

Introduction

Nous avons présenté il y a peu au public intéressé la traduction d'un petit traité de Cornelis van Bijkershoek intitulé *De dominio maris*. Le petit ouvrage donné par William Welwod, ou Welwood, selon que l'on préfère une orthographe anglo-écossaise, ou purement anglaise, a été publié en 1590 sous ce même titre latin et est encore plus contracté que le petit ouvrage de Bijkershoek, puisqu'il ne comporte que 41 pages au format d'un petit in-quarto, dans une réédition donnée à La Haye en 1653. Cet ouvrage est de quelque cent années antérieur à celui de Bijkershoek et son propos est clairement indiqué dès la petite dédicace que l'auteur adresse à la princesse Anne de Danemark, devenue reine d'Angleterre par son mariage avec le roi Stuart Jacques VI : il entend en effet s'opposer « *aux étrangers qui font usage d'une liberté de pêcher dans la mer Britannique avec injustice* ». Par ailleurs, il semble ainsi prendre l'exact contre-pied de la thèse soutenue dès 1609 par Huig De Groot, ou Hugo Grotius, dans son *Mare liberum*, dont on sait qu'il s'agit là de l'unique chapitre publié repris d'un plus gros traité, le *De jure præde*, ou *Du droit de butin*, qui ne sera publié dans son entier que dans le dernier tiers du XIX^e siècle, en 1868.

William Welwod naquit vers 1550 au sein d'une famille appartenant à la bourgeoisie de la cité de Saint-Andrews dans le royaume d'Ecosse et c'est dans cette même ville qu'il reçut sa formation. En 1566, il intégra le Leonard's College et y obtint son grade de *bachelor* en 1569, puis celui de *master* l'année suivante. Il poursuivit ses études à l'étranger et on le retrouve inscrit à l'université de Wittenberg en octobre 1573, université luthérienne au sein de laquelle l'humaniste Matthæus van Wesembeke enseignait. Welwod peut avoir reçu les enseignements de ce dernier, tout comme son compatriote John Skene¹. En 1622, Welwod prétendit avoir aussi obtenu un doctorat, mais on ne sait s'il l'a effectivement obtenu et où ce dernier lui aurait été délivré.

Saint Andrews possédait une université dont une bulle pontificale avait en 1492 fondé les facultés de droit civil et de droit canonique. En 1538, l'archevêque James Beaton obtint une bulle pontificale qui fondait le Saint Mary's College, conçu dans un premier temps pour l'éducation des aspirants à la prêtrise, mais aussi pour enseigner le droit canon et le droit civil, c'est-à-dire le droit romain et d'autres disciplines libérales. Cependant, en 1533, l'archevêque Hamilton recentra ce collège sur la théologie. Subsistent de cette époque cependant des diplômes montrant que le Saint

¹ John Skene of Curriehill (vers 1543-1617), qui était le frère de William Skene, lui-même canoniste auprès du Saint Mary's College, mais qui adopta le protestantisme dès 1559, est célèbre pour avoir publié en 1609 l'un des premiers traités sur le droit écossais sous le titre de *Regiam Majestatem*. En fait, dans cet ouvrage, il a rassemblé, sans doute à partir de la bibliothèque qu'avait su constituer son frère William, divers documents qui fournissent les premières sources du droit écossais, notamment les Lois du roi Malcolm II Mackenneth, puis les quatre livres du *Regiam majestatem*, qui semblent être en partie repris de l'ouvrage anglais du XII^e siècle de Ranulf de Glanvill, les lois des barons ou *Quoniam attachiamenta*, la forme et la manière de tenir la *Court baron*, les lois des cités ou *Burrow Laws*, le *Chalmerlane Air*, les lois du roi William faites à Perth en 1165, les *Forest Laws*, les lois des rois Alexandre II faites en 1214, de Robert I^{er} Bruce faites en 1306, de David II faites en 1330, de Robert II faites en 1372 et de Robert III faites en 1400. À cela, il ajouta *Ane Short Forme of Proces (...) before the Lords of Counsel and Session*, ainsi qu'un petit traité sur les *Crimes and Judges in Criminal Causes conforme to the Lawes of this Realme*. Il avait également donné une *Interpretation of the Termes and Difficill Wordes, as Contained in the Foure Buikes of Regiam Majestatem and uthers, in the Actes of Parliament, Infestments, and used in pratique of this Realme, with diverse rules, and commoun places, or principalles of the Lawes*, connu sous le nom de *De verborum significatione*, titre qu'il reprit au livre 50 du Digeste, titre 16. Ce dernier ouvrage constitue véritablement l'un des premiers dictionnaires de droit, d'autant plus important qu'il met en lumière le système juridique de son temps. Il ne se contente en effet pas de donner des définitions, mais réalise de véritables petits essais sur l'état du droit.

