



HAL
open science

Éléments d'histoire et de géographie constitutifs de la domanialité publique maritime naturelle :

François Féral

► **To cite this version:**

François Féral. Éléments d'histoire et de géographie constitutifs de la domanialité publique maritime naturelle :. Laboratoire Collectivités Publique Université Gaston Berger de Saint Louis du Sénégal. Mélanges en l'honneur du Professeur Alioune Badara Fall, inPress. hal-04647091

HAL Id: hal-04647091

<https://hal.science/hal-04647091v1>

Submitted on 13 Jul 2024

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial 4.0 International License

Eléments d’histoire et de géographie constitutifs de la domanialité publique maritime naturelle :

du moyen âge à la décolonisation et des étangs d’Occitanie aux lagons du Pacifique

François Féral¹

Sommaire

Introduction	1
I. La contribution du golfe du Lion à la définition de la domanialité publique maritime naturelle	3
A. La construction dialectique de la domanialité publique	3
B. L’incorporation jurisprudentielle et administrative des étangs salés dans le domaine public maritime	5
II. La domanialité publique maritime et les droits ancestraux des peuples d’outre-mer	9
A. L’occultation des droits maritimes précoloniaux malgré leur probabilité historique et anthropologique.....	9
B. Les droits maritimes kanaks à la convergence des étangs du golfe du Lion et des droits des peuples autochtones.....	13
CONCLUSION	17

Introduction

« Si les voies du droit sont complexes, ses objets divers et ses champs multiples, il est par essence "en commerce" avec d'autres disciplines des sciences sociales et humaines, qui interfèrent dans son élaboration et affectent son contenu comme la portée de sa fonction normative ». C'est ainsi que le professeur Alioune Badara Fall a tissé tout au long de sa carrière un lien incomparable entre la doctrine française du droit public la mieux établie et la production du droit africain francophone². Il a acquis une immense notoriété dans ce champ particulier en France mais, plus largement dans toute l'acceptation du droit public, également en Afrique, bien au-delà de son Sénégal natal et racinaire. Cet exercice fut alimenté par un esprit d'une curiosité et d'une ouverture rare en république universitaire, notamment vis-à-vis de l'histoire et de la géographie du droit. Je voudrais donc, pour rendre hommage à son œuvre et à son élégance, aborder l'étude d'une « vache sacrée » de notre

¹ Professeur Emérite à l'Université *Via Domitia* de Perpignan, Directeur d'Etudes honoraire à l'Ecole Pratique des Hautes Etudes

² Voir notamment le recueil de doctrines rassemblées sous sa direction dans un ouvrage... vagabond : « *Itinéraire du droit et terres des hommes* » Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Breton, *Mare et Martin*, chez Eyrolles 2017.

droit public : la domanialité publique naturelle, mise à l'épreuve par son histoire et par sa mise en œuvre en outre-mer ; elle illustre ce « commerce interdisciplinaire » du droit évoqué par notre cher collègue.

L'évolution du statut juridique de la domanialité publique a vu la loi protectrice du patrimoine public de l'étatisme triomphant de l'après-guerre se transformer en régime d'accommodements et de pragmatismes : « ... chose publique à l'origine et jusqu'il y a peu, le domaine public est aujourd'hui présenté et traité par les autorités administratives comme un patrimoine à valoriser »³. L'intérêt général et le service public qui en étaient les paradigmes ont concédé une part de leur régime à l'économie de marché⁴. Cependant il n'est pas exclu que ce que nous considérons comme une dérive repose sur une représentation idéalisée du régime du domaine public. Pour le domaine artificiel son extension en tache d'huile s'est inscrite dans le cadre de l'État interventionniste, dynamisée par l'extension historique du service public à partir du Second Empire. Pourtant, si nous la mettons à l'épreuve des formes successives de l'État et de son implantation outre-mer, le régime de la domanialité publique naturelle maritime apparaît plus équivoque que nous le présentait nos chers manuels des années soixante.

Ma curiosité sur ce sujet-ci est alimentée par mes origines de marin pêcheur languedocien et par de récentes pérégrinations dans le Pacifique. En Languedoc, le domaine public maritime occupe une large place avec ses plages, ses embouchures, ses rivages lacustres, ses lais et relais de la mer... et ses nombreux « étangs aux roseaux mouillés » chantés par Charles Trenet. Nous pouvons donc désormais parler des étangs d'Occitanie à propos de leur chapelet qui s'égraine du Rhône jusqu'à la côte Vermeille. Ces côtes sableuses ont contribué d'une manière essentielle à établir le régime et les limites du domaine maritime en raison notamment des nombreuses chicanes juridiques qui s'y produisirent, opposant pêcheurs, propriétaires et ministère de la Marine(I).

Bien curieusement, ces vieilles querelles patrimoniales sur le littoral de l'Occitanie résonnent aujourd'hui jusqu'aux antipodes, notamment à propos de la légitimité de l'emprise domaniale sur des espaces marins initialement occupés et exploités antérieurement à la colonisation par des peuples autochtones (II).

³ Cf. la Synthèse de cette observation critique, Christian Laviolle, « Regards sur trente ans d'évolution du droit domanial » in Maryvonne Hecquard-Théron et Jacques Krynen (dir.) « Regards critiques sur quelques (r)évolutions du droit » p. 253-267 Presses de l'Université Toulouse Capitole, LGDJ - Lextenso Editions Toulouse 2005 <https://books.openedition.org/putc/1589>

⁴ Voir sur cette évolution marchande Jacqueline Morand-Deviller "La valorisation économique du domaine public", p. 273 et s. in « L'unité du droit - Mélanges en hommage à Roland Drago » economica 1996

I. La contribution du golfe du Lion à la définition de la domanialité publique maritime naturelle

La notion de domanialité publique maritime est une construction juridique postérieure de plus d'un siècle à l'établissement du domaine du Roi. Par la suite, une partie des étangs salés n'y a été définitivement incorporée qu'au 19^{ième} siècle par la jurisprudence et l'administration à la suite de près de deux siècles de tâtonnements au cours desquels les conflits de propriété sur des étangs du golfe du Lion furent essentiels.

A. La construction dialectique de la domanialité publique

La tardiveté de la définition du domaine public maritime correspond à l'étape essentielle du colbertisme au cours de laquelle les ambitions maritimes de la royauté absolue se sont affirmées. Elle s'intègre elle-même à l'idée de *mare liberum* devenue au 16^{ième} siècle le champ de compétition des Etats-nations. Les gens de mer à la pêche en furent les bénéficiaires car tout le domaine naturel leur était offert... quoiqu'ils dussent en contrepartie s'embarquer par milliers sur les vaisseaux du roi.

1. L'émergence de la notion de domanialité publique naturelle postérieure à la notion de domaine

Si l'Edit de Moulins établit en 1566 la protection de la domanialité publique, ce n'est que plus d'un siècle plus tard que l'ordonnance de la Marine définit la notion maritime naturelle qui s'applique alors unilatéralement à des espaces déterminés : « sera réputé bord et rivage de la mer tout ce qu'elle couvre et découvre durant les nouvelles et les pleines lunes jusqu'ou le plus grand flot de mars se peut étendre sur les Grèves⁵ ». L'article 538 du code civil en reprend le principe et en explique le fondement « Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public.⁶ » Cependant les étangs salés n'apparaissent nulle part dans ces deux textes.

