

Mare nostrum : imperium ou dominium ?

par Laura GUTIERREZ-MASSON

(*Universidad Complutense, Madrid*)

Compte tenu du sujet choisi pour la 46^e session de la Société Internationale Fernand De Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité, nous abordons à cette occasion le régime juridique de la mer et du littoral au sein de la jurisprudence romaine : un des aspects inépuisables de l'unification du Droit menée par Rome, ayant conquis tout l'Océan navigable, si nous nous en tenons à la remarque de Denys d'Halicarnasse (*Antiquitates Romanae* 1,3).

Il s'agit, sans aucun doute, d'une question qui intéresse, d'une part, l'optique du droit privé, car elle trace "le champ d'action et de prétention" -d'après les paroles de DUMÉZIL- des particuliers sur le mer et la côte ; d'autre part, dans le domaine du Droit International elle a été un aspect clé dans la lutte pour la liberté des mers, livrée dans l'ère moderne avec les lettres et les armes par divers États européens, en prenant comme point de

référence les écrits des juristes romains et de ceux de la Renaissance.

De même, la mer et le *litus maris* attirent l'intérêt du Droit Administratif de par leur intégration dans l'ensemble des biens domaniaux, soumis à la protection de l'État face à des pratiques individuelles abusives, qui entravent ou même empêchent l'usage public auquel ils sont destinés.

Nous ne prétendons pas apporter d'innovations au sujet du statut de la mer et du littoral, brillamment traité par des romanistes de la taille de SCHERILLO, DELL'ORO, BIONDI ou MAROI, et plus récemment par des historiens du Droit comme CHARBONNEL et MORABITTO, mais soumettre à votre considération la mosaïque de solutions contenue dans les textes jurisprudentiels romains ; celles-ci peuvent causer une certaine perplexité par leur apparente contradiction, mais, après une étude approfondie, elles révèlent s'être inspirées de la même *ratio decidendi*.

*

* *

Le philosophe allemand du siècle dernier Ernst KAPP situe Rome, dans sa périodification des seigneuries de la mer, à l'époque thalassique, c'est-à-dire de la culture des mers fermées et des bassins méditerranéens (1). Cette affirmation s'avère paradoxale, si nous tenons compte du fait que le Romain fut un peuple consacré depuis ses débuts à des activités terrestres,

1) E. KAPP, *Geografía general comparada* (1845), cité par C. SCHMITT, *Tierra y Mar*, trad. espagnole Fernández Quintanilla (Madrid, 1952), 23.

comme l'agriculture et l'élevage, et qui craignait la mer et la navigation (2).

Cependant, la conjugaison de facteurs en essence politiques, économiques et idéologiques conduisit les Romains, à partir du III^e siècle av. J.-C., à surmonter leurs anciennes craintes et à se lancer dans une carrière expansionniste, précisément par voie maritime. Un tel changement d'attitude supposa une nouvelle forme d'existence historique et exigea une organisation en fonction du nouvel élément eau, qui atteindrait, bien entendu, le domaine juridique aussi bien public que privé.

Il est bien connu que la sagesse romaine ancienne identifiait le *bonus vir* au *bonus agricola* (3), modèle ou prototype à atteindre par les membres des couches sociales plus élevées, qui, avec leur consécration à la terre, devaient préserver les piliers de l'économie et aussi de la religion et de la morale. Par ailleurs, la psychologie sociale des anciens Romains était imbue d'une forte aversion envers tout ce qui était externe, inconnu (4), convaincus qu'ils étaient que l'ouverture de l'échange avec d'autres peuples entraînait de l'instabilité ; ainsi, comme exemples notoires de la mentalité traditionnelle, Caton parlait des dangers du

2) Dans ce sens, GARCÍA ARIAS, *La libertad de los mares en la concepción jurídica romana*, dans *Estudios Sánchez del Río* (1967), 125-126.

3) Vid. BRETONE, *Storia del diritto romano* (Rome-Bari, 1987), 123.

4) Caton, *De agricultura* 5, 3. Sur l'influence de la tradition dans la propriété catonienne, dans laquelle il n'y a pas de place pour la *luxuria* comme il y en aura plus tard dans la varronienne par l'effet du commerce, vid. l'intéressant article de TORELLI, *La formazione della villa*, dans *Storia di Roma* 2, *L'impero mediterraneo* (Turin, 1990), 132.

commerce (5) et Cicéron de *corruptela ac mutatio morum* à propos des villes côtières qui étaient ouvertes à l'influence étrangère (6).

