



HAL
open science

Domanialité publique maritime et usages coutumiers en Nouvelle-Calédonie

Carine David

► **To cite this version:**

Carine David. Domanialité publique maritime et usages coutumiers en Nouvelle-Calédonie. Les 30 ans de la loi littoral, 2017. hal-02116999

HAL Id: hal-02116999

<https://hal.science/hal-02116999>

Submitted on 1 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Domianialité publique maritime et usages coutumiers en Nouvelle-Calédonie

*Carine DAVID, Maître de conférences HDR en droit public
Université de la Nouvelle-Calédonie
Laboratoire de recherche juridique et économique (EA 3329)*

La Nouvelle-Calédonie est une collectivité ultramarine française située dans le Pacifique Sud, bénéficiant depuis 1999 d'un statut *sui generis*. Territoire en voie d'émancipation, peuplée par une société plurielle et multiculturelle, pour partie traditionnelle, la Nouvelle-Calédonie présente de multiples spécificités, tant d'un point de vue politique, que juridique, social, économique ou environnemental.

Son statut actuel, issu d'un accord politique tripartite entre l'Etat, les représentants politiques loyalistes et leurs homologues indépendantistes, conclu à Nouméa le 5 mai 1998, a nécessité la révision de la Constitution de 1958¹ afin d'autoriser un certain nombre de dérogations constitutionnelles. La loi organique statutaire² met en œuvre les orientations définies par l'accord de Nouméa et fait ainsi bénéficier la Nouvelle-Calédonie d'un statut comportant nombre de spécificités juridiques et lui conférant une forte autonomie, notamment par l'attribution à son assemblée délibérante d'un pouvoir législatif propre³.

Parmi les originalités figurant dans cette loi organique, la coexistence de trois régimes fonciers : à côté de la domianialité publique et de la propriété privée, est ainsi créée une nouvelle catégorie, celle des terres coutumières. Ces dernières sont régies par des dispositions particulières et notamment par la règle dite des « 4i » : inaliénabilité, incessibilité, incommutabilité et insaisissabilité.

La question foncière est une problématique fondamentale dans l'histoire de l'archipel avec notamment la controverse sur les revendications foncières de la part de la population autochtone après la période coloniale⁴. Aujourd'hui, le domaine public représente 56 % des terres de la Nouvelle-Calédonie, alors que 27% sont des terres coutumières et 16% des terrains privés⁵. Dans ce cadre, le domaine public maritime qui s'étend sur près de 1,5 millions de km² est le théâtre d'enjeux contradictoires entre la volonté d'exploitation économique de la zone maritime d'une part et la nécessité pour les populations traditionnelles de préserver les usages coutumiers sur le lagon.

¹ Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* du 21 juillet 1998, p. 11143.

² Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* du 21 mars 1999, p. 4197.

³ C. Gindre-David, *Essai sur la loi du pays calédonienne - la dualité de la source législative dans l'Etat unitaire*, L'Harmattan, Coll. GRALE/CNRS, 2008.

⁴ MAPOU Louis, "De la rencontre de deux systèmes fonciers après plus d'un siècle d'histoire", in "La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé", Les études de la Documentation française, 2000, p. 154.

⁵ Rapport de l'agence de développement rural et des affaires foncières, « Bilan chiffré de la réforme foncière. 1978-2010 », 2011. Disponible sur : www.adraf.nc

Dans ce contexte, la loi du pays sur le domaine public maritime était attendue notamment en ce qu'elle se devait de répondre à la nécessité de mieux organiser l'articulation entre domanialité publique maritime et terres coutumières, principalement pour les clans installés sur le littoral, l'emprise foncière des « clans de la mer » se situant en bordure du domaine public maritime et la distinction entre la terre et la mer étant étrangère à la culture kanak.

Dès lors, il convient d'analyser dans quelle mesure la loi du pays sur le domaine public maritime en Nouvelle-Calédonie est parvenue à articuler ces deux logiques foncières souvent antinomiques (I). Après avoir constaté l'échec du législateur local sur ce point, seront ensuite envisagés les dispositifs mobilisés par les acteurs coutumiers et institutionnels intervenant sur le littoral pour pallier les carences de la loi du pays et préserver les usages coutumiers (II).

I – La loi du pays sur le domaine public maritime, expression de la difficulté de gérer normativement le multiculturalisme

L'article 22-31° de la loi organique du 19 mars 1999 transfère à la Nouvelle-Calédonie la compétence en matière de réglementation du droit domanial de la Nouvelle-Calédonie et des provinces⁶. Ce sujet étant particulièrement sensible en Nouvelle-Calédonie, l'article 99-7° du même texte dispose que la matière est régie par les lois du pays.

Dans ce cadre, trois lois du pays⁷ ont vu le jour depuis 1999. La première d'entre elles est la loi du pays du 11 janvier 2002 relative au domaine public maritime de la Nouvelle-Calédonie et des provinces. Son adoption a fait apparaître avec une particulière acuité les difficultés d'articulation entre droit formel et droit coutumier.