La question de la domanialité des étangs fut posée cependant avant la Révolution en raison de nombreuses contestations opposées à la volonté royale de se les approprier. C'est ainsi que deux

⁵ Titre VII Article 1^{ier} ordonnance du mois d'Août 1681 <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k95955s/f430.item>

Désormais l'article L2111-4 du code de la propriété publique a étendu et précisé cette définition où apparaissent les étangs : « Le domaine public maritime naturel de L'Etat comprend : 1° Le sol et le sous-sol de la mer entre la limite extérieure de la mer territoriale et, côté terre, le rivage de la mer. Le rivage de la mer est constitué par tout ce qu'elle couvre et découvre jusqu'ou les plus hautes mers peuvent s'étendre en l'absence de perturbations météorologiques exceptionnelles ; 2° Le sol et le sous-sol des étangs salés en communication directe, naturelle et permanente avec la mer ; 3° Les lais et relais de la mer... ». Nous verrons infra que cette rédaction est le résultat d'une longue évolution

⁶ Code « Napoléon » créé par Loi 1804-01-25 promulguée le 4 février 1804

arrêts du Conseil du Roi de 1739 mirent en demeure les particuliers de présenter leurs titres « *sur les rivages de la mer, les pêcheries et les étangs salés* », pour les présenter à une commission chargée d'en confirmer la validité. A la déconvenue du royaume, la commission valida la quasi-totalité des titres seigneuriaux qui lui furent présentés ce qui constituait une reconnaissance administrative des droits privés par l'administration du roi⁷. De cet épisode il faut retenir que des titres de propriété ou d'occupation ont été très tôt considérés comme opposables à la loi de domanialité naturelle.

2. *La domanialisation des étangs pour leur libre accès aux gens de mer*

Cependant comme indiqué supra, les étangs salés proprement-dits n'apparaissent pas expressément dans les textes ancestraux et définitoires du domaine public maritime. Au moyen-âge, les étangs salés et les rivages appartiennent aux seigneurs locaux au même titre que les terres, les rivières et les forêts⁸. Outre cette situation patrimoniale considérée comme normale, de nombreuses transactions, concessions de droits et d'usages y furent établies depuis le 11^{ème} siècle. Si aux 16^{ème} et 17^{ème} siècles, la royauté française revendique progressivement l'ensemble des étangs salés comme faisant partie du domaine de la couronne, cette opération ne s'est pas faite sans difficulté. Cependant, le roi de France fut le plus déterminé à domanialiser les espace marins et leurs dépendances. Cette volonté étatique est restée la même depuis Colbert, certainement inspirée par la thèse *mare liberum* de Grotius⁹. Outre la volonté de puissance de l'État centralisateur, il s'agissait de libérer le littoral des pêcheries fixes des seigneurs locaux pour la liberté de la navigation et de la pêche¹⁰. L'État dans cette entreprise, personnifié par l'administration paternaliste de la Marine, s'est toujours trouvé « du côté des pêcheurs ». La notion de *liberté de la pêche* coïncide alors avec l'intérêt général du royaume et ce principe sera défendu à l'identique par tous les ministres après la Révolution. Il fallait défendre cette liberté notamment contre les propriétaires dont on démantela les madragues sur les côtes et contre les *maniguières* des eaux intérieures. A la Restauration, ce combat s'est concentré contre les propriétaires de canaux et d'étangs salés. Il s'agissait d'ouvrir toujours plus de territoires halieutiques aux gens de mer afin de conserver ce réservoir de bon marins pour servir sur les navires de la Royale. C'est donc autour du golfe du Lion aux étangs richissimes en anguilles, mulets, *joëls* et autres

⁷ Cité dans la très précieuse thèse d'André Torquebiau « *L'aménagement du littoral languedocien et la situation juridique des étangs côtiers* » TD Montpellier 1965 p. 25

⁸ Cf. sur ce phénomène général à l'Europe moyenâgeuse les travaux de Serge Collet, notamment en Sicile et en Calabre féodales : « *Le Baron et le Poisson: Féodalité et Droit de la Mer en Europe occidentale.* » in : Droit et Cultures, 13 juillet 1987, pp. 24-49.

⁹ Anonyme. 2013. La liberté des mers. Mare Liberum. Réédition en français du texte original H. Grotius (1609). Editions Panthéon Assas Université. Collection: Introuvables Paris : 150 p.

<https://www.u-paris2.fr/fr/recherche/editions-pantheon-assas/ouvrages/la-liberte-des-mers-mare-liberum>

¹⁰ Cf. Ordonnance de la Marine Titre VII « *Faisons défense à toutes personnes de bâtir sur les rivages de la mer, d'y planter aucuns pieux ni faire aucuns ouvrages qui puissent porter préjudice à la navigation, à peine de démolition des ouvrages, de confiscation des matériaux et d'amende arbitraire.* »

daurades que les enjeux furent les plus forts. Alors que « les eaux sont libres » sur le domaine public car « *la mer est à tout le monde* », les piquets, clôtures, *maniguières* qui entravent les étangs sont odieux pour les prud'hommes pêcheurs du golfe du Lion. Leur objectif a donc toujours été de contester la propriété de ces lagunes ou les droits de pêche des propriétaires, y compris dans des périodes récentes¹¹.

C'est dans ce contexte que le 3 octobre 1702 le Conseil d'Etat interdit de construire des pêcheries fixes dans les canaux, en particulier dans celui aménagé l'année précédente par la Province du Languedoc. Cette décision entraîna la disparition des *maniguiers* qui pratiquaient la pêche aux engins dans les étangs salés du littoral du golfe du Lion. Ils purent se reconvertir à la pêche aux filets mais cet espace fut réservé aux gens de mer qui purent ainsi s'accaparer ces zones pour y exercer leurs *petits métiers*¹².

B. L'incorporation jurisprudentielle et administrative des étangs salés dans le domaine public maritime

L'incorporation des étangs salés dans le domaine public naturel a fait l'objet de critères variables voire antagonistes : salures des eaux, présence d'espèces halieutiques marines, navigabilité des eaux... La bataille de l'antériorité des titres de propriété de certains plans d'eau et canaux a soulevé la question de la rétroactivité de l'Edit de domanialité du 16^{ième} siècle, une question que la jurisprudence civile a tranchée sous la Monarchie de Juillet. Il fallut attendre la mi-temps de l'Empire libéral de Napoléon III pour que l'administration procède à l'aggiornamento de cette situation.