Pour ces raisons, les premiers faits historiques qui offrirent à Rome le contact et la conquête ultérieure des territoires d'outre-mer, curieusement, ne visèrent pas un objectif maritime, mais terrestre -augmenter la richesse foncière-, et le commerce à ses origines fut seulement protégé dans la mesure où il servait à ravitailler la population et accroître le Trésor Public (7). Cependant, les principaux risques du commerce par mer, la piraterie et l'étendue des distances à parcourir, difficilement surmontables pour les particuliers, amena l'État à intervenir au moyen de traités politiques garantissant l'accès aux ports et la sécurité physique et juridique des opérations commerciales.

Dans ce contexte furent conclus les deux premiers traités entre Rome et Carthage, dont la chronologie paraît incertaine à cause de la contradiction observée entre les témoignages de Polybe et de Tite-Live d'un côté, et de Diodore, de l'autre. Polybe situe le premier traité pendant le consulat de Junius Brutus et Marcus Horatius en l'an 509 av. J.-C., immédiatement après la chute de la monarchie (8), et Tite-Live parle d'un traité en l'an 348 av. J.-C qui aurait été renouvelé une troisième fois en 306

5) Caton, *ibid. praef.* 3.

6) Cicéron, *De re publica* 2, 4, 7.

7) Dans ce sens, HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain (Histoire externe - droit maritime)* (Paris, 1929), 36.

8) Polybe 3, 22-24.

av. J.-C (9), ce qui se présente comme une référence tacite au premier de 509 ; par contre, pour Diodore le premier traité daterait de 348 av. J.-C. (10).

Conformément au récit polybien, les deux traités contenaient les conditions dans lesquelles allait se développer le commerce entre Rome et Carthage ; ils imposaient des limites géographiques à la première pour naviguer au-delà des territoires aux mains des carthaginois (11) et établissaient des mesures juridiques pour assurer l'équité des transactions portuaires (12). Dans tous les deux on observe nettement que la préoccupation romaine était l'expansion terrestre, Carthage s'engageant à remettre à Rome les villes conquises dans le Latium, et se

9) Tite-Live 7, 27, 2.

10) Diodore 16, 19, 1.

11) Le premier traité empêchait la navigation au large des côtes nordafricaines au-delà du Beau Promontoire, sauf pour cause de naufrage, auquel cas il permettait un séjour n'excédant pas cinq jours pour approvisionnement. Sur ce point, vid. HEURGON, *Sur l'interdiction de naviguer au-delà du Beau Promontoire dans le premier traité entre Rome et Carthage*, dans *Antiquités Africaines* 14 (1979), 37 ss. — Le deuxième étendait l'interdiction à la Sardaigne et aux côtes du Sud-est ibérique (concrètement, au-delà de Mastie de Tartèse, proche de Carthage la Neuve, l'actuelle Cartagena). Le durcissement des conditions est dû au fait que, dans le laps de temps écoulé entre les deux traités, Carthage avait étendu son empire en Méditerranée occidentale. Cf. PLACIDO SUAREZ, *La formación de los Estados en el Mediterráneo occidental* (Madrid, 1991), 208.

12) Il était établi une égalité entre romains et carthaginois en vue de célébrer des actes de commerce, au moyen d'un mécanisme international de vente qui supposait la présence d'un greffier ou d'un scribe et une caution publique garantissant la livraison. Toute transgression de la *fides* inhérente au traité était de la compétence des *recuperatores* à Rome ou d'arbitres analogues à Carthage, qui jugeraient conformément au *ius gentium*. Cfr. HUVELIN, *op. cit.*, 22-23.

protégeant en échange contre toute forme de piraterie, de commerce régulier et de colonisation dans la Méditerranée occidentale, s'affirmant ainsi, en définitive, comme puissance maritime.

A partir de ce moment-là, bien que Rome et Carthage aient maintenu leur politique d'alliances, celles-ci devinrent dépourvues de sens au fur et à mesure qu'augmentait leur pouvoir respectif, terrestre et maritime, et que leurs intérêts en Méditerranée étaient de plus en plus opposés ; jusqu'à ce qu'au III^e siècle av. J.-C. une série d'événements exogènes et endogènes précipitèrent leur affrontement armé dans les fameuses Guerres Punique, qui permirent à Rome la conquête de tout le bassin méditerranéen (13).

