

La police de l'eau

Réglementer les usages des eaux : un défi permanent

Sous la direction de

Anthony Mergey,

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

et

Frantz Mynard,

Maître de conférences à l'Université de Nantes

**LA POLICE DE L'EAU
RÉGLER LES USAGES
DES EAUX :
UN DÉFI PERMANENT**

**Sous la direction de
Anthony Mergey,
professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
et
Frantz Mynard,
maître de conférences à l'Université de Nantes**



CHEZ LE MÊME ÉDITEUR

- Le Lexique six Langues de l'Eau, collectif, 2001
Abécédaire de l'agronomie Champenoise, Jean-Louis-Pascal Ballif, 1997
Dynamique de l'eau et irrigation en Champagne, Jean-Louis-Pascal Ballif, 1998
Ruissellement et érosion en Champagne, Jean-Louis-Pascal Ballif, 1999
La nature juridique de l'eau, Arnaud Gaonac'h, 1999
La responsabilité pénale des élus locaux, Sophie Canadas-Blanc 1998
Planète Eau : repères pour demain, Jean-Luc Redaud, 2000
L'eau, ressource vitale, Jean-Louis-Pascal Ballif, 2001
Histoire illustrée de 5 000 ans d'hygiène publique, Maurice Paquier, 2001
L'industrie des carrières et le développement durable, collectif, 2002
Histoires d'eaux parisiennes, Maurice Paquier, 2004
Plages en Ville, baignades en Marne, Thomas Deschamps, 2004
L'eau en France : quelle stratégie pour demain ?, Jacques Oudin, 2004
La guerre de l'eau aura-t-elle lieu ?, Nguyen Tien-Duc, 2004
Les eaux pluviales, James Chéron, Alix Puzenat, 2004
L'eau potable et l'assainissement, Jean-Luc Martin-Lagardette, 2004
Environnement et politiques locales, un nouveau défi ? Régis Morvan, 2006
Les cours d'eau et le droit, Philippe Marc, 2006
Un nouveau rôle pour les agences de l'eau ?, Bernard Kaczmarek, 2006
Les agences de l'eau : quarante ans de politique de l'eau, Jean-Loic Nicolazo, Jean-Luc Redaud, 2007
L'eau dans son environnement rural, Jacques Bordet, 2007
L'eau... Une histoire peu ordinaire, Raoul Caruba, 2008
Le renouveau du droit public fluvial, Guy Arzul, 2008
La prise en charge des dettes d'eau des usagers démunis en France, Henri Smets, 2008
Le vade-mecum de l'eau, Jean-Luc Martin-Lagardette, 2009
De l'eau potable à un prix abordable, Henri Smets, 2009
Regard juridique sur la double nature de l'eau, Marie-Agnès Bordonneau, 2009
Les principes du droit et de l'administration des Eaux, Dante A. Caponera, 2010
L'accès à l'assainissement, un droit fondamental, Henri Smets, 2010
Le droit à l'eau : une urgence humanitaire, Bernard Drobenko, 2010
La mise en œuvre du droit à l'eau : les solutions à Paris, Henri Smets, 2011
Le Conseil Mondial de l'Eau, René Coulomb, 2011
Théorie et pratique du droit de l'eau, Alan Saout, 2011
La tarification progressive de l'eau potable, Henri Smets, 2011
Dérèglement climatique et ressources en eau, Nguyen Tien-Duc, 2012
Le droit à l'eau potable et à l'assainissement en Europe, Henri Smets, 2012
Le droit à l'eau : une urgence humanitaire 2^{ème} édition, Bernard Drobenko, 2012
La protection juridique des cours d'eau, Aude Farinetti, 2012
La part fixe dans la tarification de l'eau des ménages, Henri Smets 2012
Les nouveaux tarifs de l'eau potable, Henri Smets 2013
La recherche des fuites d'eau, Alex Gaspar, 2013
Le Code de l'eau, 3^{ème} édition, Bernard Drobenko, Jacques Sironneau, 2013
Les sources du droit à l'eau en droit international, Marie-Catherine Petersmann, 2013
Territoires, villes et campagnes face à l'étalement urbain et au changement climatique, collectif, 2013
L'eau, entre réglementation et marché, sous la coordination de Max Falque, 2014
Le filtre planté de roseaux, guide d'exploitation, 2014
La traversée de la pluie, Guy Bédriot, 2014
Introduction au droit de l'eau, Bernard Drobenko, 2014
L'accès à l'eau : un nouveau droit de l'Homme ? Franck Duhautoy, 2015
Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales, Julia Gudéfin, 2015
Balade écologique au fil de la Seine, Bernard Vedry, 2015
La loi sur l'eau de 1964 : bilans et perspectives, Collectif, 2015
Le recouvrement des factures d'eau, Henri Smets, 2016
Qualité microbiologique des eaux en agglomération parisienne, Vincent Rocher, Sam Azimi, 2016
Histoires d'eau : le versant vert de l'eau française, André Paulus, 2016

Périodiques :

- L'eau, L'industrie, les Nuisances (mensuel)
Le Guide de l'Eau, collectif

ISBN : 979-10-91089-30-2

Copyright Éditions Johanel 2017, Paris

Il est interdit de reproduire intégralement ou partiellement le présent ouvrage (Loi du 11 mars 1957) sans l'autorisation de l'éditeur ou du centre Français d'exploitation du droit de copie.

*En l'honneur du
Professeur Patrick Le Louarn*

*et avec nos vifs remerciements
à Monsieur René Coulomb*

REMERCIEMENTS

Cet ouvrage est le fruit du colloque « Réglementer l'eau : un enjeu permanent. Formes et variétés de la police de l'eau » qui s'est tenu le 21 mars 2014 à la Faculté de droit et de science politique de Rennes, avec l'appui bienveillant de l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE – UMR CNRS 6262). Il reprend et développe, sous un titre légèrement modifié, les communications et les interventions de ses participants, auxquelles se sont ajoutées les contributions de spécialistes sollicités après le déroulement de la manifestation. Nous adressons nos plus sincères remerciements à tous les auteurs qui ont accepté de prendre part à la réalisation de ce projet.

Ce travail n'aurait pas pu voir le jour sans le soutien financier de l'Université de Rennes 1, Rennes Métropole, la Région Bretagne, l'IODE et l'Institut du droit public et de la science politique (IDPSP – EA 4640). Qu'ils soient tous remerciés pour leur précieuse aide. Nous sommes également très honorés d'avoir pu bénéficier du parrainage de la Chaire d'excellence Jean Monnet de Rennes (CEJM), l'École des Avocats du Grand Ouest (EDAGO), la Société Française pour le Droit de l'Environnement (SFDE) et l'Académie de l'Eau.

Notre gratitude s'adresse tout particulièrement au professeur Philippe Pierre, ancien directeur de l'IODE, à Maître Philippe Olive, ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats du Barreau de Rennes, et Frédéric Davansant, maître de conférences à l'Université du Littoral - Côte d'Opale, pour leurs conseils avisés.

Enfin, nous tenons à remercier les éditions Johanet pour leur patience et leur confiance.

Anthony MERGEY et Frantz MYNARD
Automne 2016

PRÉFACE

L'eau est indispensable à la vie humaine et à l'exercice de la plupart de leurs activités.

C'est pourquoi la plupart du temps les sociétés se sont développées à proximité d'une rivière, d'un lac ou d'une source.

Sur tous les continents, des civilisations florissantes se sont épanouies dans des vallées fluviales : souvent qualifiées de civilisations hydrauliques, leur réussite et leur décadence sont directement liées à leur degré de maîtrise et d'efficacité dans la gestion de ce bien commun vital qu'est l'eau.

La réalisation d'ouvrages hydrauliques collectifs, parfois très importants et souvent ingénieux, y assure l'approvisionnement en eau à des fins urbaines, agricoles ou industrielles, la production d'énergie, la navigation fluviale, la protection contre les inondations, la lutte contre la sécheresse...

Pour y parvenir, il faut une organisation sociale dotée de compétences, de moyens et d'autorité, pour planifier les ouvrages, superviser leur exécution et assumer leur fonctionnement et leur entretien dans la durée. Ainsi les premières lois régissant les sociétés humaines concernent généralement l'eau, notamment son partage et sa préservation.

Il est à cet effet indispensable d'exercer un certain contrôle, quantitatif et qualitatif, sur les eaux afin de satisfaire la demande et assurer une répartition équitable entre les multiples utilisations, les nombreux usagers et les différents territoires à desservir, les uns et les autres ayant des intérêts légitimes, mais concurrents, parfois même opposés, qu'il convient de concilier. Les divers systèmes de droit des eaux trouvent leur origine dans cette impérieuse nécessité.

Leur instauration, leur évolution et leurs caractéristiques varient en fonction des conditions géographiques et climatiques, du niveau des connaissances et des capacités techniques, du contexte socio-économique, culturel et politique.

L'eau occupant une place essentielle dans toutes les cosmogonies et dans les grandes traditions spirituelles, cette dimension symbolique, métaphysique et culturelle de l'eau a également influencé sa

réglementation. C'est ainsi que se sont développées les relations entre droits et devoirs par rapport à l'eau, en tenant compte des données essentielles suivantes :

L'eau est un élément mobile qui fait partie du grand cycle hydrologique, actionné par l'énergie solaire et la force de gravité ;

L'eau est très inégalement répartie dans l'espace et dans le temps, selon les saisons et selon les années ;

Qu'elle soit superficielle ou souterraine, l'eau a ses espaces spécifiques, le bassin hydrographique et l'aquifère ;

L'eau est un patrimoine commun, en perpétuel renouvellement, sur lequel s'exercent des droits d'usage plus que de propriété.

Dans ce contexte, la police de l'eau recouvre la définition et l'application de la réglementation concernant les ressources et les usages de l'eau. Il s'agit donc de prérogatives de la puissance publique qui peuvent être exercées à différents niveaux, par différentes institutions, plus ou moins centralisées, déconcentrées ou décentralisées, selon les pays et selon les époques.

En France, la police de l'eau a une histoire très ancienne et particulièrement riche d'expérience, depuis l'Antiquité au sein de l'Empire romain jusqu'à nos jours au sein de l'Union européenne, en passant par le Moyen Âge, l'Ancien Régime et la période révolutionnaire ; une expérience que nous avons aussi largement partagée outre-mer. Son évolution se poursuit encore pour s'adapter aux conditions nouvelles d'aujourd'hui et de demain, compte tenu des changements, rapides et profonds, en cours.

C'est le grand mérite des organisateurs et des conférenciers du colloque « Réglementer l'eau : un enjeu permanent. Formes et variétés de la police de l'eau », organisé le 21 mars 2014, la veille de la Journée Mondiale de l'eau, à la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Rennes 1, d'avoir présenté et débattu avec brio cette problématique complexe et sensible, d'une évidente actualité.

Qu'ils en soient tous très chaleureusement remerciés.

Jean-Louis OLIVER
Secrétaire Général de l'Académie de l'Eau

INTRODUCTION

Le droit de l'eau est devenu un enjeu majeur en France, en Europe et dans le monde. Cette partie du droit connaît un renouvellement sans précédent des politiques publiques, des études techniques, économiques, historiques et juridiques, au niveau national et international. La dernière décennie a été marquée par une recrudescence de séminaires et de travaux en sciences politiques et en droit, à laquelle s'est d'ailleurs associé l'IODE, en initiant des colloques, programmes de recherches et travaux universitaires. Cette dynamique a notamment donné lieu à un colloque en janvier 2008 dans le cadre de l'IODE intitulé « Les passeurs de normes : pratiques, mobilisations et politiques publiques autour du droit de l'eau ». M^e Denis Seguin, avocat au barreau d'Angers, avait alors pu constater « une absence de Code de l'eau, une dispersion des textes, une absence de régulation homogène ». Force est de constater l'ampleur de la mutation en cours sur un domaine devenu stratégique. Jusqu'en 2009, il n'existait qu'une codification partielle de ce droit, disséminée dans plusieurs Codes. Les textes ont été regroupés, compilés et organisés au cours des cinq dernières années, ouvrant la voie à une unification du droit de l'eau. Ce mouvement d'unification a été favorisé par l'essor considérable du droit de l'environnement, une bibliographie exponentielle, une jurisprudence en constant essor, un droit de l'eau en pleine mutation. L'une des principales difficultés concerne l'unification du contrôle diversifié des usages de l'eau. Tant du point de vue de la théorie, de l'histoire et de la pratique du droit, la « police de l'eau » constitue un objet connu à force d'être invoqué mais trop souvent éludé et rarement défini.

Schématiquement la police de l'eau englobe l'ensemble des règles imposées afin de garantir la protection et la qualité des ressources en eau. De nombreux praticiens englobent communément – et par l'effet d'un abus de langage commode – les mesures de contrôle pour la sauvegarde de l'intérêt général mais également les institutions chargées de ce contrôle. Cet amalgame souligne parfaitement l'éclatement, la diversité et la complexité de cette partie du droit, qui fait appel à des institutions aux compétences pluridisciplinaires (chimie, physique, toxicologie, hydrologie, histoire...) et qui concerne des domaines différents (l'eau potable, la gestion des milieux naturels, l'irrigation et le drainage, l'assainissement, la production d'énergie, la protection du domaine). Il existe au sens strict plusieurs polices de l'eau complémentaires et plusieurs organes de contrôle au plan national. Cette partie complexe du droit présuppose

l'articulation des droits internationaux, européens et nationaux, l'étude du droit public et du droit civil voire de l'histoire du droit pour certains pans spécifiques. C'est encore une faiblesse. Dans la première édition du Code de l'Eau en 2009, Bernard Drobenko et Jacques Sironneau faisaient le constat suivant : « Le droit français de l'eau s'inscrit dans un contexte à la fois international et communautaire dont les évolutions successives permettent d'identifier un ensemble de principes fondamentaux et de fixer un cadre pour sa mise en œuvre. Ce droit résulte aussi d'un processus historique, permettant d'identifier une évolution caractérisée par l'émergence d'une approche globale, reposant pour l'essentiel sur une gestion intégrée par bassins, un contrôle progressivement renforcé sur les usages qui prend cependant en considération les droits acquis, ainsi qu'une police et des sanctions de plus en plus adaptées, dont l'application souffre cependant de substantielles faiblesses ».

La définition de la « police de l'eau » a souvent été contournée par les juristes spécialisés, qui se sont retranchés derrière le régime plural des eaux pour éluder ce problème théorique, notamment au début du siècle. L'émergence d'une conception globalisante du droit de l'eau nécessite aujourd'hui d'y revenir. Cette approche est d'autant plus passionnante qu'elle nous renvoie à des questionnements déjà latents chez des auteurs romanistes (la protection du bien commun) et qu'elle ne peut proposer de solutions qu'au-delà des clivages traditionnels. La police de l'eau est autant administrative que judiciaire. De territorialisée qu'elle était, elle tend à devenir européenne voire globale. S'il n'existe pas encore de convention ni de police mondiale ou européenne de l'eau, la géopolitique de l'eau occupe une part grandissante dans les négociations internationales, au point de constituer aux yeux de nombreux auteurs un enjeu central du *xxi*^e siècle. Dès lors, pour saisir ces enjeux, cet ouvrage se propose d'aborder différentes problématiques liées à la police de l'eau, de l'Antiquité jusqu'à nos jours, tout en réfléchissant à son avenir dans une perspective à la fois historique, nationale, européenne et internationale.

Si, depuis 2010, le droit à l'eau potable et à l'assainissement est érigé au rang de droit de l'homme par l'Assemblée générale des Nations Unies, il n'en demeure pas moins que le statut de l'eau est ambigu : l'eau est nécessaire à tout être vivant, mais elle est également considérée depuis longtemps comme une marchandise. Le contrôle de l'eau est donc constamment une source d'enjeux aussi bien pour les compagnies privées que les États eux-mêmes. À travers quelques exemples révélateurs, allant de la plus haute Antiquité jusqu'au *xx*^e siècle, Dominique Gaurier esquisse les principaux traits de cette permanence en matière de maîtrise

des eaux (**Chapitre 1**). Par ailleurs, force est de constater que la gestion de l'eau constitue une part non négligeable des sources existantes en droit romain, puisqu'elle est évoquée aussi bien dans les compilations impériales tardives (v^e-vi^e siècles) que dans des lois municipales du Haut-Empire (en particulier espagnoles), ou dans l'épigraphie latine. L'étude de Marguerite Ronin met en exergue une réglementation des usages de l'eau publique, mais également des rapports de droit privé, traditionnellement régis par la coutume, comme le droit des servitudes, cette réglementation de l'eau et de ses usages étant fondée sur un nécessaire consensus au sein des communautés de l'Empire et la préservation de l'intérêt général (**Chapitre 2**). En France, la notion de police apparaît à partir de la seconde moitié du xiv^e siècle. Elle est d'abord envisagée sous l'angle de la « *communication civile* » par Oresme. Avant que le terme « policie » ne soit repris et diffusé par les légistes dans les ordonnances royales, cette philosophie de la police anime d'abord la poliorcétique urbaine médiévale. Elle organise l'administration des passages, la sécurité et la facilité des communications. Comme l'indique Aurelle Levasseur, elle est alors une des manifestations de la justice médiévale, qui vise à réaliser la justice de Dieu sur terre, en assurant le maintien de la paix et de l'ordre et en conservant une forme d'harmonie permettant au peuple d'atteindre le salut divin. La police médiévale est la partie de cette justice qui règle les aspects les plus matériels de la vie en commun, en s'exerçant notamment sur les échanges économiques, les métiers, ou encore les infrastructures et équipements. La question de l'eau – qui a une nature sacrée – fait donc naturellement partie de ses attributions, notamment dans le cadre de la ville (**Chapitre 3**). Avec la progression de la souveraineté monarchique, ce contrôle de la voirie et des passages tend à devenir un pouvoir politique de l'État¹. Rien n'est plus contraignant qu'un trajet obligé, qu'une interdiction de passer². À partir de la fin du xv^e siècle et au cours du xvi^e siècle, le pouvoir central accroît sa mainmise sur les fleuves et les rivières navigables. L'essor du pouvoir législatif renforce la *jurisdiction* royale sur ces biens. La qualité de gardien attribuée au roi sur le domaine de la Couronne et les choses publiques permet un rapprochement entre les deux entités : le monarque souhaite unir les fleuves navigables au domaine pour que le second bénéficie du statut des premières. Le contrôle royal des voies d'eau est encouragé par quelques juristes zélés, tel Mathieu

1. P. VIRILIO, *Vitesse et Politique*, Paris, Galilée, 1977, p. 23 : « Le pouvoir politique de l'État [...] plus matériellement est polis, police c'est-à-dire voirie ».

2. Voir C. LOYSEAU, *Traité des seigneuries*, Paris, A. L'Angelier, 1608, chap. IX, p. 221. Loyseau évoque non sans malice que les « voituriers passent autant de temps à aller chercher les billettes par chacune paroisse, qu'à traverser pays » !

de Vauzelles³. Cependant, comme le souligne Xavier Godin, la pratique royale suscite les réserves de la doctrine, et spécialement de Charles Loyseau. Afin de préciser le lien juridique entre les choses publiques et le roi, cet auteur distingue le droit de police de la justice civile et le répartit entre le roi et les seigneurs hauts justiciers, tout en envisageant également une répartition de la police entre le pouvoir central et les villes. La police a progressivement englobé des domaines aussi distincts que l'approvisionnement, la salubrité, l'ensemble des règles prises et appliquées afin de protéger et d'exploiter les eaux, et la façon dont la *jurisdiction* y est revendiquée et exercée (**Chapitre 4**). Au début du XVIII^e siècle, la notion de police prend une nouvelle dimension et une autre résonance grâce au fameux *Traité* de Nicolas Delamare, rédigé sur plusieurs années dans le cadre d'un État monarchique qui apparaît de plus en plus administratif et de moins en moins judiciaire. Yvon Le Gall explique que la philosophie qui anime le commissaire du Châtelet dans son approche de la police le conduit à considérer celle-ci comme le moyen pour le gouvernement royal d'exercer son emprise sur la vie des sujets, tout en veillant cependant à préserver leur liberté et à assurer la recherche de l'abondance. La police des eaux est alors elle aussi concernée au premier chef par ce nouvel état d'esprit. L'approvisionnement en eau et en bois des villes est en effet un souci constant. Le plan des fontaines de la ville et des faubourgs de Paris annexé au traité distingue les eaux du Roi et celles qui appartiennent à la ville (**Chapitre 5**).

À compter du début du XIX^e siècle, et jusque dans les premières années du siècle suivant, le droit de l'eau est à l'origine d'une tradition souvent méconnue de juristes et de publicistes spécialisés qui forment un vivier pluridisciplinaire, à la charnière des droits public et civil, de la science de la police et de la politique. Ces auteurs s'emparent du problème de la diversité des polices de l'eau – polices administrative, judiciaire, militaire et maritime – qui est source de nombreux litiges et d'une abondante jurisprudence. Leur objectif est d'élaborer des solutions juridiques parfois concurrentes et originales pour penser l'unité des polices de l'eau et ainsi faire émerger un champ disciplinaire mixte : le droit de l'eau. Il revient à Frantz Mynard de retracer les principales étapes de cette évolution dans le discours doctrinal, après en avoir rappelé les acteurs qui apparaissent comme les véritables pionniers du droit de l'eau contemporain (**Chapitre 6**). L'existence de polices de l'eau multiples et divisées,

3. Pour Vauzelles et son *Traité des péages*, voir F. MYNARD, « Vauzelles, Matthieu de », dans B. MÉNIEL, *Dictionnaire des écrivains juristes et juristes écrivains, du Moyen Âge au siècle des Lumières*, Paris, Classiques Garnier, 2016, pp. 1249-1250.

dépourvues de cohérence, emporte fort logiquement des conséquences sur l'administration de l'eau elle-même qui rencontre d'importantes difficultés pour s'organiser et se coordonner. Le XIX^e siècle est notamment le cadre d'un développement notable d'autorités administratives compétentes en matière d'eau dans lequel il apparaît délicat de distinguer de façon claire une intention et une homogénéité, du moins jusqu'en 1964. Cette évolution des autorités administratives chargées des polices de l'eau, qui n'ont eu de cesse de s'adapter à un droit de l'eau composite, est restituée par Frédéric Davansant et Tiphaine Le Yoncourt, de la période révolutionnaire jusqu'à la fin du XX^e siècle (**Chapitre 7**). Par ailleurs, de nos jours, le droit à l'eau constitue l'une des déclinaisons du droit à la santé, du droit à l'environnement ou encore du droit au logement dont la nature et surtout la portée juridique restent discutées au vu de l'alternative droit créance/droit subjectif. Dès lors, une question se fait jour : la police administrative, notion incontournable en droit de l'environnement, est-elle la plus adaptée pour répondre aux exigences d'accès à une ressource en quantité et de qualité suffisante pour les usagers ? Elle apparaît indispensable aux yeux des pouvoirs publics qui n'ont cessé de mobiliser ce dispositif pour réguler les usages d'une ressource dont le statut n'est pas homogène. Le Conseil d'État n'a-t-il pas recensé en 2010 treize polices environnementales différentes susceptibles de concerner l'eau, sans pour autant conclure à l'efficacité de cet arsenal technique. À partir de ce constat, doit-on alors envisager une rationalisation des législations de polices ou faut-il plus radicalement remettre en cause la pertinence de l'outil ? Véronique Inserguet-Brisset nous livre dans les pages qui suivent de précieux éléments de réponse (**Chapitre 8**).

Au-delà du cadre national, on constate que l'Union européenne a engagé depuis les années 1970 une politique de l'eau avec des objectifs essentiellement qualitatifs et quelques évolutions caractérisées. Il en résulte, selon les eaux et/ou milieux concernés, un ensemble de procédés d'intervention qui contribuent à enrichir les polices de l'eau. La prévention est au cœur de ce dispositif. Les manquements à ces polices de l'eau font apparaître un ensemble de sanctions. L'enrichissement substantiel ainsi intervenu sous l'impulsion du droit européen est-il adapté aux enjeux ? Partant, comme le démontre Bernard Drobenko, si l'impact du droit européen présente d'indéniables atouts, il n'en comporte pas moins certaines faiblesses (**Chapitre 9**). Le juge européen et la « force normative » de sa jurisprudence occupent également une place fondamentale dans le domaine de l'eau. Les jugements ou le risque de saisine du juge entraînent en effet des conséquences sur le comportement

des acteurs et l'élaboration de la politique de l'eau, même si l'autorité de chose jugée des arrêts de manquement ne garantit pas automatiquement leur respect effectif par les États membres. Cependant, ainsi que l'expose Nathalie Hervé-Fournereau, ceux-ci mettent progressivement en place des stratégies d'anticipation et de prévention des différends, sans toutefois faire disparaître complètement certaines tactiques d'évitement qui contrarient l'application de nouvelles approches et l'exécution des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Plus largement, au-delà du domaine de l'eau, ces évolutions suscitent d'inévitables questionnements sur l'effectivité du droit de l'environnement de l'Union européenne et l'amélioration des dispositifs de contrôle et de sanction (**Chapitre 10**). Les eaux souterraines présentent aussi un intérêt évident : elles représentent la part la plus considérable des réserves d'eau douce liquide de la planète et, à ce titre, elles font l'objet, depuis quelques décennies, d'une attention particulière. Elles ont longtemps été caractérisées, en France, par un régime juridique incertain et lacunaire. Ce n'est qu'avec la construction d'une politique communautaire de l'eau qu'une protection intégrée de cette ressource fragile s'est développée à une échelle transfrontière. Le droit de l'Union n'a certes pas compétence en matière de propriété mais il a une incidence d'une part, sur la planification nationale et locale et d'autre part, sur les polices de l'eau et des installations classées. La contribution d'Adrien Bodart révèle l'existence d'un double mouvement dans l'évolution de la protection des eaux souterraines en Europe : on assiste à la fois à un processus d'unification des protections des eaux de surface et souterraines sous l'égide de la directive-cadre sur l'eau et à une adaptation des mécanismes de gestion et de suivi à la spécificité de ces dernières (**Chapitre 11**). Enfin, la gouvernance de l'eau est plus que jamais au centre des préoccupations contemporaines. À travers deux témoignages au cœur de l'action, aux échelles européenne et nationale, Sophie Auconie et Julian Chevallier nous éclairent sur les enjeux, les modalités et les objectifs qui s'imposent aux acteurs de l'eau (**Chapitre 12**).

La dernière partie de l'ouvrage est la retranscription augmentée, amendée et mise à jour des échanges qui se sont tenus dans le cadre d'une table ronde consacrée à la question de « L'avenir de la police de l'eau ». Le débat, dirigé par Patrick Le Louarn, a réuni des spécialistes du droit de l'eau – Philippe Billet, René Coulomb, Dominique Gaurier, Philippe Marc et Jochen Sohnle – qui ont apporté leur expertise sur ce vaste sujet.

CHAPITRE 1

L'eau dans tous ses états : un droit maîtrisé pour tous ou un droit réservé à certains ?

Dominique GAURIER

Maître de conférences émérite de l'Université de Nantes

CDMO (EA 1165)

La question de l'accès à l'eau, que le changement climatique en cours risque de poser en des termes très nouveaux, fait un peu partie des « tartes à la crème » que l'on se plaît à ressasser sans jamais se lasser, mais sans grande efficacité non plus. On y rajoute même des grandes déclarations internationales qui sont censées donner corps à l'idée d'un véritable droit à l'eau, dès lors qu'une résolution de l'Organisation des Nations Unies (ONU), résolution A/RES/64/292 de l'Assemblée générale, dans son article premier, n'a pas même craint de déclarer haut et fort que le droit à l'eau et à l'assainissement était un droit de l'homme. Tout cela est grand, beau et généreux, mais soumis au même sort que toutes les déclarations de cette sorte, comme celle qui avait déclaré l'espace extra-atmosphérique « bien commun de l'humanité ». Le leurre est à ce point évident que personne ne semble pourtant s'en inquiéter. L'important n'est-il pas de croire qu'aussitôt énoncées, les choses se réaliseront d'elles-mêmes, presque par une forme d'opération du Saint-Esprit ?

Or, combien sont les États qui peuvent aujourd'hui se permettre de lancer dans l'espace de vraies expéditions d'exploration ? Pour le moment, seuls trois le peuvent, les États-Unis, la Russie et la Chine. L'Europe est à mettre à part, dans la mesure où elle ne constitue pas un État, mais une forme d'assemblage assez hétéroclite d'États. Ces derniers n'entendent pas moins demeurer tels en dehors d'un immense hypermarché de l'économie, qui n'a jamais été que la seule raison d'être de cet ensemble. De fait, aucun ne semble prêt à abandonner quelque prérogative que ce soit pour se fondre dans un véritable ensemble politique et surtout, démocratique. Il en va de même pour l'eau. Or, avec l'eau, les

enjeux immédiats sont pour le moins considérablement plus sensibles et vont le devenir aussi pour des pays qui, jusqu'ici, n'avaient jamais vraiment connu de difficultés d'approvisionnement en eau, notamment les pays européens, eu égard au changement climatique, justement. Quand bien même ce changement eût-il été contesté par des prétendus savants dans des ouvrages de grand tirage, d'autant plus savants qu'ils ne sont plus du tout dans leur domaine de compétence et accumulent les approximations, voire les bévues scientifiques, celui-ci s'insinue néanmoins doucement et oblige, à moyen terme, à repenser de fond en comble des modes d'utilisation et de consommation de l'eau.

Donc, l'eau est désormais devenue un droit de l'homme. Voilà qui est grand et généreux, certes. Mais cela assurera-t-il de véritables moyens pour que soit juridiquement sanctionné ce droit de l'homme ? Par qui et dans quel cadre ? L'ONU est muette sur ces points, comme à son habitude. Elle se contente d'assurer une fonction purement catéchétique, fondant ainsi une forme de foi ou d'espérance, mais sans jamais rien assurer de concret. D'ailleurs, le pourrait-elle, dès lors qu'elle-même n'est aussi formée que d'États, dont chacun veille d'abord à ses seuls intérêts propres sans tenir compte de quelque bien commun que ce soit, si ce n'est dans de catachétiques, mais vaines, déclarations. D'autres s'en chargeront alors, mais avec des intentions, sans nul doute, beaucoup moins claires, voire avec la claire intention d'orienter le débat vers le seul profit marchand, comme cela semble clairement se profiler déjà de façon très nette.

Que l'eau constitue un élément important, essentiel même, pour la vie humaine ne fait de doute à personne. L'être humain est lui-même composé d'eau pour presque 80 % de son corps. Toute la vie végétale ou animale est très dépendante de l'eau, certaines plantes qui vivent dans les zones désertiques chaudes ou froides ont su adapter leur vie à la rareté de l'eau depuis des millénaires. La vie animale elle-même en est également totalement dépendante. Bref, tout ce qui vit sur terre dépend fondamentalement de l'eau. Cependant, l'être humain va, comme également tous les autres êtres vivants de la planète Terre, être confronté à des changements qui n'attendront pas des millénaires pour se manifester. Le temps d'une vie humaine suffira amplement pour les constater et, sans nul doute, s'en lamenter avec les larmes de crocodile d'usage versées par tous les opérateurs responsables de cette situation. Les pseudo-scientifiques ne manqueront pas qui affirmeront que la menace est exagérée et scientifiquement peu fondée. Que ceux-ci aillent trouver les îliens du Pacifique dont les îles sont déjà confrontées à une montée catastrophique des eaux de mer. Mais ils ne l'oseront pas, tellement il est plus confortable

d'écrire des ouvrages ineptes, sans aucune base scientifique fiable, et de tenir d'aimables conversations lors de conférences largement diffusées trop souvent devant un public acquis à l'avance et surtout, peu compétent sur ces questions. L'être humain, mais l'ensemble des êtres vivants aussi, auront-ils alors cette même capacité pour s'adapter à des conditions si nouvelles qui se manifestent sur un si court espace de temps ? On peut en douter.

Le statut de l'eau est bien ambigu : si elle est essentielle à tout être vivant, elle est aussi, et cela depuis longtemps, une marchandise. Déjà l'Antiquité la considérait comme telle¹. L'idée d'une eau gratuite pour tous est donc très nouvelle. Tout cela concourt à faire de la question de l'eau et de ce qui tourne autour une forme d'*imbroglio*, dans lequel chacun défendra ardemment sa thèse. C'est d'abord une thèse humaniste qui prêche pour un partage équitable et gratuit, ainsi que cela transparaît dans la déclaration de l'ONU, puis la thèse des marchands et des financiers qui, à la tête de compagnies à la recherche des meilleurs et plus profitables marchés, se sont lancés dans une privatisation toujours plus importante de l'eau, dont force est de savoir qu'ils ont toujours été présents, qu'il s'agisse des États eux-mêmes ou des concessionnaires. À une heure où l'on commence à voir évoquer de possibles pénuries à venir, les places vont à coup sûr devenir de plus en plus chères, ne laissant aux consommateurs obligés que nous sommes que leurs yeux pour pleurer.

Ce n'est là qu'un aperçu, bien rapide, de l'urgence d'une question qui se pose à nos sociétés modernes, grosses consommatrices d'eau et qui la consomment encore presque sans vraiment la compter ou la mesurer, surtout dans des régions qui ne sont pas encore confrontées aux situations d'extrême pénurie. À cet égard, on pourrait même avancer qu'elle est totalement gâchée et dilapidée sans compter.

L'eau, déjà dans l'Antiquité, avait pourtant suscité des formes particulières de civilisations que Karl Marx, dans ses écrits de jeunesse, avait parfois décrites comme donnant naissance à un « mode de production

1. Il n'est que de lire l'ouvrage de Frontin consacré aux *Aqueducs de la ville de Rome*, qui, dans plusieurs passages, évoque les concessions qui sont accordées par l'État, concessions accordées tant à des particuliers qu'à des sociétés, hormis celles de puisage, permettant ainsi aux concessionnaires de vendre l'eau en fonction des possibilités, voire aussi d'en interrompre la distribution, faute d'approvisionnement suffisant. L'État romain a par ailleurs pour fonction de veiller à ce que personne n'excède les concessions accordées. Voir FRONTIN, *Les aqueducs de la ville de Rome*, trad. et com. par P. GRIMAL, Paris, Belles-Lettres, 1961. Il en était de même en Égypte ancienne, comme en Chine ancienne : l'eau nécessaire à l'irrigation des terres n'avait jamais été conçue comme gratuite, mais était accordée moyennant des taxes, souvent payées en nature, qui venaient s'ajouter à celles qui affectaient les concessions des terres cultivables aux paysans.

asiatique ». On pourra en retenir trois exemples assez significatifs à cet égard avec l'Égypte, la Mésopotamie et la Chine anciennes.

Après avoir montré comment ces régions ont pu organiser et maîtriser le contrôle public sur l'eau, il sera possible de poursuivre l'analyse sur un terrain beaucoup plus contemporain en voyant comment différents régimes politiques ont continué de faire prévaloir une politique de maîtrise des eaux en faisant valoir des politiques parfois bien hasardeuses et qui peuvent se révéler être annonciatrices de catastrophes à venir, quand elles ne se sont pas déjà produites.

I. LA MAÎTRISE ABSOLUE SUR LES EAUX DANS LES CIVILISATIONS ANTIQUES

C'est Karl Wittfogel qui, non sans arrière-plan idéologique, puisqu'il se réclamait de l'école marxiste, contribua néanmoins à caractériser de façon assez juste et claire des régimes politiques qui entendaient instituer un contrôle absolu sur les ressources en eau. Il les désigna sous le terme de « despotisme oriental », que l'on aurait aussi bien pu qualifier de mode de production asiatique, en tentant de montrer que Karl Marx, dans divers écrits, avait eu également l'intuition de tels systèmes établis sur le strict contrôle des ressources en eau².

Pour tenter de mieux caractériser ce système autour des exemples que l'histoire de l'Antiquité peut montrer, nous ne retiendrons que l'exemple

2. Cet ouvrage ne fut traduit en français que relativement tardivement, en 1964, et parut aux Éditions de Minuit. Il ne semble pas avoir été réédité depuis cette date, ce qui est dommage, car il avait permis de souligner certaines des caractéristiques propres aux régimes étatiques qu'il appelle « hydrauliques » dans le cadre du mode de production « asiatique » selon la grille de lecture marxiste de l'histoire liée aux modes de production économique. Si l'on peut sans doute reprocher à celle-ci une forme de systématisation de l'interprétation de l'histoire, une vision linéaire qui s'est aussi construite, malgré elle sans nul doute, sur la vision des historiens chrétiens qui envisageaient déjà l'histoire comme une progression vers la Jérusalem céleste, il n'en reste pas moins vrai que la vision de Karl Marx a utilement et bien souligné que les États ne se construisent pas à partir de rien, sans imposer ou défendre une forme de puissance économique, ce que personne aujourd'hui n'oserait plus sérieusement contester. C'est cette loi mécanique de l'histoire qui est sans doute la plus fragile à soutenir aujourd'hui. On peut ici renvoyer à la réflexion qu'avait menée en son temps J. ELLUL, *La pensée marxiste*, Paris, La Table ronde, 2012. On peut aussi voir l'ouvrage général de J.-F. GAUTHIER, *Le sens de l'histoire, une histoire du messianisme politique*, Paris, Ellipses, 2013. Karl Wittfogel assimile aux régimes hydrauliques bien d'autres régions, il y joint également la Grèce ancienne, l'Inde, l'ancien Pérou, mais aussi diverses régions placées sous la tutelle du califat de Bagdad, comme la Perse, l'Égypte encore, l'Arabie du Sud, la Transoxiane et l'Afghanistan. Cependant, il définit ces régions comme ayant connu des régimes hydrauliques définis comme « sporadiques ». Voir K. WITTFOGEL, *Le despotisme oriental*, Paris, Éditions de Minuit, 1964, p. 243.

de l'Égypte ancienne, de la Mésopotamie et de la Chine, même s'il semble, à en croire cet auteur, que l'on pourrait aussi l'étendre à d'autres cultures anciennes. Ce panorama n'a dès lors aucune prétention d'être exhaustif.

Certains points communs peuvent déjà être soulignés, qui expliqueront cette volonté de maîtriser les eaux et d'établir ainsi une forme de pouvoir absolu en prenant le prétexte d'assurer un meilleur contrôle sur la distribution des eaux dans le cadre d'une culture essentiellement agricole. Le premier point commun à ces trois cultures tient à la place primordiale que tint toujours l'eau des fleuves. En effet, ils sont à la fois des voies de communication et procurent aussi des ressources en eau pour les cultures agricoles.

En Chine, là où la civilisation ancienne prit sa source, dans le bassin du Fleuve jaune ou *Huang He*, pour bientôt s'étendre au-delà vers le Nord, le Sud et l'Est, les diverses rivières sont mentionnées d'abord comme voies de communication, mais aussi comme réservoirs d'eau. Cependant, ces fleuves connaissent des régimes qui peuvent être violents et, à l'occasion de crues, inonder, voire dévaster des régions entières.

En Égypte, c'est une banalité que de rappeler la place que tint le Nil dans la culture égyptienne : voie de communication allant de la Méditerranée toujours plus profondément vers le Sud, entourée de terres agricoles cultivées au rythme très régulier des crues qui, à la fois, lavent et fertilisent les terres avec les limons apportés par les eaux. Le pays bénéficie en outre d'un climat très favorable et longtemps, l'Égypte, après la colonisation romaine, fut considérée comme un grenier à blé indispensable pour assurer l'approvisionnement des classes parasites urbaines des capitales de l'empire romain avec le système de l'annone.

En Mésopotamie, les deux grands fleuves que sont le Tigre et l'Euphrate, qui viennent là achever leur course, après avoir traversé trois pays, la Turquie, où ils prennent leur source, la Syrie, qu'ils ne font que traverser, et l'actuelle région de l'Iraq, où, un peu avant de réunir leurs cours dans le Shatt al-Arab, ils viennent se jeter dans le golfe persique. Ces deux fleuves ne connaissent pas du tout le cours régulier du Nil, mais au contraire ont un cours très capricieux et peuvent connaître de véritables périodes d'inondations très dévastatrices des régions traversées. Le mythe du Déluge, qu'on lit dans la Bible, n'est-il pas justement fondé sur les grands mythes mésopotamiens, tels que réadaptés par les écrivains bibliques au contact de la culture mésopotamienne dans le

cours du VI^e siècle avant notre ère³ ? On peut y lire le souvenir de grands désastres dus aux inondations très meurtrières qui purent s'y produire à plusieurs reprises. De plus, l'image du serpent, comme symbole du mal et du tentateur, est sans doute venue de ce qu'en période d'inondation, justement, des serpents venimeux dangereux qui peuvent nager dans les eaux menaçaient aussi la vie des populations.

Mais au-delà de tout cela, ces fleuves permettaient aussi d'assurer la culture des terres en permettant un approvisionnement régulier en eau et en permettant aussi à la population d'en disposer pour elle-même.

De façon qui nous semble très juste, Karl Wittfogel dessine quelques-uns des traits constants et principaux de ces régimes qu'il rattache au despotisme oriental. Sans détailler plus, nous nous contenterons d'en rappeler les caractéristiques majeures.

Selon lui, le point commun entre tous les despotismes orientaux qui ont pu exister dans l'histoire tient au fait que l'irrigation a tenu une place essentielle dans l'agriculture. Cela a imposé ainsi la nécessité vitale d'une gestion collective et centralisée de ces anciennes sociétés agraires, qu'il a définies comme des *hydraulic empires* ou « empires hydrauliques ». De telles sociétés avaient alors des caractéristiques communes, que l'on peut énumérer au nombre de cinq.

En premier lieu, elles se manifestent par une absence totale de toute propriété privée de la terre. La paysannerie ne fait que travailler, souvent à titre servile, qu'au service de monarques absolus, souvent comparés eux-mêmes à des dieux, ou de leurs proches, c'est-à-dire tant appartenant à leurs familles que faisant partie des « clientèles » liées aux souverains, qu'il s'agisse de prêtres ou d'administrateurs. Cela fut notamment le cas en Égypte, où le Pharaon était considéré comme le fils d'Amon-Ra, mais aussi en Mésopotamie, où le roi était aussi le prêtre de son dieu protecteur. En Chine ancienne, mais aussi impériale, jusqu'à la Révolution de 1911, bien que le pouvoir impérial ne se soit jamais articulé sur une conception qui en appelle à quelque dieu que ce soit, mais plutôt à un ensemble de forces cosmiques et aussi, aux ancêtres de la dynastie, le

3. Il n'est que de lire, présentée par Florence Malbran-Labat, la légende de *Gilgamesh* (« Supplément - Cahiers Évangile », n° 40, Paris, Cerf, 1982, pp. 62-70). Voir également *La création et le déluge d'après les textes du Proche-Orient ancien* (traduit et présenté par M.-J. SEUX, M. GITTON, J.-L. CUNCHILLOS et J. BRIEND, coll. « Supplément - Cahiers Évangile », n° 64, Paris, Cerf, 1988, pp. 45-76), qui reprend divers textes évoquant le déluge. Il existe encore un autre ouvrage, sans lien avec quelque religion que ce soit et qui n'est pas moins intéressant, c'est celui de J. Bottéro et de S. N. Kramer (*Lorsque les dieux faisaient l'homme. Mythologie mésopotamienne*, Paris, Gallimard, 1989, notamment aux pp. 548-601 qui concernent les récits du déluge).

souverain est appelé *Tianzi* ou « Fils du ciel ». C'est d'ailleurs à ce titre qu'au début de chaque année, il rend un hommage au dieu du sol, de façon à solliciter la protection des cultures.

Le second élément tient à ce que cette absence de propriété privée implique qu'il n'existe *a priori* aucune concurrence de marché pour les productions et la propriété privée. Tout est en effet contrôlé par le pouvoir du monarque, auquel revient l'ensemble des productions, pour être soit conservé dans des greniers et les redistribuer, soit pour les consacrer aux dieux dans les temples et solliciter leur protection pour les années futures.

Le troisième élément est l'absence de toute classe sociale, au sens où la pensée marxiste entend ce terme. Cela ne signifie donc pas que les strates sociales soient inexistantes, mais qu'elles ne se fondent pas sur la répartition des tâches telle qu'elle exista au XIX^e siècle entre prolétaires et capitalistes. Certes, il y eut aussi dans les sociétés anciennes des dominants et des dominés, mais on ne peut pas parler ici de « classes » sociales, tout au plus de différentes catégories en fonction de leurs rapports et de leur proximité avec le pouvoir central absolu.

Le quatrième élément excipe du pouvoir absolu exercé par une bureaucratie étatique centralisée. Cela fut notamment le cas aussi bien dans l'Égypte, que dans la Mésopotamie anciennes, mais aussi de la Chine impériale jusqu'à la fin de l'empire mandchou des *Qing* (1644-1911). Le Pharaon, en tant que fils du dieu Amon-Râ, tout comme l'ancien roi mésopotamien, encore celui de Babylone plus tard, lui-même, reconnu comme fils et prêtre de son dieu éponyme, exerçaient leurs fonctions par le biais d'une catégorie de fonctionnaires lettrés qui n'étaient jamais que les ustensiles dociles d'un pouvoir absolu et donc, exerçaient, comme vecteur de ce pouvoir, un pouvoir absolu sur une population essentiellement formée de paysans ou d'artisans totalement dépendants.

Dans la Chine impériale, qui ne commence vraiment qu'avec la courte première dynastie des *Qin* (221-206), l'absolutisme du pouvoir impérial fut de règle et fortement soutenu par les tenants de l'école légiste, les *Fajia* ou littéralement, « école de la Loi »⁴, celle-ci étant désormais celle que l'empereur impose à tous. Même après la chute de cette dynastie,

4. Plusieurs ouvrages de cette école ont été traduits en français à une époque assez récente. On trouvera ainsi Y. SHANG, *Le livre du prince Shang*, trad. par J. LÉVY, Paris, Flammarion, 1981 et Han FEIZI, *Le Tao du prince*, trad. par J. LÉVY, Paris, Seuil, 1999.

lorsque les *Han* (206 av. J.-C.-220 ap. J.-C.) accédèrent au pouvoir, ils reprirent ces moyens de pouvoir, quitte à les adoucir en leur insufflant un esprit plus confucéen, mais accessible seulement aux catégories aisées, le peuple continuant d'être soumis à une règle très dure, pour n'être pas rompu aux bonnes manières prêchées par la pensée confucéenne défendue par les catégories privilégiées. Toute la bureaucratie chinoise se construisit de façon pyramidale pour remonter ainsi jusqu'au souverain, seul maître absolu, formée des mandarins, ceux que les Chinois dénommaient les *Fumuguan*, c'est-à-dire les « fonctionnaires pères et mères [du peuple] », recrutés plus tard sur concours.

En Égypte ancienne, l'administration, essentiellement formée des scribes, était à la place de cette administration travaillant sous le contrôle absolu du souverain, fils d'Amon-Râ. Mais il fallait aussi compter avec les prêtres qui animaient les grands temples et possédaient pour les besoins de leurs fonctions et des sacrifices aux dieux de grandes propriétés dont ils gouvernaient les paysans qui cultivaient pour eux.

Le cinquième et dernier élément tient au pouvoir absolu du gouvernant lui-même, qui sous-tend l'ensemble du système bureaucratique. Ce souverain est souvent comparé à un dieu, ce qui est le cas du Pharaon, fils d'Amon-Râ, ou grand-prêtre privilégié de son dieu protecteur, comme le souverain babylonien. La question est plus complexe pour l'empereur chinois. Jamais, en effet, la pensée chinoise n'a conçu de divinité dont le souverain serait le fils. Certes, l'empereur est appelé *Tianzi*, « fils du ciel », mais cette notion de « ciel » est totalement dépersonnalisée et semble plutôt renvoyer au monde des ancêtres dynastiques. Néanmoins, le pouvoir du souverain chinois est lui aussi absolu et, en cela, l'enseignement de la brève dynastie des *Qin* a été fort bien retenu par les dynasties postérieures, quand bien même elles ont pu mâtiner cette vision absolutiste du pouvoir à travers une réinterprétation confucéenne et plutôt paternaliste du pouvoir impérial. Cette vision paternaliste descend degré par degré jusqu'au bas peuple et se manifeste à travers la classe des fonctionnaires chargés, à tous les niveaux administratifs, d'encadrer les populations, voire aussi de les sanctionner en cas de non-respect des règles.

Point n'est besoin de détailler maintenant les divers travaux hydrauliques qui ont pu ainsi être conduits dans ce cadre dans les diverses cultures.

La question reste cependant posée aujourd'hui, de savoir si un tel modèle, tel que Karl Wittfogel le décrit pour le passé, a pu s'étendre bien au-delà de ces périodes anciennes. Karl Wittfogel avait osé, en passant à la période moderne, voire contemporaine, en arriver à la conclusion qu'en URSS, n'avait pas été construit le socialisme, comme le clamait sans relâche le Parti communiste de l'Union soviétique (PCUS) depuis l'époque stalinienne, mais plutôt une variante du despotisme asiatique qui reposait aussi sur un mode de production asiatique. Inutile de dire que la controverse fut grande. Déjà, elle était apparue dans les années 1957-1971. Elle faisait suite au débat sur le mouvement anticolonial après la Seconde Guerre mondiale. Non seulement la publication d'œuvres jusqu'ici méconnues de Karl Marx, mais aussi la politique de « déstalinisation » entreprise à la suite du XX^e congrès du PCUS sous Krouchtchev contribuèrent à se consacrer à la problématique du mode de production asiatique. C'est dans ce débat que fut publié l'ouvrage de Karl Wittfogel qui soulignait la proximité du socialisme à la soviétique et du mode de production asiatique. Cependant, cette controverse s'est progressivement tue après la destitution de Krouchtchev en 1964 et surtout après la désastreuse campagne des armées soviétiques et du Pacte de Varsovie en Tchécoslovaquie en 1968. Ce ne fut qu'avec la « perestroïka » sous Gorbatchev qu'entre 1987 et 1991 le débat fit de nouveau rage sur les caractéristiques de l'évolution des sociétés orientales. Dans ce débat, fut alors définitivement condamné à la mort scientifique le schéma évolutionniste qui avait été élaboré dans les années 1930.

Peut-on alors parler d'un véritable modèle pouvant se définir comme « mode de production asiatique » ? La question reste posée. Cependant, en ne retenant que les cinq caractéristiques qui ont été développées plus haut et plutôt bien signalées par Karl Wittfogel, selon nous du moins, on ne peut qu'être frappé de certaines ressemblances absolument étonnantes avec certaines entreprises hydrauliques en Union soviétique, dans l'Égypte nassérienne et dans la Chine contemporaine de Xi Jinping.

II. NON, LE DESPOTISME ASIATIQUE N'EST PAS MORT, CAR IL BOUGE ENCORE !

Trois exemples se présentent immédiatement à l'esprit lorsque l'on entend proposer que le despotisme oriental n'est peut-être pas vraiment

mort. Ce sont ceux de Staline, dont le pouvoir fut absolu sur les institutions soviétiques et sur le Parti. C'est ensuite celui de Nasser, qui est le fils de la révolution des colonels égyptiens qui mirent fin à la monarchie très largement corrompue du roi Farûk, descendant de Mohammad Ali qui avait tenté une modernisation de l'Égypte à marche forcée, la rendant de plus en plus dépendante des banques occidentales, tant françaises que britanniques. C'est enfin le récent exemple de la construction du barrage des Trois-Gorges en Chine, sous la conduite du Parti communiste chinois. Après une courte présentation de ces trois modèles, on constatera qu'aucun d'entre eux ne peut véritablement échapper au modèle qu'avait décrit Karl Wittfogel, dès lors que la totalité des cinq éléments d'analyse qu'il propose s'y retrouvent absolument tous.

A. Staline et le Belomorkanal, suivi du Canal de la mer Blanche

Personne n'ignore que Joseph Dougachvili, appelé Staline pour désigner son caractère « d'acier », après avoir rapidement mis au pas le parti bolchévique en éliminant peu à peu ses divers contradicteurs, n'avait rien d'un démocrate. Il remplit donc tous les caractères du maître absolu sur un parti totalement asservi à ses caprices et sur un pays qu'il avait bien malmené avec la politique de collectivisation brutale des terres agricoles menée à sa demande par des fonctionnaires très zélés⁵. C'est en 1931 que le projet du Belomorkanal fut entrepris, avec pour finalité de relier la mer Blanche à la mer Baltique. Il était long de 225 km et il fut creusé avec la main-d'œuvre servile qu'assuraient les camps de concentration soviétiques, les fameux « Goulags » rendus célèbre par l'ouvrage de Soljenitsine. 250 000 « zeks » ou prisonniers y perdirent la vie. Il fut réalisé en 20 mois, donc trop vite et bien mal. Le canal fut inauguré en grande pompe le 2 août 1933. Mais, quinze jours après son inauguration, ce canal se révéla sans vraie utilité, d'abord, parce que les études préliminaires avaient été largement bâclées dans le désir de satisfaire toujours plus vite les vœux du dictateur, ensuite, parce que sa profondeur se révélait par trop insuffisante, n'étant que de 13,60 mètres, pour permettre le passage de gros bateaux.

5. Il existe un ouvrage ancien qui décrit fort bien cette politique et qui émane d'un personnage qui l'a vécue de l'intérieur, celui de V.-A. KRAVCHENKO, *J'ai choisi la liberté ! La vie publique et privée d'un haut fonctionnaire soviétique*, Paris, Éditions Self, 1947. L'auteur fut bien évidemment voué aux gémonies par les membres avisés du Parti communiste français, eux-mêmes, totalement asservis au PCUS, tout comme d'autres le seront par la suite avec la même acuité intellectuelle...

Un nouveau canal fut donc remis en chantier, mais, semble-t-il, mieux pensé, avec celui du Grand Canal de la mer Blanche. Les études préparatoires furent menées pendant trois ans, mais, alors que celles-ci se terminaient, commencèrent les grandes purges qui devaient durablement affaiblir le régime soviétique en le privant des ingénieurs compétents envoyés mourir dans des camps sous le prétexte de quelque complot en fonction des caprices du maître. Ce canal ne fut donc jamais réalisé, faute d'ingénieurs compétents qui auraient pu échapper aux purges aveugles.

Quant au Belomorkanal, il fut dynamité en 1941 pour stopper les troupes finlandaises en noyant totalement le village de Povenets.

Peu après la mort de Staline, ses successeurs envisagèrent de conquérir les terres vierges du Ferghana en les irriguant. Les « experts » soviétiques lancèrent ce projet en 1959 dans le but de favoriser la production de coton en faisant passer ces terres irriguées de 4,5 millions de ha à 7 millions. La source en eau fut tirée de la mer d'Aral, une mer intérieure d'eau salée qui, en 1960, faisait 30 000 km². Divers canaux de prélèvement furent également établis sur les deux fleuves qui alimentaient cette mer, à savoir l'Amou-Daria et le Syr-Daria.

Cette politique décidée d'en haut ne prit jamais la peine de consulter qui que ce soit. Elle fut simplement décidée par des experts au service d'une idéologie productiviste à tout prix quelles qu'en soient les conséquences pour l'environnement et les populations locales, voire aussi les activités maritimes exercées sur cette mer, et déboucha, comme il fallait s'y attendre sur une absolue catastrophe. La mer d'Aral perdit près de la moitié de sa surface et son volume baissa de 75 %, augmentant du même coup la salinité des rives ou du fond d'une mer désormais asséchée.

Tout cela se joignit à l'évaporation et la perte des eaux conduites dans les canaux, dès lors qu'ils avaient été fort mal étanchéifiés. Pour pallier ce manque d'eau, un autre projet avait envisagé de compenser les pertes en détournant les eaux des fleuves sibériens, projet fort heureusement abandonné par le Comité Central du PCUS le 18 août 1986, non pas tant pour des considérations écologiques, qui n'ont jamais vraiment compté aux yeux des hiérarques du parti, que parce que, plus simplement, les moyens financiers manquaient.

Aujourd'hui, il a fallu construire une digue, la digue de Kokaral, qui sépare désormais la partie Nord du reste du bassin de la mer d'Aral et la préserve de l'assèchement. La partie Sud est désormais, quant à elle, privée de presque tout approvisionnement en eau de surface et est, sur sa

presque totalité, totalement asséchée, sorti de quelque trois « lacs », dont seul un ne souffre pas d'assèchement.

B. Le barrage d'Assouan de Gamal Abd al-Nasser

Il s'agit là aussi d'un projet conçu sans véritable débat par une hiérarchie militaire dominée par le colonel Gamal Abd al-Nasser. Ce fut lui qui finit par dominer seul le régime des colonels égyptiens qui avait renversé la monarchie corrompue de l'Égypte, elle-même noyauté par des banques de la Grande-Bretagne.

Au départ, il s'agissait de permettre à l'Égypte un approvisionnement en électricité pour favoriser son développement industriel à venir. Le projet avait été mis en place en 1954 en lien avec la Banque mondiale de développement et l'aide technique des États-Unis et de la Grande-Bretagne. Cependant, le projet fut annulé par les États-Unis sous la pression du lobby des producteurs de coton américains, très soucieux de ne pas avoir à subir la concurrence qu'amènerait le coton égyptien en raison de terres nouvelles désormais irriguées avec les eaux de retenue d'un tel barrage.

Nasser entreprit alors de négocier l'aide de l'Union soviétique, qui ne manqua pas de la lui accorder, en lien avec des contrats d'armement.

La construction dura onze ans et fut faite en amont de l'ancien barrage préexistant. La retenue d'eau fut de 47,2 millions de m³, avec un bassin de retenue de 550 km sur 10 km de large. Si, dans un premier temps, le barrage permit de mieux réguler le cours du Nil, d'augmenter aussi la surface des terres irriguées, les inconvénients multiples, tant environnementaux que de santé publique, ne tardèrent pas à s'ajouter les uns aux autres.

Sur le plan de la santé publique, face à l'extension des eaux désormais stagnantes, le développement du parasite responsable de la bilharziose fut assez fulgurant, menaçant les populations vivant dans ces régions.

Autre inconvénient, à caractère historique, cette fois, ce fut, en raison du bassin des eaux de retenue, la noyade de nombreux monuments de l'Égypte ancienne qui se trouvaient dans la vallée du Nil. Seul, le temple d'Abou-Simbel fit l'objet d'une opération internationale de sauvegarde, qui oublia de nombreux petits édifices jugés moins remarquables et noyant aussi, sans nul doute, de nombreuses nécropoles non encore découvertes et désormais inaccessibles.

Mais, l'inconvénient assurément le plus lourd fut celui porté à l'environnement. On peut notamment retenir l'érosion des rives du Nil, due à son écoulement devenu plus rapide. C'est aussi toute la modification que subit le delta du Nil, avec désormais, une pénétration plus avancée de l'eau maritime salée qui, à terme, va limiter les terres cultivables devenues salées, mais aussi la remontée de la nappe phréatique. Les terres agricoles, qui ont certes bénéficié d'un meilleur accès à l'eau, ne bénéficient plus de l'apport régulier du limon que les crues régulières du Nil charriaient. Ce limon est empêché désormais dans sa course par la retenue des eaux. De plus, les terres ne sont plus lavées comme elles pouvaient l'être en chassant ainsi les sels minéraux remontés sous l'effet de l'évaporation de l'eau d'irrigation. La conséquence directe s'en fait bien ressentir aujourd'hui, puisque les terres qui, un moment, avaient pu être gagnées avec l'irrigation deviennent de moins en moins favorables aux cultures en raison de la remontée vers la surface des sels minéraux du sol qui, à terme, rendra ces mêmes terres totalement stériles.

Cette entreprise de type « pharaonique » du dictateur égyptien connaîtra sûrement des lendemains beaucoup moins enchanteurs que prévus initialement.

C. Le barrage des Trois-Gorges dans la Chine contemporaine

Le projet d'un tel barrage est ancien, puisqu'il remonte aux années 1920, c'est-à-dire très peu de temps après l'avènement de la République chinoise et la chute de l'empire mandchou. Il a été cependant repris à son compte par Mao Zedong, alors qu'il se trouvait dans sa phase idéologique qui postulait que la Chine ne devait compter que sur elle-même pour assurer son développement. On sait ce que furent les résultats d'une telle politique, notamment avec le Grand Bond en avant commencé en 1958 et qui se révéla être une catastrophe économique et sociale absolue, avec quelque 36 millions de morts de faim⁶.

Le projet en fut finalement repris durant les années 1990 et les travaux de construction durèrent dix-sept ans, entre 1993 et 2009. Le but de cette construction était non seulement de permettre d'avoir des ressources hydroélectriques, mais aussi d'approvisionner en eau les grandes

6. Il existe un seul ouvrage publié sur cette période et qui est celui de J. S. YANG, *Stèles. La grande famine en Chine, 1958-1961*, Paris, Seuil, 2008. Bien sûr, ce livre fait par un chercheur chinois contemporain qui put avoir accès à diverses sources officielles, bien qu'écrivent en chinois, n'a jamais été publié en Chine continentale, si ce n'est à Hong-Kong.

villes, dont les ressources étaient problématiques avec leur urbanisation croissante et bien mal contrôlée par une hiérarchie locale souvent corrompue à l'extrême. Mais il semble qu'il n'y ait là rien de vraiment nouveau et que, déjà, sous le règne des *Qing* mandchous, la corruption des fonctionnaires publics était plutôt courante⁷.

Ce barrage a été aussi conçu pour réguler le cours du Yangzi et protéger les populations de crues qui peuvent se révéler très meurtrières. Une analyse récente proposée par l'École Normale Supérieure montre que la réalisation de ce barrage est très loin de répondre aux critères qui ont été fixés par la Commission Mondiale des Barrages dans son rapport de 2000 intitulé *Barrage et développement : un nouveau cadre pour une prise de décision*. Dans cette analyse, il est justement relevé que l'État, certes, est une partie prenante à côté d'autres, sans doute, mais que lui seul détient l'urgence, la légitimité et le pouvoir de décision. Selon la grille de lecture proposée à cette occasion pour montrer quelle place ont tenu les différentes parties prenantes, on remarque qu'il y a eu bien peu de débat et que jamais, l'acceptation ne fut libre et bien informée, ce qui est la marque d'un nouveau « despotisme oriental » d'autant mieux nommé qu'il est chinois. Il est, en effet, très rare, que le débat public libre soit permis, quel qu'en soit l'objet, comme on peut le voir à Hong-Kong à l'occasion du souhait qu'a le gouvernement de Beijing de faire rentrer la cité dans le giron de la dictature communiste, face aux demandes de plus de démocratie formulées par la population de Hong-Kong. Par ailleurs, les avocats qui regardent de trop près la corruption et l'incompétence des autorités de tout poil se voient menacés d'emprisonnement administratif sans procès.

Nous sommes bien là dans un régime qui entend contrôler l'ensemble de l'appareil administratif, tout comme le faisaient les anciens empereurs, non plus en se réclamant des anciennes valeurs confucéennes qui étaient supposées avoir longtemps guidé l'élite administrative impériale, mais de celles exclusives de l'intérêt personnel bien compris et de l'argent à tout prix et vite gagné.

L'aménagement d'un tel barrage nécessita bien évidemment des déplacements assez considérables de population, environ 1,8 million de

7. Dans l'ancien Code dynastique, le *Da Qing Lili*, nombreuses sont les dispositions pénales qui viennent sanctionner les différents actes de corruption commis par les fonctionnaires impériaux. Notamment, pour se limiter à un seul exemple, on pourra voir dans G. BOULAIS, « Manuel du Code chinois », *Variétés sinologiques*, n° 55, Chang-Hai, Imprimerie de la Mission catholique, 1924, § 238-252, pp. 120-126, pour les différentes infractions relatives aux examens impériaux et aux achats du jugement des examinateurs.

personnes, trop souvent forcées de partir et assistées de façon très insuffisante de financements leur permettant une réinstallation ailleurs dans de bonnes conditions. Beaucoup se trouvèrent ainsi dans une situation de grande précarité.

Outre ces conséquences sur les populations de cette région du bassin du fleuve Yangzi, dans la province du Hubei à Sandouping, le barrage, mis en service en 2009, n'a pas tardé à montrer ses imperfections, notamment sur l'environnement. Certes, la loi chinoise comporte certaines règles environnementales que les constructeurs durent respecter, mais ces normes légales sont néanmoins très en-deçà des exigences généralement appliquées.

Parmi les risques, ce sont d'abord les risques sismiques, la région dans laquelle se situe le barrage faisant l'objet de plusieurs secousses sismiques de façon assez régulière. Normalement, le barrage est prévu pour résister à une magnitude de force 7, voire un peu plus. Cependant, en 1975, un tremblement de terre de magnitude de force 9 détruisit un autre barrage dans cette même région, tuant ainsi 240 000 personnes.

L'autre risque tient aux nombreuses alluvions, autrefois charriées par le fleuve et aujourd'hui fixées dans le bassin des eaux de retenue. Celles-ci vont exiger un entretien régulier et constant des installations du barrage pour éviter que les turbines productrices d'électricité ne soient bloquées par les boues. Les frais d'entretien vont donc se révéler très lourds et vont nécessiter un investissement constant et surtout durable de la part du gouvernement chinois. Enfin, comme cela est déjà observé, le régime climatique de la région du barrage se modifie peu à peu eu égard à l'évaporation des eaux de retenue, créant une forme de microclimat très perturbateur pour les cultures et les populations environnantes. Il est à craindre que ces modifications ne viennent totalement modifier le régime hydrométrique des pluies, voire créer des tempêtes régionales dont les conséquences n'ont pas été vraiment mesurées ni prises en compte⁸.

*

Avec ces trois exemples qui, tous, reproduisent le schéma qu'avait élaboré Karl Wittfogel du despotisme asiatique, absence de propriété privée de la terre, inexistence d'une concurrence du marché et de la propriété privée, absence de classes sociales, bureaucratie centralisée exerçant un

8. Voir G. BONNET, M. FARCY et S. CIREUX, « Étude de cas : le barrage des Trois-Gorges », *Atelier Eau - Qualité vs Quantité*, 1^{er} semestre 2012-2013, École Normale Supérieure, CERES ERTI, étude que l'on peut aussi trouver sur le site www.environnement.ens.fr.

pouvoir absolu et pouvoir absolu du dirigeant – certes, non plus fondé sur une filiation divine ou céleste, mais sur la nécessité d'un chef réputé concentrer dans lui-même les aspirations bien comprises d'une population asservie et contrôlée étroitement par un parti unique –, nous voyons reproduire des démarches qui, malgré la distance des siècles, se ressemblent étrangement. Il reste cependant que les moyens techniques d'aujourd'hui et les considérations environnementales contemporaines viennent singulièrement compliquer les souhaits des nouveaux despotes, sans compter avec la résistance de populations désespérément moins soumises que dans l'Antiquité. Cependant, les despotes d'aujourd'hui, tout comme aussi peuvent l'être ces grandes multinationales impersonnelles d'aujourd'hui, mais néanmoins très affirmées quant à leur désir de puissance, bénéficient très largement de la non représentation et, très souvent aussi, du manque d'organisation des populations qu'ils dirigent, ce qui leur permet de réaliser encore quelques grands rêves chimériques à l'égal des anciens dirigeants de l'Antiquité. *Quousque tandem ?*

CHAPITRE 2

Réglementer l'accès à l'eau dans l'Empire romain¹

Marguerite RONIN

Docteur en histoire romaine

Chercheuse en post-doctorat

Exzellenzcluster 264 – Topoi, Berlin

Membre associée UMR 7041 ArScAn

Université Paris Ouest Nanterre La Défense

L'existence d'une réglementation de l'eau peut tout d'abord être liée à la nécessité d'une gestion collective de la concurrence. Dans certains milieux naturels, les difficultés d'accès aux sources et les faibles quantités disponibles s'ajoutent à la nature fluctuante de l'eau et au principe de l'écoulement naturel entre amont et aval. En ville, les besoins en eau sont principalement liés à des usages domestiques, artisanaux, ainsi qu'à l'agrément et aux loisirs urbains. En campagne, l'exploitation des ressources hydriques pour l'irrigation des cultures détermine directement les conditions de subsistance des communautés rurales. L'organisation commune de l'accès à l'eau détermine donc les modalités du partage et de la répartition qui font l'objet d'une réglementation. L'Empire romain offre un champ d'étude particulièrement riche dans ce domaine, en raison de la multiplicité des normes qu'on peut y étudier et mettre en relation avec des milieux naturels et des organisations sociales très variés.

La documentation sur la réglementation de l'accès aux ressources hydriques dans le monde romain est abondante. Elle nous est tout d'abord connue par le droit prétorien et la réflexion des juriconsultes sur le droit des servitudes d'eau, régissant les rapports de voisinage. Ces dispositions furent compilées dans le *Digeste*, au VI^e siècle. Un principe général de liberté d'accès à l'*aqua publica* y est

1. Cet article fait état des premiers résultats d'une thèse de doctorat soutenue à l'Université de Nantes (M. RONIN, *La gestion commune de l'eau dans le droit romain. L'exemple de l'Afrique et de l'Hispanie [I^{er} s. avant - V^e siècle après J.-C.]*, Thèse, Histoire, Université de Nantes, Université Laval [Québec], 2014).

énoncé². L'eau pérenne et courante, celle des fleuves et des rivières était ainsi théoriquement commune à tous, de même que les canaux aménagés pour en contrôler le flux³. Il existe cependant des exceptions à ce caractère public, puisqu'un cours d'eau pouvait être détenu par un particulier⁴. À l'inverse, il pouvait arriver que des eaux stagnantes soient considérées comme publiques⁵. Il apparaît donc que les juristes romains, conscients de la nature cyclique de l'eau, intégrèrent une certaine souplesse au principe de l'*aqua publica*⁶. Il est néanmoins difficile de déterminer avec précision le lieu et la période d'application des textes du *Digeste*, en raison du perpétuel travail de commentaire et de compilation des jurisconsultes romains ainsi que de la sélection d'extraits très souvent débarrassés de leurs éléments de contextualisation par les compilateurs byzantins⁷. C'est pourquoi il est nécessaire de prendre également en considération les constitutions impériales, mieux situées dans le temps et l'espace. Il est toutefois malaisé, dans les deux cas, d'évaluer dans quelle mesure ces dispositions étaient appliquées dans l'ensemble du monde romain. L'octroi de la citoyenneté romaine à tous les habitants libres des provinces, en 212, contribua peut-être à une forme d'uniformisation qui ne fut certainement jamais complètement atteinte. L'accroissement du nombre de représentants de Rome dans les provinces, à partir de la réforme administrative de Dioclétien, à la fin du III^e siècle,

2. *Dig.* 1.8.2 § 1 (Marcien au livre 3 des *Institutes*). L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Milan, Giuffrè, 1966, pp. 9 et s. Sur la controverse concernant la possibilité que l'eau courante entre dans la catégorie des *res nullius* et à ce titre ne puisse relever de la propriété de personne, voir E. COSTA, *Le acque nel diritto romano*, Bologne, [s. n.], 1919, pp. 1-12 ; G. GROSSO, « Spresicazioni in tema di derivazioni di acque pubbliche in diritto romano », *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, 4, Padoue, [s. n.], 1940, pp. 175-180 ; G. FRANCIOSI, « Regime delle acque e paesaggio in età repubblicana », *Uomo, acqua e paesaggio. Atti del incontro di studio sul tema : Irreggimentazione delle acque e trasformazione del paesaggio antico*, sous la dir. de S. QUILICI GIGLI, Rome, L'Erma di Bretschneider, 1997, p. 13.

3. *Dig.* 43.1.1 (Ulpien au livre 67 sur l'*Édit*) ; *Dig.* 43.12.1 § 8 (Ulpien au livre 68 sur l'*Édit*) ; *Dig.* 43.12.2 (Pomponius au livre 34 sur *Sabin*) ; *Dig.* 43.20.3 (Pomponius au livre 34 sur *Sabinus*).

4. *Dig.* 43.12.1 § 4 (Ulpien au livre 68 sur l'*Édit*).

5. *Dig.* 43.14.1 § 3-6 (Ulpien au livre 68 sur l'*Édit*). Sur les différentes significations de l'expression *aqua publica* et les contextes dans lesquels elle peut être employée, voir R. BIUNDO, « La gestion publique de l'eau : finances municipales et centre du pouvoir à l'époque impériale », *Vers une gestion intégrée de l'eau dans l'Empire romain*, Actes du colloque international, Université Laval, octobre 2006, sous la dir. d'E. HERMON, Rome, L'Erma di Bretschneider, 2008, p. 164.

6. R. M. TAYLOR, *Public Needs and Private Pleasures : Water Distribution, the Tiber River and the Urban Development of Ancient Rome*, Rome, L'Erma di Bretschneider, 2000, p. 55.

7. Sur ces auteurs, dont les œuvres furent compilées à la fin de l'Antiquité, voir F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946 ; W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, H. Böhlau, 1952 ; C. A. CANNATA, *Histoire de la jurisprudence européenne I. La jurisprudence romaine*, Turin, G. Giappichelli, 1989. Pour des éléments généraux sur le phénomène de compilation, voir D. PUGSLEY (dir.), *Justinian's Digest and the Compilers*, II, Exeter, Faculty of Law, 2000 ; et en particulier D. PUGSLEY, « Twin Texts and the Compiler's Working Methods », *op. cit.*, pp. 143-159.

put également contribuer à la diffusion du droit romain. Cette amélioration de l'accès à la justice des gouverneurs poussa peut-être les provinciaux à se conformer aux cadres juridiques fournis par Rome, en même temps que s'accrut le contrôle de l'action des cités, par l'administration romaine⁸. Une étude de la gestion de l'eau et de ses modalités juridiques ne peut cependant faire l'économie d'une nécessaire prise en compte des conditions locales. Le contexte environnemental détermine, en effet, en grande partie, les besoins et les contraintes des usagers, et le contexte politique, institutionnel et administratif permet de comprendre quelles sont les autorités liées à la prise de décision en matière de réglementation de l'accès aux ressources. C'est la raison pour laquelle d'autres textes doivent être pris en compte dans cette étude. Les statuts municipaux dont certaines cités se dotèrent, par exemple en Bétique, pouvaient inclure des dispositions sur l'eau. Enfin, des communautés de cultivateurs pouvaient se doter d'une forme de réglementation destinée au partage de ressources communes pour l'irrigation.

Cette diversité juridique en matière de gestion de l'eau s'explique en partie par la nécessité d'adapter des normes au milieu dans lequel elles s'appliquent. Or, l'Empire romain se caractérise par une grande variété géographique et climatique. Certaines provinces connaissent de fortes sécheresses estivales et des pluies d'hiver parfois abondantes. Cette situation est particulièrement bien observable dans l'ensemble de l'Afrique du Nord et dans la moitié sud-est de la Péninsule ibérique⁹. À cette variabilité saisonnière, il faut ajouter l'imprévisibilité des précipitations. Après un été aride, en Afrique du Nord comme en Espagne méridionale, il n'est en effet pas certain que l'hiver procure les quantités d'eau nécessaires à reconstituer les réserves. Dans les provinces de ces deux régions, la réglementation de l'accès à l'eau apparaît donc nécessaire en raison d'une forte concurrence autour des ressources disponibles. Elles fournissent, en outre, une riche documentation : les statuts municipaux d'Irni et d'Urso, en Bétique, mais aussi des règlements de communauté d'irrigation, à Lamasba, en Numidie, et à Agón, en Tarraconaise.

Les situations de rivalités autour des ressources hydriques étaient sans nul doute très fréquentes dans les provinces romaines d'Espagne et d'Afrique du nord. Il y a donc lieu de se demander comment, et par

8. Le pouvoir des représentants de Rome était déjà manifeste au début du II^e siècle. La correspondance de Plinius le Jeune témoigne amplement des modalités du contrôle exercé par un représentant de Rome auprès des cités orientales, sous le règne de Trajan (PLINIE, *Epistolae*, X).

9. J. BETHMONT, *Géographie de la Méditerranée. Du mythe unitaire à l'espace fragmenté*, 3^e éd., Paris, Armand Colin, 2008, pp. 29-30.

quelles modalités juridiques et institutionnelles, était réglementé l'accès à l'eau. Trois types de systèmes normatifs semblent particulièrement pertinents pour répondre à cette question : le droit des servitudes d'eau, qui a vocation à s'appliquer en milieu rural et à organiser les rapports de voisinage, la réglementation des communautés urbaines, et celle des communautés d'irrigation qui, malgré la rareté des témoignages à notre disposition, présente un exemple original de gestion commune de l'eau.

I. LA RÉGLEMENTATION DE L'ACCÈS À L'EAU PAR LE DROIT DES SERVITUDES

L'Édit du préteur, amplement commenté et enrichi par les juriconsultes romains, tire son origine de la reconnaissance et de la protection juridique, par les magistrats romains, des règles traditionnelles qui régissaient les relations de voisinage dans le Latium, dès les premiers siècles de la République, notamment en matière de gestion de l'eau¹⁰. La fixation du corpus prétorien, autour du règne d'Hadrien, favorisa probablement la diffusion de ce droit dans les provinces, où les compilations de Théodose et de Justinien, au v^e et au vi^e siècles, montrent qu'il était sans doute devenu une source parmi d'autres du droit applicable¹¹. Il détermine, entre autres, les normes applicables aux servitudes prédiales, un aspect essentiel de la réglementation de l'accès à l'eau en milieu rural. En province, les litiges qui pouvaient surgir dans ce cadre devaient être résolus devant la justice du gouverneur. Ces derniers étaient souvent d'anciens préteurs, que ce soit dans les provinces impériales à légat propréteur, comme la Tarraconaise, ou dans les provinces sénatoriales, comme l'Afrique Proconsulaire. Quel que soit le type de préture qu'ils avaient exercé, ils avaient donc une connaissance suffisante du droit prétorien.

Strictement appliqué, le droit de la propriété prévoit que chacun exploite ses terres en utilisant ses ressources propres et en s'accommodant des contraintes de son domaine. Or ces contraintes, pour naturelles qu'elles soient, peuvent constituer de véritables obstacles au travail

10. Sur la reconstitution de l'Édit du préteur à partir des textes du *Digeste*, voir O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig, B. Tauchnitz, 1883 ; O. LENEL, *Essai de reconstitution de l'Édit perpétuel*, traduit par F. PELTIER, Paris, Larose, 1901. Pour des compléments, voir H. ANKUM, « Towards Additions to Lenel's *Palingenesia Iuris Civilis* », *RIDA*, 1994, n° 41, pp. 125-138.

11. A. GUARINO, « La formazione dell'edito perpetuo », *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, 1980, II, 13, pp. 62-102.

agricole. Elles peuvent, en premier lieu, être causées par l'écoulement naturel de l'eau, lié à la configuration des parcelles. Ulpien précise à ce propos que les fonds inférieurs, situés en aval, sont soumis à la servitude perpétuelle et naturelle de recevoir l'eau qui coule des champs supérieurs, situés en amont¹². Selon sa taille et sa force, cet écoulement peut alors constituer une contrainte ou un avantage, et entraîner, selon les cas, des dissensions pour conserver ou se débarrasser de cette eau. En second lieu, les parcelles ne bénéficient pas toutes des ressources hydriques suffisantes à l'exploitation agricole. Les propriétaires se voient alors dans l'obligation d'obtenir de l'eau en dehors de leur propriété. Les servitudes offrent donc la possibilité d'aménager le droit de la propriété, en adoucissant, lorsque cela est nécessaire (et possible), la rigueur des conditions naturelles des terres. Le droit des servitudes prédiales régit ainsi des rapports de droit privé entre des fonds servants et des fonds dominants, c'est-à-dire entre les propriétés (*praedia*) sur lesquelles porte une charge, les fonds servants, et les propriétés auxquelles est due une charge, les fonds dominants. Les servitudes peuvent porter sur des fonds bâtis (servitudes urbaines) ou sur des fonds non bâtis (servitudes rurales)¹³. On parle, de façon générale, de « servitudes d'eau » pour toutes les catégories de servitudes qui permettent de se procurer ou d'évacuer de l'eau. Le droit des servitudes est considéré comme déroga-toire au droit commun de la propriété, puisqu'il permet à un propriétaire de bénéficier, selon des modalités conventionnelles, des avantages et des ressources d'une parcelle qui ne lui appartient pas¹⁴.

Les servitudes semblent avoir été des solutions précocement adop-tées par le droit romain. Les fonds privés peuvent donc être soumis à des servitudes de sentier, de chemin, de voie (*iter, actus, uia*) ou d'aqueduc (*aquaeductus*)¹⁵. Ce dernier est identifié à une servitude de passage, puisqu'il a pour conséquence de ménager un passage pour l'eau (*aquam ducendi*). Les servitudes prédiales sont sans doute les plus anciennes qu'ait connues le droit romain. Suivant le témoignage de Gaius, la

12. *Dig.* 39.3.1 § 22 (Ulpien au livre 53 sur l'Édit) : « (...) *semper enim hanc esse servitutem inferiorum praediorum, ut natura profluentem aquam excipiant* ».

13. Cette distinction semble dater de l'époque classique, c'est-à-dire entre le dernier siècle de la République et le début de la Tétrarchie (A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, Clarendon Press, 1968, p. 181).

14. David Johnston parle de « détournement de la norme » (c'est-à-dire le droit commun de la propriété) à propos du droit des servitudes (D. JOHNSTON, *Roman Law in Context*, New York, Cambridge University Press, 1999, p. 70).

15. La servitude de sentier (*iter*) permet de passer à pied. La servitude de chemin (*actus*) permet de passer avec des animaux. La servitude de voie (*uia*) permet de passer en charrette ou en chariot. Voir *Dig.* 8.3.1 *praemium*. (Ulpien au livre 2 des *Institutions*).

servitude de voie (*uia*) serait, en effet, évoquée dans les *XII Tables*, au v^e siècle avant J.-C.¹⁶. Par analogie, plusieurs auteurs en ont donc déduit que la servitude d'aqueduc, intégrée à la même catégorie des servitudes prédiales, était aussi ancienne¹⁷. Cette hypothèse est d'ailleurs justifiée par les écrits des agronomes antiques. Caton l'Ancien, au II^e siècle avant J.-C., et Varron, entre le II^e et le I^{er} siècles avant J.-C., soulignent ainsi la nécessité, pour toute exploitation agricole, de disposer d'un accès à l'eau¹⁸. Caton rappelle d'ailleurs l'importance de se comporter en bon voisin, c'est-à-dire de rendre des services autour de soi, et ainsi de participer à un système d'échanges¹⁹. Plusieurs types de servitudes sont prévus pour assurer aux fonds ruraux un accès à l'eau. Si une parcelle ne comporte pas de ressources hydriques propres, ou si elles sont insuffisantes, elle peut bénéficier d'une servitude qui donne à son propriétaire le droit de conduire de l'eau depuis, ou à travers, une parcelle voisine (*servitus aquae ductus*)²⁰, de traverser une parcelle pour y puiser de l'eau (*servitus aquae haustus*), et d'amener ses bêtes s'abreuver dans une parcelle voisine (*servitus pecoris ad aquam appellendi*)²¹. La fonction de ces droits est de fournir de l'eau à une exploitation aussi longtemps que la ressource est disponible, et aussi longtemps que le bénéficiaire fait usage de son droit.

La servitude d'aqueduc peut aussi être assortie d'horaires ne permettant au fonds dominant de faire usage de son droit qu'à certaines périodes de la journée. Le juriste Paul, actif entre la fin du II^e et le début du III^e siècle, rappelle que les conventions peuvent stipuler les périodes de la journée pendant lesquelles il est possible de faire usage de son droit (*nocturnae aquae / diurnae*)²². Le contrat de servitude peut donc expressément prévoir de restreindre l'accès à l'eau pour le fonds dominant, peut-être pour préserver les ressources du fonds servant. Dans cette hypothèse, il faudrait penser que le droit des servitudes pouvait avoir pour fonction de protéger un propriétaire, contraint de partager son eau avec ses voisins, d'un dessaisissement total de ses ressources.

16. *Dig.* 8.3.8 (Gaius au livre 7 sur l'*Édit provincial*).

17. C. J. BANNON, « Servitudes for Water Use in the Roman Suburbium », *Historia*, 2001, 50/1, n° 2, p. 34. Pour un récapitulatif des positions de différents auteurs sur l'ancienneté des servitudes et leur existence à l'époque des *XII Tables*, voir G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Naples, E. Jovene, 1967, pp. 25-26 (l'auteur défend, lui aussi, la thèse selon laquelle l'adduction fait partie des plus anciennes servitudes).

18. CATON, *Agr.*, I, 3 ; VARRON, *R. R.*, I, II, 2.

19. CATON, *Agr.*, IV.

20. *Dig.* 8.3.33 § 1 (Africanus au livre 9 des *Questions*).

21. *Dig.* 8.3.1 § 1 (Ulpien au livre 2 des *Institutions*).

22. *Dig.* 39.3.17 *praemium* (Paul au livre 15 sur *Plautius*).

Une fois tirée du fonds servant, l'eau peut être répartie entre différents bénéficiaires. Là encore, ce partage entraîne de nécessaires aménagements, notamment en ce qui concerne les horaires d'exercice des droits de chacun. La règle générale de partage, édictée par Nératius, consiste à établir un roulement entre les différents usagers d'une même source²³. La convention de servitude doit être établie de manière que chacun ait son jour ou son heure pour puiser ou conduire l'eau (« *ut diuersis diebus uel horis ducatur* », précise le juriste). Une telle organisation a bien sûr pour objectif d'éviter les conflits entre exploitants. C'est aussi, semble-t-il, la raison pour laquelle une certaine liberté est laissée aux propriétaires des fonds dominants dans l'organisation des horaires de partage de l'eau²⁴. Dans la mesure où elle n'affecte en rien la gestion des ressources du fonds servant, la possibilité de changer les horaires appartient entièrement aux propriétaires des fonds dominants. Cette souplesse d'organisation qui leur est accordée par la jurisprudence montre que le droit des servitudes d'eau, cadre juridique des relations de voisinage, était avant tout conçu comme un instrument de régulation de la concurrence pour la gestion et l'accès à des ressources naturelles, ce que la liberté des bénéficiaires à organiser leurs horaires ne gênait en rien.

Comme le montrent les textes réunis dans le *Digeste*, de multiples solutions juridiques permettaient de gérer la concurrence pour l'accès à l'eau. Le droit romain garantissait ainsi les conditions de la production agricole et de la subsistance des agriculteurs. Les servitudes étaient manifestement en usage dès l'époque de la *Loi des XII Tables*, voire bien avant. Elles ont ensuite été formalisées par le droit prétorien, dont la valeur procédurale suggère que les occasions de conflit étaient nombreuses. Les juristes, dont les écrits ont été compilés dans le *Digeste*, se sont fondés sur l'*Édit du préteur*, ainsi que sur les pratiques des communautés rurales²⁵. Le droit des servitudes a donc avant tout une origine coutumière. Sa formalisation dans le droit privé et dans la jurisprudence a ensuite permis sa protection par le système juridique romain.

23. *Dig.* 8.3.2 § 1 (Nératius au livre 4 des *Règles*).

24. *Dig.* 43.20.5 § 1 (Julien au livre 4 tiré de *Minucius*).

25. C. J. BANNON, « Servitudes for Water Use in the Roman *Suburbium* », *op. cit.*, pp. 36-37.

II. MODALITÉS JURIDIQUES ET INSTITUTIONNELLES DE L'ACCÈS À L'EAU EN VILLE

L'eau était indispensable, dans les villes antiques, à toute une série d'usages domestiques et artisanaux. Le puisage et le recueil des eaux de pluie dans des citernes privées suffisaient généralement à répondre à ces besoins. La majeure partie des habitations antiques possédaient ainsi des citernes souterraines, alimentées par l'eau recueillie grâce aux pentes de toit et à l'*impluuium*. Quelques cultures vivrières dans les jardins pouvaient aussi entraîner un arrosage, qui ne nécessitait jamais de grandes quantités d'eau. À ces différents usages, les cités romaines avaient cependant ajouté l'alimentation de thermes et de fontaines, destinées à enrichir la parure monumentale et à accroître l'agrément de la vie urbaine. Ainsi naquit la nécessité de recourir aux adductions, parfois sous la forme monumentale d'aqueducs à arches²⁶.

Les cités peuvent prendre en charge les adductions publiques. La *Lex Flauia Irnitana* et la *Lex Coloniae Genetiuae Vrsonensis*, en Bétique, disposent que la construction et la restauration des canaux d'adduction constituent une mission des *duouiri* ou des édiles²⁷. Le texte d'Urso ne contient pas de disposition plus précise sur la répartition des compétences entre les deux collèges de magistrats²⁸. À Irni, il est spécifié que seuls les *duouiri* sont responsables des travaux d'adduction, et qu'ils peuvent agir ensemble ou séparément²⁹. Dans ces deux cités espagnoles, la responsabilité des travaux revient donc aux magistrats. Le pouvoir de décision, en revanche, semble appartenir à l'assemblée des décurions. Cette dernière se prononçait à la majorité des présents, à Urso³⁰. Les conditions de vote étaient plus contraignantes à Irni : l'adoption d'une décision concernant

26. Des sources et des puits pouvaient, dans certains cas, permettre l'alimentation des thermes (A. BOUET, *Les thermes privés et publics en Gaule Narbonnaise*, Collection de l'École française de Rome, 320, Rome, École française de Rome, 2003, pp. 190 et s.). Pour une synthèse exhaustive sur les thermes d'Afrique, voir Y. THÉBERT, *Thermes romains d'Afrique du Nord et leur contexte méditerranéen : études d'histoire et d'archéologie*, Bibliothèque des Écoles françaises d'Athènes et de Rome, 315, Rome, École française de Rome, 2003.

27. La loi municipale de la Colonie d'Urso remonte au milieu du 1^{er} siècle avant J.-C. (*CIL*, II, 1022 = *CIL*, II, 5439 = *CIL*, II, 5439a = *CIL*, I, 594 ; voir aussi M. H. CRAWFORD [dir.], *Roman Statutes I*, Londres, Institute of Classical Studies - School of Advanced Study - University of London, 1996, p. 25). La loi du municipio d'Irni est datée de la fin du siècle suivant (*AE*, 1984, 454 = *AE*, 1986, 332-333. Voir également F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae. Municipalita e Ius Romanorum*, Naples, Casa Editrice Jovene, 1993).

28. *Lex Coloniae Genetiuae Vrsonensis*, LXXVII, 29-33.

29. *Lex Flauia Irnitana*, 82. Les compétences des édiles d'Irni sont énumérées ailleurs dans la *lex*, au chapitre 19.

30. *Lex Coloniae Genetiuae Vrsonensis*, C, 3-7.

une adduction publique devait réunir une majorité des deux tiers, lorsque les trois quarts des membres étaient présents³¹.

L'intervention des institutions municipales, par l'intermédiaire des magistrats ou de l'*ordo*, est théoriquement liée à un financement assuré par les revenus de la cité. Richard Duncan-Jones s'est cependant livré à des calculs sur le coût des constructions publiques, qu'il a mis en relation avec une estimation des revenus municipaux moyens, assez bien connus en Afrique. Il considère qu'une cité pouvait mettre 120 à 140 ans pour acquérir un équipement urbain complet³². Une partie des ressources des cités provenait du paiement de la *summa honoraria* par les magistrats, mais Paul-Albert Février a estimé que ces sommes modiques ne pouvaient servir qu'à des restaurations ou des décorations³³. Le recours à des financements privés, par le biais de l'évergétisme, était alors crucial pour les cités. Dans ce cas, les capitaux devaient, en principe, être d'origine privée. La pratique était cependant beaucoup plus nuancée et surtout beaucoup plus complexe³⁴. En réalité, les sources de financement avaient de multiples origines qu'il est difficile de déterminer avec précision, d'autant plus dans le cas de travaux qui pouvaient s'étaler sur de nombreuses années³⁵. Il faut souligner que les textes, et en particulier la documentation épigraphique, sont très loin d'apporter des certitudes sur lesquelles s'appuyer. Mireille Cébeillac-Gervasoni constate en effet qu'un

31. *Lex Flauia Imitana*, chapitre 83.

32. R. DUNCAN-JONES, « Who paid for public building ? », *Structure and Scale in the Roman Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, pp. 177-178.

33. P.-A. FÉVRIER, *Approches du Maghreb romain : pouvoirs, différences et conflits 1*, Aix-en-Provence, Édisud, 1989, p. 200. Claude Briand-Ponsart incline cependant à penser que le versement de cette somme pouvait être la principale source de revenus pour bon nombre de cités (C. BRIAND-PONSART, « *Summa honoraria* et ressources des cités d'Afrique », *Il capitolo delle entrate nelle finanze municipali in occidente ed in oriente*, Actes de la x^e Rencontre franco-italienne sur l'épigraphie du monde romain, Rome, 27-29 mai 1996, Rome, Università di Roma-La Sapienza, École française de Rome, 1999, p. 217).

34. Sur la complexité des chantiers et la multiplicité des acteurs, dans le cadre des travaux d'intérêt public, voir en premier lieu P.-A. FÉVRIER, *Approches du Maghreb romain : pouvoirs, différences et conflits 2*, Aix-en-Provence, Édisud, 1990, p. 19, pour des réflexions générales. Voir aussi C. SALIOU, « Le déroulement du chantier à Rome et dans le monde romain durant la période républicaine et le Haut-Empire : une approche juridique », *Arqueología de la construcción : la economía de las obras*, École Normale Supérieure, Paris, 10-11 décembre 2009, sous la dir. de S. CAMPORALE, H. DESSALES et A. PRIZZO, *Anejos del Archivo español de arqueología*, 64, Mérida, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Arqueología de Mérida, 2012, pp. 15-30.

35. Les inscriptions africaines permettent, par exemple, de mettre en évidence les différentes campagnes de construction ou de restauration d'un même ouvrage, comme l'*Aqua Titulenses* à Lambèse. Une campagne de restauration datée des années 276-282 (*CIL*, VIII, 2661 = D. 5788 = *AE*, 1973, 645) est suivie par une deuxième quelques années plus tard, en 290-293 (*CIL*, VIII, 2660 = D. 5787 = *AE*, 1973, 645).

particulier pouvait très bien effectuer des travaux avec des fonds municipaux et un magistrat financer lui-même des travaux publics³⁶.

Une fois acheminée en ville, l'eau pouvait être répartie à travers un réseau public d'adduction et de distribution. L'accès aux ressources hydriques était alors, en partie, assuré par le puisage dans les fontaines publiques. Bien attesté dans les sources littéraires, notamment celles qui mettent en scène la vie domestique, les modalités juridiques de ce mode de répartition de l'eau, en ville, ne sont en revanche pas connues pour les provinces d'Afrique et d'Espagne³⁷. Les sources évoquent davantage les concessions qui pouvaient être faites à des particuliers, à partir du réseau public de distribution. La précision d'Ulpien, sur l'interdit concernant l'eau conduite depuis un réservoir public, indique à la fois la présence d'un réseau et l'existence d'un droit de concession.

Dig. 43.20.1. Ulpianus libro 70 ad edictum. § 39. *Aequissimum uisum est ei quoque, qui ex castello ducit, interdictum dari. Id est ex eo receptaculo, quod aquam publicam suscipit, castellum accipe.*

Ulpien au livre 70 sur l'Édit du préteur. § 39. Il a paru très juste de donner aussi un interdit à celui qui conduit l'eau depuis un réservoir dans lequel tombe l'eau publique, ce qu'on appelle château d'eau.

L'*aqua publica* qui est ici protégée (*ex eo receptaculo, quod aquam publicam suscipit*) ne provient pas d'un fleuve ou d'une rivière. Elle est dite « publique » car elle fait partie du patrimoine de la cité, la *res publica*, qui la cède à un particulier. En fonction des cités, différentes autorités municipales pouvaient être chargées d'attribuer les concessions. Dans la Rome républicaine, les magistrats qui avaient pour mission d'octroyer les concessions d'eau aux particuliers pouvaient varier³⁸. Les édiles et les censeurs étaient compétents en matière de travaux publics, qu'il s'agisse de maîtrise d'ouvrage ou d'adjudication. Toutefois, les censeurs s'en occupaient de préférence, sans aucun doute en raison du lien étroit entre l'accès à l'eau courante et la distinction sociale qu'acquerrait ainsi

36. M. CÉBEILLAC-GERVASONI, « Le notable local dans l'épigraphie et les sources littéraires latines : problèmes et équivoques », *Les « Bourgeoisies » municipales italiennes aux II^e et I^{er} siècles av. J.-C.*, Centre Jean Bérard, Institut français de Naples, 7-10 décembre 1981, sous la dir. de M. CÉBEILLAC-GERVASONI, Paris, Éditions du CNRS, 1983, p. 53.

37. Horace témoigne de la dimension sociale de ces petites fontaines qui animent la vie du quartier, où chacun peut venir puiser de l'eau et s'informer des nouvelles : *et quodcumque semel chartis inleuerit, omnis gestiet a furno redeuntis scire lacuque et pueros et anus* (À peine [le poète] a-t-il jeté quelque nouvelle injure sur le papier, à toute force il en fait part même aux vieilles ménagères qui reviennent du four, même aux enfants qui vont remplir l'amphore à la fontaine). Voir HORACE., *Sat.*, I, 4, 37.

38. FRONTIN, *De Aq.*, xcvi, 1-2.

une *domus* urbaine³⁹. Sous l'Empire, les sources juridiques et littéraires attestent que l'eau était concédée par l'Empereur. Cette prérogative est observable aussi bien à Rome au I^{er} siècle, qu'à Constantinople aux IV^e et V^e siècles⁴⁰. Dans les provinces, et en particulier dans les villes d'Afrique et d'Espagne, les conditions d'attribution des concessions d'eau sont cependant beaucoup moins bien connues. La chancellerie impériale devait théoriquement être tenue au courant, en dernier ressort, de toutes les concessions. Ce principe est maintenu et répété, du I^{er} siècle à la fin du V^e siècle⁴¹. Toutefois, les dispositions impériales précisent que le souverain déléguaient en pratique à ses représentants le soin de gérer le nombre des concessions. Au V^e siècle, le préfet du prétoire fut chargé de ce soin et non plus le gouverneur de province⁴². Bien qu'une constitution impériale de 517, confirmant une décision de Théodose, datée de 379-395, rappelle que la permission du prince était nécessaire, tant à Constantinople que dans les provinces, pour octroyer une concession, cette disposition ne semble concerner que les aqueducs financés par le pouvoir impérial⁴³.

Autant que nous sachions, en province, les concessions octroyées depuis les aqueducs municipaux étaient gérées par les cités elles-mêmes. La loi d'Urso précise que les magistrats ont le droit d'introduire cette question à l'ordre du jour, mais que la décision finale d'accorder une concession, comme en matière d'adduction publique, appartient en fait à l'assemblée des décurions⁴⁴. Le texte évoque les concessions d'*aqua caduca*, c'est-à-dire celle qui n'a pas été utilisée dans les thermes et qui s'écoule des fontaines. Les concessions d'eau publique ne sont manifestement pas des décisions d'importance secondaire dans l'agenda du conseil municipal d'Urso. En effet, le vote doit être effectué en présence de la majorité des décurions. Cette mesure avait pour but de conférer la plus grande légitimité possible à ce type de décision, puisque la responsabilité de son adoption pesait sur une large partie des notables.

39. Sur l'eau courante comme privilège des demeures aristocratiques, et expression d'une prééminence sociale, voir C. BRUUN, *The Water Supply of Ancient Rome : a Study of Roman Imperial Administration*, Helsinki, The Finnish Society of Sciences and Letters, 1991, pp. 77-87 ; A. WILSON, « Running Water and Social Status in North Africa », *North Africa from Antiquity to Islam*, sous la dir. de M. HORTON et T. WIEDEMANN, Bristol, Centre for Mediterranean Studies, Centre for the Study of the Reception of Classical Antiquity, 1995, pp. 52-56 ; H. DESSALES, *Le partage de l'eau : fontaines et distribution hydraulique dans l'habitat urbain de l'Italie romaine*, Bibliothèque des Écoles Françaises d'Athènes et de Rome, 351, Rome, École française de Rome, 2013, pp. 276-281.

40. FRONTIN, *De Aqu.*, LXXXVIII, 2 ; *C. Th.*, 15.2.6 ; *C. Th.*, 15.2.2 ; *C. J.*, 11.43.5, *C. J.*, 11.43.6.

41. *Dig.* 43.20.1 § 41-42 (Ulpian au livre 70 sur l'Édit).

42. *C. J.*, 11.43.5.

43. *C. J.*, 11.43.11.

44. *Lex Coloniae Genetivae*, C, 9-16.

III. LA RÉGLEMENTATION DES COMMUNAUTÉS D'IRRIGATION

Les communautés d'irrigation sont un type particulier de communautés agraires. Leur existence est en effet fondée sur le partage de ressources hydriques rares ou précieuses, et destinées aux cultures. L'eau d'irrigation n'est pas tirée d'une ou de plusieurs propriétés privées, mais d'un ouvrage hydraulique, parfois monumental, certainement mis en place grâce à la participation de l'ensemble des membres de la communauté. Le partage de l'eau est donc au cœur du fonctionnement de ces communautés d'irrigation, qui pouvaient dans certains cas posséder des institutions propres⁴⁵. Deux solutions sont mises en place pour permettre à chaque membre d'accéder à l'eau. Le partage peut être effectué en volumes, calculés à partir de la taille des canalisations, ou en temps d'écoulement de l'eau. Dans les deux cas, des règles précises sont déterminées par la communauté.

La *Table de Lamasba*, rédigée entre 218 et 222 en Numidie, fournit l'exemple le plus complet sur le partage de l'eau en temps d'écoulement⁴⁶. Chaque propriétaire recevait la totalité de l'eau disponible dans le système pendant un laps de temps et selon un ordre déterminé à l'avance par la communauté. L'inscription se présente sous la forme d'une liste qui comprend, pour chacun, la date et l'heure à laquelle doit débiter l'approvisionnement, et récapitule le total du temps d'irrigation octroyé⁴⁷. Il s'agit, dans cette communauté, d'un arrosage hivernal, vraisemblablement destiné à remédier à une irrégularité du régime des précipitations qui peut compromettre la levée des semences d'automne. La liste des irrigateurs suit un ordre chronologique et les fragments retrouvés permettent de connaître la répartition de l'eau du 25 septembre (vii *Kalendas Octobres*) au 4 décembre (*pridie Nonas Decembres*)⁴⁸.

45. C'est peut-être le cas de la communauté des irrigateurs du canal de l'Èbre, connue par la *Lex Rivi Hiberiensis* (AE, 1993, 1043 = *HEp* 5 (1995), 911 = AE, 2006, 676). Le texte mentionne un *concilium*, assemblée qui pouvait réunir les irrigateurs. Toutefois ce règlement ne traite pas explicitement des conditions de l'accès à l'eau par le biais d'un partage des ressources (sur ce texte, voir en premier lieu F. BELTRÁN LLORIS, « An Irrigation Decree from Roman Spain : the *Lex Rivi Hiberiensis* », *JRS*, 2006, n° 96, pp. 147-197).

46. *CIL*, VIII, 4440 = *CIL*, VIII, 18587 = D. 5793. B. D. SHAW, « Lamasba : an Ancient Irrigation Community », *Antiquités Africaines*, 1982, n° 18, pp. 61-103.

47. Le premier nom apparaissant sur la liste est celui de *Mattius Fortis*, « depuis la première heure du jour, le septième jour avant les calendes d'octobre, jusqu'à la cinquième heure et demie le même jour. Pour sa parcelle, un total de quatre heures et demie » (*Mattius Fortis K(---) cccviii, ex h(ora) i d(iei) vii Kal(endas) Octobr(es), in h(oram) v s(emis) d(iei) eiusdem. P(ro) p(arte) s(ua) h(oras) iii s(emis)*)).

48. Sur la reconstitution des parties manquantes et l'estimation des dimensions totales de l'inscription, voir B. D. SHAW, « Lamasba : an Ancient Irrigation Community », *op. cit.*, p. 96 ; M. DEBIDOUR, « Le problème de l'eau dans une cité de Numidie : l'inscription hydraulique de "Lamasba" », *Urbanisme et urbanisation en Numidie militaire*, Actes du colloque des 7 et 8 mars 2008, sous la dir. d'A. GROSLAMBERT, Paris, De Boccard, 2009, pp. 156-157.

Durant cette période, le texte ne mentionne qu'un tour d'irrigation unique pour chaque parcelle. Cette parcimonie fait penser que les ressources en eau de cette plaine pré-désertique aride devaient être particulièrement rares. Elles faisaient donc l'objet d'une scrupuleuse répartition, ce qui mena à la rédaction de ce texte⁴⁹. Il faut souligner que le fonctionnement des communautés d'irrigation était en général très probablement coutumier. La rédaction d'un texte aussi précis que la *Table de Lamasba* était donc, somme toute, exceptionnelle et avait sans doute pour but de clarifier les droits de chacun et de les rendre opposables à l'ensemble de la communauté.

Il n'existe pas, à notre connaissance, de textes évoquant un système fondé exclusivement sur la répartition en volumes d'eau. En revanche, un plan de marbre de Tivoli, datant du Haut-Empire, présente un exemple explicite, quoique fragmentaire, du mélange entre partage en temps et partage en volumes⁵⁰. La mesure du volume y est d'abord calculée d'après le nombre des ouvertures et la taille des conduits. Ensuite apparaît la mesure en temps d'irrigation, calculé en heures. Le temps est décomposé en heures du jour et de la nuit, exactement de la même façon qu'à Lamasba. Quel que fût le mode de répartition de l'eau adopté par les communautés d'irrigateurs, les documents écrits révèlent toujours l'existence de calculs précis, certainement destinés à prévenir les conflits et les contestations qui pourraient naître du fonctionnement quotidien de la communauté.

La superficie des parcelles à irriguer semble avoir constitué un élément déterminant dans le calcul des quantités d'eau attribuables à chacun. Chaque entrée de la liste de Lamasba comporte un chiffre exprimé en *k(---)*, accompagné d'un temps d'irrigation exprimé en heures et demi-heures. La plus petite propriété reçoit une demi-heure d'arrosage pour une parcelle évaluée entre 30 et 50 *k(---)*, et la plus grande, 71 heures et demie d'arrosage pour 4 000 *k(---)*. Bien que personne, jusqu'à aujourd'hui, n'ait établi de façon certaine ce que signifie cette abréviation, l'opinion la plus communément admise est, en fait, que *k(---)* exprimerait la superficie des parcelles, sans que cela permette toutefois de déterminer la valeur de l'unité⁵¹. Cette hypothèse pour-

49. B. D. SHAW, « Lamasba : an Ancient Irrigation Community », *op. cit.*, p. 63. Cet auteur a cependant proposé qu'il ait pu y avoir deux tours d'irrigation par propriété, un d'hiver et un de printemps (*Ibid.*, p. 81).

50. *CIJL*, XIV, 3676 = *AE*, 2002, 180 = *InscrIt*, 4, 239.

51. Pour un récapitulatif des différentes hypothèses et interprétations possibles, voir M. DEBIDOUR, « Le problème de l'eau dans une cité de Numidie », *op. cit.*, pp. 165-167.

rait toutefois être étayée par un rescrit des empereurs Marc Aurèle et Lucius Verus, daté de 161. Ce texte dispose que « l'eau d'un fleuve public devait être partagée entre ceux qui ont des possessions voisines, à proportion de leur domaine, à moins qu'un propriétaire ne prouve qu'il a le droit d'en tirer davantage »⁵². Le partage de l'eau est bien conditionné par la taille des parcelles à irriguer (*pro modo possessionum*). Mais il a été proposé que le type de culture pratiqué sur chaque parcelle puisse être pris en considération dans le calcul des volumes d'eau. Dans ce cas, le texte viserait à proportionner l'eau distribuée aux besoins particuliers des cultures (*nisi proprio iure quis plus sibi datum ostenderit*)⁵³.

L'objectif des communautés d'irrigation est de tirer le meilleur parti possible de ressources en eau destinées aux cultures, tout en garantissant une répartition équilibrée entre les différents membres. L'équilibre du partage repose sur la prise en compte de la taille des parcelles, et peut-être des cultures pratiquées, ce qui indique bien la préoccupation essentiellement agricole de ce mode de partage de l'eau.

*

L'accès à l'eau est plus ou moins précisément réglementé, selon les situations étudiées. En ville, les dispositions juridiques portent principalement sur la mise en place d'adductions publiques. Or, si l'intervention des institutions municipales est bien prévue par les textes, dans la pratique, en revanche, on constate que de multiples acteurs pouvaient intervenir, selon des modalités qui ne sont pas toujours bien connues. L'effort important que devaient fournir les cités dans ce type d'entreprise, et la nécessaire contribution des notables par le biais de l'évergétisme, expliquent sans doute un pragmatisme qui ne pouvait pas nécessairement faire l'objet de normes systématiques. Au contraire, les concessions d'eau courante, depuis le réseau public, semblent avoir été entièrement réglementées par les statuts

52. Dig. 8.3.17 (Papyrus Justus au livre 1 des *Constitutions*) : « *aquam de flumine publico pro modo possessionum ad irrigandos agros dividi oportere, nisi proprio iure quis plus sibi datum ostenderit* ».

53. H. PAVIS D'ESCURAC-DOISY, « Irrigation et vie paysanne dans l'Afrique du Nord antique », *Ktèma*, 1980, n° 5, p. 185. Voir aussi P. TROUSSET, « Les oasis présahariens dans l'Antiquité : partage de l'eau et division du temps », *Antiquités Africaines*, 1986, n° 22, p. 177. Cette hypothèse s'appuie en particulier sur des arrêtés préfectoraux du département de Constantine, datés de la fin de XIX^e siècle et portant sur la répartition des eaux affectées à l'agriculture (voir J. BRUNHES, *L'irrigation, ses conditions géographiques, ses modes et son organisation dans la péninsule ibérique et dans l'Afrique du Nord*, Thèse de doctorat, Université de Paris, Faculté des lettres, Paris, 1902, p. 456).

municipaux. En milieu rural, l'étude des conventions de droit privé, qui organisent les servitudes, et des réglementations collectives des communautés d'irrigation montrent que deux systèmes pouvaient être mis en place et parfois fusionner : la répartition en temps d'alimentation ou en volumes. Dans les deux cas, la réglementation de l'accès à l'eau a pour but de garantir l'approvisionnement à des cultivateurs dont la subsistance pouvait dépendre de l'irrigation.

CHAPITRE 3

La police de l'eau dans la ville médiévale (XIII^e-XV^e siècles). Fondements, mise en œuvre et protection d'un « devoir de l'eau »

Aurelle LEVASSEUR

*Maître de conférences à l'Université Sorbonne Paris Cité
Université Paris 13 – CERAL (EA 3968)*

Au bas Moyen Âge, la distribution de l'eau aux membres de la communauté chrétienne est un devoir qui repose sur l'ensemble de la société. Ce « devoir de l'eau », dont il s'agira ici d'examiner les fondements et les instruments normatifs (juridiques et moraux), s'exprime en droit par la notion de *police*¹. Il convient au préalable de présenter les caractéristiques de cette police médiévale.

Au milieu du XIV^e siècle, Nicole Oresme, le savant évêque de Lisieux, fait la fortune du mot « police » en traduisant dans son *Livre de politiques d'Aristote* le latin *politia* par *policie*. Il l'emploie dans son acception la plus large, qui est le sens originel grec et qui signifie la gestion de la cité. Dès la seconde moitié du même siècle, le terme devient d'usage courant dans les ordonnances royales. Il y est souvent utilisé comme un équivalent de l'expression *bonne police* qui se développe en parallèle

1. Sur la police au Moyen Âge, voir B. CHEVALIER, *Les bonnes villes de France du XIV^e au XVI^e siècle*, Paris, Aubier-Montaigne, 1982, p. 219 ; A. RIGAUDIÈRE, « Les ordonnances de police en France à la fin du Moyen Âge », *Policy im Europa der Frühen Neuzeit*, sous la dir. de M. STOLLEIS, Francfort, V. Klostermann, 1996, pp. 97-161 ; K. WEIDENFELD, *La police de la petite voirie à Paris à la fin du Moyen Âge*, Paris, LGDJ, 1996 ; *Id.*, « Les recours juridictionnels contre les ordonnances de police au bas Moyen Âge », *Le pouvoir réglementaire : dimension doctrinale, pratiques et sources (XV^e-XVIII^e siècles)*, Actes du colloque de Mulhouse, 11-12 octobre 2002, sous la dir. d'A. J. LEMAÎTRE, O. KAMMERER, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2004, pp. 79-95 ; S. PETIT-RENAUD, « La notion de police et son usage en France. L'exemple de la ville d'Amiens (XIV^e-XVI^e siècles) », *Normes et normativité. Études d'histoire du droit rassemblées en l'honneur d'Albert Rigaudière*, sous la dir. de P. BONIN, F. GARNIER, C. LEVELEUX-TEIXEIRA, A. ROUSSELET-PIMONT, Paris, Economica, 2009, pp. 125-146 ; F. SAINT-BONNET et Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, Paris, Montchrestien, 2011, pp. 394 et s.

et qui signifie la conduite de la cité dans le respect du bien commun (*bonum commune*)².

Le bien commun est une des manifestations de la justice, laquelle ne se limite pas au Moyen Âge à l'action judiciaire (comme elle y est généralement réduite dans le vocabulaire juridique actuel). Elle implique de réaliser la justice de Dieu dans la cité terrestre, c'est-à-dire de créer et de maintenir des conditions de vie propices au salut des âmes. De manière générale, elle consiste à assurer la paix et l'ordre, par tous les moyens nécessaires. Elle est de surcroît le but et le fondement légitime de toute institution publique dans un monde qui ne connaît pas le principe de séparation des pouvoirs. Le roi est avant tout un justicier et de cela découle sa capacité à édicter des lois, à les faire exécuter et à sanctionner ceux qui ne s'y conformeraient pas.

Le bien commun est une forme particulière de justice qui s'exerce au sein d'une communauté possédant une identité et une autonomie propres, comme un royaume, un monastère ou une commune. Tandis que la « justice » entendue au sens large a vocation à s'étendre sur tous les chrétiens sans frontières, le « bien commun » est la justice d'un monde clos. Il ne prend en considération que l'intérêt général et particulier des membres de cette communauté. Adapté aux réalités quotidiennes de la vie, le bien commun inclut des préoccupations très matérielles, liées au confort des corps humains, à l'honneur de la communauté, à son aisance financière, etc.

Dans son sens le plus large, la « police » désigne ainsi le gouvernement de la justice adapté aux exigences de la vie en communauté. Le mot est aussi employé dans un sens plus restreint pour nommer un pouvoir inférieur de justice qui s'exerce dans les domaines les plus utilitaires de la vie en commun. Dans les villes, il est presque toujours détenu par le corps municipal. Même lorsque le seigneur conserve la haute et la basse justice, il délègue la police à ceux qui sont le plus à même d'en assurer le respect. Cette « police » ou « pouvoir de police » permet d'édicter des règlements, de contrôler, de surveiller et de juger les petites affaires de la vie courante. Elle consiste notamment à assurer le maintien de l'ordre et de la sécurité, à surveiller les marchés et les foires, les métiers et la

2. Vers 1450, les maires et échevins de Dijon désirent tenir la ville « belle, nette, bien conduite en bonne police et bien renommée ès lieux voisins et loingtains » (Archives municipales de Dijon, J 94). L'édit du 24 décembre 1460 de Charles VII contre les empiètements et encorbellements des immeubles parisiens a pour but de maintenir la capitale « en bonne police tant à la conservacion des corps humains que pour tenir les habitants en bonne amitié et concorde les ungs avec les autres et aussi pour la décoration de ladite ville » (Archives nationales, K 950 B, n° 42).

qualité des produits, à construire, entretenir et protéger les infrastructures et les équipements communs comme les rues, les fortifications, les puits et fontaines.

Parce que l'eau est essentielle à la vie commune, elle fait partie des attributions de la police. Elle sert non seulement aux soins des corps mais aussi à l'industrie, à la lutte contre les incendies, au nettoyage des rues, à l'écoulement des égouts. Elle arrive en ville par les cours d'eau naturels, par des fontaines artificielles ou est collectée par des citernes et des puits. Elle est ensuite répartie par des professionnels qui la transportent et la proposent aux habitants. Elle s'en retourne enfin en empruntant ces mêmes cours d'eau naturels ou par des égouts, et finit généralement sa course dans les fossés qui entourent la ville fortifiée. L'eau est si présente dans les villes médiévales qu'elles ont pu être qualifiées de « petites Venises »³. La police de l'eau assure principalement deux fonctions : contrôler son utilisation pour éviter les pollutions ; assurer sa distribution juste et suffisante.

La police des pollutions est désormais bien connue et sera seulement évoquée ici⁴. La distinction entre eau potable et eau usée, entre adduction et répurcation, n'est pas toujours très claire au Moyen Âge. Les usages de l'eau y sont beaucoup plus mêlés qu'aujourd'hui. Certaines rivières sont des cours d'eau propre sur une portion et des cours d'eau sale sur la portion suivante. À Montpellier, la *Rieyre* (rivière) change de nom au-delà du pont des Carmes et devient le *Merdanson*⁵. L'inverse existe aussi et c'est plus gênant. En 1466 à Amiens, les habitants de la rue de l'Aventure se plaignent de trouver dans leur potage des poils et des cartilages, parce que leur eau provient d'une source utilisée en amont par les fabricants de gants et de parchemins⁶. L'eau des égouts est employée pour éteindre les incendies⁷ et les abreuvoirs destinés à la consommation animale sont de fait utilisés par tous, quand ils ne servent pas de dépotoirs⁸. Les maladies qu'occasionne la pollution de l'eau sont connues et les autorités publiques tentent de réglementer ses usages. En 1404, le roi

3. A. GUILLERME, *Les Temps de l'eau : la cité, l'eau et les techniques (Nord de la France, fin III^e-début XIX^e siècle)*, Seyssel, Éditions Champ Vallon, 1990, p. 64.

4. J.-P. LEGUAY, *L'eau dans la ville au Moyen Âge*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2002.

5. L. COSTE, *Notice historique sur les anciennes fontaines de Montpellier*, Montpellier, Boehm et fils, 1886, p. 11, n. 1.

6. Archives municipales d'Amiens, BB 10, fol. 100, 9 juin 1466.

7. A. GUILLERME, *Les Temps de l'eau, op. cit.*, p. 76.

8. À Rouen, l'abreuvoir aux chevaux du pont de Seine reçoit les eaux provenant des rues et comporte des « aesies, dalles et aultres choses, par ou l'en peut faire ordure ou geter dedens ledit abreuveur » (Archives municipales de Rouen, A 5, 14 août et 20 novembre 1406).

Charles VI édicte une ordonnance pour « l'exaltacion de la bonne Police et Gouvernement de nostre bonne Ville de Paris » qui interdit aux habitants de jeter dans la Seine des ordures « nuisibles et moult prejudiciables à corps humains [...], que ce est grant orreur et abhominacion à veoir, et une grant merveille, se ne feust le miracle de nostre Seigneur, comment les creatures et corps humains usans en boires et en decoccions de leurs viandes de l'eauë d'icelle riviere, ne en enqueurent en très-grans multiplicacions d'inconveniens de mort et de maladies incurables »⁹.

L'autre fonction de la police consiste à distribuer l'eau de manière juste et suffisante. « Parmi les choses touchans et regardans la police et gouvernement des cités et bonnes villes, soit chose requise et très-necessaire, pour le soulagement des habitans dicelles villes et citez, que les rues et places soient fournies et garnies d'eaux [...] qui seroit chose très-convenable, utile et prouffitable pour le bien public et decoracion de la dicte ville », précise Louis XII en accordant au corps municipal de Rouen le droit d'utiliser l'eau qui arrive à son château¹⁰. Le magistrat¹¹ est intéressé par la présence d'une eau en quantité suffisante dans sa commune, pour éviter que les habitants ne la désertent¹² et, plus généralement, parce qu'il s'agit d'un des devoirs qui découle de sa fonction principale de gardien du bien commun, elle-même à l'origine de sa légitimité politique et donc de son pouvoir. Certaines fontaines n'ont d'ailleurs été édifiées que pour renforcer la légitimité déclinante du magistrat en place¹³. Toutefois, le pouvoir municipal est rarement le seul pourvoyeur en eau, d'une part parce que le coût de l'adduction dépasse souvent les capacités financières de la commune, d'autre part parce que le bien commun n'est pas le monopole des autorités publiques. Il est l'affaire de toute la communauté chrétienne à laquelle il appartient de le définir, de l'énoncer et de le réaliser, à plus forte raison lorsque la question touche à l'eau dont

9. *Ordonnances des rois de France de la troisième race*, sous la dir. de L. de BRÉQUIGNY et L.-G. de VILEVAULT, t. IX, Paris, Imprimerie royale, 1769, p. 43.

10. A. CERNÉ, *Les anciennes sources et fontaines de Rouen*, Rouen, J. Lecerf fils, 1930, pp. 374-375 (7 août 1505).

11. Le terme « magistrat » est utilisé ici dans son sens de « magistrat urbain » pour désigner les institutions qui exercent le pouvoir communal, quel que soit leur titre : maires, consuls, échevins, etc.

12. Une émigration non maîtrisée peut être fatale à une commune, surtout à partir de la dépression démographique qui suit l'arrivée de la peste en 1347. Certaines villes perdent plus de la moitié de leur population (Toulouse perd 58 % de ses habitants, Paris 53 %, Apt et Moustiers plus de 70 %). La reprise ne s'amorce que dans les années 1450 (*Histoire de la population française*, t. 1, *Des origines à la Renaissance*, sous la dir. de J. DUPÂQUIER, Paris, Presses universitaires de France, 1991, p. 329 ; *Histoire de l'Europe urbaine*, t. 1, *De l'Antiquité au XVIII^e siècle*, sous la dir. de J.-L. PINOL, Paris, Seuil, 2003, p. 367).

13. Par exemple après la révolte populaire de Provins à la fin du XIII^e siècle (V. TERRASSE, *Provins. Une communauté du comté de Champagne et de Brie [1152-1355]*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 181).

la nature est alors sacrée. Beaucoup d'équipements hydrauliques sont en conséquence construits par des personnes privées qui agissent sur le fondement chrétien de leur devoir de charité. Lorsque les communes se développent à partir du XIII^e siècle, le magistrat utilise et s'appuie sur le réseau hydraulique privé et notamment ecclésiastique déjà existant pour développer le réseau municipal. La coopération entre magistrat et ecclésiastiques est facilitée par le fait que bien commun et charité sont issus des mêmes obligations chrétiennes. Parallèlement, le magistrat utilise des techniques similaires à la délégation de travaux ou de service publics pour étendre le réseau hydraulique en en faisant supporter le coût à des personnes privées.

I. DES ÉQUIPEMENTS HYDRAULIQUES « AD HONORUM DEI »

L'eau revêt un caractère sacré. Le don privé d'équipements hydrauliques de même que leur partage qui étendent l'accès à l'eau potable, participent au devoir de charité.

A. La sacralité de l'eau

L'origine de la sacralité de l'eau est controversée. D'aucuns la font remonter à l'ancien culte païen des eaux et des sources qui aurait été combattu par l'Église avant d'être christianisé. D'autres se montrant plus réservés sur l'éventualité d'une survivance du paganisme, pointent la difficulté à démontrer l'existence d'une continuité des pratiques culturelles entre Antiquité et Moyen Âge et préfèrent parler de syncrétisme entre les vertus thaumaturgiques des sources et des saints¹⁴. Quoi qu'il en soit, la sacralité de l'eau dans l'imaginaire médiéval n'est plus à démontrer. Les

14. Sur la sacralité de l'eau au Moyen Âge, voir É. MÂLE, *La fin du paganisme en Gaule*, Paris, Flammarion, 1962, pp. 54-57 ; J. HUBERT, « Sources sacrées et sources saintes », *Comptes rendus de l'Académie des Inscriptions et des Belles-Lettres*, 1967, n° 4, pp. 567-573 ; P. AUDIN, « Un exemple de survivance païenne : le culte des fontaines dans la France de l'Ouest et du Centre-Ouest. Seconde partie : du Moyen Âge à nos jours », *Annales de Bretagne et des Pays de l'Ouest*, 1980, n° 87, pp. 679-696 ; B. CAULIER, *L'eau et le sacré. Les cultes thérapeutiques autour des fontaines en France du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, pp. 127 et s. ; A.-D. KAPPERER, *Fracas et murmures. Le bruit de l'eau dans un Moyen Âge picard et boulonnais*, Amiens, Trois Cailloux, 1991 (notamment p. 174) ; *Les eaux thermales et les cultes des eaux en Gaule et dans les provinces voisines*, Actes du colloque d'Aix-les-Bains, 28-30 septembre 1990, sous la dir. de R. CHEVALLIER, Tours, Centre de recherches A. Piganiol, 1992 ; Y. DESMET, « Le culte des eaux dans la Gaule pendant le haut Moyen Âge », *Revue du Nord*, janvier-mars 1998, n° 80, pp. 7-27 ; J. BAUDET, « Culte des eaux et fontaines de dévotion à Saint-Claud », *Bulletins et mémoires de la Société historique et archéologique de la Charente*, 1998, n° 154, pp. 87-97.

théologiens considèrent qu'elle est un don de Dieu qui appartient à tous et que nul ne peut se l'approprier. Elle est d'autant plus sacrée qu'elle est nécessaire aux sacrements et à la célébration des offices¹⁵. Des pèlerinages vers des points d'eau sont mentionnés dès l'époque mérovingienne, comme celui de la fontaine Saint-Liéphard à Raye-sur-Authies, sous Dagobert. Dans les villes, une soixantaine de fontaines sont l'objet de dévotions, comme la fontaine de La Clautre à Périgueux¹⁶. Les sources écrites témoignent aussi de la sacralité de l'eau, en particulier celles par lesquelles sont ordonnés des travaux d'adduction. Ainsi, l'acte du 9 avril 1292 qui organise l'arrivée des eaux à Marseille précise que la construction de l'aqueduc est « *ad bonum statum civitatis Massiliae et ad commune bonum totius rei publice* » (formule très classique susceptible d'être employée pour tous les équipements publics) et surtout « *ad honorum Dei* » (formule généralement réservée aux équipements hydrauliques et aux ponts)¹⁷.