1. La définition géographique non immuable du domaine naturel

En fait, l'incorporation domaniale des étangs salés dans le domaine public maritime ne fut clairement établie qu'au 19^{ième} siècle, grâce à une œuvre remarquable de la jurisprudence civile¹³. Les conflits ouverts entre les propriétaires et les pêcheurs soutenus par l'administration de la Marine en furent toujours le nœud dialectique. Ainsi en 1842, c'est à propos d'une question de rôle d'équipage que la Cour de Cassation définit l'étang de Leucate comme n'étant « (...) *qu'une baie communiquant à la mer par une issue plus ou moins étroite et qui en est une prolongation et une partie intégrante formée des mêmes eaux et peuplée des mêmes poissons*¹⁴ ». Toujours à propos d'une chicane entre les pêcheurs inscrits maritimes de Palavas et des riverains de l'étang de l'Or, la Haute Juridiction

¹¹ Cf. La lutte de la Prud'homie de Palavas encore dans les années 1970 pour s'accaparer l'étang de Vic ou son droit de pêche notre ouvrage « La prud'homie des pêcheurs étude de la mort d'une institution » PPS

¹² Au moyen-âge dans les étangs du Languedoc sont installées de nombreuses maniguières notamment au sud de Lattes mais, sous la Restauration, il n'en restait plus que trois. Cf. M.J. Guigou, « *Les Maniguières de l'étang de l'Or, une forme de pêche capitaliste du Moyen Âge au XIX^e siècle* » éd. Christian Lacour, Nîmes 2003

¹³ *ibidem* sur cet épisode jurisprudentiel p. 12 à 21

¹⁴ C.C. Crim. 24 juillet 1842 D 1842-I-318 cité par A. Torquebiau op. cit.

estimait que « *Les étangs salés font partie intégrante de la mer ; leurs rivages comme ceux de la mer font partie du domaine public et sont à ce titre destinés à l'usage du public sans pouvoir être aliénés*¹⁵ ». La juridiction judiciaire de la Monarchie de Juillet et du Second Empire fut donc la pionnière de l'extension du champ du droit public avant même que s'y conforme la juridiction administrative¹⁶.

Cependant l'affaire n'était pas close et la victoire des pêcheurs sur les propriétaires n'était que provisoire car la définition donnée en 1842 par la Haute Juridiction considérait que l'étang est une partie de la mer en raison de sa « (...) *communication à la mer par une issue plus ou moins étroite* (...) ». A contrario si cette communication n'existaient pas pouvaient-on considérer que l'étang fût encore une baie ? Dès 1847, une décision de la Cour d'Appel de Montpellier, (considérée comme scélérate par mes ancêtres pêcheurs et relative à l'étang du Grec à Palavas), transforma en peau de chagrin la notion de baie qui semblait définir le domaine naturel et donc l'espace professionnel en accès libre pour les pêcheurs inscrits maritimes¹⁷. Elle fit valoir que la communication avec la mer n'y était ni directe ni immédiate et que l'étang du Grec était « *absolument innavigable* » : dès lors il ne pouvait être considéré comme une dépendance de la mer. La Cour héraultaise considérait donc que ce bien n'était ni imprescriptible ni inaliénable. En 1849 la Cour de cassation saisie de cette affaire ne retenait pas le critère de l'innavigabilité... mais elle établit le principe selon lequel un étang salé ne peut être considéré comme une dépendance de la mer qu'à la condition qu'il y soit en relation directe et naturelle¹⁸.

La portée de ces deux décisions est plus large que la définition de la nature de la communication : elle fixe le principe par lequel la domanialité publique naturelle n'est pas immuable et que des atterrissements ou des aménagements peuvent soit soustraire aux flots des portions de rivages soit obstruer des communications ; les étangs et anciens rivages peuvent alors être versés dans le domaine privé de l'État qui en dispose et peut donc le céder à un propriétaire privé.

2. L'établissement de la non-rétroactivité du régime domanial naturel

La revendication des propriétaires ne s'est pas limitée à revendiquer des zones progressivement soustraites à la mer. En effet, l'imprescriptibilité et l'inaliénabilité du domaine sont des institutions inconnues du moyen-âge où les biens du royaume étaient dans le commerce. Ces principes établis par l'Edit de Moulins de février 1566 impliquaient-ils qu'ils s'appliquassent aux transactions

¹⁵ *ibidem* C.C 22 novembre 1864

¹⁶ *ibidem* p. 16. Ce n'est que postérieurement que Conseil d'État emboîtera le pas de la Cour de Cassation pour les étangs de Bages et de Gruissan respectivement par les arrêts C.E. 27 mars 1874 R.C.E. 308 et C.E. 27 juin 1884 D.P 1885-3-121

¹⁷ *ibidem* p. 18 CA Montpellier 29 juin D.1849 - I - 179

¹⁸ *ibidem* p. 19 Arrêt du 6 février 1849 même référence au Dalloz

intervenues auparavant ? Sa non-rétroactivité vis-à-vis des droits antérieurs n'était-elle pas un principe de sécurité juridique ? En bonne logique d'ailleurs, s'agissant du domaine public maritime naturel qui ne fut défini qu'en 1681, l'Edit n'aurait dû être opposable qu'à cette date, *a fortiori* pour les étangs salés définis comme domaniaux tardivement sous la monarchie de Juillet.

Par ailleurs, l'Etat ne s'est pas privé de vendre certains de ces biens nationaux contrairement au principe même de l'inaliénabilité et certains titres postérieurs à 1566 furent validés lorsque l'administration a eu recours à des privatisations via des « *concessions maritimes définitives* ». Ainsi la loi du 14 Ventôse an VII établit formellement cette non rétroactivité : « *Les aliénation du domaine de l'État, consommées dans l'ancien territoire de France avant la publication de l'Edit de Février 1566, sans clause de retour ni réserve de rachat demeurent confirmées* »¹⁹. Par plusieurs décisions, le Conseil d'État fut amené à établir la non-rétroactivité du texte de 1566²⁰. L'origine des droits considérée comme antérieure à l'avènement des règles de la domanialité publique est donc reconnue selon le principe de la primauté du titre le plus ancien.

Encore une fois, les étangs du golfe du Lion, ici ceux du Rhône, contribuèrent à confirmer ce principe dans l'affaire du Marquis de Gallefet rapportée par Aucoc²¹. L'aristocrate fut en indécatesse avec de robustes pêcheurs réunis le 29 juin 1845 sur le canal du Roi pour y organiser des *ajustas* lors d'une fête patronale²². Il présenta ses prétentions patrimoniales sur la base de diverses chartes des seigneurs de Provence établies pour les plus anciennes au 10^{ème} siècle. A la suite d'une procédure de quinze ans (où les pêcheurs furent évidemment soutenus par la Marine), un droit patrimonial et privé lui fut reconnu par la cour d'Aix en 1859.