Nous ne nous étendrons pas sur les faits exogènes, essentiellement de caractère politique, qui déclenchèrent les Guerres Punique (comme la menace romaine pour les villes grecques du Sud de l'Italie, le conflit en Sicile entre Agrigente et Syracuse, et l'intervention du roi Pyrrhus), mais en revanche notre intérêt se porte plutôt, de par son rapport avec ce qui précède, vers certaines raisons, que nous qualifions d'endogènes ou internes, nées dans la nouvelle société romaine à la fin du III^e siècle av. J.-C. D'une part, l'idée éthique du *bellum iustum*, en ce sens que la guerre était juste car elle assurait la protection des alliés reposant sur la *fides*, c'est-à-dire sur la protection assumée

13) Les sources littéraires évoquent souvent la domination de Rome sur la mer, ainsi Denys d'Halicarnasse, *Antiquitates Romanae* 1, 3 cit. ; Lucain, *Pharsalia* 1, 1, 110.

par Rome (14), cessa d'être une conviction exclusive de l'aristocratie et envahit tout le peuple romain ; d'autre part, le déclin des valeurs traditionnelles déjà mentionné ouvrit les portes au commerce et laissa entrevoir que la guerre était profitable surtout pour étendre les marchés.

Le commerce et la navigation perdirent leur sens péjoratif (15) et passèrent du plan international au plan interne, dans ce sens que le *commercium* ne fut plus conçu comme un droit de marché sujet à un mécanisme international (voir *supra* note 12) octroyé aux citoyens de deux États au moyen de traités, mais comme la faculté reconnue par Rome à tous les hommes vivant en liberté dans ses territoires d'acheter et vendre selon des pratiques juridiques romaines, ou bien communes à tous les peuples, ou même reçues d'autres peuples (16).

*

* *

14) Dans ce sens GABBA, *L'imperialismo romano*, dans *Storia di Roma* 2, *cit.*, 194.

15) Même la *nobilitas* la plus réticente se consacra à ces activités, comme le prouve le plébiscite Claudien de l'an 218 av. J.-C., qui interdit aux sénateurs la possession de navires à des fins spéculatives, probablement dans l'intention de préserver les anciennes valeurs. Sur la *lex Claudia*, cf. ROTONDI, *Leges publicae populi romani* (Milan, 1922, réimpression 1966), 249 ; BRETONNE, *op. cit.*, 123 note 18 et CLEMENTE, *La politica romana nell'età del imperialismo*, dans *Storia ...*, *cit.*, 258. Plus tard, Sénèque louera de façon réitérée les avantages du commerce maritime dans *Naturales Quaestiones* 3, 4 ; *Litterae morales* 11, 87.

16) Le commerce maritime rejoint le domaine du *ius gentium* : la loi romaine accueille la coutume maritime rhodienne dans tout ce qui ne lui est pas contraire. A ce sujet, HUVELIN, *op. cit.*, 34.

Dans ce nouvel état de choses, il était logique que le *Mare nostrum* et ses côtes éveillent progressivement l'intérêt des juristes, étant donné la possibilité de patrimonialiser l'eau et le littoral ainsi que les activités -commerce, pêche et construction notamment- qu'ils engendraient.

De ce point de vue se pose une série d'interrogations intimement liées: à quelle catégorie de biens appartiennent la mer et le *litus maris*? S'agit-il de biens authentiquement domaniaux? Est-il possible de les privatiser et jusqu'à quel point?

Selon la thèse majoritaire (17), la mer et le littoral eurent, au moins dans les premiers temps, un traitement juridique homogène à cause de la relation d'accessoire à principal existant entre eux; traitement apparemment complexe dans les sources, qui oscillent entre différentes catégories conceptuelles, et par conséquent, entre divers régimes juridiques, ce qui sans doute fut le fruit d'une évolution plus que probable de la pensée jurisprudentielle (18).

Dans un premier stade, situé à l'époque républicaine et aux débuts du Principat, les juristes qualifient la mer et le *litus maris* de *res publicae*, c'est-à-dire, choses qui appartiennent à tous les membres du *populus romanus* -à cause de l'assimilation du

17) Cf. BIONDI, *Condizione giuridica del mare e del litus maris*, dans *Scritti giuridici* 3 (1965), 113.

18) Nous acceptons entièrement la ligne évolutive tracée par DELL'ORO, *Le res communes di Marciano*, dans *Studi Urbinati* (1962/63), 253.

populus à *res publica* du point de vue patrimonial- (19) : chacun peut exercer librement dans ceux-ci des facultés d'usage et de jouissance, ayant toutefois comme limite de ne pas gêner les facultés coïncidentes des autres. Ainsi, pour Ariston, ce qui se construisait en mer devenait privé, et ce que la mer occupait devenait public, en lui appliquant donc sa même qualité :

Aristo ait, sicut id, quod in mare aedificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum (20).