B. Le don du chrétien

Le don de l'eau s'inscrit dans les pratiques de charité du chrétien, qui peut participer à l'entretien ou au développement du réseau hydraulique de diverses manières. Dans les testaments, il est parfois mentionné le don d'un puits à la communauté, ou celui d'une somme d'argent destinée à la réparation d'une fontaine. En 1247, Thomas Vézian lègue son puits à la ville de Montpellier pour permettre à tous d'y puiser, sauf la nuit car alors le terrain est clos¹⁸. Et c'est « pour la guérison de [s]on âme » (« *pro remedio anime mee* ») qu'en 1348 un habitant de Riom lègue à la ville de quoi acheter du plomb pour réparer les conduits des fontaines¹⁹. Les professionnels de la construction travaillent parfois

15. A.-D. KAPFERER, *Fracas et murmures*, op. cit., p. 173 ; G. FOUQUET, *Bauen für die Stadt. Finanzen, Organisation und Arbeit in kommunalen Baubetrieben des Spätmittelalters*, Cologne, Böhlau, 1999, p. 235.

16. A. HIGOUNET-NADAL, « Hygiène, salubrité, pollutions au Moyen Âge. L'exemple de Périgueux », *Annales de démographie historique*, 1975, pp. 81-92 (p. 82) ; B. CAULIER, *L'eau et le sacré*, op. cit., pp. 22-23.

17. P. AMARGIER, *Marseille au Moyen Âge*, Marseille, La Thune, 1996, p. 32.

18. Archives municipales de Montpellier, EE 305, 3 août 1247.

19. La même année, Guillaume de Turnis le Vieux, qui appartient à une famille notable de Riom, lègue aussi cent sous tournois pour l'achat de cinq cornets de plomb pour la réparation des fontaines de la ville, « *pro remedio anime mee et parentum meorum et aliorum de genere* » (E. MORAND, « L'eau vive à Riom », *Bulletin historique et scientifique de l'Auvergne*, 1967, n° 17, pp. 65-73). Gérard Bruneau, bourgeois et marchand de Limoges, lègue en 1270 dix sous à la ville pour le rachat de la fontaine de Saint-Gérald (J. LEVET, *À la découverte du Limoges ancien*, t. 1, *Les fontaines*, Limoges, 1987, p. 113). Hugues Assunel, habitant de Marseille, effectue un legs particulier de cinq sous à la ville en 1278 pour permettre l'adduction des eaux et Pierre Elzéar, notaire de la même ville, lègue en 1317 par testament le tiers de sa succession « *ad conductum aque*

bénévolement au réseau et ne demandent qu'à être remboursés de leurs frais, comme ces trois fontainiers qui en 1478 établissent des conduits à Périgueux²⁰ ou ce charpentier qui en 1445 participe à l'adduction de l'eau à Dijon²¹. Les plus riches offrent des équipements complets à la communauté. À Paris vers 1300, Jean Pitard, chirurgien de saint Louis puis de Philippe le Bel, fait creuser un puits auquel tout le voisinage pouvait puiser et sur lequel fut gravée l'inscription suivante²² :

*Jean Pitard en ce repaire
Chirurgien du Roy fit faire
Ce puits en mil trois cent dix
Dont Dieu lui doint Paradis*

L'exemple le plus célèbre reste celui de la fontaine Putanelle, commandée par Jacques Cœur pour la ville de Montpellier, même si le marchand déchu n'a finalement pas pu en honorer le paiement. Sa construction suit celle de la Loge des Marchands, éblouissant bâtiment qu'il avait voulu « le plus bel et le plus honorable » de la commune. Les œuvres de Jacques Cœur visent en effet à magnifier sa ville et à en augmenter l'honneur²³. De fait, aux motivations pieuses de ces évergètes se mêlent des considérations plus politiques, dans des proportions qu'il est impossible d'estimer en l'absence de séparation consciente entre ces deux sphères. Lorsqu'en 1476, l'évêque Louis d'Harcourt œuvre pour qu'une seconde fontaine soit construite à Rouen où il possédait un hôtel,

quod sit in civitate Massilie » (P. MABILLY, *Les villes de Marseille au Moyen Âge, ville supérieure et ville de la prévôté, 1257-1348*, Marseille, J.-B. Astier, 1905, p. 143 ; Archives municipales de Marseille, DD 270). En 1438, Guilhem Prati lègue sept écus pour réparer une fontaine du village de Lasbordes (M.-C. MARANDET, *Le souci de l'au-delà : la pratique testamentaire dans la région toulousaine [1300-1450]*, t. II, Perpignan, Presses universitaires de Perpignan, 1998, p. 500).

20. Les trois fontainiers demandent seulement à être remboursés de leurs frais de voyage et d'hôtellerie : « seys prendre autras jornadas mas tant solament lors despens per dos viageys que vengueren et xje jours que hi demoreren » (Archives municipales de Périgueux, CC 91, fol. 90, 1477-1478 ; M. HARDY, *Les fontaines de Périgueux au Moyen Âge et dans les Temps modernes*, Périgueux, E. Laporte, 1888, p. 14, n° 1).

21. Archives municipales de Dijon, J 130.

22. C. CHERRIÈRE, « L'eau à Paris au XVI^e siècle », *La Cité*, 1912, n° 11, pp. 349-387 (p. 378).

23. Louis Dandréa qui avait payé la somme sur la seule parole de Jacques Cœur, tenta de se faire rembourser par la commune, faisant remarquer aux consuls que la fontaine est pour « le ben e utilitat de la villa et causa publica [...] e que ella remana alla villa, e a servitut daquella, e communa a cascun, tant habitans que strangies ». Bref, « la dicha fontana es de la villa et à l'usatge de la villa ». Les consuls rétorquèrent que la fontaine n'était qu'une œuvre mineure, ne répondait à aucun besoin d'intérêt général et que Dandréa n'avait reçu d'eux aucun mandement pour la construction. La fontaine devient finalement municipale le 30 juillet 1456 (L. COSTE, *Notice historique sur les anciennes fontaines de Montpellier*, op. cit., pp. 20-23 ; J. BAUMEL, *La fin d'une seigneurie du midi de la France*, t. III, Montpellier, Causse, 1973, pp. 291 et 297). Voir aussi H. PRUTZ, *Jacques Cœur als Bauherr und Kunstfreund*, Munich, 1911 ; J. HEERS, *Jacques Cœur (1400-1456)*, Paris, Perrin, 2013, pp. 78-79.

à quel titre et poussé par quelles motivations agit-il ? Cette année-là, il abandonne en effet à la communauté une partie du capital et les arrérages d'un prêt de 2 250 livres qu'elle lui devait, moyennant la construction d'une fontaine au carrefour de la Crosse « *in evidentem Reipublicae utilitatem* ». Dans sa ville de Bayeux, il avait aussi montré un fort intérêt pour des questions d'urbanisme, augmentant le nombre des bâtiments, faisant construire des boulevards et tentant de rendre le port navigable²⁴.

C. Le partage du chrétien

Le chrétien doit être un bon voisin²⁵. Pour ce faire, il doit respecter un ensemble de règles coutumières, morales et sociales, un « Code de bon voisinage », connu de tous quoique non écrit. Parmi les obligations du bon voisin figure le partage de ses équipements dès lors qu'il n'en résulte aucun dommage pour lui. Un mauvais voisin qui refuse de les partager sans une légitime justification n'encourt certes aucune sanction juridique mais il peut faire l'objet d'une condamnation sociale autrement plus grave. Ce devoir suffit parfois à assurer l'alimentation en eau de tout un quartier. À Périgueux par exemple, les maisons les plus riches ont des puits qui servent à l'ensemble du voisinage²⁶. Les voisins les plus partageurs restent les établissements ecclésiastiques dont le devoir de charité est plus exigeant et qui sont souvent les seuls à être assez riches pour construire un réseau d'adduction complet pouvant s'étendre sur plusieurs kilomètres. Les moines de Saint-Lazare (ou Saint-Ladre) construisent à la fin du XII^e siècle l'aqueduc du Pré-Saint-Gervais qui termine sa course à Paris, tandis que ceux de Saint-Martin y amènent les

24. A. CERNÉ, *Les anciennes sources et fontaines de Rouen, op. cit.*, p. 115 et pp. 397-399 ; J. HERMANT, *Histoire du diocèse de Bayeux. Première partie, contenant l'histoire des évêques, avec celle des saints, des doyens et des hommes illustres de l'église cathédrale ou du diocèse*, Caen, P.-F. Doublet, 1705, p. 354. La première amenée d'eau dans la ville haute de Limoges au XIII^e siècle par la fontaine d'Aygoulène est réalisée grâce à Pierre Audier, sénéchal de la Marche et du Limousin et propriétaire d'une résidence près de la ville (J. LEVET, *À la découverte du Limoges ancien, op. cit.*, p. 7). À Guérande en 1332, Guillaume du Dreseuc qui appartient à l'une des plus importantes familles de la ville, fait creuser un puits et le donne à la ville pour le commun profit (Archives départementales de la Loire-Atlantique, E 74/8, cité par A. GALLICE, *Guérande au Moyen Âge, Guérande, Le Croisic, le pays guérandais du milieu du XIV^e au milieu du XVI^e siècle*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 48).

25. Sur les liens de voisinage, lire J.-P. LÉVY, *Cours d'histoire des institutions privées. La propriété, les biens (1969-1970)*, Paris, Les Cours de droit, 1970, p. 150 ; M.-Y. LE MARESQUIER-KESTELOOT, « Le voisinage dans l'espace parisien à la fin du Moyen Âge : bilan d'une enquête », *Revue historique*, 1998, pp. 47-70 ; P. SUTTER, *Von guten und bösen Nachbarn : Nachbarschaft als Beziehungsform im spätmittelalterlichen Zürich*, Zürich, Chronos, 2002 ; C. GAUVARD, « De grace especial », *Crime, État et société en France à la fin du Moyen Âge*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, pp. 669-674.

26. A. HIGOUNET-NADAL, « Hygiène, salubrité, pollutions au Moyen Âge. L'exemple de Périgueux », *op. cit.*, p. 82.

eaux de Belleville²⁷. Ces monastères comme bien d'autres abandonnent l'excédent d'eau aux habitants de leur quartier²⁸, parfois en construisant une fontaine publique à ce seul effet. En 1486, le couvent nîmois des Frères mineurs reçoit une aide financière des consuls pour avoir établi un griffon derrière le couvent, « *amor dei* »²⁹. Une telle reconnaissance publique du service rendu est courante et profite aussi aux simples particuliers. À Moulins, Jean des Greniers reçoit cent sous sur les fonds communaux pour l'aider à réparer son puits, car il est d'utilité publique³⁰.

Ce partage vicinal des eaux entraîne la multiplication des servitudes de *l'allée et venue au puits* qui permettent aux voisins de traverser les terres du propriétaire pour aller y puiser de l'eau. À Caen, cette servitude est souvent limitée dans le temps, les voisins ne pouvant par exemple se servir qu'entre 5 et 21 heures³¹. À Évreux, ces servitudes sont mentionnées dans les actes de vente des maisons (vente « avec l'allée et venue au puis pour eux et pour leur gens pour aller et venir audit puis »)³². La ser-

27. S. GIRARD, *Recherches sur les eaux publiques de Paris*, Paris, Imprimerie impériale, 1812, pp. 2-3 ; A. DES CILLEULS, « Les anciennes eaux de Paris du XIII^e au XVIII^e siècle », *Revue générale d'administration*, mars-mai 1911, pp. 257-274.

28. Les ordres mendiants de Quimper partagent l'eau qui provient de leur pompe, y compris avec les habitants de la ville de Kempercorentin. À Rouen en 1250, les fontaines des couvents sont utilisées par les voisins, comme à Cluny, Vézelay, Montivilliers, Saint-Pol-de-Léon, Meaux, ou encore Lyon où les communautés religieuses assurent une grande partie de l'approvisionnement en eau de la ville (H. MARTIN, *Les ordres mendiants en Bretagne [vers 1230-vers 1530]. Pauvreté volontaire et prédication à la fin du Moyen Âge*, Paris, C. Klincksieck, 1975, p. 284 ; *Histoire de l'Europe urbaine*, t. I, *De l'Antiquité au XVIII^e siècle*, op. cit., p. 484 ; J.-P. LEGUAY, *L'eau dans la ville au Moyen Âge*, op. cit., p. 181 ; G. ROSEN, *A history of public health*, New York, MD Publications, 1958, p. 55 ; G. GARDES, *L'art et l'eau à Lyon*, Thèse d'histoire de l'art de l'Université Lyon II, 1986, p. 20). Pour un exemple *a contrario* : en 1299, les religieux de Saint-Lô de Rouen privent d'eau les pauvres de la rue de l'Osmonne en détournant une fontaine. Ceux-ci ne récupèrent un petit débit que grâce à l'intervention du vicomte de Rouen (J. LE LIEUR, « *Le Livre Enchaîné* », ou *livre des fontaines de Rouen, manuscrit de la bibliothèque de Rouen*, sous la dir. de V. SANSON, Rouen, L. Wolf, 1911, p. 20 ; A. CERNÉ, *Les anciennes sources et fontaines de Rouen*, op. cit., pp. 153-154). Sur l'hydraulique monastique en général, voir P. BENOIT, M. WABONT, « *Mittelalterliche Wasserversorgung in Frankreich. Ein Fallstudie : die Zisterzienser* », *Geschichte der Wasserversorgung*, t. IV, *Die Wasserversorgung im Mittelalter*, éd. par P. VON ZABERN, 1991, pp. 185-228 ; *L'hydraulique monastique, milieux, réseaux, usages*, sous la dir. de L. PRESSOUYRE et P. BENOIT, Paris, Créaphis, 1996.

29. Archives municipales de Nîmes, RR 9.

30. Archives municipales de Moulins, c. 266, fol. 29. C. GIRAUDET, « Puits et fontaines dans les villes du Nivernais à la fin du Moyen Âge : les exemples de Nevers et Decize », *Almanach de Brioude*, 2015, pp. 49-57, p. 54.

31. D. ANGERS, « Une ville à la recherche d'elle-même : Caen (1450-1500) », *Les villes normandes au Moyen Âge. Renaissance, essor, crise*, Actes du colloque international de Cérisy-la-Salle (8-12 octobre 2003), sous la dir. de P. BOUET et F. NEVEUX, Caen, Presses universitaires de Caen, 2006, pp. 305-315 (p. 313) ; N. SIMON, *La vie économique et sociale à Caen de 1381 à 1416*, Thèse de l'École nationale des Chartes, 1961, p. 37.

32. Archives municipales d'Évreux, II 2, janvier 1375. À Paris, un propriétaire de la rue des Poulies a l'usage du puits de la maison voisine : il peut aller « a ung puis moittoyen entre ladite maison et une aultre maison joignant, nommee l'ostel de la Barbe d'Or, pour tirer de l'eaue oudit

vitute pouvant faire l'objet jusqu'au xv^e siècle d'une prescription acquisitive, le Lyonnais Jordain Saunier en 1388 perd définitivement l'*abusus* sur son puits pour avoir laissé trop longtemps ses voisins y puiser³³. De même, à Manosque, lorsque Jean Dupont décide en 1439 de clore une impasse dans laquelle se trouve son puits, ses voisins se plaignent au nom de leur droit d'usage et par deux fois le magistrat lui intime de laisser le puits au public³⁴. Ce phénomène qui résulte de la confrontation de règles issues de deux ordres normatifs distincts (normes sociales vicinales imposant le partage des équipements ; droit romain ou coutumier organisant la prescription) est considéré comme anormal dès l'époque médiévale : « Male chose seroit, dit Philippe de Beaumanoir, se je voulois mon puis enclorre ou estouper, se je ne le pouoie fere pour l'aisement que j'avroie fet à mes voisins »³⁵. Pour cette raison, le régime juridique des servitudes évolue au xv^e siècle et intègre un principe d'imprescriptibilité « pour obvier aux grandes entreprises, qui se faisoient par succession de temps entre voisins, sous couleur de souffrance et tolerance, pour cause d'amitié ou familiarité, dont on abusoit »³⁶.

II. CHARITÉ CHRÉTIENNE ET BIEN COMMUN

Au XIII^e siècle, les villes connaissent une forte poussée démographique, ainsi qu'un développement de l'identité communale et de la conscience urbaine³⁷. C'est également le siècle de la « révolution du bien commun », c'est-à-dire du développement des discours qui exaltent le *bonum commune*. Le magistrat accentue alors sa politique d'urbanisme qui contribue à légitimer son pouvoir. Pour développer le réseau

puis et y faire ce que bon lui semblera, raisonnablement » (Y.-H. LE MARESQUIER-KESTELOOT, « Le voisinage dans l'espace parisien à la fin du Moyen Âge : bilan d'une enquête », *op. cit.*, p. 49).

33. E. DE VILLENEUVE, *Cartulaire municipal de la ville de Lyon*, 1877, Lyon, pp. 201-203, n° CIV (5 juin 1388).

34. D. ARBAUD, *Études historiques sur la ville de Manosque au Moyen Âge*, t. I, Digne, A. Guichard, 1847, p. 245 (12 et 22 juillet 1439 ; 8 juin 1449).

35. P. DE BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, éd. par A. SALMON, Paris, A. Picard et fils, 1899, t. I, p. 356.

36. J. BRODEAU, *Commentaire sur la coutume de la prévosté et vicomté de Paris*, t. II, Paris, Compagnie des libraires, 1689, p. 498. Voir aussi F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévosté et vicomté de Paris*, t. II, Paris, Cujas, 1972, p. 123.

37. *Shaping urban identity in late medieval Europe*, sous la dir. de M. BOONE et P. STABEL, Leuven, Garant, 2000 ; H. BRAND, P. MONNET et M. STAUB, *Memoria, communitas, civitas. Mémoire et conscience urbaines en Occident à la fin du Moyen Âge*, Stuttgart, J. Thorbecke, 2003 ; *Aspetti e componenti dell'identità urbana in Italia e in Europa (secoli XIV-XVI) / Aspekte und Komponenten der städtischen Identität in Italien und Deutschland (14.-16. Jahrhundert)*, Actes du colloque de Trente, 9-11 novembre 2000, sous la dir. de G. CHITOLINI et P. JOHANEK, Bologne, 2003.

hydraulique, il s'appuie sur les établissements ecclésiastiques et sur leurs équipements. L'ordre négocié qui caractérise les questions liées à l'eau facilite les coopérations multiformes entre magistrat et religieux.

A. Un ordre négocié

En 1364, le magistrat parisien envoie des agents détourner l'eau de la fontaine des moines de Saint-Lazare, pour la mettre au service de la ville. Les religieux répliquent d'abord par une procédure judiciaire, puis abandonnent les poursuites « pour bien de pais et amour nourrir entre eulx »³⁸. Ce revirement s'explique par la prévalence de l'ordre négocié sur l'ordre imposé dans le domaine de l'eau. Dans un ordre négocié, les techniques de conciliation, de médiation et d'arbitrage priment. Le droit (qu'il soit issu de l'autorité publique, d'une coutume ou du droit romain) n'est pas une norme dominante, comme c'est le cas dans l'ordre imposé, mais une simple référence normative. Il n'est qu'un outil parmi d'autres de la justice, qui doit parfois être modulé voire s'effacer devant les impératifs de l'équité, de l'ordre ou de la paix³⁹. Alors, au nom de la justice (et/ou en fonction des forces politiques en présence), les parties en conflit écartent règles et procédures juridiques pour trouver un compromis. La logique de négociation prédomine pour les questions touchant la distribution de l'eau. Les conflits et les procès dans ce domaine sont mal considérés par le corps social. Ils contreviennent trop à l'idée de charité qui fait elle-même partie intégrante du bien commun. C'est ainsi qu'en 1339 le Lillois Grars Bourghignons renonce à exercer son droit, pourtant attesté par un acte écrit, d'exiger du magistrat le retrait dans les deux mois d'un

38. La fontaine appartenait depuis le XII^e siècle à la maladrerie Saint-Ladre, qui en abandonnait l'excédent d'eau aux passants (« le font monter sur la dicte chaucée en un vaissel appelé le greil pour servir aux trespassans par la dicte chaucée et à l'utilité et prouffit commun »). En 1364, certaines personnes, probablement des agents de la ville puisqu'elles sont par la suite défendues par le prévôt des marchands et les échevins, ont « par leur force et puissance et contre la volenté des diz religieux de Saint Ladre » détourné l'eau pour la faire aboutir « à la bastide et au ponciau Saint Denis, et par un autre petit tuel faisoient venir une autre quantité d'eaue en la maison des diz religieux ». Ceux-ci présentent alors une requête au Parlement en se fondant d'une part sur leur « bonne saisine et possession » de la fontaine et d'autre part sur le fait que « où il cheoit aucune foiz un petit de ladicte eaue pour ceulz qui passoient le chemin, laquele estoit moult petite et ne pouvoit souffire à l'utilité et prouffit commun en temps d'esté ». La cour ordonne une visite des lieux et finalement « pour bien de pais et amour nourrir entre eulx, et des diz religieux faire le gré, plaisir et volenté des diz prévost et eschevins et de la dicte ville », les religieux abandonnent les poursuites. La commune prend à sa charge l'entretien des conduits depuis la source de la fontaine, excepté ceux servant exclusivement à la maladrerie tandis que les deux parties s'engagent à ne pas concéder l'eau s'écoulant entre la source et la fontaine de l'hôpital (acte reproduit dans G. FAGNIEZ, « La fontaine Saint-Lazare », *Bulletin de la Société historique et archéologique de Paris et de l'Île-de-France*, 1874, n° 1, pp. 81-85).

39. N. ROULAND, *Aux confins du droit : anthropologie juridique de la modernité*, Paris, O. Jacob, 1991, p. 108.

tuyau d'eau que celui-ci a fait passer sous sa maison. Grars le fait à la prière des échevins et « de plusieurs autres boines gens » et permet que le conduit reste à sa place, de pure grâce et sans rétribution⁴⁰. Les tensions ainsi apaisées (bon gré, mal gré) laissent la place à une coopération entre ecclésiastiques et magistrat pour le développement du réseau.

B. Les coopérations entre les ecclésiastiques et le magistrat pour le bien commun

Les coopérations entre magistrat et ecclésiastiques sont multiformes. La ville développe parfois le réseau public à partir des tuyaux des monastères. À Lyon au xiv^e siècle, les religieuses du couvent de la Déserte permettent au consulat de brancher une conduite à leurs tuyaux, de manière à faire sortir l'eau du bâtiment puis à la diviser pour l'amener à trois fontaines communales⁴¹. L'établissement religieux ne sort pas entièrement perdant de la transaction car le magistrat s'engage généralement à prendre en charge l'entretien de l'ensemble du réseau, y compris des tuyaux qui courent en amont dans la campagne. Les travaux de la commune sont parfois si importants que toute l'économie du système s'en trouve renversée. Les infrastructures ecclésiastiques cessent d'être en début de parcours et sont enclavées dans le réseau municipal, voire rejetées à son extrémité. Un tel renversement s'est produit à Foix en 1337. Depuis le xiii^e siècle, le monastère de Saint-Volusien captait l'eau d'un vivier et l'amenait jusqu'à une fontaine située dans son cloître. De là, un tuyau communal l'entraînait à une seconde fontaine, accolée à l'église, qui la mettait à la disposition des habitants. À la suite d'un accord et de travaux, ces deux fontaines se retrouvent en fin de parcours, puisque la commune fait édifier un réservoir et deux fontaines publiques successives entre le vivier et le monastère. La construction des conduites allant du vivier jusqu'au réservoir est financée pour moitié par la ville et pour moitié par le monastère, celles allant du réservoir à la seconde nouvelle fontaine publique par les usagers de ce tronçon, et celles allant de la dernière fontaine au monastère et à la fontaine de l'église par le monastère. L'accord prévoit que les frais des réparations communes seront payés à

40. *Cartulaire de l'église collégiale de Saint-Pierre de Lille*, t. II, pub. par É. HAUTCŒUR, Lille, L. Quarré, 1894, p. 688.

41. G. GARDES, *L'art et l'eau à Lyon*, *op. cit.*, p. 125. Voir également l'accord passé en 1456 entre le couvent des Cordeliers et la commune de Rouen, qui permet à celle-ci d'utiliser les infrastructures des religieux (elles-mêmes construites à la suite d'une concession accordée par la commune en 1257) pour construire une dérivation vers le beffroi et vers le Vieux Marché (A. CERNÉ, *Les anciennes sources et fontaines de Rouen*, *op. cit.*, p. 375).

parts égales par la communauté, les usagers et le monastère, celui-ci en étant exempté si les travaux ont été effectués sans son accord⁴².

Écclésiastiques et magistrats construisent parfois les équipements hydrauliques en commun. Le 27 janvier 1479, les chanoines de Saint-Barnard et les consuls de la ville de Romans conviennent de construire ensemble un réservoir destiné à l'usage public. En 1494, la municipalité de Bourges et le chapitre du Château construisent le puits des Buttes à frais communs⁴³.

Écclésiastiques et magistrats s'entendent aussi pour échanger leurs réseaux respectifs. En 1461, les consuls de Limoges troquent leur fontaine en ruine avec celle du prieuré Saint-Gérald, qui n'était pas assez généreuse pour couvrir les besoins des moines. En contrepartie, ceux-ci s'engagent à réparer puis à entretenir les conduits et à laisser la population venir y tirer de l'eau⁴⁴. Cet échange qui inclut une forme de délégation de service public est caractéristique des techniques classiquement employées par le magistrat pour étendre le réseau hydraulique en en faisant supporter le coût à des personnes privées.

III. L'EXTENSION DU RÉSEAU HYDRAULIQUE PAR DÉLÉGATION

Le terme « délégation » est employé ici dans son sens large et inclut donc toutes les ententes passées entre le magistrat et une personne privée pour lui faire construire un équipement hydraulique et/ou pour l'entretenir et gérer la distribution de l'eau. Certaines délégations médiévales ont un aspect très moderne qui rappelle les partenariats actuels. Elles incluent la réalisation des travaux ainsi que la gestion et l'entretien du service sur la durée, moyennant pour l'entreprise délégataire le droit de percevoir une rémunération sur les usagers. Les consuls de Béziers y ont par exemple eu recours, après avoir échoué à faire construire eux-mêmes la fontaine du marché, faute de connaissances techniques suffisantes. En 1247, ils se résolvent à passer contrat avec deux entrepreneurs qui construisent la fontaine à leurs propres frais « *ad utilitatem dictae villae Bitteris et omnium civium in dicta villa* ». En contrepartie, l'eau qui arrive en ville leur appartient et ils sont libres de la vendre au prix qu'ils

42. G. DE LLOBET, « Foix médiéval, recherches d'histoire urbaine », *Bulletin annuel de la Société ariégeoise des sciences, lettres et arts*, 1973, pp. 1-94 ; 1974, pp. 95-238 (pp. 75-76).

43. U. CHEVALIER, *Romans-sur-Isère*, Nîmes, C. Lacour, 2002, p. 68 ; R. NARBOUTX, *Bourges mystérieux. Vestiges antiques, grottes, souterrains, carrières, sources*, Paris, Royer, 2003, p. 101.

44. J. LEVET, *À la découverte du Limoges ancien*, t. 1, *Les fontaines*, op. cit., p. 108.

désirent. Toutefois, elle est gratuite pour le passant qui désire simplement s'hydrater ou se laver, et en cas d'incendie⁴⁵. Cette forme de délégation à la nature très commerciale reste rare. La grande majorité des délégations suit la logique médiévale du don et du contre-don : une concession de fontaine est accordée à un particulier qui doit en contrepartie prendre en charge des travaux d'extension du réseau. Ces concessions sont strictement encadrées de manière à ne pas porter atteinte au bien commun.

A. La délégation médiévale : don et contre-don

Au Moyen Âge, avoir une maison disposant de l'eau courante est un luxe très envié. Pour y accéder, il faut obtenir du magistrat ou du Prince une concession de fontaine, c'est-à-dire le droit de brancher une dérivation sur les conduits publics. Seuls les notables obtiennent une telle autorisation (les autres ayant toujours l'option d'un branchement pirate⁴⁶) car le requérant doit donner quelque chose en contrepartie.

Les concessions de fontaine n'échappent pas en effet à l'économie domestique médiévale fondée sur la vertu de charité et caractérisée par le don et le contre-don. Celui qui reçoit du bien commun doit donner au bien commun, le rôle de l'autorité publique se réduisant alors à celui d'un arbitre veillant à l'équilibre de l'échange. Aussi, le magistrat ne se prononce qu'à la suite d'un bilan de bien commun, après avoir estimé les préjudices et intérêts de la concession et en demandant parfois une enquête de *commodo et incommodo* pour l'éclairer. À titre d'exemple, un tel bilan est reproduit dans un arrêt du Parlement de Paris de 1485, à propos d'une concession d'eau litigieuse accordée par le roi à un particulier. On y interroge l'intérêt de la concession pour le public en vérifiant la présence d'équipements similaires aux alentours (« oudit quartier et mesmement en la rue [...] ne soit besoing edifier nouvelle fontaine, car il y en a plusieurs oudit quartier »). On s'assure des conséquences potentielles de la concession pour l'environnement direct en étudiant le

45. E. SABATIER, « Les fontaines de Béziers », *Bulletin de la Société archéologique de Béziers*, 1841-45, n° 4, pp. 35-100.

46. Il y a à Marseille au xv^e siècle beaucoup de prises clandestines sur les conduites qui passent sous les maisons et certains ont même réussi à se procurer des doubles des clefs des robinets (G. MARTEL-REISON, *Les eaux publiques à Marseille avant le Canal de la Durance*, Thèse d'histoire de l'Université Aix-Marseille, 1960, p. 63). Les nombreux branchements illégaux sur la fontaine de Vésoubies à Millau contraignent les consuls à requérir en 1454 des lettres du Parlement de Toulouse, de manière à être confortés dans leur pouvoir d'interdire les prises ou les détournements de l'eau et de leur appliquer une amende de cinquante marcs d'argent (J. ARTIÈRES, *Documents sur la ville de Millau. Mémoires des privilèges, Livres de comptes des Consuls boursiers, délibérations communales [x^e-xv^e siècles]*, Millau, Artières et Maury, 1930, p. 512).

débouché de l'eau concédée (« seroit une chose fort dommageable et grant interest tant a plusieurs particuliers que a la chose publique, car se ladite fontaine avoit son cours l'eaue en iroit cheoir devant la grant porte de l'église »). On évalue l'impact de la concession sur le débit des fontaines publiques (« aussy a austre interest publique, car ce faisant ladite fontaine diminueroit l'eaue de la fontaine publique [...] souventes fois en esté laditte fontaine tarist par faulte d'eaue et sil y en prenoit en y auroit encores moins »). Enfin, on s'inquiète des retombées de la concession sur les intérêts particuliers et collectifs, qui ne peuvent être sacrifiés qu'en cas de nécessité (« et y a l'interest de plusieurs particuliers, tant de la rue [...] que autres car il se fauldroit qu'il couchast les tuyaulx de sadite fontaine contre et près le fondement de leurs maisons, en quoy pourroient avoir grant dommage si lesdits tuyaulx crevoient comme ont fait ceste année passée ceulx de la fontaine des halles tellement que par faulte des tuyaulx y a eu deux ou trois maisons destruites »)⁴⁷. En définitive, le Parlement estime dans son arrêt que la concession est trop préjudiciable pour le bien commun et se prononce pour sa révocation. Si, à l'inverse, le magistrat à l'issue de son estimation décide d'accorder la concession, celle-ci doit être au moins neutre sinon positive au regard du bien commun. À cet effet, le magistrat peut moduler le montant du cens demandé en contrepartie ; il peut aussi imposer au concessionnaire l'exécution de tâches utiles à la communauté⁴⁸.

Les concessions de fontaines doivent donc respecter cet équilibre du bien commun. Or, l'eau amenée à grand-peine et à grands frais par les conduites artificielles est trop précieuse pour être concédée sans une forte contrepartie, qui ne peut pas se traduire simplement par le versement d'une somme d'argent. De fait, les compensations exclusivement financières ne sont pas usuelles, peut-être sont-elles également mal perçues en raison du caractère sacré de l'eau ou de sa nature de chose hors du commerce (*res extra commercium*)⁴⁹. Les permis de raccordement aux fontaines sont majoritairement accordés à titre gratuit (du moins jusqu'au milieu du XVI^e siècle)⁵⁰ mais en contrepartie de l'exécution

47. Bibliothèque nationale, fr. 8114, fol. 307 v^o-310, 14 juin 1485.

48. A. LEVASSEUR, « L'optimisation du patrimoine communal au Moyen Âge », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, 2014, n^o 101, pp. 44-46.

49. J.-L. MESTRE, *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976, pp. 212-213 ; G. LEYTE, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XI^e-XV^e siècles)*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1996, p. 236.

50. À Paris, la première trace de concession payante retrouvée jusqu'à présent remonte à l'an 1573 (H. SAUVAL, *Histoire et recherches des antiquités de la ville de Paris*, t. III, Paris, C. Moette, 1724, p. 627). À Millau, les permis s'accordent aussi à titre gratuit, tout comme à Figeac, où les Frères

d'une tâche pour la communauté. Certains s'engagent à construire des conduits et des fontaines supplémentaires, dont ils ont eux-mêmes l'utilité puisqu'ils prolongent le réseau primaire jusqu'au voisinage de leur maison. Ces adjonctions font ensuite partie intégrante des équipements communaux, excepté le petit tronçon qui ne sert qu'à relier la maison du concessionnaire au réseau. À Paris par exemple, le prévôt des marchands Henri de Livre construit les conduits et la fontaine publique des Cinq-Diamants sur une place qu'il donne à la ville et, en contrepartie, obtient une concession d'un diamètre d'un « petit pois »⁵¹. D'autres concessionnaires s'engagent non seulement à réaliser des travaux mais aussi à assurer le service de l'eau dans leur voisinage (ils doivent faire « part au public de l'eau qui y fluoit »⁵²). Si en 1385, les Frères prêcheurs de Bayonne obtiennent l'autorisation de construire une dérivation vers le faubourg de Bourg-Neuf où ils résident, c'est à la condition de fournir à l'usage public une certaine quantité d'eau⁵³. Cette pratique est particulièrement courante à Paris. Ainsi, Nicolas de Louviers y construit en 1464 la fontaine Saint-Julien-des-Ménestriers, qui lui appartient mais qui est grevée d'une servitude au profit du public, découlant du fait que ses tuyaux sont branchés sur la fontaine publique Maubué⁵⁴.

Certaines concessions sont accordées par clientélisme, sans aucune contrepartie. Les autorités concédantes tentent alors de masquer l'irrégularité en affirmant que le concessionnaire est susceptible de rendre ultérieurement des services à la communauté. Elles ont en effet clairement conscience d'enfreindre une maxime générale de police, qui a notamment été énoncée dans l'arrêt du Parlement en 1485 déjà mentionné.

prêcheurs sont parvenus à arracher l'accord de la ville pour obtenir une prise d'eau (Bibliothèque nationale, Doat, CXXV). Gratuit ne signifie pas sans contrepartie. En 1350, le monastère Saint-Sauveur doit faire à la ville de Marseille une remise du droit de trezains et du cens annuel qu'il possède sur la maison où la fontaine est établie (Archives municipales de Marseille, BB 21, fol. 70). Le village de Montcherrand accorde une concession de son eau à celui d'Orbe sans contrepartie financière mais moyennant le don d'une cloche pour son église paroissiale (F. GINGINS-LA-SARRA, *Histoire de la ville d'Orbe et de son château dans le Moyen Âge*, Lausanne, D. Martignier, 1855, pp. 97-98).

51. F. PINÇON, *L'alimentation en eau à Paris aux XIV^e et XV^e siècles*, Mémoire de maîtrise de l'Université Paris x, 1991, p. 33. Le trésorier Nicolas de Neufville, parce qu'il avait fait venir en ville des eaux du pré Saint-Gervais, obtient en 1475 une concession de la taille « d'un pois ». Dix ans plus tard, l'acte qui en accorde la prolongation affirme que « estoit ledit don bien fondé, car autrefois en esté la plupart des fontaines de paris estoient a sec, mesmement celle de la croix du tiroüier, mais par le moyen de Neufville qui fit venir les eaux du pré Saint-Gervais y eut depuis assez d'eaue, se pour le recompenser de ce le Roy luy donna faculté de prendre de l'eaue du gros d'un pois » (Bibliothèque nationale, fr. 8114, fol. 311).

52. Bibliothèque de l'Arsenal, ms. 3930, t. III, fol. 140.

53. J. BALASQUE, *Études historiques sur la ville de Bayonne*, t. III, Bayonne, E. Lasserre, 2000, pp. 396-401.

54. Bibliothèque de l'Arsenal, ms. 3929 et 3930 (t. III, fol. 9 et 74).

Celui-ci y rappelle que les demandes de concession de fontaines pour lesquelles on « ne peut dire qu'il y a intérêt, mais le fait pour son plaisir et volonté » doivent être rejetées⁵⁵. Les concessions sans contrepartie sont surtout accordées par le roi pour récompenser un fidèle⁵⁶. Régulièrement, il les révoque en bloc, tel Charles VI en 1392 afin que « notre bon et loyal peuple d'icelle [ville de Paris] se accroisse toujours et soit aisé de ce qui lui est nécessaire à la sustentacion de leurs vies »⁵⁷.

B. Protéger le réseau en encadrant les concessions

Le permis précise toujours le diamètre du conduit concédé, généralement par une comparaison avec un objet de la vie courante : « le posse d'un homme médiocre », « la teste d'une espingle moyenne », « le gros du bout d'un fuisseau », ou encore la *maille* qui était la plus petite pièce de monnaie⁵⁸. Certaines communes emploient des mesures de longueur, en général le pouce ou le doigt. À Paris existe depuis au moins le milieu du xv^e siècle un étalon de la largeur des conduits à concéder, déposé à l'hôtel de ville⁵⁹. Ces précautions n'offrent toutefois qu'une protection limitée car la pression ne figure pas dans l'acte portant autorisation, alors que le débit de l'eau sortant d'un tuyau en dépend considérablement, sans oublier que le débit d'écoulement d'une fontaine est susceptible de varier en grande proportion au cours des années et au fil des ans. De

55. Bibliothèque nationale, fr. 8114, fol. 307 v^o-310, 14 juin 1485.

56. Ainsi, le roi ordonne en 1385 au prévôt de Paris de faire venir l'eau par des tuyaux jusqu'à l'hôtel de Pierre de Giac « senz ce qu'il en soit tenuz à paier ou soustenir aucunes missions ou fraiz, lesquelx nous voulons estre faiz et paiez des deniers des aides » (Archives nationales, JJ 128, n^o 21, 6 octobre 1385). Il en est de même, deux ans plus tard, pour le permis accordé à Guy de la Trémoille : « ceulx qui ont la garde et administration des dittes fontaines facent faire venir la dite eau par de bons tuyaux et conduiz convenables en l'ostel de nostre dit chambellan, aux fraiz, missions et despens de nostre ville de Paris » (L. DE LA TRÉMOILLE, *Livre de comptes de Guy de la Trémoille et Marie de Sully*, Nantes, E. Grimaud, 1887, pp. 188-189).

57. Charles VI ordonne « que les conduits et tuyaux des eaux soient restitués et remis en état en quoi ils souloient estre d'ancienneté, par telle manière que les eaues puissent venir continuellement aux lieux publiques ». Les permis accordés ont en effet tellement diminué la quantité d'eau disponible que « plusieurs personnes qui souloient habiter environ yceulx lieux, pour la necessité d'eaues qu'ilz avoient, ont lessié nostredite Ville et sont alez habiter ailleurs » (*Ordonnances des rois de la troisième race*, éd. par D.-F. SECOUSSE, t. VII, Paris, 1745, p. 510, 9 octobre 1392). À sa suite, Henri II puis Henri IV révoquent aussi les permis accordés par leurs prédécesseurs.

58. J. ARTIÈRES, *Documents sur la ville de Millau*, op. cit., p. 511 et s. ; Archives nationales, S 3743 A (4) ; Archives nationales, JJ 128, n^o 21, 6 octobre 1385 ; J. AZAIS, « Notice sur les Sœurs Minorettes ou de Sainte-Claire de Béziers », *Bulletin de la Société archéologique de Béziers*, n^o 2, 1837, pp. 191-226, pièce justificative n^o 5.

59. Une dépense est engagée en 1457-58 pour fondre « un estallon de la grosseur des pris, qui ont esté donné et permis à aucun seigneur pour avoir eau des fontaines de ladite ville en aucuns lieu » (*Comptes du domaine de la ville de Paris*, t. II, 1457-1489, éd. par J. MONICAT, Paris, Imprimerie nationale, 1958, p. 114).

surcroît, le diamètre de la prise concédée varie peu dans une même ville, ce qui révèle un choix fondé essentiellement sur les usages.

L'emplacement du conduit concédé par rapport au réseau est parfois déterminé afin de préserver le débit des conduites publiques. Il est ainsi précisé en 1403 que la prise d'eau des Cordeliers de Millau ne doit se faire qu'à la distance d'une cane minimum de l'endroit où les habitants de la ville se servent, tandis que les autorisations accordées par la ville de Rouen placent toujours la prise du bénéficiaire en aval de la fontaine publique, assurant ainsi la pérennité du service au public⁶⁰.

L'utilisation de l'eau concédée est parfois réglementée. À Millau, l'eau accordée en 1398 aux Cordeliers est destinée à « l'usage seulement de leur maison et des frères restant en ville ». En 1403, il leur est spécifié à nouveau qu'ils ne peuvent « accorder ladite eau à nulle autre personne ny la transférer à d'autres usages, si ce n'est tant seulement à son usage et de son dit couvent ». La violation de cette disposition entraîne la suppression du permis. Les mêmes conditions sont imposées aux Carmes peu de temps après⁶¹.

La concession est accordée à titre précaire, ce qui permet au magistrat de mettre fin au contrat dès qu'il le veut et en particulier dès que l'eau commence à se raréfier. À Millau, les consuls se montrent soucieux de conserver l'entière maîtrise de la concession accordée aux Cordeliers en 1398. Lorsqu'en 1403, les Cordeliers tentent de se l'approprier, les consuls considèrent que cette manœuvre est « au grand mépris dudit consulat à qui toute ladite eau appartient » et ils rappellent qu'ils peuvent révoquer leur permission *ad nutum*, sans que les Cordeliers puissent « ny ne doivent alleguer que lesdits Consuls ne peuvent pas le faire à cause du privilège accordé ou à accorder à eux ou à leur ordre par le Pape ou la Cour de Rome ». Les Cordeliers, contraints de se soumettre, admettent finalement tenir l'autorisation « au nom de précaire », tandis que les consuls précisent retenir « sur ladite eau et aqueduc le droit de patronat tant de la propriété que de la possession »⁶². Le principe de

60. J. ARTIÈRES, *Documents sur la ville de Millau*, op. cit., pp. 511 et s. ; A. CERNÉ, *Les anciennes sources et fontaines de Rouen*, op. cit., p. 154.

61. J. ARTIÈRES, *Documents sur la ville de Millau*, op. cit., p. 512.

62. *Ibid.*, p. 513. Le droit de patronat, ou *jus patronus*, est une notion créée par l'Église au XII^e siècle qui désigne la somme des privilèges et des devoirs accordés par l'Église au fondateur d'un bâtiment pieux, église, chapelle ou hôpital (E. TESTU DE BALINCOURT, *Du droit de patronage et des droits honorifiques des seigneurs ès-églises*, s.l., s.d., p. 2). Il s'agissait alors de remplacer le *dominium* possédé par les laïcs sur les chapelles privées édifiées aux temps mérovingiens et carolingiens, en substituant au droit réel de propriété un droit personnel de patronage, qui n'était plus qu'une simple marque de respect et de reconnaissance. Dans la pratique, il existait deux conceptions du *jus patronus* :

précarité inscrit dans l'acte de concession se double parfois d'une précarité physique, le tuyau concédé possédant à sa base un robinet dont la municipalité conserve les clefs. En 1420, si les syndics de Chambéry se soumettent à l'ordre du duc Amédée leur intimant de concéder un filet d'eau au Commandeur des Hospitaliers, c'est à la condition toutefois que les conduites soient équipées d'un robinet permettant de bloquer l'eau en cas de pénurie⁶³. Enfin, si les concessions parisiennes accordées par le roi sont parfois qualifiées de perpétuelles, cette perpétuité ne lui est pas opposable. Elle permet seulement de protéger la concession des velléités de révocation du pouvoir municipal⁶⁴.

*

La police médiévale est parfois présentée comme le lointain ancêtre de la notion de gouvernance⁶⁵, dont l'omniprésence dans les discours qui évoquent la distribution de l'eau tant à l'échelle mondiale que nationale n'est plus à démontrer. Nous proposons donc de conclure en éprouvant certains aspects de cette conjecture. La gouvernance, apparue dans les années 1980, est perçue comme un nouveau mode d'exercice du pouvoir qui, comme le concept de police, privilégie le consensus et préfère des Codes de conduite négociés plutôt que la loi. Elle est tout aussi pluraliste que la police médiévale puisqu'elle admet la participation de multiples acteurs à la décision d'intérêt public, acteurs dont la légitimité découle

celle qui le ramène à un droit de propriété et l'autre qui n'en fait qu'un droit personnel excluant toute idée de *dominium* (P. THOMAS, *Le droit de propriété des laïques sur les églises et le patronage laïque au Moyen Âge*, Paris, E. LEROUX, 1906, pp. 106 et s. ; P. LANDAU, *Ius patronus. Studien zur Entwicklung des Patronats im Dekretalenrecht und der Kanonistik des 12. und 13. Jahrhunderts*, Wien, Böhlau-Verlag, 1975). Selon Rufin, le droit de patronat naît de *possessio, constructio ou locupletio* : le patron possède, a fait construire à ses frais, ou a enrichi l'édifice (J. GAUDEMET, *Église et Cité. Histoire du droit canonique*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 444). Si les autorités urbaines peuvent détenir un droit de patronage (sur l'hôpital d'Orange par exemple, voir Archives municipales d'Orange, BB 4, fol. 58, 22 janvier 1421), le *jus patronus* appliqué à une fontaine est rare.

63. A. PERRIN, « Les Hospitaliers et la Commanderie de Saint-Antoine de Chambéry », *Mémoires de l'Académie des sciences, belles-lettres et arts de Savoie*, 4^e série, 1890, n° 2, pp. 117-256 (p. 129).

64. L'autorisation accordée par Charles VI à son conseiller Pierre de Giac en octobre 1385 l'est « pour le temps de son hostel », celle qu'il octroie à son chambellan Guy de la Trémoille en janvier 1387 l'est « à tousjours » (Archives nationales, JJ 128, n° 21, 6 octobre 1385 ; L. de LA TRÉMOILLE, *Livre de comptes de Guy de la Trémoille et Marie de Sully*, op. cit., pp. 188-189). Les religieux de Saint-Ayoul reçoivent également du bailli de la ville de Provins une autorisation « à touz jorz » : une telle faveur serait due aux relations princières du prieur de Saint-Ayoul qui auraient fait pression sur le bailli (M. PROU et J. AURIAC, *Actes et comptes de la commune de Provins de l'an 1271 à l'an 1330*, Provins, 1933, p. 46 ; P. RACINET, « Le cas de Saint-Ayoul de Provins au Moyen Âge. Pistes de recherches pour l'étude d'un prieuré », *Saint-Ayoul et Provins, mille ans d'histoire*, Actes du colloque, 19-20 octobre 1996, Provins, 2003, pp. 133-150, p. 141).

65. G. HERMET, « La gouvernance serait-elle le nom de l'après-démocratie ? L'inlassable quête du pluralisme limité », *La gouvernance, un concept et ses applications*, sous la dir. de G. HERMET, A. KAZANCIGIL et J.-E. PRUD'HOMME, Paris, Karthala, 2005, pp. 17-47.

de leur poids politique, économique ou social, et non pas seulement des principes démocratiques et de souveraineté nationale. Dans la gouvernance, l'État qui n'a pas la capacité de répondre à des demandes sociales complexes et contradictoires se fait simple régulateur⁶⁶. Ces similitudes entre police et gouvernance amènent à s'interroger sur le caractère réellement novateur de la notion. La police se serait-elle effacée au moment de la construction, extension puis mutation de l'État, avant de reparaitre sous une forme différente au moment où celui-ci entre en crise ? Au cours des Temps modernes, la police avait progressivement pris son autonomie vis-à-vis de la justice, à mesure que l'on distinguait davantage la prévention des dommages dans un but d'ordre public, de la punition des infractions y ayant contrevenu. Au XVIII^e siècle, la police s'était émancipée de son fondement religieux et avait fini par ne plus renvoyer qu'à une conception pragmatique et utilitaire de la gestion de la cité, qui fut de plus en plus appelée « administration ». Au XIX^e siècle, le mot « police » ne désignait plus qu'une mission de sécurité des biens et des personnes assurée par un État qui avait acquis le monopole de la puissance publique, et son acception perdit toute dimension théologique et métaphysique⁶⁷. Si cette conception très étatique de la police est toujours bien présente, surtout en droit interne⁶⁸, la complexification des affaires publiques et les contraintes budgétaires entre autres ont diversifié l'action publique et favorisé les techniques de gouvernance. Pour en revenir à la question de l'eau, la gouvernance est particulièrement présente au niveau international dans les politiques (*policies*) de développement durable et d'accès à l'eau potable. Mais sa proximité avec la police médiévale diminue dès lors que l'on considère son fondement idéologique. Les théories sur la police actuelle de l'eau, énoncées principalement par des acteurs issus du monde occidental et par conséquent imprégnées des concepts d'individualisme et de droits naturels, la fondent moins sur un « devoir

66. J. CAILLOSSE, « Questions sur l'identité juridique de la gouvernance », *La gouvernance territoriale. Pratiques, discours et théories*, sous la dir. de R. PASQUIER, V. SIMOULIN, J. WEISBEIN, Paris, LGDJ, 2013, pp. 29-67 ; A. LEVASSEUR, « Le droit et la gouvernance du territoire des villes médiévales », *Droit, territoire, gouvernance*, Actes des Journées internationales de la Société d'histoire du droit et des institutions des pays flamands, picards et wallons, Compiègne, 15-16 mai 2015, à paraître.

67. M. BOULET-SAUTEL, « Police et administration en France à la fin de l'Ancien Régime », *Histoire comparée de l'administration, IV^e-XVIII^e siècles*, sous la dir. de W. PARAVICINI et K. F. WERNER, Munich, Artemis Verlag, 1980, pp. 47-51 ; P. NAPOLI, *Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société*, Paris, Éditions La Découverte, 2003 ; A. ISELI, « Bonne police ». *Frühneuzeitliches Verständnis von der guten Ordnung eines Staates in Frankreich*, Epfendorf, 2003.

68. Exemple de définition contemporaine de la police de l'eau : « La police de l'eau consiste à s'assurer de l'application de la réglementation relative à l'eau. La police de l'eau incombe pour l'essentiel aux services de l'État », *La qualité de l'eau et l'assainissement en France*, Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques n° 215 (2002-2003), annexe 57.

de l'eau » de la société que sur un « droit à l'eau », pensé comme un droit inaliénable et sacré de l'être humain. Si les causes et les finalités du « devoir de l'eau » et du « droit à l'eau » sont similaires, leur nature est en revanche très différente. Ils visent tous deux à assurer la distribution de l'eau au plus grand nombre, sur un fondement religieux, philosophique ou scientifique qui insiste sur l'importance et la nature extraordinaires de l'eau. Toutefois, le « droit à l'eau » est un objet juridique tandis que le « devoir de l'eau » est politique. Le « droit à l'eau » entraîne une responsabilité juridique parfaite au sens où chaque individu lésé dans son droit peut demander réparation. Cela implique l'existence de structures susceptibles d'accueillir cette plainte et leur capacité à sanctionner le défaut de droit. C'est là que souvent la théorie s'éloigne de la pratique, puisque de telles structures n'existent pas au niveau international. Dans la réalité, on se rapprocherait donc d'un simple « devoir de l'eau » qui entraîne une responsabilité politique, partielle et diluée. Son inobservation n'écorne le capital de légitimité des gouvernants que de manière marginale car celui-ci est composé de multiples éléments. La sanction n'intervient que lorsque cette légitimité est fortement altérée. Au Moyen Âge, elle est généralement collective et se traduit par des révoltes. Comme le *bonum commune*, l'évaluation de la qualité de la police (« bonne police » ou « police pervertie »⁶⁹ ?) est donc un instrument contre la tyrannie⁷⁰. Voilà encore un point de convergence avec la « bonne gouvernance » contemporaine.

69. A. CHARTIER, *Le Livre de l'Espérance*, éd. par F. ROUY, Paris, Honoré Champion, 1989 (1^{re} édition en 1489), p. 53.

70. Voir les allégories de la Tyrannie et de la Justice de la fresque « Les effets du mauvais gouvernement dans la ville » (*Effetti del Cattivo Governo in città*) d'Ambrogio Lorenzetti peinte sur les murs du palais de Sienne entre 1337 et 1340 (P. BOUCHERON, *Conjurer la peur : Sienne, 1338. Essai sur la force politique des images*, Paris, Seuil, 2013).

CHAPITRE 4

Considérations sur la police des eaux fluviales dans la première Modernité*

Xavier GODIN

Professeur à l'Université de Nantes

Laboratoire Droit et Changement Social (UMR 6297)

Aborder la police des eaux dans la France moderne, c'est évoquer la police des fleuves et des rivières, ainsi que des estuaires et des rivages de la mer. Si le terme police¹ désigne l'ensemble des règles prises et appliquées afin de protéger et d'exploiter les eaux, il peut, plus largement, être compris comme la façon dont la *jurisdiction*² y est revendiquée et exercée. Les enjeux sont, en la matière, d'autant plus cruciaux que le début de l'époque moderne marque une nouvelle étape dans l'histoire de l'eau. Avec le rattachement progressif des principautés dotées d'une façade maritime, le bas Moyen Âge voit l'émergence des sièges d'amirauté, juridictions d'attribution coiffées par l'Amirauté de France³. Le pro-

* Mes vifs remerciements à Anthony Mergey et Frantz Mynard.

1. Parmi de nombreux travaux, voir spécialement : *Policey im Europa der Frühen Neuzeit*, sous la dir. de M. STOLLEIS, Francfort-sur-le-Main, V. Klostermann, 1996 ; A. RIGAUDIÈRE, « Les ordonnances de police en France à la fin du Moyen Âge », pp. 97-161, repris in *Penser et construire l'État dans la France du Moyen Âge (xiii^e-xv^e siècle)*, Paris, CHEFF, 2003, pp. 285-341 ; B. DURAND, « La notion de police en France du xvi^e au xviii^e siècle », pp. 163-211. Voir également P. NAPOLI, « 'Police' : la conceptualisation d'un modèle juridico-politique sous l'Ancien Régime », *Droits*, n° 20, 1994, pp. 183-196, et n° 21, 1995, pp. 151-160, et, du même, *Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société*, Paris, La Découverte, 2003, notamment pp. 20-63.

2. Dans l'ancien droit, la *jurisdiction* possède une acception plus large qu'à l'époque contemporaine : c'est le pouvoir de dire le droit, de juger, et d'une manière générale, de diriger et d'administrer. L'ancienne orthographe est conservée à dessein. Voir B. BERNABÉ et X. GODIN, « Actualité de l'histoire de la justice », *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, sous la dir. de J. KRYNEN et B. D'ALTEROCHE, Paris, Classiques Garnier, 2014, pp. 291-326, notamment pp. 299-302.

3. Voir, en dernier lieu, *Les Amirautés en France et Outre-mer du Moyen Âge au xix^e siècle*, in *Revue d'histoire maritime*, n° 19, 2014. Voir aussi : F. BOUSCAU, *Les prés salés de la Teste-de-Buch en Aquitaine. Contribution à l'histoire du domaine maritime du Moyen Âge à nos jours*, Tours, 1993, pp. 94-102 ; A. ZYSBERG, « La soumission du rivage aux volontés de l'État royal », *État, Marine et Société. Hommage à Jean Meyer*, sous la dir. de M. ACERRA, J.-P. POUSSOU, M. VERGÉ-FRANCESCHI et A. ZYSBERG, Paris, PUPS, 1995, pp. 439-455. Voir enfin F. MYNARD et F. DAVANSANT, « Nouvelles routes maritimes artificielles. Histoire des canaux interocéaniques et perspectives géostratégiques »,

cessus s'achève en 1532 avec l'union au royaume du duché de Bretagne, province maritime par excellence⁴. Si la mer relie les pays et les continents⁵, les fleuves et rivières, qui courent « transseigneuries » au sein du royaume, constituent, au moins jusqu'au XVIII^e siècle, les principales voies de circulation et d'échanges – les fameux « chemins qui marchent » de Blaise Pascal – essentielles à la vie quotidienne⁶. Pour l'édit de Paris de janvier 1583, les rivières navigables offrent « la commodité de transporter de lieu en autres les vivres, denrees, et marchandises necessaires pour la vie humaine, et entretien du commerce et traffic, d'où depend la richesse et abondance [du] Royaume »⁷. À l'aube du XVII^e siècle, Louis de Saintcyon célèbre « ces belles Eauës, ces grands Fleuves et Rivieres navigeables, qui font couler partout les commoditez de la vie, s'entreprenant les villes opulentes, et se distribuant les Provinces les unes aux autres les biens dont chacunes d'elles surabondent en leur particulier »⁸. Soucieux de favoriser ces relations vitales, le pouvoir royal a progressivement cherché, dès le bas Moyen Âge, à administrer et à réglementer les cours d'eau⁹. Les grandes maîtrises et les maîtrises particulières des eaux et forêts, placées sous la juridiction des Tables de marbre, ont ainsi été chargées de les protéger et d'en encadrer l'usage ; effectifs et

Nouvelles routes maritimes, sous la dir. d'O. DELFOUR-SAMAMA, C. LEBGEUF et G. PROUTIERE-MAULION, Paris, A. Pedone, 2016, pp. 63-89.

4. Voir, à ce sujet, P. VENDEVILLE, « *S'ils te mordent, mords-les* ». *Penser et organiser la défense d'une frontière maritime aux XVI^e et XVII^e siècles en Bretagne (1491-1674)*, Thèse, Histoire, Paris I, 2014.

5. Voir D. GAURIER, *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, Rennes, PUR, 2014, pp. 255 et s. Voir également A. TEISSIER-ENSMINGER, « La poésie du droit des eaux : variations néo-latines de Grotius à Ravasimus », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, n° XXVII-95, 2002, pp. 2085-2126, qui observe justement que « ce qu'on appelle le Droit des eaux est en réalité un Droit d'entre terres et eaux, forcé de régler transversalement les rapports de propriété foncière en fonction des étrangetés que leur confère la rencontre de l'eau » (p. 2103).

6. Sur cet aspect, voir F. MYNARD, « Le fleuve et la couronne : contribution à l'histoire du domaine fluvial (1566-1669) », *L'eau sous le regard des sciences humaines et sociales*, sous la dir. de P. LE LOUARN, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 171-199, spécialement pp. 193-195.

7. Édit de Paris de janvier 1583 portant règlement des eaux et forêts, chemins publics, entretien des rivières, « turcies et levées », etc. : A. FONTANON, *Les Edicts et Ordonnances des Rois de France...*, éd. par G. MICHEL DE LA ROCHEMAILLET, Paris, C. Morel, M. Orry, C. Chappellet, R. Foüet, N. Buon et S. Cramoisy, 1611, 4 t. en 3 vol., t. II, liv. II, tit. VI, n° XLII, pp. 323-330, p. 327.

8. L. de SAINTCYON, « Au Roy », *Les Edicts et Ordonnances des Roys, Coustumes des Provinces, Reglemens, Arrests et jugemens notables des Eauës et Forests...*, Paris, V^o A. L'Angelier, 1610, Dédicace non paginée [p. 2]. Les juristes mentionnés dans le présent article figurent dans le *Dictionnaire historique des juristes français (XVI^e-XX^e siècle)*, sous la dir. de P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN, Paris, PUF, 2^e éd., 2015.

9. Voir X. GODIN, *Réformer le domaine de la Couronne en Bretagne sous le règne de Louis XIV*, Thèse, Droit, Rennes 1, 2004, pp. 69 et s., et 354 et s., puis F. MYNARD, *Droit domanial et formation du droit public fluvial (1669-1835)*, Thèse, Droit, Rennes 1, 2011, pp. 24 et s. Voir aussi, à partir de la seconde moitié du XVII^e siècle, É. SZULMAN, *La Navigation intérieure sous l'Ancien Régime. Naissance d'une politique publique*, Rennes, PUR, 2014.

compétences se sont accrues au cours du XVI^e siècle¹⁰. Parce que l'intervention législative monarchique a veillé à « organiser un usage collectif et le respect de l'intérêt public », le rapport entre la propriété et la souveraineté est un des traits caractéristiques du droit de l'eau : « l'usage et la maîtrise de l'eau [s'entendent] aussi en termes de pouvoir »¹¹. C'est dire que la police des eaux participe pleinement à la construction de l'État moderne¹².

Depuis les commentateurs médiévaux, les cours d'eau navigables et flottables sont publics¹³ et considérés, selon la classification romaine des choses, comme *res publicae in usu publico*, des choses publiques à l'usage du public¹⁴, inaliénables et imprescriptibles¹⁵. Ils sont jugés insusceptibles d'être appropriés par les personnes physiques ou par les personnes morales – et spécialement par la Couronne, propriétaire d'une partie des terres du royaume¹⁶. La doctrine sépare les choses publiques communes à tous, des propriétés, des biens privés du prince et du domaine de la Couronne. Au XVI^e siècle, si René Choppin aborde le régime des choses publiques dans son *De Domanio Franciae*, il les étudie à part : les fleuves et les rivières font l'objet d'un chapitre précis¹⁷. Jean

10. Sur l'administration des eaux et forêts au XVI^e siècle (1515-1610), voir *Les Eaux et Forêts du XI^e au XX^e siècle*, Paris, CNRS, 1990, pp. 98-110 et 110-116 ; voir aussi J.-C. WAQUET, *Les grands maîtres des eaux et forêts de France de 1689 à la Révolution*, Genève, Droz, 1978, pp. 1-2.

11. J.-L. GAZZANIGA, J.-P. OURLIAC et X. LARROUY-CASTERA, *L'eau : usages et gestion*, Paris, Litec, 1998, p. 10. Voir aussi J.-L. GAZZANIGA et X. LARROUY-CASTERA, « Le droit de l'eau et les droits de l'eau dans une perspective historique », *Histoire d'une eau partagée*, sous la dir. d'O. AUBRIOT et G. JOLLY, Aix-en-Provence, Publication de l'Université de Provence, 2002, pp. 17-33.

12. « Dans sa fluidité, la rivière fonctionne comme métaphore d'un nouveau pouvoir, qui circulait et voulait se donner à voir de bas en haut et vice versa. La circulation nouvelle sur les rivières confirmait la rénovation de l'État » (V. SERNA, « Le fleuve de papier. Visites de rivière et cartographies de fleuve (XIII^e-XVIII^e siècle) », *Médiévales*, n° 36, *Le fleuve*, 1999, pp. 31-41, p. 33).

13. Pour Jean Bouteiller (ou Boutiller ; † 1395), le critère pour qualifier un cours d'eau de public est sa navigabilité : « des petites rivières qui ne portent point de navire » n'entrent pas dans cette catégorie (J. BOUTEILLER, *Somme rural, ou le Grand Coustumier general de Pratique Civil et Canon*, éd. par L. LE CARON, Paris, B. Macé, 1603, tit. LXXIII, p. 428).

14. « Fluminum publicorum communis est usus... » (Ulpien, D. 39, 2, 24, pr.) ; « Flumina autem omnia et portus publica sunt » (*Just. Inst.* 2, 1, 2). Dans la liste de ces *res publicae* se trouvent également les voies publiques, les ponts, les ports, etc. Les *res publicae in usu publico*, ou *res publicae in usu populi*, se distinguent des *res in patrimonio populi*, ou *res in pecunia populi*. Pierre Jacobi est l'un des auteurs qui a porté le plus d'attention à ces classifications : A. RIGAUDIÈRE, « Pratique politique et droit public dans la France des XIV^e et XV^e siècles », *Penser et construire l'État...*, *op. cit.*, pp. 429-466, pp. 461-462, et « État, pouvoir et administration dans la *Practica aurea libellorum* de Pierre Jacobi (vers 1311) », *in ibid.*, pp. 381-427, pp. 415-416.

15. Voir D. 18, 1, 6, pr. (POMPONIUS) et 1, 72, 1 (PAPINIEN) ; D. 41, 3, 9 (GAIUS) et 45, pr. (MARCEN)..

16. Voir X. GODIN, *Réformer le domaine de la Couronne en Bretagne...*, *op. cit.*, pp. 72-73.

17. R. CHOPPIN, *Traité du Domaine de la Couronne de France*, in *Œuvres de M^e René Choppin*, 5 vol., Paris, E. Couterot, 1662, t. ii, liv. i, tit. xv, « Des Rivières, et des Droicts maritimes appartenants au Roy de France », pp. 160 et s. Avocat au parlement de Paris, René Choppin († 1606) distingue les rivières royales des rivières banales : « Les Royales sont celles dont le Roy prend tribut et impost par droict Domanial et de la Couronne, et sur lesquels peut établir droict de Pesche, selon

Bacquet analyse les choses publiques dans son *Traité des Droicts de Justice* – et non dans l'un de ses six traités sur les *Droicts du Domaine de la Couronne de France*¹⁸. Charles Loyseau les évoque dans son *Traité des Seigneuries*¹⁹, mais il prend soin de les séparer du domaine de la Couronne. Enfin, Cardin Le Bret ne traite pas, dans *La Souveraineté du Roy*, des biens publics au même livre que le domaine de la Couronne²⁰.

La réalité cependant est moins nette : en France, les *res publicae* bénéficient d'une garde, d'une protection assurée par le roi, représentant l'intérêt général ; Bertrand d'Argentré souligne que le souverain est chargé de protéger le droit d'usage de chacun sur les choses publiques et qu'il ne doit surtout pas y porter atteinte²¹. Le monarque régleme ainsi l'affectation des choses publiques par sa *jurisdiction*²² : si la garde ne transmet aucun droit de propriété sur les *res publicae*²³, elle permet toutefois au roi de les soumettre à un droit éminent, et, partant, à son gouvernement. Avec le développement de la souveraineté monarchique,

le temps et moyen qu'il aura prescrit » (*Ibid.*, n° 1 et 4, pp. 160-162). La première édition écrite en latin (*De Domano Franciae*, Paris, M. Juvenem, 1574) fut traduite en français par J. TOURNET (*Trois livres du Domaine de la Couronne de France*, Paris, L. Sonnius, 1612). Sur la date de la première édition, voir A. FRIGERIO, « La genesi del principio di inalienabilità del demanio : il *De Domano Francie* di René Choppin (1574) », *Archivio Scialoja-Bolla, Annali di Studi sulla proprietà collettiva*, 2004/1, pp. 45-74, p. 48, n. 10.

18. J. BACQUET, *Traité des Droicts de Justice*, in *Les Œuvres de M^e Jean Bacquet*, Lyon, H. de La Garde, 1658 (1^{re} éd., 1580), 5 t. en 1 vol. Jean Bacquet († 1597) fut avocat du roi en la chambre du trésor depuis 1570.

19. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, Paris, A. L'Angelier, 1608 ; *Les Œuvres de M^e Charles Loyseau*, Paris, T. Moette, 1678, notamment chap. I à III, IX et XII. Avocat au parlement de Paris, Charles Loyseau († 1627) fut lieutenant au présidial de Sens, bailli du comté de Dunois, avant de revenir à la cour parisienne où il devint bâtonnier en 1620. Sur l'auteur, voir la troisième partie, *infra*.

20. C. Le Bret, *De la Souveraineté du Roy*, 1^{re} éd., 1632, in *Les Œuvres de Me Cardin Le Bret*, Paris, V^o T. du Bray, 1643, liv. III, chap. XIV-XVI ; le domaine de la Couronne est évoqué au livre IV. Cardin Le Bret († 1655) fut avocat général à la cour des aides puis au parlement de Paris, avant de devenir conseiller d'État.

21. « Hæc quidem iura vera, quamquam reges usurpant, tametsi nullo iure, ut prætextu protectionis eiusmodi omnia cum libet in privata, et fiscalia commoda contrahant : et sæpe talia aut locant, aut in censum dant, aut feudum, aut indicto solarario alienant atque ista regalia volunt esse » (B. D'ARGENTRÉ, *Commentarii in patrias Britonum leges : seu [ut vulgo loquuntur] Consuetudines antiquissimi Ducatus Britannie...*, Paris, N. Buon, 1608, art. 266, chap. « De locorum et publicorum, et publici patrimonii præscriptionibus », n° 2, « Quomodo et qualia præscribantur », col. 1116). D'Argentré († 1590) fut sénéchal de Vitré puis de Rennes avant d'être président-présidial.

22. P. COSTA, *Iurisdicção. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milan, A. Giuffrè, 1969, pp. 120 et s.

23. G. LEYTE, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e-XV^e siècles)*, Strasbourg, PUS, 1996, pp. 171 et 178. Choppin considère que les concepts de propriété et de garde, loin d'être antinomiques, sont parfaitement complémentaires parce que la Couronne confère une maîtrise au roi sur les propriétés de celle-ci : « Les Roys ne sont point tant nommez Seigneurs et propriétaires, que Gardiens et Conservateurs de l'État » (R. CHOPPIN, *Traité du Domaine...*, *op. cit.*, liv. II, tit. I, n° 2, p. 171).

la *jurisdiction* connaît une mutation ; la nature de la garde sur les choses publiques se rapproche progressivement de l'administration du domaine de la Couronne exercée par le souverain²⁴.

À partir de la fin du xv^e siècle et au cours du xvi^e, le pouvoir royal accroît sa mainmise sur les fleuves et les rivières navigables ; c'est la réalité de cette maîtrise qu'il convient d'analyser. Les diverses mesures législatives affichent la volonté du souverain, au nom de la *res publica*, de protéger ces *res publicae* ; les dispositions royales se précisent afin de garantir leur conservation. Si de telles mesures ont été affirmées dès le bas Moyen Âge²⁵, l'essor du pouvoir législatif leur confère une plus grande portée. Il en résulte un renforcement de la *jurisdiction* sur ces choses et un accaparement progressif des droits sur les cours d'eau. Mais le pouvoir monarchique va plus loin. Soucieux d'étendre ses prérogatives, le roi cherche à unir les fleuves navigables au domaine de la Couronne afin de faire bénéficier au second du statut des premières. En renforçant la garde qu'il exerce sur les cours d'eau, le souverain amène la doctrine à analyser la pratique royale et à faire part de ses réserves.

I. LE RENFORCEMENT DE LA *JURISDICTION* ROYALE

Par son statut de gardien des choses publiques, le souverain prend avant tout soin de réglementer la pêche et de faciliter la circulation sur les fleuves ; il y contrôle également les péages qu'il peut, le cas échéant, supprimer. L'exercice de la police sur les cours d'eau offre au pouvoir de manifester son emprise et, ainsi, d'affirmer ses desseins politiques.

Au début de son règne, en mars 1516, François I^{er} promulgue la grande ordonnance de Lyon : fort de quatre-vingt-douze articles, le texte dénonce les pratiques qui se font « au grand détriment et diminution

24. Sur cet aspect, G. LEYTE, *Domaine et domanialité publique...*, *op. cit.*, p. 217. La pratique des petits domaines, « concessions perpétuellement soumises à l'éventualité du rachat », confirme également la thèse du roi administrateur (L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *Les petits domaines de la Couronne. Contribution à l'étude historique de la domanialité*, Thèse, Droit, Paris II, 1975, p. 382).

25. Antoine Fontanon cite, à ce propos, les textes de 1291 et 1326 : A. FONTANON, *Les Edicts...*, *op. cit.*, t. II, liv. II, tit. VI, n^o I-II, pp. 251-252. L'article 89 de l'ordonnance de Lyon de mars 1516 (voir la note suivante) reprend quelques passages des lettres de 1326. Un siècle auparavant, une ordonnance de 1415 relative à la police de la Seine, confirmée en 1420, veille à ce que la circulation sur le fleuve ne soit pas entravée. Les mêmes dispositions sont prises pour la Loire par l'ordonnance de 1470. Enfin, la déclaration de Rouen du 20 octobre 1508 a été prise au sujet des biens domaniaux et sur les fonctions et le pouvoir des trésoriers de France.

du bien de la chose publique »²⁶. Les articles 89 à 91 sont consacrés à la réglementation de la pêche et enjoignent notamment aux pêcheurs d'utiliser un matériel qui n'empêche pas la reproduction des poissons²⁷. Peu respectées, ces injonctions sont réitérées plusieurs fois, spécialement dans deux édits pris l'un par Henri II en février 1554²⁸, l'autre par Henri III en janvier 1583²⁹. Dans le souci d'appliquer les lois touchant les eaux et forêts du royaume, François I^{er}, par l'édit de Fontainebleau de décembre 1543, offre aux propriétaires de forêts et de rivières privées de porter leurs actions soit devant le maître de leur juridiction, soit devant le maître particulier des eaux et forêts du roi ; surtout, le roi permet d'interjeter appel par devant le grand maître à la table de marbre de Paris³⁰. La justice demeure l'un des moyens privilégiés de la progression du pouvoir royal.

De telles mesures accompagnent les revendications monarchiques sur les fleuves. René Choppin relate les avancées de la justice royale sur le Rhône et la Saône dans la première moitié du xvi^e siècle. Le procureur du roi du parlement de Toulouse soutint, contre l'archevêque et les officiers du pape à Avignon, que les îles du Rhône appartenaient « au Roy, comme estant du Domaine et patrimoine de la Couronne » ; l'arrêt provisionnel du 8 mars 1493 les lui adjugea³¹. Par la suite, le procureur du parlement

26. Ordonnance de Lyon de mars 1516 sur la chasse, les forêts, droits d'usage, rivières, étangs et pêcheries, A. FONTANON, *Les Edicts...*, op. cit., t. II, liv. II, tit. VI, n° VIII, pp. 259-270, p. 269 : il est fait mention d'une vingtaine de textes postérieurs et de la difficulté lors de leur enregistrement (p. 49, n. 1 et 2) ; l'augmentation du nombre de lois en la matière est perceptible en consultant les Tables de F.-A. ISAMBERT et al., *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, Belin-Leprieur / Verdière, 1821-1833, 29 vol., t. XXIX, p. 324. Voir aussi L. DE SAINTCYON, *Les Edicts...*, op. cit., liv. I, tit. XX, pp. 224-244.

27. Art. 89, A. FONTANON, *Les Edicts...*, op. cit., p. 269. Pour une présentation des activités de pêche, voir V. BUGEAUD, « Pêcher dans l'estuaire de la Loire au xviii^e siècle », *L'eau sous le regard...*, op. cit., pp. 153-170, notamment pp. 158-159. C'est l'amirauté de Nantes qui est compétente en l'espèce.

28. Édit de Paris de février 1554, art. 33 : les fleuves et rivières « par malice et engins pourpensez des pescheurs, sont aujourd'hui steriles et sans fruit, ce qui tourne au grand dommage de nos sujets, et qu'à nous appartient la cure et sollicitude de l'estat et commun profit de nostre Royaume : avons defendu et defendons le bras roborin, et tous autres bas, quels qu'ils soient [...] ensemble paniers et eclises, et tous autres filez et engins defendus [...] par les ordonnances de nostre predecesseur [...] sur peine d'amende arbitraire et punition corporelle quant aux contrevenans [...] » (A. FONTANON, *Les Edicts...*, op. cit., t. II, liv. II, tit. VI, n° XXI, pp. 291-298, pp. 297-298 ; L. DE SAINTCYON, *Les Edicts...*, op. cit., liv. I, tit. III, art. XI [et non II], p. 30, art. XXIX et XXX, p. 37, tit. VI, art. VI, p. 101, et art. X, p. 102).

29. Édit de Paris de janvier 1583, op. cit., art. 18 ; voir aussi B. BRISSON, *Code du Roy Henry III... depuis augmenté des Edicts du Roy Henry III et Loys XIII...*, 4^e éd. par L. LE CARON, Paris, C. Chappelet, 1615 (1^{re} éd., 1587), liv. XVI, tit. IX, fol. 537 r^o-538 r^o. Voir aussi C. LOYSEAU, *Du Droit des Offices*, 1^{re} éd., 1610, in *Les Œuvres...*, op. cit., liv. II, chap. I, n° 45.

30. F.-A. ISAMBERT et al., *Recueil général des anciennes lois françaises...*, op. cit., t. XII, pp. 843-845. Voir M. DEVÈZE, *La vie de la forêt française au xv^e siècle*, Paris, SEVPEN, 1961, t. I, p. 317.

31. R. CHOPPIN, *Traité du Domaine...*, op. cit., liv. I, tit. XV, n° 2, p. 161. Au début du xiv^e siècle,

de Paris requit que l'ensemble des îles du Rhône et de la Saône fussent réunies au domaine de la Couronne, ainsi que tous les moulins à blé, les pêches, et les autres droits établis sur les rives de ces deux rivières³². Ces prétentions atteignaient l'archevêque de Lyon, lequel prétendait que l'archevêché avait reçu ses droits de l'empereur du Saint Empire Frédéric Barberousse. Confrontée à une affaire d'importance, la cour ordonna de voir les titres et d'en délibérer plus amplement ; le 2 octobre 1536, l'arrêt donna mainlevée provisionnelle pour l'archevêque et le clergé lyonnais³³. L'affaire s'achève le 21 janvier 1539 : le lieutenant de la sénéchaussée de Lyon dressa procès-verbal par lequel il signifia la prise de possession par le pouvoir royal des îles, rives et structures fluviales de la Saône et du Rhône, « hors et excepté les dessus dîtes des archevêque doyen et chapitre de Lyon »³⁴.

La détermination royale se manifeste également à l'occasion de l'intégration de la Bretagne au royaume. Dès l'union du duché, le souverain institue, par l'édit de juin 1534, un grand maître général réformateur des eaux et forêts³⁵. Par l'édit de juillet 1544, il lui confie les baux et fermes des pêcheries, la protection des droits sur les étangs, fleuves, rivières, et le soin de veiller à l'application des ordonnances en la matière³⁶. Pour l'assister dans sa tâche, le monarque érige dix sièges de maîtrises particulières d'eaux et forêts et enlève aux juges royaux ordinaires la connaissance des procès civils et criminels en matière d'eaux et forêts³⁷ : ces

Pierre Jacobi précise que lorsque le fleuve est public et qu'il est destiné à l'usage du public, une île constituée par alluvionnement a le même statut (A. RIGAUDIÈRE, « État, pouvoir et administration... », *op. cit.*, p. 420 ; voir aussi p. 462).

32. R. CHOPPIN, *Traité du Domaine...*, *op. cit.*, liv. I, tit. XV, n° 2, p. 161.

33. *Ibid.* Les pièces de procédures sont conservées aux Archives départementales du Rhône, 10 G 1824, cote citée par K. DANA, *Lyon et la Saône au XVI^e siècle*, Mémoire, Master I, Lyon III, 2009, pp. 33-35.

34. *Ibid.*

35. Édit de Paris de juin 1534 : A. FONTANON, *Les Edicts...*, *op. cit.*, t. II, liv. II, tit. VI, n° XII, p. 277. Voir M. DEVÈZE, *La vie de la forêt française au XVI^e siècle*, Paris, SEVPEN, 1961, 2 vol., t. II, p. 104.

Le roi ouvre ainsi, pour la première fois, « une brèche dans le monopole administratif » dont jouissait jusqu'alors, dans le royaume, le souverain maître général réformateur des eaux et forêts (J.-C. WAQUET, *Les grands maîtres...*, *op. cit.*, p. 1). Cette particularité s'explique vraisemblablement par le fait que la Bretagne n'avait pas bénéficié de la législation antérieure en la matière et que les contentieux portant sur les eaux et forêts étaient jugés par les juridictions ordinaires. Sur le sujet, voir P. HÉVIN, *Questions et Observations concernant les Matières Feodales par rapport à la Coutume de Bretagne*, Rennes, G. Vatar, 1736, chap. XV, n° 9-11, pp. 214-216, et chap. XXVI, n° 12, pp. 334-335.

36. A. FONTANON, *Les Edicts...*, *op. cit.*, t. II, liv. II, tit. VI, n° XVII, pp. 282-285. L'édit de Paris de juillet 1544 est suivi d'une commission donnée à Saint-Maur-des-Fossés le 11 juillet 1544, puis, le 12 août 1545, d'un mandement déclaratif à Louis du Perreau, donné à Arques le 12 août 1545 : *ibid.*, n° XVIII-XIX, pp. 285-287 et 287-290.

37. Le grand maître et réformateur général des eaux et forêts en Bretagne doit « mettre et réduire en bonne nature » les bois, buissons, garennes, étangs, eaux et rivières à cause des « grands dégâts,

contentieux relèvent désormais de la juridiction des maîtres. En outre, le souverain régleme les pêcheries de Loire en soumettant l'utilisation de rets à la possession d'un titre – vérifié au Conseil du roi ou du dauphin – ou, le cas échéant, à la permission du maître des eaux et forêts établi à Nantes³⁸. Enfin, deux sergents ont été établis par le grand maître pour la garde du fleuve et de ses affluents³⁹.

Ces résolutions prolongent les mesures de police adoptées pour la Loire dans l'ensemble du royaume. Le *Code Henri III* de Barnabé Brisson témoigne de la préoccupation constante de favoriser la navigation et d'enlever, en conséquence, tout ce qui est susceptible d'y faire obstacle : l'auteur aborde ainsi les fleuves dans le titre trente-huitième du livre x consacré à la police⁴⁰ ; l'article premier énumère pêle-mêle « les escluses, pescheries, nasseries, moulins, paux, portereaux, gourds, pieux, pierres, et choses estans en la riviere de Loire, et autres fleuves descendants en icelle, empeschans le cours d'eau, et passage des bateaux, et la navigation ; et semblablement tous arbres et autres choses empeschans les chemins, bords et chantiers desdites rivieres, jusques à la largeur de dix-huict pieds, que doivent avoir les chemins et hauserees d'icelles, pour haller, et pouër à col contremont lesdits bureaux, par lesdites rivieres »⁴¹. Brisson reprend l'article 4 de la déclaration de Blois du 31 décembre 1559, prise pour révoquer les nouveaux péages levés sur la Loire⁴², ce qui témoigne de la volonté de faciliter la circulation des marchands et de leurs marchandises, comme le mentionne l'article 11⁴³. Le contrôle du

abus, et entreprises tant souz couleur d'aucuns eux disans usufruitiers de portion » de ces biens, « par don et bienfait » du roi ou du dauphin, qui a la jouissance du duché (*Ibid.*, n° XIX, p. 289). Sur la réformation des pêcheries du comté nantais en 1544, voir M. DUVAL, *La Cour d'Eaux et Forêts et la Table de Marbre du Parlement de Bretagne, 1534-1704*, Thèse, Lettres, Rennes, Imprimerie bretonne, 1964, pp. 87-88.

38. « Et quant aux peschages pretendus en la riviere de Loire par les Retiers de Loire, apres que leurs tiltres auront esté veus en nostredit conseil, ou en celuy de nostredit fils, en sera aussi ordonné, comme de raison : et neantmoins qu'ils fussent fondez en tiltres, si est-ce que voulons estre pourveu aux abus, et à reduire leur droict de peschages à telle raison que la riviere ne puisse estre depopulee » (Mandement d'Arques, *op. cit.*, p. 288). Des mesures semblables sont prises pour les écluses.

39. *Ibid.*, p. 288. D'autres textes suivront : *Ibid.*, n° XXII-XXIII, pp. 298-302 ; voir M. DUVAL, *La Cour d'Eaux et Forêts...*, *op. cit.*, pp. 94 et s. Il existe également des maîtres-pêcheurs agréés par les maîtres particuliers des eaux et forêts qui sont les seuls habilités à pêcher en rivière navigable.

40. B. BRISSON, *Code du Roy Henry III...*, *op. cit.*, liv. x, tit. XXXVIII, fol. 311 r°-312 r°.

41. *Ibid.*, art. i, fol. 311 v°. Voir L. DE SAINTYON, *Les Edicts...*, *op. cit.*, liv. i, tit. XIX, art. v, p. 212.

42. F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XIV, pp. 18-21, p. 20 : « [...] Les escluses, pescheries, nassières et moulins, arbres, paulx, pieux, et autres choses estans esdites rivieres et fleuves, empeschans la navigation d'icelles. Et semblablement tous arbres et autres choses empeschans les bords et chantiers desdites rivieres, jusques à la largeur de dix-huict pieds que doivent estre haulserées d'icelles pour haller et pouer à col [...] ». Voir aussi : L. DE SAINTYON, *Les Edicts...*, *op. cit.*, liv. i, tit. XIX, art. XXXII, p. 221.

43. B. BRISSON, *Code du Roy Henry III...*, *op. cit.*, liv. x, tit. XXXVIII, art. II, fol. 312 r°. Parmi

pouvoir sur les péages se renforce à partir du xv^e siècle⁴⁴ et s'intensifie au siècle suivant : dans son *Traicté des peages* publié en 1550, Matthieu de Vauzelles assure que le souverain est « le vray Seigneur de tous les fleuves, et rivières navigables de tout son Royaume » et que « sont lesdits fleuves siens propres, et de *juribus Regalibus*, tellement, que nul autre ny peut pretendre aucun droit, ny jurisdiction »⁴⁵.

À défaut de titres de concession royale ou de preuve d'une possession immémoriale, les subsides imposés depuis cent ans sont révoqués⁴⁶. Lorsque les seigneurs possèdent régulièrement leurs péages, ceux-ci sont néanmoins tenus en foi et hommage du roi⁴⁷ ; le pouvoir exige en conséquence que les seigneurs balisent et entretiennent la Loire et ses affluents « és destroits fins et metes », sur peine de confiscation du péage et de dommages-intérêts⁴⁸. Brisson souligne justement que cette mesure est fondée sur une raison « tres-politique » car les seigneurs lèvent un droit, qualifié de tribut ou d'impôt⁴⁹. En exerçant un pouvoir de police sur les rivières navigables⁵⁰, le roi cherche avant tout, dans l'intérêt du public, à encadrer, à contrôler les droits des seigneurs ; mais, ce faisant, il tend également à y revendiquer un monopole de concession. L'ordonnance de Paris d'octobre 1570 menace ceux qui lèvent de nouveaux péages

les mesures favorisant le commerce figure l'édit de Paris de février 1552 pour les privilèges des marchands fréquentant la rivière de Loire : F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XIII, p. 306.

44. Voir la déclaration de Tours du 8 mars 1483 (confirmative de l'ordonnance de Saumur de mars 1430) portant révocation des péages sur la demande des États et les lettres de Tours du 26 mars 1483 sur les péages établis sur la Loire et sur la navigation de cette rivière : F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XI, pp. 97-98 et 99. Sur la question des péages au bas Moyen Âge, voir K. WEIDENFELD, *Les origines médiévales du contentieux administratif (XIV^e-XV^e siècles)*, Paris, De Boccard, 2001, p. 188.

45. M. DE VAUZELLES, *Traicté des peages*, Lyon, J. de Tournes, 1550, p. 12.

46. Voir l'édit de Paris de mars 1515 sur la révocation des péages établis sur la Loire sans permission, depuis cent ans, et la vérification des titres desdits péages, pêcheries, moulins, etc., et l'édit de Nantes d'août 1532, portant sur le même objet et applicable sur tous les fleuves, qui exige des titres royaux ou la possession immémoriale (F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XII, pp. 43-49 et 373). Voir aussi les lois de Paris d'octobre 1570 (voir *infra*) et de décembre 1577 rapportées par L. DE SAINCTYON, *Les Edicts...*, *op. cit.*, liv. I, tit. XIX, art. XXXIII-XXXVIII, pp. 221-222. Enfin, Brisson y consacre le titre XXXIX du livre X : voir l'art. I, fol. 312 r^o.

47. J. BACQUET, *Traité des Droits de Justice*, *op. cit.*, chap. XXX, n^o 21, p. 270.

48. B. BRISSON, *Code du Roy Henry III...*, *op. cit.*, liv. X, tit. XXXVIII, art. III, fol. 312 r^o.

49. *Ibid.*, n. I *sub* art. III, fol. 312 r^o. La législation, de l'ordonnance d'Orléans de 1560 à l'ordonnance d'août 1669, rappelle aux titulaires de péages l'obligation d'afficher le tarif des droits à acquitter : A. CONCHON, *Le péage en France au XVIII^e siècle. Les privilèges à l'épreuve de la réforme*, Paris, CHEFF, 2002, p. 108.

50. Sur les berges de la Seine et de ses affluents, voir notamment l'édit de Montreuil de mai 1520 : F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XII, pp. 173-178. Voir aussi, à ce propos, DE GALLON, *Conférence de l'ordonnance de Louis XIV du mois d'août 1669*, Paris, P. Prault, 1752, t. II, tit. XXVIII, art. VII, pp. 525-526.

d'« estre punis comme exacteurs de peuple et usurpateurs de [l']autorité [royale] »⁵¹. En 1580, Jean Bacquet – « le plus fiscal de tous les Auteurs de Palais » selon Pierre Hévin⁵² – affirme que les droits de péage sont domaniaux et qu'ils peuvent être afferchés⁵³.

Malgré les mesures prises par le pouvoir, l'état des fleuves et rivières du royaume est préoccupant : l'édit de janvier 1583 précise, en son article 18, qu'ils sont menacés de devenir « inutiles et innavigables » et d'anéantir tout trafic⁵⁴. Il est difficile d'évaluer la part d'exagération du pouvoir ; cependant, le constat permet de mettre en cause la négligence – voire la connivence – des officiers des eaux et forêts, l'avarice des détenteurs de moulins et de pêcheries qui, en outre, n'entretiennent pas les « turcies, chaussées et levées », et le comportement désinvolte des particuliers⁵⁵. En conséquence, le roi rappelle aux grands maîtres réformateurs et maîtres particuliers des eaux et forêts la nécessité de procéder à leurs visites, en sollicitant le cas échéant le concours des officiers de l'Amirauté⁵⁶, et de mettre en œuvre son pouvoir de police pour amender, contraindre, corriger, et même sanctionner⁵⁷. Surtout, les officiers des eaux et forêts doivent dresser procès-verbaux des biens qui appartiennent au domaine de la Couronne et les adresser au Conseil du

51. L. DE SAINCTYON, *Les Edicts...*, *op. cit.*, liv. I, tit. XIX, art. XXXIII, p. 221 (préc.), et art. v, p. 212 ; C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries...*, *op. cit.*, chap. IX, n° 100. Le texte prescrit aussi le respect d'un chenal de dix-huit pieds et autorise les bateliers de procéder d'office à l'enlèvement de toutes installations obstruant le lit du fleuve. Sur la difficile application de l'ordonnance dans le comté nantais et l'action du parlement de Bretagne, voir M. DUVAL, *La Cour d'Eaux et Forêts...*, *op. cit.*, p. 151.

52. P. HÉVIN, *Questions et Observations...*, *op. cit.*, chap. XV, n° 13, p. 218.

53. J. BACQUET, *Traité des Droits de Justice*, *op. cit.*, chap. XXX, n° 19, 26 et 29, pp. 270-272 ; l'auteur analyse la jurisprudence en la matière aux n° 27-28, pp. 271-272.

54. Édit de Paris de janvier 1583, préc., art. 18 (A. FONTANON, *Les Edicts...*, *op. cit.*, t. II, p. 327).

55. Le texte stigmatise « la licence que nos subjects ont prinse d'y jeter toutes sortes d'immondices, gravoirs, fumiers, pailles pourries, charongnes, et foins de basteaux à sel, et autres, elles sont demeurées en plusieurs endroits, comblees, les ports et arches demoliées, en sorte que plusieurs basteaux chargez de marchandises d'heure à autre perissent, à la grand perte et dommage de nos pauvres subjects et habitans de nos villes : lesquels au moyen de ce demeurent ruinez et destruits, outre la perte et submersion de personnes, qui plusieurs fois en advient » (*Ibid.*, p. 327 ; voir aussi L. DE SAINCTYON, *Les Edicts...*, *op. cit.*, liv. I, tit. XIX, art. XI, p. 213).

56. Voir *ibid.*, liv. I, tit. XIX, art. XII, p. 214. À la même époque, l'édit de Paris de mars 1584 sur la juridiction de l'amirauté réaffirme la compétence du roi et de l'amiral sur la mer et le rivage (F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XIV, pp. 556-590). Des mesures sont également (ré)affirmées pour la pêche dans l'article 83 (*Ibid.*, p. 583). L'article 84 exige également la production d'un titre antérieur à 1544 – soit quarante ans de possession – pour le maintien d'une pêcherie sur le rivage (*Ibid.*).

57. « Et où il se trouvera lesdites ruines, demolitions et encomble estre advenus par la faute des habitans des lieux, les contraindront à les reparer, remettre et entretenir en bon este et deu. S'ils cognoissent aussi lesdits moulins et pescheries estans sur lesdites rivieres, estre prejudiciables au traffic et commerce d'icelles, et cause de les faire hausser et combler en aucuns endroits : les feront oster, destourner, et lever, si mestier est » (A. FONTANON, *Les Edicts...*, *op. cit.*, t. II, p. 327).

roi⁵⁸. Ces injonctions sont rappelées par les articles 2 et 9 de l'ordonnance générale de Paris de mai 1597⁵⁹. Par ces mesures de protection, le pouvoir monarchique poursuit le développement de son emprise sur les fleuves navigables.

II. L'UNION DES FLEUVES AU DOMAINE DE LA COURONNE

Les diverses mesures prises par le pouvoir central révèlent un rapprochement du régime du domaine de la Couronne avec le statut des choses publiques. Le vocabulaire employé dans les lois royales est éloquent : l'édit de Paris de juin 1539 portant révocation et réunion générale du domaine de la Couronne affirme, dès le début du préambule, que le patrimoine du royaume est « de sa nature » inaliénable⁶⁰ « par quelque manière que ce soit »⁶¹. Or, jusqu'au xvi^e siècle, le caractère inaliénable *par nature* ne s'applique qu'aux choses publiques, et non au domaine de la Couronne. L'édit est pris pour « le bien et utilité de nous, et de la chose publique de nostre royaume, conservation et augmentation du patrimoine de nostre royaume »⁶². Par cette assimilation, le texte, attribué au chancelier Guillaume Poyet⁶³, montre les intentions du souverain. Celles-ci sont confirmées lorsque, « réputé sacré », le domaine « ne peut tomber au commerce des hommes »⁶⁴ : il s'agit, là aussi, de formulations propres aux choses publiques. De surcroît, l'édit souhaite mettre fin aux incertitudes doctrinales et apporter une clarification en déclarant que le domaine de la Couronne est imprescriptible : à l'instar des

58. L'édit de 1583 est suivi de déclarations en 1583 et 1584 : *Ibid.*, t. ii, pp. 330-336, n° XLIII-XLVIII.

59. F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. xv, pp. 141-163, p. 143 et 147. Si l'article 38 lutte contre le dépeuplement des rivières, l'article 39 fait injonction aux procureurs des sièges des tables de marbre et à leurs substitués de se transporter aux jours de marché sur les places publiques, afin de rechercher les poissons qui y seraient exposés pour être vendus (*Ibid.*, p. 163).

60. L'adjectif « aliénable » apparaît à cette date : v° « Aliéner », *Dictionnaire historique de la langue française*, sous la dir. d'A. REY, Paris, Le Robert, 1998, t. i, p. 83.

61. A. FONTANON, *Les Edicts...*, *op. cit.*, t. ii, liv. ii, tit. viii, n° 1, pp. 348-349. Le texte est enregistré rapidement, le 3 juillet 1539. L'édit a été précédé par un autre édit donné à Fontainebleau en mai 1539 portant qu'au décès de ceux qui possèdent des terres dépendant du domaine en vertu de donations, les verront réunies et qu'ils ne pourront en transmettre la possession à leurs enfants (F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. xii, pp. 564-566). Voir aussi B. BRISSON qui parle de biens « publics, annexe et unis à la Couronne » (*Code du Roy Henry III...*, *op. cit.*, liv. xvii, tit. iii, art. i et n. 1, fol. 560 v°).

62. F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. xii, pp. 567-568.

63. Si l'on en croit Étienne Pasquier : A. ROUSSELET-PIMONT, *Le chancelier et la loi au xvi^e siècle d'après l'œuvre d'Antoine Duprat, de Guillaume Poyet et de Michel de L'Hospital*, Paris, De Boccard, 2005, p. 77.

64. F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. xii, p. 569.

droits de souveraineté et des choses publiques, il est dorénavant impossible d'invoquer une « longue jouissance » ou une « prescription centenaire et immémoriale »⁶⁵. Si l'imprescriptibilité est reconnue dès le bas Moyen Âge pour les droits régaliens et les choses publiques – Choppin rappelle le caractère imprescriptible des rivières publiques⁶⁶ –, celle des domaines proprement dits de la Couronne demeure encore incertaine⁶⁷. L'édit met en garde les juges royaux qui, relayant les hésitations doctrinales, pourraient, lors de contentieux, « s'arrêter à ladite prescription centenaire »⁶⁸. Pourtant, par la suite, Choppin, Bacquet ou Louis Le Caron se réfèrent toujours à la position jurisprudentielle du parlement de Paris – en se fondant sur l'arrêt du 10 décembre 1548 –, pour qui la prescription immémoriale de bonne foi est admise⁶⁹. Les parlementaires et les jurisconsultes n'assimilent pas, en l'occurrence, le régime juridique du domaine de la Couronne à celui des choses publiques ; en conséquence, ils se montrent soucieux de la préservation des droits acquis par une longue possession⁷⁰.

65. *Ibid.*, p. 568.

66. R. CHOPPIN, *Traité du Domaine...*, *op. cit.*, liv. III, tit. IX, n° 6, p. 433.

67. G. LEYTE, *Domaine et domanialité publique...*, *op. cit.*, p. 367 ; voir aussi pp. 312 et s., et 368 et s. Voir également A. ROUSSELET-PIMONT, *Le chancelier et la loi au xv^e siècle...*, *op. cit.*, pp. 77-80, et X. GODIN, *Réformer le domaine de la Couronne en Bretagne...*, *op. cit.*, pp. 105 et s.

68. « Chose qui est grandement préjudiciable à nous, et à nostredit royaume, et ancien domaine de nostredite couronne, et de périlleuse couverture et conséquence ». Ainsi, il ne doit y avoir « aucun esgard à quelque possession, jouissance et prescription que ce soit, et par quelque laps de temps qu'elle ait duré, ores qu'elle excédast cent ans » (F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XII, pp. 568 et 570). Le texte est suivi d'un édit de décembre 1540 qui fait état d'usurpations du domaine de la Couronne à cause de la négligence ou de la complicité de certains officiers chargés de sa conservation (A. FONTANON, *Les Edicts...*, *op. cit.*, t. II, liv. II, tit. VIII, n° VI, pp. 353-354). Voir, à ce propos, M. DUVAL, *La Cour d'Eaux et Forêts...*, *op. cit.*, p. 262.

69. R. CHOPPIN, *Traité du Domaine...*, *op. cit.*, liv. III, tit. IX, n° 3 et 4, pp. 431-432. Le parlement a « toujours interpreté, et balancé d'une juste discretion les Edicts, et Ordonnances Royaux, d'ordonner par ses Arrests plusieurs fois intervenus en cette matiere, que le Domaine de la Couronne qui avoit esté possédé l'espace de cent ans, ne pourroit estre retiré ny racheté des mains de celui qui en avoit ainsi joiüy de bonne foy, bien qu'il semble par les termes de l'Ordonnance [de 1539] qu'il en soit autrement disposé » (*Ibid.*, n° 3, p. 431). Bacquet relate que la cour « verifiant l'Edict, par lequel estoit enjoint à tous pretendans droicts de peage en la riviere de Loyre, d'apporter leurs titres », a déclaré qu'« elle n'entendoit déroger aux permissions de la preuve du temps immemorial, octroyées et contenues en l'Edict du Roy Louys douziésme, publié en la Cour pour les peages de ceste riviere de Loyre » (J. BACQUET, *Traité des Droicts de Justice*, *op. cit.*, chap. XXX, n° 23, pp. 270-271, et *Droicts du Domaine... concernant le Droict de Desherence*, chap. VII, n° 7, p. 169). Voir enfin L. LE CARON, *Ordonnance du Domaine, et Droicts de la Couronne de France...*, Paris, P. Rocolet, 1638, tit. VIII, tit. III, art. I, p. 44.

70. En effet, « par les termes de l'Ordonnance la prescription du temps immemoriale n'est point comprise. Car c'est une maxime qu'en tout Statut et Ordonnance derogatoire de la prescription, celle-là s'entend toujours exceptée, laquelle surpasse la mémoire des hommes. Et quand bien il seroit question des choses privilégiées, contre lesquelles on ne peut alleguer la prescription ; toutefois il y a lieu à la prescription qui excède la mémoire des homme » (R. CHOPPIN, *Traité du Domaine...*, *op. cit.*, liv. III, tit. IX, n° 3, p. 431).

Le pouvoir monarchique veille également à rationaliser son action. Ainsi, par l'édit de mars 1543, une chambre du domaine est érigée au parlement de Paris afin de réunir le contentieux du domaine et celui des eaux et forêts⁷¹. Si le texte justifie cette création, à nouveau, « pour le bien de nous, de justice, de nostre domaine, et de la chose publique »⁷², le « rapprochement procédural et matériel » des deux contentieux rend « sans doute compte d'une perception plus domaniale des Eaux et forêts, source non négligeable de revenus »⁷³. Toutefois, la rationalisation n'entraîne pas une approche plus unitaire du domaine car l'activité de la chambre est largement dominée par le contentieux des eaux et forêts⁷⁴ ; en 1548, elle est transformée en une quatrième chambre des enquêtes et l'appel des sentences domaniales est désormais porté devant la grand chambre du parlement.

Le pouvoir n'en poursuit pas moins sa politique de maîtrise du territoire : par l'édit de février 1554, en son article 15, Henri II crée, sous l'autorité du grand arpenteur, six offices d'arpenteurs dans chaque bailliage et sénéchaussée du royaume⁷⁵. Le texte veut remédier à l'inaptitude des mesureurs et confie à des professionnels les arpentages du domaine de la Couronne⁷⁶ – qualifiés par Loyseau, parmi les poids et mesures, de « grandes mesures »⁷⁷. La volonté d'améliorer la connaissance exacte

71. G. LEYTE, « La Chambre du domaine du Parlement de Paris (1543-1548) », *Le Parlement en sa Cour. Études en l'honneur du Professeur Jean Hilaire*, sous la dir. d'O. DESCAMPS, F. HILDESHEIMER et M. MORGAT-BONNET, Paris, H. Champion, 2012, pp. 323-341. Pour les textes : A. FONTANON, *Les Edicts...*, *op. cit.*, t. II, liv. II, tit. V, n° I-III, pp. 245-250.

72. A. FONTANON, *Les Edicts...*, *op. cit.*, t. II, liv. II, tit. V, n° I, art. 1^{er}, p. 245.

73. G. LEYTE, « La Chambre du domaine... », *op. cit.*, p. 328.

74. En outre, « l'identité juridique de ce contentieux était aussi en fin de compte trop peu singulière pour que fût maintenue la spécificité juridictionnelle de la Chambre du domaine » (*Ibid.*, p. 326).

75. A. FONTANON, *Les Edicts...*, *op. cit.*, t. II, liv. II, tit. VI, n° XXI, pp. 291-298, p. 294. Les arpenteurs « asserront » bornes, feront des partages, divisions et rapports des différentes « choses », qui appartiennent au domaine ou aux princes, prélats, gens d'Église, communautés, seigneurs et autres sujets (Édit de février 1554, art. 15). Un édit particulier est pris pour la Bretagne en novembre 1554 (*Ibid.*, n° XXII, pp. 298-300). Voir aussi : *L'École des Arpenteurs, ou l'on enseigne toutes les Pratiques de Geometrie, qui sont necessaires à un Arpenteur...*, 2^e éd., Paris. T. Mœtte, 1692, pp. 346-347 ; B. BRISSON, *Code du Roy Henry III...*, *op. cit.*, liv. XVI, tit. VIII, fol. 536 v°-537 r°.

76. Les agents royaux apprennent à se servir de la méthode de la triangulation : voir D. BITTERLING, *L'invention du pré carré. Construction de l'espace français sous l'Ancien Régime*, Paris, A. Michel, 2009, p. 60. Voir également F. MYNARD, « Le fleuve et la couronne... », *op. cit.*, pp. 186-190. Par la suite, l'édit de Paris de juin 1575 crée quatre arpenteurs et priseurs jurés dans chaque juridiction du royaume (F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XIV, p. 275). Sur la question de la création du grand arpenteur, voir L. DE SAINTYON, *Les Edicts...*, *op. cit.*, liv. I, tit. X, art. 1^{er}, pp. 146-147.

77. Loyseau précise que l'édit de 1554 est pris « sous clause expresse de ne préjudicier aux droits des Barons ». Il en déduit alors que le texte de 1575 qui défend aux seigneurs ayant haute, moyenne et basse justice d'instituer des arpenteurs, « ne s'entend que des simples hauts Justiciers et non pas des Barons » (C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, *op. cit.*, chap. IX, n° 40). Sur l'analyse des rapports entre le roi et les seigneurs, voir *infra*.

des possessions de la Couronne, d'en préciser les limites et, le cas échéant, de le réformer, participe de la mission du roi administrateur. Ce faisant, elle permet également de recenser les îles sur les fleuves ainsi que les atterrissements qui se sont formés. Une telle connaissance est précieuse au moment où, par un autre édit de février 1554, le roi décide de vendre des parties du domaine jusqu'à concurrence de 274 000 livres de capital⁷⁸ ; plusieurs délaissements alluviaux sur les îles de la Loire ont fait, à ce moment, l'objet de concessions⁷⁹. Située à la jonction matérielle du domaine de la Couronne et des choses publiques, la question des îles et atterrissements témoigne des desseins du souverain. Parce que les fleuves sont reconnus comme des biens à l'usage du public, les formations de terres en leur sein devraient suivre le même régime. Or, la pratique royale les intègre au domaine de la Couronne. Le souverain, en qualité de gardien des fleuves, aliène les émoluments et fruits des fleuves – atterrissements, assablissements, javeaux, etc. – comme il le fait pour le domaine de la Couronne⁸⁰. Louis Le Caron reconnaît la pratique : il écrit qu'au roi appartient « tout le fruit et emolument » des rivières qui font partie de son domaine⁸¹. La dimension financière de telles opérations est ici manifeste ; elle suit les mouvements des lettres royaux qui, avec une régularité saisissante, ne cessent de proclamer la révocation des aliénations domaniales⁸², avant de procéder à leur revente⁸³.

78. M. DUVAL, *La Cour d'Eaux et Forêts...*, *op. cit.*, p. 123 ; l'auteur précise que le roi promet que la part de la province bretonne ne dépassera pas 2 500 livres de revenus (voir Archives départementales d'Ille-et-Vilaine, C 2885). Voir aussi D. LE PAGE, « Emprunts, aliénations du domaine et constitutions de rentes en Bretagne (années 1550-années 1570) », *Enquêtes et documents*, 29, 2004, pp. 147-169, notamment p. 157.

79. En 1556, au Gâvre, le roi se dessaisit, à charge de rachat, pour 4 200 livres en principal, de la jouissance des pêcheries et de quelques bois dans l'enclos de l'ancien « Fief au Duc ». Le 7 avril 1557, il est fait cession, pour 1 532 livres au principal, de plusieurs prés voisins de Buzay, ainsi que d'autres terrains « sis dedans ladite rivière de Loyre ». En 1570, les pêcheries de Loire procurent au trésor un revenu annuel de 5 600 écus, les étiers du port de Nantes 1 200 livres, ceux d'Indret 2 400 livres. Sur ces exemples : M. DUVAL, *La Cour d'Eaux et Forêts...*, *op. cit.*, pp. 123 et 174.

80. Claude de Seyssel écrit à ce propos : « Et jaçoit que des fruits et du revenu du royaume les Rois puissent disposer à leur volonté pour le temps qu'ils en sont administrateurs, toutefois si faut-il en tous cas et de toutes les dépenses qu'il fait – ordinaires et extraordinaires – revenir à la Chambre des Comptes, laquelle les retranche et réfrène bien souvent si elles sont mal fondées. Et cette Loi et Ordonnance est très utile à la chose publique pour la conservation du domaine royal, au défaut duquel – quand quelque affaire survient – faut venir à exaction extraordinaire, à la foule et grevance du peuple. Et aussi par ce moyen est réfrénée la grande largesse des Princes que tend à prodigalité » (C. DE SEYSSEL, *La Monarchie de France et deux autres fragments politiques*, éd. par J. POUJOL, Paris, Librairie d'Argences, 1961 [1^{re} éd., 1519], liv. I, chap. XI, p. 119).

81. L. LE CARON, *Memorables observations du droit françois, rapporté au droit civil et canonic...*, 3^e éd., Paris, C. de Monstr'œil, 1614, v^o « Eaux et Forests », pp. 290-311, p. 291.

82. Sur les lettres patentes pour la réunion du domaine en raison du serment prêté par le roi : J. BODIN, *Les Six livres de la République*, Paris, Fayard, 1986 [rééd. 10^e éd., 1593], 6 vol., t. VI, liv. VI, chap. II, p. 39. Voir aussi R. CHOPPIN, *Traité du Domaine...*, *op. cit.*, liv. II, tit. I, n^o 5, p. 173.

83. Les textes prévoient parfois des dérogations : par exemple, voir la déclaration de Saint-

Parmi les lois adoptées dans la seconde moitié du xvi^e siècle sur le domaine⁸⁴, le premier édit de Moulins de février 1566 fait figure de texte emblématique. Œuvre du chancelier Michel de L'Hospital⁸⁵, le texte reconnaît explicitement et consacre l'existence d'une dualité domaniale – un domaine fixe et un domaine casuel. Avant de donner la définition du domaine de la Couronne (article 2), il énonce *d'abord* les deux cas dans lesquels le domaine peut être aliéné, l'apanage et l'engagement (article 1^{er})⁸⁶. Plus qu'une interdiction – le terme inaliénabilité n'est jamais employé⁸⁷ –, l'édit fixe en réalité le cadre des aliénations⁸⁸ et organise une gestion efficace du domaine au bénéfice de la Couronne, sous le contrôle des Cours souveraines – Parlements⁸⁹ et Chambre des comptes⁹⁰ – invitées à vérifier les lettres patentes en la matière⁹¹. Une telle politique n'est envisageable que parce qu'il s'agit de biens par affectation – et non pas par nature – sur lesquels le pouvoir peut exercer sa « faculté de rachat perpétuel »⁹². Or, Loyseau écrit que le domaine ne peut être « parfaitement aliéné » à cause de « sa *nature* et condition particulière »⁹³ : il insiste ainsi sur le caractère incomplet et provisoire de

Germain-en-Laye du 18 août 1559 : A. FONTANON, *Les Edicts...*, *op. cit.*, t. II, liv. II, tit. VIII, n° IX, p. 358.

84. Comme l'édit de Fontainebleau de novembre 1547 sur l'inaliénabilité du domaine du roi (voir F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XIII, p. 37).

85. A. ROUSSELET-PIMONT, *Le chancelier et la loi au xvi^e siècle...*, *op. cit.*, pp. 44-45 et 70-71.

86. F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XIV, pp. 185-189, p. 186. Le domaine fixe comprend les biens acquis à la Couronne depuis plus de dix ans ; il est inaliénable. Le domaine casuel rassemble les biens acquis depuis moins de dix ans et dont le roi peut disposer : si un tel bien est géré par un agent du roi pendant dix ans, il tombe automatiquement dans le domaine fixe.

87. Seule une négation avec le verbe « aliéner » figure à l'article 17 qui interdit les inféodations.

88. Dans ce sens, voir M. MONTEIL, *Formation et évolution de la notion de domanialité publique*, Thèse, Droit, Paris, L. Larose, 1902, p. 128. L'auteur, qui parle de l'*ordonnance* de Moulins (qui désigne une autre loi, même si les juristes ont pu qualifier l'édit de Moulins d'*Ordonnance du Domaine*, comme C. LOYSEAU, *Du Droit des Offices*, 1^{re} éd., 1610, in *Les Œuvres...*, *op. cit.*, liv. II, chap. I, n° 44), considère que le texte renvoie à « ce que nous appellerions aujourd'hui » le « domaine privé de l'État » et qu'il est relatif à « la conservation et à l'administration des *biens productifs* du domaine de la Couronne » (*Ibid.*). Sur l'acceptation du terme aliénation, voir X. GODIN, « Sur la confrontation de deux propriétés inaliénables : domaine de mainmorte et domaine de la Couronne dans la France moderne », *Le fait religieux dans la construction de l'État*, sous la dir. G. GIRAudeau, C. GUÉRIN-BARGUES et N. HAUPAIS, Paris, A. Pedone, 2016, pp. 33-53.

89. Voir R. CHOPPIN, *Traité du Domaine...*, *op. cit.*, liv. II, tit. XV, n° 11 et 13, pp. 337 et 339.

90. Voir notamment Y. NEVEU, *Du rôle joué par la Chambre des comptes de Paris pour assurer le maintien du principe de l'inaliénabilité du Domaine*, Thèse, Droit, Paris, 1954.

91. Article 7 de l'édit de Moulins, *op. cit.* Dans ce sens, Claude de Seyssel écrit qu'il faut que chaque aliénation « soit connue et approuvée par les Cours souveraines des Parlements et par celle des Comptes, lesquelles y procèdent si mûrement et par si grande difficulté et discussion que peu de gens se trouvent qui pourchassent telles aliénations, sachant qu'elles ne seraient ni valables ni assurées : et si pourraient être sujets à rendre ce que par vertu d'icelles ils en auraient prins » (C. DE SEYSSSEL, *La Monarchie de France...*, *op. cit.*, liv. I, chap. XI, p. 119).

92. Premier édit de Moulins, *op. cit.*, art. 1^{er} *in fine*.

93. C. LOYSEAU, *Du Droit des Offices*, *op. cit.*, liv. II, chap. III, n° 43.

l'aliénation⁹⁴, car le roi conserve un lien perpétuel avec le bien aliéné ; c'est « une manière d'usufruit »⁹⁵. Guy Coquille souligne de son côté que si la souveraineté est inaliénable, tel n'est pas le cas du domaine utile qui est aliénable, « pourvu que la directe seigneurie, la souveraineté et le ressort demeurent au Roy »⁹⁶. Enfin, Cardin Le Bret écrit que « ce n'est pas proprement aliéner que de bailler ces choses-là à cens et rente ; car en ce faisant le plus avantageux tiltre de la Seigneurie demeure toujours en la main du Roy, qui est le domaine direct »⁹⁷. Ainsi, après avoir fixé le cadre des aliénations, le souverain les met en œuvre ; par cette « nouvelle invention », selon Loyseau, presque tout le domaine de France est aliéné en moins de trente ans⁹⁸. Mais le pouvoir royal souhaite encore accroître la liste des biens susceptibles d'être vendus⁹⁹.

Six ans après la promulgation du premier édit de Moulins, les lettres patentes de Blois du 18 avril 1572 posent une présomption simple : toutes les rivières navigables font partie du domaine de la Couronne s'il n'y a titre contraire¹⁰⁰. Le pouvoir royal consacre ainsi par la loi une pratique qui a été plusieurs fois expérimentée : les résultats bénéfiques permettent ainsi d'en étendre la portée¹⁰¹. En conséquence, Raoul Moreau, trésorier de France, et Jean Lefèvre, général des finances, assistés du procureur au trésor, sont commis pour rechercher et relever les « entreprises » faites sur les îles, atterrissements et assablissements de la Seine, de l'Yonne, de la Marne, et la Loire, de la Garonne et de la Dordogne. Ils sont, ensuite, chargés de les bailler à ferme ou à cens et rentes « ainsi

94. Non seulement le monarque confère au preneur une « situation inexpugnable », mais en outre, il conserve le domaine éminent par la rétention du cens (voir L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *Les petits domaines...*, *op. cit.*, pp. 41-42 ; sur l'aliénation, voir pp. 21-23).

95. C. LOYSEAU, *Du Droit des Offices...*, *op. cit.*, liv. IV, chap. IX, n° 25.

96. G. COQUILLE, *Institution au Droit François*, Paris, A. L'Angelier, 1607, « Du droict de Royauté », pp. 8-9. Dans le même sens, voir R. CHOPPIN, *Traité du Domaine...*, *op. cit.*, liv. II, tit. I, n° 6, p. 174.

97. C. LE BRET, *De la Souveraineté...*, *op. cit.*, liv. III, chap. I, p. 175.

98. L'édit de Moulins a « ouvert une autre voye, pour aliéner le Domaine, à sçavoir de le vendre à faculté de rachat, pour la nécessité des guerres » (C. LOYSEAU, *Du Droit des Offices*, *op. cit.*, liv. II, chap. I, n° 44).

99. Le second édit de Moulins de février 1556 se situe également dans cette perspective – avec quelques particularités – ; voir L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *Les petits domaines...*, *op. cit.*, pp. 36 et *passim*. Pour le texte du second édit de Moulins : A. FONTANON, *Les Edicts...*, *op. cit.*, t. II, liv. II, tit. VIII, n° XIII p. 364.

100. C'est la relation faite dans le préambule de la déclaration de Boulogne du 7 juillet 1572 sur les atterrissements et les îles des rivières navigables et flottables : F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XIV, pp. 252-254, p. 253. Le texte est repris par J. BACQUET, *Traité des Droicts de Justice*, *op. cit.*, chap. XXX, n° 7, p. 265.

101. Sur les pratiques qui reçoivent une consécration législative, voir A. RIGAUDIÈRE, « Loi et État dans la France du bas Moyen Âge », *L'État moderne : le droit, l'espace et les formes de l'État*, Paris, CNRS, 1990, pp. 33-59 (repris in *Penser et construire l'État...*, *op. cit.*, pp. 181-208), pp. 49 et s.

qu'ils verront être utile pour nos affaires »¹⁰². Cependant, le texte n'est pas enregistré par les Parlements¹⁰³. Moins de trois mois plus tard, le souverain prend la déclaration de Boulogne le 7 juillet 1572. Le texte réaffirme que les fleuves « de disposition de droit » appartiennent au domaine de la Couronne à défaut d'un titre contraire, puis ordonne le recensement de l'ensemble des îles et atterrissements¹⁰⁴. À l'instar des procédures de réformation du domaine de la Couronne¹⁰⁵, les détenteurs d'îles et atterrissements doivent exhiber aux commissaires les titres¹⁰⁶, sous peine de saisie réelle et de concession par bail du revenu¹⁰⁷. À nouveau, le pouvoir ne fait nullement mystère des revenus qu'il souhaite percevoir grâce à ces opérations¹⁰⁸.

Toutefois, les dispositions législatives ne sont pas, là aussi, reçues sans réserve. Passe encore que le droit romain, qui adjuge l'île à celui qui possède les terres les plus proches de la rivière, ne soit pas suivi¹⁰⁹ ; Choppin et Bacquet désapprouvent que les agents royaux puissent faire

102. Déclaration de Boulogne de 1572, *op. cit.*, p. 253.

103. Les Cours ont-elles été réticentes, comme une partie de la doctrine (voir *infra*), à l'intégration des choses publiques au domaine de la Couronne ?

104. Déclaration de Boulogne de 1572, *op. cit.*, p. 253. Le texte n'est enregistré par le parlement de Paris que le 30 octobre 1572. L'article 1^{er} vise « toutes les îles et atterrissemens vagues ou non, en quelque nature qu'ils soient, comme en prés, saulsoyes, pastis ou autre labour qui se trouvent, de présent, tant ez grands fleuves et rivières de cestuy de nostre royaume, terres et pays de nostre obéissance, même ez dessus nommés et autres qui fluent et descendent en icelles rivières, seront veuz et recongneuz sur les lieux [...] » (*Ibid.*).

105. Tel que cela est rappelé notamment par l'article 6 du premier édit de Moulins, *op. cit.*

106. « Les détenteurs appelés à certains et compétens jours, selon la distance desdits lieux, [...] [mettront] par devers nosdits commissaires les tiltres et enseignemens, par vertu desquels ils prétendent lesdites îles et atterrissemens leur appartenir » (Déclaration de 1572, art. 1^{er} *in fine*, *op. cit.*, p. 253). Voir aussi J. BACQUET, *Traité des Droits de Justice*, *op. cit.*, chap. xxx, n° 20, p. 270.

107. « À défaut (sans autre itératif commandement) procéder à la saisie réelle et faire bail du revenu sous notre nom au plus offrant et dernier enchérisseur » (Déclaration de 1572, art. 2, *op. cit.*, p. 253).

108. En cas d'opposition aux saisies, l'article 2 prévoit que les titres des droits prétendus seront étudiés avec quatre ou cinq conseillers de la chambre du trésor. Ces conseillers devront, aux termes de l'article 3, assister les commissaires qui rendront des jugements exécutoires nonobstant l'appel interjeté au parlement (*Ibid.*, pp. 253-254).

109. R. CHOPPIN, *Traité du Domaine...*, *op. cit.*, liv. I, tit. xv, n° 2, p. 161 ; Choppin renvoie, à ce sujet, au chapitre 88 du livre II de l'*Histoire naturelle* de Pline l'Ancien : « Des îles qui apparaissent à la surface de l'eau ». Voir *Gai. Inst.* 2, 70 et s. ; D. 41, 1, 7, 3-4. Si Bacquet partage la position de Choppin, il précise cependant que le droit romain s'applique lorsque l'atterrissement fait par alluvion est en dehors des fleuves publics et rivières navigables – « *incrementum alluvione factum non sit in alveo fluminis, sed ultra alveum* » – : « il appartiendra à celui à l'héritage duquel l'accroissement aura été fait ». Le roi ou, le cas échéant, le seigneur haut justicier ne pourra prétendre « que droit de Justice ou de censive, si elle leur appartient » (J. BACQUET, *Traité des Droits de Justice*, *op. cit.*, chap. xxx, n° 8, p. 265). Sur le sujet, voir aussi W. G. VEGTING, *Domaine public et rex extra commercium. Étude historique du droit romain, français et néerlandais*, Alphen aan den Rijn - Paris, N. Samsom n.v. / Sirey, 1950, pp. 49-50.

perdre la détention de ces îles aux particuliers qui allèguent la possession immémoriale de cent ans¹¹⁰. Si Bacquet reconnaît que la déclaration de 1572 a été prise afin d'assurer « l'augmentation du domaine de la Couronne de France »¹¹¹, il dénonce surtout la pratique des grands maîtres et des maîtres particuliers des eaux et forêts. Ceux-ci s'arrogent le droit de bailler aux enchères, à titre de cens et rente, les atterrissements et assablissements découverts au cours de leurs chevauchées et visites ordinaires. Le juriconsulte soutient que ces baux sont nuls car non seulement leur confection relève de la compétence des trésoriers de France¹¹², mais, en outre, ces contrats sont conclus à perpétuité. Avocat du roi en la chambre du trésor, Bacquet défend conjointement les prérogatives de la juridiction dont il est membre et le régime domanial¹¹³ – auquel il assimile les atterrissements¹¹⁴. Il rappelle que toute concession – par les trésoriers ou les gens des comptes – ne peut excéder neuf ans, au risque de contenir « en soy alienation »¹¹⁵. Le bail à cens emporte en effet « translocation de seigneurie utile »¹¹⁶ ; or, une telle aliénation, si elle doit avoir lieu, doit être autorisée par lettres patentes vérifiées par le parlement¹¹⁷.

L'intégration par le monarque des fleuves navigables au domaine de la Couronne favorise des influences réciproques : assimilés progressivement au second, les premiers bénéficient du régime juridique des

110. R. CHOPPIN, *Traité du Domaine...*, *op. cit.*, liv. I, tit. xv, n° 2, p. 161. Pour le cas des péages, voir J. BACQUET, *Traité des Droits de Justice*, *op. cit.*, chap. xxx, n° 23, pp. 270-271.

111. *Ibid.*, chap. xxx, n° 7, p. 265.

112. Sur les relations entre les trésoriers de France et les eaux et forêts, voir J.-P. CHARMEIL, *Les trésoriers de France à l'époque de la Fronde. Contribution à l'histoire de l'administration financière sous l'Ancien Régime*, Paris, A. et J. Picard, 1964, pp. 438-440 ; sur leurs compétences domaniales, voir pp. 185 et s.

113. Comme en témoigne l'*Establissement de la Chambre du Thresor*, in J. BACQUET, *Œuvres...*, *op. cit.*, t. I, pp. 177-189. Bacquet y explique les raisons pour lesquelles chambre du trésor « signifie autant » que chambre du domaine (*Ibid.*, n° 4-7 et 9, p. 178). La chambre « recherchant ce qui a esté entrepris et usurpé par les Seigneurs du Royaume et autres personnes, tant sur le domaine du Roy, que droits appartenans à sa Majesté » exerce, en conséquence, sa *jurisdiction* sur les atterrissements (*Ibid.*, n° 23, p. 180).

114. Bacquet développe longuement les modalités d'adjudication : J. BACQUET, *Traité des Droits de Justice*, *op. cit.*, chap. xxx, n° 9, pp. 265-269.