A – Une loi du pays sur le domaine public maritime permissive

Les référentiels utilisés pour la rédaction de cette loi du pays sont les « *principes dégagés par la jurisprudence du Conseil d'Etat, du Code du domaine de l'Etat⁸ et de la loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 dite 'loi littoral'⁹ »¹⁰, laquelle n'a jamais été applicable en Nouvelle-Calédonie. En complément, sont prises en compte les particularités du domaine public maritime en Nouvelle-Calédonie, avec notamment l'existence de la zone des cinquante pas géométriques.*

⁶ La Nouvelle-Calédonie est divisée en trois provinces, dotées d'un pouvoir réglementaire autonome et intervenant dans des matières réservées au législateur au niveau national, comme par exemple le droit de l'environnement.

⁷ Loi du pays n° 2001-017 du 11 janvier 2002 sur le domaine public maritime de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, *JONC* du 18 janvier 2002, p. 240 ; Loi du pays n° 2007-2 du 13 février 2007, *JONC* du 27 février 2007, p. 1366 et loi du pays n° 2012-6 du 5 septembre 2012, *JONC* du 13 septembre 2012, p. 6873.

⁸ Dispositions transférées depuis dans le Code général de la propriété des personnes publiques.

⁹ Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral, *J.O.R.F.* du 4 janvier 1986, p. 200.

¹⁰ Rapport du Gouvernement au Congrès relatif au projet de loi du pays sur le domaine public maritime du 29 novembre 2001, n° 3040-110/GNC/01.

Le principe classique en droit français d'un domaine public inaliénable et imprescriptible est retenu par la loi du pays¹¹. Plus généralement, la majeure partie des règles nationales en matière de domanialité publique ont été respectées, voire reprises par le texte, y compris des dispositions de valeur législative auxquelles la loi du pays n'est pas soumise puisque se situant au même niveau dans la hiérarchie des normes.

La loi du pays instaure des procédures de déclassement de la zone des pas géométriques et d'occupation temporaire. D'autres dispositions visent à instaurer des servitudes de passage au profit des usagers reliant la voie publique aux rivages de la mer. Des règles relatives au transfert de gestion des dépendances du domaine public maritime, aux endigages, aux extractions sur le domaine public maritime et à la police de la conservation du domaine public maritime sont également évoquées.

Si nombre d'éléments figurant dans la loi du pays constituent donc une reprise des dispositions de la loi littoral, sans prise en compte des spécificités locales, deux réserves peuvent être émises s'agissant de son contenu.

La première réserve réside dans la mise en place d'une protection *a minima* du domaine public maritime, notamment dans sa dimension environnementale, pour favoriser un essor de l'activité économique sur celui-ci. Le conseiller D. Leroux avait d'ailleurs soulevé cette carence lors des débats parlementaires en déclarant : « *On a cherché vainement dans ce texte, pourtant nécessaire, les mots qui allaient protéger notre littoral [...]. Moi je crois que le titre exact de ce texte aurait dû être 'loi d'exploitation et d'appropriation du domaine public maritime' »*¹². L'amendement qu'il proposait en conséquence visant à inscrire dans le texte qu'il « *ne peut être porté atteinte à l'état naturel du domaine public maritime, notamment par endiguement, assèchement, enrochement ou remblaiement* », sauf motif d'intérêt général, fut rejeté, la position du rapporteur étant sans appel : « *il n'est pas question de dire qu'aucune atteinte ne peut être portée à l'état naturel, il faut pouvoir l'utiliser en vue du développement économique, cette zone maritime, c'est évident* »¹³.

Une deuxième réserve peut être formulée concernant le régime des occupations constitutives de droits réels, qui répond à la même logique de développement économique prônée comme leitmotiv par la majorité loyaliste alors au pouvoir.

Si la loi du pays reprend la plupart des dispositions applicables au niveau national en autorisant la délivrance d'autorisations constitutives de droits réels, elle opère néanmoins certaines adaptations discutables.

En effet, alors qu'au niveau national, cette possibilité est réservée au domaine public artificiel de l'Etat, la loi du pays étend ce régime à la zone des pas géométriques, au rivage et au sol des eaux intérieures, c'est-à-dire au domaine public naturel. Cette innovation a été conçue pour permettre la réalisation sur le domaine public maritime de projets immobiliers en

¹¹ Article 2 de la loi du pays de 2002, abrogé par la loi du pays n° 2012-6 (*op. cit.*), qui affirme ces principes pour l'ensemble du domaine public de la Nouvelle-Calédonie et des provinces.

¹² Compte rendu intégral des débats de la deuxième séance du 20 décembre 2001, JONC n° 24C (C.-R.) du 30 décembre 2002, p. 2040.

¹³ *Op. cit.*, p 2041.

défiscalisation. En effet, pour obtenir un agrément, la société qui sollicite le régime fiscal doit exciper d'un titre de propriété ou d'un droit réel cessible.

Dans son avis¹⁴, le Conseil d'Etat a pris bonne note de l'absence d'exclusion, pour l'attribution de droits réels, du domaine public naturel. Il a appelé l'attention du législateur local sur la décision du Conseil constitutionnel du 21 juillet 1994¹⁵. En effet, dans cette décision, le juge constitutionnel a précisé que le domaine public ne pouvait être grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auquel il est affecté. Par ailleurs, le juge constitutionnel a affirmé que toute autorisation d'occupation du domaine public doit être entendue comme excluant toute autorisation d'activités qui ne seraient pas compatibles avec l'affectation du domaine public concerné. En conséquence, le Conseil d'Etat a demandé au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de revoir la rédaction de l'article 34 du projet de loi du pays.