Pour Labéon était applicable l'interdit *ne quid in loco publico (in mari) fiat* contre celui qui construisait en mer ou sur les rivages, endommageant les ports ou empêchant la navigation :

...Si in mari aliquid fiat, Labeo competere tale interdictum ne quid in mari inve litore quo portus, statio iterve navigio deterius fiat (21).

19) A ce sujet, *vid.* GUTIERREZ-MASSON, *Les actions populaires à Rome*, dans *Justice populaire* (Lille, 1992), 56-57.

20) Rapporté par Pomponius, 6 *ex Plaut.*, D. 1, 8, 10.

21) Rapporté par Ulpien, 68 *ad edictum*, D. 43, 12, 1, 17. Dans un autre texte, 68 *ad edictum*, D. 43, 8, 2, 8, Ulpien parle du même interdit, mais cette fois accordé *utiliter*, ce qui laisse penser que ce juriste concevait déjà la mer et le *litus maris* comme des *res communes omnium*, et non pas publiques, car dans ce dernier cas on aurait accordé un interdit par voie directe, de la même façon qu'au D. 39, 1, 1, 18 - 52 *ad edictum* il n'admet pas l'*operis novi nuntiatio iuris publici tuendi causa*, sauf pour demander une *cautio damni infecti*, fondée sur un éventuel défaut des travaux et non pas du terrain, comme il l'explique au D. 39, 2, 24 - 81 *ad edictum*. A ce sujet, *vid.* SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano* (Milan, 1945), 82 ss. Cependant, il y a lieu de penser que l'interdit était utile parce qu'il était orienté vers la défense d'un usage, et non pas d'une possession *stricto sensu*.

Pomponius disait expressément que le littoral était public et que chacun pouvait solliciter du préteur qu'il se prononce sur le caractère licite ou non d'une construction d'autrui, ou même s'y opposer de sa propre main, ce qui constituerait à notre avis une manifestation évidente du droit de veto ou *prohibitio* qui appartenait à chaque copropriétaire :

Quamvis quod in litore publico vel in mari exstruxerimus, nostrum fiat, tamen decretum praetoris adhibendum est, ut id facere liceat : immo etiam manu prohibendus est, si cum incommodo ceterorum id faciat : nam civilem eum actionem de faciendo nullam habere non dubito (22).

Cependant, le texte paraît contenir une contradiction, car l'exigence du décret du préteur sur le caractère licite ou non de l'*opus* proviendrait d'une inspection ou vigilance de la part de l'État qui se marie mal avec la défense privée, c'est ainsi que la *prohibitio manu* fut interprétée par les glossateurs dans le sens qu'elle n'était permise en aucun cas (23). On a pensé, également, à une interpolation d'*immo* à *id faciat*, mais, comme l'a vu SCHERILLO, elle s'avère difficilement explicable, puisque la défense privée s'annonçait dans la mentalité justinienne comme un simple souvenir historique (24).

22) Pomponius, 6 *ex Plaut.*, D. 41, 1, 50.

23) Cf. CHARBONNEL - MORABITTO, *Les rivages de la mer : droit romain et glossateurs*, RHD 65 (1987), 38.

24) Vid. SCHERILLO, *op. cit.*, 78.

Les juristes du II^e siècle, et parmi eux Pomponius ne constitue pas une exception, se centrèrent sur le *populus romanus* transformé en personne juridique, et lui attribuèrent une double mission par rapport à la mer et au *litus* : le protectorat et l'arbitrage dans les conflits maritimes internationaux, et, dans le domaine interne, la garantie de l'*usus publicus* des particuliers, qualifié par certains d'*usus publicus iuris gentium*.

Les deux aspects sont parfaitement signalés dans le texte de Celse 39 *digestorum*, D. 43, 8, 3 :

Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror : Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.

Au paragraphe initial il affirme la souveraineté de Rome sur le littoral maritime face aux autres peuples. Il s'agit là d'une affirmation de caractère politique, ou si l'on veut juridico-public, raison pour laquelle elle aurait été incluse dans le livre consacré à la *lex Cornelia de captivis* (25), car il est possible d'entrevoir une allusion au *postliminium* concédé aux prisonniers romains qui réussissaient à regagner les côtes romaines (26).

Au §1 il parle d'un usage commun, et non public, de la mer, et ne se prononce pas sur la question de la propriété ; il

25) LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* (Graz, 1960), § 273.