115. *Ibid.*, n° 10, p. 269 ; l'auteur précise le fondement juridique et les conditions, puis mentionne l'arrêt du parlement de Paris du 27 juin 1544 (n° 11-13, p. 269). Dans le même sens, voir R. CHOPPIN, *Traité du Domaine...*, *op. cit.*, liv. III, chap. xv, n° 4, p. 479.

116. *Ibid.*, n° 10, p. 270.

117. *Ibid.* La déclaration du 10 mai 1579 confirme l'attribution de la connaissance des affaires du domaine de la Couronne au parlement de Paris (F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XIV, pp. 378-380). Il est probable que le texte fût pris à la suite d'un édit de 1578 portant création de procureurs et sollicitateurs du domaine dans chaque bailliage : René Choppin en fait état en précisant que le parlement de Paris, par arrêt du 9 septembre 1578, les jugea « tout à fait inutiles et superflus » – car les procureurs ordinaires du roi étaient « plus que suffisans » – et les déclara, en conséquence, « sujets à cassation » (R. CHOPPIN, *Traité du Domaine...*, *op. cit.*, liv. II, tit. xv, n° 14, p. 340). L'édit n'a vraisemblablement pas été enregistré.

res publicae. Toutefois, cette nouvelle entité à vocation unitaire – pré-figuration d'un « domaine public » – conserve la distinction des biens en fonction de leur origine. L'inaliénabilité du domaine s'entend sans réserve pour les biens par nature¹¹⁸ – au point d'être assimilée à l'indisponibilité –, ce qui n'empêche pas que leurs revenus et fruits tombent dans les caisses royales. En revanche, le renforcement de la protection du domaine permet paradoxalement l'aliénation partielle et provisoire des biens par affectation. Le pouvoir se livre ainsi à la vente effrénée du domaine. Cependant, la pratique royale et les évolutions qu'elle entraîne partagent la doctrine : le rapprochement des choses publiques avec le domaine de la Couronne peut-il remettre en cause l'indisponibilité des fleuves navigables ?

III. LES RÉFLEXIONS DOCTRINALES SUR LA PRATIQUE ROYALE

Avec la progression de la souveraineté monarchique, la question des rapports entre la garde des *res publicae* et l'administration du domaine de la Couronne interroge les juristes. Certains relèvent – voire révèlent implicitement – qu'un ensemble hétérogène placé sous la *jurisdiction* monarchique se forme peu à peu. René Choppin écrit que les rivières ne sont « point appelées Royales, pour estre seulement affectées au Domaine du Roy ; mais aussi d'autant que les Rois et Monarques en ont pris la garde, defence et intendance »¹¹⁹. Bacquet affirme que les fleuves publics et les rivières navigables font partie du domaine de la Couronne et que le roi y exerce sa *jurisdiction*¹²⁰, conformément au droit commun et suivant une « prétenduë usance »¹²¹. Louis Le Caron ajoute que lorsqu'une rivière navigable appartient « non au Roy en domaine », mais à un seigneur particulier ou une communauté, elle est toujours placée sous la « protection » et « souveraineté » du monarque : les officiers

118. Sur l'« idéologie » de la notion de domaine public naturel, voir F. MYNARD, *Droit domanial...*, *op. cit.*, p. 627 : « La collusion de la raison géométrique, de l'absolutisme et de la théologie au tournant des XVI^e et XVII^e siècles apparaît aux origines de la notion de “bien domanial par nature”, et de la notion de “domaine public fluvial naturel” liée au critère de navigabilité ».

119. R. CHOPPIN, *Traité du Domaine...*, *op. cit.*, liv. I, tit. XV, n° 3, p. 161 ; voir *De Domanio Franciæ...*, *op. cit.*, liv. I, chap. XVI, n° 1-3, pp. 133-135.

120. J. BACQUET, *Traité des Droits de Justice*, *op. cit.*, chap. XXX, n° 7 et 2, p. 265. L'auteur se demandait si ces choses appartenaient « ou bien au Roy, ou au haut-Justicier, ou au Seigneur Feodal, ou bien aux propriétaires de prez, terres et autres heritages adjacens, proches et contigus des rivières ». Cependant, les seigneurs peuvent être, le cas échéant, titulaires, dans leurs hautes-justices ou leurs fiefs d'un « droict és rivières » et d'un droit de péage (*Ibid.*, n° 3 et 21, pp. 265 et 270).

121. *Ibid.*, n° 3 et 4, p. 265.

royaux rendent ainsi « la justice, pour l'exécution et conservation des ordonnances sur le fait des eaues »¹²². C'est encore ce qu'explique Cardin Le Bret, à la fin du règne de Louis XIII, lorsqu'il défend le droit suprême du roi, représentant l'intérêt public, sur les choses publiques¹²³. Certes, reconnaît-il, l'ancienne opinion admettait que celui qui était propriétaire et qui détenait une juridiction sur les rivages des fleuves, pouvait étendre ce droit jusqu'au milieu de l'eau¹²⁴. Mais ce temps est désormais révolu : les fleuves navigables dépendent désormais de la *jurisdiction* royale quand bien même ils traversent les terres des seigneurs¹²⁵, des particuliers et des villes. Désormais, la justice n'a plus « rien de commun avec la propriété du Fleuve »¹²⁶.

Si la question d'un domaine qualifié de public se trouve ainsi posée, son contenu fait débat. Lorsque le procureur général du parlement de Paris Jacques de La Guesle emploie l'expression « domaine public »¹²⁷, il relaie la vocation extensive du domaine de la Couronne : le parlementaire souhaite intégrer aux biens de la Couronne le domaine privé du nouveau roi Henri IV. Ses remontrances du 29 juillet 1591 se prononcent farouchement contre l'enregistrement de la déclaration royale du 13 avril 1590 qui distinguait le patrimoine privé du monarque du domaine de la Couronne¹²⁸. Une telle analyse est loin d'être partagée par la doctrine : si

122. L. LE CARON, *Memorables observations...*, *op. cit.*, v° « Eaues et Forests », pp. 290-291.

123. Si Le Bret relate les « grandes commoditez » que le public reçoit des fleuves et rivières publiques – voies de communication, facilitation du commerce... –, il insiste sur ce qui les rend « plus recommandables au public » : la plupart servent de frontières aux royaumes et de bornes aux provinces » ; c'est la raison pour laquelle ils ont été placés sous « la particulière protection des Roys » qui y exercent « la pleine seigneurie » (C. LE BRET, *De la Souveraineté...*, *op. cit.*, liv. II, chap. xv, pp. 151-152).

124. C. LE BRET, *De la Souveraineté...*, *op. cit.*, liv. II, chap. xv, p. 152, qui renvoie à « ceux dont parle Masuer, au tiltre de *Iudicibus* » (*Ibid.*).

125. Le Bret relate une affaire tranchée au Conseil qui écarte les avis d'Angelus et de Bartole. Il s'agissait, en l'espèce, d'un placet présenté par quelques seigneurs afin que le roi leur reconnaisse la propriété d'une île qui s'était formée dans la Garonne. Comme les requérants possédaient les terres voisines, ils alléguaient la « la loy premiere, §. *si insula, ff. de fluminibus* qui porte, *si insula in publico flumine nata fuerit ; ejus crit, cujus ripam continget : aut si in medio alveo, nata est ; ebrum est, qui prope utrasque ripas, possident* ». En outre, ils prétendaient que, victimes des inondations causées par ce fleuve, il était raisonnable que les îles et atterrissements qui s'y formaient leur fussent adjugés conformément à « cette maxime du Jurisconsulte, *in l. 1. §. fin. ff. de aqua et aqua flu. Arcenda, ad quem aque incommodum defluit, ad eum pinguedo terre decurrat* ». Cependant, le Conseil estima que l'île appartenait au roi car elle s'était formée dans un fleuve qui appartenait au domaine (*Ibid.*, liv. II, chap. xv, pp. 151-153).

126. *Ibid.*, liv. II, chap. xv, p. 153.

127. L'expression, en français, est synonyme de « domaine de la Couronne » ; voir par exemple J. BODIN, *Les Six livres...*, *op. cit.*, t. VI, liv. VI, chap. II, pp. 38 et s.

128. Jacques de La Guesle parle, à plusieurs reprises, du « domaine public » ou du « domaine public et royal ». Il soutient que « la France ne reconnoist qu'un seul Domaine et d'une seule sorte ; à sçavoir le public de la Couronne : elle ne sçait que c'est du Domaine privé. Au moins sont-ils tellement joints et unis ensemble, et de fait et de nom, tout au contraire de ce qui a esté dit de

Choppin s'y oppose¹²⁹, Le Bret y est plutôt favorable¹³⁰. Mais, malgré sa conception « intégrante », La Guesle ne précise rien sur les choses publiques : leur union au domaine n'est pas spontanément reconnue par tous les jurisconsultes ; une partie de la doctrine défend toujours la distinction matérielle et systématise l'autonomie des deux ensembles. La réflexion la plus aboutie sur la question se trouve dans le *Traité des Seigneuries* de Charles Loyseau¹³¹. L'auteur entreprend d'approfondir les traités des domanistes qui l'ont immédiatement précédé¹³². Il distingue nettement deux sortes de droits détenus par le roi : ceux provenant du domaine de la Couronne¹³³ et ceux issus de la souveraineté¹³⁴. Si la « vraie propriété » des choses publiques n'appartient pas aux rois parce

Rome, qu'ils ne se peuvent separer ny disjoindre ». Ainsi, « le Domaine public attire, joint, et unist avec soy le domaine particulier, qui est escheu aux Roys, beaucoup plus que la calamite n'attire le fer : car c'est un meslange indissoluble du tout en tout, comme de deux liqueurs espendues dans un mesme vase » (J. DE LA GUESLE, « Remonstrances n° III », *Les Remonstrances de Messire Jacques de La Guesle...*, Paris, P. Chevalier, 1611, pp. 92-213, pp. 99-100 et 114). François de Paule de Lagarde, au XVIII^e siècle, s'étonne que La Guesle ait interprété le premier édit de Moulins de 1566 « d'une maniere à favoriser son opinion d'un seul Domaine absorbant tout, duquel [ce texte] ne parle pas » (F. DE P. DE LAGARDE, *Traité historique de la Souveraineté du Roi et des Droits en dépendans...*, Paris, Durand, 1754, 2 vol., t. I, chap. I, n° XII, p. 27).

129. Sur le refus de Choppin d'unir le patrimoine privé d'Henri IV au domaine de la Couronne, voir F. OLIVIER-MARTIN, « La réunion de la Basse-Navarre à la couronne de France », *Anuario de historia del Derecho español*, vol. 9, 1932, pp. 249-289, pp. 264-265.

130. Le Bret considère qu'en France, « le bien du Roy, et celuy de la Couronne, ne font plus qu'un seul corps, et une seule masse » (C. LE BRET, *De la Souveraineté...*, *op. cit.*, liv. III, chap. I, p. 175).

131. Sur l'œuvre de Loyseau et, en particulier, son *Traité des seigneuries*, voir : J. LELONG, *La vie et les œuvres de Charles Loyseau (1564-1627)*, Thèse, Droit, Paris, LGDJ, 1909, spécialement pp. 121 et s. ; S. MASTELLONE, *Venalità e machiavellismo in Francia (1572-1610). All'origine della mentalità politica borghese*, Florence, L. S. Olschki, 1972, chap. XII, « La meditazione politica del giurista Charles Loyseau », pp. 211-231 ; B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Charles Loyseau (1564-1627), théoricien de la puissance publique*, Paris, Économica, 1977, spécialement pp. 164 et s., et 205 et s. ; H. A. LLOYD, « The Political Thought of Charles Loyseau (1564-1627) », *European Studies Review*, vol. 11, 1981, pp. 53-82, notamment pp. 54 et 75 ; R. DESCIMON, « Les paradoxes d'un juge seigneurial. Charles Loyseau (1564-1627) », *Les Cahiers du Centre de recherches historiques*, n° 27, *Officiers « moyens » (II)*, 2001, notamment n° 9 ; voir aussi du même : « Dignité contre vénalité. L'œuvre de Charles Loyseau (1564-1627) entre science du droit et science des saints », *Historische Anstöße. Festschrift für Wolfgang Reinhard zum 65. Geburtstag am 10. April 2002*, sous la dir. de P. BURSCHEL, M. HÄBERLEIN, V. REINHARDT, W.E.J. WEBER et R. WENDT, Berlin, Akademie Verlag, 2002, pp. 326-338, spécialement pp. 330-334 ; « L'écriture du jurisconsulte Charles Loyseau (1564-1627) : un modèle d'action rhétorique au temps d'Henri IV ? », *L'Écriture des juristes, XVI^e-XVIII^e siècle*, sous la dir. de L. GIAVARINI, Paris, Classiques Garnier, 2010, pp. 277-294, notamment p. 290.

132. Au sujet des « droits utiles des Souverainetez », Loyseau considère que « bien que Choppin et Bacquet en ayent fait de gros livres, si n'ont-ils pas encore tout dit » (C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, *op. cit.*, chap. III, n° 76).

133. Ce sont des « droits domaniaux qui appartiennent au Prince à cause de son Domaine, c'est à dire à cause des terres et Seigneuries appartenantes à l'Etat » (*Ibid.*).

134. Il s'agit des droits qui appartiennent au roi « à cause de sa Souveraineté », c'est-à-dire les impôts – les « aydes et subsides » – qui sont soit accordés « volontairement par les peuples », soit exigés « pour les necessitez ». Mais Loyseau écarte les « levées extraordinaires de deniers » qu'il ne considère pas comme de « vrais droits » (*Ibid.*).

qu'elles ne font pas partie de son domaine, en revanche le monarque y détient une *jurisdiction*, y exerce une protection « non comme icelles estans de son domaine, mais comme luy estant gardien et conservateur du bien public »¹³⁵. Loyseau reconnaît, à l'instar de ses prédécesseurs et contemporains, la qualité de gardien au roi ; cependant, il ne place pas les choses publiques dans le domaine.

C'est par le biais de l'analyse de la seigneurie que le juriste précise sa pensée. Traduction de *dominium*, le terme seigneurie renvoie à une maîtrise, une puissance qui varie selon qu'elle est publique ou privée¹³⁶. Loyseau définit la seigneurie publique comme « l'autorité et direction par voye de Justice »¹³⁷, « la garde principale »¹³⁸, « la superintendance de la Police generale »¹³⁹ ; ce « commandement ou puissance publique » ne peut être exercé que par des personnes publiques¹⁴⁰. L'auteur explicite ce qu'il entend : ce « n'est qu'un droit intellectuel, et une autorité qu'on a sur les personnes libres »¹⁴¹. Ce droit ne s'exerce que sur les personnes et non sur les choses¹⁴² ; s'il « s'étend sur les choses, c'est indirectement, et à cause de la personne, à qui elles appartiennent »¹⁴³. Il semble que Loyseau opère ainsi un déplacement de l'objet vers le sujet : la seigneurie publique, personne morale, possède des droits et une autorité qui lui sont inhérents et qu'une personne physique exerce en son nom. Les propos révèlent une proximité avec la pensée

135. *Ibid.*, chap. IX, n° 75.

136. *Ibid.*, chap. I, n° 26. Le terme seigneurie est pris ici non pas « au sens objectif de terre, mais dans celui, subjectif, de domination, de puissance sur les choses et les personnes » (L. PFISTER, « Domaine, propriété, droit de propriété. Notes sur l'évolution du vocabulaire du droit français des biens », *Revue générale de droit*, vol. 38, 2008, pp. 303-338, spécialement n° 19, p. 319). Le rapprochement avec l'acception romaine est flagrant. L'autre sens de *dominium* est domaine ; cependant, le mot « tend à se spécialiser au cours des derniers siècles de l'Ancien Régime » dans le sens de « biens de l'État » (*Ibid.*, n° 32, pp. 329-330).

137. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, *op. cit.*, chap. III, n° 84. Également : « Comme la Seigneurie privée n'induit point de puissance publique, aussi la Seigneurie publique, qui consiste en la Justice, n'attribue aucune Seigneurie privée, et ne diminue aucunement la liberté parfaite du subject ou justiciable, au contraire l'augmente et la conserve » (*Ibid.*, chap. I, n° 34).

138. *Ibid.*, chap. IX, n° 76.

139. *Ibid.*, n° 77. Dans la première édition du *Traité des Seigneuries* (1608), il était écrit : « la superintendance et Police generale d'iceux ». Pour un exemple (les poids et mesures), voir le chap. IX, n° 32.

140. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, *op. cit.*, chap. I, n° 27, qui parle également de « superiorité ». Sur la notion de puissance publique, voir B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Charles Loyseau...*, *op. cit.*, pp. 109 et s.

141. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, *op. cit.*, « Avant-propos », n° 1.

142. Ce droit a « lieu directement, et principalement sur les personnes, qui sont capables de recevoir le commandement, et non sur les choses inanimées » (*Ibid.*, chap. I, n° 85).

143. « Comme quand on saisit les meubles d'un débiteur, qu'on confisque les biens d'un condamné » (*Ibid.*). Loyseau soutient ensuite, contre Bodin, que les Romains n'avaient pas connu la seigneurie publique (*Ibid.*, n° 86-88).

d'Hugues Doneau¹⁴⁴ : c'est « la nature propre, privée ou publique, des titulaires des facultés qui s'exercent sur elles » qui en font des choses publiques, et non la nature même de ces choses ni encore leur utilité¹⁴⁵. Loyseau s'en distingue toutefois par l'importance qu'il accorde à la nature de certains biens¹⁴⁶.

Si, pour l'auteur, la prospection de la notion de seigneurie publique¹⁴⁷ affermit le pouvoir – de justice et de police – du seigneur, il permet aussi, paradoxalement, de contrecarrer à la fois les prétentions féodales, et surtout les arguments actuels des « feudistes » qui œuvrent à l'extension démesurée des droits royaux. Afin d'exposer et de défendre sa position, Loyseau se réfère fréquemment à l'histoire. Il dénonce les appropriations – à la suite d'usurpations¹⁴⁸ – de la puissance publique par les seigneurs. La « justice publique » a ainsi été laissée « en propriété aux particuliers »¹⁴⁹, ce qui a entraîné une maîtrise sur les choses réservées à l'usage commun et notamment sur les eaux qui s'écoulent dans la seigneurie. Certes, Loyseau ne cherche pas à abolir les justices seigneuriales : il souhaite au contraire établir une collaboration avec les justices royales¹⁵⁰. Mais ce qu'il écrit sur les anciennes pratiques des

144. Loyseau a-t-il connu l'œuvre de Doneau († 1591) qui publie les premiers livres de ses *Commentarii de iure civili* en 1589 à Francfort-sur-le-Main ? Pour ce juriste, les personnes morales, à l'instar des personnes physiques, détiennent des droits inhérents à leur personne, les *jura sua in persona*, et d'autres exercés sur les choses extérieures, les *jura in rebus externis*. Si les premiers comprennent ce qui garantit la pérennité de la personne publique – notamment la police des choses publiques –, les seconds regroupent ce qui lui procure ses moyens d'action – spécialement le domaine et le fisc (voir J.-L. THIREAU, « Le droit public dans la doctrine française du XVI^e et du début du XVII^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 25-26, 2005-2006, pp. 73-93, pp. 91-92). Voir aussi, sur ce point, P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 67-68.

145. J.-L. THIREAU, « Le droit public dans la doctrine française... », *op. cit.*, p. 92.

146. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, *op. cit.*, chap. III, n° 81.

147. C'est vraisemblablement la raison pour laquelle l'auteur n'emploie pas l'expression « droit public » dans le *Traité des Seigneuries*, à la différence de ses autres écrits (voir : B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Charles Loyseau...*, *op. cit.*, p. 90, n. 3 ; J.-L. THIREAU, « Le droit public dans la doctrine française... », *op. cit.*, p. 78).

148. Loyseau le mentionne dès le début de son œuvre (C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, *op. cit.*, « Avant-propos », n° 1) et le répète plusieurs fois. Il est cependant contestable de considérer que les justices seigneuriales aient été pratiquement toutes usurpées ; sur la question, voir R. VILLERS, *Questions sur la justice dans l'ancienne France*, Paris, Les cours de droit, 1963-1964, pp. 86 et s. Toutefois, c'est à partir de ses propres représentations de la féodalité que Loyseau construit son œuvre.

149. Les seigneurs ont usurpé « une espèce » de seigneurie publique, c'est-à-dire « une propriété de la puissance publique » (C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, *op. cit.*, chap. I, n° 81). Loyseau distingue deux degrés de seigneurie publique : celle qui « demeure inseparablement par devers l'Etat, nonobstant cette usurpation, que nous appellons *Souveraineté* » ; et celle qui a « été ainsi usurpée par les particuliers, pour laquelle exprimer il nous a fallu forger un mot exprès, et l'appeller *Suzeraineté*, mot qui est aussi estrange, comme ceste espèce de Seigneurie est absurde » (*Ibid.*, chap. I, n° 82, repris au chap. II, n° 4).

150. B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Charles Loyseau...*, *op. cit.*, pp. 209 et 217.

seigneurs doit être transposé aux « feudistes »¹⁵¹ qu'il appelle également les « fiscaux »¹⁵². Le choix du terme feudiste n'est pas anodin : il témoigne de l'assimilation des revendications fiscales aux pratiques féodales¹⁵³, et vise la constitution de Frédéric Barberousse *Quae sunt regalia* ou *de Regalibus* qui en est à l'origine. L'empereur s'y était vu confier la propriété des biens publics ou communs¹⁵⁴ : les voies publiques, les fleuves navigables, les ports, les mines métalliques

Une telle position a toujours été accueillie avec circonspection par une grande partie de la doctrine en France, qui préfère parler de protection plutôt que de propriété¹⁵⁵. C'est également l'opinion de Loyseau qui déplore que les feudistes postulent que « tout ce qui est public, ou qui n'appartient à personne, doit appartenir au Prince Souverain [...] par le moyen de [sa] Seigneurie universelle »¹⁵⁶. Ils soutiennent, à cet effet, que tout ce que les Romains qualifiaient de « *publicum quasi populicum* »¹⁵⁷ appartenait au peuple, détenteur de la souveraineté ; en conséquence, celle-ci, dans les États monarchiques, a été transférée au monarque qui en est désormais le propriétaire¹⁵⁸. C'est d'ailleurs ce que défend Bac-

151. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, op. cit., chap. III, n° 77. Lorsque Loyseau écrit, ce mot est récent : il est attesté en 1586 (*Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit., t. II, p. 1419). Le terme se trouve dans le chapitre III, qui traite des « Droits des Seigneuries souveraines » et expose la plus grande partie de la théorie domaniale de l'auteur.

152. « Je ne suis de ces fiscaux qui font accroire que tout ce qui est public, appartient au Roy » (C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, op. cit., chap. XII, n° 119).

153. Si, à l'origine, les adjectifs féodal et seigneurial sont clairement distincts, à l'époque moderne, les deux termes passent pour être synonymes.

154. En novembre 1158, l'empereur avait demandé, lors de la diète de Roncaglia, quels étaient les biens et prérogatives – les *jura regalia* – dont il avait la pleine disposition ; la réponse avait été donnée à la suite du débat entre les docteurs bolonais et de l'exploitation de la constitution *Omnia principis esse* (C. 7, 37, 3). Voir C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, op. cit., chap. I, n° 1-5 et chap. III, n° 77 : « Les Feudistes appellent ces droits *Regalia*, et les ont ramassés dans le Titre *Quae sunt Regalia...* ». Voir G. LEYTE, *Domaine et domanialité publique...*, op. cit., pp. 58-59 et 81-82. Voir aussi *Gli inizi del diritto pubblico. L'età di Federico Barbarossa : legislazione e scienza del diritto / Die Anfänge des öffentlichen Rechts. Gesetzgebung im Zeitalter Friedrich Barbarossas und das Gelehrte Recht*, éd. par G. DILCHER et D. QUAGLIONI, Bologne-Berlin, Il Mulino / Duncker & Humblot, 2007.

155. Dans cette perspective, on attribue à François Accurse († ca. 1260) d'avoir corrigé, dans sa *Grande Glose*, la Glose *Omnia principis* en substituant le « ad proprietatem » en « ad protectionem vel jurisdictionem » (M. BOULET-SAUTEL, « Sur la méthode de la Glose », *Annales d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n° 2, 1985, pp. 21-26 [repris in *Vivre au royaume de France*, Paris, PUF, 2010, pp. 65-70], p. 25). La liste des *regalia* fut reprise dans les *Libri Feudorum* (liv. II, tit. 56) dont Cujas donna, en 1556, la première édition critique (X. PRÉVOST, *Jacques Cujas (1522-1590). Jurisconsulte humaniste*, Genève, Droz, 2015, p. 109 ; voir aussi pp. 438-439). Voir également Pierre Jacobi et les références citées *supra* à la note 14.

156. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, op. cit., chap. III, n° 77 et 79.

157. Voir D. I, 1, 2, 1.

158. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, op. cit., chap. III, n° 78. L'auteur rapporte : « *cui populus omne jus suum transtulit*, dit la loi ». À partir du bas Moyen Âge, le roi est vu comme le successeur du *populus romanus*, et partant, de l'empereur romain à qui l'*imperium* avait été confié par le

quet pour qui « tout ce qui est destiné et délaissé à l'usage du public, est censé appartenir au Roy »¹⁵⁹. Grâce à cette homologie, les princes, à l'instar de l'empereur, se sont octroyé la propriété de la mer, des rivières navigables, des chemins, des champs, des rues, murailles et fossés des villes, et « généralement de toutes choses qui sont hors du commerce, et encore de ce qui entre en commerce, ils s'en sont voulu attribuer tout ce qui n'a point de Maistre »¹⁶⁰.

Ces revendications ont été naturellement contestées par les seigneurs justiciers, mais aussi par les communautés d'habitants¹⁶¹. Loyseau veut établir une *règle* entre les trois protagonistes¹⁶² – le roi, les seigneurs et les villes. Dans les villes, précise Bacquet, les juges royaux sont en conflit avec les juges seigneuriaux : les premiers revendiquent la connaissance exclusive de la police en avançant que les droits de justice et de police sont distincts¹⁶³. Au contraire, les seigneurs justiciers soutiennent que la police est « la première et principale partie » de la justice¹⁶⁴. Quelle est la position de Loyseau ? Bailli de Châteaudun, il est au service de Catherine de Gonzague, veuve du duc de Longueville ; c'est à elle qu'il dédie son livre – intitulé *des Seigneuries et justices* dans l'épître de la première

peuple en vertu de la *lex regia*. Sur cette loi et le pouvoir du roi, voir notamment : J. GAUDEMET, « La contribution des romanistes et des canonistes médiévaux à la théorie moderne de l'État », *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi*, Florence, L. S. Olschki, 1982, 2 vol., t. 1, pp. 1-36, p. 25 ; H. MOREL, « La place de la *lex regia* dans l'histoire des idées politiques », *Mélanges Henri Morel*, Aix-en-Provence, PUAM, 1989, pp. 379-390, spécialement pp. 385-387.

159. J. BACQUET, *Traité des Droits de Justice*, *op. cit.*, chap. XXX, n° 4. L'auteur justifie : « *Lege Regia omne imperium in Cæsarem translatum est, omnisque populi et plebis potestas in Principem translata, l. bene a Zenone* ».

160. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, *op. cit.*, chap. III, n° 79. Ainsi, « des cinq sortes de choses rapportées au Titre *De rerum divis.* ils s'en sont attribué communément les quatre, *nimirum communes, publicas, universitatis, et nullius*, et n'ont laissé aux particuliers, à sçavoir *res singulorum* » (*Ibid.*).

161. *Ibid.*, chap. III, n° 81.

162. *Ibid.*, n° 82. Loyseau défend le roi mais également les agents de la puissance publique : si les seigneurs sont « propriétaires de la puissance publique », les officiers en sont les « délégués » (B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Charles Loyseau...*, *op. cit.*, pp. 101, 164 et 180). Sur l'évolution de la situation politique des seigneurs justiciers depuis le bas Moyen Âge et la « concurrence des pouvoirs » avec le roi, voir A. RIGAUDIÈRE, « Les ordonnances de police... », *op. cit.*, pp. 117-123 (repris in *Penser et construire l'État...*, *op. cit.*, pp. 303-308). La question de la vénalité des offices et, spécialement, la vénalité légale mise en place par la « paulette » en 1604, ne sera pas évoquée ici. Loyseau avait été « révolté » par le droit annuel qui « conférait aux officiers une indépendance relative par rapport au patronage aristocratique » (R. DESCIMON, « Dignité contre vénalité... », *op. cit.*, p. 335, en renvoyant à J. RUSSELL MAJOR, *Bellèvre, Sully, and the Assembly of Notables of 1596*, Philadelphie, The American Philosophical Society, 1974, pp. 29-30, et R. MOUSNIER, *La vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, 2^e éd., Paris, PUF, 1971, pp. 599-600).

163. J. BACQUET, *Traité des Droits de Justice*, *op. cit.*, chap. XXVIII, n° 1-4, p. 254.

164. *Ibid.*, n° 7, pp. 254-255. Les seigneurs justiciers soutiennent que la seigneurie du lieu qui leur a été laissée, « attire et rejoint à soy la Seigneurie privée quand elle est vacante, et [à l'instar des choses publiques] n'appartient à aucun » (C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, *op. cit.*, chap. III, n° 81).

édition de 1608 – afin de « conserver les droicts de la plus antique de [ses] Seigneuries, et de la plus belle de [ses] justices »¹⁶⁵. Précisant que la seigneurie publique appartient au prince souverain « en Souveraineté », et au seigneur haut-justicier « en Justice primitive »¹⁶⁶, Loyseau explique que le second détient le premier degré de seigneurie publique, et particulièrement « la police ou justice ordinaire »¹⁶⁷. La justice de première instance, encadrée – et donc reconnue – par les ordonnances royales¹⁶⁸, se trouverait affermie par le droit de police défini comme le pouvoir pour le seigneur d'adopter des règlements – que Loyseau assimile aux édits romains¹⁶⁹ – pour tous les « citoyens » de son détroit¹⁷⁰.

Mais il semble que la notion de police se dissocie peu à peu de la notion de justice¹⁷¹. Le glissement est sensible lorsque Loyseau expose le droit de police : il martèle que cette fonction excède la puissance d'un simple juge qui ne peut que trancher un litige entre deux parties¹⁷². Cette conception se rapproche davantage de « la puissance du Prince » que de celle du juge, car ces règlements sont comme des lois¹⁷³. À la différence

165. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, éd. 1608, *op. cit.*, Épître dédicatoire. Entre le *Discours de l'abus des justices de village* (1603) et le *Traité des Seigneuries* (1608), l'analyse de Loyseau a « grandement évolué et en vient à légitimer une bonne part de la hiérarchie judiciaire seigneuriale telle qu'elle fonctionnait ». De surcroît, les « affaires temporelles, la carrière, l'environnement familial et social, ainsi que les engagements de clientèles de Loyseau, interdisent de prendre au pied de la lettre sa dénonciation des juges seigneuriaux » (R. DESCIMON, « Les paradoxes d'un juge seigneurial... », *op. cit.*, n° 7 et 32 ; voir aussi les n° 6, 9 et 12).

166. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, *op. cit.*, chap. III, n° 84.

167. *Ibid.*, chap. IX, n° 76. Ainsi, les grands chemins tendant à « la conservation et manutention d'iceux appartient aux juges ordinaires des lieux » (*Ibid.*). La « superintendance et Police generale d'iceux » appartient au roi seul (*Ibid.*, n° 77). Sur le pouvoir des seigneurs qui exercent la justice et la police, voir B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Charles Loyseau...*, *op. cit.*, pp. 205-206 et 222 et s.

168. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, *op. cit.*, chap. IX, n° 78. C'est ce qui est expliqué pour les chemins publics : l'auteur fait mention d'un édit de janvier 1572 (*Ibid.*, n° 14). Sur le sujet, voir J.-L. HAROUËL, « Les seigneurs et la voirie sous l'Ancien Régime », *Études sur l'ancienne France offertes en hommage à Michel Antoine*, sous la dir. de B. BARBICHE et Y.-M. BERCÉ, Paris, École nationale des Chartes, 2003, pp. 189-207, notamment p. 195.

169. Loyseau appelle également ces « réglemens politiques » « proclamations publiques » (C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, *op. cit.*, chap. IX, n° 6) ou « bans » (*Ibid.*, chap. VIII, n° 81).

170. *Ibid.*, chap. IX, n° 3 et 7. Les règlements sont pris par le prince sans postulation d'un demandeur, ni audition d'un défendeur (*Ibid.*).

171. Bien que les termes « justice » et « police » soient souvent associés, comme « détroit » et « territoire ». Sur ce glissement, outre P. NAPOLI, *Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société*, Paris, Éditions La Découverte, 2003, voir, du même, « Mesure de police. Une approche historico-conceptuelle à l'âge moderne », trad. A. FOSSIER, *Tracés*, n° 20, 2011, pp. 151-173.

172. *Ibid.*, chap. IX, n° 3.

173. *Ibid.* Ces règlements qui concernent la « menuë police qui doit estre réglée promptement et sommairement » (*Ibid.*, n° 13) sont pris « sous le bon plaisir du Roy, auquel seul appartient faire loix absolües et immuables » et qui peut, le cas échéant, les révoquer (*Ibid.*, chap. III, n° 12). Sur la différence entre la loi et le règlement, Loyseau distingue deux aspects : le premier est que « la loy est faite par le Souverain et le reglement par le Magistrat » ; le second est que « la loy est pour tous ceux de l'Estat et pour toujours, et le reglement n'est que pour ceux de la Jurisdiction du

du pouvoir législatif, le droit de police n'appartient pas uniquement au roi, mais également aux grands seigneurs, les barons de France, qui le détiennent « par droit de seigneurie propre et patrimoniale »¹⁷⁴. Ainsi, si un pouvoir de police autonome est reconnu aux seigneurs, c'est à la condition qu'ils délèguent leur droit de justice à un juge. Autrement dit, Loyseau reproduit au sein de la seigneurie le partage institutionnel du royaume : au roi la loi, au juge la justice. Il faut donc distinguer « soigneusement » le droit de faire les règlements politiques – « en quoy seul consiste le vray droit de Police »¹⁷⁵ – et leur exécution, ce qui comprend la connaissance des contraventions aux règlements, qui dépend uniquement de la justice ordinaire. La comparaison prise par Loyseau ne laisse aucun doute sur son interprétation : « Tout ainsi que faire les loix est un droit qui n'appartient qu'au Souverain, mais les executer et faire entretenir est de la charge des juges »¹⁷⁶. L'inobservation de la distinction entre la prise du règlement et son application génère, selon lui, un abondant contentieux¹⁷⁷. Dans cette logique, Loyseau déplore que les baillis aient été dépossédés de leur pouvoir de police au profit des prévôts et juges ordinaires des villes royales auparavant chargés de la seule « execution de la Police »¹⁷⁸. La mesure avait été prise par l'article 25 de l'édit de Crémieu de juin 1536¹⁷⁹. Cependant, Loyseau ne précise pas que le même édit, en son article 20, avait également confié aux baillis l'appel des décisions rendues par les prévôts et les châtelains¹⁸⁰. Mais il

Magistrat » (*Ibid.*, n° 14). Sur les rapports entre les règlements, la police et les lois : *ibid.*, chap. ix, n° 7.

174. *Ibid.*, n° 12. Ces barons « l'ont avec plus de droit que les Juges Royaux, qui ne l'ayans que par Office, c'est-à-dire, n'en ayans que l'exercice comme Officiers, y peuvent estre prevenus par le Roy, ou par des Commissaires... » (*Ibid.*).

175. *Ibid.*, n° 45.

176. *Ibid.* De même, dans un ressort parlementaire, seul le parlement prend des règlements généraux et s'oppose ainsi à ce que les juridictions inférieures de son ressort « entreprennent de faire en leurs sieges des Reglemens particuliers sur le fait de la Justice ». Cependant, celles-ci peuvent prendre des règlements particuliers sur leur « style et forme de proceder ». Ces règlements de justice se distinguent des règlements de police qui nous intéressent ici (*Ibid.*, n° 8-9).

177. *Ibid.*, n° 46.

178. *Ibid.*

179. Loyseau avait mentionné cet édit au début du chapitre ix sur la police (au n° 12). L'article 25, en son premier alinéa, dispose : « Quant au fait de la police, voulons et entendons que nosdist prevosts y vaquent et entendent, et en ayent la première cognaissance, sans ce que nosdist baillifs, seneschaux, et autres juges présidiaux s'en entremettent, si ce n'est pas appel, chacun en son ressort » (F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XII, pp. 504-510, p. 509). Loyseau écrit justement que la mesure ne concerne que les prévôts et juges ordinaires des villes royales ; il en avait précisé les raisons dans le chapitre VIII du *Traité des Seigneuries* (C. LOYSEAU, *op. cit.*, chap. VIII, n° 61). En effet, la déclaration de Compiegne du 27 février 1537 – prise à la suite des remontrances parlementaires qui relayaient l'opposition seigneuriale – décide que l'édit de Crémieu ne s'applique pas aux juridictions seigneuriales (F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XII, pp. 533-535).

180. *Ibid.*, t. XII, p. 508. Voir aussi C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, *op. cit.*, chap. VIII, n° 75.

mentionne l'article 24 de l'ordonnance de Roussillon de janvier 1563¹⁸¹ qui réserve désormais un seul degré de juridiction en première instance dans une même communauté d'habitants ou dans une seigneurie¹⁸². En outre, et surtout, il relate les mesures prises par le pouvoir royal pour ordonner la police du royaume : ainsi, l'article 9 de l'édit de janvier 1572 demande aux seigneurs de « maintenir la police » en se conformant aux ordonnances et en « s'accommodans au plus près qu'ils pourront, aux réglemens des villes royales »¹⁸³. Six ans auparavant, l'ordonnance de Moulins de février 1566, dans le souci de « donner quelque ordre à la police des villes » décidait, en son article 71, que les administrateurs municipaux (maires, échevins) continueraient d'instruire les causes criminelles et de police, mais laisseraient dorénavant les instances civiles aux juges ordinaires ou aux hauts justiciers¹⁸⁴. L'ordre passe par le partage des fonctions.

Au sujet des communautés d'habitants, Loyseau relie d'emblée les termes police et ville ; les premiers mots du chapitre consacré au droit de la police évoquent son étymologie grecque : « Comme πόλις signifie la Cité, aussi πολιτεία, que nous disons Police, signifie le règlement de la Cité »¹⁸⁵. Au tournant du xvii^e siècle, le terme police prend une « coloration locale, voire municipale », un « sens urbain qu'on attribue d'habitude au mot grec »¹⁸⁶. Après avoir repris l'acception antique du terme, Loyseau aborde la classification romaine des choses : sont qualifiées de publiques les choses dont « l'usage en appartient à chacun du

181. Ordonnance sur la justice et la police du royaume additionnelle à celle d'Orléans : F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XIV, pp. 160-169. Loyseau date, par erreur, cette ordonnance de 1573 (C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, *op. cit.*, chap. VIII, n° 77).

182. Ordonnance de janvier 1563, *op. cit.*, t. XIV, 166.

183. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, *op. cit.*, chap. IX, n° 14. Loyseau évoque une ordonnance de 1572 (sans autre précision) sur la police des villes royales ; or, les termes employés sont en grande partie ceux de l'article 9 de l'édit de janvier 1572 qui, à la fois, défend le commerce à l'étranger et règle la police du royaume. Cet article 9 dispose que « pour le regard des sieurs hauts justiciers, leur enjoignons de donner ordre au règlement de police de leurs villes, terres et seigneuries, ainsi qu'ils cognoistront estre nécessaire pour le bien et commodité de leurs sujets conformément à nos ordonnances sur ce faites, et s'accommodant au plus près qu'il sera possible aux réglemens faits par les députez des sièges royaux » (F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. XIV, pp. 241-245, p. 245).

184. *Ibid.*, t. XIV, pp. 189-212, p. 208 ; voir aussi les mesures prises par l'article 72 : *ibid.*, pp. 208-209.

185. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, *op. cit.*, chap. IX, n° 1. Plus loin, il écrit que les règlements de police « concernent le ménagement commun de la cité » (*Ibid.*, n° 10).

186. M. BOULET-SAUTEL, « Police et administration en France à la fin de l'Ancien Régime. Observations terminologiques », sous la dir. de W. PARAVICINI et K. F. WERNER, *Histoire comparée de l'administration, iv^e-xviii^e siècles*, Munich, Artemis, 1980, pp. 47-51, p. 49.

peuple »¹⁸⁷. Le terme usage est récurrent dans son propos – à l’image des juristes romains – : non seulement les *res publicae* sont considérées comme inappropriables parce qu’elles sont affectées à un usage commun, mais en outre le patrimoine dans lequel elles entrent n’appartient à personne. C’est la raison pour laquelle ces choses sont appelées « publiques, comme qui diroit *peupliques* »¹⁸⁸. La définition des biens publics ne repose donc pas sur l’idée d’une propriété de la collectivité ou d’un titulaire distinct comme l’État ou la cité¹⁸⁹. La faculté d’user des *res publicae* fait partie de la qualité même de citoyen et ne peut être obstruée par quiconque¹⁹⁰. De même, leur disposition exclusive par un particulier est impossible¹⁹¹ car, explique Gaius, ces choses sans maître sont censées appartenir à la totalité des citoyens¹⁹². Loyseau évoque ainsi les choses dont l’usage est commun à tous les hommes : les *res publicae* « par un respect particulier ne sont attribuées à aucun »¹⁹³ ; « en un mot, ce qui est public n’appartient à aucun quant à la propriété, et quant à l’usage, il appartient à chacun particulier, pourvu que ce soit sans empeschement de l’usage commun »¹⁹⁴. En cela, le juriste se situe dans la droite ligne des romanistes du XVI^e siècle ; selon Jacques Cujas, les fleuves sont

187. Et ce, « non pas pour estre dependantes de la souveraineté du peuple (car la Seigneurie privée dont nous entendons parler, n’a point de coherence ny de correspondance à la publique, encore moins à la souveraine) » (C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries, op. cit.*, chap. III, n° 80). Pour les sources romaines : *Just. Inst.* 2, 1, 6 ; *D.* 1, 8, 6, 1.

188. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries, op. cit.*, chap. III, n° 84 ; voir aussi chap. IX, n° 75.

189. Voir Y. THOMAS, « L’indisponibilité de la liberté en droit romain », *Hypothèses*, n° 10, 2006 (2007), pp. 379-389, p. 384. « D’une certaine manière, le titulaire des choses publiques indisponibles n’était pas déterminable au-delà de la somme des citoyens eux-mêmes, et pourtant ce n’était pas à cette somme qu’ils appartenaient ». Ces choses étaient rattachées « à la pluralité des citoyens prise comme unité », *res universitatis* (*Ibid.*, p. 385). Voir aussi, du même : « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *Annales HSS*, 2002, pp. 1431-1462, notamment p. 1435 ; « La construction de l’unité civique. Choses publiques, choses communes, choses n’appartenant à personne et représentation », *La représentation dans la tradition du ius civile en Occident*, in *Mélanges de l’École française de Rome. Moyen Âge*, t. 114/1, 2002, pp. 7-39, pp. 10 et *passim*. Toutefois, la propriété de l’État sur les *res publicae* a été défendue : P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd. par F. SENN, Paris, A. Rousseau, 1929 (rééd. par J.-P. LÉVY, Paris, Dalloz, 2003), p. 262 ; W. G. VEGTING, *Domaine public...*, *op. cit.*, pp. 31 et 34, qui reconnaît cependant que parmi les auteurs qui admettent la propriété de l’État pour les choses publiques, certains la refusent pour les fleuves (p. 45).

190. Le préteur leur offrait sa protection (ULPIEN, *D.* 43, 8, 2, 5). Ainsi, « tout citoyen avait sur ces choses et ces lieux un droit attaché à ce qu’il y avait de public en sa personne – comme si chacun était porteur d’une double personnalité privée et politique, et qu’à ce second titre les choses de la cité lui étaient destinées comme à tous ses semblables, en quelque sorte par fonction » (Y. THOMAS, « L’indisponibilité de la liberté en droit romain », *op. cit.*, p. 386).

191. W. G. VEGTING, *Domaine public...*, *op. cit.*, p. 60.

192. « Quae publicae sunt nullius videntur in bonis esse ; ipsius enim universitatis esse credentur » (*Gai. Inst.* 2, 11) ; voir *Just. Inst.* 2, 2, *pr.*

193. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries, op. cit.*, chap. III, n° 84.

194. *Ibid.*, chap. XII, n° 119 ; ce qu’écrit l’auteur pour les choses publiques urbaines s’applique également pour les autres *res publicae in usu publico*.

propriété du *populus*, du peuple au sens institutionnel¹⁹⁵, afin que chacun en ait l'usage¹⁹⁶. C'est également ce que souligne Hugues Doneau : un tel usage fait partie de la nature même de la cité¹⁹⁷.

Interprétant la distinction romaine des choses qui se trouvent dans le patrimoine et celles qui en sont en dehors, Loyseau différencie les choses *in commercio* des choses *extra commercium*, c'est-à-dire selon qu'elles soient susceptibles ou non d'être aliénées. La *summa divisio* radicalise la classification romaine, ce qui amène le juriconsulte à identifier l'inappropriabilité des choses avec leur extra-commercialité. Une telle confusion n'est pas fortuite ; elle poursuit la distinction des médiévaux entre les choses publiques, communes à tous, et le domaine de la Couronne. Elle démontre également que les *res publicae* ne peuvent intégrer une propriété et être ainsi exploitées. Exclues de tout patrimoine, les *res publicae in usu publico* se trouvent hors commerce : ce sont des *res quarum commercium non sit*¹⁹⁸. Loyseau reprend, là aussi,

195. Bien que devenu *Res publica* par abstraction, le peuple est d'abord conçu comme une communauté de citoyens. *Populus* est « la représentation de la pluralité des citoyens en chair et en os », parce qu'il n'est « pas une entité abstraite, distincte des composantes (*cives*) » (V. MANNINO, « Le 'bien commun' : la fausse impasse du droit romain et du droit savant », *Repenser les biens communs*, sous la dir. de B. PARANCE et J. DE SAINT VICTOR, Paris, CNRS, 2014, pp. 35-50, p. 44). Ainsi, « *publicus* suppose la conscience d'un *populus* » (J. GAUDEMET, « *Dominium - imperium*. Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne », *Droits*, n° 22, 1995, pp. 3-17, p. 4).

196. « *Publica iuris gentium usu, proprietate autem publica sunt iuris civilis : nam fluminum et portuum proprietates est populi : nec omnibus aequae patet, ut rerum communium proprietates. [...] Igitur publica usu sunt communia, proprietate non item* » (J. CUJAS, « *Notae et scholia in lib. II Institutionum D. Justiniani PP. A.* », in *Jacobi Cujacii IC. Tolosatis Opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem...*, Prati, Frat. Giachetti, 13 vol., t. II, 1836, chap. I, n. 7, col. 756 ; c'est nous qui soulignons, comme dans les citations qui suivent). Sur l'analyse faite par Cujas, voir aussi J.-L. MESTRE, *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime. Le contentieux des communautés de Provence*, Paris, LGDJ, 1976, p. 203.

197. « *Loca civitatis publicis usibus deservientia sunt et ipsa ita civitatis : ut natura sua sine his civitas esse non possit. [...] Est usus quidem locorum publicorum ita publicus, ut sit singulorum, id est is, quo quilibet ex populo sibi, suoque iure privatim locis publicis uti possit, dum publicus usus eo facto non impediatur. [...] Ipsa loca sunt in iure et testate civitatis, ut possit civitas de his statuere, ut velit. Unde dicuntur haec privatorum quidem usibus deservire : sed iure civitatis [...], id est eo iure, quod est civitatis proprium, quod ipsa deinde civitas concedit omnibus civibus in rebus civitatis. [...] » (H. DONEAU, *Commentarii de iure civili*, in *Hugonis Donelli Iurisconsulti et Antecessoris Opera omnia*, éd. par O. HILLIGER, Lucques, J. Riccomini, 12 vol., t. I, 1762 [rééd. Goldbach, Keip Verlag, 1997], lib. II, cap. V, § 12, col. 213-214). « *Publicas hic accipimus, non quaecunque in usu iuris publicae appellantur : sed quas hic accipi et sententiae auctoris, et rectae divisioni conveniat. [...] Uno modo, quod sit populi quidem, sed patrimonio populi, non usu tantum, ut sint res fisci, ut civitatis publica, quae conducuntur a publicanis, ut vectigalia praedia [...]. Altero, quod est usu tantum populi : sed id dupliciter. Alias generaliter, quidquid est in usu publico, sive sit in usu omnium hominum, sive unius alicuius populi, aut plurium, sive etiam in civitatis unius alicuius tantum. [...] » (*Ibid.*, lib. IV, cap. II, § 2, col. 652).**

198. Voir : J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, n° 211, pp. 264-265 ; P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, Genève-Zurich-Bâle / Paris, Schulthess / LGDJ, 2008, n° 745, 750, 752 et 754, pp. 184-185.

la conception romaine originelle. Selon le jurisconsulte, il est sans objet de se demander à qui elles appartiennent¹⁹⁹ car elles sont, par leur nature, insusceptibles d'être appropriées. En recourant à l'impossibilité naturelle d'appropriation des biens publics²⁰⁰, Loyseau rend sa position objective et indiscutable ; « incapables de Seigneurie privée »²⁰¹, leur propriété ne peut revenir au seigneur justicier, au peuple ou encore au prince souverain²⁰². Mais afin de garantir l'usage de ces choses à chaque particulier, le roi y exerce une surveillance et le seigneur haut justicier la justice de première instance²⁰³.

Si les choses hors commerce sont inappropriables, tel n'est pas le cas des fruits et émoluments, « capables de commerce et Seigneurie privée »²⁰⁴. Cependant, dans le chapitre consacré aux « droits profitables des simples Seigneuries », Loyseau rappelle que celles-ci ne peuvent prétendre aux fruits des fleuves publics dont le roi, par voie législative, s'en est attribué la seigneurie et, par conséquent, les îles et atterrissements qui s'y sont formés²⁰⁵. En revanche, pour le produit de la pêche²⁰⁶, Loyseau refuse que le souverain et le seigneur primitif y prétendent : il préconise, au contraire, leur attribution aux villes et aux communautés – « comme deniers d'octroy » – pour servir à la réfection et l'entretien des choses dont ils proviennent²⁰⁷. C'est donc à nouveau une répartition des attributions sur les choses publiques que propose Loyseau afin de liquider une « ancienne querelle » entre les seigneurs des villes et les communautés

199. « Il ne faut point demander à qui appartiennent les choses qui sont hors commerce » (C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, op. cit., chap. III, n° 82).

200. Sur cet aspect, voir H. BARCKHAUSEN, « Étude sur la théorie générale du domaine public » (1^{er} article), *Revue du droit public*, t. 18, 1902, pp. 401-446, n° 14 et 16, pp. 408-411. L'auteur s'insurge contre l'affirmation qu'il est dans la nature des cours d'eau navigables de dépendre du domaine : « Si ces cours d'eau appartenaient nécessairement au prince, comment se fait-il qu'ils furent possédés, en tout ou partie, au Moyen Âge, par les grand vassaux ? » ; « Il semble que le mot de *nature* était pris comme synonyme d'*origine* ou plutôt d'*espèce* » (*Ibid.*, pp. 409 et 410).

201. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, op. cit., chap. III, n° 83.

202. *Ibid.*, n° 84. L'auteur répète que « l'usage en demeure à chacun, selon la qualité particulière de chacune » (*Ibid.* ; il l'a également affirmé au n° 80). Lorsque Loyseau évoque le peuple, fait-il allusion aux « communautés des peuples » (*Ibid.*, n° 80) ?

203. *Ibid.*, n° 84.

204. *Ibid.*, n° 86.

205. *Ibid.*, chap. XII, n° 120. Les rivières non navigables sont « *dominii privati* et appartiennent aux particuliers, et par conséquent au haut justicier à faute d'autre maistre ».

206. *Ibid.*, chap. III, n° 86.

207. *Ibid.*, n° 86-87. Loyseau évoque les « levées gués et fossés », « les fossez des villes, mesme des rentes ou amendes, qui proviennent des saillies, ou autres entreprises faites sur les ruës et chemins » (*Ibid.*, n° 86). Il rappelle que « ny le Roy ny le haut justicier n'ont droit de prendre tribut des saillies, abavents et autres sortes d'avances des maisons sur les ruës, mais comme j'ay dit au 3. chapitre, tels tributs ou redevances devroient estre laissées aux communautés des villes, comme deniers communs, pour [estre] employer à l'entretènement des ruës et pavez d'icelles » (*Ibid.*, ch. XII, n° 119).

d'habitants²⁰⁸ : si les premiers se chargent uniquement de la police, garde et manutention, les secondes sont tenues de leur entretien et réparation.

La pensée de Loyseau et son souci de distinguer nettement les sphères publique et privée permettent de saisir en creux les obstacles à la constitution d'un « domaine public ». Le juriste semble craindre que les *res publicae* fassent l'objet d'une appropriation par le pouvoir monarchique. Bien que son statut de monarchie ait pu justifier l'exclusivité de ses prétentions, les juristes ne se départissent pas de l'idée que le pouvoir reste indissociable du statut de propriétaire. Le constat témoigne de la difficulté de concevoir ou plus exactement d'appliquer les conséquences de l'idée que la Couronne soit véritablement autonome et détienne la propriété de son domaine. Celui-ci est encore perçu comme le « domaine du roi » – l'expression a encore largement cours –, c'est-à-dire la propriété du monarque. Le souverain conserve, dans son action politique, une marge de manœuvre réelle sur les biens du domaine. La pratique royale l'illustre à l'envi : en concédant son domaine – à l'instar des autres seigneurs –, le monarque agit plus comme un propriétaire que comme un gardien. Et la juxtaposition sur un même fond de diverses maîtrises facilite l'exploitation financière du domaine.

Certes, dans un tel cadre, les juristes insistent sur la condition juridique exonératoire du domaine de la Couronne. Cependant, deux facteurs semblent menacer la sécurité des aliénations. L'évolution de la propriété vers l'exclusivisme – tel qu'il est exposé au cours du XVI^e siècle²⁰⁹ – progresse. L'idée qu'il n'y ait qu'un seul propriétaire – le propriétaire utile²¹⁰ – fragilise la position du propriétaire éminent. De surcroît, la question de l'imprescriptibilité du domaine de la Couronne est largement discutée. Les juristes ne l'envisagent pas spontanément comme le corollaire de l'inaliénabilité et n'accordent pas unanimement le même régime à toutes les parties composant le domaine de la Couronne. Si Bertrand d'Argentré, s'inspirant du droit romain, défend la seule prescription quarantenaire²¹¹, René Choppin comme

208. *Ibid.*

209. Sur le sujet, voir X. PRÉVOST, « La renaissance du caractère exclusif de la propriété dans la doctrine humaniste », *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat*, sous la dir. de N. LAURENT-BONNE, N. POSE et V. SIMON, Paris, Mare & Martin, 2014, pp. 119-138.

210. Seule une minorité – et spécialement Cujas – choisit le propriétaire éminent.

211. B. D'ARGENTRÉ, *Commentarii...*, *op. cit.*, art. 266, chap. « De causis sumptis ex consideratione rei », n° 10, « De praescriptionibus rerum fiscalium in universum », col. 1098 : « quare jure civili verissima illa sententia regulam generalem et universalem quae tam in privatis quam publicis obtinet, hic quoque obtinere debere, ut quadraginta annis dommanialia omnia fundi, praedia, prescribantur ».

Jean Bacquet, à l'instar, notamment, de Guy Pape, appliquent un régime distinct aux différentes catégories de droits que détient le roi²¹². Seuls ceux qui sont compris dans « le droit de Regale », comme la prestation de foi et hommage, les impôts et les autres droits de souveraineté, sont incontestablement imprescriptibles²¹³. Une deuxième catégorie est composée de biens domaniaux et patrimoniaux de la Couronne. Si Bacquet assimile les « lieux publics » dans la première²¹⁴, Choppin les place dans l'une des espèces de la seconde sorte, mais les fait également échapper à la prescription²¹⁵. La divergence entre les deux auteurs montre à nouveau l'hésitation latente sur la situation des choses publiques par rapport au domaine de la Couronne. De surcroît, la position du roi sur la question était équivoque : une ordonnance de 1555, rendue en faveur des habitants du Dauphiné, avait admis qu'une prescription de cent ans puisse être opposée au fisc²¹⁶...

*

Témoin de la mutation du pouvoir monarchique et de l'essor législatif qui en est le corollaire, Charles Loyseau cherche à préciser le lien juridique entre les choses publiques et leur gardien, le roi. La pratique royale favorise une « proximité juridique » des *res publicae* avec le domaine de la Couronne. Alors que le statut des premières a fourni un modèle au régime juridique du second, les relations entre le roi et le domaine influencent l'action monarchique sur les choses publiques. La qualité de gardien attribuée au roi sur les deux entités a permis un rapprochement que le développement de la souveraineté a pu accélérer. Cependant, si Loyseau accepte l'accroissement des pouvoirs royaux, il ne les envisage pas pour autant sans limites et s'oppose à leur extension sur les choses publiques. Ce faisant, il distingue le droit de police de la justice civile

212. R. CHOPPIN, *Traité du Domaine...*, op. cit., liv. III, tit. IX, n° 5, pp. 432-433 ; J. BACQUET, *Des Droits du Domaine... concernant le Droit de Des-herence*, op. cit., chap. VII, n° 2, pp. 169-170. Les deux juristes renvoient aux décisions 416 de Gui Pape († 1477) et 263 de Nicolas Bohier (Bœrius † 1539).

213. R. CHOPPIN, *Traité du Domaine...*, op. cit., liv. III, tit. IX, n° 5, p. 432.

214. J. BACQUET, *Des Droits du Domaine... concernant le Droit de Des-herence*, op. cit., chap. VII, n° 3, p. 170.

215. R. CHOPPIN, *Traité du Domaine...*, op. cit., liv. III, tit. IX, n° 6, p. 433.

216. L'ordonnance avait été vérifiée par le parlement de Dauphiné le 14 août 1556. Certains juristes y virent alors une règle générale applicable à tout le royaume, alors que d'autres l'interprétaient comme une dérogation limitée à une seule province. Sur le sujet, voir D. DE SALVAING, *Traité de l'usage des fiefs et autres droits seigneuriaux...*, 3^e éd., Grenoble, A. Faure, 1731, liv. I, chap. XIV, pp. 125-131, avec la reproduction des lettres royaux. Sur la question de l'imprescriptibilité du domaine, voir X. GODIN, *Réformer le domaine de la Couronne en Bretagne...*, op. cit., pp. 105 et s.

et le répartit entre le roi et les seigneurs hauts justiciers²¹⁷ : alors que la police générale ressort du premier, les seconds exercent la « menuë police » sur les choses publiques de sa seigneurie²¹⁸. Parallèlement, Loyseau appelle une collaboration entre les justices royales et les justices seigneuriales – composées exclusivement de juristes. Le juriconsulte envisage également une répartition de la police entre le pouvoir central et les villes. Si le développement urbain depuis la fin de la guerre de Cent ans repose la question des relations entre les communautés d'habitants et le roi, il offre également une autre évolution. À partir du bas Moyen Âge, deux patrimoines sont distingués au sein des villes : les biens publics et le patrimoine de la cité²¹⁹. Alors que cette dualité domaniale est reprise et précisée par Cujas, Doneau voit dans la cité « le pouvoir central et réel » et l'usage public de ces choses « comme une faculté attribuée aux citoyens par la *civitas* »²²⁰. L'apport de ce dernier est fondamental : à la différence des médiévaux qui lient le caractère public à la destination ou l'affectation d'une chose au public, Doneau le fait dépendre de l'*appartenance* à une personne publique. Cette conception se rapproche du droit romain classique, exposé notamment par Gaius dans ses *Institutes*²²¹. Surtout, l'analyse relègue la finalité et consacre les linéaments du futur critère organique. Si Charles Loyseau se montre soucieux de délimiter les caractères public et privé de la seigneurie, il refuse néanmoins toute appropriation des *res publicae*. Cependant, derrière une opposition ferme, il est possible d'apporter une nuance et de proposer ce que

217. Loyseau parle d'une « forte contradiction [*i.e.* opposition] » entre les deux (C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, *op. cit.*, chap. III, n° 81).

218. *Ibid.*, chap. IX, n° 13. Pour une illustration de la mutation de la seigneurie à cette époque, voir M. BOULET-SAUTEL, « Survivances et transformations d'une seigneurie médiévale au début du XVI^e siècle », *Le Moyen Âge*, 1949, pp. 103-126, repris dans *Vivre au royaume de France*, *op. cit.*, pp. 629-643. L'auteur fait état d'un droit du seigneur qui « finit par n'être plus qu'un pouvoir abstrait de surveillance, un pouvoir de police ». Désormais, ce n'est plus son intérêt privé que le seigneur défend, mais « l'intérêt général de toute la seigneurie qu'il représente » ; « le droit de police du seigneur devait trouver un champ d'application plus vaste que ne lui conférerait son droit domaniale » (*Ibid.*, p. 635). Ainsi, au XVI^e siècle, « la notion d'autorité publique s'est reconstituée autour du concept de haute justice : insensiblement son champ d'application s'élargit, englobant d'abord la justice, puis la police. Sur ces deux plans le droit du seigneur est devenu un pouvoir. Le seigneur fieffé s'est effacé devant le haut justicier » (*Ibid.*, p. 636).

219. G. LEYTE, *Domaine et domanialité publique...*, *op. cit.*, pp. 219 et s. Pour Jacobi, qui se réfère à Azon, les biens doivent « être publics dès lors qu'ils servent l'utilité publique ou qu'ils sont affectés à l'utilité commune. Ce critère se veut absolu et c'est de lui seul – *utilitas publica* – que va dépendre la nature publique ou privée » (A. RIGAUDIÈRE, « État, pouvoir et administration... », *op. cit.*, pp. 415-416). Voir aussi A. LEVASSEUR, *Droit de l'urbanisme et domaine de la ville médiévale*, Thèse, Droit, Paris II, 2008, ainsi que la contribution dans le présent recueil.

220. J.-L. THIREAU, « Le droit public dans la doctrine française... », *op. cit.*, p. 92.

221. « Quae publicae sunt nullius uidentur in bonis esse ; ipsius enim uniuersitatis esse creduntur » (*Gai. Inst.*, 2, 11). En 1585, Cujas publie la reconstitution des *Institutes* de Gaius : son édition fait autorité jusqu'à la découverte en 1816 du palimpseste de Vérone.

Loyseau désirait voir mettre en œuvre. Le juriste écrit, dans le chapitre III du *Traité des Seigneuries*, que « les communautés des peuples prétendent la plupart de ces choses, sinon en propriété, au moins quant à l'usage : soutenant qu'elles sont dites publiques : non pas pour être dépendantes de la souveraineté du peuple (car la Seigneurie privée dont nous entendons parler, n'a point de cohérence ni de correspondance à la publique, encore moins à la souveraine) mais parce que l'usage en appartient à chacun du peuple »²²². Il le répète dans le chapitre XII : « Ce qui est public n'appartient à aucun quant à la propriété, et quant à l'usage, il appartient à chacun particulier, pourvu que ce soit sans empêchement de l'usage commun »²²³. Il semble ainsi que plus qu'une question de propriété proprement dite, seul l'usage public importe²²⁴. Le juriste cherche par-là à donner le modèle urbain en exemple au pouvoir royal²²⁵. L'examen de la notion de police des *res publicae* à partir des eaux fluviales revêt ainsi une dimension plus large qu'une simple administration : une politique de la cité.

222. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, op. cit., chap. III, n° 80. Nous soulignons certains termes.

223. *Ibid.*, chap. XII, n° 119.

224. Ce qui peut poser quelques difficultés quant à la protection de ces biens. Sur la question, voir J.-L. MESTRE, *Un droit administratif...*, op. cit., pp. 222-224.

225. Voir ce que Paolo Napoli a pu écrire sur « comment gouverner le pays à l'exemple de la ville » (P. NAPOLI, « 'Police' : la conceptualisation d'un modèle juridico-politique... », op. cit., p. 151). L'auteur précise que Claude Fleury et Charles-Louis de Montesquieu « achèvent le processus d'identification amorcé par Loyseau » (*Ibid.*, p. 154). Sur Fleury : *ibid.*, pp. 155-156 ; F. HOARAU, *Claude Fleury (1640-1723) : la raison et l'histoire*, Thèse, Droit, Dijon, 2003, pp. 177-178.

CHAPITRE 5

L'eau prétexte à penser la police : Nicolas Delamare, le synthétiseur interrompu d'un moment de bascule

Yvon LE GALL

Professeur émérite de l'Université de Nantes

« Les magistrats chargés de veiller sur l'ordre public tels que le lieutenant criminel, le lieutenant civil, le lieutenant de police et tant d'autres, finissent presque toujours par avoir une opinion horrible de la société. Ils croient connaître les hommes et n'en connaissent que le rebut. On ne juge pas d'une ville par ses égouts et d'une maison par ses latrines. La plupart de ces magistrats me rappellent toujours le collège où les correcteurs ont une cabane auprès des commodités, et n'en sortent que pour donner le fouet »¹.

Si Chamfort avait fréquenté le *Traité de la police* de Delamare, il aurait constaté que l'on pouvait approcher la question de l'ordre public avec d'autres lunettes, et que les égouts n'étaient pas sans contribuer à la beauté des choses. Il est vrai qu'il avait eu la prudence de glisser la nuance du « presque ». En l'occurrence, ce « presque » n'est pas peu. Et si, selon une pente naturelle de la réflexion, l'on est tenté de lui donner raison, on sait bien – et lui aussi – que majorité n'emporte pas vérité. Il suffit de vagabonder dans les *Maximes et pensées* pour voir que Chamfort en était parfaitement conscient.

On pensera que c'est faire preuve de bien peu d'imagination que d'élire Delamare, dont la notoriété n'est plus à faire sur le sujet qui fait l'objet de cette rencontre, et ce malgré la tendance à considérer que son *Traité* est « une nouveauté par son existence même, mais non par sa matière », comme le pense Nicole Dyonet². Le commissaire du Châtelet

1. S.-R. N. DE CHAMFORT, *Maximes et pensées*, n° 245, Paris, Gallimard, 1970.

2. N. DYONET, « L'ordre public est-il l'objet de la police dans le *Traité* de Delamare ? », *Ordonner et partager la ville, XVII^e – XIX^e siècle*, sous la dir. de G. RIDEAU et P. SERNA, Rennes, PUR, coll.

n'a-t-il pas consacré la somme la plus considérable – bien qu'inachevée – à la Police, qu'il gratifie toujours de la majuscule ? C'est que notre propos n'a qu'une ambition des plus modestes. D'une certaine façon, Delamare est l'aboutissement d'un processus pluriséculaire au cours duquel la police a amorcé une mutation qui allait lui conférer une dimension supérieure – mais pour peu de temps, avant son annexion ultérieure par l'administration³ –, et capitale dans le système étatique moderne. C'est à ce titre que nous l'avons choisi, parce qu'il permet de faire le point sur le sujet, du moins pour la France, à un moment névralgique de sa longue histoire. Il est vrai que nous aurions pu élargir l'horizon à d'autres espaces, notamment le germanique, qui représente l'autre alternative de l'approche méthodologique de la matière⁴. Ainsi aurions-nous pu confronter l'empirisme français à la pente doctrinale germanique. Il faut reconnaître que les théoriciens du XVIII^e siècle d'au-delà du Rhin se sont intéressés à Delamare, tandis que leurs confrères français de la même époque ne leur ont pas rendu la politesse⁵. La limitation du contenu nous permettra d'entrer dans un minimum de détails. Il n'y aura rien qu'on ne sache dans ces quelques pages. La grande trajectoire française a été retracée d'une main assurée par Paolo Napoli, à qui nous emprunterons beaucoup⁶.

« Histoire », 2011, p. 55. N'est-ce pas donner un sens un peu trop drastique au mot « matière » ? L'auteur enfonce le clou en abordant le dernier paragraphe de son article. « Rien de bien neuf, écrit-elle. La nouveauté du *Traité* tient moins à son contenu qu'à la mise en système des lois de police » (*Ibid.*, p. 74). Serait-ce si peu ? Que dire de l'usage de l'utilisation conjointe des mots et des images, choisies avec « un soin extrême » par Delamare, comme le note Nicole Dyon et elle-même ? Images qui reprennent, en l'accentuant, le langage historico-allégorique de la Galerie des Glaces. L'auteur leur accorde quelques pages intéressantes.

3. P. NAPOLI, *Naissance de la police moderne. Pouvoirs, normes, société*, Paris, Éditions La Découverte, 2003, p. 170.

4. M. Stolleis lui a consacré une importante étude (*Histoire du droit public en Allemagne. La théorie du droit public impérial et science de la police 1600-1800*, Paris, PUF, coll. Fondements de la politique, 1998). C'est le premier des quatre volumes qui constituent son *Histoire du droit public en Allemagne*, parue en Allemagne entre 1988 et 2012.

5. Dans une lettre du 17 juin 1712 au Contrôleur général Desmarests, Delamare s'est d'ailleurs flatté du bon accueil fait en Europe aux deux premiers volumes de son *Traité*, voir A. M. DE BOISLISLE, « Nicolas Delamare et le *Traité de la police* », *Bulletin de la Société de l'histoire de Paris et de l'Île de France*, t. III, 1876, p. 81. Paolo Napoli précise que pour les caméralistes allemands de l'époque, la littérature française sur la police est une référence claire, mais circonscrite. Ainsi J. H. G. Justi revendique-t-il la supériorité de ses *Grundsätze der Policey-Wissenschaft* (1756) sur les littératures française et anglaise, dépourvues de construction doctrinale cohérente et ordonnée. Pour autant, il reconnaît avoir trouvé chez Delamare des éléments utiles et excellents (*Naissance de la police moderne...*, *op. cit.*, p. 271, n. 63 et p. 272). On peut donc s'étonner que M. Stolleis se borne à signaler une seule fois le nom et le *Traité* de Delamare, dans une note où il recense les traités de science de la police avant 1750 (*Histoire du droit public en Allemagne...*, *op. cit.*, p. 585, n. 105).

6. Pour l'historique de la police, nous utiliserons plus particulièrement P. NAPOLI, *Naissance de la police moderne...*, *op. cit.*, pp. 20-63.

Il n'est pas surprenant que le *Traité de la Police* de Nicolas Delamare ait vu le jour sous le règne de Louis XIV, un roi qui a tant fait pour la police, comme l'auteur le rappelle dans son *Épître au Roy*, qui ouvre le premier volume. Jusqu'alors on n'avait jamais dédié de traité à ce sujet. Ce dernier avait fait l'objet de recueils à la façon du *Livre des métiers* d'Etienne Boileau, qui ouvrait le premier sillon, de réflexions de quelques juristes notoires, comme Loyseau ou Domat, grand contemporain de Delamare, mais encore de quelques expressions législatives, comme l'ordonnance cabochienne de 1413, la vaste ordonnance sur la police du royaume donnée à Blois en 1579, dans le droit fil de la pensée de Michel de L'Hospital, ou quelques productions suscitées par Colbert. Parmi bien d'autres. Delamare allait faire son miel de tout cela, sans négliger un fonds occidental très ancien. L'ampleur de l'entreprise, très largement liée à la richesse de ce corpus, témoignait de la conscience de l'importance que le sujet avait atteint alors dans la pensée de ceux qui étaient attentifs au développement de l'État. Elle peut étonner si l'on se souvient que Delamare n'a jamais été gradué. Mais celui-ci, qui ne manquait pas pour autant de qualités intellectuelles, contrairement à ce qu'assène avec constance Paul-Martin Bondois⁷, a su tirer parti de la cinquantaine d'années qu'il a passées au sein d'une des plus importantes juridictions du royaume, le Châtelet de Paris. Il y a gravi les échelons successifs, qui l'ont conduit de commis aux scellés des saisies (aux environs de 1660), à commissaire-examineur (à partir de 1673), en passant par procureur (en 1668). Il y a toujours manifesté la plus grande diligence. Si une union judicieuse a contribué à son ascension, ce sont bien ses qualités personnelles, très largement reconnues, que ce soit par ses pairs, par ses supérieurs hiérarchiques – les lieutenants généraux de

7. Paul-Martin Bondois, auteur de la première étude considérée comme canonique sur Delamare, qualifie d'emblée le commissaire de « magistrat travailleur, mais d'esprit borné ». Plus loin, il réagit vigoureusement à l'analyse de Charles Musart dans son livre *La réglementation du commerce des grains en France au XVII^e siècle : la théorie de Delamare, étude économique* (1921). Rien de plus inexact que d'inscrire Delamare dans une telle démarche, selon Bondois, « car le commissaire était incapable de s'élever à une idée générale ». Et d'ajouter qu'il n'a « aucune méthode originale ». Plus loin encore, s'interrogeant sur la valeur que l'on peut donner à l'œuvre de ce compilateur acharné, Bondois lui reconnaît le mérite d'avoir beaucoup travaillé, de s'être « toujours documenté avec soin, mais sans intelligence ». Avant d'arriver au jugement final : « En réalité, il fut un policier consciencieux, d'esprit curieux, quoique borné, et ayant une assez vaste culture. Quoi qu'il en soit, son ouvrage reste une source importante pour tous ceux qui s'intéressent aux détails de l'histoire de l'Ancien Régime ». Donc un laborieux, à qui il est tout de même reconnu une vaste culture, probablement mal assimilée pour qu'il en ait fait un usage aussi médiocre sur le plan intellectuel. Bondois applique le même traitement à Lecler du Brillet, « s'en tenant à une érudition pédantesque ». Voir P.-M. BONDOIS, « Le commissaire Delamare et le *Traité de la police* », *Revue d'histoire moderne*, n° 19, 1935, pp. 313, 316 n. 2, 317, 318, 324. On se contentera de remarquer que l'auteur n'a donné qu'une vue superficielle de la démarche de Delamare.

police⁸ – ou par de puissants personnages, tel Colbert, quand ce n'est pas le roi, qui lui ont permis de faire une carrière peu commune⁹. Contrairement à ce qu'écrivit son continuateur Lecler du Brillet¹⁰, il n'est pas sûr que Delamare ait été démarché en 1677 par le Président de Lamoignon, peu avant sa disparition, pour entreprendre son *Traité*¹¹. Il a pu s'y atteler de sa propre initiative. Mais il est certain que la dimension quasi officielle prise par son travail au fil des ans lui a valu des soutiens précieux pour lui ouvrir les portes parfois étroites de certaines collections, privées et publiques¹². Mais la tâche était telle que les seuls trois premiers volumes ont été édités, de 1705 à 1719, avant la disparition de Delamare, en 1724. Le quatrième, sous la signature de Lecler du Brillet, contenant le livre VI, allait paraître en 1738¹³. Delamare en avait programmé douze. Le reste ne verra jamais le jour. Mais, en bonne méthode, dans la préface du tome premier, le commissaire avait présenté le déroulement de

8. Selon Nicole Dyonet, Delamare a été pour les deux lieutenants généraux qu'il a servis successivement « une sorte de 'documentaliste' capable de préparer les dossiers où sont défendues des fonctions et fondées des lois de police » (« L'ordre public est-il l'objet de la police dans le *Traité* de Delamare ? », *op. cit.*, p. 52).

9. Le mariage de Delamare, en 1670 ou 1671, l'a fait entrer dans une famille robine, qui était, à la différence de la sienne, indépendante du cadre de la seigneurie rurale et familiarisée avec Paris. Il lui a apporté une aisance appréciable, qui lui a permis d'acheter la charge de commissaire. Un an après son entrée en fonction, les autres commissaires lui confient les deux clés du coffre, la garde et la mise en ordre des archives, avant de le nommer syndic. Voir N. DYONET, « Le commissaire Delamare et son *Traité de la police (1639-1723)* », *Entre justice et justiciables : les auxiliaires de la justice du Moyen Âge au XX^e siècle*, sous la dir. de C. DOLAN, Sainte-Foy (Québec), Presses de l'Université Laval, coll. Intercultures, 2005, pp. 103-109. L'un des deux objectifs de l'auteur est de faire une mise au point de la biographie de Delamare.

10. Lecler du Brillet était procureur du roi en l'Amirauté, avant de devenir lieutenant général civil et criminel de la prévôté de l'Hôtel et grande prévôté de France.

11. *Ibid.*, p. 112.

12. A.-L. LECLER DU BRILLET, « Éloge de M. De La Mare », in N. DELAMARE, *Continuation du Traité de la police, contenant l'histoire de son établissement, les fonctions & les prérogatives de ses magistrats ; toutes les lois & les règlements qui la concernent*, t. IV, Paris, J.-F. Hérisant, 1738. Lecler du Brillet, qui était intervenu en appui de Delamare très âgé, avait pris en charge le tome IV du *Traité*, après la mort du maître. Il ne pouvait faire l'économie de cet *Éloge*, placé après la traditionnelle « épître au Roy ». Parmi les soutiens institutionnels dont Delamare a bénéficié se détachent les deux premiers lieutenants généraux de police, La Reynie et d'Argenson. Les papiers du commissaire autorisent à citer Colbert, Pontchartrain, Desmarets, Achille III de Harlay, d'Aguesseau et, sur le tard, Guillaume François Joly de Fleury. Voir Q. EPRON, « Nicolas Delamare et la culture juridique française des pré-Lumières », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2004, n° 24, p. 15.

13. Dans l'Avertissement qui suit l'Éloge, Lecler tient à souligner que ce tome IV est très largement son propre fruit. S'il a suivi le plan de Delamare et s'il s'est servi des références et des notes que celui-ci avait amassées, il dit s'être livré à un long travail d'assimilation. En effet, Delamare a laissé un véritable trésor de notes prises au cours de ses recherches. La BnF en possède pas moins de 263 volumes in folio, sans compter d'autres fonds (voir *Ibid.*, p. 10). Les trois volumes écrits par Delamare ont eu une fortune éditoriale plus grande que celui écrit par Lecler du Brillet. Les deux premiers volumes ont été réédités cinq fois entre 1705 et 1729, le troisième trois fois de 1719 à 1729. Le quatrième ne l'a jamais été (voir N. DYONET, « L'ordre public est-il l'objet de la police dans le *Traité* de Delamare ? », *op. cit.*, p. 49).

l'ensemble. Ce qui a été publié permet de juger du projet dans sa globalité¹⁴. Pour l'essentiel, nous dégagerons la philosophie qui guide l'auteur dans son approche de la police. Puis, à titre de préoccupation majeure, nous évoquerons la question de l'abondance, qui traverse tout le *Traité* et qui préoccupait tant, à juste titre, gouvernants et administrateurs.

I. UN EMPIRISME ORGANISATEUR

Un empirisme, avons-nous dit, à la suite de Paolo Napoli. Peut-on se permettre d'ajouter « organisateur », ce qui ne serait pas sans rappeler un théoricien tonitruant, à venir dans quelques siècles, de la monarchie, avec qui il n'est pas question de le confondre ? Il est clair que Delamare entend inscrire son discours dans une structure, qui répond à une philosophie. Selon Lecler du Brillet, « dans les compagnies où [Delamare] n'étoit point connu, on ne pouvoit découvrir s'il étoit Philosophe, ou Jurisconsulte, & encore moins la profession qu'il avoit embrassée ». Il n'était pas question pour lui de se limiter à un recueil uniquement factuel. Bien de son temps, Delamare se devait d'écrire une suite à la française, avec plus de mouvements qu'il n'en était préconisé en musique. Ainsi fallait-il définir la matière, en faire émerger l'intelligence, l'organiser, et dégager les moyens humains et techniques nécessaires à son existence. Tel n'était pas l'ordre du *Traité*, mais celui qu'il est possible de reconstituer sans forcer les choses.

A. Définir la matière

Est-ce parce que la chose est élémentaire que Delamare s'y arrête si peu ? Peut-être faut-il y voir un signe de la méthode. Le commissaire, qui avait constitué un joli corpus de textes législatifs et réglementaires, avait sous la main la formule lapidaire de l'édit de mars 1667 créant la lieutenance de police de Paris, selon laquelle la police « consiste à assurer le repos public et des particuliers, à purger la ville de ce qui peut causer des désordres, à procurer l'abondance et à faire vivre chacun selon sa condition et son devoir »¹⁵. L'épître au Roy apporte les premières pierres. Le commissaire y fait état du grand intérêt du souverain pour

14. Selon Quentin Epron, les contemporains ont eu le sentiment d'un travail parfaitement accompli, à défaut d'être achevé (« Nicolas Delamare et la culture juridique française des pré-Lumières », *op. cit.*, p. 19).

15. F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, Belin-Leprieur, 1829, t. XVIII, pp. 100-103.

« la Police, c'est-à-dire pour ce bel ordre duquel dépend le bonheur des États ». Il le loue de tout ce qu'il a fait pour procurer à ses sujets « outre tant d'autres avantages, une sécurité si heureuse et si universelle »¹⁶. Il y va d'un tableau tragique du royaume lors de l'arrivée du jeune roi aux affaires, où toutes les valeurs fondamentales (pudeur et décence dans les mœurs, point d'honneur dans les familles, bonne foi dans le commerce et dans les arts, religion) étaient malmenées, et où les troubles menaçaient « la douceur & la commodité de la vie ». Le travail de restauration dans ces domaines ne dépassait-il pas en grandeur « les hauts faits guerriers » ? Au-delà de la flagornerie habituelle dans ce genre d'exercice, Delamare proposait une sorte d'idéal-type du souverain, grand dans la guerre et immense dans la paix. La première note donnait la tonalité. La police est un outil pour l'harmonie du tout sur fond d'eudémonisme. Il n'y a rien là pour étonner en ce début du xviii^e siècle, qui allait accorder une faveur exceptionnelle à cette préoccupation. Mais il faut bien remarquer qu'il s'agit ici du bonheur des États, plus précisément du bonheur par l'État. Relevons quelques autres mots-clés inégalement attendus : sécurité, protection des valeurs fondamentales de la société, douceur et commodité de la vie.

À l'occasion de la préface du même tome premier, quelques autres formules complètent ou répètent. Delamare fait les deux quand il dit que l'« unique objet [de la police] consiste à conduire l'homme à la plus parfaite félicité dont il puisse jouir en cette vie », et qu'il ajoute immédiatement, que « ce bonheur de l'homme, comme chacun sçait, dépend de trois sortes de biens, les biens de l'âme, les biens du corps, & ceux que l'on appelle de la fortune ». Nous reviendrons sur cette déclinaison. C'est donc bien sous la bannière du bonheur-félicité et sous la houlette de la police qu'est placé l'essentiel de la vie des sujets. La police devient le moyen de cette emprise étatique. Delamare le dit de façon plus aimable que ne le faisait l'édit de 1667, qui entendait « faire vivre chacun selon sa condition et son devoir ». La formule avait un fort parfum d'injonction.

16. On ne sera pas étonné si, au détour de certaines pages, l'on constate que la situation n'était pas si brillante sous le règne de Louis le Grand. On se suffira de l'exemple des chevaliers du guet, qui n'est pas marginal. Delamare souligne la grande importance attachée depuis les Grecs à cette institution, qu'il était de tradition de mettre sous la responsabilité des « plus considérables dans chaque pays ». Pour décrire la situation parisienne, Delamare prend des précautions de plume. « Cette question de la Police est si importante que pour la perfectionner toujours de plus en plus le Parlement rendit un arrêt le 19 février 1691 ». Or, dès le début de cet arrêt, il est dit que les ordonnances et arrêts sur le sujet n'étaient pas exécutés (*Traité de la police, où l'on trouvera l'histoire de son établissement, les fonctions et les prérogatives de ses magistrats, toutes les lois et tous les règlements qui la concernent*, 2nde édition, Paris, Michel Brunet, 1722, t. I, I, 14, 2, p. 265. Les renvois sont faits avec cinq chiffres, qui réfèrent successivement au tome, au livre, au titre, au chapitre et à la page. Il n'y en a que quatre quand le titre n'est pas divisé en chapitres).

Delamare complète quand il signale que son projet était de composer avec la matière du « Droit public [...] une espèce de Code politique pour [son] usage particulier ». C'est une intention dont il n'avait pas le monopole, y compris dans sa compagnie. Il le fait mieux encore quand il précise, à la toute fin de la préface, que « comme cette portion importante de notre droit public [qu'est la police] consiste beaucoup plus en Gouvernement qu'en juridiction contentieuse, il est de sa nature de se proportionner toujours aux circonstances de temps ». Ce trait est fondamental, mais il n'est pas sûr qu'il le soit autant qu'il y paraît. Non sans nuance (« beaucoup plus », écrit-il), il déplace la police du côté du gouvernemental, tandis qu'elle avait été du côté de la justice pendant des siècles. Il se souvient, qu'un siècle plus tôt, Loyseau avait fait clairement cette distinction¹⁷. Le glissement encore inachevé chez Delamare a bien été perçu par les contemporains¹⁸. Par ailleurs, le commissaire sait bien que l'acception politique, qui remonte aux Anciens, était « équivoque » en étant passible d'une géométrie variable selon que l'on considérait le gouvernement général de tous les États (monarchie, aristocratie, démocratie ou régime mixte), le gouvernement de chaque État particulier (police ecclésiastique, police civile et police militaire), et, « ordinairement », l'ordre public de chaque ville¹⁹. C'est bien de cette dernière manière qu'il l'aborde dans le *Traité*. Il y donne une place très importante à Paris, à qui sont consacrés nombre de chapitres. Qu'il s'en justifie en disant que la capitale est le modèle à suivre partout ailleurs, comme il en avait été à Rome, ne change rien. Il n'est pas clairement dit que l'on passe du modèle de la ville au niveau étatique²⁰. Il y a aussi inachèvement si l'on admet l'observation de Paolo Napoli selon qui Delamare ne signale que rapidement et presque par hasard la distinction entre gouvernement et juridiction ; ce serait donc une constatation accidentelle, alors que les caméralistes allemands y allaient de véritables dissertations universitaires

17. C. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, Paris, L'Angelier, 1608, chap. IX, § 3, cité par P. NAPOLI, *Naissance de la police moderne...*, *op. cit.*, p. 32.

18. Dans son éloge de Delamare, Lecler du Brillet cite « un homme très éminent » pour qui le *Traité* de Delamare est approprié « non seulement à ceux qui sont chargés du détail de l'administration de la Justice, mais encore à tous ceux qui sont occupés des soins du Gouvernement & qui envisagent avec des vues supérieures tout ce qui peut contribuer à l'abondance, à la sûreté, & à la tranquillité de l'État ».

19. N. DELAMARE, *Traité de la police...*, *op. cit.*, t. I, l. 1, p. 2.

20. Nicole Dyonet remarque que les contemporains, habitués à la polysémie du mot police existant depuis longtemps, s'y reconnaissaient plus facilement que nous dans ce rapprochement (« L'ordre public est-il l'objet de la police dans le *Traité* de Delamare ? », *op. cit.*, p. 61). Elle ajoute que le récit historique, dont nous parlerons bientôt, « a pour conséquence de montrer qu'une bonne police générale conditionne une bonne police des villes », et que « la nouveauté du *Traité* réside dans le triomphe et la systématisation de la théorie des partisans d'une autorité royale qui se subordonne toutes les autres » (*Ibid.*, pp. 62-63). Cette « nouveauté » là ne touche-t-elle pas à la « matière ».

sur le sujet²¹. Or nous verrons que Delamare n'est pas ennemi des dissertations.

Il ne faut pas oublier non plus la fin de la définition de Delamare qui fonde la distinction des deux ordres : « [...] Il est de [la] nature [de la police] de se proportionner aux circonstances du temps ». Sans doute, là encore, Delamare n'y insiste-t-il pas assez. L'attention aux circonstances est effectivement un élément fondamental de la police. Paolo Napoli ne manque pas de rappeler que la raison d'État, qui fait florès au xvii^e siècle, a beaucoup contribué à l'avènement de ce que l'on pourrait appeler l'État de police, au sens de l'époque, il va sans dire²². Et cette notion est fort riche, puisqu'elle s'est exprimée selon trois axes, incarnés par les si différents G. Botero²³, G. Naudé²⁴ et P. Charron²⁵. Naudé et Charron fondent leur propos sur l'importance des circonstances, donc sur l'adaptabilité. Cela diversifie la palette normative. Tandis que la Loi (avec son L majestueux) s'inscrit dans l'abstraction, dans la stabilité et le temps long, souvent dans la répétition qui témoigne moins d'un défaut que de sa nature, le règlement relève de la singularité des situations, et donc de la variabilité. « [...] Attendu que ces règlements sont comme lois, & ordonnances particulières, qui aussi sont appelées proprement Édits », écrivait Loyseau dans le passage auquel nous avons renvoyé.

B. Faire émerger l'intelligence de la matière

Il serait sans intérêt pour Delamare de faire un recueil sec des textes concernant la police. Son projet est d'éclairer la discipline de façon à ce qu'elle soit gérée au mieux par tous ceux qui en ont la charge, tant

21. Ainsi Darjes (1763) développe-t-il cinq points par lesquels la police et la juridiction se distinguent : l'action de la justice est préservatrice, celle de la police constitutive ; la justice se suffit de moyens coercitifs, tandis que la police ne peut se contenter de mesures exclusivement contraignantes ; tandis que les peines de justice supposent des actions, celles qui sont appropriées à la police impliquent une conduite d'omission ; il y a des actions que les lois conseillent pour réaliser la justice, et qui n'apparaissent pas toujours prudentes du point de vue des objectifs de la police ; les lois qui poursuivent la justice doivent toujours être motivées, celles qui touchent à la police doivent plutôt rester dans la dimension de l'arcanes (P. NAPOLI, *Naissance de la police moderne...*, *op. cit.*, pp. 281-282).

22. *Ibid.*, pp. 38-44.

23. Il est regrettable qu'il n'y ait pas eu d'édition moderne en langue française avant 2014, quand on sait l'importance qu'a eue *De la raison d'État* (1589), très vite traduite en français (1599), mais ignorée par la suite par l'édition dans ce pays.

24. Nous ne sommes pas vraiment convaincus que ses *Considérations politiques sur les coups d'État*, parues confidentiellement à Rome en 1639, et superbement rééditées en 1988, aient trouvé le lectorat qu'elles méritent.

25. *De la Sagesse* (1601/1604) a été rééditée en français sans appareil critique, comme il est malheureusement de règle dans cette collection (Paris, Fayard, Corpus des Œuvres de philosophie en langue française, 1986).

en conception qu'en exécution. La clé se trouve dans l'histoire. « Ainsi, n'arrivant rien de nouveau sous le Ciel, selon le dire du Sage, c'est principalement dans les événements passez que nous pouvons puiser des règles de prudence, de conduite pour le présent, & pour l'avenir »²⁶. Ce n'est donc pas une pure volonté de se hausser du col qui conduit Delamare, en toutes occasions, à proposer d'importantes « dissertations » historiques, comme il aime les qualifier. Peut-être cela a-t-il généré un peu d'agacement du côté d'Edme de La Poix de Fréminville, le seul à reprendre le flambeau d'une entreprise globale en France au cours du XVIII^e siècle. Sa préface a pour objet de justifier son entreprise. Il ne peut faire l'économie d'une profonde révérence pour « toute l'érudition & la science qu'on peut désirer » délivrées par son grand prédécesseur. Le bémol vient bientôt. Ces dissertations ne sont-elles pas « plus curieuses qu'utiles dans la pratique » ? Par ailleurs, Delamare ne s'est-il pas focalisé sur les villes ? Sans parler du coût représenté par l'acquisition d'un tel ensemble. La Poix de Fréminville offre donc un ouvrage qui est plus un dictionnaire qu'un traité à l'intention des autorités de la ruralité, et qui est dans un format tout à fait raisonnable (un in-8 d'un seul volume)²⁷. Son interlocuteur constant est le procureur fiscal, qui, visiblement, n'a que faire de dissertations savantes. Le Delamare est approprié pour les villes et inadéquat pour les campagnes, où l'inculture juridique est d'un niveau atterrant et où les besoins sont urgents. Point n'est donc nécessaire aux procureurs fiscaux de méditations sur le passé de la police, dont il suffit de rappeler rapidement – parfois pas du tout – quelques éléments pour qu'ils comprennent la raison de l'item. En vérité, La Poix de Fréminville n'a pas saisi toute la portée que Delamare donnait à son *Traité*, qui devenait un véritable pilier du droit public par la façon dont il avait été conçu et par son existence même. Ce n'est pas la seule vanité qui l'a poussé à solliciter d'abord de Pontchartrain, puis de Desmarests, que des exemplaires en soient distribués dans tous les principaux sièges du royaume. En vain, pour des raisons assez proches de celles invoquées par La Poix de Fréminville²⁸.

26. N. DELAMARE, *Traité de la police...*, *op. cit.*, t. I, préface.

27. E. DE LA POIX DE FREMINVILLE, *Dictionnaire ou Traité de la police générale des villes, bourgs, paroisses, et seigneuries de la campagne* (1756), Paris, Chez les Associés aux privilèges des ouvrages de l'auteur, 1775, pp. III-VI.

28. Q. EPRON, « Nicolas Delamare et la culture juridique française des pré-Lumières », *op. cit.*, pp. 28-32. Pourtant, dans sa lettre à Desmarests du 22 juin 1713, Delamare signalait que sa démarche était appuyée par le procureur général, le premier président et les avocats généraux, et que « tous les juges des provinces le désir[ai]ent ».

Soit donc, chez Delamare, une large place à l'histoire qui permet de remonter « jusqu'aux principes » grâce aux origines²⁹. « L'on y découvre avec beaucoup de certitude [la] véritable nature [de la police], les raisons & les motifs qui lui ont donné lieu »³⁰. Remonter aux Grecs et plus encore aux Romains, grands maîtres du recours à la police et souvent non dépassés. Le match au sommet se joue entre Auguste et Louis le Grand. Mieux encore, remonter jusqu'aux Hébreux, à qui les Grecs sont redevables³¹, sans pour autant négliger ni les premiers temps du monde, ni les Égyptiens. Comme Delamare, Lecler du Brillet remonte bien volontiers aux précédents antiques, qui, pour lui, ont toujours une pertinence³².

Mais ce mode d'approche ne risque-t-il pas de générer du conservatisme, alors que la police a pour vocation à s'adapter aux circonstances,

29. Si Delamare s'inscrit dans la démarche historique héritée de l'humanisme juridique, s'il est bien contemporain des travaux des mauristes et de la grande entreprise menée, sous la direction d'Eusèbe de Laurière, d'un recueil des Ordonnances des Capétiens, il ne partage pas avec la valeureuse école humaniste le culte du document antique. Comme l'écrit Quentin Epron, dans son travail se produit « le passage de l'archive qui est vénérée pour son antiquité à l'archive qui exprime, en son autonomie de preuve écrite, le droit » (*Ibid.*, pp. 21-23). La démarche de Delamare n'aurait sans doute pas été recommandée par Pascal, pour qui il ne fallait surtout pas chercher à revenir aux origines des règles au prétexte qu'elles seraient plus pures (PASCAL, *Pensées*, 60 – 294, in *Œuvres complètes*, Paris, Seuil, coll. l'Intégrale, 1963, p. 507 ; le 1^{er} numéro est celui de la Copie 9203, le second, celui de l'édition Brunschvicg). Mais l'on sait qu'est largement partagé l'avis selon lequel le grand âge est une garantie de qualité. Les *Mémoires de Trévoux* approuvent le recours à la méthode historique par Delamare (voir N. DYONET, « L'ordre public est-il l'objet de la police dans le *Traité* de Delamare ? », *op. cit.*, p. 54). Le commissaire y trouve aussi un avantage pour sa compagnie, puisque cela lui permet de mettre les commissaires sous le haut patronage de Moïse lui-même. Pour ce travail de remontée aux sources les plus anciennes, le commissaire, qui n'avait aucune formation pour les décrypter, a su utiliser les meilleurs guides y parvenir. Ainsi recourt-il au *De re diplomatica* de Jean Mabillon, peu après sa parution, et bénéficie-t-il des conseils amicaux d'Étienne Baluze et de Charles Baudelot de Dairval (Q. EPRON, « Nicolas Delamare et la culture juridique française des pré-Lumières », *op. cit.*, pp. 16-17).

30. N. DELAMARE, *Traité de la police...*, *op. cit.*, t. 1, préface.

31. *Ibid.*, t. 1, 1, 1, pp. 2-3. Dans sa lettre précitée du 17 juin 1712 à Desmarests, Delamare est plus radical que dans le *Traité* quand il déclare qu'il « s'est principalement attaché à faire voir que, si l'on excepte les lois qu'il a tirés des Livres saints, combien les ordonnances de nos roys l'emportent en prudence et en sagesse, sur tout ce qui se trouve de plus parfait dans tous les autres États les mieux disciplinés ». Il ne nous semble pas que la révérence particulière pour les Livres sacrés soit de pure convention chez le très pieux commissaire, comme on va le voir en évoquant son système de classification.

32. Il le fait dans l'Avertissement du tome iv, en évoquant un sujet qui lui tient tant à cœur, les grands chemins, sur lequel nous aurons l'occasion de revenir. Ayant fait état des raisons qui ont fondé la politique des grands chemins romains, reprises par les rois, il conclut le propos sur ces observations : « On sent déjà de quelle importance il est de les avoir sous les yeux, pour bien connaître la matière, & pour en faire une juste application aux espèces des Chemins que nous avons en France, pour empêcher les propriétaires des héritages voisins d'entreprendre sur leur largeur, d'en rétrécir le passage, de les encombrer ou embarrasser, & pour connoître tout ce qui regarde leur construction, leur réparation, les fonds que l'on y employe, d'où ils proviennent, & la discipline que doivent observer les Entrepreneurs & les Ouvriers qui y travaillent ». Pour un peu, les particuliers dont il vient d'être question seraient invités à jeter un coup d'œil sur le *Traité* pour se pénétrer de la sagesse des mesures de l'autorité de police, et donc les mieux respecter.

comme si celles d'aujourd'hui avaient quasi nécessairement été affrontées par les Antiques ? Ni Delamare ni Leclerc ne semblent se poser la question. Au détour d'une question touchant à la police de la boucherie de Paris, Delamare déclare que « toutes les nouveutez en matière de Police & de Gouvernement sont à craindre », comme l'expérience l'a souvent vérifié³³. Ainsi en a-t-il été quand on a donné aux propriétaires des étaux de boucherie le droit de les louer. Ce qui est sûr pour Delamare, c'est que l'on doit montrer la plus grande prudence dans les interventions réglementaires. Et comme il est question d'eau dans cette rencontre, prenons l'exemple de la liberté de la pêche. Le principe est clair : « La pêche est une suite de cet empire absolu que Dieu a donné aux hommes dès la naissance du monde sur tous les animaux. [...] Ainsi, de droit divin³⁴, cet exercice doit être libre et commun aux hommes »³⁵. Donc liberté dans toutes les mers. Mais certains ont abusé de cette liberté en pêchant jusqu'au rivage au détriment des habitants, qui estimaient avoir une priorité, « du moins par les règles de convenance ». Les autorités ont donc dû intervenir. D'où cette maxime : « Ainsi, le droit naturel n'est pas toujours tellement inviolable que les Princes n'y puissent apporter quelques modifications toutes les fois qu'il s'agit du bien public, ou de l'utilité de leurs sujets ». On voit que la fenêtre d'intervention peut être large, dans la mesure où la notion d'utilité est élastique, pour ne pas parler de celle de bien public, et ce malgré la prudence verbale du « pas toujours tellement inviolable ». À cette occasion, le souverain apparaît comme protecteur de ses sujets contre des agressions économiques extérieures. Toutefois, Delamare ajoute que le prince ne doit agir qu'avec « beaucoup de circonspection », et ce parce qu'il lui semble que « l'Auteur de la nature »³⁶, jaloux de la distribution des biens qu'il a mis en commun entre les hommes, punit ceux qui la malmènent par trop. Exemples, parfois fantasques, à l'appui, et une conclusion explicative des causes un peu molle³⁷. Mais que les Français se rassurent, puisqu'ils ont les mers

33. N. DELAMARE, *Traité de la police, où l'on trouvera l'histoire de son établissement, les fonctions et les prérogatives de ses magistrats, toutes les lois et tous les règlements qui la concernent*, 2nde édition, Paris, Michel Brunet, 1722, t. II, v, 20, 4, p. 584.

34. Dès le début du *Traité*, Delamare avait rappelé que les lois de police étaient « puisées dans trois différentes sources qui ont chacune leur époque, & qui remplissent tout le sujet de ce traité. 1. Le droit divin naturel. 2. Le droit divin écrit. 3. Et le droit civil d'institution humaine » (*Traité de la police...*, *op. cit.*, t. I, I, 1, 2, p. 5).

35. N. DELAMARE, *Traité de la police, où l'on trouvera l'histoire de son établissement, les fonctions et les prérogatives de ses magistrats, toutes les lois et tous les règlements qui la concernent*, Paris, Michel Brunet, 1719, t. III, v, 25, 2, p. 33.

36. La périphrase se justifie par le fait que la remarque a été exprimée « même [par] des sçavans du Paganisme ».

37. « Que tous ces évènements extraordinaires aient été les productions fortuites de causes purement naturelles, comme quelques-uns l'ont pensé, ou, selon d'autres, des effets miraculeux de

les plus poissonneuses d'Europe, et que, grâce à l'autorité du roi, les pêcheurs « jouissent d'une pleine & entière liberté pour l'exercice de leur profession ». Voilà le bel exercice d'équilibriste. En cas de guerre avec ses voisins, le roi de France obtient souvent des « treves pêcheresses », et, si cela n'est pas possible, il fait profiter ses pêcheurs de l'égide de sa marine. Pour autant, Delamare n'en a pas fini avec la prudence. « Avec cette grande liberté de la pêche, écrit-il, l'on a pris néanmoins quelques précautions importantes qui ne la blessent en aucune manière, & qui n'y sont point incompatibles »³⁸. Toujours cette merveilleuse gymnastique : l'autorité intervient, mais le principe de liberté est totalement indemne. Mieux même, on pourrait dire que, grâce à l'intervention de la puissance publique, la liberté est devenue plus réelle et plus durable. Citons les quatre « précautions » fondant la police de la pêche : assurer la sûreté des côtes françaises (notamment méfiance à l'égard des pseudo-pêcheurs), celle de la navigation, la conservation de l'espèce (la régulation porte sur les mailles des filets et sur le calendrier de la pêche ; la même préoccupation sera exprimée quand il sera question de pêche en eaux douces), et la facilité pour les pêcheurs d'exercer leur profession (que les pêcheurs, qui « ne sont pas toujours les plus disciplinables » des gens de mer, ne se fassent pas tort les uns aux autres). Au fond, le législateur terrestre permet à la bienfaisance divine, qui désire que tous sur la planète aient accès aux richesses naturelles communes, de rester active. Ce désir ne serait-il pas vain si des mesures n'étaient prises pour la conservation des espèces³⁹ ?

C. Organiser la matière

Delamare entend donner une logique au développement de son traité et sans doute une formule qui en délivre une image frappant les esprits⁴⁰. La préface pose des jalons et le premier chapitre du livre I développe le sujet. Il nous suffit d'en rappeler les grandes lignes, dont nous avons déjà signalé les trois piliers, si nous pouvons nous permettre cette expression : biens de l'âme, biens du corps et fortune. Cet ordre, auquel l'auteur tient beaucoup, est dû à un renversement de celui des Grecs et des Romains, dont nous avons vu à quel point il les vénérât, à la suite de la christianisation de l'Occident⁴¹. Grecs et Romains avaient en effet une autre trinité

la colère du Ciel contre une avarice sordide [...] », écrit Delamare.

38. N. DELAMARE, *Traité de la police...*, *op. cit.*, t. III, v, 25, 2, p. 34.

39. Ce souci ne nous serait-il pas familier ?

40. Dans la logique de ce qui l'a poussé à réaliser son ouvrage, La Poix de Fréminville choisira la formule du dictionnaire, plus commode pour les procureurs fiscaux.

41. Le titre 1^{er} du livre II, consacré à la religion est très clair : « Que la Religion est le premier

organisant la matière : la conservation, la bonté et les agréments de la vie. Le recours aux Hébreux permettait une autre lecture, que Delamare présente de façon plus éclatée, puisque, signale-t-il, leurs lois de police pouvaient être rangées en dix « classes ou catégories » : la religion, les mœurs, les vivres, la santé, la sûreté, la voirie, le commerce, les arts, les pauvres et l'hospitalité. En fait, Delamare s'inspire de ces deux précédents pour organiser son traité. Ses trois piliers permettent, comme l'ont fait Grecs et Romains, de synthétiser le sujet. Il les reprend très largement, et souligne qu'il leur emprunte l'intérêt pour les agréments de la vie, sauf en ce qui concerne les jeux et les spectacles, trop marqués par leur paganisme. Les dix classes des Hébreux, un peu rallongées, sont la charpente de ses douze livres : de la police générale et de ses magistrats et officiers ; de la religion ; des mœurs ; de la santé ; des vivres ; de la voirie ; de la tranquillité ; des sciences et des arts libéraux ; du commerce ; des manufactures et des arts mécaniques ; des domestiques, serviteurs et manouvriers ; de la pauvreté. Delamare peine un peu à ramasser ces douze livres dans ses trois grandes enveloppes. Les livres 2 et 3 correspondent aux biens de l'âme ; les livres 4 à 7 à ceux du corps ; le livre 8 (sciences et arts libéraux) a une « classe à part » parce qu'on y trouve tous les biens que la police a pour objet ; les livres 9 et 10 sont liés à la fortune ; et les livres 11 et 12 sont oubliés dans cet exercice de regroupement. Quelques livres échappent donc à la synthèse. Le livre sur la pauvreté n'aurait-il pas pu voisiner avec le livre 8, présenté comme un carrefour de la matière ? Il est vrai qu'il est difficile de lui trouver un lien avec la fortune, si ce n'est pour ceux qui sont tombés en déchéance. On aurait aimé voir Delamare commenter les grands textes de Louis XIV sur les hôpitaux généraux. On peut s'étonner qu'il se flatte de ce que, depuis le christianisme, les souverains occidentaux se soucient « du soin & de la discipline des pauvres »⁴², puisqu'il avait reconnu que c'était l'un des pôles de la police des Hébreux. Il y aurait eu beaucoup à dire sur ce souci, que le commissaire n'aurait pas eu de mal à présenter sous son meilleur jour. Cela dit, il est facile de critiquer les imperfections de ses classements. Dans cette matière, il n'y a guère de sujets qui puissent être enfermés dans un périmètre hermétique. Le classement se fait par rapport

& le principal objet de la Police [...] ». Dans son *Éloge de Delamare*, Lecler du Brillet note que ses qualités intellectuelles et sociales sont accompagnées « d'un fond de vertu & d'une piété peu commune ». Remarquons que Delamare loue la « sagesse » de Louis XIV pour avoir révoqué l'édit de Nantes (N. DELAMARE, *Traité de la police...*, *op. cit.*, t. 1, II, 4, 5, p. 319). La Poix de Fréminville accordera lui aussi de la place à la religion. Mais, à bien des reprises il dénoncera des pratiques blâmables du clergé (v^{is} curé, prédicateurs, prône, et sépultures).

42. *Ibid.*, t. 1, I, 1, 1, p. 4.

à la dominante, et, à bien des reprises, Delamare se trouve conduit à dissocier les développements sur un même sujet.

D. Définir les qualités humaines nécessaires pour mettre en œuvre de la matière

On l'a compris, la police est l'un des fleurons de l'action gouvernementale. Elle est indispensable au bon fonctionnement de la société. Le ténor est placé haut. On dira que c'est la tendance de tout spécialiste à valoriser sa discipline. Comme toute activité humaine, elle ne peut atteindre ses objectifs que si elle est prise en charge par des agents qui ont des compétences appropriées, et qui agissent dans des structures adéquates. Delamare, qui a vu les choses fonctionner de près, en est évidemment conscient. N'intitule-t-il pas le livre 1^{er} « de la police en général & de ses magistrats & officiers » ? Ce sont ses propylées. Il propose une sorte de portrait-robot du magistrat de police et il met en avant le principe d'unité de direction nécessaire à l'action.

Ce portrait vient dans le titre xv « De l'obéissance dûe aux Magistrats ». Laissons la parole un peu longuement à Delamare : « Les magistrats doivent être semblables aux Loix qui punissent sans haine, sans colère & sans autre passion. Ils ne doivent pas même être touchés de compassion du pauvre lorsqu'ils examinent la justice de sa cause, mais uniquement conduits par l'équité. Le Magistrat doit être autant au-dessus du Peuple par ses bonnes mœurs, qu'il y est élevé en dignité [...] Cinq choses sont principalement nécessaires à un bon Magistrat pour s'acquitter dignement de son devoir. La Probité, la Doctrine, l'Expérience, l'amour de la Patrie et du Gouvernement présent, & qu'il soit lui-même content de son état [...] De là on conclut que comme la naissance, la richesse & l'étude disposent ordinairement à ce genre de qualitez, l'on doit préférer, autant qu'il est possible, dans le choix des Magistrats, les Nobles, les Riches ou les Philosophes ; mais toujours en rejeter ceux qui sont réputés vils, soit par leur naissance, soit par leur conduite passée [...] La pauvreté obscurcit l'esprit, abbat le cr, diminue l'autorité & tente la probité [...] Quiconque les méprise ou leur résiste, soit de fait, soit de parole, ou qui en médite en secret, s'attaque à Dieu lui-même qui les a établis »⁴³.

Nous sommes dans un exercice classique de la littérature politique et juridique. On cherchera en vain une touche caractérisant le magistrat

43. *Ibid.*, t. 1, 1, 15, pp. 276-277.

de police, qui, pour être un magistrat de deuxième ordre – il est non gradué –, est tout de même un magistrat, au sein du petit monde de la magistrature⁴⁴. Peut-être est-ce parce que, comme Delamare l'a dit, police et juridiction ne sont pas encore complètement détachées l'une de l'autre. D'évidence, ce portrait sent son juge, tel qu'on l'approche en majesté depuis longtemps. On remarquera, dans les cinq qualités requises, le mélange des préoccupations intellectuelles, morales et expérimentales. Nous sommes dans le domaine de l'élite accessible par trois voies (l'origine, la fortune, et la haute culture), et totalement inaccessible en cas de pauvreté. Les voies d'accès sont-elles pensées en termes hiérarchiques, comme cela a pu se faire antérieurement ?

Il ne suffit pas que les hommes soient de qualité. Il faut encore qu'ils soient en situation d'agir avec efficacité. Delamare est attaché à l'idée d'unité de direction dans l'organisation de la police. La Rome d'Auguste en offre la grande référence antique, qu'il ne peut s'empêcher de brandir dès son Epistre au Roy. La multiplicité, donc « une confusion terrible & des inconveniens continuels », sévissait avant qu'Auguste ne crée dans Rome un tribunal et un magistrat unique pour la police. Le détail du dispositif augustéen vient un peu plus loin, à l'occasion d'une « dissertation »⁴⁵. Auguste a commencé par la capitale pour servir de modèle à l'Empire. Comprenant qu'il fallait unifier la direction de la police, il a créé le préfet de la Ville à cet effet. Le préfet de l'annonne lui a été subordonné pour l'approvisionnement, tout comme l'a été le préfet du guet, chargé de coordonner les forces de sécurité, et comme le furent aussi toute une série de commissaires aux fonctions diverses (eaux, bâtiments...). Le même schéma a été diffusé partout sous la houlette des proconsuls. Si Delamare a évoqué, d'emblée, le précédent augustéen, c'était, bien entendu, pour flatter Louis le Grand, dont le royaume était, comme la Rome pré-augustéenne, « dans un désordre presque universel ». Mais, avant d'y arriver dans le détail, il ne peut manquer de faire la grande trajectoire historique, depuis la chute de Rome, qui lui permet de rappeler combien les conflits de justice – dont l'existence est devenue pain quotidien de maints historiens – « ne pouvaient pas manquer d'apporter beaucoup de troubles & de confusions dans la Police »⁴⁶. Les juges étaient plus préoccupés de protéger leur pré carré que de veiller aux « intérêts du public ». Les rois ont bien essayé d'y remédier, notamment à

44. Sur le statut du commissaire au temps de Louis XIV, voir N. DYONET, « Le commissaire Delamare et son *Traité de la police...* », *op. cit.*, p. 118.

45. N. DELAMARE, *Traité de la police...*, *op. cit.*, t. 1, 1, 5, 3-4, pp. 32-37.

46. *Ibid.*, t. 1, 1, 6, 4, p. 52.

partir de l'édit de Moulins (février 1566), suivi de bien d'autres mesures réglementaires, toutes impuissantes à remédier à la situation. Ce n'est pas à dire que toutes les initiatives aient été mal pensées – notamment celle de Michel de L'Hospital –, mais les circonstances se sont mises en travers. Delamare salue aussi Bacquet et Loyseau, qui ont travaillé avec bonheur l'idée de la « police générale & universelle du Royaume », permettant ainsi une subordination, dont les baillis et sénéchaux ont été, à l'échelon local, les pièces maîtresses. Ainsi apparaissait toute une hiérarchie réglementaire et un mode de règlement des conflits de juridiction faisant prévaloir les tribunaux les plus importants⁴⁷. Mais, bien entendu, c'est avec le souverain régnant que ce long travail aboutit à une situation plus pérenne, grâce à l'édit de décembre 1666 sur le rétablissement de la police de Paris, promu modèle pour le royaume, et à l'édit de mars 1667 qui crée la lieutenance générale de police de Paris. Louis mérite bien d'être qualifié de nouvel Auguste. La louange nous offre l'occasion de revenir aussi sur la distinction de la juridiction et de la police avec une nouvelle nuance : « Non seulement il interdit la connaissance [de la police] à tous les autres tribunaux, mais dans le Châtelet même il le sépare de la Juridiction civile contentieuse, & créa un magistrat exprès pour exercer seul cette ancienne juridiction du Prévôt de Paris. En effet ce qu'on appelle Police n'ayant pour objet que le service du Prince & de l'ordre public, elle est incompatible avec les embarras & les subtilitez des matières litigieuses & tient beaucoup plus des fonctions du Gouvernement que de celles du Barreau »⁴⁸.

Les charges de lieutenant civil et de lieutenant de police ne pourront être réunies sous aucun prétexte. Ce dernier précédera son collègue « dans toutes les assemblées générales & particulières, sans dépendance néanmoins, autorité ni subordination de l'un à l'autre »⁴⁹. Comme Auguste avait généralisé le système de Rome dans l'Empire, Louis XIV étend au royaume la création des lieutenants généraux de police en 1699.

La réussite de la police passe aussi par de bonnes relations avec les autorités civiles et religieuses. La procession de la châsse de sainte Geneviève nous en offre un exemple minuscule, d'une portée bien modeste qui en facilite la mise en œuvre. Sans doute pour respecter l'ordre de la

47. *Ibid.*, t. 1, 1, 6, 4, pp. 54-55.

48. *Ibid.*, t. 1, 1, 9, 6, p. 143.

49. Delamare est bien de son époque avec son insistance sur le rang, avec lequel on ne saurait badiner. C'est que le rang dépasse l'homme. « De toutes les prérogatives qui sont dûes à l'Officier, écrit-il en tête de son chapitre 'Des rangs et séances des Commissaires-Examineurs', il n'y en a point de plus importante que celle du rang » (*Ibid.*, 1, 1, 12, 9, p. 233).

hiérarchie des valeurs religieuses ne vient-elle sous la plume de Delamare qu'après la procession du Saint Sacrement et celle de l'Assomption, dont la dimension politique est évidente depuis Louis XIII. La procession de la châsse de sainte Geneviève est liée à la survenance de calamités de tout genre (guerre, famine, stérilité, inondations, maladies populaires ou contagieuses), qu'elle combat « toujours avec des effets également prompts, sensibles & miraculeux »⁵⁰. Comme elle est décidée à des fins collectives – Paris en particulier, l'État en général – le parlement de Paris est juge du moment où elle doit intervenir. L'archevêque de Paris donne ensuite ses ordres pour tout ce qui concerne le domaine spirituel, tandis que l'autorité de police veille à ce que tout se passe pour le mieux (décence et tranquillité). Delamare donne l'exemple de l'arrêt de la cour du 21 mai 1694, qui décrit une procédure plus complexe. Le premier président du parlement de Paris déclare que, quelques jours avant, le prévôt des marchands et les échevins de Paris étaient venus au parlement pour apporter « le vœu de tout le Peuple », craignant les conséquences de la sécheresse, que l'on recourût à des prières publiques, à la découverte et « même » à la procession de la châsse de sainte Geneviève. La cour leur accorda « ce qu'ils désiraient avec tant de raison ». L'archevêque décida les prières et une messe concélébrée à Sainte-Geneviève en présence du prévôt des marchands et des échevins. Puis le roi fit savoir à la cour qu'il voulait qu'on organisât une procession. L'archevêque n'avait pas manqué d'accepter. « Ainsi, il croyait qu'il n'y avait en obéissant à la volonté du Roy qu'à seconder le désir du peuple & décider du jour ». Les gens du roi demandent alors d'organiser la procession. Voilà donc un bel exemple de collaboration des diverses autorités, sur fond de sollicitation « populaire ». Le roi apporte sa petite touche de grand protecteur de son peuple. Peut-être sommes-nous ici en présence d'un idéal-type. Il est vrai que la demande était facile à satisfaire.

II. LA GRANDE PRÉOCCUPATION DE L'ABONDANCE

La recherche de l'abondance, qui touche à l'administration générale du royaume⁵¹, est l'un des thèmes qui irrigue le plus le *Traité*. Comme

50. *Ibid.*, t. I, II, 10, 3, p. 396.

51. En témoigne le fait, qu'à cette même époque, le mot apparaisse deux fois sous la plume de Saint-Simon quand il aborde les prérogatives des États généraux, qu'il suggère de rendre périodiques, voir SAINT-SIMON, *Projets de gouvernement résolu par Mgr le duc de Bourgogne dauphin, après y avoir mûrement pensé*, in *Traité politiques et autres écrits*, Paris, Gallimard, coll. de la Pléiade, 1996, p. 352. Les intendants, sollicités par l'entourage du duc de Bourgogne,

le dit Paolo Napoli, elle fait partie de « la première couche d'une sédimentation à partir de laquelle un modèle de l'ordre public sera pensé et réalisé »⁵². Nous avons vu qu'elle était l'une des missions de la police énumérées dans l'édit de mars 1667. Delamare, qui s'est acquis une réputation en approvisionnant, à plusieurs reprises, la capitale menacée de disette⁵³, s'en fait l'écho redondant dans son ouvrage. Pour s'en convaincre, il suffit de remarquer que les volumes 2 et 3 sont consacrés au seul livre 5 traitant des vivres et que le volume 4 (et dernier paru) l'est au livre 6 sur la voirie. Or, comme on s'en doute, ces deux sujets sont très largement placés sous le signe de la recherche de l'abondance. Celle-ci engage à prendre en compte un nombre considérable de paramètres, dans le détail desquels on ne saurait entrer. Au détour d'un aspect particulier, comme cela lui arriva assez souvent, on sent bien que, pour Delamare, la seule abondance à intéresser les lois de police est celle « des choses utiles ou nécessaires à l'ame ou au corps »⁵⁴.

A. Ravitailler la ville par priorité

On l'a dit, c'est dans les villes que la police fait vraiment son apparition, et ce notamment pour assurer la subsistance des habitants, qui ne sauraient y pourvoir par eux-mêmes. À travers les siècles, l'approvisionnement des villes a été la hantise des autorités. Du point de vue de la police, la question peut être abordée sous deux angles : l'optimum de la taille de la ville et les mesures à prendre pour assurer une bonne tenue des marchés. Il y a peu à dire du premier chez Delamare, même s'il s'y intéresse. Celui-ci se souvient de « cette règle de prudence qui nous a été laissée par Platon et Aristote, que pour rendre une ville heureuse & florissante, il lui faut donner des limites, ni trop étroites, ni trop étendues ». Trop petite, elle pécherait par défaut d'autosuffisance ; trop grande elle tomberait « nécessairement sous son propre poids, ou faute de subsistance, ou faute de discipline, par la difficulté au Magistrat de

n'avaient pas manqué de mettre l'accent sur ce sujet, effectivement brûlant.

52. P. NAPOLI, *Naissance de la police moderne...*, *op. cit.*, p. 22.

53. N. DYONET, « Le commissaire Delamare et son *Traité de la police...* », *op. cit.*, pp. 110-111.

54. Delamare le dit quand il arrive au titre « Des liqueurs » (*Traité de la police...*, *op. cit.*, t. III, v, 47, I, p. 796) : « Jusqu'icy, écrit-il, je n'ay traité que des loix de la police pour les choses utiles ou necessaires à l'ame, ou a corps [...] Ce titre-cy au contraire ne contiendra rien que des choses dont on pourroit facilement se passer, & qui n'ont pour objet que la volupté de ces delicatesses que Licurgue, ce sage législateur de Lacédémone, avoit banni de sa Republique [...] Les parfums & les autres mixtions qui rendent les liqueurs plus agréables, & qui sont l'objet de ce chapitre [le chapitre porte sur les origines], est encore de ces inventions qui ont pris naissance dans ces Provinces délicieuses de l'Orient », d'où elles sont passées en Occident. Dans le propos historique de Delamare, il y a un parfum de décadence, mais tout de même délicieux. Le rigoriste succombe en esprit. Mais n'est-ce pas toujours pécher ? Il faudra peut-être y revenir.

pourvoir aux besoins d'un aussi grand Peuple, & de le contenir dans son devoir »⁵⁵. La police serait tenue en échec. Ses responsables sont assez souvent confrontés à ce genre d'arbitrage entre le trop et le trop peu, comme nous l'avons vu pour la pêche, où il faut conjuguer les besoins de la consommation et la protection des espèces. Bien entendu, c'est Paris, la Ville par excellence, qui donne à Delamare l'occasion d'aborder le sujet. Maintes fois, il revient sur son extension territoriale au fil des sujets qu'il expose, puisque chaque dossier est déroulé selon une trame historique. Ces accroissements ont généré d'inévitables adaptations, inégalement réussies. Dans l'ensemble, Delamare se félicite du résultat de la grande trajectoire multi-séculaire dessinée par sa ville, que « [s]a situation avantageuse » prédisposait sans doute à un grand destin⁵⁶. « La Ville de Paris, comme toutes les autres, a eu son commencement & ses progrès avant que d'arriver à l'état de grandeur & de perfection où elle est aujourd'hui [...] Tant qu'elle a été jugée trop petite, toutes choses ont été faites pour son accroissement : étant parvenue à une étendue raisonnable & suffisante, on lui a donné des bornes ». Delamare donne l'impression d'une maîtrise de l'extension. Lecler du Brillet n'en est pas si sûr. Il remarque qu'Henri II, Louis XIII et Louis XIV, préoccupés par la taille de Paris avaient tenté, en vain, d'endiguer la passion constructrice qui y sévissait. Aussi, par la déclaration du 18 juillet 1724 Louis XV s'est-il tourné vers une autre solution en divisant Paris en deux parties (ville et faubourgs) et en marquant les périmètres⁵⁷. Cela persuade Lecler de faire un relevé topographique de l'état présent des lieux, dont il souligne combien il lui a donné de labeur et de dépense. À toutes fins utiles, ajoute-t-il. Toutefois, si de bonnes conditions géographiques et démographiques sont des conditions favorables à l'abondance, elles ne l'assurent pas pour autant.

Des marchés judicieusement organisés y contribuent sans discussion. Ils sont les lieux par excellence où l'abondance est susceptible de s'exposer. Delamare en fait une maxime – qui n'est sienne –, validée par des siècles d'expérience. Dans la mesure du possible, il faut regrouper les marchandises de même ordre, et tout particulièrement les vivres, sur les marchés, « si l'on veut en faire paraître l'abondance, & par suite nécessaire, en procurer le bon marché »⁵⁸. L'articulation abondance/bons prix est fondamentale. On comprend que Delamare mette l'accent sur les

55. N. DELAMARE, *Traité de la police...*, *op. cit.*, t. I, I, 7, 2, p. 86.

56. Nous ne forçons sans doute pas les choses en interprétant ainsi le titre du chapitre où Delamare, tant imprégné du précédent romain, développe ce thème : « Situation avantageuse de la ville de Paris [...] » (*Ibid.*, t. I, I, 7, 2, p. 86).

57. N. DELAMARE, *Continuation du Traité de la police...*, *op. cit.*, t. IV, VI, 11, 3, p. 404.

58. N. DELAMARE, *Traité de la police...*, *op. cit.*, t. II, V, 21, 7, p. 697.

vivres, dont l'importance est cruciale pour la population⁵⁹. Il faut lutter contre la cherté, plus particulièrement à Paris, dont les prix ont une incidence sur l'ensemble du royaume⁶⁰. Sans n'être que cela, le marché est un spectacle, qu'il est resté aujourd'hui. La nécessité de permettre l'abondance oblige l'autorité de police à des exercices d'équilibriste entre des intérêts concurrents. Ainsi les marchands forains posent-ils un problème dans la mesure où « ce sont eux ordinairement qui apportent l'abondance dans les villes ; ils doivent donc y être traités favorablement pour les y attirer »⁶¹. Pour appuyer ses dires, Delamare, qui exprime là encore une maxime, cette fois-ci à l'occasion de la boulangerie, a fait ses comptes, qu'il expose probablement pour écarter toute contestation. Comprenons que la police repose sur une information précise. Sans les forains, les Parisiens manqueraient de pain. Mais le commissaire sait bien que son discours froisserait trop les boulangers du lieu s'il n'ajoutait que « s'il est utile pour l'abondance de favoriser les Forains, il est également juste de maintenir ceux des villes dans leurs privilèges, & important d'imposer aux uns & aux autres la Règle, & la discipline qu'ils doivent suivre dans leur commerce ». D'ailleurs, c'est ainsi qu'il en a toujours été à Paris. Voilà un bel exemple, banal, de l'équilibre à trouver entre l'utilité et la justice. L'homme de police surplombe de près la mêlée. Incontestable. Si le pain a une place capitale dans l'alimentation, la viande lui est de peu inférieure. Il importe donc de veiller à ce qu'il y ait un nombre suffisant de bouchers dans les villes. Ce ne sont là que quelques échantillons.