Mary's College délivrait les grades de bachelier et de docteur en droit canonique, et de bachelier et licencié en droit civil²

Il semble que Welwod ait possédé des talents en mathématiques et ait été désireux de se faire intégrer là comme professeur, mais les maîtres du Saint Mary's College refusèrent de le recevoir après qu'il eut été nommé par la couronne, au motif que cela violait les règles de leur institution. En 1579, on lui proposa un poste dans un autre collège, le Saint Salvator's College, mais ici aussi, ses collègues refusèrent de le recevoir en leur sein. En 1587, il passa de la chaire des mathématiques à celle du droit, car il semble s'être dorénavant plus intéressé au droit qu'aux mathématiques. En 1582, il avait d'ailleurs publié un traité intitulé *De aqua* dédié au Earl of Bothwell qui était alors amiral d'Ecosse. Cet intérêt pour le droit maritime se confirme par la publication en 1590 de son ouvrage consacré au *Sea-Law of Scotland*, dans la préface duquel il déclare avoir rassemblé depuis 13 ans les matériaux à partir des *writs* qui avaient cours en Ecosse

En réponse au *Mare liberum* de Grotius, Welwod avait également fait paraître en 1615 son *De dominio maris*, entrepris à l'initiative d'une commission que lui avait délivrée la reine Anne pour écrire un traité relatif à la propriété des mers. Il semble cependant que ce patronage royal tourna court, puisqu'en 1619, Welwod écrivait à l'évêque anglican de Winchester, Lancelot Andrewes, membre du Conseil privé, alors qu'il recherchait pour lui-même un patronage, que son petit traité était négligé par celle qui lui avait demandé de le faire. Welwod, après avoir été chassé en 1611 de Saint Andrews pour des raisons religieuses - il était presbytérien, alors que l'Eglise établie d'Ecosse était la *Kirk*, espérait ainsi se faire valoir comme expert en droit maritime auprès d'un personnage qui était proche de la cour. Il faut dire que la formation de Welwod était pratiquement la même que celle des civilistes qui pratiquaient en Angleterre devant la Cour de l'Amirauté et les cours ecclésiastiques.

Arrivé en Angleterre après avoir quitté Saint Andrews, le barreau civiliste des *Doctors' Commons*⁴, qui avait acheté son ouvrage sur les lois maritimes, montre qu'il avait gravité dans cet environnement des civilistes anglais. Aussi Welwod chercha-t-il à développer ses relations avec l'un des plus renommés civilistes anglais de son temps, Sir Julius Cæsar⁵, qui fut *Master of the Rolls*

² Cf. David M. WALKER, *A Legal History of Scotland*, III, *The Sixteenth Century*, T. et T. Clark Ltd, Edinburgh 1995, p. 374.

³ Cet ouvrage sera remanié par la suite sous le titre *An Abridgement of all Sea-Laws ; Gathered Forth of all Writings and Monuments, which are to be found among any people or Nation, upon the coasts of the great Ocean and Mediterranean Sea*, 1613. cet ouvrage sera intégré, mais sans nom d'auteur, dans l'ouvrage du commercialiste anglais Malynes, *Consuetudo, vel, Lex mercatoria*, sous le titre *A Collection of all Sea-Laws Gathered for the Use and Benefit of alla Sea-Faring Men*, printed by J. Redmayne, London 1685, vol. I.

Il faut par ailleurs préciser que le droit écossais s'est longtemps réclamé de racines romaines. Cependant, le droit écossais n'a pas pu totalement se tenir à l'écart des formes procédurales du droit anglais et l'usage des *writs*, comme dans le *Common Law* anglais, y fut adopté pour saisir les cours de justice écossaises. Il existe à cet égard un ouvrage très intéressant à ce point de vue, parce qu'il compare droit écossais et droit anglais, c'est l'ouvrage de Mackenzie, *An Institute of the Laws of Scotland in Civil Rights*, printed by R. Fleming, Edinburgh 1751, 3 vol. in folio.

⁴ Il s'agit là d'un barreau spécifique, situé près de l'enclos de la cathédrale Saint Paul à Londres, réunissant les avocats qui étaient formés au droit romain et au droit canonique pour assister ceux qui plaidaient devant la *Court of Admiralty* et les *Ecclesiastical Courts*. Cette institution cessa d'exister çà partir de 1857 et la *Court of Admiralty* devint progressivement, étant intégrée dans les cours qui administraient le *Common Law*, une chambre particulière de la *High Court of Judicature* de Londres. Cf. John H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Butterworth, 3d ed., London 1990, p. 193-194.