26) Cf. MAROI, *Sulla condizione giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano*, *RISG* 62 (1919), 160.

n'affirme même pas l'*imperium* romain sur elle, comme il l'a fait auparavant pour le *litus*. Pour cette raison, le texte peut faire l'objet de deux lectures : a) déduire que Celse esquisse un régime juridique différencié pour la mer, commune à toute l'Humanité, et le littoral, appartenant à Rome et ouvert à l'*usus publicus*. Précisément, Grotius, dans la "bataille livresque" soutenue pendant le XVII^e siècle contre la Grande Bretagne, soulignait que, dans ce texte, Celse parlait seulement du littoral, susceptible d'occupation car il s'agissait d'une *res nullius* -tel que l'affirme aussi Neratius au D. 41, 1, 14, pr. que nous aurons l'occasion d'aborder plus loin- ; l'omission de la mer lui sert à confirmer sa thèse du *mare liberum*, vis-à-vis duquel Rome jouait seulement le rôle de protectrice de la navigation contre la piraterie (27).

Cette idée de la séparation de la mer et du *litus*, quant au régime juridique, ne semble pas tout à fait improbable, si l'on tient compte que le littoral était la frange de territoire appartenant à Rome qui était baignée par le flux maximum en hiver, tel que le rapportent les *veteres* (28), et serait donc soumis au même régime public, indépendamment du régime attribué à la mer. Cependant, à notre avis, l'interprétation du texte de Celse est forcée par ceux qui, comme MAROI (29), déduisent un caractère public pour la

27) H. GROTIUS, *Mare liberum*, chapitre V (Leiden, 1609), trad. espagnole de GARCÍA BLANCO et GARCÍA ARIAS (Madrid, 1979), 102.

28) Aquilius Gallus rapporté par Celse, 26 *digestorum*, D. 50, 16, 96, pr.; Cassius chez Javolenus, D. 50, 16, 112.

29) MAROI, *op. cit.*, 163.

mer adjacente à la côte et un caractère public pour la mer ouverte, car cela signifierait reporter au II^e siècle l'élaboration du concept moderne de mer territoriale.

b) Une deuxième hypothèse, que nous préférons, insisterait sur les deux mots clés du texte : celui d'*imperium*, la souveraineté politique de Rome sur la mer et le *litus*, ce qui lui permettrait une fonction de contrôle ou d'inspection sur eux, mais complètement étrangère à l'idée de *dominium* ou propriété⁽³⁰⁾, et celui de *communem*, qui, au contraire, se rapportait à l'usage pour tous les hommes de la mer et, par conséquent, des territoires baignés par elle, ce qui exclurait toute forme d'appropriation de la part de Rome ou de tout autre peuple.

Le fait que Celse emploie l'adjectif "commun" semble indiquer une certaine influence de la conception philosophique stoïcienne et laissait présager la catégorie juridique de *res communes omnium* accueillie un siècle plus tard par Marcien dans le troisième livre de ses Institutions (D. 1, 8, 2).

A propos de manifestations concrètes de l'usage commun, Celse signale que l'autorité romaine devait concéder au particulier la possibilité d'enfoncer des piliers dans la mer à proximité de la côte, mais qu'une telle concession dépendait du fait que cette pratique ne diminue pas l'usage futur du littoral ou de la mer (... *sed id concedendum non esse si deterior futurus sit* ...) (31). La

30) Voir dans le même sens OURLIAC - MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit* 2 (Paris, 1961), trad. esp. M. FAIRÉN (Barcelone, 1963), 22.

31) BRANCA, *Le res extra patrimonium humani iuris*, dans *Annali triestini* (1941), 105, considère cette phrase comme interpolée.

même solution apparaît chez d'autres juristes comme Pomponius qui, au D. 41, 1, 50 déjà cité, réclame le décret du préteur au sujet du caractère licite de la construction (... *decretum praetoris adhibendum est* ...) et Scaevola, qui considère licite d'édifier en mer, sauf si l'édification empêchait l'*usus publicus iuris gentium* (32).

Le caractère public *iuris gentium* se retrouve chez d'autres juristes classiques tardifs, comme Papinien (33) et Paul, qui exclut du commerce le littoral en vertu du droit des gens :

... *Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit : quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est* ...

Litora, quae fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur, quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant ... (34),

bien qu'il soit probable, comme le soutient LOMBARDI (35), que la catégorie des *res publicae iuris gentium* ait été conçue comme telle à l'époque postclassique, car elle apparaît pour la première fois dans les *Res cottidianae*, dans deux textes à propos de la *divisio rerum* contenus au D. 1, 8, 5, pr. et au D. 41, 1, 1, pr.:

32) Scaevola, 5 *responsorum*, D. 43, 8, 4.