On pourrait dire que les marchés sont le lieu de la transparence des échanges. C'est par là que l'on arrive à l'abondance et au bon marché. On voit bien chez Delamare le souci de limiter le plus possible le nombre des intermédiaires entre le producteur et le consommateur. La crainte des manœuvres dolosives est omniprésente. Ainsi souhaite-t-on que les boulangers achètent le plus possible de blé de première main amené sur les marchés de la ville. La bonne foi, qui est « l'ame du commerce », est particulièrement importante quand il s'agit des grains⁶². Dans ce com-

59. À propos des jardiniers de Paris, Delamare précise que les règlements concernant la vente « ont pour objet de procurer aux Citoyens l'abondance de ces alimens les plus simples, les plus communs, les seuls qui servent de nourriture aux pauvres, & dont les riches même auraient peine à se passer » (*Traité de la police...*, *op. cit.*, t. III, v, 43, 6, p. 384). Les besoins des uns et des autres ne sont pas du même ordre.

60. *Ibid.*, t. II, v, 5, 6, p. 75.

61. *Ibid.*, t. II, v, 12, 11, p. 240.

62. « Que dans tous les autres négoes [que celui des grains], si le vendeur ou l'acheteur se trompent l'un l'autre, ce n'est tout au plus qu'un particulier qui souffre, & ordinairement la perte est aisée à réparer ; mais dans celui-ci la moindre faute intéresse presque toujours le public, & souvent il arrive que l'État même en reçoit les contre-coups » (*Ibid.*, t. II, v, 5, 3, p. 63).

merce, la mauvaise foi consiste à « en cacher l'abondance ». D'où la plus grande méfiance vis-à-vis de la pratique du regrat.

La création d'une place de marché est donc toujours une décision importante de l'autorité de police. Mais l'affaire peut échouer, et la mésaventure éclairer les qualités attendues d'un tel lieu et les tensions générées par l'initiative. Soit la création inaboutie d'une belle place pour un marché de volailles à Paris dans les années 1670, que Delamare rapporte par le détail⁶³. Que les lettres patentes la concernant d'août 1665 n'aient été enregistrées en parlement qu'en août 1671 était-il un signe prémonitoire ? Pourtant Delamare porte aux nues le projet dans des termes intéressants. « Il n'y avoit rien de plus spécieux, de plus grand & de plus magnifique dans ce genre d'établissement, rien de plus utile au commerce & à la décoration de Paris que ce dessein tel qu'il avoit été projeté ». Il ajoute un peu plus loin qu'elle serait dotée de « toutes les commoditez & embellissemens ». Nous avons une avalanche de qualificatifs favorables, où se coagulent des traits économiques et d'autres esthétiques. Delamare souligne que le projet avait pourtant bénéficié d'un soutien massif. « Aussi toutes les Puissances & tous les principaux corps de la Ville s'étoient pour ainsi dire réunis, les uns pour l'autoriser & les autres pour y donner leur approbation. Le Roy en avoit fait examiner la proposition par les Magistrats & trente des plus notables Bourgeois, avant que d'en permettre l'exécution. Le Parlement avoit encore pris la précaution [...] ». La réalisation s'est trouvée très en-dessous de tout cela, à commencer par la dimension. Adieu le vaste espace et le grand air dûment programmés. La pratique allait condamner l'expérience en raison de ses nuisances, très largement dues à un air confiné, catastrophique pour ce genre de denrées. Le marché, qui avait été installé en 1672 « par le crédit de personnes qualifiées » et sous la promesse des propriétaires de respecter le programme validé par les lettres patentes, est finalement transféré dans un autre lieu à la suite d'un arrêt du conseil de juin 1679. Delamare, qui ne mène pas ici une enquête policière, ne cherche pas à en dévoiler les arrière-plans, peut-être un peu délicats.

Bien entendu, les marchés doivent être tranquilles et sûrs⁶⁴.

63. *Ibid.*, t. II, v, 23, 5, pp. 777-781.

64. En voici un exemple qui peut sembler dérisoire. Il est question de « la sûreté des personnes qui vont aux Boucheries acheter de la viande ». Deux raisons à cela : les bouchers et les garçons sont en général « grossiers » et violents ; les acheteurs sont souvent des femmes (épouses ou servantes). D'où un arrêt du Parlement de Paris du 4 mai 1540 interdisant au personnel des boucheries parisiennes « d'injurier, outrager, ou dire aucun blâme » à leurs clients, quel que soit leur sexe (*Ibid.*, t. II, v, 20, 8, pp. 635-636). Ces pratiques devaient être courantes et dénoncées. La Poix de Fréminville (v° Injures) reprend cette dénonciation, qu'il élargit aux artisans, revendeurs, ouvriers, compagnons

B. Étaler l'abondance sur la page blanche : de l'usage de la liste

Delamare aurait pu être un client pour Umberto Eco avec son goût prononcé pour les listes de vivres⁶⁵. Bien entendu, c'est presque une fantaisie que d'en parler ici, comme dans un intermède entre deux préoccupations bien ancrées dans le monde. En effet, pourquoi cet homme de police peu enclin à développer des aspects sans rapport avec sa discipline s'accorde-t-il ce genre de liberté ? En réalité, nous pouvons le voir suivre cette pente dans d'autres occasions. Ici et là, on peut remarquer qu'il n'est pas insensible à la qualité esthétique des choses. Nous venons d'ailleurs de le constater à propos du marché de volailles parisien. Quand il traite des jardins, il a soin de noter que les règles de police ne concernent que ceux qui sont dévolus à la culture de vivres, « plus nécessaires » que ceux qui répondent au seul plaisir de leurs maîtres⁶⁶. Pourtant, il ne peut s'empêcher de célébrer en quelques pages – d'in-folio tout de même – des jardins liés à des hommes de pouvoir. Bien entendu, on dira qu'il flatte⁶⁷. Mais revenons un instant aux listes. Qu'il parle de viandes, de poissons, de légumes ou de fruits, ou encore de vin, Delamare décline systématiquement les variétés de ces différents produits. Et, pour chacun d'entre eux, il relève les qualités gustatives, leurs vertus et leurs nuisances, s'il en est, leur époque de maturité, etc. Comme cela doit se faire sur les marchés, il expose l'abondance à sa façon. Serait-ce pur plaisir de l'imagination ? Évidemment non. Qu'on en juge par ce passage sur les fruits : « Quelques mérites que l'on puisse attribuer aux fruits à noyau pour leur beauté, leur agréable odeur, & leur gout délicieux, outre

et domestiques, qui troublent la tranquillité des marchés.

65. U. ECO, *Vertige de la liste*, Paris, Flammarion, 2009.

66. N. DELAMARE, *Traité de la police...*, op. cit., t. III, v, 43, 5, p. 383.

67. Lecler du Brillet est, lui aussi, attaché à la dimension esthétique de sa discipline. Le titre x du livre VI est intitulé « De l'Embellissement et de la décoration des villes ». Il consacre même la section VII du chapitre IV aux « Cignes sur la Rivière de Seine ». « L'on a vu cet établissement singulier sous le règne de Louis XIV. Dans le tems que le Roi étoit le plus occupé des grands ouvrages qui se faisoient par ses ordres, pour décorer Paris au-dedans & au-dehors, Sa Majesté fit venir de pays Etrangers un grand nombre de Cignes pour embellir la Ville au-dessus & au-dessous de la Ville [...] » (N. DELAMARE, *Continuation du Traité de la police...*, op. cit., t. IV, VI, 10, 4, p. 397). Ces cygnes ont été protégés par des mesures de police. Cet exemple insignifiant est en réalité hautement significatif du souci d'aller jusque dans les détails exprimé par l'ordonnance de décembre 1666 déjà citée. Il y est notamment question des boues qui polluent les rues de la capitale et gênent les déplacements. Le roi y va alors de cette phrase magnifique : « Néanmoins comme nous n'estimons rien au-dessous de notre application, & que Nous voulons bien descendre jusqu'aux moindres choses, quand il s'agit de la commodité publique [...] » (N. DELAMARE, *Traité de la police...*, op. cit., t. I, I, 9, 6, p. 144). L'abbé Fleury s'en faisait l'écho auprès du duc de Bourgogne, en déclarant que « les détails qui paraissent petits sont plus utiles que les discours généraux & raffinements politiques », cité par Paolo Napoli, pour qui l'attention au détail est « le noyau fort de l'institution [policière] » (*Naissance de la police moderne...*, op. cit., pp. 47 et 59).

les agrèmens de leur primauté que l'on ne peut leur disputer, il est bien constant que les fruits à pépin doivent l'emporter. Il est vray que la plupart ne paraissent pas si-tôt que les fruits à noyau, mais ils se soutiennent plus longtemps : l'on trouve d'autant plus d'agrément pour la vuë & le gout que dans les meilleurs fruits à noyau, & ils nous fournissent une nourriture plus solide, & qui est sujet à moins d'inconvéniens : ainsi on ne peut en bonne police se dispenser d'apporter tous les soins nécessaires pour en procurer l'abondance, & en discipliner le commerce »⁶⁸.

Ainsi, ces listes ont-elles notamment pour objectif de dégager des priorités dans l'action policière. L'ambition serait d'être à même d'orienter les agents économiques vers les choix les plus judicieux pour tous. Quantité, qualité et plaisir, constituent ici la plus belle des chaînes. Mais, pour que coulent le lait et le miel, il faut des canaux appropriés, sur lesquels la police doit veiller avec beaucoup d'attention.

C. Joindre les villes et les campagnes

Il s'agit là d'une très vieille préoccupation, mais elle va prendre une dimension plus considérable au XVIII^e siècle notamment en raison de l'accroissement de la population urbaine. C'est une nouvelle occasion de parler de l'eau. La voie d'eau a été pendant longtemps le moyen le plus approprié pour acheminer les pondéreux. La police des eaux est donc importante. On connaît le grand partage entre les voies navigables et flottables et les autres. La police des premières relève de la souveraineté, nous dit Delamare, notamment « par la raison que ce sont des canaux publics qui servent à communiquer l'abondance des Provinces les unes aux autres, à faire subsister les grandes villes, & à maintenir le commerce entre les Nations, & que l'autorité seule des Princes peut procurer à leurs Sujets tous ces grands biens »⁶⁹. L'abondance, que seul l'État est à même de faire prévaloir, est bien mise en évidence. Le propos vient à l'occasion du droit des moulins. La police des eaux sous la puissance de l'État doit notamment veiller à ce que la circulation sur les voies – ici fluviales – ne soit pas entravée par des obstacles, dont les moulins sont une incarnation classique⁷⁰. Au début du livre v, Delamare avait rappelé l'édit de

68. N. DELAMARE, *Traité de la police...*, *op. cit.*, t. III, v, 42, 3, p. 358.

69. *Ibid.*, t. II, v, 9, 2, p. 146. Bien entendu, les fleuves, qui sont des canaux majeurs de l'abondance, peuvent aussi être source de nuisances quand ils débordent de leur lit. Une fois de plus, Lecler du Brillet, digne successeur de Delamare, insiste sur les risques courus par Paris, soumise à des inondations assez fréquentes au XVII^e siècle (N. DELAMARE, *Continuation du Traité de la police...*, *op. cit.*, t. IV, VI, 8, 1-4, pp. 295-322). Mais, il ne faut pas oublier la politique des turcies (ou levées), qui doivent contenir le cours de la Loire (*Ibid.*, t. IV, VI, 13, 5, pp. 536-549).

70. Deux chapitres plus loin, la question des moulins rebondit à propos des banalités. La solution

décembre 1672 sur l'approvisionnement de Paris qui, d'entrée de jeu, interdisait toute pratique qui altérerait le cours des rivières navigables et flottables utilisées pour le transport des provisions vers la capitale. Les besoins de celle-ci en bois de chauffage ont nécessité un effort particulier de l'État⁷¹. Pour l'essentiel, le bois ne peut arriver à destination que par voie fluviale (pratique du bois flotté). Pour parvenir au résultat recherché, des initiatives privées ont été prises pour rendre flottables un certain nombre de petites rivières, qui ne l'étaient pas. Quand il a fallu voir les choses de plus haut, la monarchie a dû intervenir pour réaliser des canaux mettant les rivières en communication. Petit détail, qui n'est pas négligeable, le bois flotté a pour mérite d'être meilleur pour la santé que le bois neuf⁷². Il ne faut pas oublier que la santé est l'une des missions de l'autorité de police. Par ailleurs, on a tout fait pour que les temps morts dans le transport du bois soient limités au maximum⁷³.

Mais c'est la voie terrestre qui retient le plus l'attention de l'autorité de police en ce xviii^e plus ou moins débutant. Non qu'elle s'en soit désintéressée par le passé. Ainsi peut-on signaler cet exemple, à nouveau minuscule, qui nous ramène à la marée. Delamare retrace l'histoire des Élus de mer, « établis autrefois pour faire réparer & entretenir les chemins par où passaient les Chassemarées en venant à Paris »⁷⁴. L'objectif était qu'il n'y eût pas plus de deux jours de trajet entre la côte et Paris, sans qu'il fut question de pousser les chevaux au-delà du raisonnable. Il fallait donc veiller à la qualité des routes qu'ils empruntaient. Malheureusement le système des Élus de mer, mis en place en 1543, n'a pas donné la satisfaction attendue. Un arrêt du parlement de Paris de 1697 charge les juges royaux des provinces de Picardie et de Normandie d'y veiller. Bien entendu, c'est d'une autre échelle qu'il s'agit avec la mise en place des premières pierres des ponts et chaussées. L'ambition est de saisir l'ensemble du territoire. La question des grands chemins est la grande

ressort d'un esprit qui est proche. Selon Delamare, le premier des deux objets de la police des moulins est « d'accorder la contrainte de la banalité avec la liberté du commerce & la facilité aux Peuples de se procurer un aliment aussi nécessaire à la vie que celui du pain » (N. DELAMARE, *Traité de la police...*, *op. cit.*, t. II, v, 9, 4, p. 156). Et le commissaire dit clairement que la liberté doit être préférée au droit de banalité.

71. Delamare s'intéresse peu au bois en général, dont il souligne l'importance, dans la mesure où tout ce qui concerne son exploitation échappe à l'autorité de police, pour relever d'une administration et d'une juridiction qui lui sont propres. Le bois ne rentre dans son domaine que lorsqu'il s'agit de sa commercialisation et de son transport.

72. *Ibid.*, t. III, v, 48, 4, pp. 838-839.

73. Défense aux marchands de bois de séjourner sans nécessité sur les ports ou en chemin plus de deux jours, et destruction immédiate de tout obstacle gênant la circulation des bateaux (*Ibid.*, t. III, v, 48, 4, p. 841).

74. *Ibid.*, t. III, v, 29, 7, p. 82.

affaire de Lecler du Brillet, en charge du dernier volume du *Traité* qui paraîtra. Il a bien saisi que cela allait être l'une des réalisations majeures du règne de Louis XV. Lecler remarque que la matière n'avait pas beaucoup retenu l'attention de Delamare. La remarque était un peu perfide, puisque la question de la voirie n'était prévue qu'à cette place. Comme nous l'avons rappelé, Lecler reprend les quatre motifs principaux qui ont conduit les Romains à mettre en œuvre leur légendaire réseau routier : occuper les militaires en temps de paix et « la populace pour éviter de grands tumultes » ; faciliter le transport des légions ; rendre commodes les voyages et « attirer l'abondance dans les villes » ; enfin assurer la communication la plus rapide entre la capitale et les extrémités de l'empire⁷⁵. Autant de motifs qui sous-tendent les ordonnances royales. L'araignée tisse sa toile. Une fois de plus nous retrouvons l'abondance dans un dispositif majeur.

Mais la politique des voies de communication n'est pas limitée à leurs qualités techniques. On se contentera de rappeler combien, aux dires de Delamare, sous le règne de Louis XIV, la police des traites foraines « a acquis son état de perfection », alors que toutes les dispositions de ses prédécesseurs péchaient par quelque travers⁷⁶. Le génie du roi est d'avoir fait prévaloir « l'utilité des commerçants » sur la « Finance ». Et il n'a pu atteindre cette efficacité que sur la base d'une connaissance de l'état des grains dans toute l'étendue du royaume, qui lui a permis de moduler les droits selon les situations réelles. Voilà un nouvel exemple de l'ambition « technocratique » – c'est nous qui mettons les guillemets – qui va caractériser de plus en plus le devenir de la police. Celle-ci est à même de tout décider au mieux parce qu'elle sait. Louis n'avait-il pas affirmé qu'il était celui qui savait tout⁷⁷ ? N'avait-il pas fait de Versailles un modèle de la saisie du monde ? On n'a pas manqué de le railler sur cette prétention.

75. Lecler du Brillet note, dans l'Avertissement, que dans la réalisation de cet objectif les Français ont fait mieux que les Romains en ne réservant pas à la puissance publique l'usage des postes et messageries. « Ce sont donc d'heureux établissemens puisqu'ils se trouvent presque toutes les parties de l'ordre public » (N. DELAMARE, *Continuation du Traité de la police...*, *op. cit.*, t. IV, « Avertissement »). Aussi en chérit-il l'étude. Il y insiste à nouveau quand il arrive à celle-ci. « Mais le monarque de France sera toujours distingué pour n'avoir rien fait en cela qui ait été onéreux à ses peuples, & qui en ait jamais attiré les plaintes [...] » (*Ibid.*, t. IV, VI, 14, 2, p. 555). Comment mieux célébrer les mérites de la police ?

76. N. DELAMARE, *Traité de la police...*, *op. cit.*, t. II, v, 13, 5, p. 285.

77. Dans une sorte de bilan des dix premières années du règne, Louis XIV déclare qu'il est « informé de tout ; écoutant [ses] moindres sujets ; sachant à toute heure le nombre et la qualité de [ses] troupes, et l'état de ses places ; [...] distribuant les grâces par [son] propre choix [...] » (*Mémoires pour l'instruction du dauphin*, Paris, éd. Pierre Goubert, Imprimerie nationale, 1992, p. 58).

Et pourtant, le siècle des Lumières voit l'avancée – encore relativement timide – de cette prétention. En dépit de sa modestie, la bureaucratie royale se fait de plus en plus intrusive. La mission dévolue à la police se fait moins illusoire, malgré son périmètre ambitieux. Que personne n'ait pris le relais de Lecler du Brillet pour achever l'œuvre du maître n'emporte pas que la démarche de Delamare soit apparue comme dépassée. Des échos plus ou moins illustres en témoignent tout au long du siècle, et encore au-delà. Au milieu du siècle, il y a une sorte de floraison de travaux, qui ne débouchent pas tous sur une publication, et des propos sur le sujet. En 1757, et réédité dès l'année suivante, paraît à Paris le *Code de la police, ou Analyse des règlements de police, Divisé en douze titres, par M. D.* Il s'agit de Duchesne, qui est lieutenant général de police à Vitry en Champagne. On aura remarqué la partition en douze titres, soit le nombre des livres programmés par Delamare. Sans doute est-ce un écho modeste que celui que l'on doit au commissaire au Châtelet Dupré, actif jusqu'en 1764. Modeste moins par son volume impressionnant que par son peu de notoriété, qui ne lui a pas permis de dépasser le stade du manuscrit. Il faut dire que son *Recueil de règlements de police*, en ses cinquante-quatre volumes de copies essentiellement consacrés à la police de Paris, est bien mal commode à utiliser en raison de l'hétérogénéité de son mode de groupement des données⁷⁸. On remarque que Dupré reprend onze des catégories dégagées par Delamare, et que, comme lui, il s'intéresse à l'histoire. Mais Jean-Claude Hervé, dont le regard est bienveillant à son égard, s'interroge sur sa capacité de synthèse. Le *Recueil* a le mérite de mettre en évidence la croissance des règles de police pendant la première moitié du siècle⁷⁹. C'est un écho plus sonore qu'envoie l'*Encyclopédie*. Non seulement le nom de Delamare apparaît plusieurs fois dans les articles dévolus à la police, mais le premier, intitulé *Police (gouvern.)*, est complètement tributaire du *Traité* dans l'approche du sujet, tandis que onze des rubriques mises en lumière par lui sont développées dans le second, *Police (jurisprud.)*, signé par Boucher d'Argis. Cela valait consécration dans les milieux cultivés de l'époque. Les collaborateurs de Diderot et d'Alembert ne donnaient pas dans la nostalgie. Au même moment, nous avons vu que La Poix de Fréminville ne discutait le travail de son prédécesseur qu'en raison de son inadaptation au public de la ruralité. Sur la fin de l'Ancien Régime, l'avocat au Parlement Perrot publie un *Dictionnaire de voirie* (1782),

78. J.-C. HERVÉ, « L'ordre à Paris au XVIII^e siècle : les enseignements du 'Recueil des règlements de police' du commissaire Dupré », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. XXXIV, avril-juin 1987, p. 188.

79. L'aspect quantitatif est souligné par Jean-Claude Hervé (*Ibid.*, pp. 202-210).

avant que Nicolas-Toussaint des Essarts, avocat, lui aille d'un *Dictionnaire universel de police* (huit volumes in 4°, 1786-1790), dans lequel il pille généreusement Delamare⁸⁰.

Mais la Révolution n'a pas enfoui Delamare sous les décombres du régime auquel il s'était identifié. Sa mémoire devait franchir les tumultes de l'époque pour devenir l'une des références majeures pour les premières générations de juristes qui allaient contribuer à élaborer « un nouveau droit administratif », soucieux de s'appuyer sur « un Ancien Droit administratif », qu'il incarnait⁸¹. Depuis Paul-Martin Bondois, la lecture de Delamare a donc été sérieusement révisée.

80. P.-M. BONDOIS, « Le commissaire Delamare et le *Traité de la police* », *op. cit.*, p. 318.

81. B. PLESSIX, « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *Droits*, 38, 2003, pp. 116 et 125. L'approche de l'auteur a pour effet de concilier les deux courants d'historiens du droit qui s'opposent sur l'existence du droit administratif avant 1789. L'ancien porte le nouveau en gestation. Sous sa plume, il y a beaucoup de formules bien frappées pour qualifier le travail de Delamare de fondamental.

CHAPITRE 6

Des polices des cours d'eau aux traités des eaux : formation(s) d'un champ doctrinal (1789-1898)

Frantz MYNARD

Maître de conférences à l'Université de Nantes

CDMO (EA 1165)

Le XVIII^e siècle a connu une institutionnalisation de la science de la police¹, en France, en Grande-Bretagne et dans les États germaniques. D'abord fortement liée au Prince, la police se rationalise et se codifie. Elle recouvre toute l'administration. L'essor du droit public (*ius publicum – Staatsrecht*²) en Europe s'accompagne d'une autonomisation croissante de la gestion administrative dans le domaine de l'eau. Or, la gestion de l'eau fait appel à la statistique, à la cartographie, à l'ingénierie, à l'économie naissante. Dans l'entourage des princes, une élite technique se forme, de plus en plus spécialisée³. Les « matières d'eau » constituent un domaine que l'administration investit, en réponse à l'intérêt porté à l'agriculture, à l'alimentation urbaine et au flottage du bois (chez les physiocrates⁴), à l'industrie et aux canaux (chez les libéraux

1. Sur l'histoire de la police, voir P. NAPOLI, *Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société*, Paris, Éditions La Découverte, 2003, pp. 20-63. Pour les mutations de la « Police », qui acquiert une « majuscule » au XVIII^e siècle, avant d'être annexée par l'administration, voir *supra*, Chapitre 5.

2. Sur les origines hollandaises et germaniques de la discipline juridique du droit public et les évolutions terminologiques au XVIII^e siècle, voir M. STOLLEIS, *Histoire du droit public en Allemagne*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 138-139 ; sur le *ius publicum universale*, voir T. J. VEEN, *Recht en Nut. Studiën over en naar aanleiding van Ulrik Huber (1636-1694)*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1976.

3. Pour les origines des Ponts et Chaussées et l'arrêt du Conseil d'État du 14 février 1747, voir X. BEZANÇON, *Les services publics en France*, Paris, PENPC, 1997, t. 1, p. 110 ; J. PETOT, *Histoire de l'administration des ponts et chaussées, 1599-1815*, Paris, M. Rivière, 1958 ; G. CORONIO, *250 ans de l'école des ponts en cent portraits*, Paris, PENPC, 1997. Pour une bibliographie emblématique d'ingénieur, voir C. VACANT, *Jean-Rodolphe Perronet (1708-1794). « Premier ingénieur du roi » et directeur de l'École des ponts et chaussées*, Paris, PENPC, 2006.

4. Pour les physiocrates, voir A. MERGEY, *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010. Sur l'alimentation urbaine et l'assainissement des eaux, voir

anglais et français⁵), aux dangers que peut causer l'eau (chez les caméralistes germaniques⁶). La France révolutionnaire entend « diriger toutes les eaux dans un but d'intérêt général »⁷ dès la loi des 12-20 août 1790. Au XIX^e siècle, ce mouvement se renforce au sein des États qui réorganisent leur administration⁸ ou qui la créent. C'est le cas de l'Italie en 1870. L'historien Guido Melis évoque par exemple ce « cas typique »⁹ de l'administration italienne, puisque le « dossier des eaux manifesterait selon lui [et] de façon exemplaire, comme l'analyse Alice Ingold, le nouveau dispositif liant État, intérêts économiques et administration »¹⁰. Une science autonome de la police et de l'économie de l'eau se met en place. Jusqu'alors difficile à caractériser¹¹, la police des eaux devient l'objet d'une littérature spécialisée à partir du XIX^e siècle. En 1857, Dufour intitule son traité à l'usage des maîtres d'usines *Police des eaux*¹². Une documentation administrative relativement abondante

J. FROMAGEAU, *La police de la pollution à Paris de 1666 à 1789*, Thèse, Droit, Paris II, 1990.

5. Pour la promotion des « canaux navigables » dans la tradition libérale, et l'intervention de l'État dans les « travaux et établissements propres à faciliter le commerce de la société », voir A. SMITH, *La richesse des nations*, Paris, Garnier-Flammarion, 1991, liv. v, chap. 1, sect. 3, art. 1, 1§, pp. 346 et s. Pour une reprise française du modèle libéral anglo-saxon, voir J.-B. SAY, *Des canaux de navigation dans l'état actuel de la France*, Paris, Guillaumin, 1848, pp. 232-249 : « En deux mots, tous les moyens de communication sont bons, en ce qu'ils multiplient les valeurs qui sont des richesses ; et parmi les moyens de communication, les meilleurs sont les canaux [...]. Un dernier pas restait à faire : c'était de rendre les canaux simplement des chemins fluides [...]. Or, c'est ce qu'ont fait les Anglais. Le duc de Bridgewater, vers 1758, imagina de rendre navigables les rigoles formées par l'eau d'épuisement de ses mines de charbon de terre, dans le voisinage de Manchester. Il établit un canal parallèle à la rivière Mersey, pour communiquer avec Liverpool, et ramener les produits de ce port de mer. Il réussit ; et rien n'est contagieux comme le succès ».

6. Pour les caméralistes germaniques, voir par exemple J. S. PÜTTER, *Entwurf einer juristischen Encyclopädie*, Göttingen, Witwe Bandenhoed, 1757, p. 111. Sur la littérature caméraliste, voir G. GARNER, *État, économie, territoire en Allemagne. L'espace dans le caméralisme et l'économie politique, 1740-1820*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2005. Voir également P. LABORIER, « La "bonne police". Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », *Politix*, 1999, vol. 12, n° 48, pp. 7-35.

7. « Instruction de l'Assemblée nationale concernant les fonctions des Assemblées administratives », 12-20 août 1790, in Ch.-M. GALISSET, *Corps du droit français ou recueil des lois décrets, arrêtés, ordonnances, sénatus-consultes, règlements, avis du Conseil d'État, publiés depuis 1789 jusqu'en 1825*, Paris, Malher et C^{ie}, 1829, première partie, 1790, t. 1, p. 119. Pour une définition des mesures de police sur les eaux d'après la loi des 12-20 août 1790, voir P. DENOZIÈRE, *L'État et les eaux non domaniales*, Paris, Technique et Documentation, 1985, p. 159.

8. Par exemple l'Autriche-Hongrie fin XIX^e siècle.

9. Pour l'histoire de l'administration des eaux en Italie, voir G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, Bologne, Il Mulino, 1996. Voir également L. MOSCATI *In materia di acque. Tra diritto comune e Codificazione albertina*, Rome, Fondazione Sergio Mochi Onory per la storia del diritto italiano, 1993.

10. A. INGOLD, « Cartographe pour naturaliser au XIX^e siècle. Les ingénieurs des mines et la carte hydrographique d'Italie », *Les sciences camérales : activités pratiques et histoire des dispositifs publics*, sous la dir. de P. LABORIER, F. AUDREN, P. NAPOLI et J. VOGEL, Paris, PUF, 2011, p. 539.

11. Voir *supra*, Chapitre 5.

12. G. DUFOUR, *Police des eaux : traité pratique à l'usage des maîtres d'usines, des riverains de la mer et des cours d'eau navigables et non navigables, des concessionnaires ou propriétaires de*

apparaît, en complément des ouvrages des ingénieurs hydrauliciens¹³. Elle concerne des problématiques techniques, rurales, industrielles, ou urbanistiques. Depuis leur création en 1831, les Annales des ponts et chaussées contiennent de très nombreuses interférences avec la police des eaux (prises d'eau, approvisionnement en eau, concession des eaux, règlement général)¹⁴.

Ces développements juridiques sur l'administration des eaux interrogent la police en mutation. À partir de la Révolution et du Code des délits et des peines (1795)¹⁵, les autorités distinguent la police judiciaire, dont la mission est de constater les infractions à la loi pénale, et la police administrative. Celle-ci a pour « objet le maintien habituel de l'ordre public ». Elle en vient à désigner une fonction de service public qui tend à assurer le maintien de l'ordre public (comme bon ordre, « sûreté », tranquillité, salubrité, sécurité), afin d'éviter qu'un trouble se produise. Cette police administrative sera évidemment au cœur de la police de l'eau. Mais cette expression prise au singulier, « police de l'eau », suscite des questions. Il existe effectivement des polices de l'eau dans « chaque partie de l'administration générale »¹⁶. Or, ces polices ne sont pas coordonnées. Scindées, elles dépendent de champs disciplinaires morcelés, sans compter les infractions que « la police administrative n'a pu empêcher de commettre » et qui supposent une certaine imbrication avec la police judiciaire. Si l'on se rapporte aux catégories du *Dictionnaire de Police moderne pour toute la France* d'Alletz (1802)¹⁷, les écrits sur la police de l'eau se trouvent à l'intersection des polices administrative, judiciaire, militaire et maritime.

Des ouvrages du XIX^e siècle aux méthodologies diverses proposent donc une analyse de la police des eaux. La doctrine s'assimile généralement à l'opinion des juristes. Mais les auteurs concernés forment toutefois un écheveau complexe, à la charnière des « savoirs locaux » et des

marais, suivi d'un commentaire spécial des lois sur l'irrigation et le drainage, Paris, Cotillon, 1857.

13. Pour une monographie des hydrauliciens européens et de leurs principaux écrits, voir W. H. HAGER, *Hydraulicians in Europe, 1800-2000 : A Biographical Dictionary of Leaders in Hydraulic Engineering and Fluid Mechanics*, VAW, ETH-Zurich Switzerland, New-York, Boca Raton, CRC Press Taylor & Francis Group, 2014, vol. 2.

14. Le premier numéro des Annales des ponts et chaussées paraît le 1^{er} mai 1831.

15. Pour la définition de la police, de la police judiciaire et administrative, voir Code des délits et des peines du 3 Brumaire an IV (25 octobre 1795), art. 16, 17 et notamment 18. Pour une définition contemporaine de la police administrative, voir art. L.2212-2 du Code général des collectivités territoriales.

16. Code des délits et des peines du 3 Brumaire an IV (25 octobre 1795), art. 19.

17. J. ALLETZ, *Dictionnaire de police moderne pour toute la France*, Paris, A. Bavoux, 1823, 4 vol.

« savoirs d'experts »¹⁸, et à l'intersection de disciplines variées (ingénierie, droit, histoire, économie). Cette culture donne naissance à un champ doctrinal ouvert. D'une part, des écrits d'hommes politiques, d'universitaires et de praticiens du droit, d'ingénieurs et d'érudits locaux évoquent la police des eaux. D'autre part, le caractère technique de l'administration des eaux conduit les autorités à valoriser l'analyse des ingénieurs. Associés à l'expertise technique et à la gestion administrative, ils se réapproprient la culture juridique. Créé sous le Premier Empire (7 fructidor an XII)¹⁹, le Conseil général des ponts et chaussées constitue une source d'élaboration du droit administratif. Grâce à la passerelle avec le Conseil d'État, il s'y structure une tradition d'ingénieurs spécialistes des cours d'eau, à l'origine de publications décisives. Des personnalités telles Dutens ou Brisson commencent par s'intéresser aux principes de la législation fluviale avant que d'autres ingénieurs ne deviennent à leur tour de véritables théoriciens du droit des eaux. C'est le cas de Nadault de Buffon et d'Alfred Picard avec son remarquable et remarquable *Traité des eaux*²⁰. Ce constat souligne la diversité des auteurs qui vont s'efforcer à circonscrire les polices des eaux, avant d'envisager une hypothétique unité de la police ou de la ressource.

Si le Code de l'environnement nous renvoie au principe de l'unité de la ressource en eau et à une approche globale de la police de l'eau²¹, cette formule générale est à l'origine trompeuse. La dénomination abrégée utilisée par les auteurs de la doctrine constitue une source de confusion quant à son étendue et à son objet. En insistant sur le but, cette définition matérielle laisse supposer une police unifiée. Rien n'est moins vrai. Le XIX^e siècle et le début du XX^e siècle sont marqués tant par la diversité des polices de l'eau, que par la diversité des autorités de police. Le statut des eaux demeure morcelé jusqu'au XX^e siècle. Les juristes distinguent les eaux pluviales, les eaux souterraines, les sources, les cours d'eau domaniaux, les cours d'eau ni navigables ou flottables et l'eau courante. Les règlements ne les associent jamais. Il est donc plus exact d'employer la dénomination complète des eaux, en précisant leur nature (la police des « cours d'eau ni navigables ou flottables » par exemple). En outre, différents types de polices relatives aux mêmes eaux coexistent, puisque

18. A. INGOLD, « Cartographier pour naturaliser au XIX^e siècle... », *op. cit.*

19. Il s'agit d'un héritage direct de l'assemblée des inspecteurs généraux des ponts et chaussées réunie régulièrement depuis 1747. Sur l'évolution du Conseil général des ponts et chaussées, voir F. MYNARD, *Droit domanial et formation du droit public fluvial (1669-1835)*, Thèse, Droit, Rennes 1, 2011, 2^e partie, titre 1, chap. 2, sect. 1.

20. A. PICARD, *Traité des eaux : droit et administration*, Paris, Rothschild, 1890, 5 vol.

21. Code de l'environnement, article L.215-10, I bis.

les usages à réglementer sont très diversifiés²². Un rapide inventaire du mot « police » chez Garnier, l'une des autorités pionnières du régime des eaux, souligne la diversité des occurrences²³. Sur un même cours d'eau, il peut exister une police de la navigation²⁴, une police de la pêche, une police des usines. Dès qu'une autorité administrative est investie d'une compétence lui permettant de réglementer certaines activités, il y a un procédé de police. Or, les autorités et les personnels chargés de ces missions de police sont hétérogènes. Les autorités de police de l'eau ne se limitent pas aux seuls directoires de département ou préfets (à partir de 1800)²⁵. Ces administrations entretiennent parfois une culture administrative propre à leurs agents (Eaux et Forêts, Ponts et Chaussées) ; les uns relèvent des personnels d'État, les autres relèvent de l'autorité locale des maires, comme le soulignent Frédéric Davansant et Tiphaine Le Yoncourt²⁶.

À partir de la Restauration et jusqu'à la loi de 1898 (qui constitue le texte de base du régime juridique de l'eau), ce mouvement doctrinal s'avère très actif²⁷, en raison du caractère étique²⁸, obscur²⁹ ou dépassé³⁰ des fondements légaux. La remise en cause du règlement général des

22. Par exemple, dans son *Traité des eaux* (*op. cit.*, t. 3, 1893), Picard consacre deux chapitres distincts successifs au titre troisième (cours d'eau navigables et flottables) : le premier concerne la « police de la navigation des cours d'eau navigables et flottables » (chap. VIII) et le second « la police de la navigation » (chap. IX).

23. Pour l'emploi du mot police chez F. X. P. GARNIER, *Régime des eaux ou Traité des eaux de la mer, des fleuves, rivières navigables et flottables, et autres eaux de toute espèce*, Paris, imp. Pillet aîné, 1839-1851, 5 t. en 2 vol. Il est question entre autres de « police administrative ou judiciaire », « police correctionnelle ou municipale », « police urbaine », « police des rivières non navigables », « police des ports », « police du halage », « règlements de police », « contravention de police ».

24. J.-M. de GÉRANDO, *Institutes du droit administratif français ou éléments du Code administratif*, Paris, Nève, 1829, t. 1, p. 44 : « La police de la navigation a pour objet la création et l'entretien des ouvrages, la conservation du domaine public, la liberté de la navigation, la faveur due au commerce et à l'industrie, et les diverses servitudes imposées aux riverains ».

25. Voir la loi des 22 décembre 1789-8 janvier 1790 (sect. 3, art. 2) qui a remis les attributions de police aux « administrations de département ». Parmi ces attributions figurent la conservation des rivières (des propriétés publiques) ainsi que la police rurale établie par le décret des 28 septembre - 6 octobre 1791 (tit. II, art. 10). Voir également les arrêtés du Directoire, notamment l'arrêté du 19 ventôse an VI.

26. Voir *infra*, Chapitre 7.

27. On retrouve ici la formule d'Hauriou : « Quand la codification baisse, la doctrine grandit ».

28. Le Code civil est laconique.

29. Le Code rural est introuvable jusqu'à la Troisième République.

30. Pour les lacunes de la législation industrielle et l'installation des usines sur les rivières, voir A. DAVIEL, *Pratique des cours d'eau*, Paris, Fanjat, 1824, p. XXVIII ; J.-B. VIOLLET, *Essai sur l'établissement et le contentieux des usines hydrauliques*, Paris, Carilian-Gœury et Dalmont, 1840, p. VII ; A. BOURGUIGNAT, *Législation appliquée des établissements industriels notamment des usines hydrauliques, ou à vapeur, des manufactures, fabriques, ateliers dangereux, incommodes et insalubres, moulins, hauts fourneaux, établissements métallurgiques, mines, minières, carrières etc...*, Paris, Dalmont, 1858.

eaux de 1669 s'avère imparfaite. D'une part, les droits fondés en titre de l'Ancien Régime sont maintenus (voire multipliés à la suite de la vente des biens nationaux et de la création des majorats). D'autre part, les petites rivières ne font pas l'objet de réformes de fond, leur statut étant renvoyé à un hypothétique Code rural. Aucun acte de portée générale n'est édicté en matière de police dans plusieurs parties du droit, notamment le droit des cours d'eau ni navigables ni flottables. Les premières dispositions législatives n'interviennent qu'avec la Révolution³¹. Avec la loi du 14 floréal an XI sur le curage, ces seuls textes ont constitué le fondement de l'action de police de l'administration. De 1789 jusqu'à la grande loi sur l'eau de 1898, s'esquisse une période riche mais très indécise. Une masse de documents se forme durant les premières années du XIX^e siècle. La doctrine est partagée entre plusieurs systèmes d'interprétation. La diversité du statut des eaux douces, que le droit envisage dans le Code civil, implique des polices distinctes. Les eaux pluviales (art. 641 et 681), les eaux souterraines³², les eaux stagnantes (art. 558 et 564), les eaux de source (art. 642), les eaux courantes des cours d'eau privés (art. 557) ou les cours d'eau et lacs domaniaux constituent autant de catégories distinctes échappant à une police de l'eau unifiée (aujourd'hui en construction³³). Il est très difficile de réglementer des espaces dont le statut (et les enjeux de propriété) restent incertains, notamment pour les cours d'eau non navigables ni flottables, qui représentent la partie la plus épineuse du contentieux au XIX^e siècle. En outre, il existe des dénominations spécifiques, y compris parmi les rivières flottables, entre les rivières navigables sur trains et radeaux et les rivières, ruisseaux flottables à bûches perdues³⁴.

C'est pourquoi les auteurs spécialisés issus de disciplines distinctes créent une culture juridique mixte au début du XIX^e siècle. Une doctrine spécialisée naît. Des solutions juridiques originales et parfois concurrentes s'y confrontent. Les analyses transversales des polices de l'eau contribuent ainsi à faire naître un champ disciplinaire neuf : le droit de l'eau. Les premiers traités généraux du droit des eaux apparaissent néanmoins au XIX^e siècle. Certes, le XIX^e siècle et le début du XX^e siècle ont été marqués par la diversité des polices de l'eau et la diversité des autorités

31. Voir les lois des 22 décembre 1789-8 janvier 1790, sect. III, art. 2 ; des 12-20 août 1790, chap. VI ; des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. II ; et les arrêtés du Directoire, notamment l'arrêté du 19 ventôse an VI.

32. Voir *infra*, Chapitre 11.

33. Voir *infra*, Chapitres 9, 10 et 12.

34. Voir J.-L. GAZZANIGA, « La fin des cours d'eau flottables à "bûches perdues". Recherches et réalisations », *Mélanges Pierre Vellas*, Paris, Pedone, 1995, pp. 501-515.

de police³⁵. Toutefois, l'analyse comparée des polices des cours d'eau annonce l'apparition d'un champ doctrinal de l'eau. C'est dans ce cadre qu'apparaissent à la fin du XIX^e siècle les premiers ouvrages transversaux, comme le traité de Picard. L'histoire doctrinale permet de mettre en perspective les fondations d'une logique de coordination des polices, aujourd'hui à l'œuvre sous l'effet du droit européen et du droit de l'environnement.

La maîtrise des ressources en eau a pris une tournure essentiellement domaniale, jusqu'à ce que l'État soit assez fort pour garantir l'effectivité de la police de l'eau. En 1790, la refonte du droit, le redécoupage des départements (dont une majorité porte des hydronymes) s'accompagnent d'une tentative de réorganisation territoriale du système des navigations naturelles et artificielles. La police des cours d'eau devient alors une matière pionnière de la science administrative. L'instauration de la police administrative sur les cours d'eau suscite des difficultés et des controverses (en particulier sur les petits cours d'eau). Les positions sans cesse interrogées sur le régime et les polices des cours d'eau laissent alors apparaître des doctrines diverses des cours d'eau. Ces débats structurent un vivier pluridisciplinaire de juristes et de publicistes spécialisés, qui s'intéressent aux problématiques de la police des cours d'eau puis des eaux en général. Développant une approche originale et pluridisciplinaire, ils sont à l'origine des premiers traités du droit de l'eau contemporain.

I. POLICES DES COURS D'EAU ET SCIENCE ADMINISTRATIVE

La police des petits cours d'eau, comme l'installation d'usines sur les petites rivières, présuppose une délicate articulation dès le XIX^e siècle : l'enchevêtrement du droit public et du droit civil, des voies judiciaires et administratives. Cette mixité du régime de l'eau se répercute sur les voies procédurales du contentieux de l'eau. Cette situation est d'ailleurs à l'origine de controverses doctrinales longues et particulièrement polémiques autour de la police des petits cours d'eau, qui n'ont pas encore de cadre juridique stable. En conséquence, la police administrative des rivières navigables et flottables tend à s'appliquer, par analogie et de manière extensive et même arbitrairement, aux petites rivières, dont

35. La coordination des différentes polices constitue en réalité un objectif relativement récent de l'administration, en vue de la simplification des procédures et d'une meilleure protection de la ressource.

la qualification juridique reste incertaine. Les auteurs constatent et dénoncent, dès la fin de l'Empire, le caractère « invasif » qu'a pris la police administrative, depuis le Directoire, sur les petites rivières. Le cas est particulièrement net en matière d'établissements et usines mus par l'eau. Merlin rapporte deux arrêtés du gouvernement consulaire, des 30 frimaire et 28 pluviôse an XI³⁶. Plusieurs exemples législatifs révèlent également une certaine progression de la police sur les rivières non navigables ni flottables. Les articles 33 et 34 de la loi du 16 septembre 1807 sur le dessèchement des marais soumettent, par exemple, les propriétaires riverains des « rivières et torrents navigables ou non navigables » à des « dépenses d'entretien », fixées par règlement d'administration publique³⁷. Alors que le débat sur la propriété des petites rivières reste en suspens, l'administration continue à accroître son emprise sur les ruisseaux et rivières, par le recours de plus en plus récurrent à la police administrative des cours d'eau ni navigables ni flottables, afin de contourner l'instabilité statutaire de leur régime.

A. Polices des cours d'eau et dualité juridictionnelle

Parce qu'il se trouve à la jonction du droit public et privé, le régime juridique des eaux ouvre un champ de réflexion, à la frontière des ordres

36. Pour la surveillance spéciale de l'administration générale, voir « Rivière, §.II », in P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnery, 1828, t. 15, p. 545 : « Les propriétaires riverains ne peuvent, sans la permission du gouvernement, construire sur ces Rivières aucun moulin, aucune usine, aucune espèce d'ouvrage, qui en gêne le cours ; et il n'appartient en conséquence qu'à l'autorité administrative, de connaître des contestations qui s'élèvent à ce sujet [...]. C'est ce que décident nettement deux arrêtés du gouvernement consulaire, des 30 frimaire et 28 pluviôse an 11 ». Voir l'arrêté du 30 frimaire an XI : « Considérant qu'il résulte des rapports et des pièces produites, que le citoyen Hauck a commencé à construire, sur un cours d'eau dérivant à une Rivière, qui est sous la surveillance spéciale de l'administration générale, et se rend à un autre de la même nature, sans en avoir obtenu la permission [...] ; les constructions faites par le citoyen Hauck, sur le cours d'eau prenant de la Rivière de Juines et se rendant à la Seine, département de Seine-et-Oise, seront démolies par lui [...] ». Voir l'arrêté du 28 pluviôse an XI : « Considérant que le procès que la commune de Bainville a intenté, a pour objet des changements faits par le citoyen Girardin à son moulin situé à Bainville ; que ces changements n'ont pu avoir lieu sans l'autorisation du gouvernement, ou qu'ils ont été faits en contravention aux lois et règlements sur cette matière ; que, sous ce rapport, l'affaire est de la compétence de l'administration supérieure, à laquelle le préfet de la Meurthe doit en référer préalablement, au lieu de faire autoriser la commune de Bainville à plaider [...]. Le Conseil d'État entendu, arrête : art.1. L'arrêté du conseil de préfecture du département de la Meurthe, qui autorise la commune de Bainville à plaider contre le citoyen Girardin, meunier, est regardé comme non avenu. 2. Le ministre de l'Intérieur donnera des ordres pour que visite de l'état du moulin et des lieux soit faite par l'ingénieur du département, à la diligence du préfet, pour s'assurer si les lois et règlements ont été observés ».

37. « Loi du 26 septembre 1807 », reproduite in P. ROYER-COLLARD et F. MOURLON, *Les Codes français conformes au texte officiel avec la conférence des articles entre eux*, Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 1857, p. 34, art. 33.

administratif et civil. En effet, il n'arrive jamais, comme le souligne Comte, « que toutes les parties d'un grand bassin soient converties en propriétés privées »³⁸. Les polices des cours d'eau mettent en quelque sorte à l'épreuve la dualité juridictionnelle, en un temps où la juridiction administrative est parfois assaillie, dans son principe même³⁹. De nombreux auteurs et praticiens s'intéressent donc aux matières d'eaux dès la Restauration. Les publicistes s'emparent régulièrement de l'exemple éloquent et poreux des cours d'eau dans leurs ouvrages fondateurs. C'est le cas de Cormenin, Colombel, Gérando ou encore Macarel⁴⁰, qui consacrent des chapitres entiers pour déterminer les compétences respectives du ministre, des préfets, des tribunaux. Ces auteurs distinguent d'ailleurs des configurations dans leur exposé, selon que les fleuves et rivières sont navigables ou flottables ou non. Mais les prérogatives de police ne sont pas aussi nettes dans la pratique administrative. Les incertitudes ou les abus restent fréquents. Les dispositions de la loi du 29 floréal an X (qui ne concernent que les rivières domaniales navigables) sont ainsi appliquées de la même manière aux rivières navigables qu'aux rivières non navigables. Toute contravention en matière de police sur les cours d'eau non navigables ni flottables est réprimée par la voie administrative.

La situation est claire sur les rivières navigables domaniales. Unie à la police de la voirie par les ponts, la « police des fleuves et rivières considère tour à tour la liberté du cours des fleuves, le curage, le chemin de halage et le marchepied, les rivages et les digues, les ports, les

38. Pour les parties du territoire national qui restent communes, et particulièrement des fleuves et des rivières, voir C. COMTE, *Traité de la propriété*, Paris, Chamerot et Ducollet, 1834, t. 1, chap. XII, p. 181.

39. Pour les tentatives de remise en cause de la dualité juridictionnelle et les attaques contre le Conseil d'État sous la Restauration, voir K. WEIDENFELD, *Histoire du droit administratif*, Paris, Economica, 2010, p. 58. Pour la dénonciation de la jurisprudence administrative en matière fluviale, voir A. DAVIEL, *Pratique des cours d'eau*, *op. cit.*, p. XII : « Ce n'est que par des extensions arbitraires que la jurisprudence administrative s'est formée sous l'empire, et se suit encore aujourd'hui » ; F.-N. BAVOUX, *Des conflits, ou empiètement de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*, Paris, J.-P. Aillaud, 1828, p. VIII.

40. Pour l'importance de l'eau dans les écrits fondateurs du droit public, voir « Cours d'eau », in L.M. de LAHAYE DE CORMENIN, *Questions de droit administratif*, Bruxelles, Wahler et C^{ie}, 1837, t. 1, 5^e éd., p. 62 : « §I. Des fleuves et rivières navigables et flottables » ; p. 62 : « §II. Canaux de navigation, de flottage et d'arrosage » ; p. 68 : « §III. Des cours d'eau non navigables ni flottables ». Voir également H. COLOMBEL, *De la juridiction administrative en France*, Paris, Joubert & Pesron, 1840 ; J.-M. de GÉRANDO, *Institutes du droit administratif français...*, *op. cit.*, p. 42 (« des Eaux ») et p. 435 (« Des matières que le conseil juge administrativement ») ; L.-A. MACAREL, *Éléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues, par le conseil d'État en matière contentieuse*, Paris, Dondey-Dupré, 1818, t. 1, p. 390, sect. 3, §1^{er} : « Règles applicables à toutes les rivières » et p. 403, §2 : « Règles applicables aux Rivières navigables et flottables ».

concessions d'eaux, les dérivations, les bacs et bateaux, les ponts »⁴¹. L'État « gardien » de la voie publique fluviale dispose d'un pouvoir de police de contravention de grande voirie⁴², hérité de la loi du 19 floréal an X, dont l'article premier vise « toutes espèces de détériorations commises [...] sur les canaux, fleuves et rivières navigables ». Cette police de surveillance du domaine s'exerce sur une gamme d'atteintes polymorphes, « réprimée et poursuivie par voie administrative » (art.1), notamment par les conseils de préfecture⁴³. La gamme des atteintes réprimées est assez large⁴⁴ : installations, saignées, ouvertures et prises d'eau illicites sur les rivières, modification de cours des eaux, fichage de pieux, édification de digues, d'usines sans autorisation, abandon de branchages, de marchandises, d'outillages voire de véhicules, extraction de matériaux ou encore jets et rejets de substances insalubres, dont la répression s'accroît au XIX^e siècle.

En revanche, la police des eaux ni navigables ni flottables est polémique, puisqu'elle suppose une intervention du droit public dès que « l'exigence d'un intérêt public s'y manifeste »⁴⁵. Et Gérando d'évoquer « les règles relatives au curage ; l'établissement des moulins et usines ; le règlement de la hauteur des eaux : les canaux d'arrosement, et les distributions régulières des irrigations »⁴⁶. La doctrine publiciste détaille les compétences des principales autorités administratives sur les eaux ni navigables ni flottables, sur lesquelles les prérogatives de police administrative suscite le débat. Cormenin expose en seize paragraphes les attributions très larges du ministre de l'Intérieur et des préfets sur les eaux⁴⁷. Celles-là donnent à l'administration tous « les moyens de

41. Voir « Navigation naturelle », in J.-M. de GÉRANDO, *Institutes du droit administratif français...*, *op. cit.*, p. 45.

42. Pour la dimension protectrice du domaine public fluvial de la contravention de grande voirie, voir G. ARZUL, *Le renouveau du droit du domaine public fluvial*, Paris, Johanet, 2008, p. 218. Certains ont pu voir dans la contravention de grande voirie le premier instrument de protection de l'environnement, voir J.-P. BADY, *Protection des cours d'eau et domanialité public fluvial*, Thèse, Droit, Pau, 1979.

43. Pour une illustration dans le Var, voir H.-L. BOTTIN, « Le contentieux de grande voirie fluviale devant le Conseil de préfecture à l'occasion de l'endiguement de la rive gauche du Var (1860-1865) », *La justice administrative à Nice (1800-1953). Du Conseil de préfecture au Tribunal administratif*, sous la dir. d'O. VERNIER et M. ORTOLANI, Nice, Serre éditeur, 2006, p. 125 : « Le contentieux de la grande voirie trouve son origine dans les procès-verbaux dressés par les agents de l'administration assermentés, dans l'exercice de leur fonction de sauvegarde du domaine public ».

44. Pour des exemples fourmillants et détaillés de contraventions, voir A. PICARD, *Traité des eaux...*, *op. cit.*, t. 3, pp. 296-311.

45. « Du Régime des eaux qui ne sont ni navigables ni flottables », in J.-M. de GÉRANDO, *Institutes du droit administratif français...*, *op. cit.*, p. 45.

46. *Ibid.*

47. Pour les seize points concernant les compétences des préfets relatives aux cours d'eau non navigables ni flottables, voir L.-M. LAHAYE DE CORMENIN, *Questions de droit administratif*, *op. cit.*,

procurer le libre cours des eaux »⁴⁸. Outre l'homologation du règlement d'eau, la surveillance du bon écoulement des eaux et la défense contre les inondations, cette tutelle comprend l'inspection des opérations techniques – réglementation des barrages, usines, vannages, biefs, modalités et fréquence du curage – et les principaux actes juridiques qui s'y nouent. L'absence ou le refus de fixation de la hauteur des eaux est assimilé à un « déni de justice ». Cette surveillance passe notamment par l'instauration des premiers syndicats sur les cours d'eau ni navigables ni flottables, comme l'illustre l'ordonnance royale du 15 décembre 1824, délivrée pour l'irrigation des prairies qui bordent les rivières de Saffimbec et de Sainte-Austreberthe. Elles sont alors au centre des intérêts divergents entre les « propriétaires riverains » et les « propriétaires d'usines »⁴⁹. Après avis du Conseil d'État, l'ordonnance institue une « commission syndicale chargée d'assurer l'exécution » de la réglementation et dont les membres sont nommés par le préfet⁵⁰, garant de l'intérêt général. Les conseils de préfecture, « institués pour se prononcer sur toutes les matières contentieuses administratives »⁵¹, sont amenés à trancher les litiges des cours d'eau relatifs :

- au « paiement des dépenses occasionnées par le curage des rivières non navigables, et par la réparation des digues et autres ouvrages d'art »,
- à « la destruction des travaux faits sur un cours d'eau sans autorisation »,
- aux « difficultés relatives à l'abaissement et à la réparation des gués »,
- aux règlements de « salubrité publique »,
- aux règlements sur la « hauteur des rivières et la dimension des biez »,

pp. 69-76.

48. *Ibid.*, p. 69.

49. « Ordonnance du Roi du 15 décembre 1824 », in T. RAVINET, *Code des ponts et chaussées et des mines ; ou, Collection complète des lois, arrêtés, décrets, ordonnances, règlements et circulaires concernant le service des ponts et chaussées et des mines*, Paris, Carilian-Gœury, 1829, t. 2, p. 678 : « Considérant que l'usage des eaux desdites rivières est réclamé, d'une part, par les propriétaires riverains, de l'autre par les propriétaires des usines situées sur leur cours ; considérant qu'il importe de concilier les divers intérêts par un règlement dont les dispositions concordent avec les anciennes habitudes, en même temps qu'elles satisferont aux nouvelles conditions dont l'expérience a fait connaître la nécessité ».

50. *Ibid.*, p. 679 : « Les membres du syndicat seront nommés pour cinq ans et renouvelés par cinquième tous les ans, dans les premiers jours de juillet, la voie du sort indiquera, pendant les quatre premières années, les membres sortants ; ils seront indéfiniment rééligibles ».

51. « Décret du 6 décembre 1813 », in A. DAVIEL, *Pratique des cours d'eau, op. cit.*, p. 68.

- au paiement des « frais occasionnés par la construction d'un canal non navigable »,
- aux « contestations élevées sur l'exécution des travaux nécessaires à l'établissement d'une fontaine »,
- au « règlement des indemnités dues à raison du chômage des usines par suite des travaux publics »,
- aux « contestations qui s'élèvent entre les communes et l'État »,
- aux « contestations entre l'administration des contributions indirectes et les communes, sur la perception des droits de passage d'eau », les contestations relatives à la confection des travaux et au recouvrement des rôles lorsqu'il s'agit d'ouvrages exécutés sur une rivière non navigable ni flottable, la démolition des ouvrages construits en contravention aux ordonnances d'autorisation, sur les réclamations contre la formation des rôles de contribution.

Face à cette extension des compétences administratives, se développe une forme de résistance des praticiens civils, d'autant que les juridictions civiles sont pourvues de compétences sur les eaux, que Cormenin ou Macarel inventorient par ailleurs précisément⁵². D'autres praticiens tendent à envisager les « conseils de préfecture » comme des juridictions d'exception, qui ne peuvent connaître que des choses spécialement attribuées par la loi. Des auteurs tels Bavoux ou encore Daviel dénoncent la multiplication des empiètements juridictionnels de l'autorité administrative, dont la matière offre une multitude d'exemples significatifs. Dans son *Pratique des cours d'eau*, Daviel tire un constat amer : « Au milieu des essais, si malheureux, qui se sont tour à tour disputés la France, l'indépendance des tribunaux a dû plus d'une fois gêner des volontés qui voulaient être souveraines : les agents administratifs, au contraire, mobiles et révocables à volonté, présentaient des instruments plus souples et plus dociles. De là, cette immortelle tendance à étendre l'action administrative au préjudice de la juridiction des tribunaux »⁵³ ! Bavoux évoque le cas typique des cours d'eau non navigables ni flottables parmi les cas manifestes de « conflits ou empiètements de l'autorité administrative » qu'il analyse. L'administration lui apparaît comme une machine arbitraire à « percer le pouvoir judiciaire »⁵⁴. À propos d'un

52. Pour les compétences des tribunaux civils sur les eaux, voir L.-M. de LAHAYE DE CORMENIN, *Questions de droit administratif*, op. cit., p. 79 ; L.-A. MACAREL, *Éléments de jurisprudence administrative...*, op. cit., p. 400.

53. A. DAVIEL, *Pratique des cours d'eau*, op. cit., p. IX.

54. Pour la longue dénonciation de l'invasion administrative, voir F.-N. BAVOUX, *Des conflits, ou empiètement de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*, op. cit., p. VIII : « L'administration,

conflit survenu le 19 mars 1820 entre le tribunal de Belfort et le préfet du Haut-Rhin, Bavoux dénonce par exemple l'absence de base légale pour justifier certaines décisions du Conseil d'État, demandant « sur quelle loi le Conseil d'État a fondé la nécessité de cette autorisation pour les rivières non navigables »⁵⁵. Dans une autre affaire consacrée aux bacs, datée du 28 août 1827, il récuse la fausse interprétation de la propriété des bacs établis sur les rivières non navigable sur laquelle l'autorité administrative s'arroge des droits⁵⁶, en s'appuyant sur une lecture abusive de la loi du 6 frimaire an VII (26 novembre 1798). Les effets de cette loi sont abusivement et à volonté élargies sur les petits cours d'eau, alors que « cette loi [...] tant d'après sa rubrique, que d'après les dispositions qu'elle renferme, ne mentionne partout que les bacs et bateaux sur les fleuves, rivières et canaux navigables »⁵⁷. Selon Bavoux, en « étendant » cette loi « aux rivières non navigables », on la fait sortir des limites dans lesquelles elle a été circonscrite ; on attente aux propriétés particulières que la loi n'a point eu en vue de régler »⁵⁸. Ces exemples mettent en évidence l'existence d'une véritable concurrence sur les cours d'eau entre autorité administrative et tribunaux judiciaires, qui n'est pour l'auteur qu'un reflet saillant du « conflit » global qu'ils se livrent sur de nombreuses matières⁵⁹. Ces conflits de juridiction causent d'après Bavoux « une plaie ouverte sur notre corps social »⁶⁰ et conduisent à « arracher [...] aux citoyens leurs juges naturels, pour leur en imposer de choisis parmi les créatures de ministres, qui ne veulent d'autre justice que celle qu'ils distribuent »⁶¹. La théorie du ministre-juge est d'ailleurs l'objet de caricatures violentes, rapprochant les ministres du roi à des « pygmées

qui veut s'infiltrer partout, s'est présentée aussi pour percer le pouvoir judiciaire [...] ».

55. *Ibid.*, p. 377.

56. *Ibid.*, p. 261 : « C'est à l'autorité administrative qu'il appartient de décider si la propriété d'un bac établi sur une rivière non navigable appartient encore à la personne qui la réclame, ou si c'est l'administration qui en est devenue propriétaire ».

57. *Ibid.*, p. 263.

58. *Ibid.*

59. Le Tribunal des conflits n'apparaît qu'avec la Constitution de 1848.

60. F.-N. BAVOUX, *Des conflits, ou empiètement de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*, op. cit., p. II.

61. *Ibid.*, p. I : « Le mot conflit n'a été jusqu'ici qu'un mot auquel peu de personnes attachaient un sens précis. Tout le monde sait ou sent instinctivement aujourd'hui, que c'est un acte de l'administration, qui tend à dépouiller les tribunaux, pour arrêter ou pour détruire leurs décisions : on y ajoute l'idée, qu'on arrache par là aux citoyens leurs juges naturels, pour leur en imposer de choisis parmi les créatures de ministres, qui ne veulent d'autre justice que celle qu'ils distribuent [...]. Rien n'égale leur impéritie que leur suffisance. Ils se croient enveloppés avec leurs paroles : ordre public, intérêt du roi, dévouement au roi, révolution, révolutionnaire, démocratie etc. »

arrivés à la tête de l'administration »⁶², avec à leur solde les préfets⁶³ et leurs commis, comparés à « des envahisseurs obscurs »⁶⁴, qui rognent progressivement tous les interstices où le magistrat, « qui manque d'indépendance » – tel un « soldat qui manque de courage »⁶⁵ –, les laisse s'infiltrer. Ces accusations se doublent d'une mise en cause de la cohérence de l'autorité administrative, dont les principes encore volatiles et « mobiles » – « organisation, personnes, matière, instruction, délai, décisions » – ne sont pas établis avec clarté⁶⁶. Bavoux pointe également l'absence de garantie face au pouvoir et la lenteur⁶⁷ des affaires jugées contradictoirement avec les préfets.

Pour mettre un terme, comme l'écrit Viollet, aux « effets désastreux des discussions sur les cours d'eau »⁶⁸, il est nécessaire de clarifier au préalable les voies de recours. De manière empirique et bien avant la reconstitution du Conseil d'État sous la monarchie de Juillet⁶⁹, les auteurs spécialisés tentent d'organiser les polices des cours d'eau, en proposant des chapitres entiers ou des appendices consacrés à la besogneuse et minutieuse répartition des attributions respectives des ordres administratif et judiciaire. Ces « primo-théoriciens spécialistes »⁷⁰ tentent de construire point par point, texte par texte, un abécédaire exact de la compétence des autorités administratives et judiciaires pour régler l'usage des eaux et les contestations qu'elles font naître⁷¹. C'est le cas du titre IV du tome IV du *Régime des eaux* de Garnier⁷², où il identifie « les

62. *Ibid.*, p. II. Bavoux en fait des « pygmées », sans autre recommandation que leur nullité et leur adjonction aux ennemis des libertés publiques !

63. *Ibid.*, p. VII : « Ces hommes qui sont des impôts jetés sur le département, qui sont le levier des ministres et dans leurs mains, qui ne sont placés que pour eux et non pour le pays ».

64. *Ibid.*, p. II.

65. *Ibid.*, p. II.

66. *Ibid.*, pp. V-VI : « Tout est si vague [...]. Ils puisent dans [l'amas] de décisions impériales, dont ils font et ordonnent une constante application. C'est encore pis avec leurs ordonnances nouvelles, lorsque, sous prétexte d'obscurité, ils fournissent des explications à leur convenance ».

67. *Ibid.*, p. VI : « L'affaire se traîne dans tous ces circuits, les poursuites ou l'exécution des jugements restent suspendues ; la chose litigieuse, qui avait toujours besoin d'être vite réglée, périt pendant ces délais, ou subit des dommages irréparables ». Pour faire écho à cette critique, voir les propos de Dupin aîné, in *Archives parlementaires*, deuxième partie, Chambre des députés, 10 avril 1828, t. LIII, p. 261 : « Rien n'égale le désespoir des plaideurs quand on leur annonce qu'ils seront jugés par le Conseil d'État ».

68. J.-B. VIOLLET, *Essai sur l'établissement et le contentieux des usines hydrauliques*, op. cit., p. 303.

69. Pour les réformes de 1830 à 1832, voir M. BOUVET, *Le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet*, Paris, LGDI, 2001.

70. M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2009, p. 28.

71. Pour un exemplaire caractéristique, voir F. X. P. GARNIER, *Régime des eaux...*, op. cit., t. 4, tit. IV.

72. *Ibid.*, tit. IV, p. 80.

attributions conférées » à l'autorité administrative, « partagées entre le pouvoir royal, le conseil d'État, les ministres, les préfets, sous-préfets, ingénieurs, maires, et conseils de préfecture »⁷³. Daviel consacre le chapitre v du titre I du *Pratique des Cours d'eau* au contentieux des « cours d'eau publics » et le chapitre quatrième du titre II au « contentieux » des « cours d'eau privés », en examinant les « compétences des tribunaux » et les « compétences administratives ». Il tente d'ailleurs de formuler les « dispositions communes » en matière de contentieux, dans un troisième titre de synthèse (chapitre III). Cette exigence suppose de prévoir des voies processuelles offrant des garanties aux administrés.

Cet effort des juristes spécialisés est à mettre en rapport avec l'arrêt Landrin du 4 mai 1826⁷⁴ et la timide et précaire reconnaissance en devenir d'un contrôle juridictionnel sur les actes de « pure administration ». Souvent lié à l'essor des « usines à eau », le contentieux portant sur les hauteurs d'eau et sur les cours d'eau ni navigables ni flottables constitue une matière aux origines, dans la pratique, du désormais classique « recours pour excès de pouvoir »⁷⁵. Avant le célèbre arrêt Landrin, de nombreuses demandes en annulation de règlements d'eau, fixant la hauteur des eaux des usines ou des moulins, comme l'arrêt Muteau du 18 juin 1823⁷⁶ ou l'arrêt Hainque⁷⁷, ont pu être portées devant le Conseil d'État,

73. *Ibid.*, tit. IV, p. 81.

74. « Arrêt Landrin », in T. RAVINET, *Code des ponts et chaussées et des mines...*, *op. cit.*, p. 135 : « Considérant que les arrêtés postérieurement pris par le préfet au sujet de cet alignement, sont de même incompétamment rendus ; considérant que l'alignement incompétamment donné par le préfet sur la demande du sieur Landrin, ne peut donner ouverture à action en indemnité contre l'administration ; notre Conseil d'État entendu, nous avons ordonné et ordonnons ce qui suit : art. I. L'arrêt du préfet du département de Seine-et-Oise, du 14 juillet 1823, est annulé, pour incompétence, dans la disposition seulement qui fixe l'alignement à suivre par le sieur Landrin, à l'extrémité de la rue basse de Saint-Ouen-l'Aumône ; sont également annulés, pour incompétence, les arrêtés du préfet du 13 janvier, 5 avril et 15 mai 1824 ».

75. Il s'agit de la procédure la plus ancienne devant les juridictions administratives avec le recours en inexistence d'un acte. Tout particulier peut former un recours pour excès de pouvoir contre une décision réglementaire, voir D. BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, Paris, LGDJ, 2003, pp. 34-35.

76. « 18 juin 1823 : Ordonnance qui rejette la requête du sieur Muteau, propriétaire du moulin de Fauverney », in T. RAVINET, *Code des ponts et chaussées et des mines...*, *op. cit.*, t. 2, p. 479 : « Considérant que notre ministre de l'Intérieur était compétent pour faire un règlement d'eau sur la rivière d'Ouche, qui n'est ni navigable ni flottable, mais que ces sortes de règlements ne peuvent être attaqués par la voie contentieuse ».

77. « Ordonnance du Roi du 22 décembre 1824 », in *Ibid.*, p. 682 : « Vu la requête du sieur Hainque, père, propriétaire du moulin de Notre-Dame, sur la rivière de Crise, département de l'Aisne [...] et tendant à ce qu'il nous plaise de le recevoir tiers-opposant à l'ordonnance royale du 15 mars 1822, qui règle les eaux de la partie inférieure de la rivière de Crise ; faisant droit sur cette opposition ordonner, au provisoire, que toutes choses demeureront en l'état, et qu'il sera sursis, en ce qui concerne l'exposant, à l'exécution, non encore commencée, des mesures prescrites par ladite ordonnance ; au principal, rapporter purement et simplement cette ordonnance, et la déclarer comme non avenue, en ce qu'elle fixe à soixante-quatre centimètres que le contrat du

afin d'en procéder à un contrôle. Ces requêtes ont tendu alors à déclarer « comme non avenue » des règlements d'administration publique par voie contentieuse, comme par exemple l'ordonnance royale du 15 mars 1822, sur le règlement d'eau, des usines de la rivière de Crise.

En effet, le règlement des hauteurs d'eau relève alors d'une qualification « d'acte purement administratif », inattaquable depuis l'Empire et insusceptible de recours par la voie contentieuse⁷⁸. Dans le *Pratique des cours d'eau*, Daviel dénonce sous la forme d'une satire cette forme d'immunité de l'action administrative, qui lui permet de se soustraire littéralement à la justice. L'avocat est d'ailleurs prolix d'anecdotes croustillantes, propres à ridiculiser la bureaucratie, lorsqu'il constate, à partir de quelques cas pratiques, la longueur des délais pour statuer sur la construction d'une usine et les arrangements qui en découlent. Il évoque la fixation des décisions, en général « très lente », les retards cacophoniques, le poids de l'« arbitraire » dans l'élaboration des décisions, qui concernent les ordonnances de règlement d'eau ou de permissions d'usines : « En traversant tant de bureaux, que de tribulations pour les sollicitateurs ! Là, règne une puissance occulte et mystérieuse qui, subalterne de nom, est souveraine en effet. C'est à elle qu'il faut se recommander, car c'est de son intervention que dépend le résultat ; on dirait que dans l'antichambre des préfets et du ministre, comme dans ce faubourg d'Athènes, il faut sacrifier aux dieux inconnus »⁷⁹.

La doctrine joue alors un rôle primordial dans ces matières d'eaux, à une époque où « la jurisprudence » du Conseil d'État est peu connue et le Conseil d'État, jusqu'en 1830, fait l'objet d'attaques à caractère politique ou de pratiques qui amoindrissent son autorité⁸⁰. Sous la monarchie de Juillet, chaque opuscule est ouvragé comme une pièce de combat. De véritables joutes doctrinales éclatent, prenant les juges pour témoins ou arbitres des duels, lorsqu'ils se rattachent à l'un ou l'autre courant

78 floréal lui assure [...] » ; « Vu la requête du Sieur Hainque père, auquel se joignent la dame Marie-Françoise Gelas, veuve Barraquin, propriétaire du moulin de Saint-Crespin, et le sieur Louis-Alexandre-Barthélemy, plusieurs propriétaires du moulin de la Place [...] tendant à ce qu'il nous plaise recevoir les requérants opposants à ladite ordonnance du 15 mars 1822, en ce qui touche le volume d'eau dont elle tend les priver, et en ce qui touche leurs constructions, dont elle ordonne la destruction [...] ».

78. Les décisions simplement administratives ne sont pas susceptibles de recours par la voie contentieuse, hors du contrôle du contentieux défini par le décret du 22 juillet 1806, voir K. WEIDENFELD, *Histoire du droit administratif*, op. cit., p. 174.

79. A. DAVIEL, *Pratique des cours d'eau*, op. cit., pp. xxxviii-xxxix.

80. Le roi a tendance, jusqu'à l'ordonnance de 1828, à « évoquer devant le Conseil d'État des affaires qui n'avaient rien d'administratif », « lui donnant quelques-unes des allures de l'ancien conseil du Roi ».

interprétatif. Ces controverses embrassent des querelles diverses, tour à tour juridiques, historiques ou techniques. Rives, Proudhon et Foucart s'opposent à Daviel, dans des termes parfois vifs. Daviel s'oppose à Proudhon. Rives ou Championnière s'opposent⁸¹. Se voulant le chantre d'une jurisprudence moderne, habitée par le progrès et l'expertise technique, Nadault de Buffon publie, dès les années 1830, contre la doctrine si établie de Garnier, Championnière ou encore Daviel⁸², dont il

81. Pour les controverses et joutes doctrinales sur le droit des cours d'eau, voir M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880, op. cit.*, p. 111. Sur l'opposition entre Daviel et Proudhon, voir A. DAVIEL, *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau*, Paris, Charles Hingray, 1837, t. 2, p. 3 : M. Proudhon a essayé d'établir que « d'après les principes du raisonnement les cours d'eau doivent nécessairement rester dans le domaine de la loi ». Sur l'opposition de Rives à Daviel, Garnier, Championnière, voir D. A. RIVES, *De la propriété du cours et du lit des rivières non navigables ni flottables*, Paris, Firmin Didot, 1844, p. 31 : « On ne saurait, au surplus, sans se méprendre beaucoup, selon moi [...] en conclusion, comme M. Daviel [...] ». Sur les querelles doctrinales entre Rives et Championnière, voir P.-L. CHAMPIONNIÈRE, *De la propriété des eaux courantes, du droit des riverains et de la valeur actuelle des concessions féodales, contenant l'exposé complet des institutions seigneuriales et le principe de toutes les solutions de droit qui se rattachent aux lois abolitives de la féodalité*, Paris, Charles Hingray, 1846, p. 651, pour l'exercice du domaine direct : « Je ne sais comment M. Rives a pu voir l'exercice du domaine direct dans l'interdiction faite par Charles VII au maître des eaux et forêts du diocèse de Nîmes de prélever des amendes sur les habitants qui auraient chassé ou pêché hors des rivières et lieux royaux » ; *Ibid.*, pp. 3-4, pour l'antériorité de la possession des terres sur celle des eaux : « La plus curieuse des controverses [...] est assurément celle qui s'est élevée sur le point de savoir si la prise de possession des terres par l'homme a précédé l'existence des eaux courantes. [...] L'auteur invoque l'opinion de Tarbé de Vauxclairs, de M. Proudhon et aussi de M. Koutorga, professeur russe, jurisconsultes qui se sont également occupés de l'objection géologique, et dont l'autorité ne saurait plus laisser la question douteuse. À cette considération au moins antédiluvienne, ces derniers juristes en opposent une autre un peu moins reculée dans les origines humaines, mais cependant encore assez voisine du premier homme pour satisfaire pleinement aux conditions de la loi naturelle. Ils racontent que les peuples se sont d'abord établis sur les bords des ruisseaux, et ils affirment que dans l'occupation des terres riveraines les particuliers n'ont compris que le solide, respectant le liquide et le prenant pour limite infranchissable. Cette assertion historique semble certaine à M. Proudhon [...]. La chose ne paraît pas moins assurée à M. Tarbé de Vauxclairs [...]. M. Rives enchérit sur M. Proudhon et précise singulièrement sa proposition : citant trois ou quatre extraits de Ducange, v° *Riparia* [...] il en conclut que "les héritages adjacents des petites rivières les eurent toujours pour confins dans leurs titres". [...] Il m'a été plus facile de vérifier ce dernier fait que celui de l'établissement primitif des hommes, et j'ai reconnu qu'il est complètement erroné » ; *Ibid.*, p. 7, pour les divergences sur les sources féodales : « Les jurisconsultes féodaux [...] étaient bien éloignés de leur donner le sens admis par M. Rives ».

82. Pour la critique des opinions respectives de Championnière et surtout de Daviel, jugé dogmatique, voir B. NADAULT DE BUFFON, *Considérations sur le régime légal des eaux de sources naturelles et artificielles en ce qui touche spécialement l'agriculture, l'industrie, le commerce et autres intérêts généraux, documents pour la rédaction du Code rural*, Paris, Marescq aîné, 1877, p. 1 : « Une telle doctrine, si elle venait à prévaloir, serait subversive à l'aménagement rationnel des cours d'eau, en vue de l'intérêt général. Elle nous a donc paru devoir être énergiquement combattue ; et c'est ce qui a eu lieu ; d'abord par la publication, à ladite époque, de l'ouvrage intitulé *Des usines et autres établissements des cours d'eau*, dans lequel ont été rétablis les vrais principes. Nos efforts sur ce point ont été couronnés de succès ; puisque ces mêmes principes, désormais unanimement admis, tant par l'autorité administrative que par l'autorité judiciaire, servent aujourd'hui de base à la nouvelle jurisprudence ».

condamne « l'opinion très arrêtée »⁸³. Dans son traité sur les *Usines sur les cours d'eau*, l'ingénieur souligne les incohérences et la précarité des arguments adverses, ainsi « M. Garnier [qui] donne son opinion sans la motiver »⁸⁴ ! « Est-il nécessaire de remarquer que la plupart de ces opinions de M. Garnier, et notamment l'idée d'une propriété exclusive sur les eaux d'une rivière navigable, idée qui domine dans cette discussion transgressent tous les principes, généralement admis dans cette matière ? On a pu voir, d'après les détails donnés dans ce chapitre, que les propriétaires d'usines pourraient être gravement induits en erreur, en suivant à la lettre, dans la matière qu'il s'agit, les préceptes du jurisconsulte »⁸⁵. Ces discussions animées n'excluent pas des lignes de convergence dans la formation d'une matière, qui se structure progressivement, au fil des publications⁸⁶. La diversité des approches et des points de vue caractérisent l'analyse d'une police administrative des cours d'eau en décoction.

B. Controverses autour des petits cours d'eau

À la lecture du texte définitif et notamment des deux premiers articles de la loi du 15 avril 1829⁸⁷, il existe donc une classe de cours d'eau dans le « domaine public », qui s'oppose à une classe de cours d'eau dans le « domaine privé », sans que les parlementaires ne tranchent le cas des « rivières publiques non navigables » proposé par des auteurs comme Proudhon et qui créé alors des remous dans la doctrine publiciste et chez les praticiens spécialisés. Certains parlementaires prennent d'ailleurs parti pour l'une ou l'autre thèse – ainsi le ministre des Finances Roy s'exprime dans le sens d'une « propriété publique »⁸⁸ à l'inverse

83. *Ibid.*, p. III.

84. B. NADAULT de BUFFON, *Des usines sur les cours d'eau, développements sur les lois et règlements qui régissent cette matière à l'usage des fonctionnaires de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, des ingénieurs, des avocats, architectes et experts, des propriétaires d'usines, et des propriétaires riverains*, Paris, Carilian-Gœury et Dalmont, 1840, t. 1, p. 66.

85. *Ibid.*, pp. 410-411.

86. Pour les concessions et les lignes de convergence, au-delà de la polémique, voir par exemple P.-L. CHAMPIONNIÈRE, *De la propriété des eaux courantes...*, *op. cit.*, p. 644 : « M. Rives a très complètement établi ce passage des grandes rivières du domaine public dans le domaine privé, et pour démontrer ce même fait [...] je me contenterai d'indiquer le travail de ce savant magistrat ».

87. « Loi du 15 avril 1829 », in J.-J. BAUDRILLART, *Code de pêche fluviale, avec un commentaire des articles de la loi, les motifs de cette loi, la discussion aux deux chambres, des modèles de procès-verbaux pour délits de pêche, etc. suivi d'un Dictionnaire de la pêche fluviale... ouvrage accompagné d'un atlas composé de 23 planches gravées par M. Tardieu*, Paris, Arthus Bertrand, 1829, t. 1, pp. 433-434.

88. « Discussion à la Chambre des députés en 1829 », in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, Ordonnances, Règlements, avis du Conseil d'État*, Paris, A. Guyot, 1838, 38 tomes, t. 29, p. 84 : « La question de savoir si les riverains sont propriétaires paraît devoir être décidée

du baron Boissel de Monville et de Chantelauze⁸⁹. Mais la question de la propriété n'est pas l'objet affiché de la loi, qui n'a pas pour but de donner « une définition nouvelle des rivières navigables et flottables » mais « d'expliquer quelles sont, parmi ces rivières, celles où la pêche sera exercée au profit du gouvernement »⁹⁰. L'intervention de Favard de Langlade s'avère très claire sur ce point : « Il ne sera donc question que de l'exercice du droit de pêche dans les fleuves, dans les rivières, dans leurs embranchements, et en général dans les cours d'eau qui ne sont point une propriété particulière »⁹¹ et dont « l'entretien est à la charge de l'État ». Dans l'étendue des rivières, l'article premier de la loi de 1829 précise que le droit de pêche appartient à l'État, hormis l'exception de droit fondé en titre. Mais le principe d'une surveillance générale de l'administration se dégage très nettement.

Si la législation n'offre pas la moindre définition de la propriété ou de la domanialité des cours d'eau, elle est au moins à l'origine d'une révolution administrative : le classement des cours d'eau. Assez empiriquement, il est décidé de mener, sous la direction de chaque préfet⁹², un repérage systématique des rivières et des canaux, département par département, au cas par cas. C'est d'ailleurs le sens de l'article 3 de la loi du 15 avril 1829, qui récusé le conceptualisme et s'en remet à des descentes sur place pour figer le relevé administratif des rivières, où le droit de pêche sera exercé au profit de l'État⁹³. La loi préconise la classification par « ordonnances royales, insérées au Bulletin des lois, [qui] détermineront, après une enquête *de commodo et incommodo*, quelles sont les parties des fleuves et des rivières, et quels sont les canaux [...] où le droit de pêche sera exercé au profit de l'État »⁹⁴. Prises en application de la loi de 1829, ces enquêtes conduites par des commissions des ponts et chaussées, des forêts et du domaine aboutissent, quelques années plus tard, à l'adoption de la première nomenclature administrative des rivières domaniales, le 10 juillet 1835 sous la monarchie de Juillet.

négalement dans l'état actuel de la législation ».

89. « Exposé des motifs de la loi sur la pêche fluviale par M. le marquis de Bouthillier, à la Chambre des pairs, 1829 », in *Ibid.*, t. 18, p. 71 et p. 73.

90. « Discussion à la Chambre des pairs en 1828 », in *Ibid.*, p. 71.

91. « Exposé des motifs du projet de loi sur la pêche fluviale par M. Favard de Langlade, commissaire du Roi », in *Ibid.*, p. 53.

92. « Exposé des motifs de la loi par M. de Bouthillier, commissaire du Roi », in *Ibid.*, p. 42.

93. « Discussion à la Chambre des députés en 1829 », in *Ibid.*, p. 80. Dans le projet de loi, le premier paragraphe était ainsi conçu : « Il appartient au Gouvernement : 1° de déclarer quelles sont les parties des fleuves et rivières et quels sont les canaux désignés dans les deux premiers paragraphes de l'art. 1^{er} où le droit de pêche sera exercé au profit de l'État ».

94. « Loi du 15 avril 1829, art. 3 », in J.-J. BAUDRILLART, *Code de pêche fluviale...*, *op. cit.*, p. 434.

Esquivant le « guépier doctrinal », les parlementaires de 1829 fondent la loi sur le droit de surveillance générale de l'administration. « L'autorité publique », précise le baron de Barante, doit être distincte de la « propriété », car il ne faut pas confondre « ce qui appartient à l'autorité publique et ce qui constitue la propriété de l'État »⁹⁵. En se fondant sur l'article 715 du Code civil, les parlementaires invoquent un droit de surveillance, fondé sur le « principe de l'intérêt général ». Plutôt que d'affronter une appropriation délicate et dont les effets conduiraient à des expropriations en cascade, c'est par le biais de la police administrative, alors en plein essor, que l'on entend maintenir la prédominance et l'arbitrage de l'État sur les eaux non domaniales. Cette option est justifiée et trouve en tout cas un argument physique : les ressources halieutiques forment une masse, qui ne peut être envisagée qu'à l'échelle d'un bassin, solidairement⁹⁶, les poissons ignorant le « domaine privé » et le « domaine public » – comme le remarque avec malice le Marquis de Malleville.

Quelques décennies plus tard⁹⁷ ont vu éclater une « masse considérable » de documents – « investigations historiques, examen des textes du droit romain, arguments tirés de nos lois modernes » – sur la théorie, l'usage et la propriété des eaux courantes. Partagée en divers systèmes d'interprétation, la qualification des cours d'eau non navigables ni flottables met en abyme une querelle portant à la fois sur la définition du « domaine public » et sur les limites de la soumission du propriétaire – ou du titulaire de droits qui en sont démembrés – à la loi et aux règlements administratifs. La propriété du cours d'eau navigable naît-elle de la loi ou bien la loi se contente-t-elle d'en légitimer l'existence antérieure ? L'enjeu n'est ni plus ni moins que de garantir la propriété

95. « Discussion à la Chambre des députés en 1829 », in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète...*, *op. cit.*, t. 29, p. 85.

96. « Rapport de M. le marquis de Malleville, au nom de la Commission de la Chambre des pairs », in *Ibid.*, p. 51 : « Le poisson étant né pour les eaux, circule successivement dans toutes celles qui sont coulantes, et n'appartient pas plus à telle rivière ou à telle portion de rivière qu'à telle autre. Au temps de frai, il remonte souvent jusque dans les petits ruisseaux ; il préfère alors les lits les plus resserrés, et notamment ceux dont les eaux sont limpides et les bords ombragés d'arbustes. Il ne saurait donc être permis aux propriétaires riverains des rivières et ruisseaux dans lesquels ils ont droit de pêche, ni d'attaquer le poisson au temps de sa reproduction, ni d'employer pour le prendre, en quelque temps que ce soit, des moyens qui pourraient dépeupler les rivières, ni de chercher à le fixer dans les parties de cours d'eau, qui traversent ou bordent leurs propriétés, par des barrages, grilles ou autres ouvrages qui l'empêcheraient entièrement de monter ou descendre dans les autres parties des rivières ou ruisseaux ».

97. L. DORLENCOURT, « De la propriété des cours d'eau », *Revue pratique de droit français : jurisprudence, doctrine, législation*, 1858, t. 4, p. 305 : « La théorie juridique de l'usage et de la propriété des eaux courantes paraît malheureusement encore loin d'être fixée, malgré tant de savants travaux auxquels elle a donné lieu depuis plus de soixante ans ».

et de limiter les prérogatives de l'État sur les cours d'eau particuliers, à une époque où des « contestations nombreuses », d'après la lettre même de la loi du 15 avril 1829, existent sur la « classification des rivières »⁹⁸. Certains auteurs de la doctrine domaniale ou des ponts et chaussées vont jusqu'à amalgamer droit de police et propriété des petites rivières pour l'incorporer au « domaine public » de l'État, au détriment de la maîtrise souveraine des particuliers. Cette vision extensive de la domanialité fluviale est combattue avec pugnacité par la doctrine majoritaire, qui fait reproche à l'administration de soumettre entièrement ce type de propriété à la volonté du législateur – voire à l'arbitraire et aux abus de l'administration. La méthode employée dans ces controverses est révélatrice de la synthèse opérée sous la Restauration, afin de dépasser les contradictions de l'ancien droit et des régimes successifs révolutionnaires ou impériaux. En l'absence de « Code administratif » et du demi-échec du « Code rural », en raison de défaillances du système légal sur cette partie du droit et des silences du « Code civil », les jurisconsultes vont bâtir le droit des cours d'eau en se référant à l'histoire du droit, au droit comparé et à l'étude des législations⁹⁹ et de la jurisprudence.

Les premières théories sur les cours d'eau ont été pensées dans le cadre d'une certaine contradiction des points de vue. La fragilité et les incertitudes du droit ont été propices à une relative inventivité. De nombreux praticiens contemporains comme le juriste Paul Denozière, ingénieur général du génie rural des eaux et des forêts, ou encore Guy Arzul, administrateur aux voies navigables de France, qualifient, à la suite de Picard et Hauriou, ces propositions en « systèmes »¹⁰⁰. De manière classique, quatre groupes ont été distingués aux origines de la théorie juridique des cours d'eau. Certes, la question de la propriété doit être

98. « Loi relative à la pêche fluviale », in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète...*, *op. cit.*, t. 28, p. 42.

99. Pour la richesse aujourd'hui insoupçonnée des controverses, voir J.-L. GAZZANIGA et X. LARROUY-CASTERA, « Le droit de l'eau et les droits de l'eau dans une perspective historique », *Histoire d'une eau partagée*, sous la dir. d'O. AUBRIOT et G. JOLLY, Aix-en-Provence, Publication de l'Université de Provence, 2002, p. 23 : « Les uns défendant la propriété privée des riverains, les autres la domanialité des cours d'eau. Le droit romain, les coutumes et la législation révolutionnaire leur fournissaient tous les arguments ».

100. Pour la catégorisation de ces quatre systèmes d'interprétation, voir P. DENOZIÈRE, *L'État et les eaux non domaniales*, *op. cit.*, p. 7 : « Pour ce qui regarde le statut légal des cours d'eau non domaniaux, en l'absence d'intervention du législateur, les auteurs ont continué à se partager au cours du XIX^e siècle entre les quatre systèmes [...] avec des arguments tirés, à l'époque, surtout de la rédaction de divers articles du Code civil mais aussi du droit de l'époque féodale et même des lois romaines : 1^{er} système : domanialité publique (Proudhon et Rives), 2^e système : propriété privée sur le lit et les eaux (Daviel, Championnière, etc.), 3^e système : droit de propriété des riverains sur le lit (d'après l'article 552 du Code civil) et classement des eaux parmi les choses communes (article 714 du Code civil), 4^e système : classement du lit et des eaux parmi les choses communes ».

distincte de celle de la police. Pourtant, imprégnés par la résurgence de la thèse du domaine éminent de l'État, de nombreux auteurs ont encore du mal à distinguer attributs de la souveraineté politique et propriété sur les cours d'eau ni navigables ni flottables. C'est pourquoi les débats sur la police des cours d'eau sont indissociables du régime des eaux.

Ces difficultés paraissent d'autant plus nettes que la définition juridique globale des cours d'eau est soigneusement esquivée par la loi du 15 avril 1829, comme le prouve la lecture des rapports Bouthillier¹⁰¹ devant les pairs ou Mestadier devant les députés, qui s'en tiennent à l'évocation prudente du « droit de surveillance, d'inspection, de juridiction exercée par l'État »¹⁰². La propriété des petits cours d'eau, traversée par les controverses doctrinales, semble alors particulièrement incertaine.

Soutenus par l'administration de l'enregistrement et des domaines, quelques juristes et praticiens, que l'on regroupe autour des travaux de Proudhon, défendent l'intégration des petits cours d'eau – notamment les rivières motrices – dans le domaine public, au même titre que les fleuves¹⁰³. Leurs travaux consacrent l'existence de « rivières publiques non navigables ». Reprenant point par point les arguments de La Poix-Fréminville et les rédactions antérieures des projets de Code civil¹⁰⁴, entre la Révolution et le Code civil, ces auteurs distinguent trois types de cours d'eau : « Les grandes rivières sur lesquelles s'exerce la navigation ou le flottage par trains et radeaux »¹⁰⁵, « les petites rivières dans le domaine privé quant à la jouissance des avantages qu'on en peut tirer »,

101. « Exposé des motifs de la loi sur la pêche fluviale par M. le marquis de Bouthillier... », *op. cit.*, t. 18, p. 65 : « Vous vous rappelez nobles pairs, qu'en ce qui touche le fond de cette propriété, la loi proposée ne change point la législation existante, et que, si elle présente une définition des rivières navigables ou flottables, cette définition n'a pour but que de restreindre l'exercice de la pêche appartenant à l'État, et de prévenir les contestations qu'il pourrait faire naître, si on lui donnait toute l'étendue que lui assigne le droit de propriété dont la pêche est un accessoire inséparable ».

102. « Rapport fait au nom de la commission chargée de l'examen du projet de loi relatif à la pêche fluviale par M. Mestadier, à la Chambre des députés, 1829 », *Ibid.*, p. 59 : « N'a-t-il pas été plus sage de laisser toutes les questions de propriété en dehors du projet sur la pêche, sans rien préjuger, rien ajouter, rien retrancher ? C'est ce qu'on vous propose ; l'exposé des motifs le déclare, le projet ne traite que de la pêche, et c'est ainsi que l'a entendu la commission ; en conséquence elle vous propose d'adopter la définition du mot flottable que donne l'article 1. Quel que soit le propriétaire du lit de la rivière "navigable ou flottable", le droit de pêche doit faire partie du droit de surveillance, d'inspection, de juridiction exercée par l'État dans l'intérêt général de la navigation et de l'approvisionnement des villes, des fabriques, des usines ».

103. Voir J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon, Lagier, 1834, t. 3, p. 333.

104. Pour un exemple de relecture doctrinale des travaux du comité des domaines de l'Assemblée constituante, voir D. A. RIVES, *De la propriété du cours et du lit...*, *op. cit.*, p. 78, citant notamment Jolivet et Treilhard.

105. J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine public...*, *op. cit.*, p. 322.

mais en distinguant la « petite rivière » du « simple ruisseau »¹⁰⁶. C'est le cas de Proudhon, qui réfutant un à un les arguments propriétaristes¹⁰⁷, considère dans le *Traité du domaine public*, que « le domaine public retient certainement [...] le droit très-foncier sur le corps et le lit des petites rivières »¹⁰⁸, sans se laisser abuser par les avantages, entre les mains des riverains. Pour Proudhon, il s'agit d'un « droit de superficie ou d'usufruit perpétuel en soit concédé aux riverains, pour la revendication et jouissance de divers avantages »¹⁰⁹. Cette situation se transforme même en contre-argument dans le *Traité du domaine public*, puisque « toutes les dispositions législatives qui accordent au propriétaire riverain des droits d'usage sur les petites rivières, supposent, de la manière la plus manifeste, que ces rivières elles-mêmes ne leur appartiennent pas : il serait absurde d'accorder à quelqu'un le droit de se servir de sa propre chose »¹¹⁰. Les rivières préexisteraient donc à l'occupation des terres.

Sous la monarchie de Juillet, ces arguments sont repris par Dominique Armand Rives, dont les articles et les réflexions antérieurs sont rassemblés dans *Propriété du cours et du lit des rivières non navigables ni flottables* en 1844. Dans cet opuscule, il justifie l'intégration des petites rivières dans le domaine de la Couronne, en s'en prenant frontalement aux thèses « propriétaristes »¹¹¹ de Daviel, Garnier, et dans une moindre mesure, de Chardon. En consacrant de longs détours par l'examen historique des sources antérieures à 1789, Rives conclut, comme Proudhon, que la loi des « 4-5 août 1789 n'attribua nullement aux riverains l'ancienne propriété des petites rivières publiques » et qu'il en est donc « des rivières publiques non navigables, de même que les chemins publics »¹¹². Ce courant doctrinal s'appuie également sur une

106. *Ibid.*, p. 323. La rivière se distingue par sa « grandeur », « la qualification qu'elle a reçue de la part des habitants de la contrée qu'elle traverse », son caractère pérenne et « non intermittent ».

107. *Ibid.*, p. 330.

108. *Ibid.*, p. 334.

109. *Ibid.*, pp. 334-335.

110. *Ibid.*, p. 353.

111. Sur les désaccords de Rives avec Proudhon et Daviel, voir D. A. RIVES, *De la propriété du cours et du lit...*, *op. cit.*, p. 10 : « M. Proudhon, approfondissant, beaucoup plus qu'on ne l'avait fait jusqu'alors [...] » ; contre Daviel, voir *Ibid.*, p. 8 : « En 1824, Daviel décide, dans son ouvrage intitulé *Pratique des cours d'eau*, que les citoyens, par l'abolition de la féodalité, ont recouvré leur propriété franche, comme leur personne ; que les riverains sont devenus proportionnellement propriétaires du lit des cours d'eau ; que l'État ne s'est substitué aux droits des seigneurs qu'en ce qui regarde la police des eaux, et non en ce qui concerne les droits de propriété sur leur lit et leurs rives... » ; contre Chardon, voir *Ibid.*, p. 13 ; contre Garnier, voir *Ibid.*, p. 12 : « Monsieur Garnier, publia, l'année suivante, son *Traité des rivières et cours d'eau de toute espèce*. Son opinion est conforme à celle de M. Daviel. Suivant lui, le rapprochement et la combinaison des différentes dispositions du Code établissent que les rivières non navigables et non flottables appartiennent aux riverains ».

112. *Ibid.*, p. 52

interprétation de l'article 563 du Code civil¹¹³ qui fait du lit abandonné un « terrain public »¹¹⁴ et sur l'article 644 du Code civil, supposé incompatible avec la doctrine de la propriété privée des cours d'eau¹¹⁵. Issu des Ponts et Chaussées¹¹⁶, de l'administration de l'enregistrement, du Conseil d'État, des administrateurs, ingénieurs ou agents du domaine avancent que l'administration peut rendre navigable n'importe quel cours d'eau, en indemnisant les propriétaires riverains, sans jamais rien leur verser pour le fonds de la rivière, supposé appartenir au domaine public. La controverse avec les « propriétaires » est d'ailleurs envisagée dans les termes d'une « lutte », « entre l'intérêt public et l'intérêt particulier »¹¹⁷, au profit de « l'ordre général de l'État »¹¹⁸. Appréciant les diverses solutions envisagées, les arguments de Proudhon apparaissent emblématiques de cette problématique et sont repris par le doyen Foucart, qui conclut : « Il n'y a peut-être pas un seul cours d'eau qu'il soit indifférent de livrer d'une manière complète à la propriété privée »¹¹⁹.

De l'autre côté de l'échiquier, la doctrine majoritaire se rallie à « l'appropriation du cours d'eau ni navigable ni flottable ». Elle se prononce *a contrario* des positions établies par Proudhon¹²⁰ en faveur du droit de propriété des riverains sur le lit et les eaux, avec l'aval des principaux auteurs spécialisés. Dès 1824, Daviel considère dans son *Pratique des cours d'eau* que « le lit d'un cours d'eau est une propriété foncière

113. Pour mémoire, la rédaction a été modifiée par la suite par la loi du 8 avril 1898 : « Si un fleuve ou une rivière navigable, flottable ou non, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé ».

114. Pour la qualification du lit abandonné en terrain public, voir J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine public...*, *op. cit.*, p. 348.

115. Sur l'incompatibilité supposée avec la propriété privée, voir P. BOITEAU, *Fortune publique et finances de la France*, Paris, Guillaumin, 1866, t. 1, p. 51 : « L'article 644 du Code corrige [...] l'imperfection de l'article 538 ».

116. L'administration des ponts et chaussées pratique un étatsisme de principe, voir Y. LECLERCQ, *Le réseau impossible (1820-1852)*, Genève-Paris, Droz, 1987, p. 115.

117. Sur l'interprétation de la controverse sur les rivières sous l'angle de la lutte de l'intérêt particulier contre l'intérêt général, voir D. A. RIVES, *De la propriété du cours et du lit...*, *op. cit.*, p. 96 ; J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine public...*, *op. cit.*, p. 339 : « C'est ainsi que, dans l'ordre de l'économie générale de l'état, les cours d'eau, même des petites rivières [...] si intimement liés aux intérêts de la société toute entière [...] doivent rester essentiellement dans le domaine de la loi ».

118. *Ibid.*

119. E.-V. FOUcart, « Dissertation sur la propriété des cours d'eau non navigables ni flottables », in *Éléments de droit public et administratif, ou Exposé méthodique des principes du droit public positif avec l'indication des lois à l'appui, suivi d'un appendice contenant le texte des principales lois et ordonnances de droit public*, Paris, Videcoq, 1843, t. 3, p. 417.

120. Pour l'exposition des positions de la thèse propriétaire adverse, voir J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine public...*, *op. cit.*, p. 330.

soumise uniquement aux règles générales de la propriété »¹²¹ et qu'« attribuer aux particuliers et non au Domaine les îles qui ne sont que des parties du lit mises à nu, c'est reconnaître évidemment que le lit lui-même est privé et non domanial »¹²². Garnier lui emboîte le pas en 1825 avec le *Régime des eaux*. Dans le *Traité du droit d'alluvion*, paru en 1830, Chardon considère de la même manière que « l'article 538 n'attribue à ce domaine que les cours d'eau navigables et flottables ; les autres sont donc aux riverains. Aussi l'article 644, en parfaite harmonie avec cette attribution tacite en faveur des riverains, reconnaît-il leur droit exclusif à toutes les eaux courantes, autres que celles désignées par l'article 538 »¹²³. La propriété des petites rivières appartient aux individus, sans que l'État intervienne, d'après l'article 561 du Code civil, jusqu'au milieu du lit aux « propriétaires riverains de chaque côté ». En marge de cette polémique, ces praticiens en nourrissent une autre, subséquente, autour de la défense de l'intégrité des droits des propriétaires riverains sur les cours d'eau. La contestation s'articule autour de la dénonciation du trop grand nombre de règlements administratifs, qui viennent à en nier les effets. En s'appuyant sur l'absoluité et « l'importance politique et morale que confère la propriété foncière »¹²⁴, ces auteurs développent une critique de la multiplication des lois et règlements sur les cours d'eau, qui tendent à restreindre excessivement les prérogatives du propriétaire, lesquelles constituent un ensemble « d'avantages » et « d'inconvénients »¹²⁵ cohérent¹²⁶. Soumis aux aléas du mouvement des eaux, le droit de propriété du lit ni navigable ni flottable comporte de nombreux éléments sur la propriété par accession, auquel Chardon consacre son traité de référence,

121. A. DAVIEL, *Pratique des cours d'eau*, op. cit., p. xvii.

122. *Ibid.*, p. xxiii et p. xxv.

123. O.-J. CHARDON, *Traité du droit d'alluvion, examen approfondi des droits de l'État et des riverains, sur les attérissements naturels et accidentels des fleuves, rivières et ruisseaux*, Paris, Tourneux, 1830, p. 91.

124. M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004, p. 177.

125. On retrouve cette distinction chez Garnier dans l'exposition même du droit dans ses ouvrages, voir F. X. P. GARNIER, *Régime des eaux...*, op. cit., t. 3, liv. II, tit. I, chap. 1 : « Des eaux, sous le rapport de leurs inconvénients » et chap. II : « Des eaux, sous le rapport de leurs avantages ». On retrouve cette rhétorique de la contrepartie des « avantages » et des « inconvénients » dans l'intervention de Favard de Langlade, commissaire du roi, au sujet de la « Loi relative à la pêche fluviale », in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète...*, op. cit., t. 29, p. 54 : « Ne serait-ce point en effet, messieurs, blesser la justice et l'équité que de refuser aux riverains l'exercice de la pêche, lorsqu'on songe aux dommages auxquels les expose la présence et le cours des eaux ; lorsqu'on considère surtout qu'ils ont à leur charge le curage et l'entretien de la rivière qui borde ou qui traverse la propriété » ?

126. Ces considérations initiales (avantages, inconvénients) sont à l'origine de la constitution d'un véritable droit de « riveraineté », composé de plusieurs éléments constitutifs, qui précèdent tant au droit de propriété du lit qu'à divers droits d'usage préférentiels : droit de prises d'eau, droit de pêche, travaux sur les cours d'eau, usages domestique, agricole ou industriel, voir J. de MALAFOSSÉ, « préface », in P. GOURDAULT-MONTAGNE, *Le droit de riveraineté : propriétés, usages, protections des cours d'eau non domaniaux*, Paris, Technique et documentation, 1994, p. 1.

dont les raisonnements sont très souvent repris, y compris par des commentateurs contemporains.

Alfred Daviel démontre surtout que la version définitive du Code civil ne s'inscrit pas dans le sens d'une incorporation domaniale. L'article 538 du Code ne comprend parmi le « domaine public » que les « rivières navigables », alors que les autres rivières sont envisagées sous les articles 556 et 557 sous l'angle exclusif du droit d'accèsion des alluvions et des relais. L'article 552 rappelle également que le propriétaire du sol l'est également du « dessous » et du « dessus ». En dépit de la prudence des auteurs généralistes, nombreux sont ceux qui s'accordent du moins à reconnaître que l'adoption du Code civil a introduit, comme l'écrit Troplong, une « grande innovation dans la propriété des rivières non navigables »¹²⁷ et que l'État n'y conserve désormais qu'un droit de superintendance, au nom de l'intérêt général. C'est le cas de Pardessus, Toullier, Isambert, Troplong ou encore Championnière¹²⁸. Sous la monarchie de Juillet, celui-ci entreprend dans son traité *De la propriété des eaux courantes* une réfutation complète des positions adverses¹²⁹, en déconstruisant le travail de Rives par une méthodique contre recherche historique. Ce travail de sappe vise à éclaircir les « conditions de la propriété foncière dans ses rapports politiques, tant sous le régime féodal que sous celui qui l'a renversé »¹³⁰. S'il concède à Rives que les seigneurs haut-justiciers ont pu détenir une partie de l'autorité publique, cette compétence s'est limitée à un droit de police, comme sur toute l'étendue de leurs terres. Les rivières du reste n'ont jamais fait partie du domaine de la Couronne, d'après le « règlement général » de 1669¹³¹.

127. R. T. TROPLONG, *Commentaire sur la prescription*, Bruxelles, Meline, Cans et C^{ie}, 1843, art. 2226, n° 145, pp. 92-93 : « Que dirons-nous des rivières non navigables ni flottables » ?

128. Pour les auteurs qui se rattachent à la thèse de la propriété des petits cours d'eau, voir J.-M. PARDESSUS, *Traité des servitudes*, Paris, Thorel, 1838, 2 vol ; R. T. TROPLONG, *Commentaire sur la prescription*, *op. cit.*, p. 95 : « Vous serez convaincus qu'il n'est pas possible que les riverains soient restés sans droit privé sur le lit des rivières non navigables » ; C. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a réuni la théorie à la pratique*, Bruxelles, Wahlen, 1837, t. 1, pp. 183 et s. ; F.-A. ISAMBERT, *Traité de la voirie*, Paris, Ladrangé, 1832, p. 219 : « Le gouvernement a la police et non la propriété des cours d'eau ; il ne peut, à l'occasion de l'exercice de ce droit de surveillance, imposer des conditions de dépossession sans indemnité pour le cas où il viendrait à rendre navigable une rivière qui ne l'est pas ».

129. P.-L. CHAMPIONNIÈRE, *De la propriété des eaux courantes...*, *op. cit.*, p. x : « Les dissertations de MM. Proudhon, Rives et Nadauld de Buffon résument tout ce qui a été dit dans l'intérêt du domaine, et ont été réfutées par M. Daviel [...] ».

130. *Ibid.*

131. Contre l'existence d'un droit domanial d'aucune sorte sur les petites rivières, voir *Ibid.*, p. 662 : « Comment supposer, avec M. Rives, que l'art. 41 de l'ordonnance de 1669 ait eu ce singulier effet d'attribuer au domaine un droit moindre sur les rivières qu'il déclarait propriété de l'État que sur celles qu'il exceptait virtuellement de l'appropriation ; et qu'alors que, dans les rivières navigables, le roi a dû respecter la possession des îles, attérissements, bacs, péages, droits

Au centre de cet antagonisme se dessinent d'autres solutions intermédiaires. Encore émergente sous la Restauration, la première d'entre elles ne se fixe définitivement qu'au cours de la monarchie de Juillet, sur le fondement de l'article 714 du Code civil. Cette solution, qui bénéficia longtemps des faveurs de la jurisprudence¹³² et des techniciens, range le lit et les eaux courantes parmi les « choses communes », qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous, en consacrant l'unité des différentes parties du cours d'eau. Initiée par Merlin, cette position de thèse est argumentée « par la nature et par la loi »¹³³ dans plusieurs ouvrages de Nadault de Buffon, avant qu'Alfred Picard ne la reprenne à la fin du siècle dans son fameux *Traité des eaux* : l'eau courante est comme l'air et les riverains ne disposent que de droits d'usage sur l'eau. Délaissant les querelles partisans, ces auteurs renvoient dos à dos « domanistes » et « propriétaires » : si l'article 538 ne range pas dans le « domaine public » les cours d'eau non navigables ni flottables, l'article 641 ne les énumère pas davantage parmi les objets d'appropriation privée, telles les sources. Hormis Merlin, les auteurs qui soutiennent cette proposition, émanent davantage du milieu des experts – ingénieurs des ponts et chaussées, hydrauliciens, ainsi Tarbé de Vauxclairs dans le *Dictionnaire des Travaux publics* et Nadault de Buffon dans son ouvrage *Des usines et autres établissements sur les cours d'eau*. Quelques auteurs la reprennent néanmoins par la suite à leur compte sous la monarchie de Juillet : Laferrière puis Demolombe, dans le *Cours de droit civil*. Envisagée du point de vue de l'État comme des administrés, cette solution est également très favorable à l'administration, qui se trouve investie d'une large marge de manœuvre pour trancher et définir *in fine* dans le sens de l'intérêt général. Nadault de Buffon résume bien cette position : « Que tout ce qui n'est pas de nature à nuire effectivement, soit à l'intérêt général, soit à l'intérêt particulier, doit être concédé en faveur de l'industrie »¹³⁴.

de pêche et autres droits, il a pu légalement dépouiller, sans indemnité, de ces mêmes droits les possesseurs des rivières non comprises dans l'art. 41 » ?

132. Pour une rétrospective de la jurisprudence, voir A. PICARD, *Traité des eaux...*, *op. cit.*, p. 234 : après une première phase « propriétaire », la Cour de cassation se « prononça formellement contre l'appropriation privée des eaux », dans l'affaire Pavin contre Montravel du 11 février 1834 : « Attendu que la pente des cours d'eau non navigables doit être rangée dans la classe des choses, qui suivant l'article 714 du Code civil, n'appartiennent privativement à personne, dont l'usage est commun à tous et réglé par les lois de police ; attendu que la prétention du demandeur, d'une propriété absolue sur la pente du cours d'eau dont il s'agit, n'est appuyée sur aucune concession spéciale ou possession ancienne, ce qui pourrait seul modifier l'application de l'art. 714 ».

133. B. NADAULT DE BUFFON, *Des usines sur les cours d'eau...*, *op. cit.*, p. 33.

134. *Ibid.*, p. 51.

Variation de cette troisième solution et de la thèse « propriétaire », le dernier système opte pour un découpage juridique de l'espace des cours d'eau ni navigables ni flottables, en distinguant plusieurs éléments constitutifs, dont le statut diffère : la propriété du lit revient aux riverains tandis que les eaux courantes demeurent des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous, à la manière de l'air ou de la mer, visés par l'article 714 du Code civil. Minoritaire, ce courant doctrinal est principalement défendu par Duranton dans le *Cours de droit français suivant le Code civil*.

Puisque la loi du 15 avril 1829 se refuse à trancher la question, ces divergences antagoniques empoisonneront tout le XIX^e siècle, avec leur lot de polémiques lancinantes, jusqu'à l'adoption de la loi du 8 avril 1898¹³⁵, qui opte pour le dernier système, pourtant minoritaire, dissociant le lit et les eaux courantes¹³⁶.

II. DES DOCTRINES DES COURS D'EAU AUX TRAITÉS DES EAUX

Les œuvres de Daviel, Garnier, Chardon, Tarbé de Vauxclairs, Ravinet, Proudhon, puis Nadault de Buffon, Championnière, Cotelle et tant d'autres spécialistes ne constituent pas des ouvrages isolés sur les problématiques du régime et de la police des eaux. Issu d'une tradition ouverte sur les disciplines scientifiques depuis l'Ancien Régime, le droit spécialisé se scinde en plusieurs groupes constitutifs : théoriciens du droit, hommes de l'art et ingénieurs, politiques, libres penseurs. Une dynamique, plus ou moins consciente d'organiser les sources, se traduit chez « ces primo-théoriciens spécialistes »¹³⁷ ou « administra-

135. Pour les possibles alternatives en 1898, une fois retranchés le système de la domanialité publique et celui de la propriété privée, voir P. DENOZIÈRE, *L'État et les eaux non domaniales*, op. cit., p. 61 : « Parmi les quatre systèmes de la condition juridique des cours d'eau proposés par les auteurs les plus contestés, d'une part celui de la domanialité publique et d'autre part celui de la propriété privée de ces cours d'eau, il ne restait, en fait, en présence à la fin du siècle que les deux autres systèmes prévoyant la troisième, la propriété privée du lit aux riverains et le classement des eaux parmi les choses communes au sens de l'article 714 du Code civil et le quatrième, classant également le lit et les eaux parmi les choses communes ».

136. Pour le triomphe du 4^e système (propriété privée du lit aux riverains et classement des eaux parmi les choses communes), voir *Ibid.*, p. 7 : « A. Picard penche nettement en faveur du quatrième système qui a eu finalement, vers la fin du XIX^e siècle, la préférence de la jurisprudence tant du Conseil d'État que de la Cour de cassation. Et pourtant, c'est le troisième système qui a prévalu par la loi du 8 avril 1898, bien que peu d'auteurs l'aient soutenu et malgré l'objection valable, partagée par A. Picard, du caractère indissociable des eaux et du lit. Les arguments qui ont été donnés lors de la discussion parlementaire en faveur de ce système sont particulièrement peu convaincants ».

137. M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, op. cit., p. 28 et p. 109.

tivistes ». À partir des problématiques issues de la police et du régime des eaux, certains auteurs entreprennent de véritables traités généraux sur le domaine de l'eau. Leur objectif vise à élaborer des solutions juridiques transversales et comparatives afin de présenter l'ensemble des polices des cours d'eau. Certains vont même jusqu'à proposer des traités de l'eau qui englobent une analyse comparée de toutes les eaux. Dans cette perspective, de nouvelles méthodologies sont souvent utilisées afin de combler les lacunes législatives. Les experts des cours d'eau introduisent notamment l'histoire et le droit comparé de l'eau.

A. L'écheveau des doctrines du droit des cours d'eau

Les auteurs à l'origine du domaine public fluvial offrent une forme de segmentation caractéristique de la formation du droit administratif. Les travaux de cette génération témoignent de l'émergence d'un agencement rationnel des sources du droit administratif. Cette réorganisation ne répugne pas aux références de l'ancien droit. À compter des années 1830-1840, le budget de chaque année fait d'ailleurs référence aux principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité des eaux navigables et flottables¹³⁸. Tirant le bilan des dernières décennies, les juristes contribuent à façonner les bases du modèle juridique français du domaine public et du droit administratif. Les premières années de la Restauration apparaissent de ce point de vue comme un moment clef de l'histoire juridique. Le constat est identique dans la doctrine du droit de l'eau, où les publications fourmillent. Sous l'influence de nouveaux courants de pensée, les définitions juridiques légales apparaissent comme des « moments » de la connaissance du droit, que la théorie doit interpréter au regard d'un système de lecture, tant pour éclairer la pratique que pour construire l'avenir du droit. Les acteurs de cette rénovation de la science administrative apparaissent, de la Restauration à la monarchie de Juillet. Les premiers traités généraux sont rédigés sous la III^e République.

Les auteurs de la doctrine du droit domanial des rivières forment un vivier pluridisciplinaire, à la charnière des disciplines des droits public et civil, de la science et de la politique. Autour de ces pôles, il est possible

138. Ainsi la loi portant fixation du budget des recettes de l'exercice 1843, voir C.-M. GALISSET, *Corps du droit français ou recueil complet des lois, décrets, ordonnances, sénatus-consulte, règlements du conseil d'État, rapports au roi, instructions ministérielles, etc., publiés depuis 1789 jusqu'à nos jours*, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1845, t. 7, p. 531 : « Continuera d'être faite au profit de l'État, et conformément aux lois existantes, la perception des redevances pour permission d'usines et de prises d'eau temporaires, toujours révocables sans indemnité sur les canaux et rivières navigables ».

de dresser un inventaire d'artisans et de rédacteurs, qui constituent dès l'orée des années 1820, une véritable doctrine du droit des cours d'eau. Ces courants participent de l'élaboration du droit de l'eau et de la clarification des principes de la domanialité publique. Leurs ouvrages se répondent les uns les autres et les approches se croisent pour tisser une culture juridique aux origines des premiers traités généraux du droit de l'eau. Jusqu'à la monarchie de Juillet, ce courant doctrinal singulier fédère, au-delà des travaux généralistes de la science administrative, un ensemble d'auteurs spécialisés, soit juristes soit ingénieurs, enrichi des diverses publications d'hommes politiques et d'érudits, l'eau étant un sujet alors très couru.

Autour des débats sur la canalisation générale du royaume, qui interviennent dans les premières années de la Restauration de Louis XVIII, plusieurs politiciens et littérateurs politiques investissent le droit des rivières, à l'exemple de leurs prédécesseurs révolutionnaires – Arnoult, député de la Côte d'Or, ou encore le ministre François de Neufchâteau, sous le Directoire. Dès 1817, le baron Boissel de Monville, pair de France, publie sur la question un ouvrage intitulé *De la législation des cours d'eau*, où il analyse l'administration, la jurisprudence et leur propriété¹³⁹. La même année, Joseph Dubreuil, maire d'Aix-en-Provence durant les Cent-Jours, donne une *Analyse raisonnée de la législation sur les eaux*¹⁴⁰, suivie quelques mois après, en 1818, par *l'Essai sur la législation des cours d'eau* du baron de Chassiron¹⁴¹ et, en 1819, des *Servitudes sur les bords des rivières navigables* du marquis de Moustier¹⁴², diplomate sous l'Empire et député de 1814 à 1827. Dans le même temps, Huerne de Pommeuse¹⁴³, député de la Seine-et-Marne de 1815

139. *De la législation des cours d'eau*, Paris, Delaunay, 1817. Pour le parcours de Boissel de Monville, tour à tour magistrat, ingénieur, politique et essayiste, voir « Boissel de Monville », *Biographie universelle ancienne et moderne*, sous la dir. de L.-G. MICHAUD, Paris, Michaud, 1835, t. 58, pp. 465-467.

140. *Analyse raisonnée de la législation sur les eaux pour servir de suite à ses observations sur quelques coutumes en Provence*, Aix, Pontier, 1817. Voir « Dubreuil », in J.-M. QUÉRARD, *La France littéraire : ou Dictionnaire bibliographique des savants, historiens et gens de lettres de la France*, Paris, Firmin Didot, 1828, p. 611.

141. Pour la biographie de Chassiron, voir « Chassiron », *Biographie universelle ancienne et moderne...*, *op. cit.*, t. 60, pp. 537-539.

142. Pour la biographie de Moustier, spécialiste des servitudes fluviales, voir « Moustier », *Biographie universelle ancienne et moderne...*, *op. cit.*, t. 74, pp. 496-498.

143. Voir L.-F. HUERNE DE POMMEUSE, *Des canaux navigables considérés d'une manière générale : avec des recherches comparatives sur la navigation intérieure de la France et celle de l'Angleterre accompagnées de cartes, profils, et dessins de machines et travaux d'art*, 2^e partie, Paris, Bachelier, Huzard, Gide, 1822. Pour sa carrière politique et ses propositions en matière de navigation, voir P.-F.-M. MASSEY DE THIRONNE, *Biographie des députés de la Chambre septennale : de 1824-1830*, Paris, Dentu, 1826 : « C'est un député qui s'occupe particulièrement des matières de finances ; il vote avec les ministres [...]. M. Huerne de Pommeuse était déjà député en 1815 [...] il fit une

à 1816 puis de 1820 à 1827, se spécialise également dans les questions de navigation, d'économie politique et d'assainissement des marais. Il est l'auteur d'un ouvrage intitulé *Des canaux navigables considérés d'une manière générale : avec des recherches comparatives sur la navigation intérieure de la France et celle de l'Angleterre accompagnées de cartes, profils, et dessins de machines et travaux d'art*, qui paraît en 1822. Il se préoccupe notamment du montant des taxes des canaux de navigation qu'il entend mettre en rapport avec les contributions foncières des terrains, que les opérations de canalisation valorisent. Cette tradition est vivace jusqu'au début de la monarchie de Juillet, puisque de larges passages y sont consacrés dans le *Traité de la propriété* de Charles Comte¹⁴⁴, membre de la Chambre des députés et secrétaire perpétuel de l'Académie des sciences morales et politiques de l'Institut.

Dès la Restauration, certains avocats et magistrats se spécialisent dans l'étude du droit des cours d'eau. Leurs ouvrages fondateurs sont encore aujourd'hui des références incontournables dans les manuels des praticiens contemporains¹⁴⁵. Les primo théoriciens du droit de l'eau les plus lus sont incontestablement Alfred Daviel¹⁴⁶ et François Xavier Paul Garnier¹⁴⁷, dont les travaux ont beaucoup de retentissement et suscitent de nombreux ouvrages en retour¹⁴⁸. Le premier, rouennais, successivement avocat puis bâtonnier de l'ordre de Rouen¹⁴⁹ (1821-1830), premier avocat général (1830-1833), premier président honoraire de la cour de Rouen (1854), puis éphémère ministre de la Justice du 1^{er} novembre

proposition fort sage sur la fixation de la taxe des canaux de navigation ».

144. C. COMTE, *Traité de la propriété...*, *op. cit.*, chap. XII à XVII.

145. Sur cet engouement doctrinal, voir J.-L. GAZZANIGA et X. LARROUY-CASTERA, « Le droit de l'eau et les droits d'eau dans une perspective historique », *op. cit.*, pp. 31-33 ; P. DENOZIÈRE, *L'État et les eaux non domaniales*, *op. cit.*, p. 7 ; P. MARC, *Les cours d'eau et le droit*, Paris, Johanet, 2006, p. 293.

146. Voir F. CHOISEL, « Alfred Daviel », in J. TULARD, *Dictionnaire du Second Empire*, Paris, Fayard, 1995. Pour les engagements politiques de Daviel, voir J. VINUESA, *Le parquet général de Rouen sous la monarchie de Juillet (1830-1848)*, Mémoire de maîtrise, Histoire, Rouen, 2004, pp. 150-151.

147. Voir J.-J. CLÈRE, « Garnier », *Dictionnaire historique des juristes français XIX^e-XX^e siècle*, sous la dir. de P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN, J. KRYNEN, Paris, PUF, 2015, p. 462. Pour ses principaux travaux d'écriture et leurs rééditions, voir *Régime des eaux et des rivières navigables, flottables ou non* (1^{ère} éd. en 1822 ; 2^e éd. en 1825 ; 3^e éd. en 5 vol. sous le même titre, sur la période 1839-1851). Pour la proximité des thèses de Daviel et de Garnier, voir D. A. RIVES, *De la propriété du cours et du lit...*, *op. cit.*, p. 12.

148. Le *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau* de Daviel est cité comme une référence incontournable par les administrateurs et figure dans la bibliothèque administrative des préfetures (voir par exemple Arch. Dép. de Loire-Atlantique, Qa 211). Le traité est utilisé pour résoudre des contentieux fluviaux sur la Loire.

149. L'Ordre des avocats à la Cour de Rouen naît en 1811 et est l'héritier du Collège des avocats au parlement de Normandie.

au 3 décembre 1851, publie dès 1824 un *Pratique des cours d'eau* qui confronte jurisprudence, analyse juridique et « vocabulaire technologique ». Sous la monarchie de Juillet, Daviel produit un important *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau* en deux tomes, dans lequel il envisage successivement la situation des cours d'eau navigables et flottables puis les cours d'eau ni navigables ni flottables. Dans la même veine, le *Régime des eaux ou Traité des rivières et cours d'eau de toute espèce* de Garnier paraît concomitamment, dès 1822, avec des thèses assez similaires, comme le souligne d'ailleurs leur contradicteur Dominique Armand Rives. Ancien mousse de la marine nationale puis fonctionnaire des finances, Garnier est un juriste au parcours atypique. Il devient avocat à la Cour d'appel de Paris, puis acquiert une charge d'avocat au Conseil d'État (1820) et à la Cour de cassation, qu'il conserve jusqu'en 1846, en se spécialisant sur le régime des eaux et des voies de communication.

Dans leur sillage, un très grand nombre d'auteurs se focalisent sur la compilation des lois et règlements des cours d'eau ou sur certaines parties de ce droit sensible. C'est le cas de l'administrateur Auguste Le Pasquier, chef de division à la préfecture du département de la Seine-inférieure, qui fait paraître en 1826 un *Recueil des lois, règlements et actes de l'administration publique sur les cours d'eau*¹⁵⁰, ou encore du magistrat Olivier-Jacques Chardon, président du tribunal civil d'Auxerre, dont les travaux font autorité sur le cas du droit d'alluvion et des atterrissements¹⁵¹. « Vénérable » et « laborieux », y compris pour ses adversaires dont Rives¹⁵², son *Traité du droit d'alluvion ou Examen approfondi des droits de l'État et des riverains, sur les attérissemens naturels et accidentels des fleuves, rivières et ruisseaux : présentant l'origine et les motifs du droit d'alluvion, ses attributs, ses limites et ses abus, le mode de partage des atterrissemens, ainsi que les raisons d'équité qui sollicitent l'abolition de ce droit, avec figures l'Alluvion*, paru en 1830, est toujours commenté.