⁵ Julius Cæsar (1558-1636), qui était un *Civil Lawyer* et qui fut nommé *Master of the Rolls* à la Chancellerie à l'époque du chancelier Lord Ellesmere (1596-1617), qui avait lui-même été formé par les *Common Lawyers*, fut le contemporain du grand conflit qui opposa en 1616 le chancelier et le *Chief Justice of the King's Bench*, Sir Edward Coke, par ailleurs un très grand juriste. Alors que la chancellerie anglaise entendait pouvoir réviser les jugements rendus par les cours de *Common Law* et que le chancelier estimait que toute critique à son égard équivalait à une remise en cause de la monarchie comme établie par Dieu, la nomination de Cæsar au poste de *Master of the Rolls* fut pour Coke l'étincelle qui mit le feu aux poudres. Coke ne put tenir très longtemps et encourut une défaveur grandissante aux yeux du roi, car Ellesmere avait su s'adjoindre dans son combat le soutien de Francis Bacon et du duc de Buckingham. Ils

de 1614 à sa mort, survenue en 1636. En 1622, il dédiait sa *Dubiorum brevis expeditio*, se désignant d'ailleurs à cette occasion comme docteur en droit à Cæsar et au *Lord Keeper of the Great Seal*, l'évêque de Lincoln, John Williams. Eu égard au fait que ces deux personnages travaillaient au sein de la *Chancery*, il espérait sans doute beaucoup du patronage de deux hommes, très liés au calvinisme en théologie.

La dernière mention qui donne à penser que Welwod vivait encore en mai 1624 provient d'un document retrouvé dans les papiers laissés par Cæsar : il s'agit d'un avis juridique concernant le fait de pouvoir citer devant une cour et punir un ambassadeur qui a commis un délit sur le territoire du prince chez lequel il a été envoyé ⁶. On peut alors penser qu'il mourut peut-être autour de cette même année.

On sait que Grotius avait fortement défendu la liberté des mers dans le seul chapitre qui ait été publié de son *De jure præde* en 1609 sous le titre *Mare liberum* ⁷. Il affirmait là le principe de la liberté absolue des espaces maritimes, qu'aucune puissance ne pouvait revendiquer, même en prétextant une donation qu'en aurait faite le pape à certains pays, à savoir l'Espagne et le Portugal, qui pouvaient s'en réclamer pour décréter leur puissance exclusive sur les espaces tant terrestres que maritimes que leur a partagés le pape Alexandre VI par sa bulle *Inter cætera*, et que les deux pays consacreront l'année suivante par un traité entre ces deux nations fait à Tordesillas. Il est certain qu'à la fin du XV^e siècle, il existe peu de nations européennes qui soient capables de rivaliser avec les flottes espagnoles et portugaises. Mais au début du XVII^e siècle, la situation a singulièrement changé et des nations européennes nouvelles font leur apparition sur les espaces maritimes avec de nouvelles flottes, tant pour de nouvelles découvertes de territoires que pour le commerce. Les Provinces-Unies des Pays-Bas septentrionaux, qui accédèrent à la complète indépendance à la suite des traités de Westphalie de 1648, mais avaient cependant quasiment obtenu leur indépendance depuis 1586 vis-à-vis de leur occupant espagnol après plusieurs vagues de guerres, manifestèrent ainsi avec esprit d'entreprise cette même envie de parcourir les mers. Population tournée vers le commerce, les gens des Pays-Bas se dotèrent vite d'une puissante flotte commerciale et c'est ce qui poussa Grotius à soutenir les prétentions qu'avaient les Provinces-Unies de pouvoir parcourir librement et sans entraves ces espaces.

En fait, nous avons affaire avec cet ouvrage à la plaidoirie d'un jeune avocat, alors qu'en juin 1603, une carangue portugaise, chargée d'une riche cargaison de porcelaines et de soieries de Chine, avait été arraisonnée et capturée par l'amiral hollandais van Heemskerck, qui était au service de la Compagnie des Indes orientales. La prise avait été ainsi conduite dans les Pays-Bas et donna lieu à deux procès successifs, d'abord entre la Compagnie maritime et d'autres ayants-droits pour vérifier la validité de la prise, puis après l'adjudication de la prise, alors que les membres de la Compagnie néerlandaise des Indes avaient des doutes sur l'honnêteté de la prise,

obtinrent ainsi que Coke soit démis de sa charge en 1616 et Ellesmere, comme Bacon, profitèrent de cet effacement pour solliciter du roi un décret qui confirmait la juridiction du chancelier comme cour de révision des cours de *Common Law*. Ellesmere mourut fort opportunément en 1617 et son successeur, Francis Bacon, sut restaurer de paisibles relations entre chancellerie et cours de *Common Law*, d'autant que le décret de 1616 fut tenu pour illégal (cf. *R. vs Standish* (1670) Treby MS Reports, LPCL 438). Sur cette querelle, cf. John H. BAKER, *op. cit.*, p. 125-126.

⁶ Cf. Alain WIJFFELS, « Le statut juridique des ambassadeurs d'après la doctrine du XVI^e siècle », (1992) 32 *Publication du Centre européen d'Etudes Bourguignonnes (XIV-XVI^e s.)*, p. 127-142, surtout p. 140-142.