33) Papinien, 10 *responsorum*, D. 41, 3, 45, pr.

34) Paul, 33 *ad edictum*, D. 18, 1, 34, 1 ; 21 *ad edictum*, D. 18, 1, 51.

35) LOMBARDI, *Sul concetto di "ius gentium"* (Rome, 1947), 378.

Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis.

Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae. et quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit ;

ce serait la raison pour laquelle la Paraphrase de Théophile (2, 1, pr.), s'inspirant de cette oeuvre postclassique (36), faisait la distinction entre les *res publicae* propres aux Romains et les *res publicae iuris gentium*, à savoir entre le caractère public imposé par le *ius civile* et le caractère public proclamé par la raison de tous les hommes.

Au III^e siècle vint se superposer, comme dernier échelon de l'évolution jurisprudentielle, la catégorie des *res communes omnium*, dans laquelle Marcien inclut la mer et le *litus maris*, tout comme l'air et l'eau courante (D. 1, 8, 2 déjà cité), faisant place de cette façon à la tendance philosophico-littéraire suivant laquelle certains biens étaient ouverts à l'usage de tous les hommes sans distinction de "nationalités" (37) et ne pouvaient devenir la

36) A propos des *Res cottidianae* comme modèle adopté par les écoles orientales pour la réalisation de la Paraphrase des Institutions de Justinien, voir SANTALUCIA, *Contributi allo studio della Parafrasi di Teofilo*, dans *SDHI* 31 (1965), 172-173, qui commente la thèse de FERRINI et ARANGIO-RUIZ à ce sujet.

37) Sénèque, exemple notoire du stoïcisme, dira que l'Univers est la *magna respublica* et la considère comme sa patrie dans *De otio*, 3, 4, en

propriété de personne. Les Institutions de Justinien recueillirent la pensée de Marcien au livre deuxième, titre premier, fragments 1 et 5 et, à propos de la mer et du littoral, les compilateurs conservèrent au Digeste les diverses catégories classiques parvenues jusqu'à eux, en estimant probablement qu'elles étaient complémentaires.

*

* *

Malgré la tendance, depuis l'époque classique centrale jusqu'à celle de Justinien, à affirmer le caractère domanial de la mer et du *litus maris*, les juristes romains ne semblent pas repousser la possibilité de privatiser certaines de leurs parcelles, ce qui peut causer quelque perplexité, ces deux situations, domanialité et patrimonialité, étant en principe antagoniques.

Comme nous l'avons vu, Ariston se prononçait en faveur du caractère privé des constructions sur la côte ; Celse (*loc. cit.*) entendait que les piliers enfoncés dans la mer appartenaient à celui qui les avait placés (... *iactasque in id pilas eius esse qui iecerit* ...); Pomponius attribue la propriété de la construction au constructeur (38). Dans le même sens se prononce Neratius, 5 *membranarum*, D. 41, 1, 14, pr., qui compare la côte avec les animaux en liberté qui, étant des *res nullius*, deviennent

s'inspirant de Zénon, qui voit les hommes concitoyens du même *dèmos* ou ville, Pseudo-Plutarque, *Fortune d'Alexandre*, 1.

38) Pomponius, 34 *ad Sabinum*, D. 41, 1, 30, 4.

immédiatement la propriété de celui qui les occupe, et la distingue des *res in patrimonio populi*, son caractère public lui étant imposé par la nature elle-même :

Quod in litore quis aedificaverit, eius erit : nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt ; nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, domini fiunt.

Cependant, l'explication fournie par le juriste proculien ne semble pas tout à fait satisfaisante, si l'on tient compte, d'une part, que d'autres biens avec les mêmes caractéristiques, tels que mines ou carrières, étaient qualifiés de *res in patrimonio populi*, c'est-à-dire de biens appartenant à l'État, susceptibles de concessions à des particuliers. D'autre part, l'existence d'édifications particulières en mer ou sur la côte, ainsi que de droits exclusifs de pêche auxquels se réfère Ulpien (39), paraissent contredire l'idée d'un domaine public "naturel" ou "nécessaire" (40), et pour cette raison on pourrait songer à un caractère public dépendant de sa destination à l'usage de tous par les pouvoirs publics (*res usui populi destinatae*) ou au Trésor Public (*res in patrimonio populi*), plutôt qu'à un domaine public

39) Ulpien, 57 *ad edictum*, D. 47, 10, 13, 7 ; D. 47, 10, 14.