Pourtant, le texte finalement adopté est maintenu dans sa rédaction initiale¹⁶ : les occupations constitutives de droits réels sont délivrées « *dans le cadre de projets économiques nécessitant un investissement important* ». Cette précision n'a pas pour effet de respecter les réserves émises par le juge constitutionnel en 1994. En effet, le texte final ne prévoit aucune contrepartie en échange de l'attribution de droits réels sur le domaine public maritime, renvoyant implicitement le soin aux provinces de décider de l'imposition d'une redevance à cet effet. D'autre part, la loi du pays ne précise pas expressément que les autorisations d'occupations constitutives de droits réels sont réservées aux activités compatibles avec l'affectation du domaine public concerné. Il eut été intéressant que le Conseil constitutionnel soit saisi de ces dispositions pour juger de leur constitutionnalité.

On peut d'ailleurs noter la récurrence de cette question. A l'occasion de l'adoption d'une autre loi du pays en 2007¹⁷, mettant également en place un régime d'occupations constitutives de droits réels assez permissif sur le domaine public terrestre, le Conseil d'Etat a, sans succès, à nouveau attirer « *l'attention des autorités compétentes sur la nécessité de respecter la décision du Conseil constitutionnel n° 94-346 du 21 juillet 1994* »¹⁸.

Au-delà de ces préoccupations, cette loi du pays soulève une autre difficulté majeure : l'absence de prise en compte de l'articulation entre domanialité publique maritime et terres coutumières.

¹⁴ L'article 100 de la loi organique statutaire impose un avis préalable obligatoire du Conseil d'Etat sur tous les projets et propositions de loi du pays.

¹⁵ Décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, *Loi complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, Rec., p. 96.

¹⁶ Devenu l'article 32 de la loi du pays.

¹⁷ Loi du pays n° 2007-2 du 13 février 2007, *op. cit.*

¹⁸ Conseil d'Etat, section des travaux publics, avis n° 373.598 du 19 septembre 2006, non publié.

B – L'absence de prise en compte des droits et usages coutumiers sur la zone littorale

La loi du pays sur le domaine public maritime a fait l'objet d'intenses discussions lors de son adoption par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie sur ce point particulier¹⁹. Les élus kanak à l'assemblée de la Nouvelle-Calédonie ont en effet soulevé les difficultés liées à l'inadéquation de la distinction entre le domaine terrestre et le domaine marin, inexistante dans la culture kanak. Là où le droit français opère une différenciation entre la terre et la zone littorale d'une part et la mer d'autre part, la culture mélanésienne n'en fait aucune. En conséquence, opérer une distinction entre la terre susceptible d'appropriation et la mer qui en est insusceptible n'a aucun sens pour un mélanésien. La mer est dans la continuité de la propriété riveraine et que, pour un mélanésien, « *il n'y a pas de différence fondamentale entre le cocotier sur le rivage, le poisson dans le lagon et la langouste sur le récif* »²⁰.

Dans le contexte juridique et politique spécifique de la Nouvelle-Calédonie, on peut certainement considérer que l'adoption de la loi du pays sur le domaine public maritime de la Nouvelle-Calédonie et des provinces est une occasion manquée de construire un droit hybride, répondant aux particularités socio-culturelles de la Nouvelle-Calédonie.

Pour appréhender au mieux cette possibilité, il convient de préciser le cadre juridique applicable en Nouvelle-Calédonie. En effet, l'existence d'un bloc de constitutionnalité spécifique, instaurée par l'article 77 de la Constitution, a été confirmée par le Conseil constitutionnel dès 1999²¹. Depuis, et selon une jurisprudence constante, le Conseil a établi que le contrôle des lois du pays calédoniennes doit se faire non seulement au regard de la Constitution et de la loi organique statutaire, mais également en tenant compte des « *orientations définies par l'accord de Nouméa* ». Néanmoins, il n'a jamais précisé la portée de cette notion.

Ce manque de clarté quant à la portée des « *orientations définies par l'accord de Nouméa* » a précisément été au centre des débats parlementaires devant l'assemblée locale, lors de l'adoption de la loi du pays relative au domaine public maritime. Le conseiller N. Naisseline, par ailleurs Grand-Chef coutumier, relevait d'emblée ce point d'achoppement lors de la discussion générale sur le texte en déclarant : « *Je suis certain que les titres de cette loi du pays vont nous permettre enfin de savoir dans quel esprit a été signé l'accord de Nouméa. L'accord de Nouméa annonce-t-il une société multiculturelle, basée sur une rencontre des valeurs, une rencontre de conceptions du monde, [...] ou bien reste-t-il dans la certitude coloniale, qu'il n'existe qu'une seule civilisation qui se veut universelle et qui, par conséquent, a pour but d'éliminer les aberrations de nos coutumes pour n'en garder que ce qui ne contredit pas la marche triomphante de cette civilisation ?* »²².