Nous voulons ici particulièrement remercier le Professeur John Cairns de l'université d'Edinburgh de nous avoir permis d'avoir accès à l'important article qu'il a publié dans (1998) 2 *The Edinburgh Law Review*, « Academic Feud, Bloodfeud, and William Welwood : Legal Education in Saint Andrews, 1560-1611 », p. 158-179 et 255-287. Nous avons tiré le principal de nos informations biographiques de cet article si aimablement mis à notre disposition.

De façon générale, on pourra aussi consulter sur les juristes écossais David M. WALKER, *The Scottish Jurists*, 1985.

⁷ Une nouvelle traduction en langue anglaise de cet opuscule a été donnée sous la direction du Professeur Robert Feenstra par Jeroen Vervliet, qui reproduit en vis-à-vis de la traduction le texte original latin de Grotius de 1609. C'est là un très bel ouvrage qui a été publié pour le quatrième centenaire du *Mare liberum* de Grotius chez Brill Leyde, en 2009. Il existe aussi une excellente et très élégante traduction française de ce même ouvrage, qui remonte au début du XVIII^e siècle et donné par Antoine de Courtin, rééditée par le Centre de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen en 1996.

quand ils demandèrent à Grotius d'exposer les arguments susceptibles d'apaiser leur scrupules de conscience. C'est de là qu'est né le *De jure præde commentarius*, dont la totalité, a-t-on déjà dit, ne fut publiée à La Haye qu'en 1868.

Mais en 1609, les Pays-Bas souhaitaient conclure une trêve avec l'Espagne : la question de la libre navigation dans la mer des Indes restait alors un obstacle et c'est la raison qui l'incita à publier à part le chapitre XII de son *Commentaire sur le droit de butin* sous le titre *Mare liberum, sive de jure quod Batavis competit ad Indiana commercia dissertatio*, ou *La mer libre, ou Dissertation sur le droit qui appartient aux Bataves sur le commerce des Indes*. Le chapitre traité de la licéité du droit de prise et du droit de la guerre, mais dans un cadre totalement dépendant de la conjoncture, dès lors que des négociations étaient menées pour établir une trêve entre les Provinces-Unies et l'Espagne, alors que dans le même temps, le roi Jacques I^{er} n'hésitait pas à proclamer ses prétentions sur les quatre mers qui entouraient la Grand Ile, la mer du Nord étant particulièrement visée, alors que les Pays-Bas en avaient besoin pour l'accès de leurs vaisseaux dans l'Atlantique.

Influencé par Vitoria, qui avait déjà de son côté soutenu comme droit naturel l'idée d'un *jus communicationis*, interdisant à quiconque d'empêcher l'accès aux espaces tant terrestres que maritimes, et par voie de conséquence, défendant l'idée d'une mer libre d'accès pour tous, Grotius va lui-même défendre le principe de la liberté des mers. Pour ce faire, il soutient que le pape ne peut donner à quiconque ce qu'il ne possède pas ; par ailleurs, la mer est par nature une *res communis*, donc inappropriable par qui que ce soit, et non une *res nullius*, qui autoriserait alors une possible appropriation au profit du premier occupant. Grotius prétend ainsi que les routes maritimes qui donnent accès aux pays du Sud-Est asiatique, convoitées par les commerçants néerlandais, mais en partie contrôlées par les Portugais à raison du partage effectué par le pape en 1493, doivent être laissées libres pour tous, nulle puissance ne pouvant juridiquement réclamer quelque propriété sur ces espaces.

Voici comment Grotius présentait et résolvait la question dans son *Mare liberum* de 1609 :

« Il y a deux conséquences à tirer de ce qui a été dit jusqu'ici : la première, c'est que les choses qui ne peuvent être ou qui n'ont jamais été occupées ne peuvent être le propre de personne, puisque toute propriété a commencé par l'occupation ; la seconde, c'est que toutes les choses qui ont été disposées par la nature de telle sorte, qu'en servant à l'un, elles n'en suffisent pas moins à l'usage commun de tous les autres, sont aujourd'hui et doivent perpétuellement demeurer dans les mêmes conditions où la nature nous les a livrées dès le début »⁸.

En conséquence, poursuit Grotius,

« la mer ne peut donc absolument devenir le propre de qui que ce soit, parce que la nature ne se borne point à permettre, mais ordonne qu'elle soit commune »⁹.