40) Dans le même sens HAURIOU entend que l'appropriation particulière d'un seul mètre carré de domaine public s'oppose fondamentalement à la conception naturaliste, cf. *Précis de Droit Administratif* (Paris, 1943), 357.

"aprioristique" ou naturel. Malgré tout, la conception naturaliste, qui part de la jurisprudence romaine et peut-être concrètement de la phrase de Neratius ... *quae primum a natura prodita sunt* ..., a fait l'objet d'une tradition législative (41) et doctrinale (42) persistante, qui entend que l'affectation à l'usage public de certains biens (la mer et la plage, dans ce cas) est prédestinée par leurs caractères naturels.

En tout cas, la privatisation de parcelles de mer ou de côte semble être tempérée par ces même juristes qui l'admettent, en se centrant sur deux aspects: le caractère provisoire ou temporaire des constructions particulières, et la séparation, par oeuvre du préteur, du *solum* et de la *superficies*. Ainsi, en adoucissant la *vis attractiva* du sol proclamée par le *ius civile*, on oscille entre la propriété privée du *solum* (43) et une superficie ou sol privés sur un sol public, mais dans les deux hypothèses dans la mesure où il s'agit d'un usage et d'une jouissance privatifs appelés à disparaître avec le temps ; disparition faisant que la mer et le *litus maris* recouvrent immédiatement leur condition primitive de biens publics, que, par ailleurs, pour beaucoup, ils ont seulement perdu en superficie, d'où la comparaison de Neratius avec les *ferae bestiae*, qui peuvent récupérer la *naturalis libertas*.

41) Dans le Droit moderne espagnol : l'Exposé des Motifs de la Loi des Eaux de 1866 ; art. 339 du Code Civil de 1888 ; art. 122 de l'avant-projet de Constitution de 1978 ; art. 132, 2 de la Constitution ; art. 1 de la Loi des Côtes de 1988.

42) Voir GARCIA DE ENTERRIA, *Apuntes de Derecho administrativo*, 2°, I (Madrid, 1982), 114 ss.

43) Marcien, 3 *inst.*, D. 1, 8, 6, pr.

Dans ce sens, les *Res cottidianae* (D. 1, 8, 5) et les Institutions de Justinien (2, 1, 5), à propos des constructions, ne parlent pas d'une *domus*, d'une demeure à caractère permanent, mais de *casam*, d'une hutte pour s'abriter (... *casam in litore ponere, in qua se recipiant* ...), retirer les filets de la mer et les faire sécher (*reducere* ou *deducere ex mare*) (44) :

... itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere ... (D. 1, 8, 5).

Litorum quoque usus publicus iuris gentium est, sicut ipsius maris : et ob id quibuslibet liberum est casam ibi imponere, in qua se recipiant, sicut retia siccare et ex mare deducere (I.J. 2, 1, 5).

Marcien (45) considère l'éventualité d'une destruction de l'édifice, qui permet au lieu de récupérer son ancienne condition au moyen d'un *quasi postliminium* (46), en l'assimilant donc au cas des prisonniers de guerre qui, lorsqu'ils s'évadent, recouvrent leur ancienne liberté par le droit des gens (47). La même idée se trouve chez Neratius, qui semble attribuer au

44) A propos de telles activités LENEL, *Palingenesia, cit.*, § 490 note 5, indique que Gaius les aurait rapportées au littoral, mais qu'elles auraient été transposées par erreur aux rives des fleuves (*riparum*) par les compilateurs de Justinien.

45) Marcien, *loc. cit.*

46) L'allusion, expresse ou tacite, au *postliminium* à propos du littoral est une constante chez les juristes classiques du II^e siècle, car elle apparaît aussi dans le texte de Celse au D. 43, 8, 3, pr. (déjà commenté p. 303).

47) *Res cottidianae* 2, D. 41, 7, pr.

particulier uniquement la propriété de la construction (... *hoc est utrum maneat eius cuius fuit aedificium*) et non pas du *locus* en soi, lequel, une fois la construction disparue (... *sublato aedificio* ...), retrouve son ancienne condition publique à travers la *fictio iuris* de ne jamais avoir été construit (... *in pristinam causam reccidit* ..., *ac ... fuisset*) :

Illud videndum est, sublato aedificio, quod in litore positum erat, cuius condicionis is locus sit, hoc est utrum maneat eius cuius fuit aedificium, an rursus in pristinam causam reccidit perindeque publicus sit, ac si numquam in eo aedificatum fuisset. quod propius est, ut existimari debeat, si modo recipit pristinam litoris speciem (48).