¹⁹ Compte rendu intégral des débats de la deuxième séance du 20 décembre 2001, *op. cit.*, p. 2034 et s.

²⁰ N. Naisseline, *Domaine public maritime et coutume indigène*, non publié.

²¹ Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 51

²² Compte rendu intégral des débats de la deuxième séance du 20 décembre 2001, *op. cit.*, p. 2036.

Force est de constater que les inquiétudes formulées par le Grand-Chef Naisseline se sont avérées fondées tant il est apparu que les signataires de l'accord ne faisaient pas la même lecture des dispositions relatives au foncier.

Cette opposition entre élus européens et kanak est révélée par un symptôme : la place subsidiaire du Sénat coutumier dans la procédure d'adoption de la loi du pays.

Alors que l'article 142 de la loi organique instaure une procédure de navette législative entre le Congrès de la Nouvelle-Calédonie et le Sénat coutumier pour « *tout projet ou proposition de loi du pays relatif aux signes identitaires [...], au statut civil coutumier, au régime des terres coutumières...* », il y a lieu de s'interroger sur le non-recours à cette procédure. Sans être directement relatif aux terres coutumières, le projet de loi du pays concernait sans aucun doute l'identité kanak.

Le Sénat coutumier a néanmoins été saisi pour avis, par R. Wamytan, alors membre du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie chargé des affaires coutumières, de sa propre initiative, bien que cette saisine ne repose sur aucune base légale puisque la loi organique ne prévoit pas de saisine du Sénat coutumier pour avis sur les projets et propositions de loi du pays.

Dans un avis très peu diffusé²³, y compris aux élus eux-mêmes²⁴, le Sénat coutumier soulignait la nécessité de demander l'avis des conseils coutumiers pour toute décision relative au domaine public maritime. Cette proposition n'a finalement été que partiellement suivie puisque les opérations les plus significatives, à savoir la délimitation et le déclassement de la zone des pas géométriques, les autorisations d'occupation temporaire, y compris celles constitutives de droits réels ou encore les concessions d'endiguage ne nécessitent pas l'avis des conseils coutumiers.

Plus globalement, l'institution coutumière constatait que le projet de loi du pays « *ne prend pas en compte la conception coutumière des espaces terrestres et maritimes du bord de mer, la mer étant la continuité de la terre [...]* ». A l'évocation de cet avis en séance, le rapporteur Y. Magnier, dans un positionnement conservateur et sans appel, déclarait alors : « *...effectivement, la mer continuité de la terre, ça n'est pas compatible avec le droit français, avec le droit qui doit être appliqué en Nouvelle-Calédonie. Il y a des définitions qui s'appliquent à tous [...]. C'est impossible* »²⁵.

On le voit, sur le fond, la loi du pays sur le domaine public maritime a clairement échoué dans la conciliation des droits de différentes natures. Les solutions préconisées par la majorité loyaliste alors au pouvoir ont pris le parti de répondre à sa volonté de développement économique sur le domaine public maritime et en conséquence de mettre de côté les droits coutumiers ainsi que les aspects environnementaux, alors que des solutions médianes auraient certainement pu être trouvées. Cela révèle l'incapacité des élus du Congrès à mettre en place des passerelles entre le droit formel, adopté par les institutions républicaines, et les pratiques

²³ Avis du Sénat coutumier et des Conseils coutumiers du 13 août 2001 relatif au projet de loi du pays sur le domaine public maritime, non publié.

²⁴ Compte rendu intégral des débats de la deuxième séance du 20 décembre 2001, *op. cit.*, p. 2036.

²⁵ *Ibid.*

coutumières, et donc à construire un droit métissé et hybride, à l'image de la société calédonienne, alors même que le cadre constitutionnel applicable en Nouvelle-Calédonie permettait une telle possibilité.

Ceci est d'autant plus regrettable que selon une jurisprudence bien établie, la domanialité publique peut être mise en échec par un droit de propriété antérieur à l'institution d'un domaine public inaliénable. En 1978, la Cour d'appel de Bordeaux a reconnu la validité d'un droit de propriété antérieur à 1566 sur des terrains considérés par l'Etat comme faisant partie du domaine public maritime²⁶. De plus, en Polynésie française, les tribunaux ont, depuis le XIX^{ème} siècle, toujours reconnu l'existence d'un droit de propriété sur le lagon, fondé sur des droits existants avant 1866, date de l'introduction d'un domaine public et de la règle de l'inaliénabilité en Polynésie. En Nouvelle-Calédonie, la zone des cinquante pas géométriques fait partie du domaine public maritime depuis un arrêté du 19 octobre 1867, soit bien après l'installation de la population mélanésienne, qui se considérait alors déjà comme propriétaire de la zone littorale, de la mer côtière et des récifs. Par ailleurs, la propriété clanique a été reconnue en Nouvelle-Calédonie par une ordonnance du 15 octobre 1982. Néanmoins, les droits de propriété des kanaks sur le domaine public maritime actuel n'ont jamais été reconnus.