Tout au plus admettait-il alors que les mers encloses puissent faire l'objet d'une propriété, car une occupation en est plus aisée et possible, ce qui n'est pas le cas pour la mer en général :

Il est démontré que ni un particulier, ni un peuple quelconque, ne peut rien s'attribuer en propre sur la mer elle-même (à l'exception, comme nous l'avons dit, des canaux et des réservoirs), puisque ni la nature, ni la raison d'utilité publique ne le permet »¹⁰

À cette charge, trois auteurs devaient opposer leurs arguments. Dans l'ordre chronologique ce furent d'abord notre Welwod avec ce petit volume de 1615, puis John Selden¹¹, qui rédigeait en 1618 son traité, publié seulement en 1635 en latin, puis traduit par l'auteur en anglais et dont le titre est à lui seul tout un programme : *Mare clausum, sive de dominio maris libri II. Primo, mare ex jure naturæ sive gentium omnium hominum non esse commune, sed domini privati sive proprietatis capax pariter ac*

⁸ Cf. *Mare liberum*, trad. A. de Courtin, *op. cit.*, p. 680, traduction que nous avons corrigée sur le seul terme utilisé à la fin du passage, pour remplacer « dès le principe » par « dès le début ». Relevons qu'une nouvelle et très exacte traduction en langue anglaise du *Mare liberum* entreprise par Jeroen Vervliet a été éditée en 2009 aux éditions Brill par le grand professeur néerlandais récemment décédé Robert Feenstra., auquel nous devons l'exemplaire que nous en avons.

⁹ Cf. *Mare liberum*, trad. A. de Courtin, *op. cit.*, p. 682.

¹⁰ Cf. *Mare liberum*, trad. A. de Courtin, *op. cit.*, p. 688.

¹¹ John Selden (1584-1654) avait exercé au sein du barreau anglais d'*Inner Temple*. On lui doit un grand nombre d'ouvrages d'érudition et c'est lui qui, dans ses *Table Talks*, laissa une expression célèbre, en disant que l'*Equity* avait pour seule mesure la taille du pied du Chancelier et donc pouvait varier en fonction de celle-ci.

tellarum esse demonstrandum ; secundo, Serenissimum Magnæ Britannia regem maris circumflui ut individua atque perpetua imperii britannicae appendicis dominum esse asseritur. On peut rendre ce titre ainsi : *La mer fermée, ou bien les deux livres sur la propriété de la mer. Avec le premier, il doit être montré que la mer, de par le droit naturel ou le droit des gens, n'est point commune à tous les hommes, mais appartient à un maître privé ou bien est susceptible de propriété à l'égal des terres ; avec le second, il est affirmé que le sérénissime roi de Grande Bretagne est le maître de la mer environnante au titre d'appendice indivisible et perpétuel de l'empire britannique*¹². Le troisième auteur est un Portugais, Serafim Freitas¹³, qui fut professeur à l'université de Valladolid et qui composa un volume qui ne fut publié qu'après sa mort, soit en 1635, sous le titre *De justo imperio Lusitanorum asiatico, ou De la juste domination des Portugais en Asie*.

Il ne fait aucun doute que ces trois auteurs ne présentent pas tous des arguments de même force et l'on peut même dire que Selden en fait un peu trop, en accumulant des sources qui ne sont pas toutes excellentes, voire qui sont parfois aussi très largement extrapolées, dans le seul but de justifier la souveraineté anglaise sur les mers entourant l'Angleterre, non pas seulement comme mers territoriales, mais sur tout l'espace maritime qui va des côtes de l'Angleterre aux côtes des pays outremer. Il faut dire que Selden ne faisait que confirmer là les prétentions du pouvoir royal anglais, qui avaient considérablement évolué depuis le règne d'Elizabeth I^{ère}. En effet, alors que l'Angleterre semblait sous Elizabeth I^{ère} être attachée à l'idée d'une mer inappropriable, les choses devaient évoluer dès 1602 à l'occasion d'une conférence tenue avec le Danemark, puis dès la mort de la reine en 1603. Désormais, elle entendait défendre sa domination sur les *Quatre mers* qui l'entouraient, opinion que s'empressa de soutenir Selden avec tous les arguments possibles et imaginables, mais pas toujours très sûrs, comme le fait judicieusement remarquer au début du XVIII^e siècle Cornelis van Bijnkershoek dans son ouvrage du même nom que celui de Welwod, *De dominio maris*¹⁴.

Avec Welwod et Freitas, les arguments tiennent beaucoup mieux et sont envisagés de façon plus sérieuse, parce que moins exagérés que ne le fait Selden.

Welwod va ainsi aborder la question de la liberté des mers sous un angle bien particulier : celui de la protection des ressources halieutiques le long des côtes de l'Écosse, pillées sans répit par les pêcheurs venus des Provinces-Unies. Au contraire de Grotius, beaucoup trop optimiste en la matière, puisqu'il croyait que les ressources de la mer étaient inépuisables, Welwod montre clairement que tel n'est pas du tout le cas et il demande que soit reconnu le droit de fermer les espaces de pêche situés le long des côtes de l'Écosse, afin de permettre la protection des ressources pour les populations locales et leur possible reconstitution, en mettant un frein au pillage qui en était fait. À cet égard, Welwod paraît bien être l'un des tout premiers à avoir pris conscience d'une possible disparition des ressources de la mer et c'est pourquoi il s'oppose frontalement alors à Grotius, qui prêchait pour une liberté absolue des espaces maritimes en 1609.