150. A. LE PASQUIER, *Recueil des lois, règlements et actes de l'administration publique concernant les cours d'eau*, 2^e éd., Rouen, Périaux fils aîné, 1826.

151. Voir J.-L. HALPÉRIN, « Chardon », *Dictionnaire historique des juristes français xiv^e-xx^e siècle*, op. cit., pp. 233-234. Pour son ouvrage de référence sur le droit des atterrissements, voir O.-J. CHARDON, *Traité du droit d'alluvion...*, op. cit., p. 182. Voir également H. RICHARD, « Les effets de l'eau dans l'acquisition de la propriété : le *Traité de l'alluvion* d'Olivier-Jacques Chardon, président du tribunal civil d'Auxerre », *Eau, rivières et confins*, Actes du 15^e colloque de l'ABSS, Joigny, ACEJ, 2005, pp. 263-269.

152. D. A. RIVES, *De la propriété du cours et du lit...*, op. cit., p. 13.

Cette tradition de spécialisation se poursuit sous la monarchie de Juillet avec le juriste Dominique Armand Rives¹⁵³, secrétaire général de préfecture (1814-1817) puis avocat à la Cour de royale de Paris, au Conseil du roi et à la Cour de cassation (1820-1822). Il est l'auteur en 1843 d'un opuscule, intitulé *De la Propriété des cours et du lit des rivières non navigables ni flottables*. Figure doctrinale du courant qui vise à étendre l'emprise de l'État sur les petits cours d'eau, il est significatif de noter que cet auteur, qui prône l'idée de « rivières publiques non navigables ni flottables », se soit intéressé, dès la Restauration, à l'œuvre de d'Aguesseau, qui va en ce sens, en publiant ses *Lettres inédites* en 1823. La mobilisation de sources historiques¹⁵⁴ est particulièrement emblématique de son travail comme de celui l'avocat Paul-Lucas Championnière, qui lui rétorque. Devenu docteur en droit en 1823 et collaborateur de Chauveau¹⁵⁵ et Rigaud, avec qui il anime plusieurs journaux juridiques, tels le *Journal de l'Avoué* ou le *Contrôleur de l'enregistrement*, Championnière s'attèle dans son *Traité des eaux courantes, du droit des riverains et de la valeur actuelle des concessions féodales* (1846) à exposer le droit, dans son utilité pratique, au prix d'une exégèse savante des sources romaines et féodales. La législation et la jurisprudence sur la propriété des eaux courantes et le droit d'irrigation sont aussi traitées, notamment par Bordeaux, juriste original et érudit¹⁵⁶, pionnier de l'archéologie et avocat à Évreux, auteur en 1849 de *De la législation des cours d'eau dans le droit français ancien et dans le droit moderne : de quelles améliorations serait-elle susceptible ?*

À l'instar de Philippe-Antoine Merlin de Douai ou Henrion de Pansey, plusieurs publicistes et « domanistes » consacrent de larges extraits aux cours d'eau, notamment Jean-Baptiste-Victor Proudhon dans le *Traité du domaine public* ou le *Traité du domaine de propriété ou de la*

153. Voir J.-M. QUÉRARD, *La France littéraire : ou Dictionnaire bibliographique des savants, historiens et gens de lettres de la France*, Paris, Firmin Didot, 1864, p. 463.

154. Voir J.-J. CLÈRE, « Championnière », *Dictionnaire historique des juristes français XIX^e-XX^e siècle*, op. cit., pp. 228-229. Pour son ouvrage majeur dans la matière, voir *De la propriété des eaux courantes*, op. cit.

155. Voir J.-L. HALPÉRIN, « Chauveau », *Dictionnaire historique des juristes français XIX^e-XX^e siècle*, op. cit., pp. 237-238. Pour son essai sur les cours d'eau, voir *Essai sur le régime des eaux navigables et non navigables sous le double point de vue théorique et pratique*, Toulouse, Gimet, 1859.

156. Pour une approche biographique, voir C. ROBERT, « Raymond Bordeaux et Arcisse de Caumont : une collaboration érudite au fil du temps », *Arcisse de Caumont (1801-1873). Érudit normand et fondateur de l'archéologie française*, sous la dir. de V. JUHEL, Caen, Société des Antiquaires de Normandie, 2004, p. 319. Pour un éclairage original de la matière, voir R. BORDEAUX, *De la législation des cours d'eau dans le droit français ancien et dans le droit moderne : de quelles améliorations serait-elle susceptible ?*, Caen, Paris, Durand et Pédone-Lauriel, 1849.

distinction des biens. C'est également le cas d'Isambert dans son *Traité de la voirie* (1825-1832)¹⁵⁷ ou encore, quelques années plus tard, de Boulatignier, chef de bureau du ministère de l'Intérieur en 1837 et co-auteur avec Macarel *De la Fortune publique en France et de son administration*¹⁵⁸ (1838-1840), où sont examinés « pâtis, palus et marais », des « canaux », « des forges, fourneaux, moulins, fabriques », des « ponts », « des bains, moulins sur bateaux ».

Il faut adjoindre aux travaux des publicistes les premiers recueils spécialisés, assortis de longues contributions synthétiques : ainsi les recueils de Jean-Baptiste Sirey, secrétaire de Merlin de Douai et auteur d'un *Recueil*, à publication mensuelle de 1800 à 1830. Dans les années où Gérando¹⁵⁹, Cormenin, Macarel tentent en quelque sorte, comme l'on dit alors, de « daguerréotyper » les « matières d'eau » et la jurisprudence administrative du Conseil d'État, afin que chacun puisse en connaître les axes principaux, la place prise en pourcentage par le contentieux des cours d'eau s'avère assez frappante, jusqu'à la fin de la monarchie de Juillet.

L'analyse des eaux intéresse également les Eaux et Forêts. Les travaux des ruralistes et forestiers forment une autre branche d'étude domaniale à part entière, notamment l'abondante bibliographie de Jacques-Joseph Baudrillart¹⁶⁰, agronome et forestier, ou encore de Jean-François Fournol, auteur des *Lois rurales de la France* (1823)¹⁶¹. À ces travaux sectoriels s'ajoutent ceux des techniciens et d'hommes de l'art des Ponts et Chaussées, convertis au droit.

Tandis que les sciences de l'ingénieur connaissent un plein essor, de nombreux spécialistes travaillent sur les chantiers de la navigation intérieure (1820-1840), le percement des canaux, les premiers bateaux à vapeur, les variations hydrométriques et la défense contre les

157. La question du marchepied le long des canaux et rivières canalisées y est intégrée, voir F.-A. ISAMBERT, *Traité de la voirie*, *op. cit.*, p. 213.

158. Pour les aspects intéressant le droit des cours d'eau dans l'œuvre de Macarel et Boulatignier, voir L.-A. MACAREL et J. BOULATIGNIER, *De la Fortune publique en France et de son administration*, Paris, Pourchet, 1838, p. 57. Pour quelques jalons biographiques sur Boulatignier, voir J.-J. CLÈRE, « Boulatignier », *Dictionnaire historique des juristes français XIX^e-XX^e siècle*, *op. cit.*, pp. 155-156.

159. Pour le caractère fondateur des enseignements du baron de Gérando, dont le cours de droit public positif et administratif français est créé par l'ordonnance du 24 mars 1819, voir J.-J. CLÈRE, « Gérando » *Dictionnaire historique des juristes français XIX^e-XX^e siècle*, *op. cit.*, pp. 473-475.

160. Pour l'expérience fondatrice de Baudrillart en droit forestier durant l'occupation française de l'Allemagne, au sein des armées de Sambre-et-Meuse, de Mayence, du Danube et du Rhin, voir « Baudrillart », *Biographie universelle ancienne et moderne...*, *op. cit.*, t. 58, p. 310.

161. F.-J. FOURNOL, *Les lois rurales de la France, rangées dans leur ordre naturel*, Paris, Bossange père, 1823.

inondations¹⁶². Souvent en lien avec les travaux publics, ces spécialités techniques suscitent progressivement une forme d'acculturation d'une partie de l'ingénierie française au droit des travaux publics et des cours d'eau¹⁶³, ce qui donnent naissance à un courant doctrinal à part entière, au moins jusqu'à la fin du siècle, dont Alfred Picard constitue le sommet et le point d'orgue avec son *Traité des eaux*. Passés par l'École des ponts et chaussées voire le Conseil général des ponts et chaussées, ces ingénieurs sont rompus aux contentieux départementaux et national des ponts et chaussées, dont on a déjà exposé l'importance.

Plusieurs ingénieurs des ponts et chaussées rédigent des opuscules de droit appliqué au cours d'eau sous la Restauration. C'est notamment le cas Genieys, ingénieur en charge de la distribution des eaux de Paris, qui publie *De La législation des cours d'eau ou Exposé des principes servant de bases à un projet de loi sur la propriété et le mode de jouissance des eaux courantes*¹⁶⁴. Dans un autre registre, Théodore Ravinet, sous-chef à la direction générale des ponts et chaussées, compile un volumineux *Code ou Collection complète des lois, arrêtés, décrets, ordonnances, réglemens et circulaires concernant le service des Ponts et Chaussées et des mines* (1829), très riche sur les eaux. Son *Dictionnaire hydrographique de la France* (1824)¹⁶⁵ – à rapprocher du *Dictionnaire*

162. Pour la relance d'études novatrices sur les défenses contre les inondations au début du XIX^e siècle, voir D. CŒUR, « Introduction », *L'œuvre de Maurice Champion. Réédition de Champion (M.)*, *Les inondations en France du VI^e siècle à nos jours*, Paris, Dunod, 1858-1864, Paris, Cemagref, 2000, p. 16.

163. Pour un témoignage emblématique de la manière dont un ingénieur vient au droit au début du XIX^e siècle, voir J.-B. TARBÉ DE VAUXCLAIRS, *Dictionnaire des Travaux publics, civils, militaires et maritimes, considérés dans leurs rapports avec la législation, l'administration et la jurisprudence ; à l'usage des ingénieurs de tous les services publics, des architectes, concessionnaires, entrepreneurs et experts, des propriétaires dont l'intérêt particulier peut se trouver opposé à l'intérêt général, et des administrateurs ou magistrats appelés à prononcer en cette matière, par M. le chevalier Tarbé de Vauxclairs, conseiller d'état, inspecteur général des ponts et chaussées*, Paris, Carilian-Gœury, 1835, p. VIII : « Quand je me suis livré à l'étude des lois et règlements qui concernent le service confié à l'ingénieur des ponts et chaussées, il m'a toujours paru difficile de choisir, dans la foule de dispositions réglementaires successivement prescrites, celles qu'il convenait d'appliquer à chaque cas particulier. La formule assez généralement adoptée de maintenir dans une décision nouvelle toutes les dispositions antérieures qui ne s'y trouvent pas abrogées, rend les recherches encore plus pénibles ; et lorsqu'une contestation se présente, il peut arriver que la disposition qui lui est applicable soit composée de paragraphes ou de passages appartenant à divers articles de lois anciennes ou modernes, lesquels articles n'ont été abrogés qu'en partie ».

164. Voir R. GENIEYS, *De la législation des cours d'eau ou exposé des principes servant de base à un projet de loi sur la propriété et le mode de jouissance des eaux courantes*, Paris, Carilian-Gœury, 1830.

165. T. RAVINET, *Dictionnaire hydrographique de la France contenant la description des Rivières et Canaux flottables et navigables dépendans du domaine public, avec une Carte et un Tableau synoptique indiquant le système général de la navigation intérieure*, Paris, Bachelier, 1824. Cet auteur est classé parmi les « exploiters prétoriens spécialistes » dans la classification de M. Touzeil-Divina (*La doctrine publiciste 1800-1880, op. cit.*, p. 77).

hydrographique de l'Empire Français de Gouy (1807)¹⁶⁶ ou de la *Statistique des Rivières de France* de Riche de Prony¹⁶⁷ – anticipe clairement la nomenclature administrative issue de la loi du 15 avril 1829, qu'il inspire en partie. Ce travail annonce des anthologies ultérieures de plus en plus détaillées, de la monarchie de Juillet au Second Empire, comme celle d'Ernest Grangez, auteur d'un *Précis historique et statistique des voies navigables de la France et d'une partie de la Belgique*¹⁶⁸.

Sur un autre registre, les ingénieurs de la fameuse « commission des canaux », qui organisent les plans de canalisation du royaume sous la direction de Becquey, publient parallèlement, dès 1819-1820, plusieurs ouvrages de littérature administrative sur l'histoire, les techniques, le droit ou l'économie de la navigation intérieure, qui intéressent le « domaine public » des rivières. Ainsi Cordier, Dutens ou Brisson, spécialistes des canaux à point de partage, sont respectivement auteurs d'une *Histoire de la navigation intérieure* (1820)¹⁶⁹, d'un *Essai sur le système général de la navigation intérieure de la France* (1829) et d'un *Essai sur le système de navigation intérieure de la France* (1829)¹⁷⁰. De même, l'ingénieur Girard, directeur du Canal de l'Ourcq et des Eaux de Paris, apporte des *Considérations sur les canaux et le mode de leur concession* (1827), tout en introduisant en France les analyses de Frantisek Josef Gerstner¹⁷¹. En marge des enseignements techniques¹⁷², l'École des ponts et chaussées

166. Voir C. GOUY, *Atlas hydrographique de l'Empire français, suivi du Tableau des départements dont la nomenclature est étrangère aux rivières, avec les explications de cette nomenclature, terminé par un Tableau des divisions militaires de la France*, Paris, Colas, 1807.

167. Voir G.-C.-F.-M. de PRONY, *Description hydrographique et historique des marais Pontins, relief du sol, cadastre, détails intérieurs, etc., analyse raisonnée des principaux projets proposés pour leur dessèchement ; historique critique des travaux exécutés d'après ces projets : état actuel (au moins de septembre 1811) du sol pontin ; projets ultérieurs pour son dessèchement général et complet, avec l'exposition des principes, fondés sur la théorie de l'expérience, qui ont servi de base à ces projets*, Paris, Firmin Didot, 1822.

168. Voir E. GRANGEZ, *Précis historique et statistique des voies navigables de la France et d'une partie de la Belgique*, Paris, N. Chaix et C^{ie}, 1855.

169. Pour un éclairage de l'histoire et des techniques du réseau navigable grâce aux études comparées, voir J. PHILLIPS, *General history of Inland navigation, foreign and domestic : containing a complete account of the canals already executed in England*, London, 1795 ; J. CORDIER, *Histoire de la navigation intérieure en France*, Paris, Firmin Didot, 1820 ; J. CORDIER, *De la navigation intérieure du département du nord, et particulièrement des travaux du port de Dunkerque*, Paris, Carilian-Gœury, 1828.

170. Voir B. BRISSON, *Essai sur le système de navigation intérieure de la France, suivi par l'essai sur l'art de projeter les canaux à point de partage* (avec M. DUPUIS DE TORCY), Paris, Carilian-Gœury, 1829 (avec une carte).

171. Pour les analyses de Gerstner sur les canaux de navigation, voir M. F. de GERSTNER *Les grandes routes, les chemins de fer et les canaux de navigation*, précédé d'une introduction par P. S. GIRARD, Paris, Bachelier, 1827.

172. Pour les vulgarisateurs et les rédacteurs de manuels d'enseignement à l'École des ponts et chaussées, voir C.-J. MINARD, *Cours de construction des ouvrages qui établissent la navigation des*

devient un centre de distillation des théories juridiques sur le « domaine public » des rivières. Spécialisé dans les travaux publics, Toussaint Ange Cotelle – ancien élève de l'École normale, docteur en 1819, avocat en 1823 – participe de la fixation d'un corpus de droit administratif, à la fois comme avocat aux conseils du Roi et à la Cour de Cassation, ingénieur, professeur à l'École royale des ponts et chaussées. Son *Cours de droit administratif* (1835)¹⁷³ consacre des livres entiers à l'administration des eaux, notamment les livres XIV, XV, XVI¹⁷⁴.

Parmi ces hommes de l'art, à la charnière de l'ancien et du nouveau régime, il est également nécessaire de distinguer Tarbé de Vauxclairs, directeur des travaux maritimes à Brest sous l'Empire puis vice-président du Conseil général des ponts et chaussées de 1815 à 1830. Au soir de sa carrière et au moment de céder la place à son fils¹⁷⁵, à qui il dédicace son *Dictionnaire des Travaux publics*, il insiste particulièrement sur « les communications par terre et eau »¹⁷⁶, dont « l'étude des lois et règlements » comme ceux de tous les travaux publics « concerne le service confié à l'ingénieur des Ponts et Chaussées »¹⁷⁷. Ainsi, comme Tarbé de Vauxclairs l'exprime parfaitement, « il ne s'agit pas que l'ingénieur devienne magistrat ou que le magistrat devienne ingénieur ; mais qu'ils puissent se comprendre réciproquement, et concourir au même but dans les décisions que l'un doit préparer et qu'il appartient à l'autre de prononcer »¹⁷⁸. Il termine sa carrière comme directeur de l'École des ponts et chaussées (1839-1842) et contribue à la formation de nombreux étudiants, qui feront date dans la matière, comme Nadault de Buffon, petit neveu du naturaliste Georges-Louis Leclerc de Buffon, élève à l'École

rivières et des canaux, Paris, Carilian-Gœury et Dalmont, 1841.

173. T.-A. COTELLE, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, Paris, Carilian-Gœury, 1835, p. CLXX : « L'usage des eaux courantes intéresse la police sociale et nécessite des travaux d'art et des opérations administratives du ressort des ingénieurs des Ponts et Chaussées, sous cinq rapports essentiels : 1° La salubrité publique et les usages domestiques dans les villes et les campagnes, 2° La navigation intérieure, 3° Les irrigations des terres et leur dessèchements, 4° L'industrie manufacturière employant l'eau comme moteur pour mettre les machines en jeu, 5° La pêche fluviale ». Sur le cours de Cotelle, voir M. TOUZEL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, *op. cit.*, p. 77.

174. *Ibid.*, livre XIV : « Principes généraux de l'administration des fleuves, rivières, canaux navigables et ports maritimes de commerce et objets accessoires » ; livre XV : « Principes d'administration concernant les usines à eau et formalités à remplir pour en faire autoriser l'établissement ou les changements qu'on y projette » ; livre XVI : « Du contentieux des usines à eau et de la compétence respective de l'administration et des tribunaux en cette matière ».

175. J.-B. TARBÉ DE VAUXCLAIRS, *Dictionnaire des Travaux publics, civils...*, *op. cit.*, p. VI : « Je suis à la veille d'abandonner la carrière dans laquelle tu débutes ».

176. *Ibid.*, p. X.

177. *Ibid.*, p. VIII.

178. *Ibid.*, p. VII.

des ponts et chaussées en 1830, après un passage par Polytechnique en 1825.

Auteur de *Considérations sur les trois systèmes de communications intérieures au moyen des routes, des chemins de fer et des canaux* dès 1829, Benjamin Nadault de Buffon se trouve à l'origine d'une imposante bibliographie sur le droit des cours d'eau et l'hydraulique agricole¹⁷⁹. Écrits avec méthode, ses livres sont destinés à confronter la « pratique » du métier, les « affaires » et « la jurisprudence des arrêts », afin d'en « éclaircir les doutes » ; ainsi seulement les « principes se fixent » et « les conséquences se déduisent d'elles-mêmes »¹⁸⁰. Ingénieur en chef et professeur à l'École des ponts et chaussées¹⁸¹, Nadault de Buffon obtient la Division de l'hydraulique du ministère des Travaux publics, qu'il dirige à partir de 1841. Dans ces ouvrages, il défend « la nécessité d'une surveillance active de la part de l'administration sur l'usage des eaux courantes »¹⁸², via la police administrative des rivières, confiée aux assemblées administratives puis aux préfets¹⁸³.

Cette influence du corps des ponts et chaussées est prégnante jusqu'à la fin du siècle. Sous la monarchie de Juillet, certains travaux donnent d'ailleurs lieu à des publications à deux mains sur les cours d'eau, l'une d'un ingénieur, l'autre d'un juriste. Ainsi l'ouvrage des frères Dumont¹⁸⁴,

179. Pour une bibliographie des principaux ouvrages de Nadault de Buffon sur l'eau ou les cours d'eau : *Cours d'agriculture et d'hydraulique agricole comprenant les principes généraux de l'économie rurale et les divers travaux d'amélioration du régime des eaux dans l'intérêt de l'agriculture tels que curages, élargissements, redressements, endiguements, dessèchements des marais et terres inondées, assainissement des terrains humides ou détériorés par des infiltrations, drainage, irrigations, limonages, etc.*, Paris, Carilian-Gœury et Dalmont, 1852 ; *Des usines sur les cours d'eau...*, op. cit., 2 vol. ; *Des canaux d'arrosage de l'Italie septentrionale dans leurs rapports avec ceux du midi de la France, traité théorique et pratique des irrigations, envisagées sous les divers points de vue de la production agricole, de la science hydraulique et de la législation*, Paris, Carilian-Gœury et Dalmont, 1842.

180. *Ibid.*, « Supplément » : « De toutes les matières administratives, celle des cours d'eau est peut-être la plus controversée en théorie. L'absence de textes formels et la distinction toujours difficile à faire de l'intérêt privé et de l'intérêt public expliquent les dissentiments des auteurs qui ont écrit sur ce sujet. Mais si l'on ferme les livres pour interroger la pratique des affaires, et la jurisprudence des arrêts, les doutes s'éclaircissent, les principes se fixent, et les conséquences se déduisent d'elles-mêmes. C'est la méthode que M.S. de Buffon a suivie, et c'est ce qui a fait le mérite et le succès de son livre. Dans le supplément joint à ce nouveau tirage, et destiné à compléter son œuvre, on trouve deux notes sur les redevances à imposer aux concessionnaires et sur la clause de suppression éventuelle sans indemnité réintroduite dans tous les règlements d'eau ».

181. Il est à l'origine de l'enseignement du « génie rural » à l'École des ponts et chaussées.

182. B. NADAULT DE BUFFON, *Des usines sur les cours d'eau...*, op. cit., p. 56.

183. Sur la police de la navigation, de l'irrigation, de la pêche et du flottage, qui appartient au préfet, voir A. DAVIEL, *Pratique des cours d'eau*, op. cit., p. 88 .

184. Voir L.-V.-A. DUMONT et F.-M.-A. DUMONT, *De l'Organisation légale des cours d'eau sous le triple point de vue de l'endiguement, de l'irrigation et du dessèchement, ou Traité des endiguements, des alluvions naturelles et artificielles, des irrigations... avec la jurisprudence, suivi d'un Exposé*

François Marcellin Aristide, ingénieur en chef des ponts et chaussées, et Louis-Victor-Adrien Dumont, avocat à la Cour de cassation. Si le droit se nourrit de l'expertise technique, les passerelles entre praticiens existent également en sens inverse : certaines publications scientifiques, comme celle de l'ingénieur Deniel se nourrissent des statistiques des juristes pour établir, sur la longue durée, des données sur le régime des eaux¹⁸⁵.

L'effervescence qui caractérise la matière au début du siècle encourage certains érudits, libres penseurs, essayistes¹⁸⁶, de la Restauration à la monarchie de Juillet, à explorer des sujets connexes. Ils s'appuient sur l'histoire et les savoirs locaux. Ainsi Jaubert de la Passa qui propose, dès 1821, un *Mémoire sur les cours d'eau et les canaux d'irrigation des Pyrénées-orientales*¹⁸⁷. Barthélemy-Joseph Noël de la Morinière met au point un *Tableau statistique de la navigation de la Seine, depuis la Mer jusqu'à Rouen, contenant des vues générales sur le système de son embouchure ancienne et moderne*. Pionnier de la science statistique et politique, de la question fluviale et successivement inspecteur de la navigation de la Seine puis inspecteur des pêches nationales (1806-1822), il se fait historien de la pêche, notamment des marges estuariennes¹⁸⁸. Cet engouement se poursuit jusqu'à l'apparition des chemins de fer. Les inondations, tout particulièrement, seront l'objet d'une rétrospective globale menée à la suite de la crue de 1856 par le secrétaire de l'historien

de la législation lombarde, Paris, Mathias, 1845. Pour une approche biographique d'Aristide, polytechnicien en 1836 et saint-simonien, qui entre aux Ponts et Chaussées de la promotion 1838, répétiteur à l'École de 1846 à 1851, voir *Mémoires et compte rendu des travaux de la société des ingénieurs civils*, Paris, Librairie scientifique, industrielle et agricole, Lacroix éditeur, 1869, p. 680. Pour son action en faveur des campagnes de canalisation, voir J. BRUN-DURAND, *L'ingénieur en chef Aristide Dumont. Lecture faite à l'académie des Sciences, Belles-Lettres et Arts de Lyon le 31 janvier 1905*, Lyon, Alexandre Rey, 1905 ; P. LATOUR, « Aristide Dumont, promoteur des canaux du Rhône », *Annales des ponts et chaussées*, 1961, t. 131, n° 1, pp. 79-102. Pour une approche biographique d'Adrien, magistrat et écrivain, voir « Dumont Louis-Victor-Adrien », *Dictionnaire biographique de la Drôme*, Genève, Slatkine, 1970, p. 274.

185. Voir P. DENIEL, *Recherches sur le régime ancien des eaux de la rivière de Seine dans l'étendue du territoire de la ville de Troyes, pour servir à l'usage de ces eaux*, Troyes, Imprimerie d'Anner-André, 1841.

186. Même Alexis de Tocqueville s'intéresse aux « matières d'eau », qui publie un *Régime des cours d'eau non navigables* dans le rapport du congrès agricole de Saint-Quentin, Compiègne, en 1844.

187. Pour une anthologie juridique locale sur les usages et les canaux d'irrigation, voir F.-J. JAUBERT DE PASSA, *Mémoire sur les cours d'eau et les canaux d'irrigation des Pyrénées-Orientales, précédé du rapport fait, sur ce mémoire, à la société royale et centrale d'agriculture*, Paris, Huzard, 1821, p. 262.

188. Pour les travaux de Noël de la Morinière sur la pêche estuarienne et ses subtilités, voir E. WAUTERS, *Noël de la Morinière (1765-1822) : culture, sensibilité et sociabilité entre l'Ancien Régime et la Restauration*, Paris, Champion, 2001, p. 187.

Capefigue, Maurice Champion, auteur d'une base de données sur les documents administratifs en cinq tomes¹⁸⁹.

Ces ouvrages si divers, par leurs auteurs et leurs approches, concourent communément à esquisser les cours d'eau, à partir de l'étude des théories et coutumes de l'ancien droit, de la législation révolutionnaire et des espèces de la jurisprudence. Les auteurs spécialisés vont puiser parmi les solutions tirées de la jurisprudence administrative naissante des arguments pour consolider leurs positions, dont ils vont constituer à toutes fins utiles des répertoires. Si l'on examine l'organisation du *Régime des eaux* de Garnier, un « appendice » fourni ponctue le tome avec un répertoire d'arrêts¹⁹⁰, qui envisage pêle-mêle les concessions faites sous l'Ancien Régime, l'examen des règlements anciens sur les cours d'eau alimentant des moulins, la propriété des petites rivières, la propriété des moulins, des canaux artificiels, des francs-bords, les droits de passage et autres servitudes, la jouissance commune pour l'irrigation, les droits et devoirs de l'administration. La méthodologie est similaire chez Daviel. Le *Pratique des cours d'eau* de 1824 se solde par des annexes autant sinon plus denses que l'exposé du droit, intitulé *Analyse des décisions rendues tant par le conseil d'état que par la cour de cassation et les cours royales, sur la navigation, le flottage des bois, l'irrigation des terres, la pêche et les constructions de toute espèce sur les cours d'eau*¹⁹¹.

L'une des difficultés récurrentes sur les petites rivières concerne la valeur juridique des concessions, usages et règlements d'ancien droit, puisque le Code civil renvoie le droit des cours d'eau non navigables à un ensemble de normes, tirées des prescriptions coutumières, non écrites et des règlements d'Ancien Régime, sous la vague périphrase « règlements particuliers et locaux » (art. 645). L'ordre nouveau n'étant pas parvenu à concilier l'abolition des usages locaux et l'entretien des voies d'eau non navigables¹⁹², les juges parent au plus pressé, en s'y référant

189. Pour une biographie de l'historien Maurice Champion, voir D. CŒUR, « Introduction », *op. cit.* Pour sa monographie monumentale sur les inondations, voir M. CHAMPION, *Les inondations en France depuis le VI^e siècle jusqu'à nos jours, recherches et documents contenant les relations contemporaines, les actes administratifs, les pièces officielles, etc. de toutes les époques, avec détail historique sur les quais, ponts, digues, chaussées, levées, etc. ; suivis d'un tableau synoptiques par bassin de l'hydrographie générale de France ; et d'un index bibliographique des ouvrages anciens et modernes traitant de la matière*, Paris, Dalmont et Dunod, 1859.

190. F. X. P. GARNIER, *Régime des Eaux* ..., *op. cit.*, t. 3, p. 303.

191. A. DAVIEL, *Pratique des cours d'eau*, *op. cit.*, p. 81.

192. Pour le recours aux usages anciens, dans l'optique de trancher certains litiges de rivières, voir L. ASSIER-ANDRIEU, *Une France coutumière : enquête sur les « usages locaux » et leur codification 19-20^e siècle*, Paris, CNRS, 1990, p. 4 : « En mars 1800 (30 ventôse an VII), on décide

explicitement pour trancher les litiges. Le retour à l'ordre ancien ne s'effectue pas sans obscurités et quelques auteurs, tel Jaubert de Passa¹⁹³, commencent d'ailleurs à les recueillir dans des ouvrages d'inspiration régionaliste. Cette rédaction des usages locaux induit un « phénomène de différenciation géographique des pratiques d'entretien des rivières »¹⁹⁴.

La prolifération des industries sur les cours d'eau occupe également une très grande place dans ces anthologies. La conciliation des usages anciens et de la modernité est particulièrement source de friction dans les départements du Nord et de l'Est, davantage touchés par la révolution industrielle. C'est le cas de la Normandie, secteur propice à l'industrialisation, où Daviel, alors avocat à Rouen, signale toutes les espèces marquantes. L'installation d'usine conduit souvent le juge à statuer en équité, pour satisfaire « l'intérêt privé de tous ceux qui exercent ou qui sollicitent des droits d'usage sur les cours d'eau »¹⁹⁵. C'est pourquoi l'histoire des polices comme le droit comparé des eaux vont être utilisés précocement par les autorités de la doctrine.

B. L'introduction de l'histoire et du droit comparé des eaux

Pour statuer sur la propriété litigieuse des rivières et des polices applicables, chaque interprète du droit de l'eau fourbit ses arguments. Le début du siècle marque l'âge d'or de ces controverses. Les noms de Daviel, Garnier, Rives ou encore Championnière font figure de symboles parmi d'autres. Dans les joutes qui opposent les uns et les autres, l'histoire du droit et le droit comparé sont souvent convoqués, avec une certaine modernité méthodologique. Entamées sous la Restauration, ces controverses agitent le microcosme politique et judiciaire tardivement sous la monarchie de Juillet, voire au-delà. Les juges en la matière sont souvent conduits à se faire tantôt « comparatistes » tantôt « historiens » du droit¹⁹⁶. Alors que le légicentrisme atteint son paroxysme à la suite

de l'abrogation définitive des usages locaux, sans jamais l'appliquer, et en mai 1802 une loi sur l'entretien des voies d'eau non navigables revient aux usages ».

193. Voir « Jaubert de Passa », in J.-M. QUÉRARD, *La France littéraire : ou Dictionnaire bibliographique des savants, historiens et gens de lettres de la France*, Paris, Firmin Didot, 1830, t. 4, p. 211.

194. Voir Y.-F. LE LAY et F. PERMINGEAT, « Spécificité territoriale et petits arrangements avec la loi : la place des usages locaux dans l'entretien de la rivière (XIX^e-XX^e siècles) », *Géocarrefour*, 2008, vol. 83, n° 1, pp. 45-55.

195. B. NADALUT DE BUFFON, *Des Usines et autres établissements sur les cours d'eau, développements sur les lois et règlements qui régissent cette matière, à l'usage des fonctionnaires de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire ; des ingénieurs, des avocats, architectes et experts ; des propriétaires d'usines, et des propriétaires riverains*, Paris, Auguste Durand, 1852, t. 1, p. 76.

196. Pour un exemple parmi d'autres en la matière, voir C. Cass., De la Rochejacquelin c. l'État,

de la publication du Code civil, les lacunes du régime et des polices des eaux nécessitent de creuser des sillons innovants.

Comme pour le droit forestier¹⁹⁷, l'analyse du droit des cours d'eau s'enrichit de recherches historiques. Pour mettre en valeur leur position, les juristes spécialisés ont recours aux sources pluralistes de l'ancien droit, notamment le droit romain. Cette dimension historique est parfois très poussée comme l'illustre le cas de *La propriété des eaux courantes et du droit des riverains* de Championnière. Pour étayer sa position à l'appui de lectures anciennes et souvent médiévales, l'auteur en vient à composer un véritable traité féodal où il distingue la « justice » et le « fief »¹⁹⁸ comme deux choses différentes, et artificiellement confondues dans les lectures « publicistes » de ses adversaires. Il prolonge d'ailleurs l'étude des cours d'eau par un essai sur la *Valeur actuelle des concessions féodales* et un *Exposé complet des institutions féodales*, très détaillé¹⁹⁹. Cette méthode révèle une vision plus nuancée voire critique de l'artificialité anhistorique du « contrat social » révolutionnaire, que l'on retrouve réévaluée à la même époque dans les écrits politiques de Benjamin Constant ou de Barante²⁰⁰, où la formulation conceptuelle doit être nécessairement rapprochée des conditions d'existence matérielle.

Parce que les lacunes sont flagrantes depuis l'issue malheureuse du projet Verneilh-Puyraseau, le retour aux sources anciennes s'impose pour le droit des ruisseaux et autres petits cours d'eau. Les juristes du temps l'entreprennent, à l'instar de Daviel, citant les sentences et les

18 janvier 1843, *Jurisprudence générale du royaume. Recueil périodique et critique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale du royaume, 1843, pp. 109-111. La décision est rendue sous le visa des édits de février 1566, août 1708 etc. avec l'historique d'ancien droit : « Par arrêt du conseil des 22 août 1698 et 27 août 1771, le roi vendit, moyennant 2200 fr. et d'autres charges... ».

197. Sur les nécessaires investigations historiques autour du droit forestier, voir E.-F. DRALET, *Traité des délits, des peines et des procédures en matière d'Eaux et Forêts, ou Analyse systématique des lois, arrêts, règlements, décisions concernant les délits forestiers, les délits de chasse dans les bois et de pêche dans les fleuves et rivières, la manière de constater les délits, les actions auxquelles ils donnent lieu*, Paris, Demonville, Huzard, 1818 ; A. CORVOL, *Nature, environnement et paysage. L'héritage du XVIII^e siècle. Guide de recherches archivistiques et bibliographiques*, Paris, L'Harmattan, 2005.

198. P.-L. CHAMPIONNIÈRE, *De la propriété des eaux courantes*, op. cit., p. 181, chap. v : « Des droits de fief et des droits de justice sous le rapport de leurs règles générales et respectives ».

199. Pour une synthèse de l'étude historique du propos de Championnière, voir A. HAURIU, *La mainmise de l'État sur l'énergie des cours d'eau non navigables ni flottables (loi du 16 octobre 1919)*, Toulouse, Impr. du Centre, 1921, p. 13.

200. Pour une relecture historiciste du contrat social, voir P. B. BARANTE (baron de), *Tableau de la littérature française pendant le XVIII^e siècle*, Paris, Colin, 1809, rééd., Paris, Charpentier, 1847, p. 131.

autorités doctrinales de l'ancien droit et les dispositions des coutumiers, afin de confronter les pratiques des « pères » avec celle des « fils »²⁰¹. Dans ce que Daviel nomme le « roman du partage primitif des propriétés foncières »²⁰², les querelles interprétatives sur les cours d'eau occupent une place d'autant plus forte que les installations hydrauliques bâties avant 1789 ont vu leur existence consacrée par la loi du 6 octobre 1791, qui soumet tout moulin construit ou à construire à l'empire du pouvoir réglementaire. Que faire de ces moulins, installés avant la chute de l'Ancien Régime ? Les références à l'ancien droit, chez Daviel comme chez ses consorts, sont constantes, documentées. Les jurisprudences des années 1800-1850 sont également pétries de références à l'ancien droit sur ces questions aquatiques délicates, puisque c'est le seul moyen de construire une réflexion intelligible sur la matière.

Il est très fréquent de trouver dans les archives de l'administration des lettres, notes et mémoires, qui sans la moindre gêne, amalgament et tissent l'ancien et le nouveau droit pour étayer les solutions de la matière. C'est alors l'usage du crochet modernisateur, que l'on insère dans de respectables textes royaux, comme le « règlement général de 1669 ». La rédaction du *Pratique du cours d'eau* est quant à sa forme très révélatrice de cette tendance au chevauchement, que le déroulement des carrières explique par ailleurs²⁰³. Il est naturel pour cette génération, qui voit défilier les régimes politiques, d'aller à l'essentiel. Dans ses premiers textes, Daviel use quasiment d'une « double » transcription juridique, reprenant textuellement des articles entiers de l'ordonnance de 1669, dont il actualise certaines dispositions entre crochets, en substituant les autorités compétentes, la tarification des peines encourues²⁰⁴.

201. Voir M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, *op. cit.*, pp. 3-4 et p. 111 : « Daviel cite abondamment les anciens textes et auteurs ».

202. A. DAVIEL, *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau*, *op. cit.*, p. 4.

203. Personnage caractéristique, le juriconsulte Renauldon, reçu avocat sous l'ancien droit, devenu préfet sous l'Empire, incarne cet esprit de synthèse. C'est tout naturellement que l'on retrouve son *Traité historique et pratique des droits seigneuriaux*, paru en 1765, commenté dans plusieurs ouvrages.

204. La continuité du droit des rivières domaniales s'exprime à travers l'usage du crochet. On transpose dans la lettre même de l'ordonnance de 1669 les nouvelles dénominations des institutions et la réactualisation des peines encourues, voir par exemple A. DAVIEL, *Pratique des cours d'eau*, *op. cit.*, citant l'ordonnance de 1669, tit. 27, art. 42, p. 24 : « Nul [...] ne pourra faire moulins [...] ni autre édifices ou empêchements nuisibles au cours d'eau, dans les fleuves et rivières navigables et flottables [...]. Enjoignons à toutes personnes de les ôter dans trois mois, du jour de la publication des présentes ; et si aucuns se trouvent subsister après ce temps, voulons qu'ils soient incessamment ôtés et levés à la diligence de [nos préfets et sous-préfets], aux frais et dépens de ceux qui les auront faits ou causés, sur peine de 5000 livres d'amende, tant contre les particuliers que contre les [fonctionnaires publics] qui auront négligé de le faire, et de répondre, en leurs privés noms, des dommages et intérêts ».

Le droit romain est également abondamment cité par des auteurs familiarisés dès l'école et dont l'influence s'exerce encore au cœur du XIX^e siècle²⁰⁵. Comte consacre plusieurs pages de son *Traité* aux « Romains »²⁰⁶. On en retrouve de larges extraits annotés, tant chez Daviel que Garnier. Mais il en résulte plus de « divergences » que de consensus, assez curieusement²⁰⁷ : Daviel y voit la preuve de la « propriété privée », Rives celle d'une « domanialité publique ». Les querelles historiques doublent les querelles juridiques²⁰⁸. Au lieu d'une réelle analyse impartiale, il s'agit le plus souvent d'extorquer quelques arguments ou maximes en faveur d'une position ou d'une autre. C'est pourquoi Paul Denozière évoque ces « interprétations différentes du droit romain »²⁰⁹ comme des formules plaquées sur des systèmes préétablis et dont le recours n'a souvent qu'une fonction légitimante.

Pour prouver le caractère public des cours d'eau ni navigables ni flottables, Proudhon et Rives s'appuient sur la thèse classique éprouvée de l'usurpation seigneuriale et prétendent que toutes les rivières sans exception doivent être considérées, du point de vue historique²¹⁰, comme des dépendances du domaine de la Couronne devenu « national » puis « public ». À l'inverse, les tenants de la privatisation du cours d'eau, à l'instar de Daviel, Garnier ou Chardon, pour ne citer que des spécialistes de la matière, effectuent une interprétation historique toute autre, emboîtant le pas d'une véritable étude féodale²¹¹, qui vise à démontrer que les petites rivières ont toujours été « propriété » et exclues de l'aire domaniale – tout au moins des choses publiques. Face cette

205. Pour l'influence des droits anciens et notamment du droit romain sur les juristes de l'eau au XIX^e siècle, voir P. DENOZIÈRE, *L'État et les eaux non domaniales*, op. cit., p. 5.

206. C. COMTE, *Traité de la propriété...*, op. cit., chap. XVI, p. 260.

207. *Ibid.* : « Il est résulté de ces divergences que, même à l'époque moderne, des auteurs ont pu exprimer des opinions différentes sur l'interprétation de la loi romaine. Daviel et, avec lui la majorité des auteurs, ont estimé que le droit romain conférait aux riverains un droit de propriété sur le lit et les eaux ; Nadauld de Buffon déduisait des Institutes que les eaux courantes n'étaient pas susceptibles d'appropriation privée, les rivières non navigables faisaient partie des choses n'appartenant à personne et dont l'usage est commun à tous ; d'autres auteurs enfin déduisaient des textes la domanialité des rivières ou bien la propriété privée de leur lit, les eaux étant choses communes ».

208. Au sujet des capitulaires de Dagobert, voir D. A. RIVES, *De la propriété du cours et du lit...*, op. cit., p. 31 : « On ne saurait, au surplus, sans se méprendre beaucoup, selon moi, sur sa portée, en conclure, comme M. Daviel, que la propriété des eaux pérennes n'appartenait pas à la seigneurie des pays où cette disposition était en vigueur ».

209. Voir P. DENOZIÈRE, *L'État et les eaux non domaniales*, op. cit., p. 5.

210. Pour une synthèse de cette théorie, qui repose sur une conception du domaine originaire, voir A. HAURIU, *La mainmise de l'État sur l'énergie des cours d'eau...*, op. cit.

211. Pour l'apport des recherches de Championnière sur les origines de la féodalité, à partir de l'exemple de l'eau, voir G. LEYTE, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e-XV^e siècle)*, Strasbourg, PUS, 1996, pp. 171-175.

instrumentalisation de l'histoire, le besoin de vérité et de recherches trace le sillon des origines de l'histoire du droit et des institutions.

La restauration politique de l'ordre ancien pose inévitablement la question, toujours hypothétique, de la restauration juridique. Les concessions conclues avant 1789, autorisant un propriétaire d'usine à user exclusivement des eaux d'une rivière sont-elles restaurées, au mépris des lois et règlements en vigueur (issus de la Révolution et de l'Empire) ? Dans son *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau*, Daviel répond adroitement que « l'usage des eaux a été conservé aux anciens moulins, mais avec les restrictions résultant nécessairement des lois nouvelles »²¹².

Devant les insuffisances du droit français des cours d'eau ni navigables ni flottables, les auteurs spécialisés ont assez souvent recours aux législations étrangères. L'étude du droit des pays frontaliers est particulièrement vivace. Daviel en particulier introduit assez largement cette méthode dans ses écrits, avec un recours au droit comparé hollandais ou allemand²¹³. Mais dans ses traités, comme dans ceux des juristes de cette période, deux modèles étrangers se distinguent particulièrement : le modèle lombard et le modèle anglais. L'un et l'autre forment des modèles d'inspiration et de référence, pris comme modèle ou contre-modèle, selon les thèses défendues par les interprètes du droit de l'eau.

La prégnance du modèle lombard s'explique sans doute par l'aventure révolutionnaire et la longue administration impériale exercée dans les quatorze départements d'Italie du Nord, entre 1802 et 1809²¹⁴. Cette parenthèse s'est traduite par une expérimentation originale en matière d'administration des cours d'eau non navigables. En 1813, sur le rapport du ministre de l'Intérieur, la section de l'intérieur du Conseil d'État a contribué à un *Projet de commission des eaux non navigables ni flottables dans le département du Pô*, à Turin²¹⁵, justifiant une police accrue

212. A. DAVIEL, *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau*, op. cit., p. 125 : « Le droit des propriétaires d'usines a subsisté désormais sur les eaux, mais avec la limite naturelle résultant du droit d'autrui ; et de là, la nécessité d'un règlement pour déterminer la part de chacun dans la propriété commune ».

213. Pour le caractère précurseur de la méthode de Daviel, en droit comparé, voir M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, op. cit., p. 111. Pour l'influence germanique, voir A. DAVIEL, *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau*, op. cit., p. 31 : « Voir une dissertation du docteur Rittinghausen, traduite des archives du droit pour les provinces rhénanes ».

214. Voir Doire (1801-1814), Marengo (1801-1814), Pô (1801-1814), Sésia (1801-1814), Stura (1801-1814), Tanaro (1801-1805), Apennins (1805-1814), Gênes (1805-1814), Montenotte (1805-1814), Arno (1808-1814), Méditerranée (1808-1814), Ombrone (1808-1814), Tibre (1809-1814), Trasimène (1809-1813).

215. *Imprimés du travail du Conseil d'État (1800-1814)*, section de l'intérieur, M. le comte Neri-

de l'État sur les petits cours d'eau²¹⁶. Ce projet a été adopté par décret en janvier 1814²¹⁷, instituant dans le département de la Méditerranée une commission chargée de l'administration des travaux des cours d'eau non navigables ni flottables.

Si le congrès de Vienne a rompu les amarres entre Paris et l'Italie, cette expérience administrative est néanmoins à l'origine de regards croisés sur la gestion des eaux, tout au long du XIX^e siècle. De nombreux français poursuivent le dialogue avec l'Italie du nord sous la Restauration. Si les itinéraires à vocation littéraire et artistique de l'ancien auditeur au Conseil d'État Stendhal²¹⁸ sont bien connus, de nombreux ingénieurs hydrauliciens se sont également rendus sur place dans le cadre de voyages d'étude du système de répartition des eaux²¹⁹. C'est une tradition vivace jusqu'à la fin de la monarchie de Juillet, dont témoigne de nombreuses publications cisalpines et transalpines, comme celles de l'avocat italien Giovanetti, qui envisage un projet de loi pour la France dans *Du régime, et particulièrement de celles qui servent aux irrigations* (1844)²²⁰ ou encore la publication des frères Dumont qui érige la législation lombarde en véritable « modèle » dans le recueil *De l'organisation*

Corsini, Rapporteur, 1^{ère} rédaction, n° 37855.

216. *Ibid.* : « Le préfet du Pô a reconnu, de concert avec l'ingénieur en chef du département de ce nom, que ces dégâts provenaient : 1° De ce que les riverains avaient fait arracher les souches qui soutenaient les rives, et avaient cessé d'entretenir les plantations d'arbres, conformément au livre vi du titre vii des constitutions générales du Piémont ; 2° De ce qu'ils s'étaient permis de faire nouvelles dérivations, ou de changer celles qui existaient précédemment afin d'augmenter le volume d'eau servant à l'irrigation de leurs terrains ou à l'usage de leurs moulins ; 3° De ce que les pêcheurs se permettaient d'intervir le cours des eaux au moyen de digues, écluses et autres ouvrages destinés à retenir ou à étendre le lit ou à en détourner les eaux. Ce magistrat pense que le seul moyen de faire cesser ces abus et les dégâts qui en sont la suite, et de les prévenir dorénavant, est d'établir à Turin une commission centrale des eaux non navigables ni flottables du département, qui serait chargée d'étudier le cours et le régime des divers torrents ; de veiller à ce que les plantations qui bordent les divers cours d'eau ne soient pas arrachées, à ce qu'elles soient, au contraire, entretenues avec soin ; qui serait consultée avant l'exécution des ouvrages, de quelque nature qu'ils fussent être, et qui ferait la répartition de la dépense entre les divers propriétaires, en raison des avantages qu'elles doivent procurer ».

217. « Décret impérial portant Règlement sur l'Administration des travaux des Cours d'eau non navigables ni flottables dans le département de la Méditerranée », 6 juillet 1813, *Bulletin des Lois de l'empire français*, 4^e série, t. XIX, n° 509 à 549, Paris, imprimerie impériale, Janvier 1814, n° 9420.

218. Voir STENDHAL, *Voyage en Italie*, Paris, Gallimard, Pléiade, 1996.

219. Pour les voyages d'étude de Nadauld de Buffon sur le régime des eaux en Italie, voir B. NADAULD DE BUFFON, *Canaux d'arrosage de l'Italie septentrionale...*, *op. cit.* Pour l'expérience italienne de l'ingénieur Poirée, voir M. MERGER, *La politique de la III^e République en matière de navigation intérieure de 1870 à 1914*, Thèse, Histoire, Paris IV, 1979, p. 8 : « A. Poirée est un ingénieur formé à l'École nationale des Ponts-et-Chaussées ; après avoir résidé plusieurs années en Italie ».

220. V. J. GIOVANETTI, *Du régime des eaux et particulièrement de celles qui servent aux irrigations*, Paris, Imprimerie royale, 1844.

légale des cours d'eau, sous le triple point de vue de l'endiguement, de l'irrigation et du dessèchement (1845). Dès la Restauration, le modèle lombard est une référence pour tous les auteurs spécialisés. Certains ingénieurs des ponts et chaussées parmi les plus influents, comme Poirée, ont séjourné en Lombardie sous le Premier Empire et Daviel cite à de nombreuses reprises l'opinion de Romagnosi sur *La propriété des cours d'eau non navigables*²²¹.

Symbole d'une réussite industrielle reconnue²²², le modèle anglais du régime des eaux est souvent invoqué par la doctrine. Daviel convoque la législation anglaise à l'appui de ses thèses propriétairestes sur les cours d'eau ni navigables ni flottables²²³, afin de réfuter l'idée que la disposition des pentes serait du « domaine des concessions administratives »²²⁴. Dès les premières années de la Restauration, Louis XVIII diligente plusieurs missions d'étude en Grande-Bretagne. Plusieurs grands ingénieurs chevronnés comme Dutens, auteur d'une *Histoire de la navigation intérieure de la France*²²⁵, traversent alors la Manche. C'est également le cas de Brisson ou encore Cordier, auteur de plusieurs essais sur la construction des canaux²²⁶, qui plaident en faveur d'un système souple, inspiré de

221. A. DAVIEL, *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau*, op. cit., p. III, citant Romagnosi, *Della condotta delle acque et della ragione civile delle acque* (1842).

222. Pour l'apologie du modèle anglais, voir J. DUTENS, *Histoire de la navigation intérieure de la France, avec une exposition des canaux à entreprendre pour en compléter le système ; précédée de considérations générales sur la position géographique de ce royaume, sur la direction de ses fleuves et rivières, et sur son commerce extérieur et intérieur ; suivie d'un essai sur les causes qui ont retardé jusqu'à ce jour l'établissement des canaux dans ce pays, sur les moyens qui peuvent en favoriser l'exécution, ainsi que sur les principes de législation et d'administration auxquels ils doivent être soumis ; et accompagnés d'une carte des canaux exécutés et de ceux à entreprendre*, Paris, Sautet, 1829, t. 2, p. 354 : « L'Angleterre s'arrangea pour approvisionner le monde entier des produits de ses seuls manufactures. Ce système, qui a réussi [...] à l'Angleterre, fut donc, en grande partie, la troisième cause, et la plus générale, qui la conduisit à ouvrir [...] l'étonnante quantité de canaux qui traversent aujourd'hui son territoire ».

223. Pour la référence au modèle propriétaireste du régime des eaux anglais, voir A. DAVIEL, *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau*, op. cit., p. 31 : « Suivant la jurisprudence anglaise, un riverain peut céder son droit à la rivière à son co-riverain ou même à un étranger. C'est précisément le cas que nous supposons où le droit d'utiliser les eaux est cédé, soit entre les riverains opposés, soit à un propriétaire supérieur ou inférieur. Nous avons vu un grand nombre de conventions de cette espèce, et toujours les tribunaux en ont assuré l'exécution. Seulement leur réalisation est toujours subordonnée, quant à l'administration, aux enquêtes et aux vérifications qu'il lui plaît d'ordonner. Lorsqu'une rivière coule entre deux héritages, chaque riverain est réputé propriétaire jusqu'au fil de l'eau, *usque ad filum aquae*, comme disent les jurisconsultes anglais ; c'est-à-dire jusqu'à la ligne qu'on suppose tracée au milieu même de la rivière ».

224. *Ibid.*, p. 30.

225. Voir J. DUTENS, *Histoire de la navigation intérieure de la France...*, op. cit.

226. Pour une apologie de l'esprit des institutions et du droit anglais, voir J. CORDIER, *Ponts et Chaussées, essais sur la construction des routes, des ponts suspendus, des barrages, etc., extraits de divers ouvrages anglais*, Lille, Reboux-Leroy, 1823, p. CIXVII.

l'Angleterre industrielle²²⁷. Cordier se lance d'ailleurs dans la traduction de plusieurs ouvrages spécialisés anglo-saxons, comme la *General history of Inland navigation, foreign and domestic : containing a complete account of the canals already executed in England*²²⁸, traduite en 1819. Dans le sens des thèses anti-propiétaristes, Daviel défend les « droits de propriété absolue »²²⁹ sur les rivières ni navigables ni flottables, en s'y référant. Ces réflexions comparatistes auront leur impact au moment de programmer les vastes campagnes de canalisation de la Restauration du plan Becquey²³⁰.

*

Il faut en effet attendre la fin du XIX^e siècle et la loi du 8 avril 1898 pour voir se fixer une police de l'eau stable, précisant les obligations de curage ou d'entretien qui s'imposent aux propriétaires. Jusqu'alors, les développements sont très inégaux, en raison des échecs répétés du projet de Code rural. Perceptible dans la doctrine, ce mouvement émerge à la suite de la coordination et de la systématisation des polices des eaux. Quand bien même ils reprennent des lignes de partage classique, entre les « eaux privées » et les « eaux publiques »²³¹ ou entre les types « d'eaux », les écrits de Picard ou de Fabreguettes témoignent de cette vue d'ensemble. En revanche, les autorités administratives chargées des polices de l'eau n'ont pas présenté cette hauteur de vue, du XIX^e au XX^e siècles²³². Les polices des eaux ont été placées jusqu'au XX^e siècle sous l'empire de régimes distincts et administrées par des institutions diverses. En dépit des initiatives englobantes de la doctrine, le droit de l'eau a longtemps été disséminé et la police de l'eau éclatée en de multiples polices spéciales.

La naissance du droit de l'environnement poussera finalement cette dynamique d'unification et de coordination à son terme. De ce point de vue, la loi du 16 décembre 1964 marque une prise de conscience de l'unité de la ressource. L'unification de la police semble le maître mot du droit de l'eau depuis 1992. Mais ce mouvement d'intégration de la police des ressources en eau doit beaucoup à la construction européenne et à

227. B. BRISSON, *Essai sur le système de navigation intérieure de la France...*, *op. cit.*

228. Voir J. PHILLIPS, *General history of Inland navigation...*, *op. cit.*

229. A. DAVIEL, *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau*, *op. cit.*, p. 335.

230. Pour l'influence déterminante du modèle anglais sur le plan Becquey, voir M. MERGER, *La politique de la IIP République en matière de navigation intérieure...*, *op. cit.*, p. 7.

231. P.-J.-E. FABREGUETTES, *Traité des eaux publiques et des eaux privées*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1911.

232. Voir *infra*, Chapitre 7.

la jurisprudence de la Cour de justice. Cette unification de la ressource en eau a été impulsée à l'échelle européenne, comme le soulignent M^{me} Inserguet et M. Bodart²³³. Le droit français n'a parachevé ce tournant que sous la contrainte de la directive-cadre sur l'eau (du 23 octobre 2000), définissant des objectifs de préservation et de restauration de la qualité et de la quantité des eaux sans distinction (eaux douces, de surface ou souterraines, eaux saumâtres, eaux salées de transition, eaux côtières).

233. Voir *infra*, Chapitres 8 et 11.

Chapitre 7

Les autorités de police administrative de l'eau. Perspectives contemporaines

Frédéric DAVANSANT

Maître de conférences à l'Université du Littoral - Côte d'Opale

LARJ (EA 3603)

Tiphaine LE YONCOURT

Maître de conférences à l'Université de Rennes 1

IODE (UMR CNRS 6262)

En guise d'introduction au chapitre consacré à la police et la conservation des rivières de son traité sur le *Régime des eaux*, François Xavier Paul Garnier écrivait en 1839 : « Les juridictions des eaux et forêts ont été détruites par la loi du 7 septembre 1790¹, et les attributions qui leur appartenaient sont aujourd'hui tellement divisées qu'il n'est aucun des nombreux pouvoirs qui composent l'ordre administratif ou judiciaire qui n'en exerce quelqu'une »². Les assertions du grand avocat semblent traduire une indulgente nostalgie pour l'institution fluviale de l'Ancien Régime et une sévérité implacable pour le régime des eaux issu de la Révolution. Il faut accorder à ce spécialiste du droit et des institutions de l'eau que la matière n'est ni simple ni claire, et qu'elle donne lieu à de terribles affrontements jurisprudentiels et doctrinaux depuis les premières années de la Restauration³. Il existe bien dans la France du

1. Décret des 6-7/11 septembre 1790 relatif à la forme des procédures devant les autorités administratives et judiciaires, en matière de contributions, de travaux publics, et de commerce, et à la suppression des cours, tribunaux et juridictions d'ancienne création. Voir J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements et Avis du Conseil d'État, publiée sur les éditions officielles du Louvre ; de l'Imprimerie nationale, par Baudouin ; et du Bulletin des lois ; (Depuis 1788 par ordre chronologique)*, Paris, A. Guyot, 1838, 38 tomes, t. 1, 2^e édition, pp. 406-409.

2. F. X. P. GARNIER, *Régime des eaux, ou traité des eaux de la mer, des fleuves, rivières navigables et flottables et autres eaux de toute espèce*, Paris, Imprimerie Pillet, 1848-1842, 4 volumes, 2^e édition, vol. 2, pp. 2-3.

3. Voir F. MYNARD, *Droit domanial et formation du droit public fluvial (1669-1835)*, Thèse, Droit, Université de Rennes 1, 2011, pp. 506 et s.

xix^e siècle des autorités administratives et des juridictions pour exercer les compétences que l'ordonnance de 1669 confiait aux maîtrises des eaux et forêts⁴ mais, conformément aux principes révolutionnaires, les autorités de remplacement ne sont pas des juridictions, ni des administrations d'exception et les compétences des anciennes maîtrises n'ont été ni regroupées, ni confiées à une institution spécialisée et identifiée. Le régime des eaux apparaît désormais comme un élément du vaste programme qu'est chargée de mettre en œuvre l'administration publique et sa police en est confiée aux agents chargés de l'assumer, « c'est-à-dire aux préfets principalement »⁵ comme l'écrit Garnier à son époque.

La simplicité de la situation n'est toutefois qu'apparente car, au terme d'un processus entamé sous la Restauration, la police administrative dite des rivières n'appartient effectivement que « principalement » aux préfets⁶. La monarchie de Juillet, le Second Empire puis la III^e République voient se multiplier les autorités administratives compétentes en matière d'eau et, surtout, la police des eaux ne peut désormais plus se réduire à la seule police des rivières, comme le suggère le sous-titre de l'ouvrage de Garnier : *Traité des eaux de la mer, des fleuves, rivières navigables et flottables et autres eaux de toute espèce*. Cette formulation est très représentative de la conception de la matière au cours du xix^e et pendant la majeure partie du xx^e siècle. La police de l'eau ou plutôt les polices de l'eau sont, à l'image du droit de l'eau, multiples et divisées. Elles ne font souvent que coexister, sans qu'il ait été véritablement recherché un moyen de les fédérer ou de leur donner une cohérence d'ensemble⁷. Les manuels de droit, les ouvrages juridiques ou les thèses universitaires du temps traduisent finalement deux approches différentes de la matière, tout aussi incomplètes l'une que l'autre. Certains auteurs se consacrent à l'un des divers régimes juridiques de l'eau qu'ils étudient de manière très poussée, en se posant comme des spécialistes rigoureux d'un point de droit ardu⁸. L'autre approche, plus généraliste, revient à détailler les

4. Sur le régime des eaux à l'époque moderne, voir le chapitre du Professeur Xavier Godin dans le présent ouvrage.

5. F. X. P. GARNIER, *Régime des eaux...*, *op. cit.*, p. 3.

6. Garnier intitule d'ailleurs le développement qu'il consacre à la police des rivières « Attributions du pouvoir royal, des ministres et compétences des préfets, sous-préfets, maires et ingénieurs, inspecteurs de la navigation et autres fonctionnaires » (*Ibid.*, p. 94).

7. Voir Y. JÉGOUZO, « Existe-t-il un droit de l'eau ? », *L'eau et son droit*, Rapport annuel du Conseil d'État, n° 61, La Documentation française, 2010, pp. 567-576. « La caractéristique du régime de l'eau fut longtemps d'être diversifié selon que l'on considère l'eau voie navigable, l'eau potable destinée à l'alimentation humaine et animale, l'eau source d'énergie, l'eau agricole, l'eau facteur de risque, l'eau des pêcheurs ou celle des baigneurs » (*Ibid.*, p. 568).

8. À titre d'exemples et sans prétention à l'exhaustivité : J.-J. BAUDRILLART, *Traité général des eaux et forêts, chasses et pêches*, Paris, Mme Huzard, 1821-1848, 11 vol. ; G. DUFOUR, *Police*

diverses polices de l'eau dans des manuels à l'usage des étudiants ou des professionnels. L'ouvrage tient alors plus de l'inventaire pratique que d'une réflexion ou d'une recherche d'unité et de cohérence globale⁹. Traduction institutionnelle de cette insuffisance théorique et doctrinale, les administrations de l'eau peinent à s'organiser et à se coordonner. Depuis la période révolutionnaire, le développement des autorités de police administrative de l'eau présente l'apparence d'un tableau pointilliste dans lequel on peine à distinguer un dessein. En 2010, dans le cadre du grand rapport rendu par le Conseil d'État sur l'eau et son droit, le Professeur Jégouzo soulignait l'ancienneté de la difficulté et rappelait non sans raison qu'« à cette pluralité de régimes a correspondu longtemps – et cela demeure en partie vrai – une gestion administrative très éclatée tant au sein de l'État que dans la sphère publique en général »¹⁰.

Le propos de cette contribution est donc de tenter d'éviter d'appréhender ces polices de manière sectorielle, comme l'ont fait si longtemps le législateur et les auteurs, mais de les aborder par le prisme des autorités administratives qui en sont chargées. Les bouleversements engendrés par la disparition des maîtrises des eaux et forêts constituent le point de départ naturel de cette étude par laquelle nous nous efforcerons de restituer l'évolution de l'administration de l'eau des premiers temps de

des eaux, traité pratique à l'usage des maîtres d'usines, des riverains de la mer et des cours d'eau navigables ou non navigables et des concessionnaires ou propriétaires de marais suivi d'un commentaire spécial des lois sur l'irrigation et le drainage, Paris, Cotillon éditeur, 1857 ; I. JULLIEN, *La Législation des irrigations en droit français*, Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Paris, 1868 ; P. LESCUYER, *Du curage des cours d'eau non navigables ni flottables*, Paris, Durand et Pedone-Lauriel éditeurs, 1885 ; L. RUYER, *Des Eaux de source*, Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Nancy, 1896 ; J.-B. (dit Paul) CHOMETTE, *Des droits des communes sur les eaux de source et de la dérivation de ces eaux par les communes*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1898.

9. Il est frappant de constater que les principaux répertoires ou dictionnaires juridiques administratifs du XIX^e siècle comportent rarement une seule entrée « Eau », au singulier. Ils affichent généralement plusieurs entrées « EAUX » au pluriel, revenant à juxtaposer les régimes des différentes eaux, même si la liste peut différer d'un ouvrage à l'autre. Les catégories les plus communément retenues sont les suivantes : eaux navigables et flottables, eaux non navigables et flottables, eaux courantes, eaux pluviales, eaux de source, eaux ménagères, eaux souterraines, eaux stagnantes, rivages de la mer, eaux minérales, eaux thermales etc. Voir par exemple le *verbo* « EAUX » dans le *Répertoire du droit administratif* (fondé en 1882 par L. BÉQUET, publié depuis 1892 sous la direction d'É. LAFERRIÈRE, Paris, Dupont, 1892, t. XIV) ; dans le *Répertoire général alphabétique du droit français* (É. FUZIER-HERMAN, Paris, L. Larose, 1901, t. 19). Le *Dictionnaire général de l'administration française* (A. BLANCHE, Imprimerie et librairie administratives de Paul Dupont, 1847, vol. 2) utilise « Eau » au singulier mais multiplie les entrées « eau bandée », « eau plate », « eaux et forêts », « eaux minérales » etc., alors que le *Dictionnaire de l'administration française* (M. BLOCK, Paris, Berger-Levrault, 1877, vol. 1) traite sous l'entrée « Eau » les compétences municipales en la matière mais ajoute lui aussi ensuite des entrées « Eaux minérales », « Eaux ménagères ».

10. Y. JÉGOUZO, « Existe-t-il un droit de l'eau ? », *op. cit.*, p. 569.

la Constituante jusqu'à la fin du xx^e siècle. Le point d'arrêt lui semble également s'imposer à la lecture des dispositions de la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 qui consacre le principe de l'unité de la ressource en eau¹¹ et marque le début d'un nouveau chapitre du droit de l'eau¹².

Ce voyage sur deux siècles au fil de la police de l'eau¹³ permet de mettre en relief les défis que l'administration d'État française a dû affronter pour s'adapter à un droit complexe, multiforme et mouvant. Les premières difficultés ont été posées par les spécificités techniques et géographiques qui ont conduit le pouvoir exécutif puis le législateur à inventer un cadre administratif dual et original. Les administrateurs de l'eau du xx^e siècle ont également vu leurs missions s'étendre dans un sens sanitaire et environnemental très différent des préoccupations économiques ou productivistes du xix^e siècle. Enfin, l'administration française a plus récemment dû modifier ses méthodes héritées de la centralisation et apprendre à conjuguer ses pouvoirs régaliens avec les compétences des collectivités, les droits des riverains et propriétaires, et les revendications des usagers désireux de participer à la gestion de l'eau.

I. LA GESTION LOCALE DE LA POLICE ADMINISTRATIVE DES EAUX : UNE LIGNE CONSTANTE NON EXEMPTÉE D'AMBIGUITÉS

La gestion et la police de l'eau sont, en France, prioritairement l'affaire des autorités administratives locales. Depuis la Révolution, c'est à l'échelon local que les autorités publiques réglementent, autorisent ou sanctionnent en matière d'eau. Étant donné la très grande variété des polices administratives touchant aux eaux et la diversité des autorités locales qui en sont chargées, la gestion de l'eau reste longtemps éclatée

11. Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, *Journal officiel* du 4 janvier 1992.

12. L'avènement de ce nouveau chapitre de l'histoire récente du droit de l'eau n'est toutefois pas synonyme d'une rationalisation immédiate et définitive de l'organisation des administrations de l'eau. Les difficultés demeurent et elles devront désormais se régler dans le cadre du droit de l'Union européenne. Voir à ce sujet les conclusions du Rapport annuel du Conseil d'État, *L'eau et son droit*, *op. cit.*

13. Formule que l'on entendra de façon extensive, telle qu'elle était définie au xix^e siècle, comme par Dufour par exemple : « Le pouvoir de police, en matière de cours d'eau, n'a pas seulement pour mission de parer aux dangers et inconvénients qu'ils sont susceptibles d'occasionner pour tout ou partie de la société. Il a également pour but la direction des eaux en vue de l'utilité générale » (G. DUFOUR, *Police des eaux...*, *op. cit.*, p. 325).

au niveau central entre les ministères-tutelles des administrateurs locaux qui l'assument au quotidien.

La matière connaît une première division administrative qui l'écartèle depuis le XIX^e siècle entre deux principaux ministères, celui de l'agriculture ou du commerce (au gré des fusions) et celui des travaux publics ou des transports (selon qu'ils sont regroupés ou non). Cette division est héritée de la très ancienne distinction opérée entre l'usage des eaux navigables et domaniales d'une part, et l'usage des eaux qui ne sont pas concernées par la navigation d'autre part. Même s'il traduit un effort pour l'assouplir, le décret du 24 novembre 1962 relatif à l'exercice de la police des eaux reflète encore, – deux ans avant la promulgation de la loi du 16 décembre 1964 –, toute la force de cette tradition organique dualiste¹⁴. Ajoutant à la division classique entre les deux principaux ministères, la consécration par le décret-loi du 8 août 1935 de l'existence des eaux souterraines, largement ignorées au XIX^e siècle, a créé une police nouvelle confiée cette fois aux services du ministère de l'Industrie¹⁵. Loin d'être stabilisée par cette ventilation des attributions entre deux, puis trois administrations centrales, la police des eaux n'a en fait jamais cessé d'essaimer à tel point qu'il n'est guère de service ministériel qui n'ait détenu à un moment de son histoire des compétences touchant à l'eau. On peut citer le cas des ministères de la Santé (qualité de l'eau), des Sports (activités nautiques), de la Marine (portions maritimes des fleuves et rivières soumis à l'influence des marées), de l'Intérieur (travaux publics, contraventions...), de la Justice (contraventions ou délits en matière fluviale) ou des Finances (taxes, redevances).

La nécessité d'une coordination entre ces différents ministères et leurs services s'est fait sentir dès le XIX^e siècle mais elle ne commence à prendre forme au sein de l'administration centrale que dans la seconde moitié du XX^e siècle. La commission de l'eau créée en 1959 auprès du

14. Décret n° 62-1448 du 24 novembre 1962 relatif à l'exercice de la police des eaux, *Journal officiel* du 4 décembre 1962, p. 11844 : « Article 1 : Le ministre des Transports a dans ses attributions : a) Sur les cours d'eau domaniaux et non domaniaux, les travaux d'aménagement des eaux exclusivement destinées à l'alimentation ou à l'amélioration des canaux et cours d'eau navigables ou flottables ; b) Le service des inondations et des annonces de crues, la protection contre les inondations, la protection contre la mer et l'aménagement des estuaires maritimes, les endiguements le long de tous les cours d'eau domaniaux ou non ; c) Sur les cours d'eau domaniaux autres que ceux visés à l'article 5 et sur les cours d'eau non domaniaux visés à l'article 4, le contrôle de tous autres travaux et la police des eaux. Article 2 : Le ministre de l'Agriculture a dans ses attributions : sur les cours d'eau domaniaux visés à l'article 5 et sur les cours d'eau non domaniaux autres que ceux visés à l'article 4, la police des eaux ainsi que le contrôle de tous les travaux autres que les travaux indiqués aux alinéas a et b, de l'article 1^{er} ».

15. Décret-loi du 8 août 1935 sur la protection des eaux souterraines, *Journal officiel* du 11 août 1935, p. 8795.

commissariat général au plan témoigne d'un souci de vision globale qui s'institutionnalise avec le Comité national de l'eau établi par la loi du 16 décembre 1964¹⁶ et avec la création de la mission interministérielle dans le domaine de l'eau en 1965¹⁷. Mais à partir de 1971, c'est au ministère de l'Environnement que revient cette coordination administrative¹⁸. Chargé de la police des eaux souterraines ainsi que de la police des cours d'eau domaniaux et non domaniaux, investi de prérogatives complémentaires en matière de chasse, de pêche, de lutte contre la pollution ou de surveillance des installations classées, le ministre de l'Environnement rassemble progressivement entre ses mains les pouvoirs administratifs du domaine de l'eau.

Dès les années 1980, alors que cette réorganisation n'en est encore qu'à ses débuts, certains auteurs s'interrogent sur une coordination interministérielle qui semble évoluer vers une « structure de commandement »¹⁹ et l'organisation d'un système administratif hiérarchisé, finalement très classique. La longue tradition française de centralisation et de concentration a plus souvent tendance à donner naissance à des systèmes administratifs descendants, prenant naissance dans un ministère parisien avant d'étendre leurs ramifications sur tout le territoire national. Pourtant, il semble bien qu'en matière d'administration de l'eau le processus ait été inverse. Si cette histoire administrative à rebours n'est pas une exception²⁰, l'avènement et le renforcement de l'administration

16. Loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution, *Journal officiel* du 18 décembre 1964, p. 11258 : « Article 15 : Il est créé auprès du Premier ministre un comité national de l'eau composé pour égales parts : 1. De représentants des différentes catégories d'usagers ; 2. De représentants des conseils généraux et des conseils municipaux ; 3. De représentants de l'État. Ce comité a pour mission : 1. De donner son avis sur les circonscriptions géographiques des bassins et groupements de bassins qui seront de la compétence des comités visés à l'article 13 ; 2. De donner son avis sur tous les projets d'aménagement et de répartition des eaux ayant un caractère national ainsi que sur les grands aménagements régionaux ; 3. De donner son avis sur tout problème commun à deux ou plusieurs comités ou agences de bassin ; 4. D'une façon générale, de rassembler la documentation nécessaire et de formuler des avis sur toutes les questions faisant l'objet de la présente loi ».

17. Le décret n° 65-889 du 21 octobre 1965 relatif à la coordination interministérielle dans le domaine de l'eau crée la mission interministérielle puis le décret n° 68-335 du 5 avril 1968 fixe les structures de l'ensemble de la coordination administrative en matière d'eau, *Journal officiel* du 24 octobre 1965 et du 14 avril 1968.

18. Décret n° 71-94 du 2 février 1971 relatif aux attributions du ministre délégué auprès du Premier ministre, chargé de la protection de la nature et de l'environnement, *Journal officiel* du 3 février 1971, p. 1182.

19. Voir P. DENOZIÈRE, *L'État et les eaux non domaniales*, Paris, Technique et documentation, 1985, pp. 259-260.

20. D'autres domaines de l'action administrative ont été historiquement gérés au plan local avant qu'une administration ministérielle centrale spécifique soit créée et que leur administration soit concertée et concentrée. Ce fut le cas de l'assistance publique, de l'hygiène ou de la santé publique, dont l'administration est originellement organisée dans le cadre des communes avant de remonter à

centrale de l'eau sont étonnamment récents. Tardive, la centralisation ne fait pourtant pas disparaître le caractère fondamentalement local de la police administrative de l'eau qui continue, au XIX^e comme au XX^e siècle, d'entretenir des rapports complexes et ambigus avec l'organisation du territoire et avec les mouvements de décentralisation et déconcentration.

A. Le cadre géographique de la police administrative des eaux : le territoire en question

L'institutionnalisation par la loi de 1964 du bassin hydrographique comme cadre de la politique de l'eau apparaît comme un moment charnière de l'histoire du droit et de la police de l'eau, en France et au-delà des frontières hexagonales. Pour le Conseil d'État, « un modèle ou une école française de la gestion de l'eau a définitivement pris forme²¹ » à partir de cette date. Ce mode de gestion de l'eau rompt en effet avec les approches sectorielles traditionnelles et ouvre la voie à une gestion intégrée et globale de la ressource. Cette nouvelle approche de la matière consacrée par l'article L.211-1 2° du Code de l'environnement agglomère dans une même protection les eaux superficielles, souterraines, stagnantes, courantes, domaniales ou non domaniales et les eaux de la mer dans la limite des eaux territoriales. Si la police administrative de l'eau n'est plus sectorisée, c'est parce qu'elle est territorialisée, inscrite dans un cadre géographique qui lui est propre : le bassin hydrographique. En établissant une circonscription spécifique pour l'administration de l'eau, la loi de 1964 semble donc trancher un vieux débat né avec le XIX^e siècle sur le point de savoir lequel, – du cadre naturel du bassin ou du département forgé par les constituants de 1789 –, est le plus adapté à l'administration de l'eau.

1. Le bassin et le département : la nature contre l'arbitraire politique ?

En découpant la France en départements à la fin de l'année 1789 et au début de l'année 1790, les députés de l'Assemblée nationale constituante poursuivent des objectifs électoraux, administratifs, politiques et philosophiques multiples et parfois difficilement conciliables. Avant d'avoir une finalité administrative, ce nouveau découpage doit d'abord permettre l'organisation de l'élection des députés à l'assemblée législative, il doit donner un cadre à la formation de la représentation nationale placée à

l'échelon des départements et d'aboutir, péniblement, à une centralisation unique véritable.

21. *L'eau et son droit*, Rapport annuel du Conseil d'État, *op. cit.*, p. 58.

la fois à la tête et au cœur de l'organisation politique de la France nouvelle²². La nouvelle carte de France doit également refléter les principes fondamentaux portés par les révolutionnaires et largement hérités de la philosophie des Lumières : rationalité, égalité, uniformité et unité. La démarche des révolutionnaires consiste en effet, de façon apparemment contradictoire, à bâtir et à conserver l'unité nationale par l'instauration d'une division nouvelle du territoire français. Le paradoxe disparaît si l'on comprend qu'il s'agit alors de casser les anciennes « provinces » qui structuraient la France sous l'ancienne monarchie en s'appuyant sur le cadre des généralités. C'est parce qu'il fragmente les espaces politiques traditionnels et qu'il tente de faire disparaître les anciennes solidarités potentiellement centrifuges qu'ils recouvrent, que le découpage en départements est un instrument de l'unité nationale si chère aux constituants²³. Plus qu'une division du territoire, les départements doivent donc être le mode d'organisation d'un tout, la Nation. Par sa structuration en parties égales entre elles, les citoyens auront également et facilement accès à tous les droits que la Nation leur reconnaît. La loi, expression de la volonté nationale formée par les députés élus dans le cadre de ces circonscriptions nouvelles, sera appliquée uniformément et également sur tout le territoire puisque toutes les administrations doivent s'inscrire dans ce même cadre départemental.

Le tracé de ce découpage départemental si important doit être débarrassé des habitudes et traditions qui n'ont d'autres raisons d'être que leur ancienneté et doit reposer sur des critères rationnels et scientifiques. Mais plusieurs formes de raisons scientifiques viennent se contredire et s'affronter au sein de l'assemblée. La première science convoquée par les constituants est la géométrie puisqu'ils proposent un partage du territoire en 81 départements de 324 lieues carrées²⁴. C'est donc avant tout en superficie que les départements seraient égaux. Les révolutionnaires empruntent pour partie cette idée aux projets de réformes territoriales des physiocrates qui, entre l'échelon communal et l'échelon provincial hérités, proposaient d'établir un échelon intermédiaire dont la surface

22. G. BIGOT, *L'administration française. Droit politique et société. Tome I : 1789-1870*, Paris, Lexis-Nexis, 2014, 2^e édition, pp. 15-30.

23. M.-V. OZOUF-MARIGNIER, *La formation des départements. La représentation du territoire français à la fin du XVIII^e siècle*, Paris, Éditions de l'EHESS, 1989, pp. 100-101.

24. Assemblée Nationale Constituante, séance du 29 septembre 1789, Rapport Thouret sur les bases de la représentation proportionnelle et sur l'établissement des assemblées administratives et des municipalités, *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises imprimé par ordre du Sénat et de la Chambre des députés* (ci-après AP), sous la direction de J. MADIVAL et E. LAURENT, Paris, Paul Dupont, Première série (1787 à 1799), Deuxième série (1799 à 1860), 1^{re} série, t. 9, pp. 201-210.

uniformisée permettrait à tous d'accéder au chef-lieu²⁵. Mais à cette rationalité mathématique géométrique, beaucoup de députés cherchent à opposer une rationalité scientifique géographique : les départements carrés du comité ne respectent pas les éléments physiques que sont les fleuves, les montagnes, les mers, ou les climats. Ces députés sont les défenseurs des provinces qui ont intégré les nouveaux codes révolutionnaires et ils savent qu'ils ne pourront arguer de la tradition historique pour légitimer le maintien des anciennes circonscriptions²⁶. C'est en avançant que les provinces ont une rationalité qui leur est propre, en affirmant leur caractère « naturel » par opposition à l'artificialité du découpage proposé par le comité qu'ils habillent un conservatisme tout à fait hors de saison à l'automne 1789²⁷. La réponse que le comité fait à ces attaques prouve d'ailleurs que cette argumentation articulée autour des limites naturelles qu'il conviendrait de respecter a porté. Les membres du comité se défendent en effet d'avoir voulu ignorer la géographie française et reconnaissent que « les montagnes, les fleuves »²⁸ interdisent de découper le territoire comme un échiquier. La prise en compte de ces réalités physiques est la concession la plus acceptable à leurs opposants puisqu'elle reste compatible avec l'esprit rationaliste du projet. Dès ses origines, le département est donc accusé par ses détracteurs d'ignorer la « nature » et dans le même temps revendiqué par ses créateurs comme la triomphe de raison scientifique sur les traditions héritées des aléas de l'histoire. Dans ce débat, l'invocation de la nature et les objets géographiques excipés comme critères de découpage du territoire ont une dimension politique dont ils ne se départissent jamais ensuite. « Le bassin versant devient un argument relatif, d'opportunité, utilisé par chacun des camps, opposant réforme et conservatisme, unité et ordre ancien, identité et particularisme contre rationalisation »²⁹.

Ce concept de « bassin » qui apparaît parfois dans les débats révolutionnaires est dû aux premiers géographes du XVIII^e siècle qui, à la suite

25. Voir A. MERGEY, *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010, pp. 195-199 et p. 474.

26. Assemblée Nationale Constituante, séance du 10 novembre 1789, Pison du Galand : « Le Dauphiné est borné au levant et au nord par les Alpes ; au midi et au couchant par un grand fleuve. La Provence et d'autres provinces ont pareillement des limites naturelles. Comment désunir, pour unis ailleurs, des choses dont la nature elle-même a déterminé le rapprochement » ? (*AP*, t. 9, p. 740).

27. Voir M.-V. OZOUF-MARIGNIER, *La formation des départements...*, *op. cit.*, pp. 46-62.

28. Assemblée Nationale Constituante, séance du 3 novembre 1789, Thouret, *AP*, t. 9, p. 656. Sur les hydronymes, voir F. MYNARD, *Droit domanial et formation du droit public fluvial...*, *op. cit.*, 2^e partie, pp. 445 et s.

29. S. GHIOTTI, « Les Territoires de l'eau et la décentralisation. La gouvernance de bassin versant ou les limites d'une évidence », *Développement durable et territoires*, Dossier 6, 2006, p. 7.

de Philippe Buache et de sa *Carte physique ou géographie naturelle de la France divisée par chaînes de montagnes et aussi par terrains de fleuves et de rivières* en 1744, avaient intégré ce critère dans leur travail de cartographie³⁰. Mais l'apparition d'une première version institutionnelle de la vaste et polysémique notion de « bassin », promise à un si important avenir en matière de police de l'eau, intervient sous le Consulat avec l'adoption de l'arrêté du 8 prairial an XI (28 mai 1803)³¹. Sans remettre en cause le découpage départemental qu'il conserve et même consacre, le Consulat organise en effet une exception à l'uniformité du cadre départemental pour l'administration de la navigation intérieure. Cette décision s'inscrit dans une politique de développement d'un système de transport national auquel les révolutionnaires aspiraient déjà mais qui n'a pas dépassé le stade du projet car, « outre l'impécuniosité d'un État incapable de réaliser ses ambitions en matière d'équipement, il y a un évident hiatus entre la dimension nationale du projet de circulation et les échelles auxquelles sont menés les chantiers »³². Pour tenter de remédier aux obstacles financiers, le Consulat a mis un terme au régime bancal hérité de la Révolution³³ en faisant définitivement disparaître tous les droits de péages particuliers qui subsistaient sur les rivières et a établi une taxe générale sur la navigation intérieure³⁴. Le produit de cet octroi devait être affecté à l'entretien des ouvrages d'art destinés à la navigation³⁵.

30. L. LAGARDE, « Philippe Buache ou le premier géographe français (1700-1773) », *Mappemonde*, n° 2, Montpellier, 1987, pp. 26-30.

31. Arrêté du 8 prairial an XI (28 mai 1803) relatif à la navigation intérieure de la France. Voir J.-B. DUVERGIER, *Collection complète...*, *op. cit.*, t. 14, pp. 149-151.

32. A. CONCHON, « Les transports intérieurs sous la Révolution : une politique de l'espace », *Annales historiques de la Révolution française*, 2008, p. 16.

33. En principe, la loi du 15-28 mars 1790 relative aux droits féodaux (J.-B. DUVERGIER, *Collection complète...*, *op. cit.*, t. 1, pp. 114-121) avait fait disparaître les droits de péages perçus sur les rivières, sous quelque dénomination que ce soit, en même temps que tous les droits féodaux. Mais elle avait maintenu à titre d'exception les péages concédés pour le dédommagement des frais de construction de canaux et autres ouvrages d'arts et ceux qui avaient été accordés à des propriétaires d'établissements quelconque à titre d'indemnité.

34. Loi du 30 floral an X (20 mai 1802) relative à l'établissement d'un droit de navigation intérieure (J.-B. DUVERGIER, *Collection complète...*, *op. cit.*, t. 14, p. 207).

35. Le conseiller d'État chargé des ponts et chaussées précise ainsi que « l'intention du gouvernement est que la loi du 30 floréal reçoive une prompte exécution, et que les préfets, désignés pour l'organisation du service de la navigation, apportent la plus grande activité dans les diverses opérations indiquées par la loi, et hâtent, par leur zèle, le moment où une perception bien organisée présentera les ressources nécessaires pour l'entretien des fleuves et rivières négligé depuis trop longtemps » (Circulaire de Crétet, conseiller d'État chargé spécialement des ponts et chaussées aux préfets, Paris, le 15 thermidor an X [3 août 1802], in T. RAVINET, *Code des ponts et chaussées et des mines ; ou, Collection complète des lois, arrêtés, décrets, ordonnances, règlements et circulaires concernant le service des ponts et chaussées et des mines*, Paris, Carilian Gœury, 1829, vol. 1, p. 211).

Mais les hommes du Consulat sont persuadés que « la division de la France en départements, dont plusieurs sont souvent traversés par le même fleuve ou par la même rivière, ne fournit pas une distribution propre à l'administration de la navigation intérieure de la république »³⁶. Il faut donc sortir la navigation intérieure du cadre départemental et c'est à cette fin qu'est adopté l'arrêté du 8 prairial an XI. « Un arrêté très important » écrit Daviel encore quarante ans plus tard³⁷ puisqu'il divise la France en bassins de navigation « dont les limites seront déterminées par les montagnes ou coteaux qui versent les eaux dans le fleuve principal ; et chaque bassin sera subdivisé en arrondissements de navigation (art. 1) ». L'arrêté est donc ensuite complété de règlements particuliers établissant les limites des arrondissements en listant pour chacun d'entre eux les parties des rivières qu'il comprend et la ville chef-lieu³⁸. La précision est d'importance car la fixation des tarifs et la perception de l'octroi se font par arrondissement (art. 5 et 6) et des portions de cours d'eau faisant partie de départements autres que celui du chef-lieu d'arrondissement de navigation intérieure seront mises dans les attributions administratives du préfet de ce chef-lieu pour ce qui concerne les travaux à exécuter dans le lit et sur les bords de ces cours d'eau (art. 2). C'est donc bien une administration spécifique de la navigation intérieure qui s'inscrit dans ces nouveaux cadres territoriaux, les arrondissements de navigation, subdivision des bassins de navigation.

Les bassins et arrondissements de 1803 sont dits « de navigation ». Les délimitations de ces nouvelles circonscriptions sont évidemment fonction du cours des fleuves et des rivières, le conseiller d'État chargé des ponts et chaussées écrivant d'ailleurs que la navigation intérieure « exige une division particulière, telle que la nature l'a déterminée ; c'est en la consultant que les arrondissements de navigation attribués aux

36. *Ibid.*

37. A. DAVIEL, *Traité de la législation pratique des cours d'eau*, Paris, Charles Hingray Libraire éditeur, 1845, t. 1, p. 213.

38. Le Consulat fixe d'abord les cadres administratifs du bassin de la Seine puisque « le fleuve de la Seine et les rivières affluentes à ce fleuve correspondent le premier bassin de la navigation intérieure de la République ». Voir Article 1 de l'arrêté du 1^{er} messidor an XI (20 juin 1803) qui divise le bassin de la Seine en neuf arrondissements (J.-B. DUVERGIER, *Collection complète...*, *op. cit.*, t. 14, p. 187) ; Arrêté du 27 vendémiaire an XII (20 octobre 1803) qui divise en trois arrondissements le bassin de navigation formé des fleuves de la Charente, de la Sèvre et de la Sèvre-Niortaise (*Ibid.*, p. 262) ; Décret du 28 messidor an XII (17 juillet 1805) concernant le bassin de l'Escaut (*Ibid.*, t. 15, p. 218) ; Décret du 8 vendémiaire an XIV (30 septembre 1805) concernant le bassin de l'Orne (*Ibid.*, p. 270) ; Décret du 10 brumaire an XIV (1^{er} novembre 1805) concernant le bassin de la Meuse (*Ibid.*, p. 273), etc. Voir également A. DAVIEL, *Traité de la législation pratique des cours d'eau*, *op. cit.*, pp. 213-214, n. 1.

préfets ont été arrêtés »³⁹. Mais les règlements adoptés après l'arrêté de l'an XI fixent explicitement les limites des arrondissements de navigation « depuis le point navigable » du cours d'eau concerné jusqu'à telle ou telle commune. Cela relativise considérablement le caractère naturel de ce découpage qui s'appuie tant sur les circonscriptions administratives ordinaires que sur la navigabilité de la rivière, critère essentiellement lié aux aménagements techniques qui y sont faits. L'ambition des hommes du Consulat en matière de navigation intérieure est d'ailleurs précisément de « compléter ce système général, en faisant les nivellements des rivières qui peuvent devenir navigables »⁴⁰. La façon dont le texte de 1803 dépasse la circonscription départementale pour lui préférer celle de bassin annonce assez largement le rapport que les autorités publiques du XIX^e et d'une partie du XX^e siècle ont avec l'eau : il s'agit d'une ressource qu'il convient d'exploiter au mieux pour la mettre au service de la défense et du développement de la Nation⁴¹. La nature n'est pas une donnée immuable, ni une fin, mais un objet que l'homme doit transformer et soumettre à ses besoins. En ce début de XIX^e siècle, le recours à la notion de bassin consiste à délimiter le cadre le plus efficace et le plus pertinent au développement du transport fluvial. Mais, à partir de la seconde partie du siècle, apparaissent des projets bien plus ambitieux d'exploitation des ressources en eaux dans le cadre des bassins qui ne sont plus seulement « de navigation » mais hydrographiques.

2. Les bassins hydrographiques, cadres de l'administration intégrée et territorialisée de l'eau

Le plus célèbre des projets globaux de gestion de l'eau du XIX^e siècle est probablement celui de Thomé de Gamond, un ingénieur civil dont la pensée est marquée par les saint-simoniens. Il est non seulement un précurseur – puisque la première version de son projet date de 1832 – mais également le plus audacieux. Thomé de Gamond veut en effet généraliser la navigation fluviale, développer l'irrigation, maîtriser les crues, utiliser la force motrice des eaux, améliorer la production piscicole ; tout cela par la suppression du profil naturel de tous les cours d'eau et la construction d'« une série de plans d'eau réguliers et successivement subordonnés. Ce serait, en d'autres termes, la transformation du plan

39. Circulaire du 15 thermidor an X (3 août 1802), *op. cit.*

40. 19 Vendémiaire an IX (11 octobre 1800). Circulaire du conseiller d'État Crétet chargé des ponts et chaussées aux Ingénieurs en chef (*Code des ponts et chaussées et des mines...*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 168-169).

41. Voir *infra*. II. A).

incliné de nos rivières en un escalier hydraulique »⁴². La démarche peut légitimement être qualifiée « hydro-utopie »⁴³ mais au-delà du projet lui-même, c'est la conception du rapport à l'eau qu'il traduit qui est essentielle puisqu'elle annonce la gestion intégrée et territorialisée dans le cadre de bassins hydrographiques adoptée à la fin du xx^e siècle.

Thomé de Gamond pense qu'il n'est pas du pouvoir de l'homme d'influer sur l'évaporation des eaux et la distribution des pluies sur le sol, les deux premiers cycles du système hydraulique qu'il décrit. Mais il estime qu'« aussitôt que l'eau pluviale est descendue sur la terre, elle fait partie du domaine de l'homme, qui devient maître de l'utiliser et de l'administrer à son profit »⁴⁴. Pour ce faire, la multiplication de services distincts ne sauraient suffire, il faut « réunir, centraliser dans un plan d'ensemble tous ces différents services qui ne doivent plus être réciproquement subordonnés, mais solidaires et surtout auxiliaires les uns des autres »⁴⁵. Cela suppose une réforme juridique, administrative et un redécoupage du territoire. Thomé de Gamond propose donc de former de grandes compagnies régionales concessionnaires pour assumer les travaux et donner corps à son grand œuvre sur le modèle des sociétés qui ont été chargées de la construction des réseaux de chemins de fer. Dans chaque bassin hydrographique français, ces sociétés seraient chargées d'effectuer les grands travaux à leurs frais puis autorisées à exploiter ces ouvrages pendant cent ans, sous le contrôle de l'État⁴⁶.

L'auteur distingue « neufs bassins hydrographiques naturels et distincts : ceux de la Seine, de la Loire, de la Gironde, du Rhône, du Rhin, de l'Escaut, de la Manche, de l'Océan et de la Méditerranée ». Mais il différencie cette organisation naturelle de celle qu'il se propose d'adopter pour la réalisation de son plan puisque, par souci d'aboutir à une répartition à peu près équilibrée de la superficie et de la population entre les bassins, il en ramène le nombre à cinq en procédant par regroupements⁴⁷.

42. A. THOMÉ DE GAMOND, *Régime général des eaux courantes. Plan d'ensemble pour la transformation de l'appareil hydraulique de la France*, Paris, Dunod éditeur, 1871.

43. J.-P. HAGHE, « Penser l'eau : contribution à une généalogie des idées à travers l'exemple français », *L'eau mondialisée*, Paris, La Découverte, 2010, pp. 47-60.

44. A. THOMÉ DE GAMOND, *Régime général des eaux courantes...*, *op. cit.*, p. 10.

45. *Ibid.*, p. 11.

46. *Ibid.*, pp. 73-74.

47. « On réunirait au bassin de la Seine ceux de l'Escaut français, de la Somme et des petits affluents de la Manche, depuis l'Aa jusqu'à la rivière de la Sélune, au fond de la baie de Cancale. Le bassin de la Loire comprendrait aussi les petites rivières océaniques, depuis le Couesnon, dans la baie de Cancale, jusqu'à la Sèvre niortaise sur l'Océan. Celui de la Gironde comprendrait tous les affluents du littoral océanique, depuis la Charente jusqu'aux Pyrénées, et ceux de la Méditerranée, depuis le Tech jusqu'au Vidourle. Enfin le bassin du Rhône réunirait tous les autres petits affluents de la Méditerranée jusqu'au Var » (*Ibid.*, p. 76).

La seule invocation de la nature dans la présentation de son découpage en bassins sert à justifier pourquoi il n'a pas modifié son travail depuis les annexions à l'Allemagne de territoires de l'est par le traité de Francfort. « Les limites politiques ne peuvent en rien affecter les conditions générales et naturelles d'un appareil hydrologique régional » affirme-t-il alors, phrase qui illustre de manière presque caricaturale l'utilisation d'éléments de géographie physique pour justifier un discours politique sur le découpage territorial ou la fixation des frontières : ici l'affirmation de l'appartenance naturelle de l'Alsace et de la Lorraine à la France.

Lorsqu'en mai 1921, le parlement légifère afin d'organiser un vaste programme de travaux d'aménagement du Rhône, il s'inscrit dans la continuité du projet de Thomé de Gamond. L'article 1 de la loi du 27 mai 1921 décrit en effet un projet ambitieux précisant que « l'aménagement du Rhône entre la frontière suisse et la mer sera réalisé au triple point de vue de l'utilisation de la puissance hydraulique, de la navigation, de l'irrigation et des autres emplois agricoles [...] »⁴⁸. La loi distingue six sections du fleuve mais précise qu'il sera préférable que les travaux à réaliser fassent l'objet d'une concession unique à l'ensemble des collectivités concernées et qu'une société unique soit créée pour se substituer aux concessionnaires. Ce projet dépasse donc les classiques divisions en circonscriptions administratives pour s'inscrire dans un cadre géographique défini avant tout par le cours du fleuve. Dans le cadre de cette société unique, les communes et départements concernés sont donc contraints de réaliser ensemble l'aménagement du Rhône en collaboration avec des industriels « régionaux » précise l'article 3. Cette société unique est bien un instrument de territorialisation et de globalisation de la gestion de ressource en eau. Le rapporteur du projet devant le Sénat met d'ailleurs ainsi en lumière la nouveauté du projet : « Le trait dominant, caractéristique, de ce programme est que, pour la première fois, s'affirme avec force une politique économique d'ensemble dont la

48. Loi du 27 mai 1921 approuvant le programme des travaux d'aménagement du Rhône de la frontière suisse à la mer, au triple point de vue des forces motrices, de la navigation et des irrigations et autres utilisations agricoles et créant les ressources financières correspondantes (*Journal officiel* du 28 mai 1921, p. 6210). L'article 2 précise que « le programme des opérations comprendra : 1° L'aménagement du fleuve, en vue de l'utilisation de sa puissance hydraulique et l'exécution simultanée d'une voie navigable à réaliser progressivement sur toute son étendue ; 2° L'amélioration et, au besoin, la création de grands ports fluviaux correspondants avec, quand il y aura lieu, leurs raccordements aux voies ferrées d'intérêt général et local ; 3° La délimitation des périmètres irrigables, la fixation des quantités d'eau et d'énergie nécessaires pour les desservir, la détermination des points de prise et la construction des canaux primaires d'amenée des eaux des stations de pompage ; 4° L'évaluation des réserves d'énergie à prévoir pour les utilisations autres que les irrigations ; 5° La construction des collecteurs de courant électrique assurant la liaison de toutes les usines génératrices entre elles et la jonction entre le réseau ainsi constitué et Paris ».

directive générale est de demander à la fois à une l'une des richesses inutilisées du patrimoine national tout ce qui peut contribuer à remédier aux maux généraux dont souffre le pays : la disette aigüe de combustible, l'insuffisance de l'outillage national de transport, le déficit des productions agricoles »⁴⁹.

La réalisation du projet s'est pourtant faite moins rapidement et moins aisément que les parlementaires de 1921 ne l'espéraient. La loi de 1921 disposait : « La société unique devra être constituée trois années au plus après la date de la promulgation de la présente loi », or le décret approuvant les statuts de Compagnie Nationale du Rhône n'est finalement adopté qu'en 1931⁵⁰ et sa création définitive ne date que de 1933. Elle n'a ensuite que progressivement investi tous les domaines d'intervention que lui confiait la loi de 1921. Mais elle reste le premier exemple français de société d'économie mixte chargée de l'exploitation de la ressource en eau en tous ses aspects sur un territoire qui n'est pas celui d'une collectivité administrative⁵¹.

En établissant le bassin hydrographique comme cadre de la police et de la politique de l'eau, la loi de décembre 1964 fait plus que généraliser cette « expérimentation » rhodanienne, elle bouleverse à la fois la conception et les modalités de l'administration des eaux héritées du XIX^e siècle en y intégrant la prévention de la pollution et un volet fiscal et financier inédit. Reste qu'elle consacre ce qui semble être devenu une « évidence » : « On peut délimiter par la ligne de partage des eaux une étendue drainée par un cours d'eau et ses affluents (s'il en a) ; c'est cette étendue que l'on nomme bassin fluvial, et plus souvent bassin versant. Du fait de l'écoulement des eaux, une organisation naturelle de l'espace bien hiérarchisée (fleuves et affluents) semble donc s'imposer, pour une gestion hydrologique rationnelle qui respecterait aussi l'ordre 'naturel' »⁵². Mais les discussions qui s'engagent rapidement autour de la taille et du nombre des bassins⁵³, puis de la fixation de leurs délimi-

49. Sénat, séance du 24 mai 1921, Perchot, rapporteur de la commission sénatoriale, *Journal officiel* du 25 mai 1921.

50. Décret du 13 janvier 1931, application de la loi du 27 mai 1921 sur le programme des travaux d'aménagement du Rhône de la frontière suisse à la mer, *Journal officiel* du 16 janvier 1931, p. 511.

51. Sur l'histoire de la Compagnie Nationale du Rhône, voir A. GIANDOU, *La Compagnie nationale du Rhône (1933-1998). Histoire d'un partenaire régional de l'État*, Saint-Martin-d'Hères, Presses universitaires de Grenoble, Collection Histoire industrielle, 1999.

52. S. VIEILLARD-COFFRE, « Gestion de l'eau et bassin versant. De l'évidente simplicité d'un découpage naturel à sa complexe mise en pratique », *Hérodote*, 2001/3, n° 102, pp. 139-156, spécialement p. 141.

53. Voir J.-L. GAZZANIGA, X. LARROUY-CASTERA, P. MARC, J.-P. OURLIAC, *Le droit de l'eau*, Paris,

tations démontrent les limites du caractère strictement « naturel » des nouvelles circonscriptions qui ne correspondent pas tout à fait aux limites de partage des eaux. Le souci d'équilibre entre les différents bassins et donc des ressources financières de leurs agences ont incité à adapter la réalité géographique qui par ailleurs, telle qu'elle est définie par les deux arrêtés du 14 septembre de 1966⁵⁴, correspond étonnamment aux limites administratives des départements⁵⁵.

Il n'y a évidemment rien d'étonnant à tout cela. L'administration et la police de l'eau sont des enjeux éminemment géopolitiques et la délimitation du ou des territoires dans lequel elles s'exercent ne peut qu'en être le reflet⁵⁶. « En devenant un territoire politique, le bassin versant se trouve être rattrapé par une logique qu'il devait dépasser pour constituer une forme hybride au carrefour des influences politiques, administratives, socio-économiques et environnementales »⁵⁷. Le développement des compétences de collectivités territoriales à partir des années 1980 et surtout 1990 confirme cette réalité en multipliant, en dessous des bassins ou au-delà des bassins, les cadres géographiques de la politique de l'eau. Les régions, nouveaux acteurs locaux, tendent en effet à affirmer leur identité en développant une politique régionale de l'eau alors que les communes, dotées de nouvelles compétences mais aussi de nouvelles obligations, s'organisent en structures intercommunales pour y faire

Litec, 2011, n° 540. Voir aussi S. VIEILLARD-COFFRE, « Gestion de l'eau et bassin versant... », *op. cit.*, p. 142 : « Le terme même de bassin versant s'applique à des territoires de tailles très diverses. On emploie indifféremment les termes de 'bassin versant', 'bassin d'alimentation' ou 'bassin hydrographique'. Mais il y a une réelle distinction à faire en termes de dimension entre bassin versant et bassin fluvial. Un bassin fluvial est un bassin versant dont la surface est drainée par un fleuve et l'ensemble de ses affluents. Il couvre donc une très vaste étendue, alors que le terme de 'bassin versant' peut également ne désigner qu'une partie d'un bassin fluvial, par exemple le bassin versant d'un affluent. Aussi certains bassins versants ont-ils de trop vastes dimensions pour une gestion de l'eau efficace et notamment pour mener la négociation avec des acteurs locaux et des usagers situés à plusieurs centaines de kilomètres les uns des autres. Il faut alors créer des sous-ensembles, avec l'idée que si la gestion de l'eau est correctement organisée en amont, elle ne pénalisera pas l'aval ».

54. Arrêté du 14 septembre 1966 circonscriptions des agences financières de bassin et arrêté du 14 septembre 1966 circonscriptions des comités de bassin, *Journal officiel* du 23 septembre 1966, pp. 8382 et 8385.

55. « Ainsi, la Brèle, cours d'eau qui délimite les départements de la Somme et de la Seine-Maritime, appartient à deux agences, la rive droite est rattachée à l'agence Artois-Picardie, la rive gauche à l'agence Seine-Normandie. Autre exemple, l'ensemble du bassin topographique de la Somme est rattaché à l'agence Artois-Picardie, néanmoins un de ses affluents, l'Avre, qui prend sa source dans le département de l'Oise, est rattaché à l'agence Seine-Normandie » (S. VIEILLARD-COFFRE, « Gestion de l'eau et bassin versant... », *op. cit.*, p. 143).

56. Voir B. GIBLIN, « L'eau : une question géopolitique, en France aussi », *Hérodote*, 2003/3, n° 110, pp. 9-28.

57. S. GHIOTTI, « Les Territoires de l'eau et la décentralisation... », *op. cit.*, p. 20.

face⁵⁸ alors que les conseils généraux se positionnent également comme des acteurs complémentaires aux institutions de bassins, au point que certains auteurs voient dans le département, curieux retournement de l'histoire, un acteur clef de la politique de l'eau du début du *xxi*^e siècle⁵⁹.

B. Les institutions locales chargées de la police administrative des eaux, reflets d'une tradition de déconcentration technique

L'ancrage local puis la territorialisation de la police administrative de l'eau contemporaine ne sont pas synonymes d'une police administrative décentralisée. Conformément à la tradition française, cette police administrative reste centralisée mais déconcentrée pendant l'essentiel du *xx*^e siècle⁶⁰. C'est en effet le préfet de département puis de bassin depuis la seconde partie du *xx*^e siècle, qui en assume la responsabilité et prend en charge sa coordination locale. La place considérable prise, dès le départ, par les services techniques déconcentrés de l'État dans ces politiques administratives particulières contribue et ajoute beaucoup à leur étatisation.

1. Le poids persistant du préfet dans la police administrative des eaux

En 1789, les révolutionnaires ne veulent pas établir une administration spécifiquement chargée de la police de l'eau qui pourrait rappeler, ou pire, ressusciter, les maîtrises des eaux et forêts symboles de l'ordre ancien qu'ils se sont employés à faire disparaître. Ce sont donc les nouvelles administrations locales qu'ils dotent d'attributions en la matière, tantôt générales tantôt spécifiques, mais qu'elles exercent toujours sous la surveillance des autorités centrales. La loi des 22 décembre

58. Le dispositif n'est pas neuf mais prend alors des formes nouvelles et une ampleur inédite. Voir C. PEZON, S. PETITET, « L'intercommunalité en France de 1890 à 1999, la distribution d'eau potable en question », Actes de la journée d'études *Les territoires de l'eau*, Arras, Université d'Artois, 26 mars 2004.

59. Voir A. GRANDGIRARD, R. BARBIER et M. TSANGA TABI, « Le Département, un acteur clef de la politique de l'eau », *Économie rurale*, n° 309, 2009, pp. 22-33.

60. Au moins jusqu'aux années 1990, « la politique française de l'eau est déconcentrée. D'une part, elle est co-élaborée par l'Administration, les collectivités locales et les usagers à l'échelle des grands bassins versants. D'autre part, les agences de l'eau favorisent la gestion intégrée de la ressource puisque le système repose sur la mutualisation des moyens financiers, là encore, à l'échelle des grands bassins. L'État demeure, ceci dit, le maître d'œuvre de cette politique car les agences de l'eau et les autres établissements publics chargés de l'étude et de la surveillance des milieux aquatiques restent placés sous sa tutelle » (A. BRUN, « Gestion de l'eau en France », *Économie rurale*, n° 309, 2009, p. 5).

1789-8 janvier 1790 (Section III, article 2) inaugure ce travail législatif en énonçant que les nouvelles « administrations de département seront encore chargées sous l'autorité et l'inspection du roi, comme chef suprême de la nation et de l'administration générale du royaume, de toutes les parties de cette administration, notamment celles qui sont relatives... 6° à la conservation des [...] rivières [...] et autres choses communes... ; 9° au maintien de la salubrité publique »⁶¹. L'instruction des 12-20 août 1790 (chapitre VI) précise quelques mois plus tard ce qu'il convient d'entendre par cette notion très vague de conservation des rivières : il s'agit à la fois de l'entretien des voies de navigation, de l'assèchement des marais, de la prévention des inondations, de l'irrigation, en passant par le règlement des prises d'eau⁶². À cette large liste d'attributions générales, la loi du 28 septembre 1791 ajoute que les départements fixeront la hauteur des eaux que les propriétaires de moulins et usines doivent maintenir⁶³. Enfin, sous le Directoire l'arrêté du 19 ventôse an VI (9 mars 1798) confie aux départements le soin de prendre les mesures pour assurer le libre cours des rivières et canaux navigables et flottables⁶⁴. Cet assemblage législatif disparate manque d'une vision globale de la police de l'eau mais ce sont bien les assemblées départementales qui sont localement chargées d'assurer les différents éléments de l'administration de ce domaine.

La tutelle du pouvoir central sur les administrations locales que les lois de la Constituante avaient établie en principe, à défaut de lui donner les moyens de s'exercer, se concrétise sous le Directoire par l'instauration d'un commissaire de l'exécutif dans chaque département. La police administrative des eaux est désormais assurée sous son strict contrôle ou directement, par lui-même⁶⁵. Ces commissaires exécutifs annoncent

61. Décret relatif à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives des 22 décembre 1789-8 janvier 1790 (J.-B. DUVERGIER, *Collection complète...*, *op. cit.*, t. 1, p. 77).

62. « Les assemblées administratives doivent aussi rechercher et indiquer les moyens de procurer le libre cours des eaux ; d'empêcher que les prairies ne soient submergées par la trop grande élévation des écluses, des moulins, et par les autres ouvrages d'art établis sur les rivières ; de diriger enfin, autant qu'il sera possible, toutes les eaux de leur territoire vers un but d'utilité générale d'après les principes de l'irrigation » (Instruction de l'Assemblée nationale concernant les fonctions des assemblées administratives des 12-20 août 1790, in *Ibid.*, t. 1, p. 301).

63. Loi du 28 septembre-6 octobre 1791 concernant les biens et usages ruraux et la police rurale, titre II « De la police rurale » (*Ibid.*, t. 3, p. 383) : « Art. 16 : Les propriétaires ou fermiers des moulins et usines, [...] seront forcés de tenir les eaux à une hauteur qui ne nuira à personne et qui sera fixée par le directoire du département, d'après l'avis du directoire de district. En cas de contravention, la peine sera une amende qui ne pourra excéder la somme du dédommagement ».

64. *Ibid.*, t. 10, pp. 221-224.

65. C'est par exemple ce que prévoit l'article 9 de l'arrêté du 19 ventôse an VI qui enjoint « aux administrations centrales et municipales, et aux commissaires du directoire exécutif, établis près d'elles, de veiller avec la plus sévère exactitude à ce qu'il ne soit établi, par la suite, aucun pont,

bien entendu le préfet napoléonien qui, débarrassé des assemblée locales élues établies en 1789, est à partir de février 1800 « chargé seul de l'administration » de son département⁶⁶.

Faut-il déduire de cette formule large et vague que le préfet est seul chargé de la police administrative des eaux dans son département ? À défaut de textes clairement attributifs de compétence⁶⁷, un débat s'est ouvert au début du XIX^e siècle sur l'autorité administrative compétente pour prendre les règlements de police généraux et permanents ayant pour objet le libre écoulement des eaux et la salubrité publique⁶⁸. Alfred Daviel y prend part en affirmant qu'en ce qui concerne les cours d'eau « les préfets se sont attribué le droit de faire des règlements de toute espèce » alors que selon lui, « les préfets ne peuvent que proposer, qu'indiquer les bases des règlements à donner, et que ces actes ne peuvent être arrêtés que par le Roi, en son conseil, et comme règlements d'administration publique »⁶⁹. Mais l'opinion qui s'impose est finalement celle de la compétence des préfets fondée sur les dispositions de la loi de décembre 1789 et l'instruction d'août 1790. Conseil d'État et Cour de cassation considèrent au XIX^e siècle que le préfet s'est substitué à la fois aux conseils et aux directoires de département et qu'il a donc hérité des compétences qu'ils exerçaient par délégation de l'administration générale. Cette interprétation vient confirmer la nature étatique de la police administrative des eaux mais également son ancrage local.

La police administrative de l'eau est bien déconcentrée, ce que les décrets mal nommés de « décentralisation » du 25 mars 1852 et du 13 avril 1861 viennent encore renforcer. Désormais, les préfets pourront statuer seuls sur toute une série de décisions qui relevaient auparavant des ministres. Parmi ces prérogatives, il y a notamment l'attribution de nombre d'autorisations tant sur les voies navigables que sur les eaux non domaniales. En plus de la compétence en matière de règlement généraux de police acquise dans la première moitié du XIX^e siècle, les préfets ont

aucune chaussée permanente ou mobile, aucune écluse, digue ou usine, aucun batardeau, moulin ou autre obstacle quelconque au libre cours des eaux dans les rivières navigables et flottables, dans les canaux d'irrigation ou de dessèchement généraux, sans en avoir préalablement obtenu la permission de l'administration centrale, qui ne pourra l'accorder que de l'autorisation expresse du gouvernement ».

66. Loi du 28 pluviôse an VIII (*Ibid.*, t. 12, pp. 78-99).

67. Le seul texte attribuant clairement des compétences en la matière aux préfets est la loi du 14 floréal an XI (4 mai 1803) relative au curage des canaux et rivières non navigables et à l'entretien qui y correspondent (*Ibid.*, t. 14, p. 106).

68. Voir la présentation des différentes doctrines sur ce point au cours du XIX^e siècle dans le *Répertoire du droit administratif*, *op. cit.*, t. XIV, v^o « Eaux », p. 99.

69. A. DAVIEL, *Traité de la législation pratique des cours d'eau*, *op. cit.*, t. 1, p. 250.

désormais compétence pour tous les actes individuels de police touchant au libre cours des eaux. Ils peuvent également modifier les dispositions qui, sous le régime antérieur au décret de 1852, avaient été réglées par ordonnance royale ou par décret et au-delà de la stricte police, nombre de décisions participant à l'entretien et à l'exploitation des eaux⁷⁰.

La loi municipale du 5 avril 1884 n'introduit pas de bouleversement dans cette organisation déconcentrée construite tout au long du XIX^e siècle. Les maires ne peuvent pas adopter de règlements concernant le libre cours des eaux, sauf en cas d'urgence, lorsque leur commune est confrontée à une menace imminente qui appelle des mesures de protection si rapides qu'elles ne peuvent attendre l'intervention préfectorale⁷¹. Quatorze années plus tard, c'est d'ailleurs au préfet que la loi de 1898 (intégrée en 1955 dans le Code rural⁷²) confie la police administrative des eaux dans le ressort de son département⁷³.

70. « Les préfets [...] statueront désormais sur toutes les autres affaires départementales et communales qui, jusqu'à ce jour, exigeaient la décision du chef de l'État ou du ministre de l'Intérieur [...] Tableau A : [...] 51° cours d'eau non navigables ni flottables, en tout ce qui concerne leur élargissement et leur curage [...] art. 4. Les préfets statueront également, sans l'autorisation du ministre des Travaux publics [...] Tableau D : 1° l'autorisation sur les cours d'eau navigables ou flottables, des prises d'eau faites au moyen de machines, et qui, eu égard au volume du cours d'eau, n'auraient pas pour effet d'en altérer sensiblement le régime ; 2° autorisation des établissements temporaires sur lesdits cours d'eau, alors même qu'ils auraient pour effet de modifier le régime ou le niveau des eaux ; fixation de la durée de la permission ; 3° autorisation sur les cours d'eau non navigables ni flottables de tout établissement nouveau, tel que moulin, usine, barrage, prise d'eau, irrigation, patouillet, bocard, lavoir à mines ; 4° régularisation de l'existence desdits établissements, lorsqu'ils ne sont pas encore pourvus d'autorisation régulière, ou la modification des règlements existants ; 5° dispositions pour assurer le curage et le bon entretien des cours d'eau non navigables ni flottables de la manière prescrite par les anciens règlements ou d'après les usages locaux ; réunion, s'il y a lieu des propriétaires intéressés en associations syndicales ; 6° constitution en associations syndicales des propriétaires intéressés à l'exécution et à l'entretien des travaux d'endiguement contre la mer, les fleuves, les rivières et torrents navigables ou non navigables, de canaux d'irrigation ou de dessèchement, lorsque ces propriétaires sont d'accord pour l'exécution desdits travaux et la répartition des dépenses ; 7° autorisation et établissement des débarcadères sur les bords des fleuves et rivières pour le service de la navigation ; fixation des tarifs et des conditions d'exploitation de ces débarcadères [...] » (Décret du 25 mars 1852 sur la décentralisation administrative, in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète...*, op. cit., t. 52, pp. 253-256, et Décret impérial du 13 avril 1861 qui modifie celui du 25 mars 1852 sur la décentralisation administrative, in *Ibid.*, t. 61, pp. 164-168).

71. Loi du 5 avril 1884 sur les municipalités (*Ibid.*, t. 84, pp. 99-148), articles 94 et 97 dont les dispositions sont reprises de l'article 11 de la loi de 1837 (*Ibid.*, t. 7, pp. 227-254).

72. Décret 55-433 du 18 avril 1955, *Journal officiel* du 19 avril 1955.

73. Loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux, *Journal officiel* du 10 avril 1898, p. 226 : « Art. 12 : Les préfets statuent, après enquête, sur les demandes ayant pour objet : 1° L'établissement d'ouvrages intéressant le régime ou le mode d'écoulement des eaux ; 2° La régularisation de l'existence des usines et ouvrages établis sans permission et n'ayant pas de titre légal ; 3° La révocation ou la modification des permissions précédemment accordées. [...] Art. 16 : Les maires peuvent, sous l'autorité des préfets, prendre toutes les mesures nécessaires pour la police des cours d'eau. [...] Art. 19 : Il est pourvu au curage des cours d'eau non navigables et non flottables et à l'entretien des ouvrages qui s'y rattachent de la manière prescrite par les anciens règlements

La réforme engagée par la loi du 16 décembre 1964 renforce encore l'autorité du préfet sur la police administrative des eaux. La loi lui attribue un rôle considérable dans le fonctionnement des « organismes de bassin » qu'elle met en place. Il s'agit tout d'abord du comité de bassin prévu par l'article 13⁷⁴ dont sont membres de droit les préfets de région concernés, même s'ils ne peuvent le présider, et dont les membres titulaires ou suppléants en raison de leur compétence sont proposés à l'agrément du premier ministre par le préfet de la région où le comité a son siège⁷⁵. Mais au-delà de son mode de composition, le comité de bassin reste une assemblée purement consultative en dépit de l'élargissement considérable de ses compétences (notamment dans l'élaboration des SDAGE). La loi du 3 janvier 1992 confie aux comités de bassin le soin d'élaborer le ou les schémas directeurs pour leur territoire mais précise également que le SDAGE est « adopté par le comité de bassin et approuvé par l'autorité administrative »⁷⁶. C'est aux agences de bassin, futures agences de l'eau, que la loi de 1964 attribue un réel poids en leur conférant des compétences fiscales et financières⁷⁷. Alors que les comités de bassin n'ont pas de statut juridique arrêté, les agences, en tant qu'établissements publics, sont placées sous la tutelle du ministre de l'Intérieur puis du ministère de l'Environnement après sa création en

ou d'après les usages locaux. Les préfets sont chargés, sous l'autorité du ministre compétent, de prendre les dispositions nécessaires pour l'exécution de ces règlements et usages. [...] Art. 41 : Les préfets statuent, après enquête et sur l'avis des ingénieurs, et sauf recours au ministre, sur les demandes ayant pour objet de faire des prises d'eau au moyen de machines, lorsqu'il est constaté que, eu égard au volume des cours d'eau, elles n'auront pas pour effet d'en altérer le régime ».

74. Loi du 16 décembre 1964, *op. cit.* : « Article 13 : Au niveau de chaque bassin ou groupement de bassins il est créé un comité de bassin composé pour égale part : 1° De représentants des différentes catégories d'usagers et personnes compétentes ; 2° Des représentants désignés par les collectivités locales ; 3° Des représentants de l'administration. Cet organisme est consulté sur l'opportunité des travaux et aménagements d'intérêt commun envisagés dans la zone de sa compétence, sur les différends pouvant survenir entre les collectivités ou groupements intéressés et plus généralement sur toutes les questions faisant objet de la présente loi ».

75. Décret n° 66-699 du 14 septembre 1966 relatif aux comités de bassin créés par l'article 13 de la loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964, *Journal officiel* du 23 septembre 1966, p. 8379.

76. Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, article 3, *Journal officiel* du 4 janvier 1992.

77. Loi du 16 décembre 1964, *op. cit.* : « Article 14 : Il est créé au niveau de chaque bassin ou groupement de bassins, une agence financière de bassin, établissement public administratif doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière, chargée de faciliter les différentes actions d'intérêt commun au bassin ou au groupe de bassins. Chaque agence est administrée par un conseil d'administration formé par moitié de représentants des administrations compétentes dans le domaine de l'eau, par moitié de représentants des collectivités locales et des différentes catégories d'usagers. L'agence contribue, notamment par voie de fonds de concours au budget de l'État, à l'exécution d'études, de recherches et d'ouvrages d'intérêt commun aux bassins et à la couverture de ses dépenses de fonctionnement. [...] L'agence établit et perçoit sur les personnes publiques ou privées des redevances, dans la mesure où ces personnes publiques ou privées rendent nécessaires ou utile l'intervention de l'agence ou dans la mesure où elles y trouvent leur intérêt ».

1971⁷⁸. Quoiqu'elles soient classiquement rangées parmi les organismes de décentralisation technique, certains auteurs voient dans ces agences les instruments d'une « déconcentration de fait »⁷⁹, suggérant que la confusion des termes qui caractérisait le Second Empire n'a pas tout à fait disparu.

Toutefois, la déconcentration à l'œuvre en matière d'eau est particulièrement perceptible à travers la montée en puissance du préfet coordonnateur de bassin depuis les années 1980. La notion apparaît avec le décret du 27 février 1987 relatif à la coordination interministérielle et à l'organisation dans le domaine de l'eau. Le texte prévoit dans son article 7 que dans chaque région le préfet, – commissaire de la République à cette date –, est coordonnateur des actions de l'État dans le domaine de l'eau et de la gestion des milieux naturels aquatiques. Selon l'article 3, dans chaque bassin créé par la loi du 16 décembre 1964, le préfet de la région où le comité de bassin a son siège anime et coordonne la politique de l'État dans les régions et les départements concernés⁸⁰. La loi du 3 janvier 1992 consacre légalement la fonction de préfet coordonnateur de bassin en reprenant les termes du décret de 1987 (art. 4). Elle annonce le développement de la fonction au tournant du xxi^e siècle⁸¹, mais elle en change également quelque peu la nature puisque la mission du préfet coordonnateur de bassin n'est plus seulement d'assurer la cohérence de l'action des différents services de l'État dans sa circonscription mais de l'articuler avec la participation des usagers et des collectivités territoriales à la planification de la politique de l'eau⁸².

2. Le poids des administrations techniques de l'État : les ponts et chaussées

Le rapport public du Conseil d'État de 2010 constate sans surprise que « la gestion de l'eau par l'État s'est toujours caractérisée par un paysage administratif extrêmement morcelé au niveau tant central que régional

78. Décret n° 66-700 du 14 septembre 1966 organisation des agences financières de bassin, *Journal officiel* du 23 septembre 1966, pp. 8380 et s.

79. P. MARC, *Les cours d'eau et le droit*, Paris, Johanet, 2006, p. 264.

80. « [...] Il coordonne les responsabilités de l'État en matière de police et de gestion des ressources en eau ainsi que pour l'élaboration des schémas d'aménagement des eaux, des cartes d'objectifs de qualité et des schémas départementaux de vocation piscicole » (Décret n° 87-154 du 27 février 1987 relatif à la coordination interministérielle et à l'organisation de l'administration dans le domaine de l'eau, *Journal officiel* du 8 mars 1987, pp. 2619-2620).

81. Voir J.-L. GAZZANIGA, X. LARROUY-CASTERA, P. MARC, J.-P. OURLIAC, *Le droit de l'eau*, op. cit., n° 509 à 512 et n° 544 à 547.

82. Voir *infra*. III. B) 2).

ou départemental »⁸³. Il précise alors qu'« on ne peut pas analyser, sous l'angle de la sociologie administrative, la répartition des compétences entre les différents services de l'État ni les blocages qui ont longtemps caractérisé ce domaine de l'action publique au niveau central et territorial sans faire allusion à sa division et à sa répartition entre les différents corps scientifiques ou d'ingénieurs de l'État depuis le XIX^e siècle »⁸⁴. Dans la liste des différents corps techniques de l'État qui se partagent les différents secteurs de l'administration que dresse le Rapport public⁸⁵, il convient de s'arrêter plus particulièrement sur le poids considérable dont jouit le corps des ingénieurs des ponts et chaussées dans la police administrative de l'eau en France.

L'influence des ponts et chaussées sur l'administration française est bien antérieure à 1789. C'est au fil du XVIII^e siècle, alors que se construit la « doctrine de l'administration éclairée »⁸⁶, que les ingénieurs prennent une place centrale dans le fonctionnement de ce que l'on a coutume d'appeler la « monarchie administrative » des dernières années de l'Ancien Régime. Contrairement à d'autres administrations héritées de l'ancienne monarchie, les ponts et chaussées survivent à la Révolution. À partir de 1791, les ingénieurs et sous-ingénieurs des ponts et chaussées quadrillent le territoire national pour l'éclairer de leur expertise et surveiller les administrateurs locaux des départements. La Révolution tente ainsi de concilier son admiration pour les sciences et techniques avec ses principes politiques fondamentaux, – élection et accès égalitaire aux charges publiques –, en mettant en place une collaboration obligatoire entre les administrateurs locaux élus, reflets d'une conception citoyenne de la fonction administrative, et les ingénieurs des ponts et chaussées détenteurs de l'expertise technique⁸⁷. Ce dispositif sera conservé par le régime napoléonien qui ne le modifiera que très légèrement⁸⁸. Désormais

83. *L'eau et son droit*, Rapport annuel du Conseil d'État, *op. cit.*, p. 66.