Les débats terminologiques sur les notions de « droits fonciers coutumiers » et « usages coutumiers de jouissance » lors de la discussion de la loi du pays sont révélateurs et illustrent parfaitement la problématique de l'absence de clarté quant à la réalité et la portée des droits octroyés aux autorités coutumières sur le domaine public maritime.

Pourtant, il nous semble que le point 1.4. du document d'orientation de l'accord de Nouméa, qui aborde la question foncière, autorisait le législateur local à adopter des dispositions beaucoup plus ambitieuses et respectueuses des droits de chacun.

Le dernier alinéa du point 1.4. du document d'orientation de l'accord stipule que : « *Les domaines de l'Etat et du Territoire doivent faire l'objet d'un examen dans la perspective d'attribuer ces espaces à d'autres collectivités ou à des propriétaires coutumiers ou privés, en vue de rétablir des droits ou de réaliser des aménagements d'intérêt général. La question de la zone maritime sera également examinée dans le même esprit* »²⁷. Il est curieux que cette disposition de l'accord de Nouméa n'ait pas été invoquée par les élus détracteurs du projet de loi du pays. Combiné à l'article 45 de la loi organique statutaire qui demande aux provinces d'adopter les dispositions nécessaires pour tenir compte des usages coutumiers, le cadre juridique était favorable à l'édiction de dispositions beaucoup plus déconnectée de la législation nationale, d'autant plus que le corpus constitutionnel en la matière est limité, laissant à la loi du pays une large latitude pour créer des dispositifs innovants.

Il est d'ailleurs fort dommage que le texte n'ait pas fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel. En effet, l'appréciation du juge aurait dû alors porter sur l'étendue des orientations définies par l'accord de Nouméa et il eut été intéressant de voir si le juge constitutionnel aurait été vigilant quant à la nécessaire articulation entre droit formel et droit coutumier en matière foncière.

²⁶ Cité in Cour administrative d'appel de Bordeaux, 2e chambre, 15 janvier 1996, 93BX00901.

²⁷ Point 1.4 alinéa 5 du document d'orientation de l'Accord de Nouméa, *préc.*

S'il était nécessaire de trancher entre deux conceptions diamétralement opposées, il était néanmoins possible de mettre en place des mécanismes permettant la prise en compte des usages coutumiers. Le respect de l'autre constitue un élément fondamental pour instaurer une relation de confiance entre les communautés. La loi du pays sur le domaine public maritime est à cet égard une occasion manquée de faire prévaloir le consensus sur les intérêts particuliers d'un groupe.

II – La formalisation des usages coutumiers comme alternative aux règles de la domanialité publique maritime

En tout état de cause, si la loi du pays sur le domaine public maritime ne s'est pas employée à tenter de résoudre les difficultés occasionnées par la cohabitation de deux conceptions de la zone maritime fondamentalement opposées, des solutions permettant de rendre compatibles domanialité publique maritime et usages coutumiers sur le littoral sont recherchées. Cela passe par la formalisation des droits d'usage coutumier sur le domaine public maritime (A). Dans cette optique, la province des îles Loyauté fait figure de précurseur, notamment dans le cadre de l'élaboration de son code de l'environnement (B).

A – La formalisation des droits d'usage coutumier sur le domaine public maritime

L'absence de prise en compte des pratiques coutumières sur le domaine public maritime par la loi du pays de 2002 impose de rechercher des solutions alternatives. La reconnaissance et la formalisation des pratiques coutumières sur le littoral apparaît intéressante à cet égard. L'idée directrice de la reconnaissance des droits d'usage traditionnels sur le domaine marin réside dans l'élimination des discriminations historiques subies par les peuples autochtones et, en conséquence, le respect de leur mode de vie traditionnel.

Cette question n'est bien sûr pas propre à la Nouvelle-Calédonie. Une étude comparée prenant en compte des situations similaires, à savoir la présence d'une revendication sur le domaine public maritime par une population autochtone pour la reconnaissance de droits²⁸ fait apparaître que nombre d'Etats sont confrontés à des demandes similaires.

Il en ressort globalement deux éléments récurrents : il n'est généralement pas besoin de transférer des droits de propriété aux populations autochtones, mais plus simplement de leur reconnaître des droits d'usage sur le domaine public maritime et l'outil privilégié pour se faire est l'aire marine protégée.

Dans les Etats régis par la common law, la formalisation des usages traditionnels se traduit le plus souvent par la délivrance d'un titre autochtone²⁹. En effet, la protection des

²⁸ C. David & al., *Formalisation juridique des usages sur la zone lagonaire en Nouvelle-Calédonie*, Rapport de synthèse, Programme de recherche COGERON, 2011, 155 p. <http://cogeron.ird.nc/index.php/ressources/rapports/>

²⁹ Comme aux Etats-Unis, au Canada ou encore en Australie.

usages sur le domaine marin est souvent obtenue par le recours à un droit réel *sui generis*, qui ne correspond néanmoins pas à ce que l'on peut entendre par droit réel en droit français. Ce droit s'apparente plutôt à un droit de participer à la gestion du bien, dans une logique plus proche de la fiducie ou du trust dans les droits anglo-saxons. Ainsi en est-il du titre aborigène qui, par certains aspects – inaliénabilité et caractère collectif par nature – n'est pas si éloigné de la logique de la domanialité publique³⁰.