La dernière affaire notable de non-rétroactivité reconnue concerne l'étang de Vic proche de Sète lors d'un procès jugé à Montpellier opposant à nouveau les pêcheurs de Palavas à la Société des Salins de Villeneuve : propriété et droit de pêche furent reconnus à celle-ci sur la base d'une sentence

¹⁹Bulletin des lois et décrets de la République française du 14 Ventôse an VII, « loi relative aux domaines engagés par l'ancien gouvernement »

²⁰Torquebiau A. op.cit. p. 23 : « *un étang qui par nature fait partie du domaine public maritime peut donc parfaitement appartenir à un particulier si celui-ci peut justifier de titres antérieurs à 1566* » C.E. 30 mars 1846, de Boisset ; 10 mars 1848, Fauchoux ; 11 avril 1863, Couturier

²¹Aucoc « *Les étangs salés des bords de la Méditerranée et leur condition légale* » revue des séances et travaux de l'académie des Sciences morales et politiques 2^{ème} semestre 1882 p. 17

²² Les joutes languedociennes opposent deux hommes armés d'une lance et d'un bouclier embarqués sur deux barques qui se croisent : est déclaré vainqueur celui qui a jeté à l'eau son adversaire. Pour que le public puisse participer à ces *ajustas* il est préférable qu'elles s'organisent sur un canal de manière à ce que l'assistance se rassemble sur les berges. Les joutes languedociennes les plus célèbres sont encore aujourd'hui organisées à Sète pour la fête de la saint Louis.

arbitrale du Prévost de Maguelonne remontant au 8 septembre 1190, donc antérieure à l'Edit de Moulin de 1566, sentence reprise par un arrêt du Parlement de Toulouse de 1617²³.

3. La purge domaniale de 1864 par les administrations de la Marine et des Domaines

Pour fermer la boîte de Pandore de la *dé-domanialisation* annoncée par cette funeste décision, l'administration de la Marine procéda à une nouvelle vérification des titres portant sur les étangs et sur les canaux du Midi. On vit alors à quel point la zone était héritière d'une tradition ancestrale de droit écrit ! A la suite d'une enquête de près de cinq ans, par décision collective du 30 juillet 1864, le ministre de la Marine établit une liste reconnaissant un grand nombre de propriétaires privés d'étangs et de canaux dans le 5^{ème} arrondissement maritime²⁴. Ce document reconnaît en Méditerranée française près de deux cents propriétés privées d'étangs, plans d'eau, canaux, bordigues, pêcheries, ilots, embouchures, cours d'eau, martelières, *canalets*, madragues de mer encore en service, anciens chenaux, déversoirs, fossés et autres *agouilles*... Cette reconnaissance fut établie soit sur la base de la désuétude géographique du domaine public en raison de la fermeture ou de l'artificialisation de communications avec la mer, soit sur la présentation de titres de propriétés antérieurs à l'Edit de Moulins, soit sur la combinaison de ces deux fondements. De vastes étangs salés furent concernés par cette procédure : notamment en Roussillon ceux du Canet et de Saint-Nazaire et, en Languedoc, ceux du Prévost et de Vic²⁵.

Par désuétude géographique, l'État et les municipalités apparurent d'ailleurs comme d'importants propriétaires privés susceptibles d'engager des aménagements et des transactions sans recourir aux acrobatiques concessions d'endiguage²⁶. Le principe de la non-rétroactivité de la domanialité publique est désormais clairement reconnu par la référence faite à l'antériorité à la date de 1566²⁷. Enfin, dans ce document, les étangs salés ne sont pas seuls en cause car les rivages de la mer eux-mêmes sont concernés par l'antériorité : des titres ancestraux de madragues à thons y sont en effet reconnus (exemple de la plage de Sainte-Croix dans les Bouches- du-Rhône).

²³ T.G.I. Montpellier, 26 juin 1964 Sur les problèmes soulevés par ce procès et son déroulement cf. A. Torquebiau, précité p. 106 à 113 et notre thèse de spécialité « La prud'homie des pêcheurs de Palavas étude de la mort d'une institution » PPS 1978 p.258 et s.

²⁴ A. Torquebiau précité p.27 à 34, copie du rapport du contre Amiral Moulac approuvé par le Ministre de la Marine le 30 juillet 1864

²⁵ En Provence et en Corse de grandes lagunes ont été ainsi reconnues comme privées : étangs du Repausset, de l'Estomac, du Vaccarès dans le delta du Rhône ; de Diane et de Bigougli en Corse orientale.

²⁶ C'est notamment le cas au sud de Montpellier des étangs de l'Arnel, des Moures, de Pierre-Blanche et du Méjean. Laissé aujourd'hui aux inscrits maritimes par les collectivités et l'État, le droit de pêche pourrait à tout moment être exercé différemment, notamment en pêcheries privée ou en établissements d'aquaculture.

²⁷ Principe désormais établi par l'article L. 3111-2 du code de la propriété publique : « *Le domaine public maritime et le domaine public fluvial sont inaliénables sous réserve des droits et des concessions régulièrement accordés avant l'édit de Moulins de février 1566 et des ventes légalement consommées de biens nationaux.* »

II. La domanialité publique maritime et les droits ancestraux des peuples d'outre-mer

Naviguer des étangs d'Occitanie jusqu'aux lagons du Pacifique pourrait paraître saugrenu si le rôle du juriste, comme nous l'a montré le professeur Fall, n'était pas d'abord d'interroger l'histoire à travers les tribulations des contenus du droit revus et tordus par les pratiques sociales, l'administration et la jurisprudence.

Si durant plusieurs siècles sur les étangs du golfe du Lion s'est posée la question de la propriété des étangs et du régime juridique des rivages, il paraît singulier que n'ait jamais été évoqué ce problème sur les poussières de l'Empire colonial de la « deuxième puissance maritime du monde ». C'est d'abord que les droits patrimoniaux des peuples colonisés semblent n'avoir jamais été « imaginés » par les colons alors même que leur existence est clairement démontrée (A). Cependant, notamment dans le Pacifique, la plausibilité d'une telle reconnaissance ne semble plus impossible (B).

A. L'occultation des droits maritimes précoloniaux malgré leur probabilité historique et anthropologique

Conçue comme une évidence, la mise en place unilatérale de la domanialité par la colonisation a occulté l'existence de droits patrimoniaux marins et de tenures marines précoloniales. Cependant, leur existence antérieure est désormais attestée et confirmée par des pratiques contemporaines.

1. La mise en place unilatérale de la domanialité publique sur les rivages colonisés

La situation de la domanialité publique outre-mer a fait l'objet en 2015 d'un rapport sénatorial très bien documenté²⁸. Il confirme que, plus encore qu'en métropole, les colonies furent des lieux d'expérimentations et de tâtonnements pragmatiques de notre droit public par des accommodements parfois *déraisonnables*²⁹. Cependant, malgré sa grande richesse et ses nombreuses sources, le rapport de la chambre Haute n'aborde à aucun moment la question des droits marins antérieurs à la colonisation dont pouvaient être titulaires des personnes, des groupes ou des populations. Il tourne à nouveau en rond autour du dilemme de la marchandisation face la protection domaniale avec la difficulté d'innombrables dérives et de spécificités insulaires. Nous n'avons trouvé aucune étude de doctrine sur la *mise en place coloniale* de la domanialité publique maritime lors des différentes conquêtes constitutives de l'Empire français. Il semble donc aller de soi

²⁸ Par opposition à la notion canadienne *d'accommodement raisonnable*, lorsque la portée de la mesure dérogatoire du droit commun reste limitée : *a contrario* pour notre droit domaniale, voir le rapport d'information n° 538 (2014-2015) de MM. Thani Mohamed Soihhi et al. fait au nom de la Délégation sénatoriale à l'outre-mer, déposé le 18 juin 2015

²⁹ « Le domaine ultramarin de l'État (...) présente une mosaïque de biens très divers, soumis à des régimes juridiques éparpillés, enchevêtrés, exorbitants et illisibles » Rapport sénatorial op. cit. p. 2.

qu'en application de l'article 538 du code civil, lors des prises de possession des territoires, les espaces lacustres et marins soient *de facto et de jure* « devenus » du domaine public maritime sans qu'il soit imaginable qu'il ait pu en être autrement.