84. *Ibid.*, n. 168, p. 396.

85. *Ibid.* : « [...] Aux ingénieurs des Ponts et Chaussées l'eau potable des villes, l'eau pour la navigation et la défense contre les eaux d'inondation, aux ingénieurs des Mines l'eau du sous-sol et l'eau industrielle, aux médecins et aux biologistes le contrôle de l'eau potable, aux ingénieurs du génie rural l'eau agricole, l'eau potable des campagnes et l'eau des cours d'eau non domaniaux, aux ingénieurs de la météorologie l'eau du ciel, aux ingénieurs maritimes l'eau des ports et l'eau salée... ».

86. J. PETOT, *Histoire de l'administration des Ponts-et-Chaussées. 1599-1815*, Paris, Librairie Marcel Rivière et compagnie, 1958, pp. 115 et s.

87. Voir la loi des 31 décembre 1790-19 janvier 1791 sur l'organisation des ponts et chaussées (J.-B. DUVERGIER, *Collection complète...*, *op. cit.*, t. 2, pp. 139-141) et la loi des 4/6 août 1791-18 août 1791 relative aux ponts et chaussées (*Ibid.*, t. 3, p. 182).

88. Voir le décret du 7 fructidor an XII (25 août 1804) contenant organisation du corps des ingénieurs des ponts et chaussées (*Ibid.*, t. 15, pp. 60-75).

cette collaboration entre administration et technique est incarnée et personnifiée par celle entre le préfet et l'ingénieur en chef des ponts et chaussées. Elle change aussi quelque peu de nature puisqu'il ne s'agit alors plus simplement d'éclairer les élus locaux mais d'associer deux expertises, celle de l'administration et celle des travaux publics, toutes deux portées par un grand corps de l'État.

Concrètement, l'Empire établit un corps d'ingénieurs des ponts et chaussées composé de 537 membres répartis dans un système hiérarchisé superposant inspecteurs généraux, inspecteurs divisionnaires, ingénieurs en chef, ingénieurs ordinaires et, à la base, aspirants et élèves (loi du 7 fructidor an XII). Alors que les inspecteurs généraux sont destinés à l'administration centrale, un ingénieur en chef affecté dans chaque département est assisté d'ingénieurs ordinaires, si nécessaire, tandis que les inspecteurs divisionnaires sont placés à la tête de circonscriptions regroupant plusieurs départements. Ainsi installés auprès des préfets, les ponts et chaussées sont appelés à jouer un rôle majeur en matière de navigation intérieure ou de règlements de police sur les cours d'eau. Dans chaque département, les ingénieurs en chef inspectent « les grands travaux d'art, ceux des fleuves, canaux et rivières navigables, des ports de commerce, constructions à la mer [...] ». Quant aux ingénieurs divisionnaires, ils assurent la cohérence entre les plans et projets départementaux des ingénieurs en chef à l'échelle de « toute l'étendue du fleuve, de la rivière ou de portion de côtes renfermées dans leurs inspection », s'inscrivant ainsi dans les bassins de navigation dessinés en 1803 (art. 12).

Dans cette collaboration entre l'administrateur et l'ingénieur, l'équilibre est complexe. À l'échelon central le corps des ingénieurs des ponts et chaussées est *a priori* clairement placé sous l'autorité du ministère de l'Intérieur depuis la Révolution⁸⁹ et pendant le premier tiers du XIX^e siècle⁹⁰. Localement, les inspecteurs divisionnaires sont « sous les ordres supérieurs du directeur général, sous les ordres immédiats des préfets et sous la surveillance des inspecteurs divisionnaires » (art. 13). Quoiqu'il en soit des dispositions précises des textes, il n'en demeure pas moins que l'ingénieur bénéficie d'une autorité propre et d'une légitimité technique appuyée sur une formation prestigieuse qui lui assure, dans la plupart des cas, un véritable ascendant sur l'administration. C'est en

89. Loi des 4/6 août 1791-18 août 1791, *op. cit.* : « Art. 1 : L'administration centrale des ponts et chaussées sera dans la main et sous la responsabilité du ministre de l'Intérieur ».

90. Sur l'histoire du corps, voir L. AUCOC, *Conférence faite à l'École impériale des Ponts et Chaussées sur l'histoire de l'administration et du corps des ingénieurs des ponts et chaussées*, Paris, Dunod éditeur, 1897.

s'appuyant sur leurs ressources propres que, dès le début du XIX^e siècle, les techniciens d'État français des ponts et chaussées ont occupé dans le domaine technique des travaux publics touchant les cours d'eau une place essentielle auprès des fonctionnaires⁹¹.

L'autorité et la légitimité technicienne des ingénieurs d'État ne seront d'ailleurs pas affaiblies par la réintroduction du principe électif dans les circonscriptions locales, ni par la lente décentralisation de l'administration locale entamée à partir des années 1830. Dans la seconde moitié du XIX^e siècle, alors que la France opère sa révolution industrielle et que les progrès techniques se multiplient, ces ingénieurs apparaissent comme les opérateurs savants du développement économique par l'exploitation des ressources naturelles. Même si l'aspiration décentralisatrice se développe et si certaines circonscriptions locales aspirent à pouvoir gérer de façon autonome leurs ressources naturelles, les ingénieurs des ponts et chaussées conservent le monopole de l'expertise et ils entretiennent la centralisation des questions techniques notamment dans le domaine de la gestion de l'eau. Dans la mesure où elle confie au corps des ingénieurs des ponts et chaussées l'expertise et la maîtrise de l'ensemble du processus de décision pour les usages de l'eau, la loi de 1919 sur la gestion de l'énergie hydraulique apparaît comme une forme d'institutionnalisation de cette tendance⁹². Évoquant les ingénieurs, Jean-Paul Haghe écrit : « À partir de la Révolution française, ils vont peu à peu devenir les acteurs référents pour le pouvoir politique et jouer un rôle prépondérant dans l'élaboration des dispositifs de contrôle institutionnel dédiés à la gestion des eaux. Ainsi on assiste dès le début du XIX^e siècle à la formation en France d'un véritable système technoscientifique qui, grâce à sa maîtrise des dispositifs conceptuels et institutionnels, va parvenir progressivement à contrôler, et ce jusqu'à nos jours, une grande partie des relations que la société entretient avec l'eau et les milieux aquatiques »⁹³.

91. K. CHATZIS, « Les ingénieurs français au XIX^e siècle (1789-1914) – Émergence et construction d'une spécificité nationale », *Bulletin de la Sabix*, 2009, pp. 53-63.

92. Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique (*Journal officiel* du 18 octobre 1919, p. 11523), article 30 : « Le ministre des Travaux publics connaît de toutes les questions relatives à l'aménagement et à l'utilisation de l'énergie hydraulique. Il prend, dans la limite de ses attributions, toutes les décisions et ordonne toutes les mesures d'exécution nécessaires à l'application de la présente loi. [...] »

93. J.-P. HAGHE, « Penser l'eau : contribution à une généalogie des idées à travers l'exemple français », *op. cit.*

II. DE LA RÉVOLUTION INDUSTRIELLE À L'AVÈNEMENT DE L'ÉCOLOGIE : L'ÉVOLUTION DES MISSIONS DE LA POLICE ADMINISTRATIVE DES EAUX

Sur la période que nous nous proposons d'étudier, la police administrative de l'eau a été affectée à un rythme bien plus rapide que sous l'Ancien Régime, tant par les régimes politiques successifs que par l'incidence des progrès technologiques, des guerres ou des bouleversements économiques. Comme les mers, la terre ou le sous-sol minier, l'eau douce est l'un des éléments naturels mobilisés par l'État dès la période révolutionnaire pour se développer et gagner la compétition avec les autres puissances européennes. Après les cataclysmes de la Première puis de la Seconde Guerre mondiale et l'avènement d'une économie dominée par les activités du secteur tertiaire, les préoccupations publiques en matière d'eau perdent de leur obsession utilitariste et évoluent pour mettre en avant les objectifs de préservation et de mise en valeur de la ressource.

A. Des administrations traditionnellement chargées de façonner la nature au service de la Nation

Pour les progressistes du XIX^e siècle, les éléments naturels et les matières premières sont respectivement perçus comme des outils et des ressources quasi-inépuisables ayant pour fonction d'alimenter et de développer l'économie agricole et industrielle de la France. Fleuves et rivières n'échappent pas à cette conception, comme l'illustrent les considérations des spécialistes du temps, tels Daviel, Garnier ou Nadauld de Buffon⁹⁴. En conséquence, le droit et les institutions ont pour objectif de donner à l'administration les moyens de faciliter, par la régulation, les diverses activités économiques portées ou générées par l'eau. S'il n'est pas possible, ni utile, de détailler la totalité des attributions de police sur

94. Pour Nadauld de Buffon, « la bonne administration des eaux courantes d'un pays est une des bases essentielles de sa richesse et de sa prospérité ; et ce n'est qu'en réglant d'une manière équitable et éclairée, les droits respectifs des particuliers, dans les divers usages que représentent aujourd'hui les cours d'eau, qu'on parviendra à mettre en harmonie les intérêts de l'agriculture avec ceux de l'industrie. [...] Situation avantageuse de la France. - La France semble destinée par la nature à tirer un immense parti de ses cours d'eau, tant par leur grande multiplicité que par les facilités qu'ils offrent par la marche de nombreuses usines. Indépendamment de plus de deux cents rivières navigables qui la parcourent en tout sens, leurs affluents de deuxième et de troisième ordre, représentent une quantité presque innombrable de moyens et de petits cours d'eau qui ont généralement d'assez fortes pentes. Ils sont répartis dans toutes les contrées où le besoin de fabrication économique, pour des produits variés, se fait généralement sentir » (B. NADAULD DE BUFFON, *Des Usines et autres établissements sur les cours d'eau*, Paris, Marescq Ainé Libraire éditeur, 1874, 2 volumes, p. 12).

la période considérée, il paraît néanmoins opportun de retracer les principales missions affectées aux administrations par les lois et règlements propres à l'eau.

1. Exploiter des ressources fluviales : l'encadrement de la navigation intérieure et de la pêche

Le premier et l'un des plus évidents pouvoirs publics en matière d'eau est l'encadrement de la navigation intérieure. Expression de la volonté des révolutionnaires de libérer le commerce de toutes ses entraves, le principe de liberté de la navigation sur les cours d'eau domaniaux est proclamé mais les assemblées de département, puis les préfets après l'an VIII, se voient attribuer un pouvoir de police pour en restreindre ou en contrôler l'usage dans l'intérêt général. Le préfet et les divers agents fluviaux placés sous ses ordres doivent ainsi s'adapter à l'évolution des transports et de l'industrie en surveillant le fonctionnement des navires à vapeur avant la mise en service (ordonnance du 2 avril 1832), en contrôlant la jauge des navires et les connaissements des conducteurs (loi du 19 février 1880), en évitant le transport non déclaré de matières explosives ou inflammables (loi du 18 juin 1870), en instaurant un régime de stationnement et d'amarrage des bateaux de plaisance sur le domaine public fluvial (arrêté ministériel du 3 août 1878)⁹⁵ ou en procédant à l'immatriculation des bateaux à moteur (loi du 5 juillet 1917)⁹⁶.

Sur les cours d'eau non domaniaux, en l'absence de dispositions claires du Code civil, la question de la navigation est en revanche demeurée longtemps très complexe du fait des controverses doctrinales. Certains considéraient que l'eau était une chose commune et que la circulation en bateau devait donc être permise au public, aucun texte ne l'ayant expressément interdite⁹⁷. À l'inverse, d'autres objectaient que les articles du Code Napoléon garantissaient la faculté au riverain de se réserver l'usage de l'eau, ce droit constituant une compensation pour les risques et les frais inhérents à la riveraineté⁹⁸. L'adoption de la loi du 8 avril 1898 ayant finalement choisi d'attribuer la propriété du lit aux

95. Voir *Répertoire du droit administratif*, *op. cit.*, t. XIV, v° « Eaux », p. 217.

96. L. COURCELLE, *Traité administratif des travaux publics*, nouvelle édition complètement remaniée du *Dictionnaire administratif des travaux publics* par A. DEBAUVE, deuxième complément, Paris, Dunod, 1937, p. 197.

97. A. PICARD, *Traité des eaux*, Paris, J. Rothschild, 1890-1895, 5 volumes, t. 2, pp. 3-4 et L. COURCELLE, *Traité administratif des travaux publics*, Paris, Dunod, 1927, vol. 1, p. 618.

98. P. J.-E. FABREGUETTES, *Traité des eaux publiques et des eaux privées*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1911, 2 volumes, t. 2, p. 836 et A. TROTÉ, *Traité des eaux non domaniales*, Paris, Imprimerie nationale, 1947-1952, 2 volumes, t. 1, p. 944.

riverains, la jurisprudence décidera, après quelques hésitations, de leur reconnaître le droit de s'opposer au passage des bateaux de plaisance par référence au droit de se clore prévu à l'article 647 du Code civil⁹⁹. En conséquence, même après l'édiction d'un règlement général de la navigation¹⁰⁰ valable sur tous les cours d'eau, les pouvoirs de l'administration en la matière restent exercés sous réserve des droits des riverains¹⁰¹.

Dans le sillage de l'abolition des privilèges décidée par le décret du 4 août 1789, la pêche en eau douce connaît elle aussi une période de libéralisation. Toutefois, les administrateurs fluviaux n'auront pas à relâcher leur surveillance bien longtemps, l'arrêté du 20 messidor an VI rappelant que la suppression du droit exclusif de pêche au profit de l'État dans les rivières navigables n'a pas entraîné l'abrogation des règles de l'ordonnance royale des eaux et forêts de 1669 établies pour la conservation des poissons, le maintien de l'ordre et le respect des propriétés. Ce retour du pouvoir de police sur la pêche fluviale sera confirmé par la loi du 14 floréal an X rétablissant le droit exclusif de l'État sur les rivières navigables¹⁰² et par la loi du 15 avril 1829 qui codifie la matière et charge les préfets de superviser les enquêtes *de commodo et incommodo* destinées à délimiter le domaine public fluvial du domaine public maritime où la pêche est libre¹⁰³. Les eaux non domaniales restent, quant à elles, soumises aux règles de droit privé et la loi de 1829 attribue aux riverains un droit de pêche perçu comme une compensation des frais et des obligations d'entretien qui pèsent sur eux. À la fin du siècle, la loi du 8 avril

99. P. DENOZIÈRE, *L'État et les eaux non domaniales*, op. cit., pp. 71-72.

100. Règlement général de la police de la navigation créé par décret du 24 mars 1914 puis modifié par les décrets du 6 février 1932 et du 21 septembre 1973. Après cette date, l'article 9.03 du règlement général de police relatif à la circulation et au stationnement des bateaux de plaisance précise que, sur les rivières à courant libre, la navigation des bateaux et engins de plaisance s'effectue librement, sous réserve des droits des propriétaires riverains.

101. La limite est notamment rappelée par la loi du 8 avril 1898 qui l'a incluse dans la rédaction de l'article 103 du Code rural ancien. Ce maintien des prérogatives de riveraineté ne sera d'ailleurs pas sans poser de problèmes du fait du développement de la navigation de plaisance. L'article 25 de la loi du 16 décembre 1964 prévoyant la possibilité de réglementer ou d'interdire par arrêté préfectoral la conduite de bateaux à moteur pour motif de salubrité, ou à la demande d'un riverain troublé dans la jouissance de ses droits, est un des derniers exemples du télescopage entre impératifs de police et intérêts privés.

102. L'exclusivité du droit de pêche permet à l'État de tirer des revenus des propriétaires de pêcherie ou des pêcheurs travaillant en eau douce. La pêche est alors pratiquée par des locataires ou adjudicataires dont les droits et charges sont consignés dans les actes de concession qui leur sont octroyés. À propos de la loi du 14 floréal an X, Roulleaux considère ainsi que le « gouvernement impérial revint par besoin d'argent, aux idées de Louis XIV » (*Des eaux courantes en droit romain. Des rivières en droit français*, Thèse pour le doctorat, Versailles, Beau J^{ne} Libraire imprimeur, 1857, p. 265).

103. H. DIEULOUARD, *Théorie des cours d'eau*, Thèse pour le doctorat, Paris, Typographie de Henri Plon, 1860, pp. 117 et s.

1898 attribuera aux riverains la propriété du lit, ce qui confirme alors au droit de pêche son caractère d'accessoire de leur droit de propriété.

Les interventions des autorités de police en matière de pêche fluviale expriment à la fois les préoccupations fiscales de l'État, forcément attentif au recouvrement des contributions directes ou indirectes (amendes, prix des adjudications, loyers versés par les fermiers, droits de timbre et d'enregistrement...), mais aussi un souci précoce de protéger une ressource que nous appellerions aujourd'hui halieutique. Préfets et fonctionnaires tâchent, dès le XIX^e siècle, de faire appliquer les textes adoptés¹⁰⁴ pour interdire la pêche pendant les périodes de reproduction (loi du 15 avril 1829, art. 26 ; loi du 31 mai 1865, art. 4), mettre en place des « échelles » permettant aux poissons de remonter le cours des rivières barrées ou empêcher la vente de poissons sur les marchés en dehors des périodes autorisées (circulaire du 12 août 1865, art. 1^{er} et art. 5)¹⁰⁵. Dans le dernier quart du XX^e siècle, la protection administrative de la pêche évolue avec la loi n° 84-512 du 29 juin 1984 pour intégrer la pisciculture, la lutte contre la pollution, – phénomène discret mais plus mortel encore que les prélèvements abusifs des pêcheurs¹⁰⁶ –, et la sauvegarde des milieux aquatiques naturels¹⁰⁷.

2. Mettre les eaux au service du développement agricole et industriel

Un autre grand domaine d'intervention des administrateurs de l'eau tient à l'aménagement des cours d'eau et à leur domestication à des fins

104. Les principaux textes en la matière sont la loi du 15 avril 1829, la loi du 10 juillet 1835 établissant la liste des cours d'eau navigables, flottables où la pêche est réservée à l'État, la loi sur la pêche du 31 mai 1865, et sa circulaire du 12 août 1865, loi du 18 novembre 1898 sur la pêche fluviale, et le Décret du 5 septembre 1897 portant règlement général de la pêche fluviale modifié par les décrets des 21 mars 1913 et 9 septembre 1926.

105. Ministère des Travaux publics, *Code de la pêche fluviale. Instruction pour les gardes-pêche. Instructions pratiques pour le repeuplement des cours d'eau*, Paris, Imprimerie nationale, 1884.

106. L'article 25 de loi du 15 avril 1829 disposait que « quiconque aura jeté dans les eaux des drogues ou appâts qui sont de nature à enivrer le poisson ou à le détruire sera puni d'une amende de trente francs à trois cents francs et d'un emprisonnement d'un mois à trois mois ». À compter de 1837, et en dépit des critiques que suscitera cet amalgame audacieux, les juges judiciaires utilisent ce délit de braconnage pour condamner les industriels convaincus d'avoir pollué des cours d'eau. Il faudra attendre une loi du 29 février 1949, puis l'ordonnance n° 59-25 du 3 janvier 1959 pour que le délit de pollution industrielle soit distingué des dispositions du Code rural héritées de l'article 25 de la loi de 1829. Voir P. DENOZIÈRE, *L'État et les eaux non domaniales*, op. cit., p. 211.

107. La refonte des articles du Code rural opérée par la loi n° 84-512 du 29 juin 1984 amène ainsi les administrations à adopter un point de vue global en durcissant les règles applicables aux travaux ou aménagements lorsqu'ils menacent les frayères, les zones d'alimentation et les zones de croissance de la faune piscicole (art. 408 ancien du Code rural) ou risquent de diminuer le débit des cours d'eau (art. 410 ancien du Code rural).

agricoles ou industrielles. Si la France demeure au XIX^e siècle un pays majoritairement rural, l'industrie s'y est développée à un rythme soutenu¹⁰⁸ et, en matière d'eau, la révolution industrielle contraint l'État à doter son administration d'une police susceptible d'encadrer et d'harmoniser l'installation des usines, sans porter atteinte à la propriété des riverains ni aux intérêts parfois antagonistes de l'agriculture. Bien que concurrencées par les « usines à feu », plus productives mais plus coûteuses, les usines à eau¹⁰⁹ utilisant la pente des rivières¹¹⁰ génèrent un flot de demandes d'autorisation qui s'ajoutent à celles déposées par les agriculteurs. Comme pour la pêche et la navigation, un épisode de déréglementation est tenté par la loi du 28 septembre-6 octobre 1791 qui permet aux riverains de prélever librement sur les cours d'eau domaniaux¹¹¹. L'expérience, là encore, prend vite fin avec l'arrêté du 13 nivôse an V, dont l'article 4 interdit d'en « altérer le cours par fossés, tranchées, ou autrement » puis avec l'arrêté du 19 ventôse an VI enjoignant aux administrations centrales et municipales de veiller à ce qu'il ne soit établi aucun ouvrage sans permission et à ce que nul ne détourne le cours des eaux navigables ou n'y fasse de prises d'eau sans autorisation préalable¹¹².

108. Par un phénomène préfigurant la révolution industrielle proprement dite, la France s'est couverte depuis le XVIII^e siècle d'une multitude d'usines et de moulins qui tirent des cours d'eau navigables et non navigables la force motrice nécessaire à leur activité. Voir J. FAVIER, « Avant-propos », dans S. GIRAUD, *Équipement hydraulique de la France préindustrielle. 1802-1865*, Inventaire des travaux sur cours d'eau F2 I 901 à 962, Archives Nationales, Paris, 1994, p. 10. Sur l'essor du machinisme en France, voir D. WORONOFF, « L'industrialisation de la France de 1789 à 1815. Un essai de bilan », *Revue économique*, 1989, vol. 40, n° 6, pp. 1047-1059.

109. « Ensuite, l'effet utile d'une machine, le produit net d'un établissement d'industrie, ne sont pas proportionnés à l'échelle plus ou moins vaste sur laquelle ils ont été conçus. Telle petite fabrique, qui trouve un moteur suffisant, dans un simple ruisseau, et pour qui la nature a fait les frais d'une belle chute, est effectivement plus prospère et plus productive que telle autre grande usine. [...] La France est fondée à espérer un grand accroissement de richesse, dans le développement complet des établissements industriels sur les cours d'eau, lorsqu'elle aura appris à bien utiliser ces derniers, et à les bien administrer » (B. NADALTY DE BUFFON, *Des Usines et autres établissements sur les cours d'eau*, op. cit., pp. 36-37).

110. « En général pour produire la force motrice nécessaire à cet usage, il faut établir un barrage en rivière ; il en résulte à l'amont un gonflement des eaux que l'on désigne sous le nom de remous. La différence entre les niveaux à l'amont et à l'aval constitue la chute qu'on utilise pour la mise en jeu des engins moteurs » (P. LÉVY-SALVADOR, *Hydraulique agricole*, Paris, Veuve Ch. Dunod Éditeurs, Livre I, 1896, p. 68).

111. Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, article IV : « Nul ne peut à l'avenir se prétendre propriétaire exclusif des eaux d'un fleuve ou d'une rivière navigable ou flottable. En conséquence, tout propriétaire riverain peut, en vertu du droit commun, y faire des prises d'eau, sans néanmoins en détourner ni embarrasser le cours d'une manière nuisible au bien général et à la navigation établie ». Voir M.-H. ROULLEAUX, *Des eaux courantes en droit romain. Des rivières en droit français*, op. cit., pp. 200-201.

112. Article 9 : « Il est enjoint aux administrations centrales, municipales et aux commissaires du directoire exécutif établis près d'elles de veiller avec la plus sévère exactitude à ce qu'il ne soit établi par la suite aucun pont, aucune chaussée permanente ou mobile, aucune écluse ou usine,

Les problèmes de prises d'eau industrielle, d'irrigation et de drainage¹¹³ se posent toutefois avec plus d'acuité sur les eaux non domaniales, où la coexistence de règles mixtes complique indubitablement les choses. Lorsqu'une prise d'eau ne concerne qu'un petit nombre de fonds ou ne menace pas le régime d'un cours d'eau, l'administration n'est pas censée intervenir, la solution devant résulter d'un accord entre voisins conforme aux articles 644 et 645 du Code civil¹¹⁴ ou aux dispositions des lois du 29 avril 1845 sur la servitude d'aqueduc et du 11 juillet 1847 sur la servitude d'appui. À défaut de cadre administratif, les litiges nés de ces situations sont déferés devant les juridictions judiciaires, qui s'affrontent d'ailleurs souvent sur ces questions au cours du XIX^e siècle¹¹⁵.

aucun batardeau moulin, digue, ou autre obstacle quelconque, au libre cours des eaux dans les rivières navigables et flottables, dans les canaux d'irrigation, ou de dessèchements généraux, sans en avoir préalablement obtenu la permission de l'administration centrale, qui ne pourra l'accorder que de l'autorisation expresse du directoire exécutif » ; Article 10 : « Ils veilleront pareillement à ce que nul ne détourne le cours des eaux des rivières et canaux navigables ou flottables, et n'y fasse de prises d'eau ou saignées, pour l'irrigation des terres, qu'après y avoir été autorisé par l'administration centrale, et sans pouvoir excéder le niveau qui aura été déterminé ». Voir F. X. P. GARNIER, *Régime des eaux...*, *op. cit.*, p. 78.

113. « Le drainage est un nouveau système pour débarrasser les fonds des eaux qui leur nuisent, c'est l'assèchement des terres humides et qui conservent l'eau, au moyen de tuyaux de poterie qui, placés au fond de rigoles ou tranchées souterraines, communiquent les uns aux autres et favorisent l'écoulement des eaux qu'ils ont recueillies sur leur parcours. Les opérations du drainage, pratiquées d'abord en Angleterre, remontent à 1832. D'après les rapports faits au Parlement, les accroissements de produits résultant du drainage varient de 14 à 40 pour cent des sommes employées à l'assainissement des terres. Le drainage s'est propagé en Belgique et en Allemagne » (G. MARTIN, *Les justices de paix en France*, Paris, Garnier Frères Libraires éditeurs, 1880, p. 95). Symbole de cette volonté de lutter contre la stagnation des eaux, la loi du 15 juin 1854 donne au propriétaire désireux d'assainir son fonds par le drainage une servitude l'autorisant à construire des aqueducs souterrains ou à ciel ouvert à travers les propriétés voisines qui séparent ce fonds du cours d'eau ou de la voie d'écoulement. Les propriétaires asservis ou voisins doivent recevoir une indemnité préalable et ils peuvent aussi participer au coût des travaux s'ils bénéficient de l'ouvrage pour l'écoulement des eaux de leurs fonds. La loi complémentaire du 17 juillet 1856 affecte une somme de cent millions de francs à des prêts destinés à faciliter les opérations du drainage et accorde des avantages fiscaux aux particuliers effectuant ces opérations de drainage.

114. Article 644 : « Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendante du domaine public par l'article 538 au titre 'De la distinction des biens', peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés. Celui dont cette eau traverse l'héritage peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire » ; Article 645 : « S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété ; et, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés ».

115. Le droit reconnu par le Code civil au riverain de prélever l'eau bordant ou traversant sa propriété a généré un contentieux fourni et une jurisprudence pour le moins dispersée jusqu'au début du XX^e siècle, les affaires étant souvent jugées au cas par cas, selon « l'intérêt des riverains ». Certaines décisions, favorables aux propriétaires du fonds où s'opérait le prélèvement, considéraient que le droit d'usage allait jusqu'à permettre d'absorber l'eau en totalité, quitte à nuire au fond inférieur. D'autres décisions jugeaient que le propriétaire du fonds supérieur usant des eaux à des fins industrielles ou agricoles devait les rendre à leur lit ordinaire pour que les propriétaires des fonds inférieurs puissent les utiliser à leur tour. Voir J.-L. GAZZANIGA, J.-P. OURLIAC,

En insérant dans le Code rural le principe d'une limitation administrative du droit d'usage des riverains, la loi du 8 avril 1898¹¹⁶ tend donc à harmoniser la police des prises d'eau sur les cours d'eau domaniaux et non domaniaux¹¹⁷. En revanche, en matière de prises d'eau industrielles, la pente recherchée pour établir les retenues fait que de nombreux fonds sont affectés et cette particularité impose rapidement une coordination étatique pour éviter que des installations anarchiques affectent le niveau et la qualité de l'eau. En s'appuyant sur la loi des 12-20 août 1790 les chargeant de procurer le libre cours des eaux et sur celle des 28 septembre-6 octobre 1791 spécifiant que les usiniers seront forcés de tenir les eaux à une hauteur fixée par le directoire du département, les assemblées administratives, puis les préfets exercent donc dès l'origine une police des moulins et des usines à eau.

Le régime prévu par les lois de 1790 et 1791 confiant la police des usines aux administrations départementales est toutefois remis en cause sous le Premier Empire, qui restaure une procédure de décret d'autorisation¹¹⁸, et plus encore sous la Restauration et la monarchie de Juillet qui impose que l'autorisation se fasse par ordonnance royale¹¹⁹. La pratique persistante des préfets qui continue à réglementer sans attendre d'approbation gouvernementale formelle déclenche de nombreuses polémiques

X. LARROUY-CASTERA, *L'eau : usages et questions*, Paris, Litec, 1998, pp. 92-93.

116. Loi du 8 avril 1898, Titre II, Chapitre 1^{er} : « 2. Les riverains n'ont le droit d'user de l'eau courante qui borde ou qui traverse leurs héritages que dans les limites déterminées par la loi. Ils sont tenus de se conformer, dans l'exercice de ce droit, aux dispositions des règlements et des autorisations émanées de l'administration » (J.-B. DUVERGIER, *Collection complète...*, op. cit., t. 98, p. 157). Ce texte est transposé à l'article 97 du Code rural et l'étendue des pouvoirs de police de l'administration en la matière est précisée par les articles 103 à 113 du même code.

117. Symptomatique des progrès de la puissance publique, l'article 12 de la loi de 1898 et le minutieux décret du 1^{er} août 1905 disposent que le préfet statuera, au terme d'une lourde procédure d'enquête, sur toutes les demandes d'établissement d'ouvrages « intéressant le régime ou le mode d'écoulement des eaux ». Une circulaire et un modèle de règlement datés du 1^{er} juin 1906 sont adressés aux préfets et tous deux précisent que toute prise d'eau ou tout déversement susceptible de modifier de manière appréciable le débit du cours d'eau devra être autorisé. Le pouvoir d'appréciation appartient à la seule administration qui limite, de fait, la surveillance aux cours d'eau offrant un minimum d'intérêt pour l'État. Voir J.-L. GAZZANIGA, J.-P. OURLIAC, *Le droit de l'eau*, Paris, Litec, 1979, pp. 107-115.

118. Voir H. DIEULOUARD, *Théorie des cours d'eau*, op. cit., p. 290 ; G. LECHALAS, *Manuel de droit administratif. Services des ponts et chaussées et des chemins vicinaux*, Paris, Gauthier-Villars et fils imprimeurs-éditeurs, 1889-1898, 3 volumes, t. 2, 2^e partie, p. 253.

119. Sur demande du ministre de l'Intérieur, un avis du Conseil d'État en date du 31 octobre 1817 pose ce principe de la nécessité d'une ordonnance royale en matière de règlement d'usine sur les cours d'eau non navigables et il est suivi de plusieurs décisions conformes (CE 8 juin 1831, Lucas, *Rec. Lebon*, 1831, p. 238 ; CE 8 juin 1846, Blanc, *Rec. Lebon*, 1846, p. 335 et CE 17 février 1853, Piédevant, *Rec. Lebon*, 1853, p. 228). Voir A. PETIT, *Les droits et les obligations des riverains des cours d'eau non navigables et non flottables (avant et après la loi du 8 avril 1898)*, Paris, A. Chevalier-Marescq et Cie éditeurs, 1898, pp. 154-155 et A. DAVIEL, *Traité de la législation pratique des cours d'eau*, op. cit., t. 2, p. 183.

chez les juristes¹²⁰ et ce n'est que sous le Second Empire que le préfet se verra confirmer un pouvoir autonome de police sur les autorisations d'usine avec la publication du décret de décentralisation administrative du 25 mars 1852 (Tableau D), dont les solutions seront ensuite reprises par la loi du 8 avril 1898 (articles 40 à 45)¹²¹. Il s'agit toutefois d'une sorte de victoire à la Pyrrhus, la seconde moitié du XIX^e siècle marquant précisément le début du déclin des usines à eau au profit des usines à feu.

Enfin, sur la problématique particulière du curage¹²², si préoccupante pour les riverains du XIX^e siècle, la loi du 14 floréal an XI confirme que les opérations de curage des cours d'eau navigables et flottables resteront à la charge de l'État mais elle fixe des règles différentes pour les cours d'eau non domaniaux. Son article 1^{er} précise tout d'abord qu'il sera pourvu au curage des cours d'eau non navigables de la manière prescrite par les anciens règlements et usages locaux¹²³. L'article 2 dispose ensuite que si le maintien de ces règles anciennes présente des difficultés ou si des changements intervenus entretemps en exigent de nouvelles, il y sera pourvu par la procédure d'un règlement d'administration publique. Pour les règlements postérieurs à l'an XI, ce même article 2 introduit ainsi un

120. Les textes révolutionnaires fondateurs étant rédigés en termes généraux, la question de l'exercice de cette police sur les eaux non domaniales provoque des débats passionnés sur le point de savoir si les règlements d'usine doivent être pris par le chef de l'État, les ministres compétents ou par les préfets. Les auteurs défendant le droit de propriété des riverains face à une administration qu'ils jugent hégémonique (Troplong, Daviel, Championnière, Toullier, Pardessus, Marcadé...) considèrent que la police des usines n'appartient qu'aux plus hautes autorités, à savoir le chef de l'État ou le gouvernement. Les partisans du renforcement et de la simplification de l'action administrative tentent, eux, de valider la pratique et de légitimer les pouvoirs du préfet qui apparaît comme le pivot de l'action de l'État sur tous les cours d'eau (Proudhon, Rives, Nadauld de Buffon, La Ferrière, Faucart...). Voir L.-J.-D. FÉRAUD-GIRAUD, « La législation des eaux », *Annales du régime des eaux*, 1887, p. 14.

121. Voir J.-B. DUVERGIER, *Collection complète...*, *op. cit.*, t. 52, p. 256 et t. 98, p. 157. Ce texte prévoit une compétence préfectorale, après enquête et sur avis des ingénieurs, lorsque la prise d'eau n'altère pas le régime du cours d'eau ou, si l'ouvrage altère le régime, lorsque la permission est délivrée pour une durée inférieure à deux ans. Toutes les demandes de concession ou d'autorisation entraînant des conséquences plus lourdes sur le cours d'eau donneront lieu à des décrets rendus, après enquête, et sur avis du Conseil d'État.

122. Pour une définition du curage, Dufour indique que « le curage n'a pas seulement pour objet l'enlèvement des vases et déblais de toute sorte ; il comprend aussi le dépeçage des arbres et buissons faisant saillie sur le cours d'eau, la réparation des berges, les travaux nécessaires pour ramener le lit à sa largeur, naturelle, et la suppression des atterrissements nuisibles à l'écoulement des eaux. Il n'est rien dans tout cela qui excède les limites des pouvoirs attribués à l'administration pour assurer le libre cours des eaux ». Le curage peut donc également consister en de lourds et coûteux travaux de rectification des cours d'eau. Voir G. DUFOUR, *Police des eaux...*, *op. cit.*, pp. 354-355.

123. Par l'expression « anciens règlements », il faut comprendre tous les règlements de curage pris antérieurement à la loi du 14 floréal an XI, quelle que soit leur forme. Il s'agit des arrêtés du Conseil d'État du roi, des ordonnances royales, des arrêtés de règlement des Parlements et des actes pris avant l'an XI dans cette matière par les autorités publiques issues de la Révolution.

nouveau principe voulant que la contribution de chacun soit relative au degré d'intérêt qu'il a aux travaux mais, en cas de blocage, des décrets pris en Conseil d'État pourront créer des « associations forcées » de riverains, placées sous l'autorité du préfet et tenues de faire face aux dépenses¹²⁴.

La réglementation du curage des rivières non navigables demeure longtemps très controversée en raison des contraintes qu'elle fait peser sur les riverains et elle suscite un important contentieux lié aux taxes de curage. Tenants de la puissance publique et défenseurs du droit de propriété s'affrontent régulièrement à propos de l'autorité et du pouvoir de contrainte qu'il convient d'accorder, ou non, à l'administration chargée de veiller au libre cours d'eau n'appartenant pas au domaine public. S'appuyant sur une jurisprudence constante du Conseil d'État, le décret de décentralisation administrative du 25 mars 1852 conforte sans surprise la puissance de l'administration en donnant expressément autorité au préfet pour ordonner les opérations de curage et décider de la répartition du coût entre les intéressés. Compte tenu du désintérêt des riverains pour les usages anciens des petits cours d'eau ou de leurs berges (lavage du linge, collecte de bois flotté...) et en raison du coût croissant des opérations, le curage forcé des cours d'eau non domaniaux décline après la Première Guerre mondiale, ce qui entraîne une détérioration de l'état d'entretien des petites rivières et des ruisseaux. Avec l'adoption du décret-loi du 30 octobre 1935, le curage administratif sélectif des cours d'eau non domaniaux jugés essentiels, décidé et financé par les collectivités publiques ou les associations foncières de remembrement, est devenu la norme après la Seconde Guerre mondiale.

124. Face aux difficultés posées par la résistance des riverains qui renâclent devant le coût de certains travaux imposés par l'État, le Second Empire tente d'introduire une solution moins autoritaire en promulguant la loi du 21 juin 1865 sur les associations syndicales. Cette loi a pour dessein de favoriser la constitution d'associations libres ou autorisées de riverains et d'obtenir l'adhésion volontaire des intéressés aux travaux lorsqu'il n'existe pas de règlements anciens ou d'usages locaux. Son article 26 maintient toutefois le recours aux dispositions de la loi de l'an XI à défaut de formation d'associations syndicales libres ou autorisées. De même, quoiqu'elle ait officiellement abrogé la loi du 14 floréal an XI, la loi du 8 avril 1898 reprendra ce principe puisqu'elle prévoit, en ses articles 21 et 22, qu'il sera statué par décret en Conseil d'État si les tentatives pour constituer une association libre ou autorisée de riverains n'aboutissaient pas. Le décret n° 53-899 du 26 septembre 1953 allégera encore le procédé en prévoyant la constitution de l'association forcée par simple arrêté préfectoral. Si le principe d'une administration autoritaire était relativement bien accepté au XIX^e siècle, il n'en va plus de même au XX^e siècle. Les mentalités ont évolué et les riverains, propriétaires et citoyens, n'ont plus accepté l'intégration forcée au sein d'associations générant en outre des formalités et des responsabilités jugées bien lourdes pour gérer des cours d'eau dont on ne tirait plus guère d'usages. Voir P. DENOZIÈRE, *L'État et les eaux non domaniales*, *op. cit.*, pp. 141-142.

B. L'apparition des impératifs sanitaires, énergétiques et environnementaux

Quelques textes datant de la période révolutionnaire et impériale ont épisodiquement évoqué les questions de qualité de l'eau, comme la loi des 11-19 septembre 1792 préconisant l'assèchement des eaux stagnantes nuisibles¹²⁵ ou le décret du 18 octobre 1810 réglementant l'installation des « Manufactures et Ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode »¹²⁶, mais le législateur a longtemps privilégié une approche exclusivement quantitative du problème traduisant l'obsession prioritaire de maintenir la hauteur et le débit des eaux. Dans la seconde moitié du XIX^e siècle, les avancées scientifiques, notamment les découvertes de Pasteur¹²⁷, modifient cette perception. Dès lors, les préoccupations de santé publique et de protection contre les maladies (choléra, malaria, typhoïde, poliomyélite, méningite...) vont être intégrées à la gestion des eaux déjà soumises à la surveillance de l'administration et de nouveaux textes vont étoffer le droit public en étendant cette police sanitaire à toutes les eaux potables, comme les eaux minérales, les eaux souterraines ou les eaux de source initialement régies par le droit commun¹²⁸. La problématique posée aux autorités de police sera désor-

125. Décret des 11-19 septembre 1792 : « Lorsque les étangs, d'après les avis et procès-verbaux des gens de l'art, pourront occasionner par la stagnation de leurs eaux, des maladies épidémiques ou épizootiques, ou que, par leur position, ils seront sujets à des inondations qui envahissent ravagent les propriétés inférieures, les conseils généraux des départements sont autorisés à en ordonner la destruction, sur la demande formelle des conseils généraux des communes, et d'après les avis des administrateurs de district » (J.-B. DUVERGIER, *Collection complète...*, op. cit., t. 4, pp. 443-444).

126. Considéré par certains auteurs comme l'un des actes inaugurant le contrôle sanitaire de la pollution industrielle, ce décret visait surtout les fabriques de soude ou les manufactures émettant des vapeurs d'acide et de chlore. Le texte distingue les établissements en trois classes et les soumet à un régime d'autorisation administrative graduel, en fonction des désagréments ou des dommages qu'ils sont susceptibles de générer. Les établissements de la première classe doivent être construits à l'écart de toute habitation et sont soumis à une procédure d'autorisation en Conseil d'État, tandis que les deux autres types d'installations sont simplement soumis au contrôle des préfets et sous-préfets pour la deuxième classe, et des maires pour la troisième classe (à l'exception classique de Paris et du département de la Seine, où la compétence reste celle du Préfet de Police). Il est annexé au décret une nomenclature détaillant les activités visées pour chacune des classes d'établissement (*Ibid.*, t. 17, pp. 179-185).

127. « Les admirables découvertes de Pasteur et de son école, sur le rôle que jouent les microbes dans les maladies épidémiques, ont signalé à la science les dangers qui menaçaient la santé publique, surtout dans les grands centres de population. Elles ont créé un mouvement d'opinion, qui a décidé les municipalités à prendre des mesures de salubrité jusqu'alors négligées. Des congrès d'hygiène sont venus eux-mêmes contribuer à propager ce mouvement qui s'étend progressivement des plus grandes cités aux plus petites agglomérations ». Voir P. CHOMETTE, *Des droits des communes sur les eaux de source...*, op. cit., p. 3.

128. Voir J.-P. GOUBERT, *La Conquête de l'eau*, Paris, Robert Laffont, 1986 et D. FONTAINE, « Le régime juridique des eaux minérales », *Les Petites Affiches*, n° 100, 20 août 1990, p. 4.

mais double puisqu'il leur faudra à la fois assurer l'alimentation en eau potable et procéder à son assainissement.

1. Assurer et garantir l'approvisionnement en eau

Au cours du XIX^e siècle, les villes ont créé ou développé leur alimentation publique principalement à partir de l'adduction des eaux de source et des eaux souterraines dotées de régimes juridiques de droit privé distincts. Quant aux eaux de source, les communes ont d'abord dû jouer des mécanismes combinés du droit civil et du droit de l'expropriation. Dans un premier temps, elles ont acquis les terrains où naissaient les sources, généralement à l'amiable, ou, à défaut, par expropriation après déclaration d'utilité publique jointe à celle des travaux d'adduction. Une fois propriétaires, les maires se sont appuyés sur les droits de disposition prévus à l'article 641 (ancien) du Code civil pour les détourner de leur cours naturel et les acheminer jusqu'aux lieux de consommation. Pour les eaux souterraines, les communes se sont appuyées sur le Code civil, qui ne contient pas de dispositions spécifiques relatives aux eaux souterraines, mais dont l'article 552 dispose que « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous » et que le propriétaire du fonds « peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police ». Paradoxalement, c'est donc forts de ce principe de droit civil que l'État et les collectivités interceptent les eaux souterraines sur leur domaine pour assurer les besoins en eau de la population ou pour réaliser de grands travaux publics (tunnels, tranchées, voies ferrées...).

Sous la III^e République, ces expédients juridiques sont de moins en moins adaptés à la matière et le besoin d'une police cohérente des eaux de source et des eaux souterraines se fait ressentir. Une première manifestation de l'apparition de règles publiques limitant le droit d'usage de ces eaux non domaniales résulte des dommages importants causés aux riverains ou aux usiniers d'aval par les travaux. Après avoir soutenu l'administration contre les riverains en considérant qu'elle bénéficiait des droits d'usage absolus reconnus par le Code civil, le Conseil d'État opère un revirement en 1883 en matière d'eaux souterraines¹²⁹, puis un

129. CE 11 mai 1883, Chamboredon et Brahic c/ Compagnie du P.L.M., *Recueil des Arrêts du Conseil d'État*, Collection Macarel et Lebon, L. Larose et Forcel Libraires éditeurs, 1883, t. 53, pp. 479-484. Le Conseil d'État décide que le juge administratif devra vérifier si les travaux litigieux rentrent dans l'exercice normal des droits conférés par l'article 552 du Code civil, auquel cas il n'y

second en 1893 à propos des eaux de source¹³⁰ et consacre la possibilité d'une indemnisation des riverains d'aval sur le fondement des textes relatifs aux travaux publics. Le second signe de l'immixtion des pouvoirs publics est illustré par les compétences attribuées aux communes et au préfet en matière d'eau potable par la loi municipale du 5 avril 1884 et la loi du 15 février 1902 sur la santé publique¹³¹. Annoncé par plusieurs circulaires du ministère de l'Agriculture du début du siècle¹³² et par le décret-loi du 8 août 1935 interdisant les sondages ou les forages de puits privés au-delà d'une profondeur de 80 mètres en région parisienne¹³³, l'encadrement administratif de l'usage des eaux servant à l'alimentation des villes sera entériné par le décret-loi du 30 octobre 1935¹³⁴ imposant la déclaration d'utilité publique de toutes les dérivations faites dans un but d'intérêt général pour les sources, mais aussi pour les cours d'eau non domaniaux et les eaux souterraines, et par l'article 40 de la loi du 19 décembre 1964 qui soumet à la surveillance de l'administration

avait pas d'indemnisation, ou bien, si les travaux en cause appartiennent en raison de leur objet et de leur importance, à ceux dont l'exécution donne droit à indemnisation au titre des dommages de travaux publics.

130. CE 5 mai 1893, Sommelet *c/* commune de Rolampont. Voir M. HAURIUO, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, d'après les « Notes d'arrêts » du Recueil Sirey réunies et classées par André Hauriou*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, 3 volumes, t. 2, pp. 600-608. Le Conseil d'État a alors considéré que le captage public d'une source ne ressortissait pas des règles du Code civil et que l'indemnisation des dommages causés à ces usagers devait être faite au titre des travaux publics, sur la base des dispositions de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII.

131. La loi du 5 avril 1884 (article 97) a inclus au nombre des pouvoirs de police du maire la prévention des accidents et fléaux calamiteux, tels que les maladies épidémiques ou contagieuses et la loi du 15 février 1902 a institué un règlement sanitaire communal déterminant « les prescriptions destinées à assurer la salubrité des maisons et de leurs dépendances, des voies privées, closes ou non à leurs extrémités, des logements loués en garni et des autres agglomérations quelle qu'en soit la nature, notamment les prescriptions relatives à l'alimentation en eau potable ou à l'évacuation des matières usées » (article 1^{er}), prévu la substitution du préfet au maire en cas de carence du maire et organisé la protection des sources d'eau potable par l'instauration de périmètres de protection contre la pollution (article 10 : interdiction de l'épandage d'engrais humains ou du forage de puits près de la source sans autorisation du préfet...).

132. La circulaire du ministre de l'Agriculture du 20 juin 1904, complétée par celle du 5 août 1908, reconnaît la qualité de mesure de police aux clauses des actes de déclaration d'utilité publique relatives à la dérivation des eaux de source. Une circulaire aux préfets du 15 décembre 1912 prévoit qu'une déclaration d'utilité publique sera nécessaire chaque fois que la dérivation projetée par une commune sera de nature à modifier d'une manière appréciable le régime des puits, des sources ou des cours d'eau et que l'acte déclarant l'utilité publique devra rappeler l'engagement de la collectivité d'indemniser les dommages causés aux usiniers, irrigants ou autres réclamants. Cette circulaire alignait ainsi les prescriptions relatives à la dérivation d'eaux souterraines sur celles des eaux de source. Des modèles types d'arrêtés préfectoraux déclarant l'utilité publique et autorisant la dérivation seront ensuite adressés aux préfets par circulaire du 26 janvier 1931. Voir P. DENOZIÈRE, *L'État et les eaux non domaniales, op. cit.*, p. 42.

133. Décret-loi du 8 août 1935, *op. cit.*

134. Décret-loi du 30 octobre 1935 sur la protection des eaux potables et les établissements ostréicoles, *Journal officiel* du 31 octobre 1935.

toute installation prélevant des eaux souterraines à des fins non domestiques¹³⁵.

Élément vital pour les populations qui la consomment, l'eau est également utilisée comme force motrice depuis l'antiquité tardive pour les moulins et depuis les Temps Modernes, pour les petites usines à eau industrielles. Dans le dernier quart du XIX^e siècle, la révolution technique permettant d'augmenter la puissance des installations et de transformer en électricité l'énergie hydraulique a créé une ruée vers les cours d'eau pentus, en montagne notamment, et une spéculation s'organise à l'instigation des « barreaux » et autres « pisteurs de chutes »¹³⁶ pour tirer profit de la « houille blanche ». Tenue de composer avec les dispositions du Code civil¹³⁷ et du Code rural modifié par la loi du 8 avril 1898¹³⁸, la police des établissements industriels installés sur les cours d'eau non domaniaux reste assurée jusqu'au premier conflit mondial par des actes préfectoraux individuels communs à tous les types de prises d'eau, qui conviennent mal aux enjeux et au gigantisme des nouvelles usines hydroélectriques. S'inspirant en partie du droit minier, le législateur intervient avec la loi du 16 octobre 1919 qui subordonne l'utilisation de l'énergie hydraulique à une intervention de l'État en plaçant sous le régime de la concession les entreprises dont la puissance excède 150 kW et sous le régime de l'autorisation celles dont la puissance excède 500 kW¹³⁹. Ce texte introduit

135. Article 40 de la loi n° 64-1245 : « Toute installation permettant de prélever des eaux souterraines à des fins non domestiques est portée à la connaissance et soumise à la surveillance de l'administration dans des conditions définies par décret en Conseil d'État. [...] Les puits, forages ou galeries de captage désaffectés font l'objet d'une déclaration et sont soumis, sans préjudice des droits des tiers, à la surveillance de l'administration ».

136. La création de barrages supposant l'accord des propriétaires intéressés, sur l'étendue de la retenue, jusqu'au point de restitution de l'eau, une véritable spéculation était organisée par les « pisteurs » et les « barreaux de chutes ». Les premiers recherchaient les sites susceptibles d'être aménagés et acquéraient des droits pour les revendre avec profit, les seconds étaient les propriétaires riverains qui subordonnaient la réalisation de projets au versement de sommes énormes. Voir J.-L. GAZZANIGA, X. LARROUY-CASTERA, P. MARC, J.-P. OURLIAC, *Le droit de l'eau*, op. cit., n° 34.

137. Le Code Napoléon ne comprend aucune disposition relative à l'énergie hydraulique et les juges ne peuvent alors que se référer aux dispositions de l'article 644 garantissant les droits des propriétaires riverains et fixant certaines règles pour l'usage des eaux. Pour ce qui est de la pente de l'eau, essentielle pour l'utilisation de l'énergie motrice, la Cour de cassation, dès 1833, puis le Conseil d'État, en 1866, établissent que la pente des cours d'eau non navigables n'est pas susceptible d'appropriation et qu'elle doit être rangée dans la classe des choses communes. Voir C. Cass., Req., 14 février 1833, Martin c. Adeline (in A. DAVIEL, *Traité de la législation pratique des cours d'eau*, op. cit., t. 2, pp. 200-201) et CE 18 avril 1866, De Colmont, *Recueil des Arrêts du Conseil d'État*, op. cit., t. 36, 1866, pp. 385-389.

138. Les cours d'eau de montagne sont le plus souvent classés comme non navigables ni flottables et, en attribuant la propriété du lit aux propriétaires riverains des cours d'eau non domaniaux, la loi du 8 avril 1898 leur a accordé un droit quasi exclusif d'usage sur ces eaux.

139. La loi maintient aussi un troisième type d'entreprises, fondé sur le respect des droits acquis, qui ne remet pas en cause le régime juridique antérieur des nombreuses petites usines hydrauliques

ainsi une police spéciale des installations hydro-électriques, applicable aux cours d'eau domaniaux et non domaniaux, qui se combine avec la police des usines dite du Code rural.

Avant 1919, le préfet ne disposait que d'une compétence liée, le refus d'autorisation devant être fondé sur des motifs d'intérêt général incompatibles avec les droits d'usage garantis aux riverains par l'article 644 du Code civil. La loi du 16 octobre 1919 élargit donc le pouvoir de contrôle du préfet qui peut refuser une autorisation si le cahier des charges ne contient pas de garanties suffisantes quant aux « mesures intéressant la navigation ou le flottage, la protection contre les inondations, la salubrité publique, l'alimentation et les besoins domestiques des populations riveraines, l'irrigation, la conservation et la libre circulation du poisson, la protection des paysages, le développement du tourisme »¹⁴⁰ ou refuser son agrément en cas de changement de permissionnaire¹⁴¹. La nationalisation de la production d'électricité décidée par la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 fait entrer dans le giron d'EDF les usines concédées mais elle laisse exister le régime des usines autorisées qui retrouvent même un intérêt économique certain avec la crise énergétique des années 1970 et 1980. À la recherche d'énergie renouvelable complémentaire, l'État fait adopter la loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie qui encourage le développement des usines autorisées en augmentant leur plafond de puissance¹⁴². Comparée à la lourdeur de la procédure de décret en Conseil d'État imposée pour les concessions, la relative légèreté de la procédure d'autorisation préfectorale est apparue

encore existantes, qu'il s'agisse des très anciennes usines « fondées en titre » ou des usines autorisées depuis le Code civil. Pour les usines postérieures à 1804, la loi maintient le régime antérieur pendant 75 ans pour celles dont la puissance excède 150 kW avec possibilité, à la fin du terme, d'une prolongation de ce régime provisoire pendant 30 ans ou de l'octroi d'une autorisation ou d'une concession suivant le régime de la loi de 1919. À défaut, les installations deviendront propriété de l'État moyennant indemnité. Quant aux usines dont la puissance est inférieure à 150 kW, elles peuvent demeurer sous leur régime juridique antérieur sans limitation de durée. Voir J.-L. GAZZANIGA, J.-P. OURLIAC, *Le droit de l'eau, op. cit.*, pp. 153 et s.

140. Loi du 16 octobre 1919, article 10, 2° (J.-B. DUVERGIER, *Collection complète...*, op. cit., t. 19, p. 827).

141. Alors que les autorisations antérieures avaient un caractère réel, attaché à l'établissement, les autorisations créées par la loi de 1919 ont un caractère personnel, l'article 16 prévoyant un agrément en cas de cession totale ou partielle de l'autorisation ou en cas de changement de permissionnaire. Jusqu'à l'entrée en vigueur du décret n° 70-414 du 12 mai 1970 ouvrant des droits aux personnes physiques ou sociétés de la Communauté économique européenne, l'article 26 de la loi réservait le bénéfice de ces autorisations aux particuliers et aux entreprises françaises.

142. Le maximum de puissance des usines autorisées avait été modifié par un décret n° 59-60 du 3 janvier 1959 qui avait remonté le plafond de puissance de ces usines en le fixant uniformément à 500 kW. La loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 porte le plafond des autorisations à 4 500 kW, ce qui redonne un intérêt indéniable aux installations hydroélectriques autorisées gérées tant par des promoteurs privés que par des collectivités locales.

comme un gage de souplesse et de rapidité pour atteindre les objectifs de production électrique alternative aux énergies fossiles.

2. Protéger et assainir les eaux

Plus récemment pris en compte, un dernier aspect du problème confié aux administrateurs de l'eau tient à son assainissement et à la lutte contre sa pollution. Ces questions sont apparues au début du xx^e siècle du fait, d'une part, des progrès simultanés de l'urbanisation et de l'industrialisation et d'autre part, des exigences croissantes de l'hygiène publique. Longtemps abandonnée à la maigre protection du droit privé¹⁴³, la lutte contre la pollution et la mise en place de règles d'assainissement tardent à intégrer la police de l'eau. Figurant initialement dans le projet de loi de 1880 ayant abouti à la loi du 8 avril 1898, un chapitre intitulé « Purification des cours d'eau, assainissement des villes et utilisation des eaux d'égouts » n'a même pas été discuté devant le parlement et deux projets de loi relatifs à la protection des eaux déposés en 1910 et en 1923 n'ont jamais abouti¹⁴⁴. En l'absence de texte explicite, cette police progresse par la pratique et par la jurisprudence. Les circulaires du ministère de l'Agriculture, qui interprètent extensivement les articles 8 et 12 de la loi du 8 avril 1898 en considérant que la police de la « conservation des eaux » donne au préfet pouvoir d'intervenir par arrêté en matière d'égouts communaux (circulaire du 1^{er} juin 1906) ou de déversements industriels (circulaire du 20 août 1906), trouvent ainsi un écho favorable auprès du Conseil d'État dès les années 1930¹⁴⁵. La consécration d'une

143. Les juges civils s'appuyaient sur les règles de la responsabilité civile ordinaire pour assurer une forme de protection aux particuliers victimes de dommages causés par la pollution. En 1897, la Cour de cassation affirme que le riverain d'un cours d'eau non domanial ne peut se servir des eaux en vertu de l'article 644 du Code civil pour les besoins d'une industrie qu'à la charge de ne pas porter atteinte aux droits des riverains inférieurs en dénaturant les eaux et en les rendant impropres à leur usage normal (en l'espèce, il y avait eu une élévation considérable de la température de l'eau). En 1919, la Cour confirme que les permissionnaires d'établissements dangereux, insalubres et incommodes, quoique régulièrement autorisés, demeurent responsables des dommages causés aux tiers et que les tribunaux ordinaires sont compétents pour fixer les indemnités, ou même « pour prescrire les mesures propres à faire cesser le préjudice pourvu qu'elles ne soient pas en opposition avec celles prescrites par l'autorité administrative dans un intérêt général ». Voir C. Cass., civ., 6 juillet 1897, *Beaucart c. Société Métallurgique de Gorcy* (*Dalloz*, 1897, 1, p. 536) et C. Cass., Req., 10 février 1919, *Granier c. Ferradou* (*Sirey*, *Somm.*, p. 81).

144. Voir A. PICARD, *Traité des eaux*, *op. cit.*, tome 4, p. 511 et A. TROTÉ, *Traité des eaux non domaniales*, *op. cit.*, t. 2, p. 65.

145. Considérant qu'il appartient à l'autorité administrative chargée par l'article 8 de la loi du 8 avril 1898 de la conservation et de la police des cours d'eau non navigables de prendre les mesures propres à en sauvegarder la salubrité, le Conseil d'État valide en 1931 l'arrêté d'un préfet qui a réglementé le déversement des eaux d'un lotissement sur le fondement de l'article 12 de ladite loi. De même, le Conseil d'État décide en 1949 que le préfet peut valablement refuser à un particulier l'autorisation de déverser dans la rivière les eaux résiduaires d'une porcherie et d'une laiterie

véritable police de la pollution et de l'assainissement de l'eau ne sera effective qu'après la promulgation de la loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964, dont le titre 1 est intitulé « De la lutte contre la pollution des eaux et de leur régénération ».

Une fois publiés les premiers décrets d'application (notamment le décret n° 73-218 du 23 février 1973), puis les divers arrêtés techniques ministériels (notamment les trois arrêtés du 13 mai 1975¹⁴⁶), il apparaît bien qu'à l'exception des travaux déclarés d'utilité publique par décret, le préfet reste chargé de fixer par ses autorisations les caractéristiques techniques des rejets et de tous les autres faits de pollution conformément aux normes techniques complexes indiquées dans ces arrêtés et circulaires découlant de la loi. Pour les rejets de nature domestique, les arrêtés préfectoraux doivent fixer des valeurs déterminées (flux de pollution, débit de l'effluent, qualité de l'effluent fixée par la concentration maximale de paramètres de pollution, température et acidité maximales). Pour les rejets industriels, les textes laissent une marge de manœuvre pour fixer les clauses techniques des autorisations puisqu'ils ne définissent pas de règles précises en raison de la diversité de nature des effluents, préférant inviter les préfets à « harmoniser » leurs prescriptions avec celles des textes régissant les installations classées. Ce dernier exemple de la police de la pollution créée par la loi de 1964 illustre les limites du phénomène antérieur de compartimentation qui avait abouti à faire coexister différentes polices touchant à l'eau. Du XIX^e siècle aux années 1960, la matière juridique des diverses polices traditionnelles de l'eau (pêche navigation, aménagements...) avait cohabité sans trop de redondances, les conflits portant plutôt sur la répartition des attributions entre les différents ministères (agriculture, commerce, travaux publics...).

À partir des années 1970, une première remise en cause de l'ordonnement classique des polices touchant à l'eau résulte de la convergence croissante des polices de l'eau et des règles touchant au droit minier et à l'urbanisme. En matière d'extraction de matériaux du lit des rivières non domaniales, le riverain avait déjà vu son privilège se réduire au cours du XX^e siècle¹⁴⁷ mais la loi n° 70-1 du 2 janvier 1970

dans l'intérêt de la salubrité publique, en vertu des pouvoirs de police qui lui ont été conférés par les articles 8 et 12 de la loi du 8 avril 1898. Voir CE 16 janvier 1931, Sieur Camouseigt, *Recueil des décisions du Conseil d'État, op. cit.*, t. 101, 2^e série, 1931, p. 68 et CE 18 février 1949, Sieur Bergeron, *ibid.*, 1949, p. 81.

146. Décret n° 73-218 du 23 février 1973 (*Journal officiel* du 2 mars 1973, rectificatif du 7 avril 1973) et arrêtés du 13 mai 1975 (*Journal officiel* du 18 mai 1975).

147. Le propriétaire riverain bénéficiait depuis le XIX^e siècle d'un privilège sur les matériaux du lit et d'un droit d'extraction reconnu par la Cour de cassation et consacrés par l'article 3

et le décret du 20 décembre 1979¹⁴⁸ inaugurent un amalgame avec le droit du sous-sol en assimilant ce type d'exploitation à une carrière et en soumettant l'extraction des matériaux de rivière à autorisation préfectorale (article 106 du Code minier). Quant à la construction des ouvrages hydrauliques, la police de l'eau est également concurrencée par le droit de l'urbanisme qui impose désormais l'obtention d'un permis de construire pour toute édification. Les articles L.421-1 et R.421-3-3 anciens du Code de l'urbanisme¹⁴⁹ doublonnent alors avec l'article 106 du Code rural puisqu'ils imposent de déposer un dossier composé d'une demande de permis de construire et d'une demande d'autorisation hydraulique. Le second accroc à l'ordre ancien tient à la reconnaissance d'une problématique environnementale globale, actée par la création du ministère du même nom en 1971. La police des Installations Classées pour la Protection de l'Environnement (ICPE) découlant de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 et du décret n° 77-1133 du 21 septembre 1977 prévoit par exemple la consultation des Services de la police des eaux au cours de l'enquête publique, services qui ont été parallèlement chargés par le décret n° 73-218 du 23 février 1973 pris en application de la loi du 16 décembre 1964, de l'instruction des autorisations de déversements d'eaux usées dans les milieux naturels récepteurs. En matière de pêche, nous l'avons vu, les considérations de protection de l'environnement ont été explicitement intégrées dans cette police par la loi n° 84-512 du 29 juin 1984. Sensible dans le domaine de la police, la multiplicité des sources législatives et réglementaires en matière d'eau continue donc de générer, au début des années 1990, un sentiment de confusion, voire d'« impressionnisme juridique » qui amène certains auteurs à réclamer du législateur une réforme globale¹⁵⁰.

de la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux (devenu ensuite l'article 98 du Code rural) qui dispose que « chaque riverain a le droit de prendre, dans la partie du lit qui lui appartient, tous les produits naturels et d'en extraire de la vase, du sable et des pierres... ». Néanmoins, l'extraction de matériaux pouvant affecter le régime des eaux, l'article 6 du règlement départemental type joint à la circulaire du ministre de l'Agriculture du 1^{er} mai 1907 permettait aux préfets d'en fixer les conditions générales, voire de les soumettre exceptionnellement à autorisation pour certaines parties des cours d'eau signalées dans le règlement général du département. Voir A. PICARD, *Traité des eaux*, op. cit., t. 1, p. 333.

148. *Journal officiel* du 4 janvier 1970 et *Journal officiel* du 22 décembre 1979.

149. Abrogé en 2007, l'article R 421-3-3 du Code de l'urbanisme disposait : « Lorsque les travaux projetés concernent un barrage ou un ouvrage destiné à l'établissement d'une prise d'eau, d'un moulin ou d'une usine sur un cours d'eau non domanial et qu'ils sont soumis à ce titre à autorisation en vertu de l'article 106 du Code rural, la demande de permis de construire doit être accompagnée de la justification du dépôt de la demande d'autorisation ». L'articulation entre les deux textes n'a d'ailleurs pas été prise en compte par la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 qui a abrogé l'article 106 du Code rural sans plus de précisions. Entre 1992 et 2007, l'article R 421-3-3 du Code de l'urbanisme inchangé continuera de renvoyer à cet article 106 du Code rural hérité de la loi du 8 avril 1898.

150. Voir J.-L. GAZZANIGA, « La genèse de la loi sur l'eau », *Les Petites Affiches*, numéro spécial,

III. L'ADAPTATION DES MÉTHODES DE LA POLICE DES EAUX AUX CONTRAINTES DU DROIT ET AUX CHANGEMENTS INSTITUTIONNELS

Si les autorités de police de l'eau ont vu leurs prérogatives s'élargir au cours de la période étudiée, elles ont également été contraintes de s'adapter à la rémanence des principes de droit civil et à l'évolution de l'action administrative. Le droit de l'eau soulevant d'innombrables questions touchant l'intérêt général, sa police tend par nature à s'étirer à son maximum pour appliquer à tous les cours d'eau un ordre uniforme qui lui paraît préférable à la disparité des intérêts privés. Cette tendance hégémonique se heurte depuis la Révolution à une résistance farouche fondée sur la primauté du droit de propriété du droit français qui continue de soumettre au droit commun la plupart des eaux non domaniales. Les administrateurs de l'eau sont donc amenés à composer avec les revendications des particuliers, dans le cadre posé par la distinction entre droit public et droit privé. Une seconde adaptation, d'une nature bien différente, s'est imposée plus récemment aux autorités de police avec le recul du centralisme et l'avènement de préoccupations écologiques. Les lois du 16 décembre 1964 et du 3 janvier 1992 ont mis en place une gouvernance originale qui amène les administrateurs à décider en s'appuyant sur la planification et sur la concertation locale.

A. Une police témoin de l'affirmation du droit public par friction avec le droit civil

La nature et la portée de la police administrative de l'eau sont également déterminées par une des particularités du droit français qui distingue entre les cours d'eau les plus importants, qu'il rattache au domaine de l'État, et les diverses catégories d'eau susceptibles d'appropriation privée. Ce dualisme juridique des catégories d'eau¹⁵¹ est à l'origine d'une police particulière qui a participé à la consolidation du domaine fluvial et contribué à un aménagement notable des règles du droit civil à son profit.

19 octobre 1992, p. 9 ; R. ROMI, « Le droit de l'eau, entre opacité et transparence », *Revue juridique de l'environnement*, 1-1993, p. 75. En dépit des textes adoptés après la loi du 3 janvier 1992, cette difficulté n'a d'ailleurs pas été réglée à l'heure actuelle comme l'indique le rapport rendu sur l'eau en 2010 par le Conseil d'État. Les auteurs du rapport identifient « vingt-cinq polices différentes dans le seul Code de l'environnement, dont treize concernent de près ou de loin l'eau » et inventorient les différents services encore chargés de ces différentes polices. Voir *L'eau et son droit*, Rapport annuel du Conseil d'État, *op. cit.*, p. 215.

151. Sur cette dualité, voir P. MARC, *Les cours d'eau et le droit*, *op. cit.*, pp. 31 et s.

1. Eaux privées, eaux publiques, droit de propriété et usage : les cadres historiques de la police administrative des eaux

Dans le prolongement des règles établies par l'ordonnance royale du mois d'août 1669¹⁵² sur les eaux et forêts, l'appropriation publique des fleuves et des grandes rivières a été réaffirmée avec force par les textes révolutionnaires¹⁵³, par l'article 538 du Code civil¹⁵⁴ et par toutes les lois de l'eau qui se succèdent à partir du XIX^e siècle¹⁵⁵. Pour les administrateurs de l'eau, la question des limites de leur action sur le domaine public fluvial est l'un des premiers combats à mener pour asseoir leur influence. Quoique la formalité soit facultative du fait du caractère ancien du critère de la navigabilité, la domanialité des cours d'eau est régulièrement confirmée au plan local par des arrêtés préfectoraux qui visent, dès la Restauration, à renforcer le pouvoir de police du représentant de l'État sur les espaces fluviaux du département¹⁵⁶. La loi du 15 avril 1829 sur la pêche puis l'ordonnance du 10 juillet 1835 arrêtant la nomenclature des rivières navigables consolident leur position en officialisant le critère de la navigabilité¹⁵⁷. Aux marges du domaine fluvial, les ajuste-

152. L'article 41 du titre xxviii de l'ordonnance du mois d'août 1669 déclare : « La propriété de tous les fleuves portant bateau..., sans artifices et ouvrages de mains, dans notre royaume et terres de notre obéissance, fait partie du domaine de notre couronne, nonobstant tous titres et possessions contraires ; sauf les droits de pêche, moulins, bacs et autres usages que les particuliers peuvent y avoir par titres et possessions valables, auxquels ils seront maintenus ». Voir F.-A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, Belin-Le Prieur Libraire éditeur, 1821-1833, t. xviii, p. 291.

153. L'article 2 du décret des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790 dispose que : « Les chemins publics, les rues et places des villes, les fleuves et rivières navigables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, etc., et en général toutes les portions du territoire national qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont dépendantes du domaine public » (J.-B. DUVERGIER, *Collection complète...*, *op. cit.*, t. 2, p. 30).

154. L'article 538 du Code civil reprend, presque à la lettre, la formulation de l'ordonnance royale sur les eaux et forêts du mois d'août 1669 : « Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, 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 ». Cet article a été abrogé par l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques.

155. L'article 34 de la loi du 8 avril 1898 précise que « les fleuves et les rivières navigables avec bateaux, trains ou radeaux, font partie du domaine public depuis le point où ils commencent à être navigables ou flottables jusqu'à leur embouchure ». Il sera abrogé par le décret n° 56-1033 du 13 octobre 1956, dans le cadre de la refonte du Code rural. L'article 29 de la loi du 16 décembre 1964 insère des dispositions équivalentes dans les articles 1, 2, 3 et 4 du Code du Domaine public fluvial.

156. Lorsqu'un cours d'eau est déclaré navigable, il n'en résulte pas qu'il a le caractère de rivière navigable ou flottable sur tout son parcours : il ne l'est que dans la limite de l'arrêté de délimitation pris par le préfet. Voir Tribunal des Conflits, 31 mai 1851, *Recueil des Arrêts du Conseil d'État*, Paris, Librairie de jurisprudence d'Alphonse Delhomme, Paris, 1851, t. 21, 2^e série, pp. 405 et s.

157. Cette logique de domanialité « naturelle » tirée de la navigabilité s'effacera ensuite avec l'article 128 de la loi de finances du 8 avril 1910 qui adoptera le critère du classement et réservera

ments territoriaux au profit de l'administration se font surtout par voie jurisprudentielle, le Conseil d'État confirmant, par exemple, la domanialité des bras non navigables des cours navigables¹⁵⁸ ou des dépendances et accessoires des canaux de navigation tels que les chemins de halage, francs-bords, déversoirs, digues, maisons éclusières et cantonnières¹⁵⁹. Sur cet espace incontestablement public dont les frontières ont été établies par la jurisprudence et les procédures d'enquête, de délimitation ou de classement, les autorités de police peuvent donc agir librement dès le XIX^e siècle.

En revanche, l'intervention de l'État est bien plus discutée pour ce qui a trait aux eaux non domaniales. Ni purement privatiste, ni domanial, le droit des eaux privées traduit un compromis distinguant le lit de la rivière de l'usage de ses eaux et accordant aux riverains des droits importants mais contraints par des règles de droit public. Cette équation à plusieurs variables crée un enchevêtrement de droits antagonistes qui force le législateur et les juges à reconsidérer les limites du droit de propriété. Les catégories d'eaux visées par le Code civil (cours d'eau non domaniaux, eaux de ruissellement, eaux de source, eaux pluviales) sont dotées de régimes mixtes qui illustrent la technique de dissociation entre le droit de propriété et les droits d'usage de l'eau. Tout au long du XIX^e siècle, la jurisprudence civile sur les cours d'eau non domaniaux n'accorde ainsi qu'un droit d'usage au propriétaire riverain, elle classe le lit et l'eau au rang « des choses qui n'appartiennent à personne » (art. 714 du Code civil)¹⁶⁰. C'est la loi du 8 avril 1898 qui reviendra, à la surprise générale, sur ce principe en attribuant expressément la propriété du lit aux

la domanialité aux seuls cours d'eau figurant au tableau annexé à l'ordonnance du 10 juillet 1835. La loi sur l'eau du 16 décembre 1964 confirmera le critère du classement déclaratif et l'élargira en précisant que ce classement pourra aussi être décidé pour satisfaire « l'alimentation en eau des voies navigables, les besoins en eau de l'agriculture et de l'industrie, l'alimentation des populations ou la protection contre les inondations ». La loi du 22 juillet 1983 renvoie quant à elle à la définition des voies navigables classées, à savoir « les cours d'eau, lacs et canaux inscrits à la nomenclature des voies navigables ».

158. Voir CE 11 février 1834, Petot et CE 18 mai 1846, Gendarme, cités par G. DUFOUR, *Police des eaux...*, op. cit., p. 66 et H. DIEULOUARD, *Théorie des cours d'eau*, op. cit., p. 96.

159. Voir J.-L. GAZZANIGA, J.-P. OURLIAC, X. LARROUY-CASTERA, *L'eau : usages et gestion*, op. cit., p. 95.

160. Après avoir rendu plusieurs décisions implicites dans le même sens, la Cour de cassation le confirme dans un arrêt du 10 juin 1846 : « Attendu qu'un cours d'eau se compose essentiellement et de ses eaux et du lit sur lequel elles s'écoulent ; [...] que ces droits d'usage spécifiés et limités sont exclusifs du droit à la propriété du cours d'eau ; que les cours d'eau non navigables ni flottables n'appartenant point aux propriétaires riverains d'après les dispositions ci-dessus [en vertu desquelles, s'il] se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires riverains peuvent acquérir la propriété de cet ancien lit ». Voir M. BLOCK, *Dictionnaire de l'administration française*, Paris, Librairie administrative de Veuve Berger-Levrault et fils, 1856, p. 620.

riverains. En l'absence d'article consacré aux eaux pluviales dans le Code civil de 1804, les juges consacrent le principe de la pleine propriété des eaux de pluie¹⁶¹, principe qui sera repris par la loi du 8 avril 1898 qui l'intègre dans un nouvel article 641 du Code civil. Selon l'article 642 du Code civil, les sources appartiennent au propriétaire mais l'alinéa 3 de cet article dispose depuis 1804 que celui-ci « ne peut pas non plus en user de manière à enlever aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire ». C'est une dérogation au droit commun, aucune expropriation pour cause d'utilité publique n'étant prévue, et une voie d'entrée idéale pour la soumission d'eaux privées à la police de l'eau des villes.

2. L'extension de la police administrative sur les eaux privées

Par-delà l'avantage de la différenciation entre propriété et usage, le périmètre de la police de l'eau a continué de s'étendre sur les eaux privées par d'autres moyens au cours du xx^e siècle, l'objectif implicite étant de pouvoir limiter le droit de propriété sans pour autant le remettre en cause dans son principe. En matière de police générale, cela s'est notamment manifesté par la multiplication des régimes de déclaration et d'autorisation, qui se sont imposés pour tous les types d'installation, d'ouvrages, travaux ou activités. Un bon exemple en est fourni par l'autorisation préalable de prélèvement dans les eaux souterraines introduite par le décret-loi du 8 août 1935 en Île-de-France, étendue à partir des années 1950 à plusieurs autres départements (Nord, Gironde, Guadeloupe...) avant d'être précisée par la loi du 16 décembre 1964 et généralisée par l'article 10 de la loi du 3 janvier 1992¹⁶².

Cette restriction du droit des particuliers s'exprime aussi par la réglementation croissante des usages de l'eau par une police de

161. Voir C. Cass., Req., 16 mars 1853, Vignave c. Vignave, *Recueil méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 1853, t. 40, n° 536, p. 137 et C. Cass., Req., 9 avril 1856, Solacroux c. Lacassagne, *Pasicrisie ou Recueil général de la jurisprudence des cours de France et de Belgique*, Bruxelles, Bruylant-Christophe et C^{ie} Libraires éditeurs, 1856, p. 267.

162. Le décret-loi du 8 août 1935 relatif à la protection des eaux souterraines et son décret d'application du 4 mai 1937 avaient soumis à autorisation les prélèvements à plus de 80 m de profondeur effectués dans les départements de la Seine, de Seine-et-Oise et de Seine-et-Marne où les nappes phréatiques étaient basses. Les dispositions de ce décret ont été étendues à partir de 1958 aux départements du Nord, du Pas-de-Calais, de la Réunion de la Gironde, puis avec des modalités diverses aux Bouches-du-Rhône, au Calvados, aux Pyrénées-Orientales, à la Seine-Maritime et au Territoire de Belfort. L'article 113 du Code rural et la loi du 16 décembre 1964 ont institué des procédures d'autorisation pour les captages d'eau superficielle, de source ou souterraine, l'un pour l'alimentation en eau potable des agglomérations et l'autre pour les usages non domestiques de l'eau. Toute cette évolution législative aboutit avec l'article 10 de la loi du 3 janvier 1992, à instituer un régime général d'autorisation et de déclaration des prélèvements en eau.

l'assainissement qui fixe des normes de plus en plus exigeantes pour les rejets d'effluents. À l'image du décret du 1^{er} août 1905 ou de la circulaire ministérielle du 20 août 1906, les textes du début du xx^e siècle appliquent une surveillance préfectorale empirique sur les égouts communaux ou sur les rejets des établissements incommodes, l'enquête précédant l'autorisation étant identique quels que soient l'ouvrage ou la prise d'eau envisagée¹⁶³. En revanche, après la Seconde Guerre mondiale, la technicité des contrôles s'accroît comme en témoignent les exigences sanitaires poussées de la circulaire du 12 mai 1950 relative à l'assainissement des agglomérations ou l'instruction du ministre du Commerce aux préfets du 6 juin 1953 relative à l'évacuation des eaux résiduaires des établissements dangereux insalubres ou incommodes qui évoque la notion de balance de l'oxygène¹⁶⁴. Pris en application de la loi du 16 décembre 1964, le décret du 23 février 1973 et ses arrêtés techniques parus le 13 mai 1975 ne détaillent pas moins de treize niveaux de qualité différents en matière de rejets de nature domestique.

L'imposition de servitudes de toute nature est un autre moyen pour l'administration de « presser » les riverains et de limiter leur droit d'usage. Les premières de ces servitudes, datant de l'Ancien Régime, sont les servitudes de halage et de marchepied instituées le long des cours d'eau domaniaux¹⁶⁵. Au xix^e siècle, la disparition de la batellerie tractée amène évidemment à s'interroger sur le bien-fondé actuel de ces limitations du droit des riverains. Certains juges ont pu estimer qu'elles disparaissaient

163. Voir le décret du 1^{er} août 1905 et la circulaire du 20 août 1906 du ministre de l'Agriculture, *Recueil des lois et règlements concernant la police, la conservation et l'aménagement des eaux non domaniales*, Paris, Imprimerie nationale, 1938, pp. 80-81.

164. La circulaire du 12 mai 1950 du ministère de la Santé indique par exemple : « Pour que l'effluent d'une station de traitement remplisse ces conditions par lui-même, il devra satisfaire aux résultats d'analyse ci-après qui seront considérés comme définissant, à défaut de spécification particulières, l'épuration d'une eau usée : 1° L'eau épurée ne contiendra pas plus de 30 milligrammes de matière en suspension de toutes natures par litre ; 2° Avant et après cinq jours d'incubation à 30 degrés, elle ne dégagera aucune odeur putride ou ammoniacale, et l'épreuve portant sur la décoloration du bleu de méthylène devra donner un résultat négatif (teste de putrescibilité) ; 3° Elle ne renfermera aucune substance susceptible d'intoxiquer les poissons, et de nuire aux animaux qui s'abreuvraient dans les cours d'eau où elle est déversée ». Voir Circulaire n° 93 du 12 mai 1950 relative à l'assainissement des agglomérations (*Journal officiel* du 18 mai 1950 et rectificatif *Journal officiel* du 25 mai 1950) et Instruction du ministre du Commerce du 6 juin 1953 (*Journal officiel* du 20 juin 1953).

165. Source d'une jurisprudence abondante et favorable au xix^e siècle, la servitude de halage et de marchepied oblige respectivement les riverains à laisser des espaces de 7,80 mètres et de 3,25 mètres pour les besoins de la navigation et pour permettre le passage des pêcheurs ou des agents publics. Les riverains sont propriétaires du chemin de halage ou du marchepied sur lesquels ils peuvent récolter, cueillir les fruits ou ramasser les herbes. En revanche, il leur est interdit de se clore ou de planter des arbres à moins de 9,75 mètres du côté où les bateaux sont tractés. Voir J.-L. GAZZANIGA, J.-P. OURLIAC, *Le droit de l'eau*, op. cit., pp. 90-91.

avec la fin de la navigation¹⁶⁶, mais l'article 15 du Code du domaine public fluvial (ancien) et une circulaire du 26 janvier 1973 les ont malgré tout perpétuées jusque dans leur forme actuelle (article L.2131-2 du Code général de la propriété des personnes publiques). L'État a également maintenu et étendu les lourdes servitudes administratives grevant les propriétés des riverains telles que la servitude de passage des fonctionnaires, entrepreneurs et ouvriers en vue de l'exécution des travaux de curage¹⁶⁷, d'irrigation¹⁶⁸ et de drainage, la servitude de passage des canalisations souterraines sur les terrains non bâtis¹⁶⁹ ou les servitudes réglementant la construction de digues dans les vallées submersibles¹⁷⁰. Une forme de servitude plus récente, faite au détriment des riverains, tient à l'établissement d'un périmètre de protection interdisant le dépôt d'engrais humains, organiques ou chimiques autour des zones de captage d'eau destinée à la consommation humaine. Instituée par la loi du 15 février 1902 (article 10), reprise par l'article L.20 de l'ordonnance du 20 décembre 1958 et modifiée par la loi du 3 janvier 1992, cette servitude ouvre droit pour le riverain aux règles d'indemnisation applicables en matière d'expropriation.

166. CE 15 mai 1953, Chapelle, *Sirey*, 1953, 3, 100 et TGI Laval, 14 décembre 1965, *Gazette du Palais*, 1966, 1, 159.

167. La servitude de passage des entrepreneurs de curage classique est complétée en 1960 par une servitude permettant le libre passage des engins mécaniques servant au curage et au faucardement des cours d'eau. Sa largeur maximale est fixée à 4 mètres à compter de la rive et la servitude n'emporte pas droit à indemnisation en elle-même, sauf si son établissement a amené la suppression de clôtures ou d'arbres existant avant l'ouverture de l'enquête publique précédant l'arrêté préfectoral. Voir Décret n° 60-419 du 25 avril 1960 (*Journal officiel* des 2 et 3 mai 1960).

168. Un décret du 7 janvier 1959 a créé une servitude de passage des engins mécaniques pour les cours d'eau domaniaux et la loi du 2 août 1960 a institué son équivalent sur les propriétés des riverains de canaux d'irrigation. Voir Décret n° 59-96 du 7 janvier 1959 relatif aux servitudes de libre passage sur les berges des cours d'eau non navigables ni flottables (*Journal officiel* du 8 janvier 1959) et loi n° 60-792 du 2 août 1960 (*Journal officiel* du 4 août 1960).

169. Voir la loi n° 62-904 du 4 août 1962 instituant une servitude sur les fonds privés pour la pose des canalisations publiques d'eau ou d'assainissement et, pour son application, le décret n° 64-153 du 15 février 1964 (*Journal officiel* du 7 août 1962 et du 20 février 1964).

170. Après les terribles inondations survenues en 1856, une loi du 28 mai 1858 a instauré ces servitudes tendant à faciliter l'écoulement des eaux d'inondation dans les vallées submersibles. Refusant de soumettre la propriété à une trop grande contrainte, cette première loi impose l'autorisation de l'administration pour les seules digues et levées et elle ne vise que treize vallées, nommément désignées, sans possibilité d'extension. Ultérieurement complété par un règlement d'administration publique du 20 octobre 1937 et par un décret du 9 avril 1960, le décret-loi du 30 octobre 1935 met en place la procédure d'établissement de ces servitudes touchant les vallées des rivières domaniales et les vallées des rivières non domaniales. Les surfaces submersibles sont identifiées par des plans, soumises à enquête d'utilité publique et à l'avis des services administratifs concernés, puis désignées par décret en Conseil d'État. Voir J.-B. DUVERGIER, *Collection complète...*, *op. cit.*, t. 58, pp. 190 et s. ; décret du 20 octobre 1937 (*Journal officiel* du 27 octobre 1937) et décret n° 60-359 du 9 avril 1960 (*Journal officiel* du 14 avril 1960).

Dans certains cas, le législateur a même renoncé à ces diverses techniques d'encerclement juridique au profit de solutions plus radicales. En s'appuyant sur la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation pour qui la pente des cours d'eau n'était pas susceptible d'appropriation privée depuis le XIX^e siècle, la loi du 16 octobre 1919 a vaincu la résistance des « barreaux de chutes » arcbutés sur les dispositions de l'article 644 du Code civil en collectivisant l'usage de l'énergie des chutes d'eau et en adoptant un régime de déclaration d'utilité publique favorable au concessionnaire en cas de nécessité d'exproprier¹⁷¹. Outre-mer, les précautions prises en métropole vis-à-vis des riverains et du droit de propriété n'ont jamais eu d'équivalent. Dans le droit fil des textes d'Ancien Régime et d'une jurisprudence spécifique constante depuis le XIX^e siècle¹⁷², un décret du 31 mars 1948 a expressément intégré au domaine public de l'État « toutes les eaux stagnantes ou courantes, tous les cours d'eau navigables, flottables ou non, naturels ou artificiels » des départements de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion¹⁷³. Les articles 26 et 35 et suivants de la loi du 16 décembre 1964 apparaissent aussi comme une tentative audacieuse de faire reculer le champ d'application des dispositions de l'article 644 de Code civil et de rattacher au domaine public les droits d'usage d'une partie des cours d'eau non domaniaux. L'article 26 de la loi insérait un nouvel article 97-1 dans le Code rural prévoyant, dans le cadre d'aménagements hydrauliques, de domanialiser le débit supplémentaire en cas d'utilisation d'un cours d'eau non navigable émissaire comme vecteur des eaux stockées¹⁷⁴. Les articles 35 et suivants de la loi du 16 décembre

171. L'article 1^{er} de la loi dispose : « Nul ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et des cours d'eau, quel que soit leur classement, sans une concession ou une autorisation de l'État ». Une discussion est apparue sur la qualification juridique de cette opération de collectivisation de l'énergie hydraulique mais la doctrine semble considérer aujourd'hui que « cette loi n'a pas rendu pour autant l'État propriétaire de la force du mouvement des eaux : elle demeure une chose commune au sens de l'article 714 du Code civil et l'État exerce sur elle un pouvoir de surintendance ou un pouvoir analogue à celui qu'exerçait sous l'Ancien Régime le souverain sur le domaine éminent ». Voir *L'eau et son droit*, Rapport annuel du Conseil d'État, *op. cit.*, p. 208.

172. Sous l'Ancien Régime et au début du XIX^e siècle, l'ensemble des eaux situées dans les colonies étaient considérées comme appartenant au Roi ou au chef de l'État qui pouvait accorder des concessions directement ou par l'intermédiaire de son représentant local, le gouverneur. Voir É. FUZIER-HERMAN, *Répertoire général alphabétique du droit français*, v^o « Colonie », *op. cit.*, 1894, p. 329 et J.-L. GAZZANIGA, J.-P. OURLIAC, *Le droit de l'eau*, *op. cit.*, pp. 100-101.

173. Article 1^{er} du décret n^o 48-633 du 31 mars 1948 relatif au régime des eaux dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique, de la Réunion (*Journal officiel* du 6 avril 1948).

174. Plus économique que la construction d'un aqueduc ou d'une canalisation parallèle au cours d'eau non domanial, cette solution avait pour inconvénient de laisser l'eau stockée dans le cours d'eau non navigable à la disposition du riverain qui pouvait librement la capter. En domanialisant le débit supplémentaire transitant par le fonds riverain, l'article 97-1 du Code permettait d'empêcher cette capture. Aucun décret d'application n'ayant suivi le vote de la loi, cette mesure restera sans effet.

étaient une innovation d'une autre ampleur puisqu'ils créaient une nouvelle catégorie de « cours d'eau mixtes », intermédiaire entre les cours d'eau historiques, domaniaux et non domaniaux. Le législateur entendait instituer des cours d'eau hybrides où l'usage de l'eau appartenait à l'État et le lit aux riverains, comme pour les cours d'eau non domaniaux, ce qui permettait d'éviter l'expropriation des propriétaires du lit. Ces mesures n'auront toutefois pas l'effet escompté, aucune de ces deux nouveautés n'ayant été mises en place par l'administration vingt ans après la promulgation de la loi de 1964¹⁷⁵.

Au regard de tous ces efforts législatifs pour étendre la police et les pouvoirs de l'administration en matière d'eau, la référence à la notion de « patrimoine commun » utilisée en son article 2 par la loi du 3 janvier 1992 a pu laisser penser aux commentateurs que le chantier de la domanialisation des cours d'eau entamé un siècle plus tôt allait aboutir et qu'une souveraineté collective sur l'usage de toutes les eaux allait enfin voir le jour. Il n'en a rien été et le xx^e siècle s'est refermé sans que le dualisme historique des cours d'eau ait été abandonné. Si l'adoption cyclique de lois de police a effectivement dénaturé¹⁷⁶ le droit d'usage des riverains sur les eaux non domaniales, les dernières réticences liées à la sacralité du droit de propriété n'ont pas disparu. En raison de la raréfaction de la ressource et de l'urgence des réformes à venir, c'est le droit de l'Union européenne qui sera appelé à compter des années 1990 à prendre le relais d'un droit national qui s'est montré incapable d'entamer seul la refonte de ses lois civiles pour y intégrer la domanialisation des usages de l'eau.

B. La transition engagée depuis les années 1960 : vers une nouvelle gouvernance de la police de l'eau

Les premières années de la V^e République correspondent, en matière d'eau, à une période de refonte des méthodes d'administration. Les premiers changements, timides, sont institutionnels et s'opèrent à la fois dans les services ministériels avec la naissance d'organes permanents de coordination, puis localement avec l'apparition des organismes de bassin¹⁷⁷. Une évolution fondamentale est ensuite opérée par l'adoption de techniques de planification et par la consécration des principes de concertation et de participation des divers acteurs publics et privés à la

175. Voir P. DENOZIÈRE, *L'État et les eaux non domaniales*, op. cit., pp. 297-299.

176. Voir P. MARC, *Les cours d'eau et le droit*, op. cit., p. 92.

177. Voir *supra*. I.

gestion de la ressource. Les cadres proposés pour encadrer la gestion des matières d'eau apparaissant parfois rigides, on remarque également le développement parallèle de techniques administratives contractuelles inédites.

1. La planification de la gestion de l'eau

Si la coordination avait pour objectif de lutter contre la compartimentation administrative héritée de l'histoire, la planification pluriannuelle de la gestion de l'eau s'inscrit plutôt dans la logique de planification économique caractéristique de l'après-guerre¹⁷⁸. L'article 9 de la loi du 24 mai 1951 et le décret du 3 février 1955 prévoient que des « programmes de travaux » sont mis en place par les ministres compétents pour établir des concessions de mise en valeur des régions. Ces textes seront utilisés pour mettre en place des travaux d'aménagement régionaux d'ampleur et permettre à des sociétés d'économie mixte de réaliser des travaux d'irrigation dans ce cadre régional programmé¹⁷⁹. Dans le domaine de la lutte contre la pollution, l'article 3 alinéa 5 de la loi du 16 décembre 1964 introduit les décrets dits d'objectifs de qualité qui définissent, après enquête et consultation des élus, des professionnels et des particuliers, les normes de qualité des eaux réceptrices. En raison de la lourdeur des enquêtes, ces décrets seront peu usités, l'administration préférant leur substituer des cartes départementales d'objectifs de qualité prévues par la circulaire ministérielle du 17 mars 1978¹⁸⁰. Conformément à l'article 17 du décret d'application du 14 septembre 1966, les agences financières de bassin doivent quant à elles établir un programme pluriannuel d'intervention (sur cinq ans), approuvé par le Premier ministre, indiquant le montant des dépenses envisagées pour chaque nature d'ouvrage. Officialisant la pratique administrative des « schémas d'aménagement des eaux » (services extérieurs) ou des « schémas régionaux de développement de l'hydraulique agricole » (ministère de l'Agriculture), la loi du 3 janvier 1992 instaure les SDAGE (Schéma Directeur d'Aménagement et de Gestion des Eaux), à l'échelle du bassin, et les SAGE (Schéma d'Aménagement et de Gestion des Eaux), à l'échelle du sous-bassin.

178. B. BALASSA, « L'économie française sous la Cinquième République : 1958-1978 », *Revue économique*, 1979, vol. 30, n° 6, pp. 939-971.

179. Voir le décret n° 55-254 du 3 février 1955 Irrigation, mise en valeur et reconversion de la région du bas Rhône et du Languedoc (*Journal officiel* du 15 février 1955).

180. La circulaire du 17 mars 1978 relative à la politique d'objectifs de qualité dans les cours d'eau, sections de cours d'eau, canaux, lacs ou étangs, recommande aux préfets de faire référence dans ces cartes aux niveaux techniques définis dans le cadre des directives européennes d'objectifs de qualité : qualité des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire, qualité des eaux de baignade, qualité des eaux de piscicoles.

La vocation de ces documents de planification ignorant les découpages administratifs et les régimes juridiques des cours d'eau au profit d'une cohérence de territoire hydrographique est de définir les orientations de protection quantitative et qualitative de la ressource en eau et de déterminer les milieux aquatiques devant être protégés¹⁸¹. Sous la direction du préfet coordonnateur de bassin, les SDAGE organisent la planification du « écosystème hydraulique » de leur bassin pour les « 10 à 15 années à venir »¹⁸². Concrètement, les SDAGE ont pour but de fixer les grandes orientations permettant de préserver le capital-eau des bassins, d'assurer une meilleure qualité de l'eau, de surveiller le niveau des eaux sensibles aux prélèvements importants comme l'irrigation ou de prévenir les inondations. Dans le périmètre délimité par les SDAGE¹⁸³, les SAGE devront eux dresser l'état de la ressource en prenant en compte les documents versés par l'État, les collectivités, les associations syndicales ou les établissements publics, prévoir les priorités et évaluer les coûts. Avant son adoption, le projet de SAGE est soumis pour avis aux Conseils généraux, aux Chambres de commerce et de l'industrie, aux Chambres de métier, aux Chambres d'agriculture, au Services publics non représentés dans la Commission locale de l'eau et au Comité de bassin qui assurera l'harmonisation des différents schémas dont il a à connaître. Les Comités de bassin, les Commissions locales de l'eau et les éventuelles Communautés locales de l'eau étant en outre associés à l'adoption et au suivi des SAGE, il apparaît que les lois de 1964 et 1992 ont mis en place un modèle de gestion intégrée, propre à la France, qui amende les méthodes centralisatrices des décennies précédentes. Dans un tel système, on perçoit la volonté de l'État de faire accepter par une méthode concertée, participative, les mesures de plus en plus coercitives (restrictions d'usage, augmentations des taxes et redevances...) que le droit de l'eau va devoir imposer aux particuliers pour lutter contre la raréfaction et la pollution de la ressource en eau et qui auraient peu de chance d'être acceptées si l'État employait des méthodes trop napoléoniennes.

181. Voir Y. JÉGOUZO, « Les plans de protection et de gestion de l'environnement », *AIDA*, 1994, p. 609 et P. MARC, *Les cours d'eau et le droit*, *op. cit.*, p. 148.

182. Circulaire du ministère de l'Environnement du 12 mai 1995 relative à la procédure d'approbation et portée juridique des schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE) en application de l'article 3 de la loi n° 92-3 sur l'eau du 3 janvier 1992.

183. La cohérence hydrographique, écosystémique et socio-économique du SAGE par rapport au SDAGE devait être assurée par la liaison entre les préfets et le préfet coordonnateur de bassin.

2. La contractualisation de la gestion de l'eau

Cette planification concertée associant en amont les riverains, les pêcheurs ou les associations environnementales n'est d'ailleurs pas le seul signe de l'évolution de la police et de la gestion de l'eau. La technique purement réglementaire consistant à prendre des actes unilatéraux traditionnels (déclarations d'utilité publique, arrêtés préfectoraux...) est associée à partir des années 1970 à une politique administrative de nature contractuelle¹⁸⁴ inspirée des méthodes de l'interventionnisme économique dont l'usage illustre bien la « post-modernité juridique » caractérisée par la volonté de l'administration de convaincre plutôt que de contraindre¹⁸⁵. En matière de lutte contre la pollution, le ministère de l'Environnement a ainsi conclu des « contrats de branche » avec les entreprises industrielles vétustes pour obtenir qu'elles investissent dans la modernisation de leurs installations aux fins de limiter la pollution de leurs effluents. En contrepartie de leurs efforts pour améliorer le traitement de leurs eaux usées, les entreprises des branches signataires¹⁸⁶ ont obtenu des aides financières très importantes de l'État et des agences financières de bassin. Le coût de ces aides, accepté dans l'urgence pour accélérer la mise aux normes des installations les plus dangereuses, amènera toutefois l'État à suspendre dès les années 1980 les contrats de branche et les « programmes de branche »¹⁸⁷.

184. À l'apparition de ces pratiques nouvelles, certains auteurs préfèrent néanmoins ne pas utiliser le terme « contrats » en raison de l'inégalité entre les parties, de l'absence d'un véritable concours de volontés et de la force exécutoire relative de l'acte en cas, notamment, de manquement de l'État à ses promesses. André de Laubadère préfèrera par exemple utiliser à leur égard, selon le cas, les termes de « conventions » ou de « quasi-contrats ». Voir A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 3^e édition, Paris, LGDJ, 1977, t. 4, p. 23 et pp. 148-160.

185. Comme le résume Jacques Chevallier : « Le procédé contractuel connaît dans les sociétés contemporaines un spectaculaire renouveau [...], au point d'apparaître comme emblématique de la post-modernité juridique : le contrat illustre pleinement en effet le passage d'un droit de commandement à un droit reposant sur l'accord de volontés » (*L'État post-moderne*, 2^e édition, Paris, LGDJ, 2004, p. 121).

186. Il s'agissait d'industries anciennes aux installations très polluantes. Ces contrats étaient perçus par l'État comme des « programmes de rattrapage progressif ». Les branches signataires sont la papeterie, la sucrerie, la distillerie, la féculerie, la levurerie, le lavage et le peignage de laine, le délainage et la mégisserie. Voir D. BOULLET, *Entreprises et environnement en France de 1960 à 1990. Les chemins d'une prise de conscience*, Genève, Droz, 2006, pp. 275-276.

187. En 1985, Paul Denozière constate : « Le dispositif financier de principe pour les contrats de branche était que, sur les dépenses de dépollution, l'État accordait 10 % de subvention, les Agences de bassin 30 % de subvention et 20 % de prêt à taux réduit, ce qui laissait à la charge des industries 40 % de la dépense. Ces aides, exceptionnellement élevées, ont permis d'obtenir des résultats de dépollution très importants, mais elles représentent une lourde charge financière pour l'État et les Agences de bassin, et il n'a pas été prévu d'établir de nouveaux contrats de branche » (*L'État et les eaux non domaniales*, *op. cit.*, p. 292).

La technique contractuelle n'a pas été réservée aux seuls rapports avec les entreprises et une autre catégorie parallèle de contrats administratifs spécifiques est née à la même époque pour inciter les diverses personnes morales de droit public concernées à s'associer à l'État dans ses efforts pour préserver la ressource en eau. Les « contrats de rivière » ont été créés par une circulaire du 5 février 1981¹⁸⁸, à partir de l'expérience des « rivières propres » menée dans les années 1970 et sur le modèle de conventions expérimentées dans le domaine de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme¹⁸⁹. Ces contrats signés entre le ministre de l'Environnement et les maîtres d'ouvrage des travaux d'amélioration (des syndicats intercommunaux le plus souvent) instaurent un programme pluriannuel de rivière, de nappe, de lac ou de baie en vue d'améliorer la qualité des eaux, aménager le lit et les berges ou protéger les espèces piscicoles. L'idée originelle était de procéder par incitation, le ministère de l'Environnement allouant pour l'occasion une subvention correspondant à 10 % des sommes nécessaires, somme qui venait s'ajouter aux aides de l'État normalement accordées au titre de l'équipement rural par l'État, les régions ou les départements. Des contrats de nature similaire ont également été passés entre les régions et le ministère de l'Agriculture dans les années 1980 pour encourager des travaux d'aménagement agricole en Languedoc-Roussillon, Midi-Pyrénées ou Provence-Alpes-Côte d'Azur. Le succès de ces nouveaux « montages » contractuels dans les années 1980 et 1990 traduit à la fois l'autonomisation des élus, confortés par la décentralisation, et le renforcement de la coopération intercommunale, et leurs réticences face à la lourdeur du système planificateur¹⁹⁰.

188. La circulaire du 5 février 1981 est visible sur le site Gest'eau : <http://www.gesteau.eaufrance.fr/document/circulaire-du-5-fevrier-1981-relative-a-la-creation-des-contrats-de-riviere>.

189. Voir A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, op. cit., p. 159.

190. A. BRUN, « Les contrats de rivière en France : enjeux, acteurs et territoires », *Les Cahiers de droit*, vol. 51, n° 3-4, 2010, pp. 679-704.

CHAPITRE 8

La contribution de la police administrative à la mise en œuvre d'un droit à l'eau

Véronique INSERGUET-BRISSET

Maître de conférences HDR à l'Université de Rennes 1

IDPSP (EA 4640)

Chaque personne physique a le droit d'accéder à l'eau potable pour son alimentation et son hygiène, dans des conditions économiques et sociales acceptables par tous. La loi sur l'eau et les milieux aquatiques du 30 décembre 2006¹ a ainsi complété l'article L.210-1 du Code de l'environnement qui affirmait déjà, très solennellement, depuis 1992, que l'eau appartient au patrimoine commun de la Nation et que son usage appartient à tous². Pour autant, garantir l'effectivité du droit à l'eau, même circonscrit à la version la plus étroite de l'usage individuel et domestique, s'avère encore délicat pour environ un million et demi de consommateurs français qui reçoivent une eau polluée³. Cette situation est fort heureusement exceptionnelle puisque 99 % de la population est reliée à un réseau d'eau potable de qualité. Elle met, cependant, en lumière, au-delà du débat entre droit créance et droit subjectif⁴, la néces-

1. L. n° 2006-1772, 30 décembre 2006, relative à l'eau et aux milieux aquatiques, article 1^{er}, *Journal officiel*, 31 décembre.

2. L. n° 92-3, 3 janvier 1992, sur l'eau, article 1^{er}, *Journal officiel*, 4 janvier 1992.

3. UFC Que Choisir, « La qualité de l'eau potable en France, à vau-l'eau ? », 26 février 2014.

4. Ce débat classique depuis l'insertion dans le bloc de constitutionnalité des droits visés par le Préambule de la Constitution de 1946 a été renouvelé lors de la consécration du droit à l'environnement par la Charte du 1^{er} mars 2005. Les tenants d'un simple objectif constitutionnel, par analogie avec le droit à la santé (par exemple : B. MATHIEU, « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n° 15, p. 148 ; Y. JÉGOUZO, F. LOLOUM, « La portée juridique de la Charte de l'environnement », *Droit administratif*, 2004, p. 5) se sont opposés aux défenseurs de l'existence d'un droit subjectif (notamment : M. PRIEUR, « Les nouveaux droits », *AJDA*, 2005, p. 1157). Le Conseil d'État retient pour sa part une solution plus subtile en admettant la possibilité pour des requérants de se prévaloir du droit à un environnement équilibré et favorable à la santé pour contester la légalité d'un règlement lorsque ce dernier ne se borne pas à tirer les conséquences nécessaires de la loi : CE 26 février 2014, n° 351514, Assoc. Ban Asbestos France et a. En l'espèce, le Conseil d'État a vérifié que le décret du 3 juin 2011 qui précise les modalités de repérage de l'amiante dans les matériaux et produits de construction et plus particulièrement les mesures à prendre pour protéger la population,

sité pour les pouvoirs publics débiteurs d'une prestation de disposer des moyens administratifs adaptés à sa concrétisation. La police administrative compte à ce titre parmi les mécanismes les plus classiques. Elle a d'ailleurs été mobilisée très précocement au profit d'un droit de l'eau balbutiant. L'ordonnance de Jean le Bon de 1350 est ainsi couramment présentée comme étant l'un des tout premiers règlements d'assainissement⁵. Le développement moderne du droit de l'environnement a largement conforté les prédispositions de la police administrative. Sa finalité préventive en a fait l'outil de référence pour éviter la pollution des ressources, l'émission des nuisances et l'altération des milieux. Dès lors, il ne fait aucun doute que la police administrative facilite l'exercice du droit à l'eau potable et que sa contribution a largement précédé la proclamation de 2006. Néanmoins, il serait simpliste d'en déduire la suffisance de l'outil de police. Il ne peut en effet assurer à lui seul l'accès à l'eau potable à un coût raisonnable comme l'exigent les termes de l'article L.210-1.

I. UNE MOBILISATION RÉCURRENTÉ DE LA POLICE ADMINISTRATIVE POUR FACILITER L'EXERCICE DU DROIT À L'EAU

Pour que chacun puisse accéder à l'eau qui lui est indispensable pour son alimentation et son hygiène, il est non seulement nécessaire que la ressource soit disponible en quantité suffisante, mais aussi qu'elle satisfasse à des exigences de qualité. La police, ou plus précisément les polices administratives, se sont multipliées afin de prévenir les atteintes à ces deux égards.

A. La nécessité des dispositifs de police pour garantir la disponibilité de la ressource en eau

Garantir la disponibilité de la ressource en eau constitue la finalité de plusieurs dispositifs de police administrative. L'outil permet, en effet, de surmonter les difficultés issues du statut de l'eau en droit français et de

en application des articles L.1334-12-1 à 17 du Code de la santé publique, n'avait pas méconnu le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé, ni le principe de précaution, consacrés respectivement par les articles 1^{er} et 5 de la Charte de l'environnement, en retenant le seuil de cinq fibres par litre pour mesurer le niveau d'empoussièrement de l'air au-delà duquel le propriétaire est tenu de procéder à des travaux.

5. J. FROMAGEAU, *La police de la pollution à Paris de 1666 à 1789*, Thèse, Droit, Paris II, 1990.

privilégier l'alimentation en eau potable lorsque la ressource est insuffisante pour satisfaire tous les usages.

1. La police, moyen d'éviter les excès autorisés par les statuts de l'eau

Les statuts de l'eau, hérités du droit romain, n'ont pas été remis en cause par la loi du 3 janvier 1992. La proclamation selon laquelle l'eau est le patrimoine commun de la Nation n'a d'ailleurs jamais eu cet objectif, pas plus que d'autres textes du droit de l'environnement qui usent et même abusent du vocabulaire patrimonial, sans y attacher de conséquences juridiques particulières⁶. Deux statuts fondamentaux et opposés constituent donc toujours la *suma divisio* de référence appliquée à la ressource⁷. Les eaux stagnantes sont des biens et ont un propriétaire, public ou privé, celui du fonds auquel elles s'intègrent ou dont elles sont l'accessoire. L'article 552 du Code civil, selon lequel la propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous est, en effet, applicable aux eaux stagnantes⁸, qu'elles soient superficielles ou souterraines, ainsi qu'à l'eau de pluie⁹. L'article 642 consacre parallèlement les prérogatives du propriétaire sur les eaux de source de son fonds. Les eaux courantes sont, en revanche, des choses communes, *res communis*, au sens de l'article 714 du Code civil. Ce statut finalement résiduel caractérise l'élément liquide des cours d'eau¹⁰ et de l'eau de mer¹¹.

6. La loi de protection de la nature du 10 juillet 1976 est l'un des premiers textes à avoir utilisé le concept de patrimoine en droit de l'environnement pour reconnaître le caractère d'intérêt général tenant à la protection du « patrimoine naturel et biologique ». Depuis pléthore de textes ont décliné la terminologie patrimoniale, de manière sectorielle ou globale : qu'il s'agisse, par exemple, du patrimoine piscicole (loi pêche du 25 juin 1984), montagnard (loi du 9 janvier 1985), maritime (loi littoral du 3 janvier 1986), du patrimoine environnemental visé par la loi « Barnier » du 2 février 1995, puis par la Charte de l'environnement en l'élevant – non sans un certain lyrisme – au rang de patrimoine « des êtres humains ». Aucun n'a cependant pour ambition de modifier du même coup le statut classique des biens et choses composant ces « patrimoines ». Voir V. INSEGUET-BRISSET, *Droit de l'environnement*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005, pp. 41-42.

7. Pour une analyse exhaustive de ces statuts, voir J.-L. GAZZANIGA, P. OURLIAC et X. LARROUY-CASTERA, *Le droit de l'eau*, Paris, Litec, 1998.

8. Visées expressément par l'article 558 du Code civil.

9. L'article 641 du Code civil, qui vise spécifiquement les eaux de pluie, impose au demeurant au propriétaire du fonds inférieur de recevoir l'eau et interdit de faire obstacle à l'écoulement naturel.

10. Le lit et les berges du cours d'eau sont, en revanche, des biens. Lorsque le cours d'eau est domanial, l'État est en principe propriétaire du lit (Code civil, article 538), de même que des îles et atterrissements (C.G.P.P.P., article L.2111-13). Les propriétaires de chacune des rives d'un cours d'eau non domanial se partagent par moitié le lit, puisque celle-ci est alors attachée à la qualité de riverain. Ils sont également propriétaires des îles, îlots, relais et atterrissements.

11. L'eau des ports appartient, en revanche, au domaine public en tant qu'accessoire : C.G.P.P.P., article L.2111-6.

Chacune de ces qualifications peut susciter des inconvénients en termes de disponibilité de la ressource. L'eau appropriée est susceptible d'un usage exclusif intempestif par son propriétaire, investi des prérogatives d'usage, de jouissance et de disposition, dont on redoute parfois qu'elles ne justifient de réelles dégradations écologiques¹². L'article 642 du Code civil fait figure d'exception en interdisant au propriétaire d'une source d'en user abusivement au détriment des habitants des communes, villages ou hameaux, pour qui l'eau est nécessaire¹³. Parallèlement, l'eau, chose commune, est livrée à l'usage de tous qui peut se révéler aussi calamiteux¹⁴.

Dans ce contexte, la réglementation de police possède un avantage certain : elle est indépendante du statut de la chose ou du bien auquel elle s'applique. Dès lors qu'elle a été définie, aucun propriétaire ou usager ne peut plus mettre en œuvre ses prérogatives abusivement sans encourir de sanctions, y compris dans l'hypothèse où il bénéficierait pourtant de l'accord de l'administration. En effet, la délivrance d'une autorisation n'empêche pas l'autorité de police de procéder à son retrait s'il existe une justification d'intérêt général. Ainsi, l'autorisation d'exploiter un ouvrage sur un cours d'eau non domanial, délivrée au propriétaire du lit peut lui être retirée si le fonctionnement menace l'alimentation en eau potable des populations¹⁵.

En limitant les conséquences radicales afférant au statut de l'eau, le dispositif de police administrative permet, au demeurant, d'éviter de recourir à la « nationalisation » qu'a mise en œuvre l'État français, outremer. Pour protéger l'eau douce, disponible en quantité limitée, de tout accaparement, les eaux courantes et stagnantes ont fait l'objet d'une appropriation publique précoce car celle-ci est apparue comme le moyen de garantir l'accès à l'eau dans les meilleures conditions et d'obtenir la répartition équitable d'une ressource fondamentale. Ainsi, l'État est propriétaire de toutes les eaux stagnantes et courantes, y compris les eaux souterraines et les eaux de source en Guadeloupe, Guyane, Martinique et Réunion¹⁶ et ce, parfois depuis des textes du xvii^e siècle. Il en est de même pour Saint-Pierre et Miquelon¹⁷. À Mayotte, toutes les eaux super-

12. M. RÉMOND-GOUILLOUD, *Du droit de détruire*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, p. 12.

13. Le Code civil précise néanmoins que le propriétaire peut réclamer une indemnité si les habitants n'ont pas acquis ou prescrit l'usage de l'eau.

14. G. HARDIN, « The tragedy of the commons », *Science*, 1968, n° 162, pp. 1243-1248.

15. Code de l'environnement, article L.215-10.

16. C.G.P.P.P., article L.5121-1.

17. C.G.P.P.P., article L.5261-1.

ficielles et souterraines sont la propriété du département. En Nouvelle Calédonie et Polynésie, les Provinces sont détentrices de la propriété des eaux.

2. La police, instrument d'arbitrage des conflits d'usages

L'alimentation en eau potable constitue une priorité dans la hiérarchie des usages de la ressource. C'est pourquoi, de manière significative, le champ d'application de la police de l'eau encore désignée comme la police des « IOTA »¹⁸ est circonscrit aux usages non domestiques. La soumission à autorisation ou déclaration préalable ne vise que les prélèvements considérés comme non domestiques car excédant les 1 000 m³/an¹⁹. Leur importance quantitative justifie une surveillance particulière, renforcée de manière mécanique en 2003 par l'abaissement des seuils. Avant l'intervention du décret du 11 septembre 2003, le caractère domestique de l'usage était, en effet, lié au non dépassement d'un volume de prélèvement maximal de 40 m³/jour²⁰. Dans les zones dites de répartition des eaux « ZRE » où la ressource est déficitaire de manière chronique, les seuils de soumission à autorisation sont, a fortiori, beaucoup plus stricts²¹, de telle sorte que l'alimentation des populations soit toujours privilégiée par rapport aux autres usages. Enfin, en période exceptionnelle, de sécheresse par exemple, le préfet, autorité de référence pour mettre en œuvre la police de l'eau, est habilité à interdire purement et simplement certains usages, qui bien que domestiques, ne sont pas considérés comme indispensables tels que l'arrosage des jardins, le remplissage de piscines, le lavage des véhicules ; il peut également restreindre les débits d'eau²².

18. Acronyme utilisé par analogie à celui des ICPE et qui désigne les installations, ouvrages, travaux et aménagements visés par la nomenclature « Eau » redéfinie par un décret du 17 juillet 2006 (D.2006-880, *Journal officiel*, 18 juillet 2006 ; annexe à l'article R.214-1 du Code de l'environnement). La police des installations classées pour la protection de l'environnement est toujours présentée comme la référence dont les pouvoirs publics se sont servis pour instaurer les autres polices environnementales, dont celle des IOTA en application de la loi du 3 janvier 1992. Toutefois, depuis une ordonnance du 18 juillet 2005, le régime déclaratif au titre de la police de l'eau suscite une autorisation simplifiée (Code de l'environnement, L.214-3 issu de Ord. 2005-805, *Journal officiel*, 19 juillet 2005), alors que celui de la police des ICPE ne permet pas au préfet, autorité compétente de refuser la délivrance du récépissé pour des raisons environnementales (CAA Nantes, 28 février 2001, n° 99NT00466, Assoc. Préaux Environnement).

19. Code de l'environnement, articles 214-2 et R.214-5.

20. D.2003- 868, article 2, *Journal officiel*, 12 septembre 2003.

21. Le débit horaire, critère d'application du régime de l'autorisation est divisé par dix pour retenir le seuil de 8 m³/heure : rubriques 1.2.2.0 et 1.3.1.0 de la nomenclature.

22. Code de l'environnement, article L.211-3, 1°.

À une autre échelle, la planification générale de la ressource en eau contribue aussi à arbitrer entre usages. Les schémas d'aménagement et de gestion de l'eau qui précisent les orientations des schémas directeurs, sont en effet susceptibles, à l'échelle des bassins versants et sous-bassins hydrographiques, de définir les priorités d'usage et répartir les volumes globaux de prélèvements²³. Les autorités de police, responsables de la délivrance des autorisations, doivent alors respecter ces arbitrages, au titre d'une obligation de compatibilité²⁴.

Au-delà de la disponibilité suffisante de la ressource, nombre de dispositions de police administrative contribuent, parallèlement, à maintenir la qualité optimale de l'eau consommée par les populations.

B. Le recours systématique au dispositif de police pour maintenir la potabilité de l'eau

La fourniture d'eau potable aux populations doit répondre à des exigences sanitaires très rigoureuses. À cette fin, une surveillance des eaux captées et distribuées est mise en œuvre, de même qu'à titre complémentaire, une protection accrue des aires d'alimentation des captages.

1. Le contrôle très rigoureux de l'eau distribuée

La police administrative reste omniprésente pour contrôler à la fois le distributeur de l'eau potable mais aussi intervenir à l'encontre des tiers dont les activités ou agissements pourraient rendre plus difficile l'alimentation des populations.

La distribution d'eau potable aux populations est, tout d'abord, soumise à autorisation préfectorale, quel que soit le statut public ou privé du réseau utilisé, la mise à disposition gratuite ou onéreuse et le mode de gestion adopté pour ce service public²⁵. La commune ou l'intercommunalité qui doit assumer la responsabilité de la fourniture d'eau potable en tant que service obligatoire²⁶ reste libre de prendre en charge cette mission en régie directe ou d'en déléguer la gestion. Dans cette dernière hypothèse, un contrat administratif doit être souscrit entre la collectivité ou l'établissement public de coopération intercommunale et

23. Code de l'environnement, article L.212-5-1, II, 1^o. Il s'agit d'une faculté du règlement du SAGE.

24. Code de l'environnement, article L.212-5-2.

25. C.S.P., article L.1321-7.

26. C.G.C.T., article L.2224-5.

le gestionnaire, lequel endosse des risques plus ou moins importants²⁷. Mais la place ainsi faite au contrat, souscrit généralement pour une longue durée²⁸, n'exclut pas, pour autant, l'intervention des mesures de police administrative, et tout particulièrement de la police administrative sanitaire. C'est, en effet, sur son fondement que le producteur et/ou le distributeur d'eau en vue de l'alimentation des populations se voit imposer la majorité des contraintes (indépendamment de l'autorisation nécessaire pour créer les ouvrages de captages nécessaires, requise par le Code de l'environnement²⁹). Il doit donc notamment, surveiller en permanence la qualité de l'eau distribuée, se soumettre au contrôle sanitaire régulier dont les résultats sont ensuite tenus à la disposition des administrés³⁰, prendre les mesures correctrices, ou encore informer les consommateurs de l'existence de risque sanitaire³¹. Le fait de produire ou de distribuer de l'eau sans y avoir été autorisé, de même que fournir une eau qui ne réponde pas aux critères de potabilité est passible de sanctions administratives et pénales³². En cas de condamnation pénale du producteur ou du distributeur, le ministre de la Santé publique peut d'ailleurs mettre fin au contrat de délégation³³. Il agit alors en tant qu'autorité supérieure de police administrative, puisqu'il n'est pas partie à la convention. Cette exception au principe selon lequel la déchéance est prononcée par une décision juridictionnelle, à la demande du délégant, témoigne, de nouveau, de la suprématie de la police administrative sur les règles du contrat.

27. Au-delà de la qualification globale de délégation de service public, on distingue en effet trois types de contrats. La concession de service public, formule la plus classique, a longtemps été très prisée par les personnes publiques puisqu'elle permet de faire assumer la totalité des coûts et des risques – notamment les investissements nécessaires – par le cocontractant, lequel se rémunère, par compensation, auprès des usagers du service en prélevant une redevance. Au titre de l'affermage, le fermier fait fonctionner les ouvrages qui lui ont été remis par le délégataire et doit les entretenir ; il perçoit également une redevance auprès des usagers. Dans le cadre d'une régie intéressée, le régisseur est rémunéré par le délégataire du service et ne fait aucun investissement.

28. C.G.C.T., article L.1411-2 : dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, la durée de la délégation de service public ne doit pas, en principe, excéder 20 ans. Toutefois, une durée plus longue peut être admise, notamment pour permettre au concessionnaire d'amortir de lourds investissements.

29. Code de l'environnement, article R.214-1, rubrique Prélèvements n° 1110 et s.

30. C.S.P., article L.1321-9 : chaque mois, le maire doit afficher, en mairie, les résultats des analyses collectés par les services de l'État, afin d'informer les administrés. Les analyses portent à la fois sur l'eau brute, l'eau produite en station de traitement et l'eau distribuée au robinet des usagers. Elles fournissent l'état sanitaire au regard des limites de qualité dont le dépassement peut susciter un risque immédiat ou à long terme (paramètres microbiologiques, substances minérales et organiques) et des références telles que l'odeur, la saveur, le pH et la température.

31. C.S.P., article L.1321-4.

32. C.S.P., articles L.1324-1 A et B ; L.1324-2.

33. C.S.P., article L.1321-4 *in fine* : cette résiliation imposée par un « tiers » n'est exclue que dans l'hypothèse où le juge administratif a été saisi d'un recours.

Parallèlement, l'altération de la qualité de l'eau du fait d'un accident ou d'un incident provoqué par un tiers impose à l'autorité de police d'édicter les mesures adéquates, tout particulièrement, s'il existe un danger pour la santé publique et l'alimentation des populations³⁴. Le responsable de la pollution d'une nappe phréatique doit, par exemple, être mis en demeure d'évaluer l'impact de l'accident et de diligenter les travaux pour remédier à ses conséquences³⁵.

2. La prévention de l'altération des eaux alimentant les captages

Le maintien d'un captage de qualité suppose, à l'évidence, de prévenir les pollutions susceptibles d'altérer la ressource en amont des ouvrages. Plusieurs dispositifs de polices administratives se conjuguent désormais pour parer à cette éventualité. La police sanitaire a été mise à contribution de façon très précoce, pour mettre en place les périmètres de protection des captages. La loi sur l'hygiène publique du 15 février 1902 est, en effet, à l'origine du dispositif de délimitation des périmètres dans lesquels s'appliquent simultanément des servitudes d'utilité publique et des mesures de police visant notamment les modes de culture pratiqués, tels que l'emploi de produits phytosanitaires³⁶. En application de la loi sur l'eau du 3 janvier 1992, tous les captages en eau superficielle et dans les nappes phréatiques devaient bénéficier de cette protection au 1^{er} janvier 1997. Les retards accumulés³⁷ et autres difficultés pour préserver les quelques 34 000 captages en activité, ont néanmoins conduit à compléter les exigences relevant strictement du Code de la santé publique par la mise en œuvre d'autres polices administratives. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, seul le périmètre de protection immédiate – doté du régime le plus strict – doit systématiquement être mis en place ; les périmètres de protection rapprochée et de protection éloignée sont facultatifs³⁸. Cet

34. Code de l'environnement, article L.211-5.

35. CE 31 juillet 1996, Adam, *Revue juridique de l'environnement*, n° 3/1997, pp. 436-437.

36. C.S.P., article L.1321-2.

37. Au 1^{er} janvier 1997, la moitié à peine des captages bénéficiait de cette protection qui résulte d'une déclaration d'utilité publique édictée par arrêté préfectoral, à la demande de la collectivité responsable du service d'adduction.

38. L.2004-806, *Journal officiel*, 11 août 2004. Avant 2004, les deux premiers périmètres devaient impérativement être délimités. La commune sur le territoire de laquelle est délimité le périmètre de protection immédiate doit acquérir les terrains et les clore, de façon à éviter toute intrusion ; aucune activité n'y est admise. Ces contraintes sont également applicables à des collectivités qui ne bénéficient pas de l'eau captée, laquelle est ensuite distribuée à d'autres d'agglomérations, d'où la demande restée vaine des premières, en 2012, d'obtenir une compensation financière. Les restrictions administratives sont, en principe, moindres dans les deux autres périmètres et s'allègent

assouplissement n'a pas produit les résultats escomptés ; pire, nombre de captages ne répondant plus aux exigences de qualité ont dû être abandonnés, victimes pour leur majorité des pollutions diffuses³⁹. Une liste de 507 captages prioritaires car stratégiques pour l'approvisionnement des populations et les plus menacés par les nitrates et les produits phytosanitaires a donc été publiée en juillet 2011, en application de la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010. Des mesures spécifiques de police administrative fondées conjointement sur le Code de l'environnement et le Code rural et visant principalement l'usage agricole des terres, doivent être définies pour préserver les aires d'alimentation de ces captages dans un délai de trois ans⁴⁰. Les autorités de police administrative interviennent ainsi dans un cadre spatial élargi, logique qui avait d'ores et déjà été initiée, en 2005, dans les zones humides stratégiques pour la gestion de l'eau⁴¹.