Ainsi, l'Australie a par exemple mis en place un « native title ». La High Court d'Australie a décidé en 1992³¹ la possibilité pour les communautés aborigènes de se voir reconnaître un titre aborigène sur le domaine marin.

Malgré l'apparente similarité entre un titre aborigène et un droit de propriété (droit d'accès, de circulation, d'usage et de jouissance), il convient de noter que le titre aborigène n'est jamais exclusif sur le domaine maritime. Les Etats n'abandonnent jamais leur souveraineté sur l'ensemble du domaine marin. Il est donc inapproprié de raisonner en termes de propriété même si l'exclusivité peut néanmoins être mise en place en pratique *via* des règles de police maritime, restreignant l'accès des tiers à certaines zones. En effet, si un droit d'usage exclusif n'est en théorie jamais reconnu sur le domaine maritime, la reconnaissance de droits non exclusifs au profit de communautés autochtones, combinée aux restrictions générales d'usage existant sur certaines zones marines protégées, a en pratique pour conséquence un droit leur permettant d'exclure les tiers.

On peut citer l'exemple du Parc marin de la Grande Barrière de corail en Australie³² où vivent plus de 70 communautés autochtones. Un plan de zonage délimite plusieurs zones d'accès et d'usage plus ou moins restreint. Les communautés aborigènes bénéficient d'une dérogation générale aux restrictions d'accès applicables aux allochtones. De fait, certaines zones du parc leur sont réservées.

L'avantage d'une telle solution est de préserver les droits autochtones sans renoncement à la souveraineté étatique sur la zone maritime. En effet, la réservation de territoires traditionnels marins dans le cadre d'aires marines protégées offre une exclusivité de fait, équivalente à celle obtenue par le recours à un droit de propriété, mais sans abandon de souveraineté et de contrôle par l'Etat.

Dans ce cadre, il s'avère que le modèle de cogestion participative du domaine public maritime est plébiscité. Il s'agit d'un modèle global de résolution des conflits d'accès et d'usage, dépassant l'approche fondée sur la privatisation de l'espace public. Elle permet de concilier la satisfaction des demandes de reconnaissance de droits privatifs et la permanence du caractère public de l'espace maritime. C'est dans cette optique que l'Australie a mis en place depuis 1997 des aires protégées autochtones (« *Indigenous Protected Areas* ») gérées par les populations aborigènes au titre d'un accord conventionnel conclu avec le Gouvernement Australien afin de promouvoir la protection de la biodiversité et des pratiques culturelles

³⁰ Voir C. David, « Pour une approche renouvelée du droit français de la domanialité publique », *Les Petites Affiches*, 2007, n° 165, pp. 3-14.

³¹ *Mabo and others v. Queensland*, High Court of Australia, (1992) 175 CLR 1, [1992] HCA 23.

³² Great Barrier Reef Marine Park zoning plan 2003 : <http://www.gbrmpa.gov.au/zoning-permits-and-plans/zoning>

traditionnelles. Aujourd'hui plus de 60 % des aires protégées autochtones sont gérées par des groupes de gardes forestiers autochtones, rémunérés par le Gouvernement australien.

De telles solutions apparaissent non seulement compatibles avec le droit interne mais également imposées par le droit international.

En effet, on pense particulièrement à la Déclaration des Nations-Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007, laquelle reconnaît le droit au territoire traditionnel terrestre et marin comme composante fondamentale de l'autochtonie. Les usages traditionnels doivent être considérés comme ceux qui se rattachent au maintien du mode de vie des peuples autochtones. L'article 25 énonce que « *les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer leurs liens spirituels particuliers avec les terres, territoires, eaux et zones maritimes côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement, et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures* »³³.

Toutefois, cette déclaration n'ayant pas valeur contraignante, elle ne constitue selon ses propres dispositions qu'un « *idéal à atteindre dans un esprit de partenariat et de respect mutuel* ».

Surtout, le recours à la formalisation des usages paraît tout à fait possible eu égard au cadre juridique applicable en Nouvelle-Calédonie. D'une part, une telle solution apparaît compatible avec le principe d'égalité des usagers du domaine public en droit français : la mise en place d'aires marines protégées auxquelles n'auraient accès que les tribus riveraines en vue de satisfaire leurs besoins de subsistance et leurs usages coutumiers ne porte pas atteinte au principe d'égalité des usagers du domaine public, les populations bénéficiaires pouvant être considérées comme se trouvant dans une situation distincte des autres usagers du domaine public maritime.

Au surplus, l'article 45 de la loi organique statutaire permet une différenciation objective de la situation des communautés autochtones en Nouvelle-Calédonie, en disposant que les provinces adoptent, dans le cadre de l'exercice de leur pouvoir réglementaire sur le domaine public maritime, les dispositions nécessaires pour tenir compte des usages coutumiers.

Enfin, le dernier alinéa du point 1.4. du document d'orientation de l'accord de Nouméa évoqué plus haut permet de renforcer la validité de ce raisonnement.