Mais Grotius, qui a lu les écrits de ses opposants, devait tenir compte des observations de Welwod, parce que dans son traité sur le *Droit de la guerre et de la paix*, écrit en 1625, il semble bien avoir mis de l'eau dans son vin et reconnaît que l'Etat côtier peut avoir sur ce que l'on appellera la mer territoriale plus tard au moins un pouvoir de juridiction, à défaut d'une pleine propriété, exigible sur ces dernières. Voici comment il fut conduit à tempérer les propos qu'il avait tenus près de quinze ans plus tôt :

« VII. On a pu s'emparer des rivières par occupation, quoique ni leur source, ni leur embouchure ne se trouvent comprises dans un territoire, et qu'on n'en ait qu'une partie se joignant l'eau venant d'en haut et à l'eau qui coule en

¹² Il existe une excellente et très belle copie de la version anglaise éditée à Londres en 1652, rééditée par les éditions américaines The Lawbook Exchange Ltd en 2004, Clark, New Jersey.

¹³ Serafim Freitas (vers 1570-1633), Portugais, fut professeur à l'université de Valladolid au temps où l'Espagne et le Portugal étaient réunis par la volonté de l'Espagne sous une même couronne. Il est tout particulièrement connu pour le petit ouvrage qu'il opposa au *Mare liberum* de Grotius.

¹⁴ Voir notre traduction de cet ouvrage, tout le chapitre V, in *Dissertation sur la propriété de la mer, une traduction*, Centre droit maritime et océanique, Faculté de droit, Université de Nantes, 2010, p. 55-62.

bas, ou bien à la mer. Il suffit, en effet, que la plus grande partie de la rivière, c'est-à-dire que les côtés soient fermés par des rives, et qu'en comparaison des terres, la rivière ne soit qu'un point très peu étendu.

VIII. Selon cet exemple, il semble que la mer puisse être occupée par celui qui possède les terres situées des deux côtés, encore que cette mer soit ouverte ou par en haut, comme un golfe, ou par le haut et le bas en forme de détroit, pourvu que cette partie de la mer ne soit pas de telle étendue, que, étant comparée à la terre ferme, elle ne puisse pas être censée en faire partie (...).

X. – 2. Si un certain espace de mer peut s'ajouter aux fonds des particuliers, en tant qu'il y est enclavé, et de si petite étendue qu'il puisse être censé faire partie du fonds ; si d'ailleurs il n'y a rien là de contraire au droit naturel : pourquoi une portion de la mer enclavée dans les rivages n'appartiendrait-elle pas au peuple, ou aux peuples, à qui, ou auxquels, appartiendraient ces rivages ; pourvu que cette partie de mer comparée au territoire ne soit pas plus grande que le bras de mer comparé à l'étendue du fonds d'un particulier ?

XIII. – 2. La juridiction sur une portion de la mer paraît pouvoir s'acquérir de la même manière que les autres juridictions, c'est-à-dire, comme nous l'avons dit plus haut, par le moyen des personnes, et par celui du territoire. Par les personnes, lorsqu'une flotte, qui est une armée maritime, stationne sur quelque point de la mer. Par le territoire, lorsque du continent, on peut donner la loi à ceux qui passent sur la partie voisine de la mer, non moins que s'ils se trouvaient sur la terre elle-même »¹⁵.

Welwod, quant à lui, reprit cet argument de la protection des ressources déjà proposé dans le petit ouvrage que l'on va lire dans son *Abridgement of all the Sea-Laws* pour justifier sa revendication. Il y dit en effet :

« If the uses of the Seas may be in any respect be forbidden and staid, it should be chiefly for the Fishing, as by which the Fishes may be said to be exhausted and waste ; which daily experience these 20 years past and more, bath declared to be over-true ; for whereas aforetime the white Fishes daily abounded, even into all the Shores on the eastern Coast of Scotland, now by the near and dayly approaching of the Buss-Fishers the shoals of Fishes are broken and sofar scattered away from our Shoars and Coasts that no Fish now can be found worthy of any pains and travels ; to the impoverishing of all the sort of our Home-Fishers and to the great damage of all the Nation »¹⁶.