La police spéciale des installations classées pour la protection de l'environnement, qui constitue la matrice de la plupart des polices environnementales, doit également, et de manière plus ancienne, contribuer à protéger les ressources en eau potable, tout particulièrement lorsqu'elle s'applique aux installations d'élevage intensif dont les effluents ont été identifiés comme l'une des causes principales de pollution diffuse⁴². Il s'agit en tout premier lieu, de veiller

a fortiori significativement dans le périmètre le plus éloigné du captage.

39. 56,6 % seulement des 33 810 captages français sont protégés fin 2009 au titre des articles L.1321-2 et s. Parmi ceux-ci, 73,9 % des captages d'eau souterraine, pour lesquels la procédure est la plus aisée à mettre en œuvre. Les captages en eau superficielle nécessitent souvent la délimitation de périmètres d'une superficie beaucoup plus conséquente, sans garantie réelle d'efficacité pour les pollutions diffuses (Statistiques du ministère de la Santé, *Eau et santé, bilan de la mise en place des périmètres de protection*, août 2009). Ainsi, sur la période 1998-2008, 4 811 captages ont été abandonnés. La mauvaise qualité de la ressource en est la cause principale (1 958 captages soit 41 %), en raison d'une teneur excessive en nitrates et/ou pesticides (Bilan du ministère de la Santé publique, février 2012).

40. Code de l'environnement, article L.211-3, II, 7° issu de L. n° 2010-788, 12 juillet 2010, article 107 ; *Journal officiel*, 13 juillet 2010, mettant en œuvre l'objectif posé par la loi n° 2009-967, dite Grenelle I du 3 août 2009, article 27, *Journal officiel*, 4 août 2009. Il s'agit, en priorité, de maintenir dans ces zones des prairies permanentes extensives ou des cultures lignieuses sans intrant. L'état d'avancement constaté en janvier 2013 laisse à penser que l'objectif de protection à trois ans n'a pu être tenu pour tous les captages puisqu'en décembre 2012, seules les études préalables étaient réalisées, certes pour 95 % d'entre eux, et 146 plans d'action étaient finalisés (circ. du 11 janvier 2013 relative à la protection des 500 captages les plus menacés par les pollutions diffuses, NOR : DEVL1241811 C, *Journal officiel*, 25 février 2013).

41. Code de l'environnement, articles L.211-3, II, 5° et L.212-5, 4°. Les zones stratégiques pour la gestion de l'eau constituent une catégorie spécifique des zones humides d'intérêt environnemental particulier. Leur régime juridique fixé par le décret n° 2007-882 du 14 mai 2007 a été codifié aux articles R.114-1 et s. du Code rural et de la pêche maritime.

42. Code de l'environnement, articles L.511-1 et s. Les élevages hors-sol constituent le plus gros contingent des ICPE soumises à autorisation, régime le plus strict de cette police spéciale.

à ne pas autoriser l'épandage des fumiers et lisiers à proximité des captages, des cours d'eau, ou encore des puits⁴³. Les approximations récurrentes de l'État, titulaire exclusif de ces prérogatives, pour les mettre en œuvre correctement et satisfaire aux impératifs posés par plusieurs directives européennes, notamment la directive du 16 juin 1975 relative à la qualité des eaux superficielles destinées à la production alimentaire et la directive « nitrate » du 12 décembre 1991 lui ont pourtant valu plusieurs condamnations par la Cour de justice de l'Union européenne⁴⁴. Les juridictions internes n'ont pas été en reste, tout particulièrement lorsqu'elles ont considéré que de multiples fautes avaient été à l'origine de la distribution d'eau non potable aux usagers⁴⁵.

Parmi les quelques 50 000 installations soumises à autorisation, 19 000 environ sont des élevages intensifs dont plus de 40 % sont exploités en Bretagne. L'élevage intensif a été répertorié dans la nomenclature des activités à risque après l'adoption de la loi du 19 juillet 1976 ; le décret impérial du 15 octobre 1810 et la loi du 19 décembre 1917 avaient un champ d'application circonscrit aux activités artisanales et industrielles.

43. Des arrêtés ministériels prescrivent des interdictions d'épandage : voir notamment l'arrêté du 29 décembre 2013 relatif aux prescriptions générales applicables aux installations relevant de l'autorisation au titre des rubriques n° 2101, 2102, 2111 et 3660, NOR : DEVP1329742A.

44. La directive du 16 juin 1975 a fixé des normes plafond de potabilité dont le taux maximal de 50 mg de nitrate par litre d'eau prélevée dans les captages, seuil devenu impératif en juin 1987 (Dir. n° 74/440/CE du 16 juin 1975, *Journal officiel des communautés européennes* (ci-après *JOCE*), n° L194, p. 26). La France a été condamnée en manquement par la Cour de justice des communautés européennes en 2001, pour non-conformité de 37 captages bretons : CJCE 8 mars 2001, n° C-266/99, Commission c/ République française. Après avoir menacé d'une sanction de 28 millions d'euros, assortie d'une astreinte journalière de 117 882 euros, au vu de la situation d'encre 11 captages, la commission européenne a finalement considéré, en juin 2010, que la France avait régularisé sa situation, au prix notamment de la fermeture des 3 captages les plus problématiques. La directive du 12 décembre 1991 impose, pour sa part, d'identifier les zones vulnérables aux nitrates et d'y définir un programme d'action ainsi que les zones d'excédent structurel dans lesquels la saturation des sols en nitrates ne permet plus l'épandage d'effluents (Dir. n° 91/676 : *JOCE*, n° L 375, 31 décembre 1991). Cette délimitation opérée *a minima* a également été sanctionnée en 2001 : CJCE 27 juin 2001, aff. C-258/00, Commission c/ République française.

45. TA Rennes, 2 mai 2001, Suez-Lyonnais des eaux c/ État, n° 97182 : *AJDA*, 2001, p. 513, concl. J.-F. Coënt et TA Rennes, 3 mai 2007, n° 0303808, Synd. Intercommunal d'Adduction d'Eau du Trégor : condamnations obtenues respectivement par un distributeur privé et un distributeur public d'eau potable, sur le fondement d'un raisonnement identique, eux-mêmes ayant été condamnés à l'instigation d'usagers privés d'eau potable pendant des durées significatives : 247 jours sur deux ans dans la première affaire. Les mêmes fautes ont conduit à une nouvelle condamnation de l'État, jugé responsable de la prolifération des marées vertes dans certaines baies peu profondes de Bretagne : TA Rennes, 25 octobre 2007, n° 0400630, 0400631, 0400636, 0400637 et 0400640, Assoc. Halte aux algues vertes, Sauvegarde du Trégor, Eaux et rivières de Bretagne, De la source à la mer, *AJDA*, 2008, p. 470, concl. D. Rémy confirmé par CAA Nantes, 1^{er} décembre 2009, n° 07NT03775, Min. d'État, ministre de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de la Mer c/ Assoc. Halte aux marées vertes et a., *AJDA*, 2009, p. 2260, concl. M. Degommier. Voir V. INSERGUET-BRISSET, « La gestion des algues vertes et ses développements ou l'enlisement de l'État dans ses contradictions », *Revue juridique de l'environnement*, n° 2/2011, p. 288.

Le Code rural constitue pour sa part, la base légale de la police spéciale des produits phytosanitaires⁴⁶ dont la quantité excessive dans les eaux captées met aussi en péril la potabilité⁴⁷.

L'omniprésence de l'outil de police aboutit paradoxalement à un enchevêtrement qui peut s'avérer contreproductif pour l'efficacité des dispositifs de protection. Le Conseil d'État a ainsi répertorié, en 2010, quelques vingt-cinq polices distinctes dont l'objet intéresse directement ou indirectement la ressource en eau et en conséquence, recommandé une remise en ordre de cet arsenal technique⁴⁸. Néanmoins, il n'hésite pas, dans ses fonctions contentieuses, à ajouter encore aux subtilités en validant des mesures de protection des captages qui n'ont pourtant pas été édictées par les autorités investies dans ce domaine⁴⁹. La solution retenue en 2009 par l'arrêt « commune de Rachecourt », au profit de l'autorité de police générale, est particulièrement significative de ce réalisme. Dans une situation de pollution record d'un captage communal au nitrate et alors même que les conséquences immédiates pour la santé ne sont pas avérées, le juge admet la légalité de l'arrêté municipal interdisant la mise en culture de plusieurs parcelles incluses dans le périmètre de protection rapprochée, restriction que le préfet, autorité de référence en la matière avait omise⁵⁰. Il fait ainsi une application beaucoup plus souple que d'ordinaire de sa propre jurisprudence en matière de concours entre police spéciale environnementale et police générale ; depuis 1965, en effet, l'intervention de l'autorité de police générale n'est légale que si elle vise à éviter un péril grave et imminent⁵¹.

46. Code rural, articles L.253-1 et s.

47. Selon l'enquête d'une association de défense des consommateurs, la pollution des eaux est principalement d'origine agricole et la première cause de non potabilité est due à la présence excessive des pesticides : UFC Que choisir, 26 février 2014.

48. Conseil d'État, « L'eau et son droit », *Rapport public 2010*, Paris, La Documentation française, pp. 129 et s. et pp. 215 et s.

49. Dès 1999, le Conseil d'État avait admis qu'une commune puisse assurer une protection minimale des terrains les plus proches d'un captage en les classant en zone inconstructible de son plan d'occupation des sols : CE 29 novembre 1999, M. Braunschweig, *BJDU*, n° 6/1999, p. 420, concl. S. Boissard.

50. CE 2 décembre 2009, n° 309684, commune de Rachecourt sur Marne, *Recueil des décisions du Conseil d'État*, p. 481. Quelques mois après la mise en culture des parcelles par un GAEC, les taux de nitrate du captage ont augmenté très significativement pour atteindre 59 mg/litre d'eau, situation qui a justifié l'intervention du maire.

51. CE 22 janvier 1965, consorts Alix, *Recueil des décisions du Conseil d'État*, p. 44 : le maire, autorité de police générale, ne peut pas s'immiscer dans l'exercice des pouvoirs de police des installations classées, sauf cas d'un péril grave et imminent. Les règles du concours sont donc beaucoup plus strictes que celles habituellement mises en œuvre au titre des règles de droit administratif général par les arrêts « Nérès les Bains » et « Films Lutetia » (CE 18 avril 1902, *Recueil des décisions du Conseil d'État*, p. 275, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* n° 10 et CE 18 décembre 1959, *Recueil des décisions du Conseil d'État*, p. 693, *Grands arrêts de*

Le fait de compenser les insuffisances opérationnelles de plusieurs procédés de police administrative par d'autres dispositifs d'une nature juridique identique témoigne du caractère incontournable de la notion même de police pour veiller à ce que l'eau nécessaire à tout individu soit disponible et qu'elle ne nuise pas à sa santé. Cet assemblage très sophistiqué touche toutefois à ses limites lorsqu'il s'agit de garantir un accès individualisé à l'eau et cela dans des conditions financières adéquates.

II. LES LIMITES DE LA POLICE ADMINISTRATIVE POUR GARANTIR UN ACCÈS À L'EAU À UN COÛT ACCEPTABLE

Deux dimensions du droit à l'eau échappent de manière structurelle à l'emprise de la police administrative. L'outil de police n'est pas, en effet, susceptible de garantir à tous ceux qui le souhaitent une desserte pérenne en eau potable. Le fait de disposer en permanence de l'eau dès que l'on actionne le robinet est pourtant l'une des concrétisations les plus évidentes – sinon la seule – du droit à l'eau. Mais cette facilité ne dépend qu'exceptionnellement de l'exercice des pouvoirs de police administrative. Ce constat se vérifie a fortiori s'agissant du coût de la prestation ainsi fournie. Il ne ressort pas de l'objet de police de garantir l'acceptabilité sociale et économique du financement de l'eau potable, pas plus que de prendre en considération la situation des ménages les plus fragiles.

A. Les difficultés structurelles de la police administrative pour garantir la desserte individuelle en eau potable

La fourniture d'eau potable passe le plus fréquemment par le raccordement des locaux à usage d'habitation au réseau de distribution. Il s'agit, en général, de construction, sans pour autant exclure d'autres formes d'habitat, notamment les caravanes, les yourtes... Droit à l'eau et droit au logement sont donc interdépendants, tout en restant régis par des règles distinctes. Le droit d'être raccordé au réseau de distribution d'eau potable n'est pas fondé, à titre principal, sur un dispositif de police : il est, en réalité, la conséquence des choix d'organisation et de fonctionnement du service public de distribution. Dès lors, les dispositifs de police

la jurisprudence administrative n° 84). Au demeurant, depuis 2011, le Conseil d'État exclut toute intervention du maire en tant qu'autorité de police générale en matière d'implantation des antennes relais et, en 2012, de réglementation de la culture des OGM : respectivement : CE ass., 26 octobre 2011, n° 326492, n° 329904, n° 341767, Saint Denis, Les Pennes-Mirabeau, Sté française de radiotéléphone et CE 24 septembre 2012, n° 342990, commune de Valence.

administrative ne sont mobilisés qu'à titre complémentaire, notamment pour maintenir un accès à l'eau potable.

1. L'inexistence d'un droit au raccordement au réseau de distribution

La distribution d'eau potable est un service public obligatoire, alors que la production, le transport et le stockage de l'eau sont des compétences facultatives des collectivités⁵². Elle doit être assumée par les communes, qui restent cependant libres d'en définir les modalités de gestion⁵³.

Il n'est cependant pas possible de déduire du caractère obligatoire du service l'existence d'une obligation générale de desserte dont pourraient se prévaloir l'ensemble des administrés sur la totalité du territoire communal et a fortiori intercommunal. L'obligation de desserte est, en effet, circonscrite aux zones répertoriées par le schéma de distribution d'eau potable que les collectivités responsables du service sont tenues d'élaborer⁵⁴. En conséquence, elles ne sont redevables du raccordement au réseau qu'à l'intérieur des zones identifiées par le document et ne peuvent alors opposer un refus qu'en cas de méconnaissance avérée des règles d'urbanisme. Ainsi, l'autorité administrative investie des compétences de police de l'urbanisme est habilitée par l'article L.111-12 du Code de l'urbanisme à refuser le raccordement d'une construction ou d'une installation qui n'a pas été autorisée⁵⁵ et ce, quelle que

52. C.G.C.T., article L.2224-7-1, al. 1^{er}. La nature industrielle et commerciale du service est, au demeurant, affirmée par l'article L.2224-5.

53. La jurisprudence administrative considère classiquement que le choix du mode de gestion, en régie ou au contraire en délégation, et dans cette dernière hypothèse, le fait de privilégier la concession, l'affermage ou la régie intéressée sont des questions d'opportunité qui échappent au contrôle : CE 18 mars 1988, Loupias, *Recueil des décisions du Conseil d'État*, p. 975. Cette position a été entérinée par le Code général des collectivités territoriales, aux articles L.1411-1 et L.2224-11-3, sur le fondement du principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales, par ailleurs consacré à l'article 72 de la Constitution. De façon paradoxale, c'est au nom de ce même principe que le Conseil constitutionnel a pourtant abrogé, en 2011, l'article L.2224-1-5 qui interdisait la modulation des subventions publiques en fonction du mode de gestion retenu pour le service : Conseil constitutionnel, décembre n° 2011-146 QPC, 8 juillet 2011, Département des Landes, *Journal officiel*, 9 juillet 2011. Il valide ainsi la bonification des aides versées par le département lorsque le service est assuré en régie directe, pratique que le Conseil d'État avait jugée illégale car constitutive d'une atteinte... à la libre administration (CE ass. 12 décembre 2003, Dpt. Landes, n° 236442, concl. F. Seners, *RFDA*, 2004, p. 518).

54. C.G.C.T., article L.2224-7-1, al. 2.

55. Code de l'urbanisme, ancien article L.111-6, renuméroté par l'ordonnance n° 2015-1174 du 23 septembre 2015, *Journal officiel*, 24 septembre 2015, p. 16803. La réécriture de cette disposition par l'ordonnance du 8 décembre 2005, permet son application aux caravanes stationnées irrégulièrement et à celles ayant perdu leurs éléments de mobilité, qui ont été transformées en

soit la date d'édification de la construction⁵⁶. Seule l'application de la Convention européenne des Droits de l'homme et plus particulièrement du droit au respect de la vie privée et familiale, visé par son article 8, semble en mesure de nuancer la rigueur de la solution retenue envers les bénéficiaires de constructions ou installations illégales, en imposant de vérifier la proportionnalité de la mesure de police, qualifiée d'ingérence de l'autorité publique⁵⁷ et en empêchant celle-ci de faire obstacle à un raccordement provisoire⁵⁸, à condition toutefois que la démolition n'ait pas été ordonnée judiciairement⁵⁹. Le dépôt d'une demande d'autorisation d'occupation des sols dans une zone déjà équipée d'un réseau d'eau potable ou qui va l'être ne constitue pas non plus l'assurance d'accéder à la ressource. En effet, l'existence du réseau n'est pas à elle seule le gage de la constructibilité du terrain, qualité qui dépend classiquement de plusieurs caractéristiques juridiques et techniques⁶⁰. A fortiori, l'autorité administrative compétente doit, sur le fondement de l'article L.111-11 du Code de l'urbanisme, refuser l'autorisation lorsque le projet, même envisagé en zone urbaine, nécessite la réalisation des travaux sur le réseau public de distribution d'eau et qu'il n'est pas possible d'indiquer par qui et dans quel délai, ces travaux doivent être exécutés⁶¹. Cette compétence liée ne cède que dans la circonstance où la desserte peut être satisfaite par un simple branchement, sans nécessité d'étendre ou de renforcer le réseau⁶². Quant aux indications fournies par la collectivité sur l'exten-

maisons légères d'habitation, comme le préconisait déjà le Conseil d'État dès 2004 : CE avis, 7 juillet 2004, M. et Mme Herlemann, *BIDU*, 2004, p. 278, concl. F. Seners, obs. J.-C. Bonichot. En revanche, l'article L.111-6 n'est pas applicable aux projets qui ne nécessitent pas d'autorisation au sens du Code de l'urbanisme : CE 27 juin 1994, Charpentier, *Recueil des décisions du Conseil d'État*, p. 334.

56. CE 23 juillet 1993, Epx Schafer, n° 125331 : s'agissant d'une mesure de police destinée à assurer le respect des règles d'utilisation des sols, le refus de raccordement peut être prononcé à toute époque, y compris lorsqu'aucune poursuite n'a été exercée dans les trois ans qui suivent l'achèvement des travaux et que la prescription pénale du délit est pourtant acquise : CE 7 octobre 1998, Hermitte, n° 140759, *Recueil des décisions du Conseil d'État*, Tables, p. 1064.

57. CE 15 décembre 2010, Mme A c/ commune de Gouvernes, n° 323250. Le refus réitéré de raccordement en eau et électricité opposé à des gens du voyage, propriétaires d'un terrain inconstructible, a été considéré comme fondé et non disproportionné malgré l'état de santé de l'un des époux, les autorités françaises ayant proposé d'autres hébergements : CEDH 22 mai 2007, GL Stenegry et S. Adam c/ France, n° 40987/05.

58. Le raccordement provisoire n'est d'ailleurs pas visé par l'article L.111-12 : CE 12 décembre 2003, Cancy, *AJDA*, 2004, p. 725, obs. P. Sablière.

59. Réponse ministérielle Sénat, n° 11449, *Journal officiel*, 3 mars 2011, p. 536.

60. Code de l'expropriation, article L. 322-3, ancien L.13-15 II.

61. L'article L.111-11 (ancien L.111-4) vise également la desserte en assainissement et en électricité. Il oblige, dans les mêmes conditions, l'autorité compétente à s'opposer à la réalisation d'un projet relevant du régime simplifié de la déclaration préalable. Sur son application aux terrains inclus en zone urbaine : Rép. Min. *Journal officiel de l'Assemblée Nationale*, Questions, 18 octobre 1999, p. 6084.

62. CE 22 juin 1992, Mme Hervieu et a., n° 86204. La jurisprudence a d'ailleurs retenu une

sion du réseau lors de la délivrance d'une autorisation d'urbanisme ou d'un certificat d'urbanisme, elles ne constituent pas un engagement de nature à mettre en œuvre sa responsabilité si les travaux ne sont pas réalisés au bout du compte⁶³.

L'obligation de desserte en eau potable pesant sur la collectivité est donc largement tributaire des choix d'aménagement de cette dernière. Seul le constructeur ou l'aménageur disposant d'un forage individuel est en mesure d'obtenir un permis sans avoir à se plier aux contraintes du raccordement ; mais en contrepartie, il doit assumer seul le risque de productivité inadéquate du gisement sans pouvoir en demander compte à l'autorité de police de l'urbanisme qui n'a pas à en vérifier la suffisance⁶⁴.

2. Les potentialités inégales de la police administrative pour maintenir l'accès à l'eau

Dans l'hypothèse où l'accès à l'eau potable est établi, les autorités de police administrative ne disposent pas de toutes les compétences pour garantir son maintien. Elles sont, en principe, tenues d'agir contre les propriétaires d'immeubles indéliçats qui priveraient délibérément d'eau potable leurs locataires ou ne remédieraient pas aux insuffisances techniques des biens loués. Ainsi, le préfet ou le maire doivent intervenir pour faire rétablir l'eau courante, coupée par le bailleur en conflit avec des locataires⁶⁵ ; ils peuvent, à cette fin, user des prérogatives de la police sanitaire ou de la police administrative générale. L'absence d'arrivée d'eau potable ou le dysfonctionnement des branchements est, en outre, une cause d'indécence⁶⁶ du logement mais aussi et surtout d'insalubrité⁶⁷. L'indécence avérée ne constitue pas la justification d'une mesure

conception assez libérale de la distinction entre raccordement et branchement puisqu'a été qualifiée de branchement une connexion de 90 m de long entre un terrain et le réseau dès lors que les travaux étaient exécutés dans le seul intérêt du pétitionnaire du permis de construire : CE 28 février 1986, Min. de l'urbanisme, du logement et des transports c/ M. Louarn, n° 51773.

63. CAA Nancy, 15 juin 1995, Bogny-sur-Meuse, n° 93NC00124.

64. CE 30 octobre 1996, Creignou, n° 126150, *BJDU*, 6/96, p. 456.

65. CE 28 avril 1961, Cne de Cormeilles-en-Parisis, *Recueil des décisions du Conseil d'État*, p. 264 ; voir également pour une situation dans laquelle c'est cette fois le locataire qui prive le sous-locataire d'un accès à l'eau ce qui valide l'injonction émise par l'autorité de police : CE 20 décembre 1963, Dame et Delle Morvan Clavernes, *Recueil des décisions du Conseil d'État*, p. 653.

66. Les caractéristiques du logement décent ont été précisées par un décret du 30 janvier 2002. La desserte en eau potable avec une pression suffisante constitue l'un des éléments de confort visés par l'article 3 du texte (D. n° 2002-120, *Journal officiel*, 31 janvier 2002).

67. L'insalubrité de l'habitat se définit comme l'ensemble des éléments susceptibles de mettre en danger la sécurité et la santé des occupants, que le danger provienne de l'immeuble lui-même

de police, ses conséquences restant circonscrites aux relations entre bailleur et locataire⁶⁸. En revanche, lorsqu'un immeuble est visé par un arrêté préfectoral d'insalubrité, en application de la police administrative du même nom, le propriétaire reçoit injonction de remédier à la situation. Il est contraint de financer le relogement des occupants de l'immeuble dans des conditions correctes si une interdiction temporaire ou définitive d'habiter a été prescrite⁶⁹. En cas de défaillance, le préfet doit pourvoir au logement.

Toutefois, les autorités de police ne peuvent s'opposer aux mesures de coupure d'eau infligées par les distributeurs aux abonnés ayant accumulé trop d'impayés. La plupart des arrêtés dits « anti-coupures » qu'avaient édictés les maires pour protéger des concitoyens nécessiteux ont, en effet, été censurés par les juridictions administratives⁷⁰. Plusieurs motifs ont été mobilisés pour censurer ces mesures de police administrative générale : atteinte excessive à la liberté d'entreprendre, immixtion injustifiée dans les relations contractuelles qui lient le distributeur à l'abonné⁷¹. De manière plus radicale, l'absence d'atteinte à l'ordre public a également été mise en avant par certaines décisions puisqu'au moment où l'arrêté interdisait les coupures, les risques pour la sécurité et la salubrité n'étaient pas caractérisés⁷². Afin de prévenir le risque de coupure lié à l'accumulation d'impayés, la loi « Brottes » du 15 avril 2013⁷³ a adopté une mesure de sauvegarde efficace. Elle interdit que soient infligées aux individus et aux familles des coupures d'eau visant leur résidence principale⁷⁴. Cette interdiction a été confortée en

ou des conditions dans lesquelles il est occupé ou exploité : C.S.P., article L.1331-26, al. 1^{er}. Le logement insalubre n'est donc pas décent mais à l'inverse, un logement salubre n'est pas nécessairement décent.

68. L'indécence n'autorise pas le locataire à ne pas payer les loyers. Seul le juge judiciaire, en l'occurrence le tribunal d'instance, peut autoriser une réduction de loyer si les travaux qu'il a prescrits n'ont pas été effectués dans le délai déterminé. Seul l'arrêté d'insalubrité entraîne automatiquement et sans intervention du juge, la suspension du paiement des loyers.

69. C.S.P., articles L.1331-24 et s. sur l'obligation de relogement voir : C.C.H., articles L.521-1 à 4.

70. Pour une analyse de l'ensemble de ces jurisprudences voir : S. BRACONNIER, « Les arrêtés municipaux anti-coupures d'eau : une réponse juridique inadaptée à un problème social réel », *AIDA*, 2005, p. 644.

71. Parmi les rares jugements qui valident ces arrêtés, celui du tribunal de Melun rendu en 2007 considère que les clauses contractuelles du contrat de concession sont inopérantes à l'encontre des mesures édictées par les autorités de police : TA Melun, 16 mai 2007, n° 0700008/6.

72. CAA Paris, 12 février 2008, n° 07PA02710 : même limité au bénéfice des personnes en difficultés, l'arrêté interdisant les coupures présente un caractère trop général et absolu.

73. L. n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, *Journal officiel*, 16 avril 2013.

74. Code de l'action sociale et des familles, article L.115-3 modifié par L.2013-512, article 19.

2015 : le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, a notamment considéré que l'accès permanent à l'eau potable constituait l'un des éléments essentiels du droit au logement décent⁷⁵, identifié comme un objectif constitutionnel en 1995⁷⁶.

L'intervention du législateur est ici significative des incertitudes quant à la place et au rôle de la police administrative. Elle démontre que l'accès à l'eau ne peut pas se fonder exclusivement sur la mise en œuvre de prérogatives de police. Le constat vaut également pour le coût auquel la ressource doit être fournie.

B. L'impuissance de la police pour maintenir un coût économique et social acceptable par tous

La consécration d'un droit à l'eau potable n'a jamais occulté la question beaucoup plus prosaïque du financement de l'accès à la ressource. La loi du 21 avril 2004⁷⁷, intervenue pour transposer la directive cadre sur l'eau, avait d'ores et déjà posé le principe de l'utilisateur-payeur, selon lequel chaque usager doit assumer les coûts liés à l'utilisation de la ressource, y compris les coûts environnementaux, en tenant compte des conséquences sociales, environnementales et économiques ainsi que des conditions géographiques et climatiques. Il s'agit, en effet, très concrètement, de parvenir à fournir à chacun une prestation de qualité sur des bases financières supportables et acceptables par tous, ce que la loi du 30 décembre 2006 qui s'est refusé à proclamer la gratuité de la ressource a embrassé dans la formule plus générale du « coût économique et social acceptable ». Or cet équilibre subtil a largement échappé à la police administrative. Ses mécanismes et défaillances ont, en effet, conduit à faire supporter l'essentiel des coûts de l'eau et, a fortiori, de l'eau potable sur les ménages, sans égard pour les plus faibles d'entre eux. Le législateur a donc été

75. Conseil Constitutionnel, déc. n° 2015-470, qpc 29 mai 2015, *Journal officiel*, 31 mai 2015, sur renvoi de Cour de cassation 25 mars 2015, n° 14-40.056. Le Conseil constitutionnel avait été saisi à l'instigation de la SAUR, après que celle-ci a été condamnée pour coupure illégale d'eau infligée à des abonnés confrontés à des difficultés de paiement. D'autres distributeurs ont parallèlement été condamnés en 2014, après avoir pris des décisions similaires à l'encontre de clients de bonne foi. Voir par exemple Tribunal d'instance de Soissons, 25 septembre 2014, n° 12-14.000224.

76. Conseil constitutionnel, déc. n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, p. 176.

77. L.2004-338 portant transposition de la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, article 1^{er}, *Journal officiel*, 22 avril 2004.

contraint d'intervenir pour autoriser l'expérimentation d'une tarification sociale de l'eau.

1. Un report excessif du coût de l'eau sur le budget des ménages

La sévérité accrue des réglementations issues à titre principal des mesures de polices administratives ont conduit, depuis 1990, à multiplier par trois le prix du m³ d'eau potable. Les distributeurs doivent, en effet, consentir des efforts d'investissement pour livrer une eau répondant aux critères de potabilité. Ils les répercuteront évidemment sur les factures adressées aux usagers. Cette logique est accentuée par l'application décevante des dispositifs de polices. Le manque de fermeté, notamment face aux pollutions agricoles, conduit régulièrement à engager des dépenses supplémentaires pour remédier à la dégradation de la ressource. Il se solde aussi par l'abandon de captages trop pollués. Ainsi, les engagements pris au titre de la loi « Grenelle I » du 3 août 2009 de garantir la qualité des 500 captages stratégiques n'ont pas été tenus (v. 1). Il est alors indispensable de prospecter pour trouver de nouveaux gisements répondant aux exigences européennes.

Les allègements très significatifs introduits dans la législation des installations classées au profit des élevages hors-sol⁷⁸ sont révélateurs des ambiguïtés françaises. Il n'est donc pas étonnant que le surcoût, lié à la pollution par les pesticides et les nitrates, mis à la charge des usagers soit de l'ordre de 640 à 1 140 millions d'euros par an qui s'ajoutent aux 6,8 milliards d'euros de dépenses de fonctionnement des services publics d'eau⁷⁹.

Soucieux de ne pas accabler de contraintes trop lourdes des éleveurs connaissant depuis plusieurs années des difficultés économiques, l'État a en outre régulièrement recours à des dispositifs parallèles aux mesures

78. Les élevages de vaches laitières comprenant entre 151 et 200 têtes relèvent, depuis juillet 2011, du régime de l'enregistrement (rubrique 2101-2 de la nomenclature modifiée par D. n° 2011-842, 15 juillet 2011 : *Journal officiel*, 17 juillet 2011). Depuis le 1^{er} janvier 2014, il en est de même pour les élevages de porcs comprenant entre 450 animaux équivalents et 2 000 emplacements (rubrique 2102 modifiée par D. n° 2013-1301, 27 décembre 2013 : *Journal officiel*, 31 décembre 2013). La soumission à enregistrement, plutôt qu'à autorisation – régime dont relevaient jusqu'à ces élevages – a pour conséquence automatique de ne plus exiger d'étude d'impact ni enquête publique préalables. Ces allègements sont régulièrement dénoncés par les associations de protection de l'environnement.

79. Commissariat général au développement durable, « Le financement de la gestion des ressources en eau en France, janvier 2012, repris par Conseil économique, social et environnemental », *La gestion et l'usage de l'eau en agriculture*, avril 2013, p. 11.

de police et particulièrement coûteux, cette fois, pour le contribuable. Le programme de maîtrise des pollutions d'origine agricole initié en 1993, pour aider financièrement les éleveurs à se mettre aux normes, sur la base de contrats⁸⁰, s'est ainsi révélé particulièrement dispendieux, sans pour autant faire la preuve de son efficacité. À la suite de l'Inspection des finances⁸¹, la Cour des comptes a dénoncé à son tour, en 2002, une dérive financière, tout en constatant des résultats décevants en termes de maîtrise de la pollution de l'eau par les nitrates, tout particulièrement en Bretagne⁸². Une seconde génération de contrats PMPOA a, toutefois, été proposée à la souscription jusqu'en 2007, pour une enveloppe globale de 560 millions d'euros et suscité de nouveau les reproches des juges de la rue Cambon, au vu de leur emploi trop curatif au détriment des actions préventives⁸³. Ces stratégies mises en œuvre, tant bien que mal, par les pouvoirs publics, témoignent sans doute des limites des procédés de police administrative dans leur dimension strictement unilatérale. Mais l'assistance financière ainsi fournie est mise essentiellement à la charge finale des ménages qui doivent assumer à plus de 80 % la charge globale de dépollution, alors même qu'ils ne sont pas les principaux responsables de la dégradation de la ressource en eau⁸⁴. Pour les plus fragiles d'entre eux, la part du budget consacrée à l'eau potable atteint désormais 3 %⁸⁵. Autant de déséquilibre dans l'application des principes de pré-

80. L'introduction de dispositifs contractuels en complément, voire en contradiction, avec un dispositif de police administrative est toujours problématique puisqu'en vertu d'une jurisprudence très classique (CE 17 juin 1932, Cne de Castelnaudary, *Recueil des décisions du Conseil d'État*, p. 595), réitérée à propos de la police des installations classées, il est interdit à l'autorité de police d'utiliser une technique contractuelle : CE 8 mars 1985, Assoc. les Amis de la Terre, *Recueil des décisions du Conseil d'État*, p. 73 ; J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat », *AJDA*, 1965, p. 3. La genèse du PMPOA est à cet égard particulièrement calamiteuse puisque la souscription des contrats entre l'État et les éleveurs a été initiée sur la base d'une circulaire illégale (CE 30 septembre 1998, Confédération paysanne, n° 186978), avant une remise en ordre par décret en 2002 ; mais sans que la loi du 19 juillet 1976 ne soit réformée pour viser ces contrats ce qui entretient le doute quant à la légalité des engagements souscrits.

81. Rapport d'évaluation sur la gestion et le bilan du PMPOA, juillet 1999, pp. 9 et s. 15 milliards de francs ont été engagés en lieu et place des 7 estimés nécessaires. 3 milliards ont été consommés en Bretagne.

82. Cour des comptes, *Rapport public particulier sur la préservation de la ressource en eau face aux pollutions d'origine agricole : le cas de la Bretagne*, février 2002, p. 119.

83. Cour des comptes, « Les instruments de la gestion durable de l'eau », *Rapport annuel*, février 2010, pp. 617 et s.

84. Centre d'analyse stratégique, « Pour une gestion durable de l'eau en France : Comment améliorer la soutenabilité de la tarification de l'eau pour les ménages ? », *Note d'analyse*, avril 2013, n° 327.

85. Entre 1 et 2 millions de foyers environ sont dans cette situation et 500 000 bénéficient de délais de paiement de leurs factures d'eau, selon des études convergentes : voir CGEDD, *Rapport de mission sur la mise en œuvre de l'article 1er de la loi sur l'eau et milieux aquatiques*, juillet 2011. En moyenne, la part du budget des ménages consacrée à l'eau est de 1 %.

vention et du pollueur-payeur font douter de l'acceptabilité sociale d'un système que le Conseil général de l'environnement et du développement durable a qualifié, en septembre 2013, « d'à bout de souffle »⁸⁶. Dans l'attente d'une remise à plat, le législateur a choisi de venir en aide aux usagers pour qui le coût de l'eau pourrait devenir un obstacle à l'accès à la ressource.

2. Vers une tarification sociale de l'eau potable

L'instauration d'un tarif progressif de l'eau avait d'ores et déjà été admise, en conséquence de la loi sur l'eau et les milieux aquatiques du 30 décembre 2006⁸⁷, de manière à fournir la ressource à un prix plus faible pour les besoins essentiels, mais aussi à majorer le prix des consommations considérées comme secondaires. Les collectivités, responsables du service public de distribution pouvaient ainsi mettre en place une incitation financière à un usage économe de la ressource, mais ne contribuant qu'indirectement à préserver les foyers les moins aisés⁸⁸. La loi « Brottes » du 15 avril 2013 va plus loin à deux égards. Le texte habilite, tout d'abord, à établir une discrimination en fonction de catégories d'usagers, les ménages et occupants d'immeubles à usage d'habitation constituant l'une de ces catégories⁸⁹. Il autorise, au surplus, l'expérimentation d'un tarif social de l'eau potable et de l'assainissement sur le fondement du mécanisme ouvert par l'article 72, alinéa 4 de la Constitution du 4 octobre 1958⁹⁰. Les collectivités vont donc pouvoir moduler le tarif en « tenant compte de la composition ou des revenus du foyer »⁹¹, au nom de l'accès à l'eau dans des conditions économiques acceptables. Dans un arrêt sans grande prospérité, le Conseil d'État avait, pour sa part, admis la détermination d'une tarification fondée sur le seul critère du nombre de personnes composant le foyer ayant souscrit l'abonnement⁹².

86. CGEDD, *Evaluation de la politique de l'eau. Quelles orientations pour faire évoluer la politique de l'eau ?*, septembre 2013.

87. C.G.C.T., article L.2224-12-4, III.

88. Plusieurs auteurs ont toutefois soutenu que la discrimination entre usagers domestiques fondée sur des critères sociaux pouvait apparaître comme une conséquence directe du droit d'accès à l'eau consacré par la loi du 30 décembre 2006 qui vise d'ailleurs expressément les usages vitaux, hygiène et alimentation : J. MOREAU et Ph. BILLET, « Prix de l'eau : discrimination en fonction des catégories d'usagers et tarification sociale », *RNCCR*, 2007.

89. C.G.C.T., article L.2224-12-1 créé par L.2003-312 préc., article 27.

90. Le droit à l'expérimentation ouvert aux collectivités par la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 a été précisé par une loi organique du 1^{er} août 2003, codifiée aux articles L0 1113-13 à 7. du C.G.C.T.

91. L. n° 2013-312 préc., article 28.

92. CE 12 juillet 1995, Cne de Bougnon, n° 157191.

Les usagers les plus démunis pourront donc bénéficier d'une première tranche de consommation gratuite, et au-delà d'une tarification progressive adaptée à leur situation financière et/ou familiale, de manière comparable aux principes déjà mis en place pour les cantines scolaires. Toutefois, cette modulation reste une faculté puisque l'expérimentation autorise également le versement d'une aide financière aux usagers défavorisés pour acquitter les factures d'eau⁹³ et prévenir une situation d'impayés.

Une cinquantaine de collectivités et de leurs groupements ont été autorisées à expérimenter pendant cinq ans ces mécanismes⁹⁴. Au terme de cette période, il appartiendra au législateur de décider s'il est pertinent ou non de généraliser le dispositif pour l'étendre à l'ensemble des communes et/ou intercommunalités. Néanmoins, il ne paraît pas envisageable de contraindre toutes les collectivités à le mettre en œuvre sous peine de porter atteinte au principe constitutionnel de libre administration dont la distribution d'eau potable est aussi l'une des concrétisations⁹⁵.

*

Si la police administrative ne peut à elle seule garantir l'accès à l'eau en tant que droit individuel fondamental, sa contribution reste déterminante pour qu'à titre général, les ressources nécessaires à sa concrétisation restent disponibles en termes de quantité et de qualité. Il est donc impératif de remédier à une sophistication excessive et, a fortiori, aux dysfonctionnements régulièrement constatés dans la mise en œuvre des prérogatives de police. Les solutions sont, à ce titre, plus aisées à mettre en œuvre qu'une remise à plat globale du droit de l'eau que beaucoup appellent de leurs vœux, depuis déjà plusieurs années. Retarder le travail technique indispensable dans la perspective d'une hypothétique

93. Cette possibilité est ouverte aux services de facturation de l'eau qui sont autorisés à verser des subventions aux caisses communales d'aide sociale ou au fonds de solidarité de logement, lesquels étaient déjà habilités à prêter assistance aux personnes en difficulté. Le plafond du volume total des aides est porté à 2 % des montants hors taxes des redevances d'eau ou d'assainissement perçues. L'expérimentation permet, au demeurant, aux collectivités de subventionner par leur budget général le service de l'eau qui fournira l'aide financière sans toutefois les autoriser à créer de nouvelle taxe ou contribution.

94. D. n° 2015-416 du 14 avril 2015 fixant la liste des collectivités territoriales et de leurs groupements retenus pour participer à l'expérimentation en vue de favoriser l'accès à l'eau et de mettre en œuvre une tarification sociale de l'eau, *Journal officiel* du 16 avril 2015, p. 6745, modifié par D. n° 2015-962 du 31 juillet 2015, *Journal officiel* du 5 août 2015, p. 13401.

95. H. SMETS, « Le rôle des municipalités et des collectivités territoriales dans la mise en œuvre du droit à l'eau », *Droit de l'environnement, Revue mensuelle d'activité juridique*, n° 146, pp. 52-61 ; « De nouveaux progrès dans la mise en œuvre du droit à l'eau potable », *Académie de l'eau*, avril 2013.

réforme de grande ampleur est un pari risqué car la dégradation continue de la ressource met en péril l'acceptabilité sociale et économique de l'ensemble du dispositif. L'on peut donc craindre, dans ce contexte, que les démarches actuelles qui tendent au niveau national et européen⁹⁶ à la reconnaissance d'un droit à l'eau opposable ne se soldent par de simples proclamations supplémentaires.

96. Proposition de loi Glavany 18 septembre 2013 relative à la reconnaissance d'un droit à l'eau opposable, doc. AN n° 1375 ; Initiative européenne Right2water pour la reconnaissance d'un droit à l'eau et d'un droit à l'assainissement.

CHAPITRE 9

L'impact du droit européen sur les polices de l'eau : entre atouts et faiblesses

Bernard DROBENKO

*Professeur émérite de l'Université du Littoral Côte d'Opale
Consultant TVES (EA 4477, COMUE Lille-Nord de France)
Campus International de la Mer et de l'Environnement Littoral*

Au sens du droit administratif, le terme de police désigne « une fonction ou une activité : l'activité de service public qui tend à assurer le maintien de l'ordre public dans les différents secteurs de la vie sociale »¹. Elle s'exerce selon un ensemble de procédés, « la réglementation, les décisions particulières (autorisations, interdictions, etc.) », la coercition pour faire cesser un trouble ou le prévenir². L'ordre public repose sur une trilogie : la sécurité publique, la tranquillité publique et la salubrité publique³. L'objectif est bien de prévenir les risques d'accidents, de dommages aux personnes et aux biens, les risques de maladies, d'inondations, de pollutions, une trilogie non exhaustive, qui intègre désormais l'environnement architectural ou naturel⁴. Les développements du droit de l'environnement avec sa conventionalité au niveau européen en 1986, puis sa constitutionnalisation, y compris du droit à l'environnement en 2005, confortent et enrichissent les fondements de cet ordre public qui associe nécessairement la santé et la salubrité⁵. Comme le souligne le Professeur M. Prieur, « on peut considérer que depuis la mise en œuvre d'une politique de l'environnement et la reconnaissance de l'intérêt général de cette politique, on assiste à l'émergence

1. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 1999, 13^e éd., p. 665.

2. Selon J. RIVERO, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, p. 292.

3. Selon la loi du 22 septembre 1789 - 8 janvier 1790, article 2 sect. 3, reprise par la loi communale du 4 avril 1884.

4. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 673, voir CE 14 mars 1941, Compagnie des chalets de nécessité, p. 674 ; CE sect. 18 février 1972, Chambre syndicale des entreprises artisanales du bâtiment de la Haute-Garonne, *AJ*, 1972, p. 215.

5. Article 191 du Traité de Lisbonne, Charte de l'environnement, article L.110 du Code de l'environnement, Code de la santé, notamment articles L. 1331-1 et s.

d'un ordre public nouveau ayant pour fin la protection de l'environnement »⁶. À ce titre, plusieurs dispositions législatives caractérisent le fondement d'intérêt général des interventions de police⁷. Le droit de l'eau constitue l'un des volets de ce droit.

En raison du caractère transversal de l'eau, plusieurs disciplines administratives comportent des dispositions qui concernent le droit de l'eau (notamment le Code rural et de la pêche maritime, le Code de l'urbanisme, le Code de la santé, le Code général des collectivités territoriales, le Code du travail, le Code général de la propriété des personnes publiques, le Code de l'énergie, le Code des mines et, bien sûr, le Code de l'environnement).

Le droit français de l'eau a connu plusieurs évolutions significatives, il est nécessaire à cet égard de souligner le rôle, la place et l'impact du droit européen. Dès les premières orientations politiques en matière d'environnement avec le 1^{er} programme européen pour l'environnement en 1973, l'eau y apparaît comme un volet essentiel⁸. Elle sera confirmée dans tous les programmes ultérieurs jusqu'à ce jour⁹. D'où la diversité, la richesse et la portée du droit européen de l'eau.

Pour inscrire le propos dans le sujet proposé, l'intérêt est d'identifier en quoi ce droit européen a un impact sur notre droit administratif classique, en quoi donc les polices énoncées ont été modifiées, comment ce droit européen a structuré les polices de l'eau. La codification engagée visait en fait à rendre plus lisible ce droit si transversal et épars¹⁰, en démontrer les enjeux juridiques mais aussi sociétaux. Le travail engagé s'est voulu autant synthétique que pédagogique.

Au-delà du constat d'une certaine complexité, il paraît pertinent de s'interroger à la fois sur les atouts de ce droit européen au regard des polices de l'eau et des milieux aquatiques, mais aussi de ses limites.

6. M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 69.

7. Mentionnons notamment les articles L.110-1, L.210-1, 211-1-1 et L.430-1 du Code de l'environnement.

8. Le 1^{er} programme européen de l'environnement est adopté le 22 novembre 1973, « Programme d'action des communautés européennes en matière d'environnement » (période 1973/1976), *Journal officiel des communautés européennes* (ci-après *JOCE*), n° C 112 du 20 décembre 1973. L'eau constitue l'une des préoccupations majeures du programme.

9. Décision n° 1386/2013 du 20 novembre 2013 relative à un programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020 « Bien vivre, dans les limites de notre planète », *Journal officiel de l'Union européenne* (ci-après *JOUE*), n° L.354/171 du 28 décembre 2013.

10. B. Drobenko et J. Sironneau ont engagé ce travail au début des années 2000, voir *Code de l'eau*, 1^{re} éd., Paris, Éditions Johanet, 2008. En 2013 a été publiée la 3^e édition.

De ce point de vue, force est de constater que le droit européen n'a cessé d'enrichir les polices de l'eau. À cet égard, c'est une extension progressive de son champ d'application qui est intervenue.

Mais des polices n'ont d'intérêt que si elles sont opérationnelles, que si elles répondent bien à l'objectif poursuivi. Ici les moyens de police dévolus à la réalisation de l'objectif conduisent au constat que s'il existe bien un service public de l'environnement¹¹, l'effectivité des mesures de police doit être appréciée au regard des objectifs affichés et imposés aux États. De ce point de vue, nonobstant l'affirmation des principes et des moyens à mettre en œuvre, force est de constater que nous sommes dans un schéma de mise en œuvre plutôt nuancé.

I. UNE EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION PAR LE DROIT EUROPÉEN

Le droit européen de l'eau a connu un enrichissement constant. Le processus engagé conduit à un double constat : si les intérêts préservés au titre de l'eau et des milieux aquatiques n'ont cessé de croître, les obligations paraissent autant caractérisées que relatives, elles sont donc contrastées.

A. Une justification croissante des intérêts préservés

Le droit européen va imposer des évolutions en diversifiant les objectifs environnementaux. À ce titre, si le volet qualitatif occupe une place privilégiée et récurrente, l'approche globale s'impose peu à peu.

1. Du qualitatif comme priorité

Depuis 1973, les objectifs qualitatifs du droit européen structurent le droit de l'eau : eaux destinées à être prélevées pour la consommation humaine, eaux souterraines, eaux conchylicoles, eaux de baignade, rejets des eaux usées, pollutions d'origine agricole, pollutions industrielles, lutte contre les produits dangereux, protection des espèces et de leurs habitats avec le Réseau Natura 2000. Autant de textes qui ont imposé des mesures de contrôle administratif préalable ou de réglementation

11. A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 39.

pour atteindre des objectifs qualitatifs¹², notamment celles relatives à la surveillance, au contrôle des activités¹³, jusqu'à la planification normative. La structure du droit de l'eau a profondément évolué en France sous l'impact de ces exigences qualitatives. La première loi-cadre de 1964 a été progressivement enrichie¹⁴ par des mesures générales de protection, mais aussi par des mesures particulières liées à certains milieux (zones humides) ou à des situations spécifiques (baignade, sécheresse, nitrates, eaux résiduaires), jusqu'au processus conventionnel dans certains cas (contrats de rivière ou de baie, contrats Natura 2000, mesures agri-environnementales, etc.).

Ces exigences ont conduit à structurer ce droit tant au regard de l'affirmation des principes, qu'au niveau institutionnel que de la mise en œuvre des instruments opérationnels d'intervention¹⁵.

2. À l'approche globale

Sous l'impulsion du 5^e programme européen pour l'environnement¹⁶, le droit européen de l'eau sera renforcé, globalisé avec l'intervention de la directive cadre (DCE)¹⁷. Il va désormais concerner toutes les eaux et tous les milieux aquatiques, le référent en l'espèce devient la masse d'eau avec l'intégration des eaux de surface, eaux souterraines, eaux de transition, eaux côtières jusqu'à un mille marin. L'approche écosystémique conduira par exemple à l'exigence d'assurer la continuité écologique. Cette approche sera renforcée avec la directive cadre pour le milieu marin (DCMM)¹⁸ qui traite des eaux marines dont un des volets du droit est d'obliger à lutter contre les pollutions d'origine tellurique, puis avec la directive risques qui traite autant des risques d'inondations que

12. Voir *Code de l'eau, op. cit.*, 3^e éd., ch. 1.

13. La directive 2012/18/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil (*JOUE*, n° L.197 du 24 juillet 2012), énonce en son article 19 que les États peuvent interdire certaines activités dangereuses.

14. Loi 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution, *Journal officiel*, 18 décembre 1964.

15. Voir B. DROBENKO, *Introduction au droit de l'eau*, Paris, Éditions Johanet, 2014.

16. Le 5^e programme est adopté le 15 décembre 1992, intitulé « Vers un développement soutenable », et couvre la période 1993/2000. Publié le 1^{er} février 1993 (*JOCE*, n° C 138 du 17 mai 1993).

17. Directive 2000/60 du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, *JOCE*, n° L.327.1 du 22 décembre 2000.

18. Directive 2008/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin (directive-cadre stratégie pour le milieu marin), *JOUE*, n° L.164 du 25 juin 2008.

de submersion¹⁹ et, enfin, avec la directive pour la planification de l'espace maritime (directive DPEM) qui établit précisément la prise en compte de l'interaction terre/mer²⁰. Désormais, nous disposons d'une approche quelque peu holistique. En effet, l'intérêt de ces développements est de concerner toutes les eaux, tous les milieux, tous les biotopes aquatiques, avec des coordinations précisément établies entre les directives majeures (DCE, DCMM, Risques, DPEM, baignades, eaux destinées à être prélevées pour la consommation), et les directives et règlements visant à lutter contre les pollutions (nitrates, eaux résiduaires urbaines, IPPC, Seveso, Reach). Cette approche globale est confortée par une approche de plus en plus intégrée de l'eau dans les autres politiques publiques. Le droit de l'eau associe à la fois la démarche intégrée et la démarche combinée entre des textes sectoriels poursuivant le même objectif²¹.

Cette approche globale intéresse aussi les enjeux économiques. Le droit européen s'attache à développer les exigences économiques, en s'appuyant sur l'affectation des coûts aux usagers, notamment en application du principe pollueur/payeur²². Au-delà de la DCE, la DCMM et la directive risques inondations/submersions imposent l'analyse économique, complétée par les impacts sociaux et environnementaux, préconisant dès lors l'analyse coût/avantages²³.

B. Des obligations contrastées

Pour évoquer des mesures de police, il est nécessaire de se référer aux caractéristiques fondamentales de cette modalité de régulation des activités humaines et des objectifs poursuivis, à l'identification de cet ordre public, cadre de légitimation des mesures instaurées. Mais le droit européen, qui est le fruit de négociations entre États, comporte en lui-même des intérêts et des limites. Notons à ce titre que si les principes, objectifs

19. Directive 2007/60 du 23 octobre 2007 relative à l'évaluation et à la gestion des risques d'inondation, *JOUE*, n° L 288/27 du 6 novembre 2007.

20. Directive 2014/89/ du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la planification de l'espace maritime, *JOUE*, n° L 257/135 du 28 août 2014.

21. Parmi les nombreux exemples : article 10 DCE, article 13 de la DCMM, article 6 de la directive 2006/118, articles 4, 5 de la directive 2006/11/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 février 2006 concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique de la Communauté (version codifiée), *Journal officiel*, n° L064, 4 mars 2006, mais aussi l'article 3 de la directive 2007/60 du 23 octobre 2007 relative à l'évaluation et à la gestion des risques d'inondation, *JOUE*, n° L.288/27 du 6 novembre 2007.

22. En application de l'article 9 de la DCE.

23. Articles 4, 9 et annexe III de la DCE précitée, articles 8, 13 et 14 de la DCMM 2008-56 précitée, articles 1, 2, 4, 7 et annexe de la D 2007/60 précitée.

et règles sont précisément définis, les textes comportent un ensemble d'atténuations qui peuvent en limiter l'intérêt.

1. Des principes, des objectifs et des règles clairement définis

Tous les textes européens reprennent les principes fondamentaux du droit de l'environnement, ils structurent les politiques européennes en application de la démarche intégrée²⁴. Ils font l'objet de mesures d'application dans les textes majeurs²⁵.

Les principes de prévention et de précaution reposent ainsi sur un arsenal de moyens institutionnels, de moyens d'intervention (planifications, mesures), de contrôles d'activités. Le principe pollueur/payeur constitue l'un des volets majeurs de la DCE, à l'article 9. La gamme des outils mobilisés est diversifiée : mesures de police, moyens économiques et fiscalité apparaissent ainsi dans le droit européen de l'eau comme autant de leviers que les États doivent mettre en œuvre. Dans le même temps les textes imposent des outils de planification, des mesures réglementaires, avec un ensemble de schémas possibles.

Force est aussi de constater que ces instruments d'intervention, tels qu'ils sont mis en œuvre, reposent sur des opposabilités très variables. Pour atteindre les objectifs assignés, le droit européen de l'eau exige la mise en œuvre de contrôles : contrôles des rejets, des pollutions ou de la qualité des eaux, mais aussi contrôles préalables des activités (autorisation)²⁶. Il en résulte que d'un point de vue du droit administratif les obligations inhérentes à ces diverses polices sont très variables, mais la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sanctionne les mesures de police insuffisantes ou les atténuations de contrôle²⁷.

De plus, le cadre juridique du droit européen de l'eau laisse aux États une latitude significative, conduisant *in fine* à des variations importantes quant aux moyens mis en œuvre. Il en résulte que les plans, programmes, mesures et autres dispositions pour atteindre les objectifs font apparaître des variations significatives. De nombreuses dispositions obligent peu (prise en compte) ou un peu plus (compatibilité), voire parfois de manière

24. Articles 11, 37, 191 du Traité de Lisbonne.

25. Ainsi voir DCE article 11 du préambule, DCMM articles 27 et 44 du préambule, article 22 de la directive inondations, DPEM article 14 du préambule.

26. Voir notamment DCE articles 10, 11, 16.

27. À propos du décret n° 2006-881 du 17 juillet 2006 modifiant la nomenclature IOTA (piscicultures) : CJUE 6 novembre 2008, Association nationale pour la protection des rivières - TOS c/ MEDDAT - Affaire C-381/07.

plus caractérisée avec une exigence de conformité ou une obligation clairement définie²⁸. Il existe un ensemble de dispositions impératives, avec tantôt la mise en œuvre de mesures précises (plans, programmes de mesures²⁹), protections renforcées, parfois la détermination de seuils imposés par les textes (nitrates, produits chimiques, rejets).

Si en application du principe de subsidiarité, le droit européen de l'eau est normatif, il oblige les États à atteindre les objectifs fixés dans les délais impartis, à charge pour eux de développer, au-delà des exigences relatives aux moyens instaurés par chaque texte, les modalités opérationnelles pour les atteindre. Le contentieux est révélateur de ces enjeux.

2. Des atténuations récurrentes

Au-delà des principes et des règles, chaque texte européen comporte un ensemble de dispositions qui constituent autant d'atténuations directes ou indirectes. Tout d'abord, de nombreux textes européens comportent des dispositions pouvant faire l'objet d'interprétation, d'autres comportent des règles et procédures que les États peuvent adapter suivant les circonstances propres à leur territoire. Ces éléments peuvent conduire les États soit à détourner le principe posé, soit à en atténuer la portée.

Les textes eux-mêmes évoluent de manière contrastée : la directive baignade est réformée en réduisant de manière drastique le nombre de polluants contrôlés, mais elle renforce aussi les critères caractérisant ceux retenus³⁰.

De plus, les règles majeures sont assorties d'exceptions conditionnelles dont les modalités de mise en œuvre conduisent les États à les exprimer en quasi principes, par une subtile inversion des obligations. La réalisation du bon état écologique des eaux par exemple peut souffrir de modulations avec un ensemble d'exceptions, notamment la faisabilité

28. Ainsi l'article 14-3 de la directive n° 91/271 du 21 mai 1991 relative au traitement des eaux urbaines résiduaires (modifiée), *JOCE*, n° L.135/40 du 30 mai 1991, impose que « au plus tard le 31 décembre 1998, le rejet des boues d'épuration dans les eaux de surface par déversement à partir de bateaux, par rejet à partir de conduites ou par tout autre moyen soit supprimé ». La DCE fait référence à des substances dites « prioritaires » dont l'usage sera prohibé (article 16), voir directive 2006/11/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 février 2006 concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique de la Communauté (version codifiée), *JOUE*, n° L.064 du 4 mars 2006.

29. Par exemple, les mesures de base de l'article 11 de la DCE sont qualifiées « d'exigences minimales à respecter ».

30. Directive 2006/7/CEE du 15 février 2006 concernant la gestion de la qualité des eaux de baignade et abrogeant la directive 76/160/CEE, *JOUE*, n° L.064 du 4 mars 2006.

technique ou le coût disproportionné³¹. Il en est de même de l'affectation des coûts. Si le principe de sa mise en œuvre est acquis, en considérant au moins les trois secteurs d'activité (agriculture, industrie et ménages), des aménagements sont admis dans la mesure « où cela ne remet pas en question les buts de la présente directive et ne compromet pas la réalisation de ses objectifs ».

Le droit européen a par ailleurs systématisé la compensation comme mode de régulation des activités susceptibles de porter atteinte à l'eau et aux milieux aquatiques. Même si le développement de cette pratique impose une évaluation qui devrait être rigoureuse et écosystémique, elle conduit à justifier la réalisation de projets sur le fondement soit d'un intérêt public supérieur (Natura 2000), soit sur des considérations de santé, exceptionnellement pour des raisons liées à une activité économique³². Les enjeux inhérents à la valeur intrinsèque de l'écosystème, en termes de biodiversité ou d'historique d'un biote, sont marginalement pris en considération. À ce titre, la compensation apparaît bien comme une approche essentiellement anthropocentrique de l'eau et des milieux aquatiques que peut conforter la notion de « services rendus ». Dès lors, la compensation constitue bien une permission de destruction inexorable, car *in fine* la capacité limitée des milieux ne constituant pas un critère de référence dans le bilan d'un projet, les milieux aquatiques subissent un grignotage exponentiel tant en termes de qualité que de consistance.

II. UNE MISE EN ŒUVRE NUANCÉE

La pertinence de la règle de droit se mesure à son effectivité. Les mesures de police dans le domaine de l'eau n'ont d'intérêt que si les objectifs assignés sont atteints. Si ce droit présente des atouts certains, il n'en comporte pas moins des limites y compris dans la mise en œuvre. De ce point de vue, force est de constater que le droit européen de l'eau mérite d'être interrogé autant que le droit interne, les limites paraissant rapidement identifiables.

31. Article 4 DCE précitée.

32. CJUE (grande chambre) 11 septembre 2012, *Symvouliotis Epikrateias* (Grèce), Affaire C-43/10.

A. Au niveau européen

Le droit européen de l'eau comporte certes les textes majeurs, mais aussi les divers textes du droit de l'environnement qui intègrent nécessairement les questions d'eau, comme les installations dangereuses, les produits chimiques, les programmes et projets. Nous disposons d'un droit qui, par strates successives, a instauré des règles certes répondant aux enjeux mais dont la mise en œuvre interpelle au regard des objectifs poursuivis et des mesures de police instaurées pour les atteindre. Deux aspects peuvent ici être appréciés, car si nous pouvons souligner l'intérêt d'une approche intégrée et écosystémique, l'encadrement européen reste perfectible.

1. L'intérêt de l'approche intégrée et par milieux

L'approche territorialisée du droit de l'eau conduit à identifier des écorégions de l'eau comprenant des bassins hydrographiques et des sous-bassins, en appui désormais de façades maritimes. Il en résulte que les masses d'eau (de surface, souterraines, côtières ou de transition), puis le bassin et le sous-bassin hydrographique constituent les cadres de référence de toute police de l'eau. L'intérêt de cette approche est de couvrir l'ensemble des problématiques inhérentes aux impacts des activités humaines au regard de l'eau et des milieux.

En théorie, le droit européen de l'eau intègre bien les divers aspects de l'eau douce et de l'eau salée relevant de la souveraineté. En pratique, la sectorisation des politiques publiques au niveau européen révèle une intégration perfectible, les enjeux économiques paraissant de plus en plus prééminents. L'Agence européenne de l'environnement préconise une approche plus intégrée des polices de l'eau, de l'agriculture et de l'industrie, mais aussi un renforcement des instruments économiques³³.

Même si le Traité de Lisbonne impose l'unanimité pour « la gestion quantitative des ressources hydrauliques ou touchant directement ou indirectement la disponibilité desdites ressources »³⁴, les textes et la jurisprudence confirment que des interventions touchant à ces questions sont admises³⁵.

33. EEA (European Environment Agency), « European waters rapport : current statut and future challenges », septembre 2012.

34. Article 5, 192-2-b du Traité de Lisbonne.

35. CJUE (grande chambre) 11 septembre 2012, Symvouliotis Epikrateias (Grèce), Affaire C-43/10, précitée.

Par ailleurs, cette approche impose d'identifier ainsi des écosystèmes transfrontaliers pertinents, qu'ils soient intra-européens ou extra-européens. Si ces approches sont cohérentes en terme géographique, sociologique, elles le sont moins en termes de police. Elles exigent des structures coopératives de référence, de ce point de vue le « Groupement européen de coopération territoriale » (GECT)³⁶ peut constituer un cadre adapté, mais cette structure voit ses compétences limitées « principalement à la mise en œuvre de programmes de coopération, en tout ou partie, ou sur la mise en œuvre d'opérations soutenues par l'Union par le biais du Fonds européen de développement régional, du Fonds social européen et/ou du Fonds de cohésion »³⁷. Cette structure ne dispose d'aucun pouvoir de régulation, de police et encore moins de sanction. L'approche transfrontalière n'apparaît bien qu'au regard de la gestion. Pour atteindre les objectifs qualitatifs clairement énoncés, l'approche intégrée doit être approfondie notamment au regard de ces écosystèmes partagés.

2. Un encadrement européen perfectible

Les principes de subsidiarité et de proportionnalité constituent la clé de voûte du droit de l'Union européenne, sauf pour certains domaines précisément déterminés³⁸. En matière d'environnement et d'eau en particulier, les obligations sont plus caractérisées à la fois en termes d'objectifs et de moyens d'intervention y compris au regard des contrôles et des sanctions. Les obligations des États peuvent être sanctionnées³⁹ mais ce contentieux européen révèle des délais, des procédures, et des sanctions dont la mise en œuvre interpelle. En effet, il existe bien des procédures à l'encontre des États ne respectant pas leurs engagements⁴⁰. Cependant, les règles en vigueur sont déterminées par un ensemble de procédures préalables de « négociations », allant de l'avis motivé de la Commission à une sanction éventuelle de la CJUE. Ces procédures laissent aux États une latitude significative ce qui implique aussi des délais peu en phase avec des exigences qualitatives dans le domaine de l'eau. À titre

36. Créé par le règlement n° 1082/2006 du 5 juillet 2006 relatif au Groupement européen de coopération territoriale, *JOUE*, n° L.210 du 31 juillet 2006, modifié par le règlement (UE) n° 1302/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) n° 1082/2006 relatif à un groupement européen d'opération territoriale (GECT) en ce qui concerne la clarification, la simplification et l'amélioration de la constitution et du fonctionnement de groupements de ce type, *JOUE*, n° L.347 du 20 décembre 2013, pp. 0303-0319.

37. Article 7-3 du règlement précité.

38. R. ROMI, *Droit international et européen de l'environnement*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 2013 ; R. ROMI, *Droit de l'environnement*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2014, pp. 56 et s.

39. Articles 258 et s. du Traité de Lisbonne.

40. Voir *Code de l'eau*, *op. cit.*, ch. 1.

d'exemple, la France est condamnée au titre de la directive nitrates en 2001⁴¹, les attermolements et autres négociations conduisant à d'autres décisions dont les dernières en 2013 et 2014⁴². Dans le même temps, les mesures adaptées à la réduction des pollutions font l'objet de négociations, associant les groupes de pression des professionnels concernés, il en résulte des textes à la portée très relative⁴³.

De plus, dans le domaine de l'eau, l'Union européenne n'a pas encore répondu aux défis du XXI^e siècle que représente le statut de l'eau (selon le préambule elle ne constitue pas un bien marchand comme les autres), ni sur la reconnaissance du droit à l'eau⁴⁴.

Nonobstant une harmonisation européenne en matière de répression aux atteintes à l'environnement et de la mise en œuvre de la responsabilité des pollueurs⁴⁵, l'harmonisation des polices et de la répression est balbutiante. Par ailleurs, alors même que les enjeux sont transfrontaliers, il n'existe pas de solution pertinente en matière de police et/ou de justice susceptible de répondre aux situations de pollution ou de dégradation des écosystèmes partagés. En effet, les textes européens invitent à la coopération transfrontalière, les textes majeurs y font expressément référence⁴⁶. De plus, sont bien développées les études d'incidence ou les études d'impact transfrontalières pour les projets pouvant avoir une incidence sur un ou des pays riverains. De même, des échanges d'information doivent intervenir notamment lors de l'élaboration des documents de planification de bassins ou de sous-bassins partagés.

Toutefois, l'intégration plus aboutie, bien que suscitée, est exceptionnelle. Ainsi la mise en œuvre du droit de l'eau dans un cadre européen

41. CJCE 8 mars 2001, Commission des communautés européennes c/ République française, Affaire C-266/99.

42. CJUE 13 juin 2013, Commission européenne c/ France, Affaire C-193/12 ; CJUE 4 septembre 2014, Commission européenne c/ République française, Affaire C-237/12.

43. Exemple avec le projet d'arrêté de janvier 2016 modifiant l'arrêté du 19 décembre 2011 relatif au programme d'actions national à mettre en œuvre dans les zones vulnérables afin de réduire la pollution des eaux par les nitrates d'origine agricole, dont le CGEDD a souligné les insuffisances (Autorité environnementale CGEDD, avis délibéré du 16 mars 2016 – Avis portant sur un nouveau projet d'arrêté modifiant le programme d'actions national).

44. Après avoir reçu une initiative citoyenne lancée en 2012 sur le sujet (près de 2 millions de signatures), la Commission a refusé d'engager un processus de reconnaissance le 20 mars 2014, renvoyant à la prochaine législature, voir <http://www.right2water.eu/fr>.

45. Directive 2008/99/CE du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, JOUE, n° L.328 du 6 décembre 2008 ; Directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, JOCE, n° L.143 du 30 avril 2004.

46. Notamment articles 3, 11, 13 de la DCE, articles 6, 7 de la DCMM, articles 6, 11 de la DPEM, article 8 de la directive inondations.

transfrontalier devrait pouvoir s'appuyer sur l'identification d'une autorité de police unique, dotée de moyens de contrôle, d'investigation et des sanctions adaptées aux enjeux. Les organisations régaliennes demeurent dans le cadre préétabli des structures administratives étatiques. Très peu, trop peu de bassins sont partagés de manière opérationnelle, encore moins quant aux polices ; l'Union européenne doit favoriser les contrôles et les sanctions pour les espaces transfrontaliers. De ce point de vue, une justice partagée est encore à construire pour répondre aux défis de l'écosystème. Le réseau des procureurs européens pour l'environnement plaide en faveur d'une telle orientation⁴⁷.

Enfin, la réduction des atténuations et autres modalités de dérogations contribueraient à recentrer le droit européen sur la réalisation effective des objectifs.

B. Au niveau interne

Le droit européen impose aux États de réaliser des objectifs, de mettre en œuvre des moyens, y compris de sanctionner. De ce point de vue, l'article 23 de la DCE précise les exigences : « Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives »⁴⁸.

En situant la politique de l'eau dans son contexte historique depuis la loi de 1964 et au regard de l'état des lieux des eaux et des milieux aquatiques⁴⁹, la question qui peut être posée est celle de la pertinence des polices de l'eau mises en œuvre pour atteindre les objectifs assignés. Au-delà du droit de l'environnement, l'évolution du droit européen doit être appréciée au regard de certaines orientations économiques structurantes et de leur impact sur les droits nationaux. Si la compétitivité constitue le dogme de référence de l'évolution de nos droits depuis les années 2000, les diverses mesures dites de réforme des politiques publiques, de

47. J.-P. RIVAUD, Substitut général près la Cour d'Appel d'Amiens, Vice-président du réseau européen des procureurs pour l'environnement, « Vers une spécialisation des magistrats dans le domaine des atteintes à l'environnement ? », Communication au séminaire organisé par le Campus de la Mer, 18 février 2014, Boulogne-sur-Mer.

48. Formule identique à l'article 28 de la directive 2012/18/UE du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil, *JOUE*, n° L.197 du 24 juillet 2012.

49. Conseil d'État, rapport 2010, « L'eau et son droit » ; Rapport Levraut, « Évaluation de la politique de l'eau : quelles orientations pour faire évoluer la politique de l'eau », septembre 2013 ; Rapport au Premier ministre, M. Lesage, « Évaluation de la politique de l'eau en France », juin 2013 ; CGEDD, « Évaluation de la politique de l'eau », septembre 2013 ; CGDD, le point sur « la prolifération d'algues sur les côtes métropolitaines », n° 180, 3 janvier 2014.

simplification et autres termes⁵⁰ ne sont pas nécessairement en adéquation avec les objectifs environnementaux poursuivis.

Les polices ont avant tout un caractère préventif. Une fois les enjeux sociétaux identifiés, comment sont-ils caractérisés, quelles sont les obligations imposées aux acteurs de la société ? L'intérêt d'une mesure de police est de répondre à son objectif d'intérêt général, ce qui implique des dispositions coercitives conduisant à des sanctions. Nous l'avons évoqué, le droit européen vise à préserver l'eau et les milieux aquatiques, c'est bien l'objectif des mesures de police qui en résultent.

Les polices de l'eau évoluent ainsi de manière contradictoire, avec des moyens d'intervention qui méritent d'être interpellés.

1. Des modalités d'intervention contradictoires

Elles interviennent au gré des textes, avec une tendance à l'allègement des contrôles. Avec les réformes des nomenclatures (IOTA en 2006, ICPE en 2009)⁵¹, ce sont les caractéristiques même des activités soumises à contrôles préalables qui permettent d'identifier les évolutions intervenues. Ainsi, alors que l'état des eaux et des milieux aquatiques n'évolue pas de manière suffisamment caractérisée pour atteindre les objectifs de qualité en 2015 et 2020, alors même qu'il est avéré qu'en matière de nitrates et de pesticides les pollutions se développent, les pouvoirs publics ont engagé des réformes des mesures de police qui permettent de prévenir ces pollutions. Après la création en 2010 d'une nouvelle catégorie ICPE « enregistrement » excluant du régime de l'autorisation près de 40 % des installations, les rubriques elles-mêmes sont progressivement modifiées. Ainsi, alors même que la France est poursuivie par la Commission pour non-respect de la directive nitrates, que les pollutions se développent sur la plupart des littoraux français⁵², les pouvoirs publics

50. Après la RGPP, la réduction des déficits, la simplification apparaît comme une référence majeure.

51. Décret n° 2006-881 du 17 juillet 2006 modifiant le décret n° 93-743 du 29 mars 1993 relatif à la nomenclature des opérations soumises à autorisation ou à déclaration en application de l'article 10 de la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau et le décret n° 94-354 du 29 avril 1994 relatif aux zones de répartition des eaux, *Journal officiel*, n° 164, 18 juillet 2006 ; Ordonnance n° 2009-663 du 11 juin 2009 relative à l'enregistrement de certaines installations classées pour la protection de l'environnement, *Journal officiel de la République française* (ci-après *JORF*), n° 0134, 12 juin 2009 et le décret n° 2012-384 du 20 mars 2012 modifiant la nomenclature des installations classées, *JORF*, n° 0070, 22 mars 2012.

52. CGDD, Observations et statistiques, n° 161, mai 2013.

font passer le seuil de l'autorisation des élevages industriels de porcs de 450 EQA à 2000 EQA⁵³.

Il serait opportun aussi d'évaluer les mesures d'accompagnement des polices de l'eau, comme les financements. Les dotations des agences de l'eau aux divers acteurs, notamment agricoles, devraient faire l'objet d'une évaluation globale par écosystème. La finalité et la diversité des aides sont à interpeller.

2. Des moyens d'intervention à redéfinir

Le Code de l'environnement repose sur un socle de police administrative commun, quelques règles spécifiques permettent d'intégrer les enjeux les plus caractéristiques ou de se référer à des textes particuliers⁵⁴. Les textes majeurs du droit européen (DCE, DCMM, DPEM, Risques d'inondations) exigent d'identifier dans chaque État une autorité administrative responsable, quelle que soit l'organisation institutionnelle. Au-delà de cette autorité, chaque État organise la police de l'eau pour atteindre les objectifs fixés par ces directives cadres, complétées par l'ensemble des textes sectoriels. Si les compétences actuelles sont précisément définies, il existe bien une atténuation des interventions de certains intervenants en matière de police de l'eau. Les agents de l'ONEMA, particulièrement compétents, et autres acteurs de la police de l'eau doivent être intégrés à une police de l'environnement transversale aux moyens renforcés. Nous avons assisté à des contestations violentes de leurs actions, indignes d'un État de droit⁵⁵. Si les contrôles peuvent être coordonnés, renforcés, les sanctions doivent être effectives. De ce point de vue, la généralisation de la transaction comme mode de régulation⁵⁶, assortie d'un plafond maximum minimaliste (le montant ne peut excéder le tiers du montant de l'amende encourue)⁵⁷, constitue autant une disposition peu dissuasive vis-à-vis des pollueurs, qu'une mesure d'encouragement, une sorte de

53. Décret n° 2013-1301 du 27 décembre 2013 modifiant la nomenclature des installations classées pour la protection de l'environnement, *Journal officiel*, 31 décembre 2013, Rubrique 2102 de la nomenclature ICPE : le seuil pour obtenir une autorisation passant de 450 équivalents animaux à 2 000 équivalents animaux ; entre 2 000 et 450, le nouveau régime de l'enregistrement est applicable.

54. Notons en particulier : articles L.171-1 et s., L.216-6, L.432-2 du Code de l'environnement, mais aussi par exemple L.160-1 et s., L.480-1 et s. du Code de l'urbanisme.

55. Entre autres, les manifestations de la FNSEA le 14 février 2014 contre la politique de l'eau et les contrôles des agents de l'ONEMA.

56. Articles L.173-12, R 173-1 et s. du Code de l'environnement.

57. Article L.173-12 du Code de l'environnement.

droit à polluer. Dans le même temps elle ne répond pas aux exigences de l'article 23 de la DCE.

Une amélioration de ces procédures encore assez « confidentielles » pourrait conduire à la publicité des actions de classement et des transactions ainsi qu'à un accès et une publicité des mesures de transaction, ce qui contribuerait à conforter les mesures de police dans un État de droit.

*

En considérant les mesures de polices concernant l'eau et les milieux aquatiques, force est de constater que c'est au pluriel qu'il faut concevoir ces polices, le droit de l'environnement, le droit rural, le droit de l'urbanisme, le droit de la santé notamment étant concernés. Les évolutions intervenues démontrent les apports indéniables, utiles, nécessaires, pertinents du droit européen, qu'il est possible de recentrer sur quelques enjeux majeurs. La qualité des eaux constitue une priorité certes, mais la question des quantités devient un enjeu que les réserves de substitution ne suffiront pas à combler. Les modèles de production et de consommation sont donc aussi à interpeller, d'autant plus que le changement climatique constitue un défi supplémentaire.

Nonobstant les avancées imposées par le droit européen, des évolutions sont attendues pour mieux répondre aux défis connus et non réglés (qualité des eaux par exemple, rapports de l'eau et de l'agriculture, application du principe pollueur/payeur), mais aussi pour répondre à des défis en cours : changements climatiques, médicaments dans l'eau, nanotechnologies, nouvelles molécules chimiques, etc. Les défis apparaissent aussi en termes de gouvernance, de moyens financiers. Pour le droit européen, le statut de l'eau, le droit à l'eau constituent encore des questions à résoudre.

Le renforcement des modalités de mise en œuvre des polices mérite attention. À ce titre, la simplification des droits, notamment de droit de l'environnement et de l'eau, ne peut conduire à des régressions. L'expérimentation de l'autorisation unique constituera un indéniable test⁵⁸. Une police de l'environnement dotée des moyens de ses ambitions est

58. Ordonnances 2014-355 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'ICPE et 2014-356 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'un certificat de projet, *Journal officiel*, 20 mars 2014 ; Ordonnance 2014-619 du 12 juin 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique pour les installations, ouvrages, travaux et activités soumis à autorisation au titre de l'article L.214-3 du Code de l'environnement, *Journal officiel*, 15 juin 2014.

espérée, elle doit pouvoir exercer ses missions comme toute police dans un État de droit. La solution la plus efficace comme en tout domaine est la prévention, la démarche intégrée. Ensuite, il faut admettre la sanction et les responsabilités, notamment au regard du principe pollueur/payeur. De ce point de vue, la création de l'Agence française pour la biodiversité peut constituer autant une opportunité qu'une régression supplémentaire⁵⁹.

Enfin, l'effectivité des normes existantes doit faire l'objet d'un réel suivi. À ce titre l'instauration d'indicateurs juridiques s'impose afin d'évaluer la pertinence et l'effectivité du droit de l'eau. Ainsi la création d'indicateurs de « performance » juridique et institutionnelle doit constituer une priorité au moins pour atteindre les objectifs qualitatifs dans les délais impartis⁶⁰.

Le droit européen de l'eau constitue un cadre juridique aujourd'hui incontournable, son impact sur le droit français de l'eau a été significatif. Le droit de l'eau a davantage besoin d'une application effective des règles en vigueur. Les évolutions à venir doivent être appréciées davantage en termes qualitatifs (au regard des textes et des moyens) qu'en termes quantitatifs en évitant l'accumulation exponentielle des textes, les modalités d'intervention et la tentation de « simplifications » conduisant *in fine* à réduire le champ d'application, les capacités et les moyens de police et de sanctions.

59. Projet de loi n° 484 du Sénat du 18 mars 2016 (2nde lecture) pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

60. AEE « Les eaux européennes – évaluation de leurs états et des pressions », 2015. Moins de la moitié des eaux en France remplissait l'objectif d'un bon état écologique des eaux en 2015.

CHAPITRE 10

La force normative de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dans le domaine de la protection de l'eau et des milieux aquatiques

Nathalie HERVÉ-FOURNEREAU

Directrice de Recherche CNRS – HDR Droit public

Responsable de l'axe Environnement, changements globaux et ressources naturelles de l'IODE (UMR CNRS 6262)

Université de Rennes 1

Vice-Présidente de la Société Française pour le Droit de l'Environnement

Co-Présidente du Comité Recherche de l'Académie de droit de l'environnement de l'UICN

« La norme juridique est prise dans un champ de forces dont les interactions déterminent sa force normative réelle ; traversée, modelée, inspirée par des forces juridiques et non juridiques, elle exerce en retour sa propre force normative sur ces forces sociales qu'elle cherche à régir, réguler, orienter [...] »¹.

S'interroger sur la « force normative » de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) invite à analyser la pluralité des effets des jugements ou du risque de saisine du juge sur le comportement des acteurs, et en particulier, celui des États membres. Une telle force ne s'apprécie pas uniquement au regard de l'autorité de chose interprétée ni de l'autorité de chose jugée des arrêts². Elle se heurte à la volonté à géométrie variable des autorités publiques à accorder à ces jugements, notamment aux arrêts de manquement, une réalité normative dans des délais raisonnables. Néanmoins, la menace de recourir à la procédure de l'article 260 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

1. C. THIBIERGE, « Synthèse », *La force normative : naissance d'un concept*, sous la dir. de C. THIBIERGE, Paris, LGDJ, 2009, pp. 741-811.

2. C. DENIZEAU, « L'autorité des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne », *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 51, 2/2014, pp. 289-313.

(TFUE) semble exercer une pression réelle sur les États membres soucieux de se protéger contre de telles sanctions financières.

La protection de l'eau et des milieux aquatiques constitue un terrain de prédilection propre à apprécier la richesse et la complexité des facettes de la force normative de la jurisprudence de la CJUE³. Le nombre important de litiges portés devant la Cour dans ce secteur est à l'image de la politique environnementale de l'UE qui figure depuis longtemps parmi les domaines « comportant le plus d'infractions potentielles⁴ et concentrant le plus grand nombre de plaintes »⁵. En dépit d'un corpus juridique substantiel, l'UE se heurte à la persistance de dégradations⁶ et à l'émergence de nouvelles vulnérabilités⁷ grandement amplifiées par le changement climatique qui affectent gravement la protection de l'eau et des milieux aquatiques. La Commission européenne reconnaît qu'en « raison de décennies de dégradation et d'une gestion inefficace persistante, il reste encore beaucoup à faire avant que la qualité de l'ensemble des eaux de l'UE soit suffisamment bonne »⁸. Près de la moitié

3. Cette présente contribution s'inscrit dans le prolongement et l'approfondissement des recherches publiées (« La Cour de justice de l'Union européenne et la qualité de l'eau : reflets jurisprudentiels des paradoxes de la politique européenne de l'eau de l'Union », *Les Cahiers de Droit*, vol. 51, n° 3-4, 2010, pp. 947-980), des recherches en cours dans le cadre du programme MAKARA (La société face aux changements de « qualité » des eaux de surface, ANR-12-SENV-009) et des travaux au sein du Conseil scientifique de l'environnement de la Région Bretagne.

4. Le rapport 2015 sur le contrôle de l'application du droit de l'UE le confirme : COM (2015) 329 du 9 juillet 2015, Rapport annuel 2014. Domaines concernés : environnement, énergie, mobilité/transports.

5. *Ibid.* En 2^e position (520 en 2014) après la justice (590), mais avant le marché intérieur (494) et l'emploi (470).

6. Pollution diffuse (pesticides, nitrates), résidus de médicaments, perturbateurs endocriniens. Voir COM (2007) 128 final, Communication de la Commission – Vers une gestion durable de l'eau dans l'Union européenne – Première étape de la mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau ; COM (2012) 670 du 14 novembre 2012, Rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau (2000/60/CE). Plans de gestion des bassins hydrographiques ; Rapport de l'Agence européenne de l'environnement, « L'environnement en Europe, état et perspectives », 2015, synthèse ; Directive 2013/39/UE du 12 août 2013 modifiant les directives 2000/60/CE et 2008/105/CE en ce qui concerne les substances prioritaires pour la politique dans le domaine de l'eau (dispositions spécifiques sur les substances pharmaceutiques, *Journal officiel de l'Union européenne* [ci-après *JOUE*], n° L.226 du 24 août 2013, p. 1).

7. Raréfaction de la ressource en eau, inondations et catastrophes naturelles, pollutions émergentes (nanoparticules). Voir COM (2007) 414 final du 18 juillet 2007, Communication de la Commission – Faire face aux problèmes de rareté de la ressource en eau et de sécheresse dans l'UE (COM [2010] 228 du 18 mai 2010, Second rapport et COM [2012] 672 du 14 novembre 2012, Rapport concernant le réexamen de la politique européenne relative à la rareté de la ressource en eau et à la sécheresse ; Directive 2007/60/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relative à l'évaluation et à la gestion des risques d'inondation, *JOUE*, n° L.288 du 6 novembre 2007, p. 27.

8. COM (2015) 120 du 9 mars 2015, Communication de la Commission sur la directive-cadre sur l'eau 2000/60/CE et la directive 2007/60/UE sur les inondations – Mesures à prendre pour atteindre le « bon état » des eaux de l'UE et réduire les risques d'inondation.

des eaux de surface n'ont pas atteint le bon état écologique en 2015⁹ conformément à la directive-cadre sur l'eau et les États membres ont usé des possibilités de déroger dans le temps (2021 et 2027)¹⁰, et ce, pas toujours à bon escient, à cette obligation de résultat. À cette situation préoccupante s'ajoute la surveillance lacunaire des masses d'eau de surface révélant un état inconnu pour près de 40 % des dites masses d'eau¹¹. Nonobstant l'amélioration de la gestion qualitative de certains usages de l'eau¹², force est de déplorer les imperfections de cette politique et les nombreux manquements des États membres aux obligations imposées par les directives européennes. De telles défaillances reflètent également les lacunes et les difficultés de formation et de mise en œuvre des stratégies nationales.

Confrontée à ces nombreux défis et consciente que « le temps presse »¹³, la Commission européenne a présenté un plan de sauvegarde des ressources en eau et une communication consacrée au partenariat d'innovation européen sur l'eau. L'urgence d'assurer la mise en œuvre effective des directives se conjugue avec la nécessité de répondre aux inquiétudes des citoyens européens. Une récente enquête Eurobaromètre¹⁴ montre que près de trois quarts des Européens attendent des mesures supplémentaires pour régler les problèmes de l'eau en Europe. Cette forte sensibilité citoyenne s'exprime au travers de la première initiative citoyenne Right2Water (2013) qui invite la Commission à proposer une « législation qui fasse du droit à l'eau et à l'assainissement un droit humain au sens que lui donnent les Nations Unies et à promouvoir la fourniture d'eau et l'assainissement en tant que services publics essentiels pour tous »¹⁵. Cette mobilisation citoyenne, et en particulier des

9. 47 % des masses d'eau de surface n'ont pas atteint ce bon état. Voir le site web de la DG Environnement <http://ec.europa.eu/environment/water/infographics.htm>. Pour la France : en 2013, 43 % des masses d'eau de surface sont considérées en bon ou très bon état écologique, 50 % en bon état chimique et deux tiers des masses d'eau souterraine en bon état chimique (Commissariat général au Développement durable, « Repères. L'eau et les milieux aquatiques. Chiffres clés », février 2016).

10. Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire de l'eau (*Journal officiel des communautés européennes* [ci-après *JOCE*], n° L.327 du 22 décembre 2000, p. 1, article 4).

11. COM (2012) 673 du 14 novembre 2012, Communication de la Commission, Plan d'action pour la sauvegarde des ressources en eau de l'Europe.

12. Rapport UE sur la qualité des eaux de baignade, Luxembourg, OPOCE, mai 2008.

13. COM (2012) 673 du 14 novembre 2012, *op. cit.*

14. Communiqué de presse de la Commission européenne du 22 mars 2012.

15. COM (2014) 177 du 19 mars 2014, Communication sur l'initiative citoyenne européenne « L'eau et l'assainissement sont un droit humain ! L'eau est un bien public, pas une marchandise » ! Cette initiative a bénéficié du soutien de plus de 1,6 million de citoyens et a été transmise à la Commission européenne en décembre 2013. Membres du comité de citoyens enregistrés (France, Belgique, Allemagne, Suède, Bulgarie, Italie, Royaume-Uni). Signatures recueillies dans 27 États membres.

associations environnementales, se manifeste également en amont des procédures juridictionnelles et devant les juridictions nationales. Ainsi, comme le souligne la CJUE dans le cadre du recours en manquement, si la Commission « ne dispose pas de pouvoirs propres d'investigation, elle est largement tributaire des éléments fournis par d'éventuels plaignants »¹⁶. Véritables sentinelles de l'effectivité du droit de l'environnement de l'UE, les ONG environnementales multiplient leur dépôt de plaintes¹⁷ à la Commission européenne et de pétitions auprès du Parlement européen qui n'hésite pas à interpeller la Commission sur ces cas potentiels de manquement, à l'exemple du projet du Barrage de Sivens et du projet de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes en France.

La multiplication des différends environnementaux portés devant les juridictions européennes et nationales illustre cette stratégie contentieuse qui révèle, en réalité, l'insuffisance des mécanismes d'anticipation et de prévention des conflits normatifs. Cette sollicitation croissante du juge s'illustre différemment selon les ordres juridiques impliqués, mais témoigne d'un processus tendanciel récent et généralisé¹⁸. Si ces décisions juridictionnelles constituent un modeste pourcentage de la partie visible de l'iceberg de l'effectivité aléatoire du droit de l'environnement, elles représentent toutefois une proportion importante des jugements de la CJUE, tout domaine confondu¹⁹.

Eu égard à la nature de la compétence exercée par l'UE dans le domaine de l'environnement²⁰, la politique de l'eau s'est essentiellement traduite dès 1975 par l'adoption d'une série de directives de nature sectorielle. La directive 2000/60/CE établissant un cadre pour une politique communautaire de l'eau rationalise ce dispositif éclaté, tout en laissant subsister certains textes spécifiques en fonction de la source de la pollution et/ou des usages de la ressource en eau²¹. Depuis 2000, la quasi

16. CJUE du 28 janvier 2016, Commission/Portugal, C 398/14, Rec., Directive 91/271/CEE du Conseil du 21 mai 1991 relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, JOCE, n° L.135 du 30 mai 1991, p. 40.

17. À l'instar notamment des plaintes déposées par l'association Eaux et Rivières de Bretagne pour le non-respect par la France dans cette région de certaines directives sur l'eau (voir *infra*).

18. Sur la généralisation de ce phénomène : P. MARTENS, L. HENNEBEL, J. ALLARD, M. DELMAS-MARTY, *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2007 ; V. FORTIER (dir.), *Le juge, gardien des valeurs ?*, Paris, CNRS, 2007 ; J. ALLARD et A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005 ; R. BADINTER et S. BREYER, *Les entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, 2003.

19. Se reporter aux différents rapports annuels sur le contrôle de l'application du droit de l'UE.

20. Depuis le premier programme d'action dans le domaine de l'environnement (1973), la Communauté exerce une compétence partagée avec les États membres. Cette répartition des compétences ne sera pas remise en cause lors de la révision des traités.

21. Depuis la DCE, d'autres textes ont été adoptés en synergie avec celle-ci, concernant les

exclusivité du contentieux dans ce secteur résulte de l'introduction par la Commission européenne de recours en manquement devant la Cour de justice à l'encontre des États membres. La France, la Belgique et l'Espagne partagent la première place des mauvais élèves (13 arrêts chacun), suivis par Portugal (11), la Grèce (10) et l'Italie (7). L'Espagne est d'ailleurs le premier pays à subir des sanctions financières pour non-respect d'un arrêt de manquement de la CJCE dans le domaine de l'eau²². Depuis, le Luxembourg²³, la Grèce²⁴ et la Belgique²⁵ ont subi le même sort et ce, concernant la même directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires. Cette sollicitation croissante du juge n'épargne pas les nouveaux États membres dont les périodes de transition s'achèvent progressivement. Même si moins de 10 % des arrêts relèvent du renvoi préjudiciel, l'on constate une progressive mobilisation des juridictions nationales à propos de l'interprétation de notions imprécises, voire non définies dans les directives sur l'eau dont en particulier la directive-cadre sur l'eau. Ce contentieux se focalise essentiellement sur l'interprétation et la mise en œuvre nationale de trois directives majeures de la politique de l'eau de l'UE. Depuis l'expiration de son délai de transposition (décembre 2003), la volumineuse et complexe directive-cadre sur l'eau est déjà à l'origine de 20 affaires portées devant la Cour. Le phénomène préoccupant de l'eutrophisation des milieux aquatiques (eau douce, côtière et marine), responsable des proliférations d'algues vertes et bleues²⁶, questionne sur l'efficacité de la lutte contre la pollution diffuse. Il interroge surtout sur l'effectivité de deux directives adoptées en 1991 qui doivent contribuer à atteindre l'objectif de bon état des

inondations (Directive 2007/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relative à l'évaluation et à la gestion des risques d'inondation, *JOUE*, n° L.288 du 6 novembre 2007, p. 27), les dommages affectant les eaux (Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *JOUE*, n° L.143 du 30 avril 2004, p. 1) et la protection du milieu marin (Directive 2008/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin [directive-cadre stratégie milieu marin], *JOUE*, n° L.164 du 25 juin 2008, p. 19).

22. CJCE du 25 novembre 2003, Commission/Espagne, C 278/01, Rec. 2003, p. I-14141, Directive 76/160/CEE du Conseil du 8 décembre 1976 concernant la qualité des eaux de baignade, *JOCE*, n° L.31 du 5 février 1976, p. 1 (directive abrogée par la Directive 2006/7/CEE du Parlement européen et du Conseil du 15 février 2006, *JOUE*, n° L.64 du 4 mars 2006, p. 37).

23. CJUE du 28 novembre 2013, Commission/Luxembourg, C 576/11, Rec., Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.*

24. CJUE du 15 octobre 2015, Commission/Grèce, C 167/14, Rec., Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.*

25. CJUE du 17 octobre 2013, Commission/Belgique, C 533/11, Rec., Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.*

26. Cette expression d'algues bleues vise les cyanobactéries qui prolifèrent dans les cours d'eau et autres retenues d'eau (lacs, étangs) fortement enrichies de nutriments présents directement dans l'eau ou arrivés par ruissellement.

masses d'eau en Europe conformément à la DCE. Ce n'est pas un hasard si l'on assiste à une multiplication du contentieux concernant en particulier la directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires (31 arrêts dont 3 avec sanctions pécuniaires)²⁷. Cette directive prescrit différentes obligations de collecte et de traitement des eaux à la charge des États membres en fonction d'un calendrier précis²⁸. De plus, elle impose différents types de traitement des eaux usées en fonction de la sensibilité au phénomène de l'eutrophisation du milieu aquatique récepteur. Au-delà de la simple transposition juridique, l'application de cette directive se chiffre en millions d'euros. Elle s'est heurtée à des retards considérables au niveau des investissements nationaux (avec ou sans cofinancements européens²⁹) et à des interprétations nationales restrictives de ses obligations de prévention et de réduction de la pollution. Dans le sillage de ce texte, la directive 91/671/CEE concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir des sources agricoles³⁰ suscite également un contentieux conséquent (18 arrêts³¹) et expose certains États membres à des menaces de sanctions financières. Ces affaires démontrent l'ampleur des obstacles auxquels s'expose la mise en œuvre de cette directive dans des États membres terres d'accueil et de promotion de modes de production agricole fortement intensive³². Ces retards inconsidérés dans l'application des contraintes environnementales compromettent gravement les chances d'obtenir dans un délai rapide une amélioration substantielle de la qualité des eaux dans certaines

27. 31 arrêts entre 2000 et mai 2016.

28. Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.*, p. 40, article 3 : « Au plus tard le 31 décembre 2000 pour les agglomérations dont l'équivalent habitant (EH) est supérieur à 15 000 et au plus tard au 31 décembre 2005 pour celles dont l'équivalent habitant se situe entre 2 000 et 15 000 ».

29. Rapport de la Cour des comptes européenne sur l'efficacité des dépenses relevant d'actions structurelles concernant des projets de traitement des eaux résiduaires pour les périodes de programmation 1994-1999 et 2000-2006, Rapport spécial 3/2009 ; COM (2013) 574 du 7 août 2013, 7^e rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires.

30. Directive 91/676/CEE du Conseil du 12 décembre 1991 concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles, *JOCE*, n° L.375 du 31 décembre 1991, p. 1 ; COM (2013) 683 du 4 octobre 2013, Rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la directive 91/676/CEE.

31. Pour la France : CJUE du 4 septembre 2014, Commission/France, C 237/12, Rec. ; CJUE du 13 juin 2013, Commission/France, C 193/12, Rec. ; CJCE du 27 juin 2002, Commission/France, C 258/00, Rec. 2002, p. I-5959.

32. Belgique, Italie, Royaume-Uni, Pays-Bas, Irlande, Luxembourg, Espagne, Allemagne, France (à l'exemple de la Région Bretagne, première région agricole pour la production animale – élevages intensifs : volaille, lait, 57 % de la production nationale en matière de porcs). Sept exploitations agricoles bretonnes sur dix sont des élevages (Agreste Bretagne 2009) sur un territoire d'une population de 3,1 millions d'habitants. Plus récemment la Cour a également condamné pour manquement la Pologne et la Grèce pour non-respect de leurs obligations au titre de cette directive.

régions européennes. À l'évidence, l'attentisme, voire le laxisme des États membres constitue l'une des causes de cette situation pathologique, mais d'autres raisons plus subtiles, voire invisibles à première lecture, méritent d'être décryptées. L'appréciation approfondie de l'ensemble de ces arrêts révèle les multiples facettes de la force normative de la jurisprudence de la CJUE.

Cette force normative s'apprécie à l'aune de la spécificité du système juridictionnel européen, en particulier concernant l'accès au juge et l'articulation hiérarchisée des droits nationaux et du droit de l'Union³³. De nombreux auteurs ont souligné le volontarisme, voire l'activisme de la CJUE en faveur de la construction européenne et de son processus d'intégration juridique *sui generis*³⁴. Différents arrêts témoignent de l'aptitude de ce juge à participer activement « au respect du droit dans l'interprétation et l'application »³⁵ du droit environnemental de l'Union, et en l'espèce du droit de l'eau. Depuis plus d'une quinzaine d'années, cet appel au juge ne faiblit pas et invite à questionner les raisons et les conséquences de cette force d'attractivité sur les sujets de droit de l'UE et sur l'évolution de la politique européenne de l'eau. L'autorité de la figure du juge conjuguée à l'autorité de ces jugements imaginés comme autant de promesses « d'un changement pour l'avenir »³⁶ confère une force normative réelle, voire idéalisée à sa jurisprudence. Comme le rappelle le juge Robert Lecourt, « là où s'arrête la précision du texte, commence le pouvoir du juge [...] qui ne peut, sans déni de justice, se retrancher derrière l'imprécision des traités pour refuser de dire le droit »³⁷. Ces fonctions impératives de dire le droit (*Juridictio*) et d'imposer sa solution aux parties (*Imperium*) dans le respect des règles procédurales et substantielles lui offrent un champ des possibles non négligeable propre à orienter les comportements des sujets de droit et influencer sur l'efficacité et l'effectivité

33. En l'occurrence au regard des principes de primauté du droit de l'Union, de l'effet direct du droit de l'Union (sous réserve du respect des conditions posées par le juge) et de l'interprétation conforme du droit national à la lumière du droit de l'Union.

34. R. LECOURT, *Le juge devant le Marché commun*, Genève, Institut universitaire des Hautes Études Internationales, 1970.

35. Article 19 du Traité de Lisbonne (entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009, dispositions communes) : « La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de Justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ».

36. F. TULKENS, « L'exécution et les effets des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Le rôle du judiciaire », in Cour européenne des Droits de l'Homme, *Dialogue entre juges*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006, cité par E. LAMBERT ABDELGAWAD, *L'exécution des décisions des juridictions européennes (Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des Droits de l'Homme)*, AFDI, vol. 52, 2006, n° 1, pp. 677-724.

37. R. LECOURT, *Le juge devant le Marché commun*, *op. cit.*

des normes juridiques. Toutefois, ce positionnement d'acteur incontournable suscite des traductions ambivalentes qui se répercutent sur la nature et la portée de la force normative de la jurisprudence de la CJUE.

À la lumière de l'étude du contentieux de ces quinze dernières années³⁸ dans le domaine de l'eau, trois traits principaux caractérisent cette force normative de la jurisprudence de la CJUE. Le premier met en exergue la dynamique de cette force qui s'illustre lors du processus d'interprétation des normes et de l'appréciation des manquements des États membres à leurs obligations communautaires favorisant l'émergence de stratégies d'anticipation et de prévention des différends. Le second montre les nombreux obstacles juridiques et extra-juridiques auxquels se heurte cette force normative et qui contrarient notablement l'exécution des arrêts de la CJUE. Ce trait de caractère se conjugue au troisième qui invite à rappeler la relativité de cette force normative de la jurisprudence. Si « l'ineffectivité est un clignotant qui doit alerter le législateur, et l'amener à soupçonner les défauts dans les fondements ou la construction de son ouvrage »³⁹, la place de la jurisprudence ne saurait devenir la statue du commandeur au risque de diluer les responsabilités de l'ensemble des sujets de droit et de faire resurgir le spectre sempiternel du gouvernement des juges.

I. UNE FORCE NORMATIVE DYNAMIQUE ESSENTIELLE

Conformément aux règles du Traité sur l'Union européenne (TUE), la CJUE « assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités »⁴⁰. La dynamique de la force normative de la jurisprudence s'enracine dans l'exercice singulier des deux pouvoirs (*Juridictio et Imperium*) conférés à toute juridiction. Le choix d'une interprétation téléologique et systémique des textes de l'UE sur l'eau permet au juge de veiller à une mise en œuvre uniforme et effective du droit, en contrant, en particulier, les tentatives des États membres de porter atteinte à l'effet utile des obligations de protection et d'amélioration de l'environnement aquatique. Cette mission d'interprétation se déroule quasi-exclusivement dans le cadre du recours en manquement qui impose à l'État, qui n'a pas respecté

38. Depuis 2000, l'on comptabilise 105 arrêts de la CJUE (quasi-exclusivement dans le cadre du recours en manquement, 8 arrêts préjudiciels et un contentieux de l'annulation concernant le choix de la base juridique).

39. J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 241.

40. Art. 19 du TUE.

ses obligations, « de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour »⁴¹. En raison de l'attitude de certains États membres peu soucieux d'exécuter dans un délai raisonnable l'arrêt de la CJUE, le Traité de Maastricht introduit un dispositif de sanction pécuniaire à leur encontre qui renforce le pouvoir du juge d'imposer avec force dissuasive sa décision à l'État condamné pour manquement. Ce n'est pas un hasard si la première application de cette nouvelle disposition fut faite dans le domaine de l'environnement en 2000 et dans le secteur de l'eau en 2003.

A. Une force d'interprétation majeure

Fidèle à sa méthode d'interprétation téléologique et systémique du droit de l'UE, le juge rejette toutes les tentatives nationales visant à appréhender de manière restrictive les concepts et les obligations communautaires en vue de préserver l'effet utile des textes de l'Union. Dans la logique d'une jurisprudence constante, il choisit d'interpréter les dispositions, objets d'appréciations divergentes entre les parties au différend, à la lumière des finalités et de l'économie du système institué par les directives. Compte tenu de la complexité manifeste des directives sur l'eau, la contribution du juge s'avère essentielle⁴² en vue de renforcer et de garantir l'application effective la politique de l'eau de l'UE.

Cette complexité intrinsèque à la protection de l'eau se traduit par l'insertion dans les textes européens de nombreuses notions et de paramètres technico-scientifiques dont les définitions et les méthodologies sont parfois imprécises, voire inexistantes favorisant des conflits d'interprétation. La directive-cadre sur l'eau amplifie cette situation comme l'illustre les différentes affaires portées devant le juge qui est obligé de s'approprier les connaissances scientifiques nécessaires à son appréciation. La notion d'eutrophisation fait figure d'exemplarité en termes d'interprétations divergentes⁴³. Au titre des directives 91/271/CEE sur les eaux résiduaires et 91/671/CEE concernant la pollution par les nitrates d'origine agricole, les États membres ont l'obligation d'identifier et de désigner les zones « sensibles » sujettes à l'eutrophisation (Directive 91/271/CEE) et les zones « vulnérables » à la pollution azotée (91/671/CEE). À l'intérieur de ces délimitations territoriales, les États doivent

41. Art. 260 §1 TFUE.

42. N. HERVÉ-FOURNEREAU, « La Cour de justice de l'Union européenne et la qualité de l'eau : reflets jurisprudentiels des paradoxes de la politique européenne de l'eau de l'Union », *op. cit.*

43. CJCE du 27 juin 2002, Commission/France, C 258/00, *op. cit.* La France distingue les facteurs limitant et de maîtrise du phénomène d'eutrophisation et utilise une méthodologie d'identification des eaux eutrophisées ou susceptibles de l'être qui fait l'objet de contestation par la Commission.

prévoir des traitements plus rigoureux des eaux résiduaires et mettre en œuvre des programmes d'action de réduction de la pollution des eaux par les composés azotés. Or, ces deux textes comportent une définition très générale de l'eutrophisation⁴⁴, sans préciser de façon détaillée les éléments constitutifs de cet enrichissement en nutriments de l'eau. Les États membres profitent de ces imprécisions, et donc de la marge de manœuvre qui leur est offerte, pour défendre une interprétation restrictive de la notion en vue de s'exempter des obligations matérielles et procédurales et de leurs implications financières notables. Au fil d'une série de différends⁴⁵, la Cour précise les critères de détermination de ce phénomène d'eutrophisation et apprécie le « lien de causalité adéquat »⁴⁶ entre les rejets visés et la pollution des zones sensibles et/ou vulnérables selon la directive concernée. À la lumière des objectifs et des critères énoncés dans la directive sur les eaux résiduaires, le juge en déduit que l'eutrophisation suppose une « relation de cause à effet d'une part, entre l'enrichissement en nutriments et le développement accéléré des algues et des végétaux d'espèces supérieures et, d'autre part, entre ce développement accéléré et une perturbation indésirable de l'équilibre des organismes présents dans l'eau et une dégradation de la qualité de l'eau ». Sur le fondement d'études scientifiques notamment financées par l'UE⁴⁷, la Cour considère que « l'équilibre d'un écosystème aquatique est le fruit d'interactions complexes entre les différentes espèces représentées ainsi qu'avec le milieu. Aussi, toute prolifération d'une espèce particulière d'algues ou d'autres végétaux constitue, en tant que telle, une perturbation de l'équilibre de l'écosystème aquatique et, partant, de celui des organismes présents dans l'eau, quand bien même les autres espèces resteraient stables ». *In fine*, elle précise ainsi que « seront ainsi constitutifs d'une perturbation indésirable de l'équilibre des organismes

44. Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.*, article 2 : « 'Eutrophisation' : enrichissement de l'eau en éléments nutritifs, notamment des composés de l'azote et/ou du phosphore, provoquant un développement accéléré des algues et des végétaux d'espèces supérieures qui entraîne une perturbation indésirable de l'équilibre des organismes présents dans l'eau et une dégradation de la qualité de l'eau en question » ; Directive 91/676/CEE concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles, *op. cit.*, article 2 : « i) 'eutrophisation' : enrichissement de l'eau en composés azotés, provoquant un développement accéléré des algues et des végétaux d'espèces supérieures qui perturbe l'équilibre des organismes présents dans l'eau et entraîne une dégradation de la qualité de l'eau en question ».

45. CJCE du 23 septembre 2004, Commission/France, C 280/02, Rec. 2004, p. I-8573 ; CJCE du 6 octobre 2009, Commission/Finlande, C 335/07, Rec. 2009, p. I-9459 ; CJCE du 6 octobre 2009, Commission/Suède, C 438/07, Rec. 2009, p. I-9517.

46. CJCE du 6 octobre 2009, Commission/Finlande, C 335/07, *op. cit.*

47. Rapport de l'Ifremer (organisme de recherche appliqué français) et de l'Environmental resources management présenté par la Commission dans l'affaire C 280/02, CJCE du 23 septembre 2004, Commission/France, *op. cit.*

présents dans l'eau, notamment, des changements d'espèces avec perte de biodiversité de l'écosystème, des nuisances dues à la prolifération de macro-algues opportunistes et des poussées intenses de phytoplancton toxique ou nuisible ». Au vu de la désignation en nombre insuffisant de zones sensibles à l'eutrophisation, la Cour condamne régulièrement les États membres pour non-respect de leurs obligations au titre de la directive sur les eaux résiduaires⁴⁸.

Le contentieux relatif à la directive 91/671/CEE concernant la pollution par les nitrates d'origine agricole confirme la volonté des États membres de retenir une conception restrictive du phénomène de l'eutrophisation susceptible d'être favorisé de manière significative par la pollution diffuse d'origine agricole. Dans l'affaire C 258/00, le juge affirme ainsi qu'une « limitation du champ d'application de la directive excluant de celui-ci certaines catégories d'eaux en raison du rôle prétendument primordial du phosphore dans la pollution desdites eaux est incompatible tant avec l'économie qu'avec l'objectif de la directive »⁴⁹. S'il admet que les États membres bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation en raison de la complexité de l'identification de ces eaux, il considère que cela « ne saurait aboutir, comme en l'espèce, à ce qu'une partie importante des eaux chargées d'azote échappe au champ d'application de la directive ». Il retient une interprétation extensive de la notion d'eutrophisation et constate le manquement de la France pour ne pas avoir désigné la baie de Seine comme zone vulnérable. Il conclut que « même si le phénomène d'eutrophisation n'apparaît pas dans [cette] baie », cette dernière « participe au phénomène d'eutrophisation de la mer du Nord qui est, ainsi qu'il ressort du quatrième considérant de la directive, une zone méritant une protection particulière ».

La récente affaire C 356/13 éclaire sur la capacité des États membres à démontrer toute leur mauvaise foi en défendant une interprétation restrictive du phénomène de l'eutrophisation au regard de la pollution générée par l'agriculture polonaise. Comme le souligne la Commission, les zones vulnérables désignées par la Pologne représentent 1,49 % du territoire polonais tandis que les surfaces agricoles couvrent 60,5 % dudit territoire. Au vu de nombreuses études scientifiques existantes, elle considère que la Pologne n'a pas tenu compte du critère d'eutrophisation lors de la définition et de la désignation des zones vulnérables. Le pays se

48. À l'exemple de l'arrêt de la CJCE du 23 septembre 2004, *Commission/France*, C 280/02, *op. cit.* (cette affaire concerne notamment le bassin de Loire-Bretagne – nombreuses baies en Bretagne – mais également la baie de Seine, l'étang de Thau...).

49. CJCE du 27 juin 2002, *Commission/France*, C 258/00, *op. cit.*

défend en particulier en considérant que ce phénomène d'eutrophisation des eaux polonaises et de la mer baltique (qui reçoit cet enrichissement polonais en nutriments) résulte « de processus naturels de vieillissement des lacs, des pollutions antérieures accumulées dans les sédiments, des pollutions dues au rejet des eaux usées provenant de zones urbaines, des infrastructures touristiques et de sources de pollution internes » ! La Cour rejette une telle argumentation et, s'appuyant sur les études scientifiques présentées et non contestées par la Pologne, conclut que la contribution de l'agriculture polonaise à l'eutrophisation de la mer baltique (à hauteur de 48 %) est manifestement significative. De même, elle réfute le raisonnement polonais concernant l'exclusion des eaux soumises à des pollutions survenues « avant l'entrée en vigueur de la directive et qui produisent des conséquences après cette date. Elle en conclut qu'une telle situation serait manifestement incompatible avec cette directive qui impose aux États membres d'identifier les eaux polluées ou celles susceptibles de l'être afin qu'ils prennent certaines mesures pour réduire la pollution des eaux provoquée ou induite par les nitrates à partir de sources agricoles, et de prévenir toute nouvelle pollution de ce type »⁵⁰.

Cette omniprésence des dimensions scientifiques confère une tonalité particulière à ce contentieux environnemental⁵¹ imposant une certaine centralité à la question de la preuve et de sa charge. Il est ainsi déjà arrivé que la Cour ne retienne pas les griefs de la Commission pour absence ou insuffisance de preuves scientifiques⁵² ; voire ne constate pas le manquement de l'État pour ce motif comme l'illustre en 2009 l'affaire Commission/Finlande considérant que la « Commission n'a pas apporté la preuve que les rejets d'azote des stations d'épuration d'eaux urbaines résiduelles provenant des agglomérations ayant un EH supérieur à 10 000 [...] contribuent de façon significative à l'eutrophisation dans le golfe de Finlande »⁵³.

Plusieurs affaires montrent cette invasion de données et controverses technico-scientifiques dans le prétoire de la Cour qui se traduit par des jugements parfois extrêmement techniques et dont la lecture peut dérouter pour un public non instruit. L'exemple d'un arrêt récent concernant

50. CJCE du 20 novembre 2014, Commission/Pologne, C 356/13, Rec., Directive 91/676/CEE concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles, *op. cit.*, point 47.

51. Singularité partagée pour l'ensemble du contentieux environnemental au vu de la complexité des phénomènes en jeu.

52. CJUE du 10 décembre 2009, Commission/Royaume-Uni, C 390/07, Rec. 2009, p. I-214, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduelles, *op. cit.*

53. CJCE du 6 octobre 2009, Commission/Finlande, C 335/07, *op. cit.*

la mise en œuvre française de la directive 91/676/CEE concernant la pollution par les nitrates d'origine agricole en atteste amplement⁵⁴. Au titre de cette directive, les États sont dans l'obligation de mettre en œuvre des programmes d'action quadriennaux portant sur les zones vulnérables désignées. À la lumière des données scientifiques et techniques disponibles et des conditions environnementales existantes, lesdits programmes comportent une série de mesures concernant notamment les périodes d'interdiction d'épandage de certains types de fertilisants, la capacité de stockage des effluents d'élevage, la limitation de l'épandage des fertilisants fondée sur un équilibre entre les besoins prévisibles en azote des cultures et l'azote apporté aux cultures par le sol et les fertilisants⁵⁵. Si la Cour reconnaît une marge de manœuvre aux États membres dans le choix des modalités précises de mise en œuvre de ces mesures, en particulier en imposant le recours des méthodologies techniques de calcul des apports azotés, elle rappelle qu'ils sont « spécialement tenus afin de satisfaire pleinement à l'exigence de sécurité juridique de veiller à ce que leur législation destinée à assurer la transposition de cette directive soit claire et précise »⁵⁶.

La force d'interprétation essentielle de la CJUE se manifeste également pour contrer la confusion introduite délibérément ou non par certains États membres au sujet de notions non définies ou imprécises ou de la portée juridique des obligations imposées par les textes de l'UE⁵⁷. À plusieurs reprises, le juge a été contraint de rappeler que certaines dispositions majeures des directives sur l'eau constituaient non « un simple devoir de diligence, mais des obligations de résultat »⁵⁸. Dans l'affaire

54. CJUE du 4 septembre 2014, *Commission/France*, C 237/12, *op. cit.*, Directive 91/676/CEE concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles, *op. cit.*

55. L'annexe III de la directive précise que la quantité d'effluents d'élevage épandue annuellement, y compris les animaux eux-mêmes, ne dépasse pas une quantité donnée par hectare soit 170 kg azote.

56. CJUE du 4 septembre 2014, *Commission/France*, C 237/12, *op. cit.*, Directive 91/676/CEE concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles, *op. cit.*

57. À titre d'exemples qui ne pourront faire l'objet d'une analyse approfondie dans cette présente contribution : article 9 de la DCE relatif à la notion de récupération des coûts des services liés à l'utilisation de l'eau et à son champ d'application (CJCE du 11 septembre 2014, *Commission/Allemagne*, C 525/12, Rec., manquement non constaté), notions non définies de la directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires : précipitations exceptionnellement fortes, rendement suffisant des stations d'épuration, connaissances techniques les plus avancées (CJUE du 18 octobre 2012, *Commission/Royaume-Uni*, C 301/10, Rec.).

58. CJCE du 8 septembre 2005, *Commission/Espagne*, C 121/03, Rec. 2005, p. I-07569 (article 7 de la directive 80/778/CEE du Conseil du 15 juillet 1980 relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine) : le juge s'appuie sur sa jurisprudence antérieure en citant son arrêt du 14 novembre 2002, *Commission/Irlande*, C 316/00, Rec. 2002, p. I-10527. Autre exemple à

266/99, la France soutient que les obligations d'amélioration continue et substantielle énoncées dans l'article 4§2 de la directive 75/440/CEE « ne sont pas suffisamment absolues pour constituer des obligations de résultat »⁵⁹. La Cour concède que cette disposition « ne contient aucune prescription qualitative ou quantitative expresse » mais souligne qu'il est « cependant clair que cette disposition impose aux États membres de parvenir, dans le délai de 10 ans qu'elle prévoit, à des valeurs quantitatives inférieures aux valeurs limites qu'ils sont tenus d'atteindre [...] ». Conférant ainsi une portée contraignante à cet objectif d'amélioration de la qualité des eaux superficielles⁶⁰, la Cour conclut que les « États membres étaient donc dans l'obligation au cours de cette décennie, de parvenir à des teneurs en nitrates se situant en tout état de cause, au-dessus de la valeur limite de 50 mg/l ».

La directive-cadre sur l'eau comporte une diversité d'objectifs environnementaux et socio-économiques destinés à assurer une protection et une utilisation durable des ressources en eaux et des milieux aquatiques. Leur transposition et leur mise en œuvre ont d'ores et déjà suscité différentes affaires révélant la volonté des États membres d'amoindrir leur nature juridique et de restreindre *rationae materiae* leur champ d'application. La récente affaire introduite par une juridiction allemande offre un exemple éclairant de ces tentatives et du rôle de la coopération juridictionnelle. Elle concerne l'autorisation d'un projet d'aménagement du fleuve Weser, à des fins de passe de porte-conteneurs plus larges dans trois ports au nord de l'Allemagne, susceptible de provoquer une détérioration de l'état des masses d'eau de surface. Elle invite la CJUE à préciser la portée juridique des objectifs généraux poursuivis par l'article 4 de la DCE, qui prévoit en particulier que les « États membres mettent en œuvre les mesures nécessaires pour prévenir la détérioration de l'état de toutes

propos de la directive eaux résiduaires : CJCE du 19 avril 2007, Commission/Espagne, C 219/05, Rec. 2007, p. I-56 (directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.*).

59. CJCE du 8 mars 2001, Commission/France, C 266/99, Rec. 2001, p. I-1981.

60. La CJUE conforte cette obligation d'amélioration de la qualité des eaux concernant l'interprétation de l'article 4 §1 a) de la DCE dans l'affaire C 461/13 (CJUE du 1^{er} juillet 2015, C 461/13, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV contre Bundesrepublik Deutschland, Rec.) : « Ladite disposition impose deux objectifs distincts quoique intrinsèquement liés. [...] Les États membres mettent en œuvre les mesures nécessaires pour prévenir la détérioration de l'état de toutes les masses d'eau de surface (obligation de prévenir la détérioration) [...] et les États membres protègent, améliorent, et restaurent toutes les masses d'eau de surface afin de parvenir à un bon état au plus tard à la fin de l'année 2015 (obligation d'amélioration) ». Pour information, la directive 75/440/CEE du Conseil du 16 juin 1975 concernant la qualité requise des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire dans les États membres (*JOCE*, n° L.194 du 25 juillet 1975, p. 26), objet du recours Commission/France C 266/99, a été abrogée à compter de 2007 par la DCE qui a repris l'acquis de ce texte.

les masses d'eau de surface (§1 a) ». Sur le fondement de sa jurisprudence constante, la Cour rappelle que la portée de dispositions « doit être déterminée en tenant compte tant des termes de celles-ci que de leur contexte ainsi que des objectifs poursuivis par la réglementation dont elles font partie et en l'occurrence de la genèse de cette réglementation »⁶¹. Elle en déduit que ladite disposition « ne se limite pas à énoncer », comme le soutiennent les gouvernements allemand et néerlandais, « selon une formulation programmatique, de simples objectifs de planification de gestion, mais déploie des effets contraignants, une fois déterminé l'état écologique de la masse d'eau concernée, à chaque étape de la procédure prescrite par cette directive ». Elle démontre également l'interprétation infondée du gouvernement visant à exclure du champ d'application de cette disposition les projets individuels. Elle rejoint l'interprétation de la juridiction allemande considérant que l'autorisation d'un projet particulier constitue bien une des mesures visées par l'article 4⁶² et qu'il est « impossible d'envisager séparément un projet et la mise en œuvre de plans de gestion ». Elle en conclut que les États membres sont tenus, sous réserve de l'octroi d'une dérogation (telle énoncée dans l'article 4), de refuser l'autorisation d'un projet particulier lorsqu'il est susceptible de provoquer une détérioration de l'état d'une masse d'eau de surface ou lorsqu'il compromet l'obtention d'un bon état des eaux de surface ou d'un bon potentiel écologique et d'un bon état chimique de telles eaux à la date prévue par cette directive. La juridiction allemande interroge également la Cour sur un élément essentiel de la mise en œuvre de cette obligation de non détérioration sous réserve du respect des conditions imposées au recours de dérogations. Elle invite à clarifier la notion de détérioration de l'état d'une masse d'eau qui n'est pas définie dans la DCE et suscite des interprétations divergentes de la part des États membres et de la Commission européenne. Sur la base d'une interprétation terminologique et finaliste et de l'appréciation complexe du contexte scientifique dans lequel s'inscrit cette notion de détérioration, la Cour en déduit que « la notion de détérioration de l'état d'une masse d'eau de surface doit être interprétée en ce sens qu'il y a détérioration dès que l'état d'au moins l'un des éléments de qualité, au sens de l'annexe v de cette directive, se dégrade d'une classe, même si cette dégradation ne se traduit pas par une dégradation de classement, dans son ensemble, de la masse d'eau de surface. Cependant, si l'élément de qualité concerné, au sens

61. CJUE du 1^{er} juillet 2015, C 461/13, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV contre Bundesrepublik Deutschland, *op. cit.*

62. La Cour confirme cette interprétation dans son arrêt du 4 mai 2016, Commission/Autriche, C 346/14, Rec.

de cette annexe, figure déjà dans la classe la plus basse, toute dégradation de cet élément constitue une détérioration de l'état d'une masse d'eau de surface, au sens de l'article 4§1 a) i) »⁶³. Cette affaire 461/13 s'avère particulièrement instructive et essentielle au vu des nombreux projets individuels privés ou publics, en particulier qualifiés d'intérêt général, susceptibles de porter atteinte aux objectifs de la DCE (promotion de l'énergie hydraulique, approvisionnement en eau, irrigation et infrastructures de transport). Différents arrêts témoignent de cette détermination du juge à déjouer les tentatives de contournement et d'extension de ces dispositions aux fins d'allègement de leurs obligations matérielles et procédurales⁶⁴. De même, la mise en œuvre des différentes catégories de dérogations de la DCE n'a pas fini de susciter de nombreux différends comme le montrent de récents arrêts de la CJCE⁶⁵ et la vigilance de la Commission européenne vis-à-vis de projets comme le projet français du barrage de Sivens abandonné depuis lors⁶⁶ et du projet d'aéroport Notre-Dame-des-Landes⁶⁷ en France, objet d'un référendum local en juin 2016.

À l'issue de la constatation du manquement, l'État membre « est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour »

63. Cette interprétation est essentielle pour dissuader les États membres partisans d'une interprétation minimaliste de la notion de détérioration au sens de déclassement de la masse d'eau (selon la règle *one out, all out*). Dans l'affaire C 346/14, le projet de construction d'une centrale hydroélectrique a fait l'objet d'une première décision autrichienne où il était constaté qu'une détérioration de l'état de la masse d'eau de la Schwarze Sulm entraînerait un déclassement de l'état écologique de très bon à bon. Une nouvelle décision a été adoptée en 2013 par le gouverneur de Styrie ne mentionnant plus un tel déclassement.

64. À l'exemple de l'arrêt du 14 novembre 2002, Commission/Irlande, C 316/00, *op. cit.* (Directive 80/778/CEE concernant la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, *op. cit.*).

65. CJUE du 11 septembre 2012, Nomarchiaki Aftodioikisi Aitolokarnanias e.a., C-43/10, Rec. : cette affaire concerne le projet d'un détournement partiel du cours supérieur du fleuve Achéloos vers un autre fleuve de Thessalie qui est l'objet d'une série de contentieux nationaux depuis 1995. Dans cette affaire, la Cour précise qu'un projet susceptible d'entraîner des effets négatifs pour l'eau peut être autorisé sous réserve du respect des conditions de l'article 4§7 (projet d'intérêt public majeur, mesures d'atténuation des incidences négatives sur l'état de la masse d'eau et motivation explicite des raisons dudit projet) ; CJUE du 4 mai 2016, Commission/Autriche, C 346/14, *op. cit.* : la Cour reconnaît que ce projet relatif à la construction d'une centrale hydroélectrique est bien susceptible d'entraîner une détérioration de l'état de la masse d'eau de surface de la Schwarze Sulm et peut faire l'objet d'une autorisation sous réserve de respecter les conditions prévues à l'article 4 §7. En l'espèce, le recours est rejeté au motif de l'absence de démonstration de la Commission concernant ses griefs portant sur l'analyse insuffisante de l'impact écologique du projet et l'absence de fiabilité qui entacherait les prévisions de production hydroélectrique.

66. Lettre de mise en demeure adressée par la Commission européenne à la France le 26 novembre 2014 au regard du respect des obligations de DCE (en outre, ce projet devait bénéficier d'un cofinancement Feader à hauteur de 30 %). À la suite du décès d'un jeune militant écologiste lors de manifestations en octobre 2014, les autorités françaises prendront la décision d'abandonner le projet en 2015.