Par comparaison, de nombreux travaux documentent les processus de spoliation des terres indigènes par l'incorporation des « terres sans titres » dans le domaine privé de l'État puis leur redistribution aux colons sous forme de concessions acquises³⁰. Cependant, malgré ces politiques et au prix de nombreuses contorsions juridiques, la colonisation française avait reconnu, ici et là et à la marge, des droits ancestraux coutumiers terriens notamment en Afrique. Depuis un demi-siècle les indépendances ont reconfiguré cet héritage mais les jeunes États sont toujours confrontés aux questions de droits coutumiers et de domanialité privée³¹. Ici encore, pas un mot sur les droits maritimes ou halieutiques des peuples colonisés, si ce n'est quelques rares descriptions ethnographiques sur les rives du fleuve Niger ou sur les Imraguens des plages du Banc d'Arguin en Mauritanie³².

Sur les poussières insulaires de notre Empire colonial du Pacifique, eu égard à l'importance fondamentale des ressources halieutiques et de la configuration des territoires, il est difficile d'imaginer qu'il n'ait pu exister un *droit précolonial de la mer*³³ ne serait-ce qu'en raison des milliers de toponymes qui y sont relevés démontrant la territorialité de ces espaces marins³⁴. C'est pourtant ce que fit le colon français car dans le Pacifique, en Guyane et dans l'Océan Indien, le colonialisme s'est installé dans des espaces où le domaine public maritime fut considéré comme ayant existé de toute éternité.

En Nouvelle-Calédonie, lors de la prise de possession engagée militairement en 1852, les terres coutumières ont été reconnues comme « la part du feu » de la colonie de peuplement. La déclaration de Du Bouzet reconnaît les propriétés préexistantes des Kanak dès 1855, avant la création des

³⁰ Cf. Notamment A. Demaison « *Le régime des concessions foncières en Afrique occidentale française* » Revue juridique et politique de l'Union française, n° 4, 1954 ; E. Le Roy « *L'appropriation de la terre en Afrique noire* », Ed. Karthala 1991

³¹ Cf. entre autres nombreux ouvrages : J. Chabas « *Le régime foncier coutumier en Afrique occidentale française* » Annales africaines, 1959 ; G. Kouassigan « *L'homme et la terre, droits fonciers et droits de propriété en Afrique occidentale*, » Paris, ORSTOM, 1966.

³² <https://fr.wikipedia.org/wiki/Imraguens> et le travail de R. Anthonioz, « *Les Imragen, pêcheurs nomades de Mauritanie (El Manghar)* », Paris, École pratique des hautes études, 1963, 111 p. (Mémoire)

³³ Cf. les développements de Tamatoa Bambridge sur la propriété coutumières collective « *du sommet au lagon* » et l'analyse des règles d'accès ancestrale aux ressources : in Bambridge, Tamatoa (ed.), *The rahui: legal pluralism, environment, and land and marine tenure in Polynesia*, Canberra, Australian National University Press 2014

³⁴ Cf. le travail de Jean-Brice Herrenschmidt, « *Plantes, territoire, pouvoir, savoir : géographie culturelle et ethnoscience, approche de l'espace en tenant compte des populations locales (Vanuatu, Fidji, Nouvelle-Calédonie)* » Recueil des savoirs sur la biodiversité et l'environnement dans le Pacifique Sud GOPS CRILOBE/IRD Nouméa 2010

réserves³⁵. Par la suite des terrains relevant du statut coutumier furent constituées en « réserves indigènes » mises en place au cours de la deuxième moitié du 19^{ème} siècle dans un objectif de cantonnement des tribus. Dans un même mouvement, la quasi-totalité des Iles-Loyauté a été déclarée réserve autochtone ainsi que l'Île-des-Pins³⁶. Pourtant les droits antérieurs des Kanaks sur les espaces marins ne sont nulle part évoqués : ni par la doctrine, ni par l'administration.

Dans un premier temps il en fut de même en Polynésie française car il s'agissait le plus souvent d'une intrication de droits d'usage collectifs : « [dans les îles du Pacifique] la propriété n'est pas univoque, mais consiste plutôt en droits différenciés, en légitimités additionnées, qui donnent à celui qui fonde, à celui qui nettoie, à celui qui travaille, à celui qui habite la reconnaissance d'un lieu comme étant le sien, dans la mesure où il dispose d'un titre mais reconnaît les titres concurrents »³⁷.

Cependant, dans la période du protectorat de la France le gouverneur incita les Polynésiens à établir des titres de propriété foncière sur les terres insulaires. La loi tahitienne du 24 mars 1852, organisa l'enregistrement des terres par des déclarations rédigées en tahitien, reçues sur un registre et examinées par les *Tomite*, nom donné à une commission comprenant des personnalités du district. Autant dire que cette opération fut hasardeuse puisqu'il y eut cinq fois plus de demandes de titres que de surfaces de terres à enregistrer. Dans un contexte d'illettrisme généralisé, la propriété individuelle de celles-ci se fit sous l'empire du clientélisme³⁸. En 1880, la France prit possession de la Polynésie par la méthode de la canonnière pour établir le code civil et la propriété privée libérale.

Ici encore nous ne trouvons aucune évocation de droit ou de servitude marine de la part du pouvoir colonial, bien que de nombreux *Tomite* aient évoqué des tenures lagonaires ancestrales. Pour l'administration coloniale, le caractère souverain de la domanialité publique établie par l'Edit de Moulin en 1566 et par l'ordonnance de la Marine de 1681 écartait toute idée de droit patrimonial indigène sur les espaces maritimes. C'est en tout cas ce qu'ont imaginé (et qu'imaginent toujours !) la plupart des juristes de droit public de notre République.

³⁵ Cf. sur ce processus de reconnaissance Ghislain Otis « *On a oublié les promesses premières : les droits des Kanak sur la terre ancestrale* », (2018-3) RRJ 1353-1398.