La dernière phrase du texte (... *si modo ... litoris speciem*), que PERNICE estime interpolée, est très intéressante, car elle peut rejoindre l'idée de domaine public naturel suggérée auparavant, étant donné que le *locus* ne redeviendrait public que s'il récupérerait ses conditions naturelles originelles. Le phénomène contraire a été étudié par la doctrine administrativiste moderne sous le nom de dégradation, et s'entend comme désaffectation du bien public quand la cause naturelle qui a déterminé sa destination change de façon substantielle, au point que divers auteurs admettent l'usucapion en certains cas (49).

48) Neratius, 5 *membranarum*, D. 41, 1, 14, 1.

49) GARCIA DE ENTERRIA, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo* (Madrid, 1974), 120 ss.

D'autre part, les possesseurs de parcelles de mer ou de côte sont protégés par des interdits contre toute perturbation dans leur usage ou jouissance exclusifs pendant la durée de la construction, comme le signale Paul quand il parle d'un droit sur la mer pour cause privée :

Sane si maris proprium ius ad aliquem pertineat, uti possidetis interdictum ei competit, si prohibeatur ius suum exercere, quoniam ad privatam iam causam pertinet, non ad publicam haec res, utpote cum de iure fruendo agatur, quod ex privata causa contingat, non ex publica. ad privatas enim causas accomodata interdicta sunt, non ad publicas (50).

et par la *praescriptio longi temporis* pour l'édifice, mais non pas le terrain, contre toute réclamation de tiers :

Praescriptio longae possessionis ad optinenda loca iuris gentium publica concedi non solet. quod ita procedit, si quis, aedificio funditus diruto quod in litore posuerat (forte quod aut deposuerat aut dereliquerat aedificium), alterius postea eodem loco extracto, occupantis datam exceptionem opponat, vel si quis, quod in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure prohibeat (51) ;

in tantum, ut et soli domini constituentur qui ibi aedificant, sed quamdiu aedificium manet : alioquin aedificio

50) Paul, 13 *ad Plautium*, D. 47, 10, 14.

51) Papinien, 10 *responsorum*, D. 41, 3, 45, pr.

dilapso quasi iure postliminii revertitur locus in pristinam causam, et si alius in eodem loco aedificaverit, eius fiet (52).

Cependant en aucun cas ils ne peuvent empêcher l'accès à ces parcelles dans le but, par exemple, de pêcher (53) -ce qu'ils auraient pu faire s'ils étaient de vrais propriétaires-, sous peine de subir une *actio iniuriarum* (54).

*

* *

De tout ce qui précède, nous pouvons conclure que les juristes romains ont eu des opinions convergentes sur le traitement de la mer et du *litus maris*, bien qu'exprimées dans une terminologie fluctuante et de plus en plus perfectionnée : *res usui populi destinatae*, *res nullius*, *res publicae iuris gentium*, *res communes omnium* visèrent le même objectif, celui de proclamer l'exclusion de toute possibilité d'appropriation, de la part de l'État ou de particuliers, celle-ci étant incompatible avec l'utilité commune intrinsèque de ces choses. Chacun pouvait pêcher librement en mer, se promener sur la plage, acquérir par occupation les objets déposés par le flux (55), construire des

52) Marcien, 3 *inst.*, D. 1, 8, 6 (cité notes 43 et 45).

53) Marcien, 3 *inst.*, D. 1, 8, 4.

54) Pomponius-Ulpien, 57 *ad ed.*, D. 47, 10, 13, 7 cité note 39.

55) Florentin, 6 *inst.*, D. 1, 8, 3. Dans le même ordre d'idées Ulpien, 56 *ad edictum*, D. 47, 9, 3, pr. estime qu'il n'y a pas vol lorsque quelqu'un emporte les épaves échouées sur la côte après un naufrage.

abris et en prendre possession, mais le sol où ils s'éri­geaient restait ouvert à tous, ne serait-ce que de façon latente, en attendant la cause la plus probable de disparition de telles constructions, à savoir l'avance continue de la mer vers la terre -ce qu'on appelle actuellement la mobilité du littoral- qui rendait au lieu sa *pristina facies* et l'*usus communis*.

Malheureusement, bien que les sources romaines aient fourni aux législations modernes les principes d'inaliénabilité, imprescriptibilité et usage public pour la mer et ses rivages, l'augmentation accélérée et non moins surprenante des enclaves privées, avec les dommages qui s'ensuivent, a vidé ces principes de leur contenu et a réclamé la promulgation de nouvelles lois qui mettent un frein à des pratiques inconciliables avec un sentiment juridique ancien et fortement enraciné.