédé aux quatre conventions de Genève en 1960 ; il a signé mais non ratifié la convention de Montego Bay. La Colombie est partie aux conventions de 1958 sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer et sur le plateau continental ; elle a signé mais non ratifié les conventions sur la mer territoriale, sur la haute mer ainsi que la convention de Montego Bay. Israël est partie aux trois conventions de 1958 sur la mer territoriale, sur la haute mer et sur le plateau continental, et signataire seulement de la convention sur la pêche ; il n'est pas partie à la convention de 1982. Le Venezuela est partie aux quatre conventions de Genève mais non à la convention de Montego Bay (état au 1^{er} juillet 2016).

¹³³ *Supra* A. V. à ce sujet la déclaration de M. B. Hoyle, du département d'Etat américain : « We will not sign and will not ratify the 1982 Convention. This is, of course, because of the seabeds part of the Convention. The United States will abide by the rules of international law contained in the non-sea-beds part of the Convention as reflecting existing international law, both customary and treaty law » (in *The Developing Order of the Oceans*, Law of the Sea Institute Proceedings, vol. 18, Honolulu, 1985, p. 55, cité par T. Treves, « Codification du droit international... », *op. cit.* note 75, p. 44, note 42).

¹³⁴ L. Luchini, *op. cit.* note 90, n° 92.

¹³⁵ Sur les négociations relatives à cette disposition, v. « Article 311 », in M. H. Nordquist, S. Nandan, S. Rosenne (Ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982*, Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2013, pp. 229 et s.

¹³⁶ R.-J. Dupuy, D. Vignes (eds), *op. cit.* note 1, p. 105.

¹³⁷ Appliquant l'article 311 (« Relations avec d'autres conventions et accords internationaux ») en lien avec la question des droits historiques en mer de Chine du sud revendiqués par la Chine, à l'exclusion de son § 1^{er} relatif aux relations entre la convention de 1982 et celles de 1958, v. CPA, *The Republic of Philippines v. The People's Republic of China*, aff. n° 2013-19, sentence du 12 juillet 2016, §§ 230 et s. Au sujet de l'art. 311 dans son ensemble, lu conjointement avec l'art. 293, § 1^{er}, le tribunal note que « [t]hese provisions mirror the general rules

sens, la prévalence aurait un effet de substitution : dans leur ensemble ou isolément les dispositions de la convention de 1958 sur le plateau continental, par exemple, seraient remplacées par celles de la partie VI (« Plateau continental ») de la convention de 1982. Dans un second sens, qui correspond sans doute davantage à l'idée de prévalence, les textes de 1958 et ceux de 1982 seraient pareillement applicables à la mer, mais *en cas de contradiction* la convention de Montego Bay seule serait mise en œuvre – par exemple en matière ***53***de fixation des limites extérieures du plateau continental¹³⁸. Dès lors, des dispositions des conventions de Genève qui ne seraient pas contredites par la convention de 1982 seraient encore applicables – on pense notamment à certaines dispositions de la convention sur le plateau continental, plus détaillées que ne le sont celles de la partie VI¹³⁹ ou aux règles de délimitation de la zone contiguë entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face (article 24, § 3, de la convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë) qui n'ont pas de correspondance dans la convention de 1982¹⁴⁰. Reste que la « décodification »¹⁴¹ ponctuellement opérée par la convention de 1982 pourrait être interprétée comme la manifestation de la volonté des Etats de s'entendre sur une règle nouvelle moins complète, qu'il reviendrait aux Etats et au juge, le cas échéant, d'interpréter plutôt que d'appliquer le « droit de Genève »¹⁴². Le champ normatif résiduel des conventions de Genève demeure en tout état de cause très étroit au vu de l'évolution du droit coutumier qui est allé de pair avec les négociations, l'adoption puis la mise en œuvre de la convention de 1982. Les conventions de 1958 n'ont peut-être pas encore rejoint le rayon des vestiges du droit international. Mais à tout le moins, la grande cathédrale de Montego Bay ombrage copieusement les chapelles têt décaties de Genève.

of international law concerning the interaction of different bodies of law, which provide that the intent of the parties to a convention will control its relationship with other instruments » (§ 237).

¹³⁸ Article 1^{er} de la convention sur le plateau continental de 1958 (qui inclut le critère alternatif de la profondeur de 200 mètres et l'exploitabilité des ressources naturelles) et article 76 de la convention de 1982 (qui pose une limite à 200 milles).

¹³⁹ V. l'article 5 de la convention sur le plateau continental de 1958. A noter toutefois que le droit de construire des installations et d'établir des zones de sécurité autour de celles-ci qui y est prévu se retrouve dans la partie V de la convention de Montego Bay sur la zone économique exclusive (article 60).

¹⁴⁰ V. T. Treves, « Codification du droit international... », *op. cit.* note 75, pp. 76-77 et L. Caflish, « Les zones maritimes sous juridiction nationale : leurs limites et leur délimitation », in D. Bardonnnet, M. Virally (dir.), *Le nouveau droit international de la mer*, Paris, Pedone, 1983, pp. 53 et s.

¹⁴¹ T. Treves, « Codification du droit international... », *op. cit.* note 75, p. 106.

¹⁴² V. *supra* note 78 au sujet de la règle de l'équidistance.