³⁶ Il existe de nombreux travaux sur cette question. On consultera avec curiosité sur les contorsions juridiques coloniales la thèse de R. Mapou R. « *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie : L'Etat colonial républicain face aux institutions juridiques kanakes.* » TD Perpignan 2018 [www.theses.fr > 2018PERP0050](http://www.theses.fr/2018PERP0050)

³⁷ Cf. Pierre De Deckker « *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud* » L'Harmattan, Paris, 1995

³⁸ Pour une approche contemporaine des *Tomite* et de l'organisation de cette procédure voir les archives de la Polynésie française <https://www.archives.pf/new/wp-content/uploads/2020/07/Procédure-Tomite-en-ligne> et <https://www.archives.pf/page-de-telechargements-des-cahiers-de-revendications/>

2. *L'existence de droits maritimes ancestraux en outre-mer océanien*

En Polynésie française la question des droits précoloniaux se rappelle à nous par des pratiques insulaires d'indivisions qui sont la marque des propriétés collectives ancestrales³⁹, par l'accaparement des rivages ou l'obstruction des accès à la mer par les riverains avec l'assentiment des élus⁴⁰. Des droits prioritaires ou de police sur des tenures halieutiques royales ou des espaces marins communautaires sont reconnus et sévèrement appliqués notamment à Wallis et Futuna⁴¹ ou sur l'île de Rapa dans l'archipel des Australes de Polynésie⁴².

En Nouvelle-Calédonie la reconnaissance des terres coutumières kanakes permet de tenir pour « ancestraux » ou « originaires » des droits consacrés par le droit étatique dans notre constitution mais dont le titre repose sur l'occupation précoloniale de la terre par les autochtones. Ces droits ne sont donc pas éteints même si ils ont été reformulés, bousculés par plus d'un siècle de domination coloniale⁴³. Dans ces conditions les droits coutumiers qui s'exercent sur la mer ou qui y ont été exercés sont-ils opposables au domaine public naturel ? L'idée peut sembler saugrenue au regard de notre première partie sur les étangs du golfe du Lion pour lesquels ont été exhumés des arbitrages et des chartes du haut moyen-âge comme titre opposables à la domanialisation.

Cependant une décision du tribunal administratif de Papeete a reconnu en 1992 l'opposabilité d'un *Tomite* au domaine public maritime sur la base d'un titre de propriété polynésien de 1852 reconnu sur le lagon en faveur des Consorts Fuller. Le Juge René Calinaud analysa le lagon de Tahiti comme *comparable à un étang salé* car en communication naturelle avec la mer donc « *domanial par nature* ». Comparaison d'autant plus pertinente que les lagons sont des eaux intérieures au-delà desquelles sont tracées les lignes de base de la mer territoriale. Le Tribunal considéra que l'installation de la domanialité en Polynésie ne pouvait remonter à 1566 et qu'il fallait retenir comme date d'opposabilité la colonisation de la Polynésie. Celle-ci n'est intervenue que lors de la prise de

³⁹ Cf. les actes du colloque de Papeete « *Droit foncier en Polynésie Française* » Association des Juristes de Polynésie Française Univers polynésiens/AJPF 2009

⁴⁰ Cf. sur la Polynésie et sa gestion particulière du domaine public maritime Bertrand Cazalet « *Droit des lagons de Polynésie française* » RJ E 4/2008 p. 391 à 407. Voir aussi notre article sur la domanialité à Moorea et notre Synthèse générale in « *Le Foncier en Polynésie* » Éditions Univers Polynésiens l'Association de juristes en Polynésie française 2009 : p. 69 et s. et 167 à 176

⁴¹ Cf. sur ces particularités renversantes pour nos collègues positivistes voir la thèse de l'historienne Allison Lotti « *Le statut de 1961 à Wallis et Futuna. Genèse de trois monarchies républicaines (1961-1991)* » L'Harmattan, Paris 2011

⁴² Sur cette île située à 1400 km de Tahiti, le protectorat de la France se fit « *à conditions que soient respectées les traditions* ». Seules y existent des terres collectives gérées par un Conseil des Sages, l'accès aux ressources halieutiques en dehors de toute intervention de l'État est organisé selon des droits ancestraux Cf. pour mesurer la singularité juridique et anthropologique de Rapa les travaux de Allan Hanson, « *Rapa* » Bulletin de la Société des Océanistes n° 33, Paris, 1973, l'ouvrage de Christian Ghasarian « *Rapa découverte et ethnographie d'une île du Pacifique* » ed. Ghinkgo 2016. et l'article de Tamatoa Bambridge et Christian Ghasarian, « *Juridictions françaises et droit coutumier à Rapa* », Droit et Cultures, n°44, pp. 153-182, 2002.

⁴³ Cf. Ghislain Otis « *On a oublié...* » op. cit.

possession militaire en 1880 puis par l'adoption du code civil en 1866 et l'application de son article 538⁴⁴. Dans ces conditions et, bien qu'établis par la royauté Pomaré, les titres de propriété lagonaires antérieurs à 1880 ont été considérés comme comparables aux titres établis sur les étangs salés du Languedoc reconnus par le ministre de la Marine en 1864. Il est clair dans cette décision d'une part que le domaine public n'a pu exister dans les colonies qu'à la date de leur prise de possession par France (bien qu'aucun acte juridique autre que le code civil ne l'établisse formellement), d'autre part que les droits patrimoniaux antérieurs à ces actes de colonisation n'ont pu s'éteindre par rétroactivité de la loi française. Plus récemment en 2004, et dans un même raisonnement juridique, le Tribunal administratif de Papeete repoussait même à 1946 l'application de l'article 538 du Code civil sur l'île de Raïatea. En conséquence, les « *droits, fondés en titre, des particuliers sur le domaine public maritime peuvent faire échec à l'application des règles de la domanialité et à la propriété de la Polynésie française* »⁴⁵.

D'ailleurs et désormais l'article L. 3111-2 du code de la propriété publique reconnaît la validité des titres antérieurs à 1566 en France métropolitaine : la jurisprudence outre-mer ne reconnaît pas cette date comme opposable aux peuples qui ont été colonisés lors de la seconde moitié du 19^{ième} siècle, voire au milieu du 20^{ième} siècle.

B. Les droits maritimes kanaks à la convergence des étangs du golfe du Lion et des droits des peuples autochtones

L'existence de *Clans de la mer* précoloniaux en Nouvelle-Calédonie, attestée par des travaux d'anthropologie et d'archéologie, nous interroge sur la non-extinction de leurs droits maritimes à la lumière des jurisprudences *Fuller* et *Tuuhiac* de Papeete ainsi que des droits reconnus désormais aux peuples autochtones par les Nations-Unies. L'exemple des droits halieutiques reconnus par le Canada aux Amérindiens renforce l'idée que le dossier de la définition du domaine public outre-mer n'est peut-être pas clos.