Quant à Serafim Freitas, son propos reprend en partie l'argumentation de Grotius, mais pour la démontrer de façon assez fine. Freitas admet que la mer puisse être qualifiée de *res communis*, comme le fait Grotius, mais il admet aussi que peut exister une possibilité de quasi-occupation, qui équivaut à un droit préférentiel et à un droit de contrôle sur des régions déterminées en faveur d'Etats déterminés. Ainsi, reprenant en cela Suarez et Molina, mais contredisant Vitoria et Grotius, des pouvoirs locaux peuvent être amenés à refuser un droit de communication. Ainsi, les Portugais se trouvent avoir le droit de pénétrer dans les Indes en vertu du pouvoir qui leur en a été donné par le pape, ils ont même le pouvoir d'obliger les indigènes à écouter la prédication. Freitas accorde ainsi aux Portugais un titre véritable qui vient fonder leur exclusivité sur les espaces tant maritimes que terrestres en Inde comme dans l'Asie du Sud-Est. La fragilité de son argumentation repose sur le fait qu'il ait ignoré le fait que le pape n'avait aucune autorité pour accorder à quiconque et de façon exclusive quelque autorité que ce soit sur des espaces qui ne lui appartiennent pas¹⁷.

C'est au XVIII^e siècle que la question devait être mieux traitée par un compatriote de Grotius, Cornelis van Bijnkershoek¹⁸, dans son petit ouvrage qui porte, redisons-le, le même titre que

¹⁵ Cf. *Du droit de la guerre et de la paix*, trad. P. Pradier-Fodéré, PUF coll. Léviathan, Paris 1999, p. 200, 202 et 204.

¹⁶ Cf. *A Collection of all Sea-Laws*, in MALYNES, *Consuetudo vel Lex mercatoria*, op. cit., vol. 1, p. 75.

On peut rendre ce passage en français de la façon suivante : « Si l'usage des mers peut être interdit et refusé, ce doit être principalement pour la pêche, pour la raison que les poissons peuvent être dits épuisés ; ce que montre surabondamment l'expérience quotidienne, ces vingt dernières années et plus ; car, cependant que les poissons à chair blanche abondaient auparavant, même sur toutes les rives de la côte Est de l'Ecosse, maintenant, du fait de la fréquentation au plus près et quotidienne de convois de pêcheurs, les bancs de poisson sont brisés et dispersés si loin de nos rives et de nos côtes qu'aucun poisson aujourd'hui ne peut être trouvé digne de quelque peine et voyage ; ce qui appauvrit toutes nos sortes de pêcheurs domestiques et [est] au grand dommage de la nation ».

¹⁷ Sur cette question, nous nous contentons de renvoyer le lecteur à notre manuel d'*Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, P.U.R., Rennes 2014, p. 255-262.

¹⁸ Cornelis van Bijnkershoek (1673-1743), originaire de Middelburg en Zélande, fut formé à l'université Franeker de Frise. Reçu docteur à l'âge de 21 ans, il s'établit comme avocat à La Haye, siège du gouvernement confédéré des Provinces-Unies et de la Cour suprême de Hollande, Zélande et Frise occidentale. Appelé par les États de Hollande pour y occuper un siège de juge devenu vacant, il fut nommé président de cette Cour en 1724. C'est en 1702 qu'il

celui de Welwod. Il devait nuancer les propos de Grotius, admettant que si la mer était effectivement, comme le dit le droit romain, une *res communis*, néanmoins, de même qu'en droit romain, elle pouvait faire l'objet d'une forme d'appropriation temporaire, ou plutôt d'une possession temporaire, comme pour le pêcheur qui bâtit sur une côte une cabane pour y étendre et faire sécher ses filets. La limite de cette possession, plus qu'une vraie propriété, est seulement que l'occupation soit effective par celui qui occupe. Dès lors que l'occupant cesse d'occuper, l'espace libéré, parce qu'il est une *res communis*, retourne à son statut premier d'espace inappropriable, mais dont la possession peut cependant être temporairement prétendue. Sans doute ne fait-il ici que redire ce que Grotius avait déjà dit avant lui, mais il le fait de façon plus énergique et plus assurée. Cependant, Bijkershoek fait alors observer que pour l'espace océanique, eu égard à sa taille et à son immensité, cette occupation est impossible et donc, qu'il est absolument libre. Bijkershoek soutient clairement aussi, en tout cas beaucoup plus clairement que Grotius, que la mer territoriale est considérée comme le prolongement du territoire de l'Etat côtier et que cette dernière s'étend sur la distance que l'Etat côtier est capable de protéger effectivement à partir de ses côtes, distance que l'abbé Galiani définit comme valant trois milles marins. Il évoque ici un véritable droit de propriété sur la mer territoriale et non simplement, comme le faisait Grotius, un simple droit de juridiction.

Mais la question allait bientôt cesser d'être pour un temps tenue pour essentielle, car les divers pays européens s'étaient presque tous dotés d'une marine qui rendait impossible la prétention de quelque pays que ce soit à posséder à lui seul les espaces maritimes, comme le fit longtemps l'Angleterre.