En application de ces dispositions, les codes de l'environnement des provinces Nord et des îles Loyauté prévoient des dispositions pour établir des zones d'accès public restreint sur le lagon.³⁴

Ainsi, le code de l'environnement de la province Nord prévoit la possibilité de créer des aires marines protégées relevant de la catégorie VI de la nomenclature IUCN, dénommées « *aire protégée avec utilisation durable des ressources naturelles* »³⁵. Les lignes directrices de

³³ Assemblée générale des Nations-Unies, Résolution n° 61/295, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 13 septembre 2007.

³⁴ Il est d'ailleurs symptomatique que le code de l'environnement de la province Sud soit silencieux à cet égard : alors que les provinces Nord et des îles Loyauté sont majoritairement peuplées par la population mélanésienne, les habitants de la province Sud sont principalement issus des autres communautés.

³⁵ Article 212-6 du Code de l'environnement de la province Nord.

l'UICN³⁶ indiquent que l'objectif premier de cette catégorie est de préserver des « *écosystèmes et des habitats, ainsi que les valeurs culturelles et les systèmes de gestion des ressources naturelles traditionnelles qui y sont associés* ». Néanmoins, alors que le code offre la possibilité de déléguer la gestion d'une aire naturelle protégée, en privilégiant l'outil contractuel³⁷, les communautés autochtones ne font pas partie des personnes pouvant en bénéficier.

A cet égard, la politique volontariste mise en place par la province des îles Loyauté, notamment dans le cadre de la mise en place de son code de l'environnement, paraît d'autant plus remarquable.

B – La cogestion et la co-construction du droit de l'environnement en province des îles Loyauté

La particularité de la province des îles Loyauté réside dans le fait qu'elle est constituée de 98% de terres coutumières d'une part, et qu'elle est peuplée à 97% par la population autochtone mélanésienne, d'autre part. Dans un tel contexte, il est indispensable pour les autorités provinciales d'instaurer une collaboration étroite avec les autorités coutumières des îles pour gérer l'environnement. Adopté le 6 avril 2016³⁸, le code de l'environnement de la province des îles Loyauté formalise la cogestion du territoire provincial avec les autorités coutumières locales.

Face aux carences importantes de la réglementation environnementale aux îles Loyauté, les autorités provinciales ont décidé en 2013 de s'aligner sur les autres provinces et d'adopter leur propre code de l'environnement. Conscientes du temps nécessaire à l'adoption d'un corpus réglementaire environnemental complet, en collaboration avec les autorités coutumières mais désireuses de lancer une dynamique, les autorités provinciales ont décidé de l'adoption d'un code en plusieurs phases, s'étalant sur plusieurs années.

La première partie du code, adoptée en avril 2016, pose les bases juridiques pour instaurer une co-construction du droit de l'environnement et formaliser la cogestion participative de l'environnement en province des îles Loyauté. A la suite d'un préambule, introduit à la demande des autorités coutumières, sont édictés un certain nombre de principes généraux du droit de l'environnement en province des îles Loyauté.

Soulignant « *la relation particulière des Kanak avec la Nature et de l'existence de modes de gestion et d'utilisation traditionnelles des milieux et ressources naturels qui s'appuient sur des savoirs locaux accumulés au fil des siècles* », le préambule du code affirme « *la nécessité d'une collaboration constante entre la Province et les autorités coutumières dans la mise en œuvre effective et efficace de la réglementation environnementale* ».

³⁶ J. Day et al., *Application des catégories de gestion aux aires protégées : lignes directrices pour les aires marines*, Gland, UICN, 2012, 36 p.

³⁷ Article 213-6 du Code de l'environnement de la province Nord.

³⁸ Délibération 2016-13/API 2016 portant adoption du Code de l'environnement de la province des îles Loyauté, JONC du 23 juin 2016, p. 5936.

Le principe d'une cogestion des ressources naturelles avec les populations des Îles Loyauté et de la promotion d'un partenariat avec les autorités coutumières comme mode de gouvernance privilégié pour la préservation de leur environnement est par ailleurs acté.

A la suite du préambule, le code consacre les principes généraux du droit de l'environnement applicables en province des îles Loyauté. Ces principes sont inspirés de la charte constitutionnelle de l'environnement, mais également de la charte de l'environnement de la province des îles Loyauté de 2012³⁹. Ils traduisent la perception holistique et naturaliste de l'environnement dans la culture kanak.

Outre, la prise en compte de l'existence de modes de gestion coutumière de l'environnement et l'intégration de ceux-ci dans la réglementation, certains principes novateurs particulièrement adaptés à la culture kanak sont reconnus, instaurant un cadre juridique propice à la co-construction d'un droit métissé, permettant de prendre en compte le mode de vie de la population autochtone.

Ainsi, l'article 110-3 du code reconnaît l'existence comme principe fondateur de la société kanak d'un « *principe unitaire de vie qui signifie que l'homme appartient à l'environnement naturel qui l'entoure et conçoit son identité dans les éléments de cet environnement naturel* ». Pour tenir compte de cette conception de la vie, certains éléments de la nature pourront se voir reconnaître une personnalité juridique dotée de droits qui leur sont propres. L'article 110-6 pour sa part a reconnu le principe de non régression comme traduction formelle et juridique de la parole donnée, élément fondateur de la culture kanak⁴⁰. On peut par ailleurs noter la récurrence de la référence à la collaboration avec les autorités coutumières, présente dans plusieurs articles de ce titre.