1. Les clans de la mer kanaks de Nouvelle-Calédonie

Au regard de la Polynésie, le cas de la Nouvelle-Calédonie dont la prise de possession est datée de 1852 se pose nécessairement. En face de nombreuses études sur le « lien à la terre des Kanaks » et le préjugé selon lequel les Mélanésiens n'auraient jamais été ni des pêcheurs ni des marins,

⁴⁴ T.A. Papeete, 5 novembre 1991, Consorts Fuller. Voir aussi les arguments du Conseiller René Calinaud comparant les lagons aux étangs salés du Languedoc « *Réflexion sur la gestion de l'indivision en Polynésie française* » in « *Droit foncier en Polynésie Française* » Association des Juristes de Polynésie Française Univers polynésiens/AJPF 2009 p.163 et s.

⁴⁵ Sabine Bazille, « Quand la juridiction judiciaire assure la protection de la propriété publique en Polynésie française », *AJDA*, no 43, 2007, 2380, p. 55. et, p. 54, citant elle-même : Tribunal civil de première instance de Papeete, 4 juillet 2007, *Consorts Tuuhia c. Polynésie française*, no 06/00027, p. 2380.

l'archéologie découvre des magnifiques navires précoloniaux. Elle met en lumière des modes de vie où la mer est fondamentale pour l'alimentation, la parure, l'habillement, la construction... d'ailleurs pourrait-il en être différemment sur une île ? Enfin l'étude de référence d'Isabelle Leblic⁴⁶ sur les *clans pêcheurs* montre que les droits d'accès aux ressources halieutiques et lagunaires sont la prérogative de certaines familles spécialisées de la société kanake. Il est en tous cas attesté l'existence d'une maîtrise collective clanique ou inter-clanique des territoires marins et de l'accès à leurs ressources... des liens juridiques que nous pouvons interpréter comme des droits patrimoniaux réels ou personnels, bien que ces notions soient la configuration doctrinale d'une réalité anthropologique *sui generis*.

Alors qu'une partie des droits ancestraux terrestres ont été constitutionnalisés par la reconnaissance des terres coutumières⁴⁷ (et à la lumière de nos précédents développements sur la non-rétroactivité du régime domanial) se pose la question de la continuité des droits ancestraux kanaks sur les lagons, rivages et autres mangroves. Comment imaginer en effet que ce qui fut accordé au Marquis de Gallefet en 1859 par la Cour d'Appel d'Aix ou à la Société des Salins de Villeneuve en 1964 par le Tribunal de Grande Instance de Montpellier puisse, dans son principe, être refusé à des personnes physiques ou morales kanakes⁴⁸ persécutées par plus d'un siècle de spoliations et de discriminations ? De mauvais esprits pourraient y voir au mieux du néocolonialisme, au pire du racisme.

Reste évidemment la difficulté d'établir l'effectivité de ces droits sur des espaces maritimes. Sans mémoire écrite précoloniale les Kanaks n'ont ni document, ni cadastre, ni notaire. Ils n'ont pas non plus le *Tomite* polynésien, cet acte sommaire (et discutable !) sur lequel s'appuya le juge de Papeete pour établir les droits des consorts Fuller sur le lagon de Tahiti.

Nous disposons cependant par analogie de décisions relatives aux terres coutumières où, si la preuve n'en est pas établie, le principe de la reconnaissance d'un titre ancestral n'est pas écarté par le juge bien que deux conditions y soient exigées⁴⁹: d'une part l'existence d'une *possession antérieure constitutive d'un titre ancestral* dans des zones acquises depuis-lors par les colons auprès du

⁴⁶ Isabelle Leblic « *Les clans pêcheurs en Nouvelle-Calédonie : Le cas de l'île des Pins* » Cahier des. Sciences Humaines 25 (1-2) 1989 : 109-123.

⁴⁷ Notamment par les articles 6, 7 et 18 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, qui reconnaît le statut coutumier kanak de certaines personnes et l'existence de terres coutumières imprescriptibles, inaliénables et incessibles

⁴⁸ Les clans et les tribus kanakes ont la personnalité juridique reconnue par les tribunaux civils et notamment la cour de Cassation

⁴⁹ Cour d'appel de Nouméa *Wezyui-Ma-Nezyui (Gowe) c. Clavel*, (2012) 10/00493, 22 mars 2012 « *Attendu que le clan Y, (...) ne rapporte pas la preuve du droit revendiqué laquelle supposerait d'établir l'existence d'une possession continue, antérieure aux titres contestés, invoqués par la partie adverse, qui se serait poursuivie de façon publique, paisible, et non équivoque jusqu'à ce jour* »

domaine privé de l'État (et donc en dehors des terres coutumières de l'article 6 et 18 de la loi organique) ; d'autre part une jouissance « *poursuivie de façon publique, paisible, et non équivoque jusqu'à ce jour* ». Mais, expulsés de leurs terres, comment les clans kanaks auraient-ils pu exercer leur possession paisiblement et de manière continue ?

2. *La reconnaissance internationale des droits ancestraux des peuples autochtones*⁵⁰

La France peut-elle maintenir cette posture discriminatoire vis-à-vis des Kanaks ? Les Nations-Unies considèrent désormais que les peuples autochtones sont des populations vulnérables et deux textes internationaux y font expressément référence. Il s'agit d'une part de l'article 23 de la convention 169 de l'Organisation Internationale du Travail adoptée en 1989 : il donne une importance particulière aux économies de subsistance des peuples autochtones et tribaux et leur reconnaissant des droits pour la chasse, la pêche, la capture et la cueillette de « *leurs ressources traditionnelles* ». D'autre part, l'article 26 la résolution sur les « Droits des peuples autochtones » du 13 de septembre de 2007 indique que « *les peuples autochtones tiennent des droits sur les terres, les territoires et les ressources qu'ils ont possédés, occupés, utilisés ou acquis traditionnellement.* »

Dans ce cadre, l'absence de formalisation écrite de titre écrit des clans kanaks ne semble pas rédhibitoire. En effet, si l'opposabilité à l'Edit de Moulin exige cette forme en métropole, la convention de l'OIT et la Résolution de 2007 établit pour les autochtones des droits d'usage et des droits présents sans condition de forme. Certes, la France n'a pas ratifié la convention 169 et la déclaration de 2007 n'a pas de valeur juridiquement contraignante, cependant la pression internationale en faveur des peuples colonisés et la reconnaissance de leurs droit constitue le creuset d'une nouvelle approche du droit.

Plus contraignant pour la France, la Cour Européenne des Droits de l'Homme reconnaît que le *droit aux biens* des personnes est protégé même en l'absence de titre formel : « *... non seulement les terres ancestrales Kanak devraient tomber dans le domaine de la propriété protégée par la constitution française mais elles font aussi partie des « biens » que la France est tenue de respecter aux termes de la Convention européenne des droits de l'Homme (...) puisque la Convention européenne a valeur supra-législative dans l'ordre interne français* »⁵¹

De même source conventionnelle, l'exigence d'un écrit est considérée comme discriminatoire car elle impose aux populations conquises un système de preuve qui n'existait pas avant leur occupation.