On sait que la question devait rebondir dans les années 1970 à l'instigation des pays encore alors appelés du tiers-monde, soucieux de préserver leurs ressources face aux pillages halieutiques et dans les fonds marins par diverses puissances. Ils avaient alors revendiqué une extension de la mer territoriale aux 100 milles marins, ce qui leur fut refusé. Mais on leur accorda en lot de consolation la possibilité de voir protéger sur cette distance une zone économique exclusive, ce qui était un leurre dès lors qu'aucun de ces pays, surtout africains, mais aussi en Amérique du Sud, n'était véritablement en mesure d'assurer de façon effective cette protection, par défaut d'une flotte suffisante. Cependant, on admit que la zone de la mer territoriale puisse être étendue désormais aux 12 milles marins. Mais la question se pose aujourd'hui dans des thèmes différents : certains de ces anciens pays sont devenus depuis des puissances dites émergentes, comme l'Inde, le Brésil, certains pays du Sud-Est asiatique aussi. Ils sont mieux à même de défendre efficacement leurs intérêts et peuvent conduire à reposer les mêmes questions que la convention de Montego Bay de 1982 avait résolues de façon temporaire. C'est l'avenir qui nous le dira, mais en tout cas, rien n'interdit de voir ces nouvelles puissances être en position de revendiquer avec beaucoup plus de force la protection de leurs ressources, dont en premier lieu, celles de la pêche, face aux pillages effectués par certaines flottes, comme celles du Japon et de bien d'autres pays.

Pour terminer, donnons quelques indications sur le choix de certaines de nos traductions : il est des mots latins qui, ayant un champ sémantique assez large, souvent aussi interprété de façon différente en fonction du temps durant lequel un texte a été écrit, ne peuvent être traduits en suivant le sens adopté en latin classique. Ainsi le terme *gens*, qui serait traduit en latin classique par « peuple », a été ici rendu par « nation », surtout quand on sait que Vitoria, dès le XVI^e siècle, utilisait les mots *gens* et *natio* dans le même sens moderne de « nation ». Nous avons donc pris ce parti de rendre ce même terme de *gens*, tel qu'utilisé par Welwod, par « nation ». Quant au mot *dominium*, il peut être rendu par « domination, maîtrise, propriété ». C'est ce dernier sens que nous

donna son petit ouvrage *De dominio maris*. En 1721, il consacrait une monographie consacrée au tribunal compétent pour juger un ambassadeur et en 1737, il publiait son ouvrage principal, les *Quaestionum juris publici Libri duo*, ou *Les deux livres des questions de droit public*, le premier étant consacré à la guerre tant sur terre que sur mer, le second s'intéressant à l'ambassadeur, mais aussi à des questions de droit public interne aux Provinces-Unies. Nous avons proposé une traduction française de cet ouvrage aux PULIM en 2010 dans la collection des Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique, n° 25.

avons uniformément utilisé dans la traduction. Nous avons par ailleurs pris le parti de traduire systématiquement les références reprises au droit romain auxquelles renvoie Welwod. Le lecteur n'a pas toujours sous la main les ouvrages qui lui permettraient d'aller vérifier ces dernières et nous avons voulu, comme dans l'ensemble de nos autres traductions, lui faciliter la tâche. Enfin, nous avons distingué nos propres notes de celles proposées par Welwod au cours de son ouvrage en signalant systématiquement ces dernières.

Une dernière remarque : Welwod recourt parfois de façon exagérée et très appuyée, comme tous les auteurs de son époque, au droit romain, sans que toujours la raison trouve une vraie justification à ces renvois ; parfois, ceux qui sont faits sont donnés dans le texte imprimé de façon erronée, si bien que tous ne sont pas aisément identifiables. Certains, peu nombreux fort heureusement, ont donc échappé à nos recherches et il a été impossible de les identifier. Quant aux références identifiées, comme ce fut le cas pour toutes les traductions jusqu'ici proposées par nous, nous avons voulu proposer au lecteur désireux de voir les sources romaines et canoniques auxquelles s'abreuve notre auteur, nos traductions de ces dernières dans les notes, après qu'elles ont été mentionnées dans l'ordre où le texte imprimé les marque. Si ces traductions se trouvent être erronées, nous espérons que l'on ne nous en tiendra pas rigueur, car l'erreur est humaine et nul ne peut prétendre n'en avoir jamais faite : c'est d'ailleurs ainsi que l'on progresse à tout âge.

Le petit traité de Welwod prenait ainsi place dans un débat encore vif au début du XVII^e siècle, d'autant plus vif que l'Angleterre soutenait depuis peu sa domination sur l'ensemble des espaces maritimes tant côtiers qu'en haute mer, envisagés comme simples mers territoriales pour elle, dès lors qu'ils entourent l'île de la Grande Bretagne. Mais le propos de Welwod est surtout de protéger la ressource, une forme d'écologie avant l'heure en quelque sorte. Laissons-lui maintenant la parole.

La traduction ici présentée a été entièrement révisée pour la mettre en accord avec la traduction que nous avons faite de la totalité du Digeste.

* *

*