Surtout, l'article 110-11 décline un principe de co-construction du droit. « *La province des îles Loyauté reconnaît la pertinence de l'application d'un principe de subsidiarité en matière de préservation de l'environnement. Il implique, de manière formelle ou informelle, que les autorités provinciales de leur propre initiative ou à la demande d'autorités coutumières et en concertation avec celles-ci, reconnaissent que les normes coutumières et les pratiques traditionnelles propres à un territoire donné, sous réserve de leur compatibilité avec les règles et politiques publiques de la Province, s'appliquent pleinement lorsqu'elles permettent une protection optimale de l'environnement en conformité avec les valeurs culturelles locales. Dans ce cas, elles seront retranscrites dans la réglementation provinciale afin que leur non-respect puisse être sanctionné au même titre que les autres réglementations provinciales. Ce principe inspire le cas échéant la cogestion par la Province et les autorités coutumières des écosystèmes naturels et notamment les aires protégées terrestres et marines* ».

Ce principe est particulièrement mobilisé dans le cadre de l'élaboration de la réglementation sur les aires naturelles protégées. Le projet de réglementation vise à formaliser les aires marines coutumières existantes de façon à officialiser les usages coutumiers sur la

³⁹ Délibération n° 2012-17/API du 24 avril 2012 relative à la charte de l'environnement de la province des îles Loyauté, JONC du 29 mai 2012, p. 3796.

⁴⁰ Soit quelques mois avant que le parlement national ne consacre ce même principe dans la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (*JORF* n° 184 du 9 août 2016), par ailleurs validé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2016-737 DC du 4 août 2016.

zone maritime et ainsi sécuriser le cadre juridique dans lequel s'opère la gestion du domaine public maritime par les autorités traditionnelles.

Précisons que les principes édictés dans le code formalisent des pratiques déjà expérimentées par la province des îles Loyauté. Ainsi, dans le cadre de l'inscription des archipels d'Ouvéa et de Beautemps-Beaupré au patrimoine mondial de l'UNESCO, une déclaration commune pour la cogestion du patrimoine bio-culturel marin et récifal d'Ouvéa et de Beautemps-Beaupré⁴¹ a été signée. Par cette déclaration, les autorités de la province des îles Loyauté et les autorités coutumières de l'île d'Ouvéa s'engageaient déjà dans « *un processus de reconnaissance mutuelle et de partenariat pour la préservation, la protection et la gestion du patrimoine marin et récifal d'Ouvéa et de Beautemps-Beaupré afin d'en maintenir l'intégrité et de le transmettre aux générations futures* ».

Après avoir reconnu la valeur naturelle exceptionnelle de la zone, ainsi que sa valeur culturelle, en tant que « *support des identités coutumières et des relations culturelles et vivrières étroites tissées entre les hommes et leurs milieux écologiques, en complémentarité des terres coutumières* », la province des îles Loyauté et les autorités coutumières décident d'agir ensemble dans le cadre d'une cogestion du patrimoine marin et récifal. La cogestion est conçue comme une recherche d'équilibre entre les activités humaines et la capacité du milieu naturel à conserver ses caractères exceptionnels, dans une démarche de développement durable.

Sont ensuite déclinées des méthodes, la cogestion du patrimoine marin et récifal étant défini comme « *un processus infini d'adaptation concertée* ». Pour la mise en œuvre de ce principe de cogestion, un plan a été élaboré collectivement, avec une forte volonté de participation de la population locale.

Ces exemples démontrent la capacité des institutions provinciales à inventer des solutions adaptées, en mobilisant les espaces juridiques ouverts par la constitutionnalisation de l'accord de Nouméa pour construire un droit respectueux de l'identité de chaque communauté, dans un esprit rejoignant une phrase clé de l'accord politique : « *l'avenir doit être le temps de l'identité dans un destin commun* »⁴².

Si le droit calédonien s'autonomise au fil des transferts de compétence de l'Etat vers la Nouvelle-Calédonie, des progrès restent à accomplir pour construire un corpus juridique reflétant le multiculturalisme de la société calédonienne. L'exemple de la gestion du domaine public maritime paraît à cet égard particulièrement intéressant. Il démontre tout d'abord la pertinence de l'échelon territorial provincial, outil de fédéralisme interne à la Nouvelle-Calédonie, pour adapter la réglementation aux spécificités socio-culturelles de la population. Il met néanmoins en lumière la difficulté d'appréhender cette hétérogénéité culturelle à un niveau englobant l'ensemble de la société.

⁴¹ M. Le Bolé, « Inscription Unesco, l'exemple d'Ouvéa », *Mwà véé*, n°63, 2009, p. 24-31 (Texte de la déclaration commune pour la cogestion du patrimoine bio-culturel marin et récifal d'Ouvéa et de Beautemps-Beaupré. Version française, version iaai et version faga ueva).

⁴² In Point 4 du Préambule de l'Accord de Nouméa, signé le 5 mai 1998, JONC n° 121 du 21 mai 1998, p. 8039.