⁵⁰ Sur ces développements cf. notre article "*Derechos territoriales pesqueros de los pueblos indígenas*", en Oanta, G.A. (coord.), *El Derecho del mar y las personas y grupos vulnerables*, Bosch Editor, Barcelona, 2018, pp. 133-155; ISBN: 978-84-949123-9-9

⁵¹ Ghislain Otis et Aurélie Laurent, « *Le défi des revendications foncières autochtones : la Cour européenne des droits de l'homme sur la voie de la décolonisation de la propriété ?* » (2012) 89 RTDH 43. p.50

Exiger d'une population autochtone des obligations juridiques imposées par le système de droit du colon apparaît comme de la discrimination raciale.

Cependant les difficultés d'établir ces droits sont nombreuses, aux premières desquelles la faiblesse des revendications de populations souvent marginalisées, moins organisées et peu dotées de moyens juridiques pour faire valoir leurs intérêts. Les autochtones se heurtent aux difficultés de preuve de l'existence de leurs droits antérieurs dans des contextes de sociétés orales méconnaissant l'idée même de propriété. Par ailleurs, les peuples colonisés devenus minoritaires sur leurs terres devenues une colonie de peuplement ne sont pas reconnus dans leur identité autochtone et leurs droits indigènes sont niés dans leur principe même: c'est le cas typique des Kanaks de Nouvelle-Calédonie.

3. Le modèle canadien de reconnaissance des droits de pêche ancestraux des Amérindiens

Le statut des droits halieutiques de certains amérindiens du Canada est une voie pour la reconnaissance des droits ancestraux patrimoniaux des autochtones⁵². La proclamation royale de 1763 en est la base constitutionnelle reprise aujourd'hui par l'article 35 de l'acte constitutionnel de 1982 qui reconnaît et confirme les droits ancestraux et les traités indigènes des peuples amérindiens du Canada⁵³. Les *droits de pêche ancestraux* reconnus par le juge permettent aux autochtones de bénéficier du principe qui impose à l'État d'établir une priorité d'accès à une ressource de pêche traditionnellement exploitée. Un *droit collectif* est alors établi qu'il est encore aujourd'hui possible de revendiquer sans que lui soit opposé ni la prescription ni la rétroactivité du droit moderne.

Pour ce faire, le pêcheur amérindien devra fournir au juge canadien des *preuves orales ou tous documents indirects* permettant d'établir l'occupation et l'exploitation ancestrale d'un *groupe autochtone* identifiable. Le principe d'accès prioritaire aux ressources et espaces marins doit alors être mis en œuvre par les gouvernements et les mesures de police de pêche disproportionnées pourront être considérées comme non opposables aux membres de ces groupes⁵⁴. Les travaux d'histoire, d'archéologie, d'anthropologie, de linguistiques, de toponymie, les transcriptions de mémoires orales sont recevables par le juge canadien pour établir l'existence de ces droits de pêche ancestraux et les rendre opposables aux mesures de gestion des pêcheries.

⁵²Cf. sur ces droits reconnus par le juge canadien Ghislain Otis « *On a oublié les promesses premières : les droits des Kanaks sur la terre ancestrale* », in Géraldine Giraudeau (dir.), « *Les enjeux territoriaux du Pacifique* », PUNC 2021 Nouméa p.159-195

⁵³ <http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/81/72/lesdroitsancestrauxdespeuplesautochtones.pdf>

⁵⁴Cf. les Jurisprudences Sparrow de 1990 et Marshall de 1999 de la Cour suprême du Canada sur les droits ancestraux de pêche. Sur l'arrêt de principe Sparrow l'étude de Sébastien Grammond in *Mc Gill Law Journal* 1991 vol. 36 p. 1382 à 1415 <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/79901-Grammond.pdf>

Ainsi, en *droit pur*, pouvons-nous imaginer que les directions des pêches des provinces de Nouvelle-Calédonie, qui en ont les compétences halieutiques et environnementales, accordent des droits de pêche prioritaires aux clans de la mer qui apporteraient la preuve de leurs droits antérieurs à 1852. Cependant, que les Caldoches se rassurent, nous n'en sommes pas là ! Nous ne disposons pas de la documentation anthropologique des Amérindiens d'Amérique du Nord... mais surtout, face à eux, les Kanaks n'ont pas un juge de Common-Law ouvert à leurs revendications contrairement au juge de Nouméa dans l'affaire *Wezyui-Ma-Nezyui (Gowe) contre Clavel*, obtus à réclamer des preuves de propriété classiques. Enfin et surtout, pour qu'il soit reconnu, un droit doit être revendiqué : les clans de la mer de la Kanaky sont aujourd'hui inorganisés et, sans moyens matériels, ils sont invisibles sur la scène politique et sociale. *A fortiori* le sont-ils sur la scène juridictionnelle qui pourrait seule revitaliser les droits de leurs ancêtres.

Ainsi les vieilles querelles languedociennes et provençales autour de la propriété des étangs salés mettent en lumière le silence qui, en contrepoint, recouvre la question des droits ancestraux autochtones sur les espaces maritimes ultramarins. Comme exemple topique, si nous disposons d'une abondante documentation sur leurs terres spoliées, la question reste inexplorée de l'organisation sociale des tribus kanakes sur les ressources marines et sur les territoires halieutiques attenants aux tenures terrestres.

CONCLUSION

Cette croisière en eaux salées nous fait redécouvrir combien fut déterminante la contribution des tribunaux judiciaires à la définition du DPMN, une notion essentielle du droit public. Sous la monarchie de Juillet et le Second Empire, c'est la Cour de cassation qui a contribué à concevoir le droit public, non seulement sur la question du domaine mais également, par exemple, en 1856 par la création *ex nihilo* de l'établissement public. Par comparaison, nos *grands arrêts* du droit public ne s'ouvrent qu'en 1873... à propos d'un chariot de tabac baptisé *service public*.

Les étangs du Languedoc offrent un deuxième enseignement. Ils montrent que la volonté colbertiste d'accaparement des étangs a mobilisé la société civile des propriétaires, la résistance des tribunaux civils et les arbitrages des plus hautes juridictions malgré les interventions du ministère de la Marine. C'est là une belle leçon de « démocratie juridictionnelle » qui nous parvient du siècle de Balzac : cela apparaît bien singulier à l'heure où, sur tous sujets, tout est attendu passivement de lois bâclées, rédigées par un cercle de technocrates à la culture univoque.

Enfin, pour revenir aux leçons d'Alioune Fall, ce rapide tour du monde, qui va des étangs du golfe du Lion jusqu'aux récifs coralliens du Pacifique, illustre le mot de Pierre Legendre : « *comme Monsieur Jourdain faisait de la prose, les juristes font de l'histoire sans le savoir* ». Peut-on d'ailleurs faire sérieusement du droit sans recourir à l'ensemble des sciences ? L'examen de la construction de la

domanialité naturelle nous a fait dépoussiérer de vieux papiers, examiner les doctes principes des géographes et des ingénieurs d'hydraulique... sa prospective outre-mer nous a fait cousiner avec l'archéologie et l'ethnologie sur arrière-plan de décolonisation. Sans le secours de ces disciplines, notre raisonnement juridique apparaît aussi vain que l'ordonnement des chaises dans la pièce d'Eugène Ionesco.