67. Lettre de mise en demeure adressée par la Commission à la France en 2014 concernant l'évaluation des incidences environnementales du projet.

(art. 260 TFUE). Face à l'inefficacité de la procédure du manquement sur manquement, le dispositif des sanctions pécuniaires introduit par le Traité de Maastricht et modifié par le Traité de Lisbonne⁶⁸ offre à la CJUE une force dissuasive non négligeable.

B. Une force de sanction dissuasive et persuasive

En qualité de gardienne des traités, la Commission européenne est chargée de veiller au respect des textes et d'attirer les États membres⁶⁹, si elle l'estime opportun⁷⁰, devant la Cour de justice pour manquement à leurs obligations communautaires. Confrontée aux évaluations préoccupantes de la qualité de l'eau en Europe, elle prend la mesure de l'effectivité partielle et aléatoire des textes de l'UE. À partir de 2000, elle intensifie le contrôle de l'application nationale du droit de l'environnement⁷¹ et en particulier dans le domaine de l'eau. Si la directive-cadre sur l'eau devient progressivement le texte le plus *contentieux*, la majorité des affaires concerne le non-respect de directives adoptées au début des années 90⁷². Au vu des nombreuses condamnations pour manquement

68. Le Traité de Lisbonne complète le dispositif prévu à l'article 260 en prévoyant la possibilité d'imposer une sanction financière dans le cadre d'un premier arrêt de manquement (supprimant l'envoi d'une lettre de mise en demeure par la Commission à l'État membre) dans l'hypothèse où l'État « a manqué à son obligation de communiquer les mesures de transposition d'une directive » ; si tel est le cas, « la Cour peut infliger à l'État membre concerné le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte dans la limite du montant indiqué par la Commission ».

69. Pour rappel, seuls les États peuvent être attirés devant le juge communautaire, indépendamment de la répartition interne de leurs compétences conformément au principe communautaire de l'autonomie procédurale et institutionnelle reconnue aux États membres. Article 258 du TFUE (Traité de Lisbonne). Un État membre peut également saisir la Cour à l'encontre d'un autre État membre pour manquement selon les modalités énoncées à l'article 259 du Traité de Lisbonne.

70. La Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire en la matière comme le confirme de manière constante la Cour de justice (à titre d'exemple dans le contentieux sur le droit de l'eau : CJCE du 10 mai 2001, Commission/Pays-Bas, C 152/98, Rec. 2001, p. 3463).

71. Dès le 4^e programme d'action des CE dans le domaine de l'environnement (1987 : JOCE, n° C 328 du 7 décembre 1987, p. 1) et surtout à partir du 5^e programme de 1993 (JOCE, n° C 138 du 17 mai 1993, p. 1). Confirmé par le 6^e programme de 2002 et le 7^e programme : Décision 1600/2002 du Parlement européen et du Conseil du 22 juillet 2002 établissant le 6^e programme d'action communautaire pour l'environnement (JOCE, n° L.242 du 10 septembre 2002, p. 1) et Décision 1386/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 (JOUE, n° L.354 du 28 décembre 2013, p. 171). Les institutions communautaires reconnaissent que l'application effective des textes constitue une *priorité absolue* (objectif prioritaire 4 du 7^e programme ; en 2009 : 451 dossiers d'infractions ouverts).

72. Voir pour la France, une ancienne directive désormais abrogée par la DCE depuis 2007 : Directive 75/440/CEE concernant la qualité requise des eaux superficielles, *op. cit.* ; Directive 76/160/CEE concernant la qualité des eaux de baignade, *op. cit.* ; Directive 91/676/CEE concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles, *op. cit.* ; Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.* ; CJUE du 18 octobre 2012, Commission/Royaume-Uni, C 301/10, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.*

des États membres, l'on en déduit l'existence d'une certaine désinvolture des autorités publiques vis-à-vis du droit de l'UE. Systématiquement, la Cour rappelle qu'un « État membre ne saurait exciper des circonstances internes ou des difficultés pratiques pour justifier le non-respect des obligations et des délais prescrits par les directives communautaires »⁷³. Néanmoins, les autorités continuent à invoquer diverses difficultés institutionnelles, financières ou pratiques⁷⁴. Ces dernières, réelles ou supposées, se répercutent inévitablement sur le respect des arrêts en manquement, et ce, en dépit de l'autorité de chose jugée des décisions de la CJUE⁷⁵.

Face à l'inexécution des arrêts de manquement, la Cour de justice a dû préciser que leur exécution doit être « entamée immédiatement et aboutisse dans des délais aussi brefs que possible »⁷⁶ en vue de permettre une application immédiate et uniforme du droit communautaire. Ainsi dans l'affaire C 278/01⁷⁷, elle a considéré que le délai de trois années était suffisant pour l'Espagne pour se conformer à son arrêt de manquement et adopter les mesures nécessaires aussi complexes soient-elles, comme l'argumentait l'Espagne en défense, en vue de respecter ces obligations au titre de la directive sur les eaux de baignade. En raison de l'attitude de certains États membres peu soucieux de respecter ces exigences, la consécration d'une procédure des sanctions pécuniaires à leur encontre accorde une force dissuasive renforcée à la procédure du manquement. Au fil de sa jurisprudence, la Cour affirme son « large pouvoir

73. À titre d'exemples : CJCE du 25 octobre 2007, Commission/Irlande, C 248/05, Rec. 2007, p. I-9261 ; CJUE du 19 avril 2012, Commission/Grèce, C 297/11, DCE, Rec. ; CJUE du 4 septembre 2014, Commission/France, C 237/12, *op. cit.*, Directive 91/676/CEE concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles, *op. cit.*

74. Difficultés liées à leur répartition interne des compétences (nationales, régionales) : C 236/99, CJUE du 24 octobre 2013, Commission/Espagne, C 151/12, DCE, Rec. (État et Communautés autonomes au sujet de la transposition). Difficultés d'ordre financier : CJCE du 30 novembre 2006, Commission/Italie, C 293/05, Rec. 2006, p. I-122, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.* ; CJCE du 8 juillet 2004, Commission/Belgique, C 27/03, non publié au Rec., Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.* ; CJUE du 18 octobre 2012, Commission/Royaume-Uni, C 301/10, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.* ; CJUE du 28 janvier 2016, Commission/Portugal, C 398/14, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.* À titre de rappel, ce sont les États membres qui assurent le financement et l'exécution de la politique en matière d'environnement (article 192 §4 du TFUE).

75. Article 280 TFUE : « Les arrêts de la CJUE ont force exécutoire dans les conditions fixées à l'article 299 ».

76. Jurisprudence constante, voir CJCE du 4 juillet 2000, Commission/Grèce, C 387/97, Rec. 2000, p. I-5047.

77. CJCE du 25 novembre 2003, Commission/Espagne, C 278/01, *op. cit.*, Directive 76/160/CEE concernant la qualité des eaux de baignade, *op. cit.*

d'appréciation afin de décider ou non de l'infliction d'une sanction »⁷⁸ et affirme que les lignes directrices de la Commission européenne en matière de sanctions pécuniaires ne sauraient la lier. Elle précise qu'elles ne constituent que des indications⁷⁹ susceptibles de « contribuer à garantir la transparence, la prévisibilité et la sécurité juridique de l'action conduite par la Commission »⁸⁰.

Ce n'est pas un hasard si la première application de cette nouvelle disposition a été effectuée dans le domaine de l'environnement en 2000 à l'encontre de la Grèce pour non-respect d'un arrêt de manquement de la CJCE de 1992 concernant l'élimination des déchets dans la région de La Canée⁸¹. En l'espèce, la CJCE a condamné la Grèce à payer une « astreinte de 20 000 euros par jour de retard dans la mise en œuvre des mesures nécessaires pour se conformer à l'arrêt de la Commission/Grèce à compter du prononcé du présent arrêt »⁸². En l'état actuel de la jurisprudence dans le domaine de l'eau, quatre affaires ont conduit à condamner financièrement des États membres pour non-respect d'arrêts en manquement⁸³. À deux reprises, la Commission européenne a menacé la France de l'attirer devant la Cour et de demander des sanctions financières pour non-exécution de deux arrêts de manquement⁸⁴. En 2006, elle choisit d'abandonner ses poursuites concernant l'affaire C 505/03 tout en

78. CJUE du 17 octobre 2013, Commission/Belgique, C 533/11, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.*

79. Depuis 1996, la Commission a publié des communications concernant la mise en œuvre des sanctions pécuniaires et les modalités de leur calcul (SEC [2005] 1658, COM [2014] 6767 mise à jour des données pour le calcul des sommes forfaitaires : forfait de base multiplié par les coefficients de gravité de l'infraction, de durée, et du facteur n correspondant à la capacité de paiement de l'État). Voir CJUE du 17 octobre 2013, Commission/Belgique, C 533/11, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.*

80. *Ibid.*

81. CJCE du 4 juillet 2000, Commission/Grèce, C 387/97 (premier arrêt de manquement C 45/91), *op. cit.*

82. *Ibid.*

83. CJCE du 25 novembre 2003, Commission/Espagne, C 278/01, *op. cit.*, Directive 76/160/CEE concernant la qualité des eaux de baignade, *op. cit.* (premier arrêt de manquement CJCE du 12 février 1998, C 92/96) ; CJUE du 28 novembre 2013, Commission/Luxembourg, C 576/11, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.* (premier arrêt de manquement CJCE du 23 novembre 2006, C 452/05) ; CJUE du 17 octobre 2013, Commission/Belgique, C 533/11, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.* (premier arrêt de manquement CJCE du 8 juillet 2004, C 27/03, *op. cit.*) ; CJUE du 15 octobre 2015, Commission/Grèce, C 167/14, *op. cit.*, Directive 91/271 relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.* (premier arrêt de manquement CJCE du 25 octobre 2007, C 440/06).

84. CJCE du 8 mars 2001, Commission/France, C 266/99, *op. cit.*, Directive 75/440/CEE concernant la qualité requise des eaux superficielles, *op. cit.*, Région Bretagne concernée, et CJUE du 28 octobre 2004, Commission/France, C 505/03, non publié, Directive 80/778/CEE relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, *op. cit.*, Région Bretagne concernée.

insistant sur la nécessité « de réduire la pression des nitrates, notamment d'origine agricole sur les réserves hydriques »⁸⁵. En 2007, elle décide de suspendre la décision de saisir la CJUE sous réserve que la France adresse l'envoi de rapports tous les trois mois sur l'effectivité du plan d'action mis en place en Bretagne concernant les bassins visés par le contentieux de 2001⁸⁶. En 2010, au vu des progrès réalisés⁸⁷, elle décide de ne plus poursuivre la procédure tout en précisant son intention de surveiller scrupuleusement les données sur la concentration de nitrates que la France devra lui adresser régulièrement. Trois des quatre arrêts qui imposent des sanctions financières aux États membres concernent la directive 91/271/CEE sur les eaux résiduaires.

À l'instar des arrêts précédemment étudiés, les États membres développent un argumentaire destiné à justifier leurs difficultés d'exécution des arrêts en manquement⁸⁸. Selon les affaires, ils contestent également l'évaluation de l'inexécution de leurs obligations réalisée par la Commission⁸⁹, le choix des sanctions financières et de leur méthode de calcul⁹⁰. Si la Cour reconnaît que l'exécution desdits arrêts peut « impliquer des opérations complexes et de longue haleine » comme l'invoque l'Espagne en 2003 à propos du respect des obligations de protection des eaux de baignade, « de telles considérations [...] ne peuvent pas conduire au rejet du recours »⁹¹ intenté par la Commission. Dans

85. Communiqué de presse de la Commission européenne du 5 avril 2006.

86. Communiqué de presse de la Commission du 12 septembre 2007. En mars 2007, la France décide de renforcer les mesures prises en adoptant un plan d'action en Bretagne en vue d'assurer le respect du seuil de concentrations en nitrates pour tous les points de captages d'eau potable (trente-sept points de captages d'eau visés dans l'arrêt de 2001). En juin 2007, la Commission confirme sa décision de saisir la CJUE au vu des neuf points de captage bretons non encore conformes et indique qu'elle prévoit de demander à la Cour de condamner la France au paiement d'une amende forfaitaire (28 millions d'euros) et d'une astreinte journalière (de 117 000 euros). En septembre 2007, au vu des efforts poursuivis par la France, la Commission suspend sa décision.

87. Communiqué de presse de la Commission européenne du 24 juin 2010. Cette décision est prise alors que fin 2009, comme la Commission le précise, les concentrations légèrement supérieures à 50 mg/l étaient constatées pour trois points de captage bretons.

88. CJUE du 17 octobre 2013, Commission/Belgique, C 533/11, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.* ; CJUE du 15 octobre 2015, Commission/Grèce, C 167/14, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.* ; CJUE du 28 novembre 2013, Commission/Luxembourg, C 576/11, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.* (le Luxembourg considère que la durée de mise en conformité est « plus longue que pour un simple acte législatif » et implique la prise en compte de l'adoption d'un ensemble d'actes de planifications).

89. CJUE du 17 octobre 2013, Commission/Belgique, C 533/11, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.* En l'espèce, la Belgique considère que les « conséquences environnementales de l'inexécution des obligations de la directive n'ont pas été évaluées *in concreto* ».

90. *Ibid.*

91. CJCE du 25 novembre 2003, Commission/Espagne, C 278/01, *op. cit.*

l'affaire C 533/11⁹², le Royaume-Uni, au soutien de la Belgique, insiste sur la nécessité d'apprécier le caractère raisonnable du délai d'exécution d'un arrêt de manquement au vu du temps nécessaire pour la réalisation des travaux d'infrastructures de collecte et de traitement des eaux résiduaires. De nouveau, si la Cour reconnaît que les « tâches à exécuter nécessitaient une période significative de plusieurs années et que l'exécution de l'arrêt doit être considérée comme avancée, voire presque achevée »⁹³, elle conclut cependant que la durée de neuf années demeure excessive. Lors de la première application de la procédure des sanctions financières dans le domaine de l'eau en 2003, l'Espagne plaide pour une réduction du coefficient de gravité de l'infraction⁹⁴ calculé par la Commission en raison du fait qu'elle n'aurait pas bénéficié comme les autres États membres du délai de 10 ans pour mettre en œuvre la directive sur les eaux de baignade. La CJCE rejette cette argumentation considérant que l'Espagne n'a pas sollicité, lors son adhésion à la Communauté européenne, une période transitoire pour mettre en œuvre la directive eaux de baignade et par conséquent, ne peut donc « se prévaloir de son inaction pour réclamer une réduction de l'astreinte »⁹⁵.

Lors de la détermination du type de sanction (astreinte et/ou somme forfaitaire) et du calcul de son montant, la CJUE considère nécessaire de tenir compte de l'existence de circonstances aggravantes⁹⁶. A contrario, elle apprécie les progrès accomplis par l'État membre dans l'exécution de l'arrêt de manquement⁹⁷ et la loyauté de sa coopération avec la Commission en vue de respecter leurs obligations. Ainsi, elle en déduit « qu'une sanction qui ne tiendrait pas compte des progrès éventuellement réalisés par l'État membre dans l'exécution de ses obligations ne serait ni adaptée aux circonstances ni proportionnée au manquement constaté »⁹⁸.

92. CJUE du 17 octobre 2013, Commission/Belgique, C 533/11, *op. cit.* La Belgique refuse de qualifier d'excessive la durée de l'absence complète de mise en conformité considérant que les trois régions, à l'issue de l'arrêt de manquement, ont adopté immédiatement des mesures d'exécution.

93. *Ibid.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.*

94. Même argumentaire de la Belgique dans l'affaire C 533/11 (CJUE du 17 octobre 2013, Commission/Belgique, *op. cit.*). Elle demande de prendre en compte « les difficultés pratiques d'exécution et d'interprétation de l'arrêt et de l'évolution de l'interprétation du champ d'application de la directive ».

95. CJCE du 25 novembre 2003, Commission/Espagne, C 278/01, *op. cit.*

96. CJUE du 28 novembre 2013, Commission/Luxembourg, C 576/11, *op. cit.* La Cour mentionne l'existence de circonstances aggravantes liées à la spécificité du cas d'espèce (durée excessive 5 ans, identification de tout le territoire luxembourgeois en zone sensible à l'eutrophisation depuis 1999) : « Le Luxembourg ne pouvait ignorer la nécessité de procéder aux travaux permettant de mettre en conformité ses stations d'épuration avec le droit de l'UE au moins dès 1999 ».

97. CJUE du 15 octobre 2015, Commission/Grèce, C 167/14, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.*

98. CJCE du 25 novembre 2003, Commission/Espagne, C 278/01, *op. cit.*, Directive 76/160/CEE

Elle confirme cette interprétation en insistant sur l'appréciation « de l'ensemble des éléments pertinents ayant trait tant aux caractéristiques du manquement constaté qu'à l'attitude propre à l'État membre concerné par la procédure initiée sur le fondement de l'article 260 TFUE »⁹⁹.

Ainsi, en vue de la détermination d'un montant dissuasif et approprié des sanctions pécuniaires, la Cour apprécie le manquement au regard de la durée de l'infraction, de son degré de gravité et de la capacité de paiement de l'État membre. Pour mener à bien cette analyse, elle prend notamment en considération les « conséquences du défaut d'exécution sur les intérêts publics et privés et de l'urgence de la situation »¹⁰⁰ susceptible de justifier le paiement d'une somme forfaitaire¹⁰¹. Les quatre affaires étudiées illustrent un processus singulier d'appréciation de ces critères à la lumière des caractéristiques environnementales en jeu. La Cour rappelle l'importance des objectifs de protection de la santé publique et de l'environnement et conclut à la gravité certaine des infractions commises¹⁰² en appréciant par exemple le nombre d'agglomérations visées dans le manquement initial qui demeurent en situation de non-conformité¹⁰³. Concernant le critère de la capacité financière de l'État, dans l'affaire C 167/14, la Grèce demande que l'on prenne en considération l'impact de la crise économique à laquelle elle est confrontée. En l'espèce, elle considère qu'il « convient de prendre en compte l'évolution récente du PIB d'un État membre telle qu'elle se présente à la

concernant la qualité des eaux de baignade, *op. cit.*

99. CJUE du 17 octobre 2013, Commission/Belgique, C 533/11, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.*

100. CJUE du 28 novembre 2013, Commission/Luxembourg, C 576/11, *op. cit.*

101. *Ibid.*

102. CJUE du 15 octobre 2015, Commission/Grèce, C 167/14, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.* : « L'absence ou l'insuffisance de systèmes de collecte ou de traitement des eaux urbaines résiduaires sont susceptibles de porter atteinte à l'environnement et doivent être considérées comme particulièrement graves ». Dans l'affaire C 278/01 (eaux de baignade), la Cour considère que le manquement au présent arrêt « peut mettre en danger la santé et porter préjudice à l'environnement et revêt une importance certaine ». Dans l'affaire C 533/11, la Commission propose un coefficient de gravité de 6 sur son échelle de 20 en considérant que les « règles enfreintes [...] revêtent une haute importance et sont essentielles au bien-être des citoyens, à leur qualité de vie mais aussi à la sauvegarde des ressources naturelles et des écosystèmes ». Dès le premier arrêt prononçant les sanctions financières à l'encontre de la Grèce (C 387/87, Directive 75/442/CEE du Conseil du 15 juillet 1975 relative aux déchets), la Cour prend en compte la nature de l'obligation et l'absence de respect par l'État membre de cette obligation « risque de mettre directement en danger la santé de l'homme et de porter préjudice à l'environnement et doit, au regard des autres obligations, être considérée comme particulièrement grave ».

103. CJUE du 15 octobre 2015, Commission/Grèce, C 167/14, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.* Dans l'affaire C 278/01, la Cour prend en considération le pourcentage des zones de baignade en non-conformité avec les valeurs limites fixées par la directive.

date de l'examen des faits par la Cour »¹⁰⁴. Au vu de ces considérations, elle condamne la Grèce à payer « une astreinte de 3 640 000 euros par semestre de retard dans la mise en œuvre des mesures pour se conformer à l'arrêt de manquement à compter du prononcé du présent arrêt »¹⁰⁵. Dans son calcul de l'astreinte, de son caractère constant ou dégressif et de sa périodicité, la Cour prend en considération la spécificité des problèmes environnementaux. Ainsi, concernant les eaux de baignade dont l'évaluation de la qualité par les États se fait sur une base annuelle, la Cour en déduit qu'une astreinte journalière telle que proposée par la Commission est inappropriée. De même, elle souligne la particularité d'obtenir des améliorations substantielles de la qualité des eaux de baignade sans parvenir toutefois à une exécution complète à court terme de l'arrêt de manquement ; considération qui s'oppose selon la Cour à la fixation d'un montant constant de l'astreinte¹⁰⁶. Elle en déduit la nécessité d'imposer à l'Espagne le paiement annuel d'une astreinte calculée en fonction du pourcentage de zones de baignade non encore rendues conformes aux valeurs impératives de la directive. Elle condamne ainsi l'Espagne au paiement d'une « astreinte de 624 150 euros par an et pour 1 % de zones de baignade dans les eaux intérieures espagnoles dont la non-conformité avec les valeurs limites de la directive 76/160/CEE aura été constatée pour l'année en question »¹⁰⁷.

Sur les quatre affaires portées devant la Cour, les États sont condamnés financièrement pour ne pas avoir pris les mesures nécessaires à l'exécution des arrêts en manquement. Comme le rappelle la Cour, « l'ensemble des éléments juridiques et factuels du manquement constaté constitue un indicateur de nature à imposer une mesure dissuasive telle une somme forfaitaire en vue de prévenir la répétition future d'infractions analogues au droit de l'UE »¹⁰⁸. Dès lors, selon la CJUE, « la condamnation d'un État membre à une somme forfaitaire ne saurait revêtir un

104. *Ibid.*

105. *Ibid.*

106. La CJUE parvient à la même analyse dans l'affaire C 533/11 où elle impose à la Belgique le paiement d'une astreinte de 859 404 euros par semestre de retard en réduisant le total relatif à de telles périodes d'un pourcentage correspondant à la proportion représentant le nombre d'équivalents habitants qui ont été mis en conformité avec l'arrêt, jusqu'à la fin d'une telle période, par rapport au nombre d'équivalents habitants qui ne sont pas conformes au présent arrêt au jour de son prononcé (CJUE du 17 octobre 2013, Commission/Belgique, C 533/11, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.*).

107. CJCE du 25 novembre 2003, Commission/Espagne, C 278/01, *op. cit.*, Directive 76/160/CEE concernant la qualité des eaux de baignade, *op. cit.*

108. CJUE du 17 octobre 2013, Commission/Belgique, C 533/11, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.*

caractère automatique¹⁰⁹ et [...] ne se justifie en principe que pour autant que perdure le manquement tiré de l'inexécution du précédent arrêt de manquement jusqu'à l'examen des faits par la Cour »¹¹⁰. En raison de la durée excessive de l'infraction, le Luxembourg est ainsi exposé au paiement « d'une somme forfaitaire de 2 000 000 euros dans le cas où le manquement constaté persisterait au jour du prononcé de l'arrêt »¹¹¹, tout comme la Belgique est condamnée à payer à la Commission européenne sur le compte des ressources propres de l'UE la somme forfaitaire de 10 millions d'euros¹¹². Au titre des quatre arrêts de manquement sur manquement dans le secteur de l'eau, les États membres se voient imposer le paiement d'astreintes financières qualifiées d'adaptées et de proportionnées¹¹³ selon la Cour sur la base de modalités complexes de calcul en fonction des circonstances de l'affaire et du comportement des autorités nationales.

Au travers de cette procédure de sanctions financières, la Cour s'attache à conférer indéniablement à sa jurisprudence une force dissuasive et persuasive auprès des États membres. Comme elle le souligne, elle veille à déterminer les sanctions « en fonction du degré de persuasion et de dissuasion »¹¹⁴ qui lui paraît requis et à conduire l'État membre

109. *Ibid.*

110. *Ibid.*

111. CJUE du 28 novembre 2013, Commission/Luxembourg, C 576/11, *op. cit.* La Cour souligne que le manquement a perduré près de sept ans, ce qui est excessif.

112. CJUE du 17 octobre 2013, Commission/Belgique, C 533/11, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.* La Commission proposait le paiement d'une somme forfaitaire de 6 204 euros.

113. CJCE du 25 novembre 2003, Commission/Espagne, C 278/01, *op. cit.* : « Astreinte de 624 150 euros par an et pour 1 % de zones de baignade dans les eaux intérieures espagnoles dont la non-conformité avec les valeurs limites (directive) aura été constatée pour l'année en question, à compter de la constatation de la qualité des eaux de baignade atteinte lors de la première saison balnéaire suivant le prononcé du présent arrêt jusqu'à l'année en cours de laquelle aura lieu la pleine exécution de l'arrêt ». La Cour ne reprend donc pas la proposition de la Commission de 45 600 euros par jour de retard ; CJUE du 28 novembre 2013, Commission/Luxembourg, C 576/11, *op. cit.* : astreinte de 2 800 euros par jour de retard dans la mise en œuvre des mesures nécessaires pour se conformer à l'arrêt (la Commission proposait une astreinte de 11 340 euros par jour de retard) ; CJUE du 15 octobre 2015, Commission/Grèce, C 167/14, *op. cit.* : « Astreinte de 3 640 000 euros par semestre de retard dans la mise en œuvre des mesures nécessaires à compter de la date du prononcé du présent arrêt et jusqu'à l'exécution complète de l'arrêt C 440/06 (25 novembre 2007), dont le montant effectif doit être calculé à la fin de chaque période de 6 mois en réduisant le montant total relatif à chacune de ces périodes d'un pourcentage correspondant à la proportion représentant le nombre d'équivalents habitants des agglomérations dont les systèmes de collecte et de traitement des eaux résiduaires ont été mis en conformité avec l'arrêt C 440/06, à la fin de la période considérée, par rapport au nombre d'équivalents habitants des agglomérations ne disposant pas de tels systèmes au jour du prononcé du présent arrêt ». La Cour ne suit pas la Commission qui demandait une astreinte de 47 462,40 euros par jour de retard et une somme forfaitaire de 5 191,20 euros par jour.

114. CJCE du 9 décembre 2008, Commission/France, C 121/07, Rec. 2008, p. I-9159, Directive

défaillant à modifier son comportement en mettant fin à l'infraction incriminée¹¹⁵. Les États membres prennent vivement au sérieux les menaces de sanctions financières susceptibles d'être prononcées par la CJUE. La Commission européenne a perçu rapidement la puissance de cette arme financière sur les États surtout à l'issue de la condamnation en 2005 de la France à une amende de 20 millions d'euros et à une astreinte de 57,8 millions d'euros par période de six mois pour non-exécution d'un arrêt de manquement relatif au dépassement des quotas de pêche¹¹⁶. Un tel « choc salutaire »¹¹⁷ oblige les autorités nationales à réfléchir en urgence à la stratégie face à l'impact financier de grande ampleur de ces contentieux du manquement sur manquement. En 2007, la sénatrice française Fabienne Keller évalue le coût de ces contentieux environnementaux à venir entre 109 millions et 1,2 milliard d'euros¹¹⁸.

Cette force normative de la jurisprudence de la CJUE se prolonge également au travers du dynamisme des juridictions nationales dont les décisions convergent en vue d'assurer la transposition des directives, qualifiée par le Conseil constitutionnel français « d'exigence constitutionnelle »¹¹⁹, et l'effectivité des directives sur l'eau. Ainsi, sans forcément recourir à la coopération juridictionnelle offerte par le recours préjudiciel¹²⁰, certaines décisions judiciaires s'inspirent, voire s'appuient explicitement sur la jurisprudence de la CJUE. Un processus de convergence jurisprudentielle¹²¹ se manifeste comme l'illustrent les contentieux relatifs à la prolifération des algues vertes en Bretagne. La

2001/18/CE concernant la dissémination volontaire dans l'environnement et mise sur le marché d'OGM (premier arrêt de manquement, CJCE du 15 juillet 2004, Commission/France, C 419/03).

115. CJUE du 15 octobre 2015, Commission/Grèce, C 167/14, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.* La cour précise que « l'astreinte doit être arrêtée en fonction du degré de persuasion nécessaire pour que l'État membre défaillant à exécuter un arrêt en manquement modifie son comportement et mette fin à l'infraction incriminée ».

116. CJCE du 12 juillet 2005, Commission/France, C 304/02, Rec. 2005, p. I-6263 (premier arrêt de manquement, CJCE du 11 juin 1991, Commission/France, C 64/88, Rec. 1991, p. I-2727). La France a payé la somme forfaitaire de 20 millions d'euros en octobre 2005.

117. Rapport d'information de Fabienne Keller, fait au nom de la commission des Finances du Sénat, sur les enjeux budgétaires liés au droit communautaire de l'environnement, n° 342/2006.

118. Rapport d'information de Fabienne Keller, fait au nom de la commission des Finances du Sénat, sur le suivi des contentieux communautaires dans le domaine de l'environnement, n° 332/2007.

119. Décision 2004/496 du 10 juin 2004 réaffirmée dans sa décision 2006/535 du 30 mars 2006 concernant la loi pour l'égalité des chances.

120. Pour un exemple de renvoi préjudiciel dans le domaine de l'eau : CJCE du 6 novembre 2008, Association nationale pour la protection des eaux et rivières TOS/Ministère de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement durable, C 381/07, Rec. 2008, p. 8281. Renvoi introduit par le Conseil d'État français au sujet de l'interprétation de l'article 6 de la directive 2006/11/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique.

121. Une analyse approfondie de ces jurisprudences nationales dépasse le cadre du présent article.

reconnaissance par les juridictions administratives de la responsabilité de l'État pour non-respect du droit de l'eau et des installations classées¹²² témoigne de ce phénomène de commerce des juges¹²³ renforcé par l'imbrication hiérarchisée des ordres juridiques des États membres et de celui de l'UE.

En dépit des risques de sanctions pécuniaires, le respect des arrêts de la CJUE et des textes de l'UE se heurte toutefois à une série de difficultés et de contrariétés notamment sous-tendues par un pragmatisme politique, voire électoraliste, qui joue des failles et des incohérences du système juridique. À l'inverse, l'établissement de stratégies d'anticipation et de prévention des différends juridictionnels contribue à mobiliser une diversité d'acteurs invitant à souligner la relativité de la force normative de la jurisprudence de la CJUE.

II. UNE FORCE NORMATIVE CONTRARIÉE ET RELATIVE

« D'une certaine manière, nous payons aujourd'hui le coût de nos insuffisances d'hier [...]. Il faut aujourd'hui changer de méthode pour éviter des sanctions pécuniaires potentiellement importantes et surtout, restaurer une crédibilité très entamée »¹²⁴.

122. CAA Nantes du 21 juillet 2014, n° 12NT02416 : la Cour confirme la responsabilité de l'État dans la prolifération des algues vertes et indemnise le propriétaire du cheval décédé sur la place de Saint-Michel-en-grève en août 2009 suite au dégagement d'hydrogène sulfuré issu de la décomposition des algues échouées sur la plage ; CAA Nantes du 22 mars 2013, n° 12NT00342 : la Cour confirme la responsabilité pour faute de l'État et indemnise les quatre communes suite au préjudice subi en raison de la prolifération des algues (coût du ramassage en 2010), et elle cite parmi ses considérant l'arrêt de la CJUE du 8 mars 2001 qui a condamné la France pour manquement à la directive 75/440/CEE ; CAA Nantes du 1^{er} décembre 2009, n° 07NT03775, *Ministre d'État, Ministre de l'Écologie, de l'Environnement et du Développement durable et de la Mer c. Association Halte aux marées vertes et autres* : la Cour confirme la responsabilité de l'État reconnue par le Tribunal administratif de Rennes le 25 octobre 2007, *Halte aux marées vertes, Sauvegarde du Trégor, Eaux et Rivières de Bretagne, de la Source à la mer* (req. n° 0400630, n° 0400631, n° 0400636, n° 0400637, n° 0400640). Déjà en 2001, ce même tribunal avait reconnu la responsabilité de l'État pour non-respect des obligations nationales et communautaires concernant le respect des teneurs en nitrates de l'eau destinée à la consommation humaine et l'État avait été condamné à verser 751 440 francs à la société Suez Lyonnaise des eaux (ladite société avait été condamnée en 1995 par le Tribunal d'instance de Guingamp à verser une indemnité d'un montant de 251 440 francs à 176 abonnés à son réseau de distribution d'eau potable au motif qu'elle avait distribué une eau contenant plus de 50 ml/L de nitrates (donc au-dessus de la valeur limite des directives sur l'eau potable). La société a donc par la suite mis en cause devant le tribunal administratif la responsabilité de l'État pour carence fautive dans l'exercice des pouvoirs de police au titre de la législation sur les installations agricoles et du non-respect de la directive 91/676/CEE concernant la pollution de l'eau par les nitrates d'origine agricole.

123. J. ALLARD et A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation...*, *op. cit.*, p. 7.

124. Rapport d'information de Fabienne Keller, fait au nom de la commission des Finances du

Depuis la parution de son premier rapport d'information sur les enjeux budgétaires liés au droit communautaire de l'environnement, la sénatrice française Fabienne Keller salue les progrès réalisés par les autorités publiques tout en s'inquiétant de la « fragilité des résultats acquis dans le domaine de l'eau »¹²⁵. Ainsi, si la jurisprudence de la CJUE et surtout la menace de ses sanctions financières constituent une véritable épée de Damoclès obligeant les autorités publiques à modifier leurs comportements, de nombreux obstacles persistent, voire surgissent, portent atteinte à l'effectivité des directives et à l'obtention d'un bon état des masses d'eau dans l'ensemble des bassins hydrographiques de l'Europe. Cette mise à l'épreuve de la force normative de la jurisprudence invite à décrypter les sources multiples de ces contrariétés. À l'opposé de ces forces de résistances à la jurisprudence, se manifeste la détermination des autorités publiques de prévenir les risques de contentieux. En outre, au-delà d'une simple mise au diapason de leurs comportements aux exigences jurisprudentielles, l'on assiste à une mobilisation diversifiée des acteurs au service de la mise en œuvre d'une protection intégrée et durable des ressources hydriques et des milieux naturels. Une telle dynamique invite à mesurer l'impact des décisions du juge et de son attractivité sur les comportements des acteurs mais également à relativiser la force de la jurisprudence dans ce champ de forces de la gouvernance de l'eau.

A. Une diversité de forces contraires à la jurisprudence de la CJUE

Trois principales catégories de forces contraires à la jurisprudence de la CJUE se manifestent et imposent des appréciations et des réponses spécifiques.

La première force s'exprime au travers des comportements de résistance, de contestation et de réactions minimalistes des autorités publiques et des acteurs soumis aux obligations du droit de l'UE dans le domaine de l'eau. La seconde source est intrinsèquement liée à la jurisprudence et à l'exécution des décisions juridictionnelles. Paradoxalement, la troisième réside dans la force aléatoire de résilience spatio-temporelle et de transformations des milieux naturels.

Sénat, sur les enjeux budgétaires liés au droit communautaire de l'environnement, n° 342/2006.

125. *Ibid.*

En dépit de la multiplication des différends portés devant la CJUE et les juridictions nationales, l'exécution des jugements continue de se heurter à certains comportements d'évitement ou d'ajustement *a minima* de la part des autorités publiques et des acteurs responsables des atteintes aux ressources hydriques et milieux naturels. L'exemple des manquements de la France à ses obligations communautaires éclaire sur les forces de résistance au changement qui s'enracinent dans des décennies d'attentisme des autorités publiques à l'égard du respect des directives sur l'eau de l'UE. Conscientes du risque de sanctions financières pour non-respect de la directive 91/676/CEE concernant la pollution de l'eau par les nitrates d'origine agricole, les autorités françaises ont engagé un processus de modification de leur réglementation. Confronté à de vives protestations du monde agricole à l'issue de la désignation de nouvelles zones vulnérables, le gouvernement choisit de lancer une expertise scientifique destinée à mieux caractériser les facteurs d'eutrophisation des eaux et à « l'éclairer sur les modalités de révision à terme de la directive nitrates demandée par la France, en lien avec la CE, le Parlement européen et les autres États membres »¹²⁶ ! Technique politique très classique de révision d'une législation en réponse à un contentieux dérangeant qui, en réalité, vise à apaiser temporairement les contestations tout en occultant la gravité du phénomène d'eutrophisation des masses d'eau et de leurs répercussions socio-économiques et écologiques. Plus récemment, l'avis de l'autorité environnementale sur le 5^e programme d'action national Nitrates et le rapport sur l'évaluation du volet préventif du plan de lutte contre les algues vertes en Bretagne (2010-2015) délivrent des enseignements éclairants sur l'approche minimaliste et le manque de vision intégrée sur le long terme des autorités publiques. Ainsi, dans son avis de 2015, l'autorité environnementale souligne que les modifications apportées au 5^e programme national *nitrates* (projet d'arrêté) « apparaissent davantage motivées par la nécessité de répondre *a minima* aux attendus d'un arrêt de la CJUE que par l'ambition de restaurer les écosystèmes perturbés par l'excès d'azote »¹²⁷. Elle analyse avec minutie les insuffisances de ce projet d'arrêté à la lumière de la directive 91/676/CEE telle qu'interprétée par la CJUE en 2014¹²⁸ et d'une lecture intégrée des obli-

126. Réponse du gouvernement du 19 mars 2015 à une question écrite de la sénatrice de Haute-Vienne Marie-Françoise Perol-Dumont du 13 novembre 2014 (n° 13714/2014), *Journal officiel du Sénat* du 19 mars 2015, p. 601.

127. Avis du Conseil général de l'Environnement et du Développement durable en qualité d'autorité environnementale sur le programme national Nitrates, n° 2015-101. Il est souligné à plusieurs reprises le manque d'ambition de ce programme national censé être un des leviers de mise en œuvre notamment de la directive-cadre sur l'eau.

128. CJUE du 4 septembre 2014, Commission/France, C 237/12, *op. cit.* À l'issue de cet arrêt

gations communautaires visant à atteindre un bon état des masses d'eau, du milieu marin¹²⁹ et du bon état de conservation favorable des habitats naturels¹³⁰. À l'instar de son précédent avis sur ce 5^e programme d'action national Nitrates en 2013, l'autorité environnementale suggère une série de recommandations dont celle de présenter des « dispositions d'accompagnement des changements de pratique des exploitants agricoles et de préciser dans le dossier 'enquête publique' le programme de suivi auquel les maîtres d'ouvrages s'engagent »¹³¹. À la suite de la mort d'un cheval¹³² sur la plage de Saint-Michel-en-Grève en raison de l'hydrogène sulfuré émis par la putréfaction des algues échouées parmi les galets et du décès d'un chauffeur du syndicat intercommunal chargé de ramasser les algues vertes à Binic¹³³, le gouvernement français adopte en 2010 le plan de lutte contre les algues doté de 134 millions euros¹³⁴ ; ledit plan vise à réduire de 30 % les flux d'azote « d'ici 2015 dans » huit baies bretonnes exposées à ces proliférations d'algues de grande ampleur¹³⁵. En dépit de quelques améliorations, le bilan de ce plan d'action¹³⁶ montre les

condamnant la France pour la non-conformité de certaines dispositions de son 4^e programme d'action national Nitrates, le gouvernement français choisit de revoir la mise en œuvre de son 5^e programme d'action avec un nouveau projet d'arrêté soumis pour avis à l'autorité environnementale. 129. Directive 2008/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin, *JOUE*, n° L.164 du 25 juin 2008, p. 19.

130. L'autorité environnementale considère que « compte tenu du fait que l'excès de nitrates dans les eaux, notamment les eaux côtières provoque le phénomène d'eutrophisation, perturbation majeure des écosystèmes considérés, l'intégrité de certains sites Natura ne semble pas garantie ». Pour mémoire : directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, *JOCE*, n° L.206 du 22 juillet 1992, p. 7 (version consolidée en 2007).

131. Avis du Conseil général de l'Environnement et du Développement durable en qualité d'autorité environnementale sur le programme national Nitrates, *op. cit.*

132. Voir *supra*, n. 122.

133. La famille du défunt a porté plainte et le TGI de Paris a diligenté une enquête de son pôle santé. En octobre 2015, le parquet de Paris a demandé le non-lieu au vu d'une expertise qui retient la thèse de l'infarctus massif et non l'intoxication par hydrogène sulfuré (*Le Télégramme* du 15 octobre 2015).

134. Communiqué du Conseil scientifique de l'environnement de Bretagne sur les marées vertes, septembre 2009, avec les contributions de P. AUROUSSEAU, A. BAERT, N. HERVÉ-FOURNEREAU et P. LE GOFFE, (http://www.cseb-bretagne.fr/index.php?option=com_remository&Itemid=28&func=fileinfo&id=73). Voir aussi V. INSERGUET-BRISSET, « La gestion des algues vertes et ses développements ou l'enlèvement de l'État dans ses contradictions », *Revue juridique de l'environnement*, 2011/2, pp. 288-306 ; N. HERVÉ-FOURNEREAU, « Droit et marées vertes : rien de nouveau sur la plage, ou presque », *Bulletin de veille scientifique de l'ANSES*, n° 16, décembre 2011, pp. 45-47.

135. Fresnaye, Saint-Briec, Grève de Saint-Michel, anse de Locquirec, anse de l'Horn-Guillec, anse de Guisseny, Douarnenez et Concarneau.

136. « Évaluation du volet préventif du plan 2010-2015 de lutte contre les algues vertes en Bretagne. Bilan et propositions », Ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie (n° 009998-01) et Ministère de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt (n° 14113), mai 2015.

insuffisances des mesures adoptées et notamment la trop faible mobilisation des mesures agro-environnementales en vue de « faire évoluer l'agriculture vers des systèmes de production à très basses fuites d'azote »¹³⁷. En cas d'échec des actions volontaires au regard des objectifs fixés dans les Chartes adoptées pour chaque baie, le plan prévoyait le recours à des dispositions réglementaires particulières¹³⁸ ; or le rapport d'évaluation stigmatise les lacunes des contrôles de ces engagements volontaires et l'absence de sanctions invitant à rendre le dispositif de contrôle plus efficient dans le cadre du futur plan algues vertes à partir de 2017. Il recommande également de s'assurer de la conformité des Chartes adoptées pour chaque baie avec la directive 91/676/CEE et la directive-cadre sur l'eau et de l'établissement pour chaque bassin d'un programme agro-environnemental et climatique. Deux des baies concernées (Saint Briec et Horn-Guillec) étaient également visées par le « contentieux dit eaux brutes » suite à l'arrêt de la CJUE de mars 2001¹³⁹ dont la Commission avait décidé de ne plus poursuivre la France en 2010 en raison des progrès réalisés. En l'espèce, la France avait adopté en 2007 pour les neuf bassins versants concernés¹⁴⁰ par cette jurisprudence un plan d'action qui avait notamment conduit à fermer des points de captage d'eau brute¹⁴¹ en raison de l'impossibilité de respecter dans les délais raisonnables la teneur en nitrate imposée par la directive 75/440/CEE !

Certes, ces quelques exemples français démontrent la force normative de la jurisprudence de la CJUE et surtout de la menace des sanctions financières¹⁴² ; néanmoins, il est légitime de s'interroger sur la cohérence d'ensemble et l'efficacité de ces mesures adoptées dans le temps imparti pour se conformer aux exigences européennes. En dépit de l'obligation de respecter les obligations de la directive 75/440/CEE en 1985, en 2001 la Cour considère que la mise en œuvre par la France « d'actions

137. Plan de lutte contre les algues vertes du 5 février 2010 : http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Plan_de_lutte_contre_les_algues_vertes.pdf.

138. *Ibid.*

139. CJCE du 8 mars 2001, Commission/France, C 266/99, *op. cit.*

140. Neuf bassins sont concernés : Aber Wrac'h, Arguenon, Bizien, Les échelles, Le Gouessant, Le Guindy, Horn, Ic, Urne.

141. Sur les neuf captages bretons fermés, cinq ont fait l'objet d'une reconquête de la qualité de l'eau (quatre sont donc restés définitivement fermés). Voir « Eaux et territoires agricoles : dépasser les contradictions ? Résultats de sept projets de recherche », Commissariat général au Développement durable, janvier 2016, p. 18 (projet O-DURAB).

142. Exemple de la réponse du gouvernement du 16 octobre 2014 à une question écrite du sénateur du Cantal Pierre Jarlier (n° 12986/2014) à propos du contentieux nitrates (*Journal officiel* du Sénat du 16 octobre 2014, p. 2343) : le projet de révision des zones vulnérables à l'eutrophisation vise à clore le contentieux et donc éviter de lourdes sanctions financières (amende d'environ 20 M€ et astreintes mensuelles estimées à 3,5 M€).

matérielles partielles ou des réglementations fragmentaires ne peu[t] satisfaire à l'obligation incombant à un État membre d'établir un programme global en vue d'atteindre certains objectifs »¹⁴³. Nonobstant d'importants efforts de rationalisation de la programmation¹⁴⁴, l'analyse des récents rapports et l'avis de l'autorité environnementale invitent de nouveau à questionner cette cohérence d'ensemble des mesures nationales adoptées à la lumière des obligations de la DCE et des textes de l'UE en interaction avec la problématique de l'eau¹⁴⁵ ; ils conduisent aussi à souligner le processus encore insuffisant de l'intégration des exigences de protection de l'eau dans les politiques de l'UE¹⁴⁶, dont la PAC¹⁴⁷.

La force normative de la jurisprudence se heurte également à ses propres limites contrariant d'autant l'obtention rapide d'améliorations dans le domaine de la protection et de la gestion durable des ressources en eau. La quasi-exclusivité des recours en manquement dans le domaine de l'eau montre le rôle incontournable de la Commission européenne dans la détection des défauts de transposition des directives et de mise en œuvre nationale des textes de l'UE. Pendant plusieurs années, le relatif

143. CJCE du 8 mars 2001, Commission/France, C 266/99, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.*

144. On pense en particulier à l'adoption de la loi sur l'eau et les milieux aquatiques 2006/1172 (*Journal officiel* du 31 décembre 2006) qui renforce la portée juridique des schémas directeurs d'aménagement des eaux (issus de la loi sur l'eau de 1992 avec les schémas d'aménagement des eaux) en vue de respecter notamment les obligations de la DCE. Voir Rapport du Conseil d'État, *L'eau et son droit*, n° 61, La Documentation française, 2010.

145. On pense à l'ensemble des directives sur l'eau dont la mise en œuvre contribue à atteindre les objectifs de la DCE mais également la directive 2008 sur le milieu marin, la directive 1992/92/CEE sur Natura 2000 (y compris la directive Oiseaux 79/409/CEE consolidée avec la directive 2009/147/CE), les directives sur l'évaluation des incidences environnementales des plans, programmes (Directive 2001/42 du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001, *JOCE*, série L.197 du 21 juillet 2001, p. 30) et certains projets privés et publics (Directive 2014/52/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 modifiant la directive 2011/92/UE, *JOUE*, n° L.124 du 25 avril 2014, p. 1).

146. Sur le principe d'intégration des exigences environnementales énoncé à l'article 11 du TFUE, voir les travaux de N. HERVÉ-FOURNEREAU : « Le 'principe' d'intégration des exigences de la protection de l'environnement. Essai de clarification juridique », *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Apogée, 2006, pp. 643-686 ; « Le juge communautaire et le principe d'intégration des exigences environnementales : une jurisprudence empreint de paradoxes ou les paradoxes de la prudence », *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, sous la dir. d'O. LECUCQ et S. MALJEAN-DUBOIS, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 209-233 ; « L'Union européenne, le droit de l'environnement et le développement durable », *Le développement durable à découvert*, sous la dir. d'A. EUZEN, L. EYMARD et F. GAILL, Paris, CNRS, 2013, pp. 204-205.

147. Rapport de la Cour des comptes européenne, « L'intégration dans la PAC des objectifs de la politique de l'UE dans le domaine de l'eau : une réussite partielle », 2014/4 ; Rapport de la Cour des comptes européenne, « La qualité des eaux dans le bassin du Danube : la mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau a progressé mais des efforts restent à faire », 2015/23 ; Rapport de la Cour des comptes européenne, « Lutte contre l'eutrophisation en mer Baltique : des actions supplémentaires et plus efficaces sont nécessaires », 2016/03.

laxisme de la Commission, sans doute motivé par la volonté de laisser du temps aux États membres, a cependant eu des répercussions très défavorables sur la protection et l'amélioration effectives de la qualité des eaux en Europe. Si l'on comptabilise le temps nécessaires depuis la découverte d'un éventuel manquement à l'exécution effective d'un arrêt de manquement, l'on imagine aisément les risques d'irréversibilités des dommages environnementaux et/ou le temps et le coût nécessaires pour parvenir à restaurer un bon état des masses d'eau et de conservation favorable des habitats et espèces. Dans sa communication « Pour une Europe des résultats » en 2007, la Commission insiste sur le degré de priorité élevé qu'il importe d'accorder à l'application du droit et suggère des pistes d'amélioration à l'aune d'une analyse du cycle de vie de la norme juridique de l'UE. Elle propose notamment d'assurer un traitement adéquat des demandes d'informations et de plaintes des citoyens¹⁴⁸. Dès 2002, la Commission s'était déjà engagée à améliorer les procédures d'enregistrement et de traitement des plaintes. Elle reconnaît ainsi que le temps nécessaire au traitement des dossiers résultant d'une plainte et des infractions décelées *ex officio* par les services de la Commission reste élevé. En 2007, elle précisait que 19 mois était en moyenne nécessaire pour classer une plainte avant l'envoi de la lettre de mise en demeure, 38 mois après l'envoi de la lettre de mise en demeure et enfin 50 mois si l'affaire est classée après l'envoi de l'avis motivé¹⁴⁹. Or, en 2009, le Médiateur européen¹⁵⁰ ouvre une enquête d'initiative concernant les pratiques de la Commission dans ce domaine concernant les infractions au droit de l'environnement de l'UE et l'accès au public des documents¹⁵¹. En réponse à ces critiques formulées à son encontre, la Commission décide de « moderniser »¹⁵² ses procédures, « tout en rappelant son pou-

148. COM (2007) 502 du 5 septembre 2007, Communication « Pour une Europe des résultats ». La Commission précise que près de 70 % des plaintes peuvent être classées avant l'envoi d'une lettre de mise en demeure.

149. *Ibid.*

150. Décision 2008/587 du Parlement européen du 18 juin 2008, modifiant la décision 94/262 concernant le statut et les conditions générales d'exercice des fonctions du Médiateur (*Journal officiel* n° L.189 du 17 juillet 2008, p. 25). La désignation du premier médiateur européen par le Parlement européen, Jacob Soderman, intervient en 1995. Nikiforos Diamandouros est élu en 2003, puis réélu en 2010. Depuis 2013, Emily O'Reilly occupe cette fonction (réélue en 2015).

151. Enquête du Médiateur du 6 mai 2009, n° OI/3/2009/MHZ (<http://www.ombudsman.europa.eu/fr/cases/correspondence.faces/fr/4007/html.bookmark>). Les règles d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (règlement 1049/2001/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001) sont appliquées par la Commission dans le domaine des procédures d'infraction.

152. COM (2012) 154 du 2 avril 2012, Communication modernisant la gestion des relations avec le plaignant en matière d'application du droit de l'UE.

voir discrétionnaire quant au lancement ou non de la procédure d'infraction et au moment pour ce faire »¹⁵³.

Dans l'hypothèse d'une saisine de la CJUE, le temps nécessaire au jugement, la temporalité des faits soumis à l'appréciation du juge¹⁵⁴ et l'exécution de l'arrêt dans un délai raisonnable sont autant de paramètres inévitables mais qui ont des impacts sur l'effectivité des textes de l'UE et sur le comportement des autorités et des acteurs concernés. À cela s'ajoutent les risques d'une exécution tardive de l'arrêt de manquement sur manquement et d'un recours de l'État membre devant le TPI en vue de s'opposer à une décision de recouvrement des sanctions financières fixées par la CJUE. Ces risques sont loin d'être hypothétiques même si pour le second, cela reste très politiquement sensible comme le montre l'exemple de la saisine du TPI par la France¹⁵⁵ sollicitant l'annulation de la décision de la Commission de recouvrement de l'astreinte imposée par la CJUE dans l'affaire des poissons sous taille.

La force normative de la jurisprudence se heurte enfin à la singularité des problématiques environnementales. Le délai raisonnable de l'exécution des arrêts de manquement ne correspond pas systématiquement avec le temps de réponse¹⁵⁶ des écosystèmes aquatiques en dépit des actions

153. *Ibid.*

154. Pour rappel et selon une jurisprudence constante de la CJUE, l'existence d'un manquement est appréciée par la Cour en fonction de la situation de l'État membre telle qu'elle se présentait au terme du délai fixé par l'avis motivé et que les changements intervenus par la suite ne sauraient être pris en considération par la Cour (voir par exemple : CJUE du 7 novembre 2003, *Commission/France*, C 23/13, Rec. 2003, p. I-05659, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.*).

155. TPI du 19 octobre 2011, *France/Commission*, T 139/06, Rec., p. 7315. En l'espèce, le TPI confirme la compétence de la Commission d'exiger le paiement de l'astreinte fixée par la Cour au vu des compétences de la Commission en matière d'exécution du budget de l'UE. À l'issue des rapports adressés par la France et des inspections diligentées par la Commission en 2005 et 2006, la Commission a considéré que la France n'avait pas exécuté pleinement l'arrêt du 22 juillet 2005 et a donc adopté en mars 2006 une décision de recouvrement de l'astreinte imposée par la CJUE. La France invoque plusieurs moyens de défense qui seront tous rejetés par le Tribunal. Elle considère que la Commission devrait se borner au maximum à un contrôle de l'inexécution manifeste de l'arrêt et conteste la qualité des inspections effectuées par la Commission mais n'apporte pas de preuve contraire aux défaillances constatées ; de même le tribunal précise que la Commission, liée par l'arrêt de la CJUE, n'a pas la compétence pour réduire le montant de l'astreinte fixée par la CJUE en dépit des progrès réalisés par la France et conclut que la France n'a donc pas au 1^{er} mars 2006 exécuté pleinement l'arrêt du 11 juin 1991 objet d'un manquement sur manquement avec sanctions en 2005.

156. Fiche temps de réponse dans les bassins versants ; différents temps caractérisent la réponse des bv à un changement de pratiques agricoles : temps de réaction (nécessaire à un élément pour traverser le bv entre son apport sur le sol et sa sortie dans la rivière), temps moyen de résidence (temps moyen pour qu'une goutte d'eau traverse le bv), temps de mise à l'équilibre (délai nécessaire entre un changement de pratiques agricoles et la stabilisation des flux ou des concentrations à l'exécutoire du bv). Voir <http://www.cseb-bretagne.fr/index.php/component/remository/Eau/>

prises en œuvre et du processus de changement des pratiques agricoles. Les recherches sur le devenir à long terme des apports azotés dans les compartiments environnementaux montrent la complexité du fonctionnement des écosystèmes et de leur capacité de résilience¹⁵⁷ et/ou de transformations. Publiée en 2013, une étude scientifique montre qu'une « partie des engrais azotés résiduels toujours présents dans le sol devrait continuer à être absorbés par les cultures et à s'infiltrer dans les eaux souterraines sous forme de nitrate pendant au moins cinq décennies »¹⁵⁸. L'accumulation des retards dans la mise en œuvre des directives sur l'eau et l'exécution des arrêts de manquement baisse ainsi lourdement sur la reconquête à court terme de la qualité de l'eau et du bon fonctionnement des écosystèmes aquatiques. À ce constat s'ajoute l'impact du changement climatique susceptible d'amplifier la vulnérabilité des milieux naturels et l'incertitude des résultats attendus suite à la mise en œuvre de mesures destinées à parvenir à des modes de production et de consommation en adéquation avec une utilisation rationnelle et prudente des ressources en eau et de la protection de l'environnement.

La force normative de la jurisprudence ne saurait se cantonner à un simple respect minimaliste des décisions de la CJUE par l'ensemble des sujets du droit de l'UE. Elle devrait au contraire conduire les acteurs à engager une réflexion d'envergure sur les transformations nécessaires de la politique de l'eau sur le fondement d'une approche intégrée et partenariale. Ainsi, si dans le plan national algues vertes, les autorités publiques prônent la reconquête des zones naturelles¹⁵⁹ en raison de leurs services d'épuration et de dénitrification des flux en provenance des terres agricoles, il importe cependant d'évaluer les incidences environnementales

Fiches---Outils/Recueil-de-fiches---Famille-C--Temps-de-réponse-dans-les-bassins-versants/.

157. « Capacité d'un écosystème à recouvrir ses fonctions et sa dynamique existant avant une perturbation qu'elle soit d'origine naturelle ou anthropique », in « Résilience, irréversibilités et incertitudes », N. HERVÉ-FOURNEREAU (coord.), G. PINAY, J.-P. AMIGUES, P. BILLET, W. CRAMER et E. GAILLARD, *Les Cahiers Prospectives, Droit, écologie et économie de la biodiversité*, INEE CNRS, 2015, pp. 23-33.

158. M. SEBILO, B. MAYER, B. NICOLARDOT, G. PINAY, A. MARIOTTI, « Long-term fate of nitrate fertilizer in agricultural soils », *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 110, n° 45, 2013, pp. 18185-18189. Voir également : <https://osur.univ-rennes1.fr/page.php?234>.

159. « Évaluation du volet préventif du plan 2010-2015 de lutte contre les algues vertes en Bretagne. Bilan et propositions », *op. cit.*, Action 2 avec un objectif de 20 % dans la baie de Saint Brieu. Lesdites zones naturelles concernent les zones humides, prairies extensives, ripisylves, zones boisées humides, haies et bandes végétalisées le long des cours d'eau. Dans ce rapport, il est précisé que « la protection ou restauration effective de ces zones sera toutefois probablement plus difficile, notamment pour des raisons de difficulté de maîtrise foncière » (*Ibid.*, p. 33).

de telles décisions et d'engager d'urgence une véritable mutation du modèle agricole et agro-alimentaire¹⁶⁰.

Acteur parmi d'autres mais acteur devenu incontournable, la CJUE au travers de sa jurisprudence favorise une dynamique de mobilisation des acteurs et de prévention des différends.

B. Une dynamique de prévention des différends et de participation des acteurs

La dynamique de la force normative de la jurisprudence se mesure à l'aune des comportements des acteurs parties ou non parties aux différends portés devant la CJUE. Outre l'appréciation du processus juridique de mise en conformité des règles et actions au regard des jugements rendus, l'on assiste à l'établissement de stratégies de prévention des risques de contentieux qui conduit paradoxalement à relativiser la force normative de la jurisprudence¹⁶¹. Ces dernières s'inscrivent dans une approche plus globale dont l'objet est d'améliorer la qualité de la législation et de son contrôle par les autorités compétentes. Dans un esprit de coopération loyale¹⁶², les autorités nationales et la Commission s'efforcent de faire converger leur action en vue de répondre aux impératifs de la jurisprudence tout en évitant de porter leur différend devant la Cour.

Face à la multiplication des cas d'infractions aux obligations communautaires, la Commission européenne s'est engagée à améliorer l'accompagnement et l'assistance technique des États membres lors du processus de transposition et de mise en œuvre des textes de l'UE. En 2008, dans sa communication sur l'application du droit communautaire de l'environnement, elle identifie les principaux obstacles administratifs, techniques et financiers auxquels doivent faire face les autorités nationales et régionales et les réponses à y apporter au niveau européen¹⁶³. Consciente de

160. L. BODIGUEL, « Transition et projet agro-écologique », présentation au colloque *Penser et mettre en œuvre les transitions écologiques*, Nantes, septembre 2015, actes du colloque à paraître sous la dir. d'A. VAN LANG.

161. Un tel paradoxe conduit ainsi à mesurer cette force normative en fonction de la prévention des contentieux et de l'utilisation de la jurisprudence et de la menace de contentieux comme une arme à l'encontre des autorités et des acteurs qui s'opposeraient à l'effectivité du droit de l'eau.

162. Les juridictions de l'UE insistent sur ce principe de coopération loyale énoncé dans le TUE. Voir par exemple : TPI du 19 octobre 2011, France/Commission, T 139/06, *op. cit.*, où le précise que « si la Commission est obligée de coopérer de bonne foi avec les États membres afin de faciliter la mise en œuvre du droit de l'UE, l'expiration, dans le cadre de ce dialogue, d'une première échéance au terme de laquelle un État membre doit payer une astreinte pour défaut de pleine exécution d'un arrêt en manquement ne peut pas lui être reprochée ».

163. COM (2008) 773 du 18 novembre 2008, Communication relative à l'application du droit communautaire de l'environnement. Elle mentionne le manque de connaissance et de prise de

la complexité de la directive-cadre sur l'eau, la Commission européenne, en partenariat avec les autorités nationales, a publié, à ce jour, 34 documents d'orientation et 9 rapports techniques relatifs à telles ou telles notions ou obligations¹⁶⁴. Destinés à prévenir les difficultés de compréhension et d'interprétations divergentes, ces documents d'orientation, sans valeur obligatoire¹⁶⁵, concourent à l'établissement de dialogues et d'échanges d'expériences entre les autorités publiques des États membres. Leur existence ne garantit toutefois pas des interprétations systématiquement convergentes comme le montre l'avocat général dans l'arrêt Commission/Allemagne au sujet de la notion de détérioration de l'état écologique des eaux de surface¹⁶⁶. Dans l'affaire C 301/10, l'avocat général semble ainsi regretter le fait que la « Commission n'ait pas élaboré, ne serait-ce de manière unilatérale des lignes directrices qui permettraient de percevoir clairement l'interprétation donnée aux normes par ses services »¹⁶⁷. En l'espèce, le différend portait sur l'interprétation de notions génériques non définies (précipitations exceptionnellement fortes, rendement suffisant des stations d'épuration, connaissances techniques les plus avancées) par la directive 91/271/CEE objet du recours en manquement contre le Royaume-Uni.

Sur la base d'une stratégie commune de mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau, différents groupes d'experts sont institués dès 2001¹⁶⁸ et la mobilisation des programmes-cadres de recherches (l'actuel Horizon 2020¹⁶⁹) contribue à renforcer le socle de connaissances scienti-

conscience au sein des administrations des États membres, le manque de capacités administratives, la faiblesse des mesures d'exécution et des pratiques au niveau national et régional, le sous-investissement et les retards d'investissement dans les infrastructures.

164. Par exemple sur l'identification et la désignation des masses d'eau artificielles ou fortement modifiées, sur les exemptions aux objectifs environnementaux de la DCE, sur l'évaluation de l'eutrophisation dans le contexte de la DCE, sur les flux écologiques, sur l'économie et l'environnement, voir http://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/facts_figures/guidance_docs_en.htm.

165. Ces documents peuvent être pris en considération par le juge pour l'éclairer dans sa mission d'interprétation des dispositions des textes de l'UE, en particulier dans l'hypothèse de l'absence de définitions et/ou de précisions concernant telle ou telle notion ou autre disposition du texte.

166. CJUE du 1^{er} juillet 2015, C 461/13, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV contre Bundesrepublik Deutschland, *op. cit.*

167. CJUE du 18 octobre 2012, Commission/Royaume-Uni, C 301/10, *op. cit.*

168. Ces groupes de travail permanents et/ou temporaires se répartissent par thématiques générales : bon état écologique, inondations, eaux souterraines, eau et changement climatique, eau et agriculture.

169. Règlement 1291/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 établissant le programme cadre de recherche et d'innovation Horizon 2020 (2014-2020), JOUE, n° L.347 du 20 décembre 2013, p. 104. Voir Rapport de la Commission sur le programme Horizon 2020. Monitoring report 2014 (<https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/news/horizon-2020-monitoring-report-2014>).

fiques et techniques. Dans une logique de transparence et d'information des acteurs, un système spécifique d'information sur l'eau (WISE¹⁷⁰) a été mis en place en 2007 sur la base d'un partenariat entre la Commission européenne (DG Environnement, Centre commun de recherche, Eurostat) et l'Agence européenne de l'environnement.

La mise en œuvre du programme *Better regulation* (mieux légiférer)¹⁷¹ de la Commission l'a conduit à adopter plusieurs initiatives visant à améliorer l'efficacité des politiques de l'UE de l'amont à l'aval du processus législatif. Rebaptisé de *Smart Regulation* (réglementation intelligente)¹⁷² puis de REFIT (réglementation affûtée et performante)¹⁷³, ce processus de modernisation ambivalente¹⁷⁴ de la législation européenne¹⁷⁵ s'accompagne de la réalisation de bilans de qualité lancés notamment dans le domaine de l'eau¹⁷⁶. L'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016 entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission complète les accords et déclarations des institutions visant à renforcer la qualité et la plus-value de la législation européenne¹⁷⁷.

En vue de prévenir les risques de contentieux et ainsi « de remédier aux infractions au droit de l'UE à un stade précoce »¹⁷⁸, la Commission

170. Water Information System For Europe (<http://water.europa.eu/info>).

171. COM (2002) 275 du 6 juin 2002, Communication de la Commission sur la Gouvernance européenne : mieux légiférer (cette communication s'inscrit dans le prolongement du livre blanc sur la gouvernance européenne de 2001).

172. COM (2010) 543 du 8 octobre 2010, Communication sur une réglementation intelligente dans l'UE.

173. COM (2015) 215 du 19 mai 2015, Communication Améliorer la réglementation pour obtenir de meilleurs résultats – un enjeu prioritaire pour l'UE.

174. *The true face of Better Regulation regarding environmental policy*, by the Avosetta Group (constitué de A. ARAGAO, G. BANDI, A. EPINEY, O. K. FAUCHALD, N. HERVÉ-FOURNEREAU, B. IWANSKA, J. JENDROSKA, R. KNEZ, L. KRÄMER, L. LAVRYSEN, R. MACRORY, M. MONTINI, L. OFAK, N. DE SADELEER, A. GARCÍA URETA, H. VEINLA, G. WINTER), University of Oslo Faculty of Law Legal Studies, Research Paper Series, n° 2015/10 (http://www.elni.org/fileadmin/elni/dokumente/Archiv/2015/avosetta_2015_statement-1.pdf). De telles analyses sur l'ambivalence du processus de modernisation de l'action publique peuvent également être menées concernant les États membres, à l'image du processus de modernisation du droit de l'environnement en France (se reporter à la contribution de la Société Française pour le Droit de l'environnement aux États généraux de la modernisation du droit de l'environnement en 2013 : <https://www-sfde.u-strasbg.fr/downloads/Autres/Contribution%20de%20la%20SFDE%20aux%20EGMDE.pdf>).

175. COM (2010) 543 du 8 octobre 2010, Communication sur une réglementation intelligente au sein de l'UE. Un des dispositifs clefs de ce programme s'appuie sur un système d'analyse d'impact (bénéfices et coûts) des propositions législatives lancé en 2005, accompagné depuis par un comité d'analyse d'impact.

176. Bilan de qualité concernant l'établissement de rapports sur l'environnement (sur la mise en œuvre nationale de la législation de l'UE), concernant la législation de l'UE sur la nature (directives oiseaux et habitats) et la protection des ressources en eau douce.

177. JOUE, n° L.123 du 12 mai 2016, p. 1.

178. COM (2010) 70 du 3 mars 2010 ; Second rapport : SEC (2011) 1629/2 du 21 décembre 2011 (dix États membres rejoignent le groupe initial de quinze États). Depuis 2012, Malte et le

européenne lance en 2008 l'initiative UE Pilot avec quinze États membres volontaires qui sera par la suite élargie aux autres États membres comme la France. Elle repose sur l'établissement d'une base de données en ligne (y compris les demandes de renseignements et les plaintes des citoyens et des entreprises). L'objectif est de faciliter et accélérer¹⁷⁹ (maximum vingt semaines) les échanges entre les autorités des États membres et la Commission avant le lancement de la procédure de manquement, sauf cas d'urgence ou d'intérêt supérieur en jeu. La Commission a ainsi ouvert une enquête concernant le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes¹⁸⁰ et le projet de barrage de Sivens en France dans le cadre de l'UE Pilot. Près d'un tiers des dossiers concerne l'environnement¹⁸¹ et selon la Commission 85 % des réponses fournies par les États membres, tout domaine confondu, ont permis de clore le dossier.

Dans ses communications de 2007 et de 2008, la Commission européenne insiste également sur l'importance de la formation en droit de l'UE des agents administratifs et des juges nationaux ; elle s'engage à contribuer à l'amélioration de « la disponibilité des bases de données concernant les jugements des juridictions nationales relatifs au droit de l'UE »¹⁸². Elle précise qu'elle financera des programmes de formation judiciaire et « coopérera avec les réseaux de magistrats tels que le forum européen des juges¹⁸³ pour l'environnement »¹⁸⁴.

Cet impératif de formation des fonctionnaires est énoncé prioritairement dans les rapports de la sénatrice Keller. Aussi surprenant soit-il à propos d'un État membre fondateur de la construction européenne,

Luxembourg participent désormais à l'initiative.

179. « Un délai de 10 semaines est appliqué comme norme pour l'évaluation par la Commission des réponses des États membres, même délai pour les États membres pour répondre aux questions qui leur sont posées » (*Ibid.*).

180. En avril 2014, une lettre de mise en demeure est adressée suite à l'impossibilité de trouver une solution dans le cadre de la procédure UE Pilot.

181. *Ibid.* : « De 2008 à septembre 2011, 2121 dossiers ont été introduits dans UE Pilot et 1410 d'entre eux sont arrivés au terme du processus ». En 2010, 36 % des dossiers concernent l'environnement ; en 2011, 33 % ; en 2012, 26 % (contre 15 % pour les transports et 12 % pour le marché intérieur). En 2012, la Commission a traité 354 dossiers environnementaux. De 2012 à 2013, la France est le troisième pays à avoir reçu le plus de dossiers UE Pilot (81) après l'Espagne (86) et l'Italie (94).

182. COM (2007) 502 du 5 septembre 2007, Communication « Pour une Europe des résultats ».

183. Ce forum est créé en 2004 à l'initiative du Président Guy Canivet de la Cour de Cassation française, du Conseiller Amadeo Postiglione à la Cour de Cassation italienne, du juge Luc Lavrysen de la Cour constitutionnelle belge et de Lord Carnwath de la Royal Court of Justice UK. Voir <http://www.eufje.org/index.php/fr/>.

184. COM (2008) 773 du 18 novembre 2008, Communication relative à l'application du droit communautaire de l'environnement.

la sénatrice insiste sur l'urgence d'accroître « la culture communautaire¹⁸⁵ des agents publics ». Déjà en 1989, le Conseil d'État insistait sur la formation insuffisante des fonctionnaires sur la question du droit communautaire et le manque de moyens affectés à la mise en œuvre des directives¹⁸⁶. Dans le sillage des recommandations du Conseil d'État et de précédents rapports de sénateurs et députés, Fabienne Keller suggère plusieurs pistes d'amélioration et un suivi rapproché des différends à risques budgétaires élevés¹⁸⁷. Dans son rapport de 2011, elle apprécie positivement les améliorations obtenues tout en exigeant une « grande vigilance et davantage de réactivité ». Elle invite à juste titre à engager une « appréhension globale des enjeux afin de ne pas opposer les priorités environnementales »¹⁸⁸. Plus récemment l'étude du Conseil d'État sur la transposition des directives européennes invite à renforcer ce processus d'anticipation des risques de contentieux le plus en amont possible du cycle législatif¹⁸⁹.

« Conformément à ses engagements européens et ses règles constitutionnelles, la France se doit d'assurer une application complète et effective du droit communautaire. Il en va du respect de la hiérarchie des normes juridiques sous le contrôle du juge national et des institutions communautaires. Il en va aussi de notre crédit au sein des institutions de

185. Rapport d'information de Fabienne Keller, fait au nom de la commission des Finances du Sénat, sur les enjeux budgétaires liés au droit communautaire de l'environnement, n° 342/2006.

186. Rapport du Conseil d'État sur les problèmes posés par la transcription en droit interne des directives communautaires, décembre 1989, cité par le sénateur Hubert Haenel dans son rapport d'information sur la transposition des directives, n° 182/2001. Depuis 1986, une série de circulaires du Premier ministre ont été adoptées en vue d'assurer une meilleure gestion de la transposition des directives et de la mise en œuvre des textes de l'UE : en 1986, une circulaire confère au secrétariat général du gouvernement et au secrétariat général du comité interministériel (SGCI) compétence pour les questions de coopération économique européenne (en 2005, le SGCI prend une nouvelle appellation : secrétariat général des affaires européennes [SGAE]) ; en 1990, une circulaire porte sur la procédure de suivi de la transposition des directives ; en 2004, est adoptée une circulaire relative à la procédure de transposition en droit interne des directives et décisions-cadres négociées dans le cadre des institutions européennes (*Journal officiel* du 2 octobre 2004, p. 16920) ; en 2007, est prise une circulaire relative à la gestion des procédures d'infraction et à la prévention du contentieux lié à l'application du droit communautaire : elle renforce le rôle du SGAE dans la gestion des procédures d'infraction et de suivi de l'exécution des arrêts de manquement avec l'appui de « deux correspondants du pré-contentieux communautaire dans chaque ministère ».

187. Rapport d'information de Fabienne Keller, fait au nom de la commission des Finances du Sénat, sur le pilotage de la politique de l'eau, n° 352/2007 ; Rapport d'information de Fabienne Keller, fait au nom de la commission des Finances du Sénat, sur le suivi des contentieux communautaires dans le domaine de l'environnement, n° 332/2007 ; Rapport d'information de Fabienne Keller, fait au nom de la commission des Finances du Sénat, sur l'application du droit communautaire de l'environnement, n° 20/2011.

188. *Ibid.*

189. Étude publiée à la Documentation française en 2015.

l'UE et auprès de nos partenaires européens »¹⁹⁰. Formulée en 2007, cette circulaire du Premier ministre français renforce le dispositif d'appropriation du droit de l'UE par les autorités publiques et de prévention des risques de contentieux et de sanctions financières. Elle accentue le rôle central du Secrétariat Général des Affaires Européennes qui bénéficie de l'appui des « correspondants du précontentieux communautaire »¹⁹¹ désignés dans chaque ministère. Il évalue notamment la probabilité des sanctions pécuniaires et leur répartition entre les ministères concernés en fonction du risque de condamnation pour inexécution des arrêts en manquement. Au vu des risques budgétaires élevés, le gouvernement utilise la loi organique relative aux lois de finances comme outil de suivi du respect du droit de l'UE¹⁹². La sénatrice Fabienne Keller aborde aussi la question sensible de la répartition financière de tels risques entre l'État et les collectivités territoriales qui sont compétentes, en particulier dans le secteur de la collecte et du traitement des eaux résiduaires. Si la sénatrice demeure réservée sur l'opportunité d'envisager des actions récursoires contre lesdites collectivités, le Conseil d'État invite à compléter le droit existant en vue de prévoir une action en coresponsabilité entre l'État et les collectivités territoriales ou une action récursoire de l'État contre ces autorités décentralisées de manière à instaurer une incitation forte au respect du droit de l'UE par ces dernières¹⁹³.

Le recours à ces dispositifs organisationnels et budgétaires de prévention des sanctions financières s'accompagne de la mise en place de programmations d'actions spécifiques en guise de réponse à l'exécution des arrêts de manquement. De telles mesures se surajoutent aux actions censées être prises par les États membres en vue de respecter les exigences du droit de l'UE dans le domaine de l'eau. Le SGAE est parvenu à éviter la saisine de la CJUE pour inexécution de l'arrêt de mars 2001¹⁹⁴ grâce à

190. Circulaire du Premier ministre du 19 février 2007 à ses ministres sur la gestion des procédures d'infraction et la prévention du contentieux lié à l'application du droit communautaire, avec en annexe les règles générales d'organisation du travail interministériel, l'élaboration des réponses aux courriers de la Commission, le suivi interministériel permanent des procédures d'infraction, les obligations spécifiques et le provisionnement des charges pour l'exécution des arrêts de la CJCE, la prise en compte des exigences du droit communautaire dans l'élaboration du droit national.

191. *Ibid.*

192. Loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF). Chaque année, le gouvernement précise, en annexe du projet de loi de finances, l'ensemble des sanctions et corrections financières prononcées contre la France au cours de l'année pour manquement aux obligations du droit de l'UE. Il est également mentionné les activités du SGEA relatives aux contentieux européens. Voir l'article 127 de la loi de finances 2015/1785 du 29 décembre 2015 pour 2016 (*Journal officiel* n° 302 du 30 décembre 2015, p. 24614).

193. Rapport du Conseil d'État, *L'eau et son droit*, *op. cit.*

194. CJCE du 8 mars 2001, Commission/France, C 266/99, *op. cit.*

la présentation en 2007 d'un plan d'action destiné à réduire de 30 % les apports azotés et comportant une série de mesures afin de ne pas dépasser les 50 mg/l de nitrates d'ici décembre 2009 dans les points de captage demeurant ouverts¹⁹⁵ dans les neuf bassins versants visés par le contentieux¹⁹⁶. En 2007, le montant des provisions de 367 millions d'euros sur le budget de l'État pour faire face auxdites sanctions concernant quatre arrêts environnementaux (dont deux pour l'eau¹⁹⁷) constitue « incontestablement une puissante incitation à progresser »¹⁹⁸, mais à quel prix¹⁹⁹ !

Cette dynamique de prévention imposée des risques de contentieux, et surtout des sanctions financières susceptibles d'être prononcées par la CJUE, s'accompagne de la participation renforcée des acteurs de la société civile dans le domaine de l'environnement tant à l'échelle de l'UE qu'au niveau des États membres²⁰⁰. Un tel processus répond aux obligations

195. Le plan d'action prévoit la fermeture des quatre points de captage d'eau dans lesdits bassins contentieux. Le gouvernement s'engage également à contrôler annuellement 50 % des exploitations agricoles de ces territoires et à aider les agriculteurs pour trouver les solutions les plus appropriées pour atteindre les objectifs de réduction des apports azotés. Voir Communiqués de presse de la Commission européenne du 12 septembre 2007 et du 24 juin 2010.

196. Rapport d'information de Fabienne Keller, fait au nom de la commission des Finances du Sénat, sur les procédures d'infraction au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, n° 402/2008. Un budget de 60 millions d'euros sur cinq ans est prévu pour ce plan d'action spécifique mis en œuvre à partir de janvier 2008. La sénatrice précise que 367 millions d'euros pour les litiges environnementaux ont été provisionnés et répartis entre les différents ministères en fonction de leur responsabilité dans la situation.

197. CJCE du 27 juin 2002, Commission/France, C 258/00, *op. cit.*, Directive 91/676/CEE concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles, *op. cit.* ; CJCE du 23 septembre 2004, Commission/France, C 280/02, *op. cit.*, Directive 91/271/CEE relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *op. cit.* (en particulier en Bretagne).

198. Rapport d'information de Fabienne Keller, fait au nom de la commission des Finances du Sénat, sur les procédures d'infraction au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, *op. cit.*

199. Au-delà du coût des plans d'action spécifiques adoptés en France pour respecter le contentieux de manquement mais également le paiement des indemnités par l'État suite à la mise en jeu de sa responsabilité devant les juridictions administratives (contentieux algues vertes), il faut également prendre en considération, pour l'exemple de la Bretagne concernée par les contentieux CJUE, toutes les sommes investies depuis le premier programme Bretagne eau pure en 1991. À cela s'ajoute l'ensemble des coûts externes liés à la pollution de l'eau, les dommages causés aux milieux aquatiques et les prélèvements excessifs de la ressource en eau. De tels coûts invitent également à s'interroger sur la politique de tarification de l'eau et la réalité de la récupération des coûts des services liés à l'utilisation conformément à l'article 9 de la DCE et au principe du pollueur payeur (CJCE du 11 septembre 2014 Commission/Allemagne, C 525/12, manquement non constaté, *op. cit.*). Pour un exemple sur les coûts des pollutions par les engrais et les produits phytosanitaires, voir Étude du CGDD, n° 136, décembre 2015.

200. En droit français, la Charte constitutionnelle de l'environnement (promulguée en mars 2005) reconnaît « le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ». Conformément à l'article 7, « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». À plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel a précisé que ces dispositions figurent au nombre

européennes d'information et de participation du public²⁰¹ mais vise également à l'impliquer le plus en amont dans la fabrique de la politique européenne de l'eau, comme l'illustrent les consultations publiques de la Commission européenne²⁰². Lancée en 2014, la consultation publique sur la politique de l'UE en matière d'eau potable est ainsi présentée, de manière excessive, par la Commission « comme une réponse concrète à l'initiative citoyenne RightWater »²⁰³. Or, la réponse à la demande formulée par cette initiative citoyenne en faveur de la reconnaissance par l'UE d'un droit humain à l'eau et à l'assainissement ne saurait se résumer à une simple consultation publique !

La formation, l'information et la participation du public contribuent aussi à renforcer la vigilance des citoyens et des associations qui participent activement à la détection des infractions aux obligations communautaires. Plusieurs arrêts de manquement dans le domaine de l'environnement, et en particulier dans le secteur de l'eau, puisent

des droits et libertés que la Constitution garantit et « qu'il incombe au législateur et dans le cadre défini par la loi aux autorités administratives, de déterminer dans le respect des critères ainsi énoncés, les modalités de mise en œuvre de ces dispositions » (Décision n° 2014-395 du 7 mai 2014, QPC). Voir Loi 2012/1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article de la Charte de l'environnement, *Journal officiel* du 28 décembre 2012.

201. Conformément à la DCE, les États membres doivent assurer la consultation du public concernant notamment les projets de plan de gestion des districts hydrographiques (art. 14). L'UE est partie à la Convention d'Aarhus concernant l'accès à l'information, la participation du public et l'accès en justice en matière d'environnement : Décision 2005/370/CE du Conseil du 17 février 2005 relative à la conclusion, au nom de la CE, de la Convention d'Aarhus, *JOUE*, n° L.124 du 17 mai 2005, p. 1 ; Règlement 1367/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la CE des dispositions de la convention d'Aarhus, *JOUE*, n° L.264 du 25 septembre 2006, p. 13 ; Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil, *JOCE*, n° L.41 du 14 février 2003, p. 26 ; COM (2003) 624 du 24 octobre 2003, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'accès à la justice en matière d'environnement. En dépit d'une première lecture devant le Parlement européen en 2004, la proposition s'est heurtée à l'opposition de certains États. Depuis la Commission a considéré nécessaire d'étudier des alternatives en vue de respecter les obligations de la Convention d'Aarhus et de faire avancer les travaux sur ce point. Voir COM (2015) 610 du 27 octobre 2015, Programme de travail de la Commission 2016.

202. Plusieurs consultations publiques sont lancées dans le domaine de l'environnement. Actuellement, une consultation publique sur l'évaluation à mi-parcours du programme Life (instrument financier de la politique environnement) est en cours (17 juin au 9 septembre 2016) ; en 2014, deux consultations publiques dans le secteur de l'eau : les options d'optimisation de la réutilisation des eaux dans l'UE – la qualité de l'eau potable dans l'UE ; en 2013, une consultation sur la révision des annexes I et II de la directive 2006/118/CE sur les eaux souterraines ; en 2012, une consultation sur les options concernant l'empreinte eau pour sauvegarder les ressources en eau en Europe. Voir http://ec.europa.eu/environment/consultations_en.htm.

203. Communiqué de presse de la Commission européenne du 23 juin 2014, Consultation publique ouverte du 23 juin au 23 septembre 2014. Voir http://ec.europa.eu/environment/consultations/water_drink_en.htm.

leur origine dans les plaintes déposées auprès de la Commission européenne²⁰⁴ et les pétitions adressées au Parlement européen²⁰⁵. La prise de conscience de la force de la jurisprudence conduit plusieurs associations environnementales à développer une véritable stratégie contentieuse pour faire pression sur les autorités publiques dans leur prise de décision. Toutefois, en l'état actuel des conditions restrictives²⁰⁶ et/ou l'absence de leur accès au prétoire de la CJUE dans le cadre du recours en manquement, les ONG sont obligées de se retourner vers leur juge national, juge commun de droit de l'UE²⁰⁷. Différents contentieux nationaux dans le domaine de l'eau et plus récemment dans celui du changement climatique²⁰⁸ illustrent l'utilisation du prétoire en vue d'exiger des États le respect de leurs obligations et devoir de diligence²⁰⁹. Une telle attractivité invite nécessairement les juges à s'interroger sur l'évolution de leur légitimité, leur positionnement dans l'équilibre des pouvoirs et l'influence croissante qu'ils exercent sur la société confrontée à des enjeux existentiels pour les générations présentes et futures. Nonobstant les nombreux débats sur les mutations de la fonction du juge, sur l'activisme

204. Parmi les nombreux exemples : voir CJCE du 8 mars 2001, Commission/France, C 266/99, *op. cit.* (Bretagne - plainte déposée par Eau et Rivières de Bretagne).

205. Exemple des pétitions concernant le projet d'aéroport Notre-Dame-des-Landes en 2012 qui conduisent la commission des pétitions du Parlement européen à auditionner le directeur général de la DG Environnement de la Commission européenne en 2013. Pour le projet de barrage de Sivens, des députés européens français (en particulier Catherine Grèze) ont, via leurs questions écrites, convaincu la Commission européenne d'ouvrir une enquête dans le cadre de la procédure UE Pilot.

206. Concernant le contentieux de la légalité, voir Article 263 TFUE : « Toute personne physique ou morale peut former dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement ou indirectement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution » ; Article 265 : « Toute personne physique ou morale peut saisir la Cour dans les conditions fixées aux alinéas précédents pour faire grief à l'une des institutions ou à l'un des organes ou organismes de l'Union d'avoir manqué de lui adresser un acte autre qu'une recommandation ou avis ».

207. De telles limites suscitent toujours plusieurs critiques en particulier à la lumière de la Convention d'Aarhus.

208. Arrêt de la Cour de la Hague de juin 2015, Recours par la Fondation Urgenda et 900 autres plaignants. Le gouvernement néerlandais a fait appel de cette décision du juge devant la juridiction supérieure, en raison de la condamnation de l'État néerlandais pour ne pas avoir respecté ses obligations (<http://www.urgenda.nl/en/climate-case/>). Voir aussi la récente action contentieuse de vingt et un jeunes de l'association *Our Children's Trust* et du climatologue James Hansen au nom des générations futures à l'encontre des autorités fédérales et du Président Obama. En l'espèce, ils invoquent la violation de leurs droits constitutionnels (droit à la vie, à la liberté, propriété) en raison de la promotion par les autorités américaines du développement et de l'utilisation des combustibles fossiles (Court for the District of Oregon, <http://ourchildrenstrust.org/US/Federal-Lawsuit>).

209. Affaire Urgenda, juin 2015 : « Due to the severity of the consequences of climate change and the great risk of hazardous climate change occurring, without mitigating measures, the Court concludes that the State has a duty of care to take mitigation measures [...] the Court concludes that the State [...] has acted negligently and therefore unlawfully towards Urgenda by starting from a reduction target for 2020 of less than 25 % compared to the year 1990 ».

des juges et leur légitimité démocratique²¹⁰, nul ne peut ignorer la force normative de la jurisprudence de la CJUE et le rôle d'acteur essentiel de la CJUE aux côtés des juridictions nationales dans les transformations de la politique de l'eau. En dépit des obstacles qui contrarient l'expression de cette force normative de la jurisprudence, elle invite justement à mobiliser tous les acteurs, y compris naturellement les juges²¹¹, en faveur de la protection et de la gestion intégrée et durable des ressources en eau et des milieux naturels.

210. Dans l'Affaire Urgenda, la Cour de la Hague consacre un développement sur cette question qu'il apparaît intéressant de citer : « It is worthwhile that a judge, although not elected and therefore has no democratic legitimacy, has democratic legitimacy in another, but vital, respect. His authority and ensuing power are based on democratically established legislation, whether national or international, which has assigned him the task of settling legal disputes. This task also extends to cases in which citizens, individually or collectively, have turned against governments authorities. The task of providing legal protection from government authorities, such as the State, pre-eminently belong to the domain of a judge. This task is also enshrined in legislation ».

211. Annual colloquium of IUCN Academy Environmental Law, *The Environment in Court*, 20-24 juin 2016, Oslo (<http://iucnael2016.no/>).

CHAPITRE 11

La construction progressive d'une protection intégrée des eaux souterraines par le droit de l'Union européenne : 1976-2006

Adrien BODART

Docteur de l'Université de Rennes 1

IODE (UMR CNRS 6262)

Dans son essai autobiographique *Terre des hommes*, paru en 1939, Antoine de Saint-Exupéry, suite à un accident d'avion en plein désert libyen, revient sur les fondamentaux de la vie humaine et, parmi les enseignements qu'il tire de son expérience, cette phrase peut nous interpeller lorsque l'on pense à la relation de l'homme à son environnement, et plus spécialement à l'eau : « On croit que l'homme peut s'en aller droit devant soi. On croit que l'homme est libre... On ne voit pas la corde qui le rattache au puits, qui le rattache, comme un cordon ombilical, au ventre de la terre »¹.

Contextualisation générale : l'eau souterraine, une richesse méconnue et fragile

Apprendre à creuser des puits pour extraire l'eau souterraine contenue dans le sol, le sous-sol, est une conquête majeure pour l'humanité ; grâce à cette technique, l'homme peut accéder à des réserves incalculables d'eau, pour assurer sa subsistance et mener à bien de nombreuses activités. L'eau souterraine, selon les estimations, représente environ 97 % de l'eau douce liquide terrestre². Dans la mesure où cette

1. A. DE SAINT-EXUPÉRY, *Terre des hommes*, Paris, Gallimard, 1939, 224 p. (extrait cité : p. 197).
2. Les estimations varient, mais oscillent autour de ce chiffre. « La presque entière totalité de l'eau, sur la planète, se présente sous forme d'eau salée dans les océans. Les deux-tiers des 3 % de ressources mondiales en eau douce se trouvent dans les régions polaires et montagneuses sous forme de neige et de glace. L'eau douce liquide ne constitue par conséquent qu'environ 1 % des ressources mondiales en eau, et se trouve pour l'essentiel, et en permanence, sous forme d'eau souterraine, puisque l'eau des rivières et des lacs représente moins de 2 % de ces eaux douces

eau douce ne constitue qu'1 % de l'eau planétaire, l'aspect vital de l'eau souterraine, tant pour l'homme que pour la biosphère continentale, est indéniable.

Pourtant, dans l'imaginaire commun, l'eau de surface occulte cette importance insoupçonnée. L'ancien adage anglais « out of sight, out of mind » trouve toute sa pertinence à propos de l'eau souterraine, la plupart du temps soustraite au regard, sous l'écran que forme le sol, et donc « oubliée de l'esprit » : on ne s'intéresse à l'eau souterraine que là où l'eau de surface est absente ou vient à manquer. On l'a d'ailleurs longtemps cherchée via des méthodes confinant au surnaturel, telles que la sourcellerie³, et les sociétés antiques l'ont tout autant vénérée que redoutée. En effet, les représentations de l'eau souterraine, au même titre que celles du sol et du sous-sol, révèlent une ambivalence entre le culte rendu à l'eau et à la terre sources de vie sacrées⁴ et un imaginaire anxigène lié notamment aux profondeurs infernales⁵. Ainsi, une perception souvent erronée⁶, fragmentaire, de cette eau invisible, a-t-elle sans doute desservi la protection de l'eau souterraine, malgré son rôle substantiel pour des usages aussi fondamentaux que divers.

Cette fonction essentielle jouée par l'eau souterraine tient non seulement à son importance quantitative (à laquelle on accède de façon croissante, à mesure que les techniques de détection, de forage et de pompage progressent), mais aussi à sa qualité souvent supérieure, grâce à la protection, à la filtration qu'offrent certains sols. L'eau souterraine apparaît aussi comme une ressource d'avenir⁷, perspective de développement,

liquides » (Archives de documents de la FAO, « L'importance croissante des eaux souterraines », *Déverrouiller le potentiel de l'eau en agriculture*, 2003, 72 p. [En ligne, <http://www.fao.org/docrep/005/y4525f/y4525f00.htm>].

3. Issue d'une tradition remontant à la plus lointaine Antiquité, voire à la Préhistoire (voir les gravures rupestres du Tassili n'Ajjer, au sud-est de l'Algérie, VII^e millénaire av. J.-C.), la sourcellerie a évolué au cours des siècles, à la recherche d'une explication « rationnelle » (voir la radiesthésie, la géobiologie).

4. Les incarnations de la terre mère, nourricière, sont légion. Quant à l'eau souterraine, elle fut honorée en Mésopotamie en tant que génitrice de la Création (Abzu), lorsqu'elle s'unit à l'eau marine (Tiamat) ; les fontaines, sources et puits, résurgences naturelles ou artificielles de l'eau souterraine, étaient également objets de culte (Fons, à Rome).

5. Dans la mythologie germano-scandinave, les Enfers, froids, étaient souterrains, séparés du monde des vivants par la rivière souterraine Gjöll ; dans la mythologie gréco-latine, les Enfers étaient également souterrains, séparés de la surface par les fleuves Achéron, Cocytus et Styx.

6. De l'époque de Thalès de Milet au XIX^e siècle ont persisté les hypothèses d'une origine marine des eaux souterraines – alors qu'elles sont issues des pluies – et de l'existence de fleuves, voire d'un océan souterrains – alors que la plupart des eaux souterraines sont contenues dans des formations aquifères, c'est-à-dire dans les pores et fissures des roches.

7. Mais pas seulement ; elle s'ancre aussi dans le passé, legs d'une histoire immémoriale – on a récemment découvert, à 2,4 km de profondeur, dans une mine canadienne, des poches contenant

particulièrement dans des régions pauvres du fait de la sécheresse (le commentaire annexé à l'article 16 du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières⁸ produit par la Commission du Droit International de l'ONU évoque l'entretien d'une croissance durable dans les pays en développement grâce à la protection et la gestion des aquifères).

De par sa disponibilité et sa qualité, l'eau souterraine est le support de nombreux usages, qu'il faut réglementer afin de préserver cette ressource, qui se singularise aussi par une fragilité plus marquée que celle des eaux de surface, en raison de la lenteur de son renouvellement. Il ne faut pas concevoir, contrairement à l'idée reçue, que les eaux souterraines se présentent sous forme de rivières souterraines à l'image des cours d'eau superficiels ; ce cas de figure est rare. La plupart des eaux souterraines, que la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau (directive-cadre sur l'eau [DCE]) définit comme « toutes les eaux se trouvant sous la surface du sol dans la zone de saturation et en contact direct avec le sol ou le sous-sol » (article 2 §2), sont contenues dans des aquifères, c'est-à-dire « une ou plusieurs couches souterraines de roche ou d'autres couches géologiques d'une porosité et perméabilité suffisantes pour permettre soit un courant significatif d'eau souterraine, soit le captage de quantités importantes d'eau souterraine » (2 §11). Il s'agit de formations géologiques fracturées ou spongieuses (imbibées d'eau), parfois enfermées par de la roche imperméable, et donc impossibles à réalimenter naturellement.

On peut identifier quatre catégories d'usages de l'eau souterraine, ou d'usages susceptibles d'impacter celle-ci ainsi que les sols qui les abritent :

- Les usages de consommation : alimentation en eau potable (d'après l'Agence européenne pour l'environnement, les trois quarts de la population de l'Union dépendent de l'eau souterraine pour leur eau potable), irrigation, abreuvement.
- Les usages industriels et agro-industriels : de par leur haute qualité, ces eaux sont prisées par la chimie et par l'industrie agro-alimentaire (à titre d'anecdote, on peut citer un avis

une eau isolée de l'extérieur depuis au moins 1,5 milliard d'années, article du 20 mai 2013 (recherche et technologie) [En ligne, <http://www.rtf.fr>].

8. Projet d'articles de la Commission du Droit International adopté par une résolution A/Res/63/124 de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 11 décembre 2008. Voir par exemple, la découverte par l'UNESCO en 2013 d'aquifères dans le comté de Turkana (Nord du Kenya).

du Comité économique et social européen, *Promouvoir le potentiel de croissance de l'industrie européenne de la bière*⁹, d'octobre 2013, qui souligne que « l'eau [...] [étant] la principale matière première utilisée par le secteur brassicole, la protection des eaux souterraines est [...] une préoccupation majeure ») ; les eaux souterraines sont aussi au centre des interrogations quant aux polluants diffus tels que les produits phytosanitaires, biocides¹⁰, intrants agricoles¹¹, perturbateurs endocriniens¹², etc. Par exemple, la directive 2010/75/UE relative aux émissions industrielles (dite IPPC, prévention et réduction intégrées de la pollution)¹³ se réfère en plusieurs de ses dispositions à la protection des sols et des eaux souterraines.

- Les usages énergétiques, liés au changement climatique : géothermie (pompage et réinjection d'eau¹⁴), hydrocarbures de schiste (eau nécessaire à la fracturation hydraulique, impact de l'extraction sur les aquifères¹⁵), stockage souterrain de gaz¹⁶, stockage géologique de dioxyde de carbone (qui peut affaiblir

9. Avis du Comité économique et social européen sur le thème « Promouvoir le potentiel de croissance de l'industrie européenne de la bière » (avis d'initiative), n° 2014/C 67/06 du 16 octobre 2013, *Journal officiel de l'Union européenne* (ci-après JOUE), n° C67, 6 mars 2014, pp. 27-31.

10. Règlement (CE) n° 1107/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques, JOUE, n° L309, 24 novembre 2009, pp. 1-50 (produits d'usage agricole) ; règlement (UE) n° 528/2012 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 concernant la mise à disposition sur le marché et l'utilisation des produits biocides, JOUE, n° L167, 27 juin 2012, pp. 1-123 (produits d'usage agricole).

11. Directive 91/676/CEE du Conseil du 12 décembre 1991 concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles, *Journal officiel des communautés européennes* (ci-après JOCE), n° L375, 31 décembre 1991, pp. 1-8.

12. Règlement (CE) n° 1107/2009, précité.

13. Directive 2010/75/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010, relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution – refonte), JOUE, n° L334, 17 décembre 2010, pp. 17-119. Elle remplace et abroge la directive du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2008, dite « IPPC », qui elle-même remplaçait la directive 96/61/CE du Conseil du 24 septembre 1996. Cette directive cherche à prévenir les risques chroniques (non-punctuels) engendrés par des installations industrielles et agricoles, en soumettant à autorisation conditionnée leur exploitation – valeurs limites d'émission, recours aux MTD, mesures de prévention et de sécurité, remise en état.

14. Article 11 §3, j, de la directive-cadre sur l'eau – il s'agit de l'un des rejets autorisés dans les aquifères.

15. Recommandation de la Commission 2014/70/UE du 22 janvier 2014 relative aux principes minimaux applicables à l'exploitation et à la production d'hydrocarbures (tels que le gaz de schiste) par fracturation hydraulique à grands volumes, JOUE, n° L39, 8 février 2014, pp. 72-78 : respect d'une distance minimale de séparation verticale entre la zone à fracturer et les eaux souterraines ; site retenu si l'évaluation des risques montre qu'il n'y aura pas de rejets directs dans l'eau souterraine ; mesures d'urgence en cas de rejets accidentels.

16. Directive-cadre sur l'eau (article 11 §3, j), et directive 2012/18/UE du Parlement et du Conseil du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses (...), dite « Seveso III », JOUE, n° L197, 24 juillet 2012, pp. 1-37 (article 2).

le niveau de protection des eaux souterraines si l'on autorise l'injection de CO₂ dans des aquifères impropres à nos usages, salins)¹⁷.

- La production et l'entreposage ou stockage de déchets : installations de surface produisant des lixiviats qui polluent les eaux souterraines en s'infiltrant dans le sol (décharges à ciel ouvert¹⁸, installations de gestion des déchets des industries extractives¹⁹), et installations souterraines de stockage des déchets²⁰. Peut-être aussi pourrait-on poser la question de l'enfouissement des déchets nucléaires, même si les textes n'évoquent pas, à propos de cette technique, de menace pour l'eau souterraine²¹, bien que la contamination radioactive de la Sibérie par les installations militaires soviétiques prouve l'existence de cette menace.

Or, malgré des usages immémoriaux pour certains (forage de puits, creusage de qanâts²²) et, comme on vient de le voir, en plein développement pour d'autres, le droit a tardé à s'intéresser réellement à la gestion des eaux souterraines, plutôt focalisé sur les sources, les eaux superficielles. Historiquement, il s'agissait principalement d'un « droit

17. Directive 2009/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative au stockage géologique du dioxyde de carbone (...), *JOUE*, n° L140, 5 juin 2009, pp. 114-135. Nuançons cependant cette possibilité, car la même directive précise bien, plus loin dans ce considérant 46, qu'une telle injection devrait respecter la DCE et sa directive fille. Par ailleurs, au titre de l'Annexe I de la directive 2009/31/CE, figure parmi les « critères de caractérisation et d'évaluation du complexe de stockage et de ses environs » la présence d'aquifères utilisés pour l'alimentation en eau potable ou la géothermie, usages que l'on peut prioriser par rapport au stockage (considérant 19). Risque de dégagement de gaz.

18. Directive 1999/31/CE du Conseil du 26 avril 1999 concernant la mise en décharge des déchets, *JOCE*, n° L182, 16 juillet 1999, pp. 1-19.

19. Directive 2006/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 concernant la gestion des déchets de l'industrie extractive (...), *JOUE*, n° L102, 11 avril 2006, pp. 15-33. Les lixiviats sont les effluents nocifs résultant du ruissellement de la pluie parmi les déchets entreposés dans les décharges.

20. Décision 2003/33/CE du Conseil du 19 décembre 2002 établissant des critères et des procédures d'admission des déchets dans les décharges (...), *JOUE*, n° L11, 16 janvier 2003, pp. 27-49. Voir l'Annexe A : évaluation de la sécurité pour l'admission des déchets en stockage souterrain.

21. Directive 2011/70/Euratom du Conseil du 19 juillet 2011 établissant un cadre communautaire pour la gestion responsable et sûre du combustible usé et des déchets radioactifs, *JOUE*, n° L199, 2 août 2011, pp. 48-56. Considérant 23 : « Il est communément admis que sur le plan technique, le stockage en couche géologique profonde constitue, actuellement, la solution la plus sûre et la plus durable en tant qu'étape finale de la gestion des déchets nucléaires ».

22. « Technique de caractère minier qui consiste à exploiter des nappes d'eau souterraines au moyen de galeries drainantes » (H. GOBLOT, « Les qanâts », *Bulletin des bibliothèques de France*, 1979, n° 11, p. 27), dont l'origine remonterait à la Perse du I^{er} millénaire av. J.-C. Les premiers puits, eux, dateraient du Néolithique (vers 10 000 av. J.-C.).

des puits »²³ (forme ancestrale du « droit à l'eau », comme l'a montré Henri Smets²⁴, en s'appuyant sur la pensée grecque – particulièrement Solon, Platon – et les religions révélées). Naturellement, cette dimension demeure essentielle aujourd'hui, comme en témoigne l'attention particulière portée aux captages d'eau potable et au périmètre qui les entoure, mais elle ne suffit plus à une bonne gestion, à une protection de l'eau souterraine, qui remplit, par ailleurs, d'autres fonctions.

Fondements de l'intervention communautaire et plus-value majeure de la DCE

Cette explosion des usages de l'eau souterraine, usages atomisés²⁵, et des impacts susceptibles de la dégrader, sachant qu'une grande partie des aquifères sont transfrontières sur le continent européen²⁶, a justifié que la Communauté européenne élabore progressivement une législation protectrice, désormais fondée sur le principe de gestion intégrée (« Il est nécessaire d'élaborer une politique communautaire intégrée dans le domaine de l'eau », préambule de la DCE, considérant 9). La « gestion intégrée des ressources en eau », selon le Partenariat Mondial de l'Eau, est un « processus qui encourage la mise en valeur et la gestion coordonnées de l'eau, des terres et des ressources associées, en vue de maximiser le bien-être économique et social qui en résulte d'une manière équitable, sans compromettre la pérennité des écosystèmes vitaux »²⁷.

23. Ce que l'on cherche à préserver, c'est l'accès, souvent partagé, à une eau potable.

24. H. SMETS, *Le droit à l'eau dans les législations nationales*, Agence française de développement, 2006, 128 p. (voir l'encadré n° 1, p. 20). On ne peut refuser l'accès à un puits pour qu'une personne se désaltère, voire pour que ses animaux s'abreuvent.

25. L'« atomisation » désigne, en géographie, une implantation parcellaire, dispersée des établissements humains. Par exemple, en France, le creusement de puits ou les forages, bien que théoriquement soumis à déclaration en vertu de l'article 54 de la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques (*Journal officiel de la République française*, n° 303, 31 décembre 2006, p. 20285, texte n° 3 – « Tout prélèvement, puits ou forage réalisé à des fins d'usage domestique de l'eau fait l'objet d'une déclaration auprès du maire de la commune concernée. Les informations relatives à cette déclaration sont tenues à disposition du représentant de l'État dans le département et des agents des services publics d'eau potable et d'assainissement », agents susceptibles de contrôler ces puits et forages domestiques), sont pourtant souvent réalisés à l'insu de l'administration. Il est difficile, en effet, de contrôler, faute de moyens humains suffisants, un tel nombre d'ouvrages.

26. Selon le Programme Hydrologique International de l'UNESCO, sur les 273 aquifères transfrontières recensés dans le monde en 2010, 90 s'étendaient sur l'Europe occidentale.

27. Définition formulée par le Partenariat Mondial de l'Eau (Global Water Partnership, réseau international ouvert à toutes les organisations impliquées dans la gestion intégrée des ressources en eau), in « Gestion Intégrée des Ressources en Eau (GIRE) – La voie du développement durable », *InfoResources, focus*, 2003, n° 1/03. La GIRE semble avoir été formalisée par les Principes de Dublin, posés dans la déclaration de Dublin sur l'eau dans la perspective d'un développement

Il s'agit d'une méthode de gestion durable (c'est-à-dire approche écosystémique), participative (c'est-à-dire associant l'ensemble des acteurs concernés) et transversale (c'est-à-dire au-delà de la sectorialité des politiques et, particulièrement, au-delà de l'antagonisme entre impératifs économiques et impératifs écologiques).

Ce principe de gestion intégrée n'a été mis en œuvre, réellement, dans le domaine de l'eau au niveau communautaire, qu'à partir de la directive-cadre sur l'eau en 2000, même si les premiers textes remontent au milieu des années 1970, adoptés à l'époque sur la base juridique subsidiaire prévue à l'ancien article 235 du Traité de Rome (devenu 352 TFUE), pour la réalisation des objectifs du Traité dans le cadre du Marché Commun [l'idée étant que des conditions disparates de rejets polluants pourraient créer des inégalités de concurrence] en l'absence de pouvoir d'action adéquat de la Communauté. D'abord cantonné à la limitation ou à l'interdiction des pollutions de l'eau souterraine²⁸, le droit de l'UE applicable aux eaux souterraines s'est ensuite élargi à d'autres considérations avec la DCE. Cette évolution s'est faite au gré, à la fois, des avancées scientifiques (meilleure connaissance du cycle de l'eau) et des progrès conceptuels (gestion/protection²⁹ intégrée). Nous allons voir que

durable, produite dans le cadre de la Conférence internationale sur l'eau et l'environnement (26-31 janvier 1992).

28. Voir l'article 2 de la directive 76/464/CEE du Conseil du 4 mai 1976, concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique de la Communauté, JOCE, n° L129, 18 mai 1976, pp. 23-29 : « Les États membres prennent les mesures appropriées pour éliminer la pollution des eaux visées à l'article 1^{er} par les substances dangereuses incluses dans les familles et groupes de substances énumérés sur la liste I de l'annexe, ainsi que pour réduire la pollution desdites eaux par les substances dangereuses incluses dans les familles et groupes de substances énumérés sur la liste II de l'annexe, conformément à la présente directive, dont les dispositions ne constituent qu'un premier pas vers cet objectif ».

29. Mot choisi par l'une des directives « filles » de la directive-cadre sur l'eau, la directive 2006/118/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, sur la protection des eaux souterraines contre la pollution et la détérioration, JOUE, n° L372, 27 décembre 2006, pp. 19-31. La distinction éventuelle avec la gestion est incertaine ; celle-ci est d'ailleurs souvent accompagnée de qualificatifs qui semblent proches (intégrée, concertée, équilibrée...). Cependant, chaque mot n'existant que pour une signification unique, pour une nuance, il conviendrait d'opérer clairement cette distinction, car le droit ne saurait se satisfaire de ce flou sémantique né de la juxtaposition de notions voisines certes, mais pas identiques. Pourquoi adjoindre la préservation à la protection, la conservation à la protection, sans expliciter l'objet des deux modalités de la protection (« la politique communautaire de l'environnement doit contribuer à la poursuite des objectifs que constituent la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement », préambule de la DCE, alinéa 11 ; « la directive 2000/60/CE fixe des dispositions générales pour la protection et la conservation des eaux souterraines », préambule de la directive 2006/118/CE, alinéa 6) ? À ce propos, voir S. DEPRAZ, *Notion à la une : protéger, préserver ou conserver la nature* ? [En ligne, <http://geoconfluences.ens-lyon.fr/informations-scientifiques/a-la-une/notion-a-la-une/notion-a-la-une-protoger-preserver-ou-conserver-la-nature>], publié sur le portail web de l'École Normale Supérieure de Lyon le 25 avril 2013. Et surtout, comment distinguer gestion et protection (voir la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil du 10 juillet 1996,

cette évolution salubre pourrait encore être poursuivie, car la question de l'eau souterraine est une question fort complexe : outre les spécificités physiques attachées à cette eau particulière, l'équilibre est difficile à trouver, en vertu du principe de subsidiarité, entre une dimension à la fois très locale – le forage et son aire d'alimentation – et une dimension souvent transfrontalière/transfrontière.

Compte tenu de ces observations, l'on peut s'interroger sur la façon dont le droit de l'UE tente de s'acquitter de cette tâche complexe qu'est la réglementation de l'eau, considérée à la fois dans son unité – les eaux de surface ne peuvent être envisagées isolément des eaux souterraines, qui constituent leur principale source d'alimentation – et dans sa diversité – représentée ici par l'eau souterraine et ses caractéristiques propres. Nous allons donc mettre en évidence un double mouvement dans l'évolution de la protection des eaux souterraines au sein de l'Union européenne : à la fois un processus d'unification des protections des eaux de surface et souterraines sous l'égide de la DCE (1976 à 2000) et, dans le même temps, une adaptation des mécanismes de gestion et de suivi à la spécificité de ces dernières (à partir de 2000), adaptation probablement encore insuffisante pour que l'on puisse parler d'une véritable protection intégrée.

I. LE PROCESSUS D'UNIFICATION DES PROTECTIONS DES EAUX SUPERFICIELLES ET SOUTERRAINES SOUS L'ÉGIDE DE LA DCE (≈ 1976-2000)

La politique communautaire de l'eau et donc, a fortiori, la protection des eaux souterraines, ont connu un avant et un après DCE. Ce texte a coordonné et permis l'actualisation³⁰ d'une législation construite en ordre dispersé depuis le milieu des années 1970, afin d'établir un cadre textuel cohérent, doté de nouveaux outils de gestion, pour l'ensemble des eaux communautaires, y compris souterraines.

relative à un programme d'action pour la protection et la gestion intégrées des eaux souterraines, COM (96) 315 final ; voir « la protection et la gestion écologiquement viable des eaux » citée par l'alinéa 16 du préambule de la DCE) ? Faut-il voir dans la protection l'objectif et dans la gestion les moyens et méthodes utilisés ? Ou faut-il concevoir gestion et protection comme deux degrés distincts, selon la fragilité de l'objet considéré, la protection étant moins utilitaire, anthropocentrée, proche d'une logique économique que la gestion ? Ce questionnement mériterait une réflexion approfondie.

30. La DCE fait œuvre de codification en abrogeant à échéance un certain nombre de textes devenus obsolètes, dont les dispositions sont remplacées par un nouvel ensemble de directives, qu'elle coordonne.

A. Une approche initiale des eaux souterraines par « touches » sectorielles

Premier texte de droit dérivé portant spécifiquement sur l'eau, la directive 75/440/CEE, concernant la qualité requise des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire³¹, excluait de son champ d'application, entre autres, les eaux souterraines (article 1^{er} §1). C'est dans une directive 76/464/CEE, concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique de la Communauté³², que commence à prendre corps la protection des eaux souterraines : « Il importe d'appliquer la présente directive aux rejets effectués dans les eaux souterraines, sous réserve de certaines exceptions et modifications, en attendant qu'une réglementation communautaire spécifique soit arrêtée en la matière » (10^e considérant ; article 4 §4). Ce sera chose faite avec la directive 80/68/CEE concernant la protection des eaux souterraines contre la pollution causée par certaines substances dangereuses³³. Celle-ci soumet à autorisation, après enquête préalable, le rejet de substances interdites (Liste I) ou limitées (Liste II)³⁴, sachant que les rejets directs de substances relevant de la Liste I doivent être

31. Directive 75/440/CEE du Conseil du 16 juin 1975, concernant la qualité requise des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire dans les États membres, *JOCE*, n° L194, 25 juillet 1975, pp. 26-31. Abrogée en 2007 par l'article 22 de la DCE.

32. Abrogée en 2007 par l'article 22 de la DCE, sauf son article 6, abrogé dès l'entrée en vigueur de la directive-cadre. Une directive 2006/11/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 février 2006 concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique de la Communauté, *JOUE*, n° L64, 4 mars 2006, pp. 52-59, actualise et codifie la directive 76/464/CEE. On distinguait, dans cette directive, deux listes de substances : l'une, la liste I, rassemblait des substances dangereuses à éliminer ; l'autre, la liste II, rassemblait des substances dangereuses à réduire. La DCE, en son article 16, refond et renforce le dispositif, en désignant des substances prioritaires, dont les rejets doivent être graduellement réduits, et qui comprennent un sous-ensemble, les substances prioritaires dangereuses, dont les rejets doivent être graduellement arrêtés. L'annexe X de la DCE (constituée par la décision 2455/2001/CE du Parlement et du Conseil du 20 novembre 2001 établissant la liste des substances prioritaires dans le domaine de l'eau [...], *JOCE*, n° L331, 15 décembre 2001, pp. 1-5 et modifiée par la directive 2008/105/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 établissant des normes de qualité environnementale dans le domaine de l'eau [...], *JOUE*, n° L348, 24 décembre 2008, pp. 84-97, puis par la directive 2013/39/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 modifiant les directives 2000/60/CE et 2008/105/CE en ce qui concerne les substances prioritaires pour la politique dans le domaine de l'eau, *JOUE*, n° L226, 24 août 2013, pp. 1-17) comprend aujourd'hui 33 substances prioritaires (→ 45 en 2015), dont 10 dangereuses. Afin de progressivement réduire/arrêter de rejeter de telles substances dans le milieu aquatique, sont établies des normes de qualité environnementale (NQE – concentrations à ne pas dépasser, par le respect de valeurs limites d'émission, fixées au niveau de l'UE pour les substances prioritaires, et au niveau national pour les autres substances dont dépend le bon état chimique – « valeurs seuils » dans la terminologie de la directive 2006/118/CE).

33. Directive 80/68/CEE du Conseil, du 17 décembre 1979 concernant la protection des eaux souterraines contre la pollution causée par certaines substances dangereuses, *JOCE*, n° L20, 26 janvier 1980, pp. 43-48.

34. La répartition se fait en fonction de l'intensité de la toxicité, de la persistance et de la bioaccumulation.

éliminés, mais que les rejets indirects doivent simplement être évités. L'interdiction totale de certains rejets, expression ferme du principe de prévention, se justifie par la fragilité particulière des eaux souterraines, la plupart du temps peu résilientes³⁵. D'autres textes, ultérieurs, toucheront aussi à la protection des eaux souterraines vis-à-vis des rejets, telles que la fameuse directive « nitrates » de 1991³⁶.

Une proposition de directive du Conseil, relative à la qualité écologique des eaux³⁷, finalement abandonnée au profit d'un autre projet³⁸ qui devait déboucher sur la DCE en 2000, excluait les eaux souterraines de son champ d'application, laissant le soin à d'autres textes éventuels de les protéger. Mais elle ne manquait pas de souligner, en son §1.3, que « la présente proposition contribuera d'ores et déjà à la préservation ou à l'amélioration de la qualité des eaux souterraines, grâce à une meilleure protection des eaux de surface susceptibles de percoler dans les eaux souterraines et d'être reliées à des aquifères ». Une proposition de décision du Parlement et du Conseil relative à un programme d'action pour la protection et la gestion intégrées des eaux souterraines³⁹ suivit cette invitation, mais elle aussi fut abandonnée au profit d'un autre projet, plus conforme à l'esprit transversal, englobant, de la DCE, adoptée entretemps⁴⁰. À l'époque, la Commission pointe l'« étroitesse » de la directive 80/60/CEE, « centrée sur le contrôle des rejets provenant de sources industrielles et urbaines », et relève que « les dispositions relatives au contrôle des sources diffuses de l'agriculture, de la sylviculture, et autres n'ont été intégrées qu'il y a peu dans la législation environnementale communautaire ». Elle regrette enfin l'absence dans la politique

35. La résilience, vocable issu de la psychologie, adopté par l'écologie, désigne la capacité d'un écosystème à se régénérer suite à une dégradation. Plus la résilience est élevée, plus l'écosystème est capable de supporter les pressions exercées sur lui. Les eaux souterraines, qui se renouvellent en général assez lentement, sont faiblement résilientes, et donc peuvent être irrémédiablement tariées ou polluées, du moins à échelle temporelle humaine.

36. Directive 91/676/CEE du Conseil du 12 décembre 1991, concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles, *JOCE*, n° L375, 31 décembre 1991, pp. 1-8, imposant la désignation de « zones vulnérables ».

37. Proposition de directive du Conseil, du 15 juin 1994, relative à la qualité écologique des eaux, COM (93) 680.

38. Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil instituant un cadre pour l'action communautaire dans le domaine de l'eau, du 26 février 1997, COM (97) 49 final.

39. Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil du 10 juillet 1996, relative à un programme d'action pour la protection et la gestion intégrées des eaux souterraines, COM (96) 315 final, précitée.

40. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des eaux souterraines contre la pollution, du 19 septembre 2003, COM (2003) 550 final, dont l'adoption aura pour résultat la directive 2006/118/CE.

de l'eau de « dispositions concernant la quantité des eaux souterraines et le captage de l'eau douce »⁴¹.

Ce droit communautaire de l'eau s'est rapidement étoffé, mais sans cohérence globale, par touches sectorielles. La DCE et, à sa suite, sa directive « fille » sur la protection des eaux souterraines, remédieront à cela, affirmant l'interdépendance des milieux aquatiques, et articulant les « standards » de protection fixés par les différents textes pertinents.

B. L'inclusion des eaux souterraines dans le cadre commun de la directive 2000/60/CE

La directive-cadre sur l'eau résulte d'un mélange d'innovation et de continuité, pour une protection plus cohérente de l'eau et des divers milieux aquatiques. En créant des méthodes telles que l'approche combinée⁴² pour les eaux de surface, la DCE articule la législation pertinente dans un cadre unique ; son article 10 se réfère à la directive « nitrates », à la directive « eaux résiduaires urbaines » (ERU)⁴³, à la directive relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution (IPPC), à la – future, à la date où la DCE est publiée – directive « normes de qualité environnementale » (NQE)⁴⁴ ainsi qu'à « toute autre législation communautaire pertinente ». De même, autre exemple, le fait que l'Annexe IV de la DCE regroupe dans un même ensemble les « zones protégées » prévues par un certain nombre de directives sectorielles – zones de captage d'eau destinée à la consommation humaine⁴⁵, eaux de plaisance et eaux de baignade⁴⁶, zones vulnérables, zones sensibles, zones Natura 2000 – témoigne de cette volonté de faire appliquer l'ensemble du droit dérivé concernant l'eau, antérieur et postérieur à la DCE, dans un cadre cohérent.

41. Point 3 de la proposition de décision.

42. Approche dédoublée : un volet « émissions » (valeurs limites et meilleures pratiques environnementales) et un volet « contrôle » (appuyé sur les meilleures techniques disponibles ; contrôle du respect des NQE, comme l'indique le renvoi à l'Annexe IX de la directive). Tous les rejets dans les eaux de surface, qu'ils soient ponctuels ou diffus, devront respecter cette méthode à partir de 2012.

43. Directive 91/271/CEE du Conseil du 21 mai 1991 relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, *JOCE*, n° L135, 30 mai 1991, pp. 40-52, imposant la désignation de « zones sensibles ».

44. Directive 2008/105/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, établissant des normes de qualité environnementale dans le domaine de l'eau, modifiant et abrogeant les directives du Conseil 82/176/CEE, 83/513/CEE, 84/156/CEE, 84/491/CEE, 86/280/CEE et modifiant la [DCE], *JOUE*, n° L348, 24 décembre 2008, pp. 84-97.

45. Article 7 de la DCE.

46. Directive 2006/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 février 2006 concernant la gestion de la qualité des eaux de baignade et abrogeant la directive 76/160/CEE, *JOUE*, n° L64, 4 mars 2006, pp. 37-51.

Cette continuité du droit fait écho à celle des écosystèmes aquatiques, qui, jusqu'à la DCE, n'était pas explicitement prise en compte dans les textes. L'alinéa 20 du préambule de la DCE indique par exemple que « l'état quantitatif d'une masse d'eau souterraine peut avoir une incidence sur la qualité écologique des eaux de surface et des écosystèmes terrestres associés à cette masse d'eau souterraine ». Cette approche écosystémique et ces passerelles entre législations sont la manifestation d'une « gestion intégrée » (alinéa 9), attentive à tous les usages et impacts, ainsi qu'aux interdépendances entre les écosystèmes.

Mais surtout, le mérite de la DCE est de fonder ce nouveau cadre commun sur des instruments de planification et des notions utilisables pour la gestion de toutes les catégories d'eaux qu'elle identifie (superficielles, souterraines, de transition, ou côtières) : la notion de bon état⁴⁷, les masses d'eau⁴⁸ – pour le dire simplement, unité « scientifique » de gestion – et les districts hydrographiques⁴⁹ – pour le dire simplement, unité administrative de gestion. Or, ce cadre posé par la DCE, commun, n'en est pas moins partiellement adapté à la spécificité des eaux souterraines.

L'étude de l'article 2 de la DCE, consacré aux définitions, révèle d'emblée que ce cadre commun aux eaux superficielles et souterraines n'est pas uniforme. Au bassin/sous-bassin hydrographique [à distinguer de district] correspond l'aquifère (§11). Au bon état d'une eau de surface, caractérisé par son bon état chimique et écologique, correspond le bon état d'une eau souterraine, caractérisé par son bon état chimique et quantitatif (§20) ; notons d'ailleurs que la définition de l'état quantitatif ne

47. Indicateur de « qualité » de l'eau, qui présente l'intérêt d'être un curseur d'action, un objectif minimal à atteindre. La logique est commune à toutes les eaux, mais la définition dudit bon état varie selon le type d'eaux, distingués en raison de leurs caractéristiques propres. En vertu des §18 et 20 de l'article 2 de la DCE, le « bon état d'une eau de surface » est atteint « lorsque son état écologique et son état chimique sont au moins 'bons' » ; alors que le « bon état d'une eau souterraine » est atteint « lorsque son état quantitatif et son état chimique sont au moins 'bons' ». Dans le premier, l'aspect écologique de l'eau est présent mais l'aspect quantitatif absent ; dans le second, c'est l'inverse.

48. Découpage scientifique en principe déconnecté de toute frontière administrative, la masse d'eau désigne une « partie distincte et significative » du type d'eau considéré (article 2, §8, 9, 10, 12 de la DCE), que l'on cherche à identifier à partir d'ensembles cohérents tels que des lacs ou rivières pour l'eau superficielle ou des aquifères ou systèmes aquifères pour l'eau souterraine. Certains scientifiques demeurent perplexes face à cette notion, qu'ils ne considèrent pas comme scientifiquement signifiante ou fondée – d'où les guillemets attribués au qualificatif de « scientifique ».

49. « Zone terrestre et maritime, composée d'un ou plusieurs bassins hydrographiques ainsi que des eaux souterraines et eaux côtières associées, identifiée [...] comme principale unité aux fins de la gestion des bassins hydrographiques » (article 2 §15). Support territorial de la planification, le district impose une gestion coordonnée de l'ensemble des eaux continentales et côtières, au-delà des frontières nationales si nécessaire.

se réfère qu'à l'eau souterraine : « expression du degré d'incidence des captages directs et indirects sur une masse d'eau souterraine » (§26). De plus, certaines notions sont proprement attachées aux eaux souterraines : « ressource disponible d'eau souterraine »⁵⁰ – celle-ci est particulièrement importante, car elle rappelle que l'eau souterraine dont on connaît l'existence n'est pas totalement exploitable, pour une part inaccessible ou coûteuse à extraire, pour une autre part nécessaire au maintien d'écosystèmes aquatiques ou terrestres associés –, « déversement direct dans les eaux souterraines »⁵¹.

Enfin, il faut signaler l'existence d'une directive spécifique à la protection de l'eau souterraine, la directive 2006/118/CE, dont l'adoption était prévue par l'article 17 §1 de la DCE, « Stratégies visant à prévenir et à contrôler la pollution des eaux souterraines », qui fait suite à l'article 16 portant sur les « stratégies de lutte contre la pollution de l'eau » en général. Cette directive 2006/118/CE crée des outils similaires, mais distincts, de ceux prévus pour les eaux de surface : par exemple, aux NQE attachées aux eaux superficielles, correspondent des normes de qualité d'une eau souterraine – c'est-à-dire une NQE, mais propre à une eau souterraine (article 2 §1).

De cet aperçu rapide, l'on conclut que les auteurs de la DCE ont eu la sagesse d'adapter le dispositif commun qu'ils voulaient mettre en place avec ce texte cadre, aux spécificités des eaux souterraines, conformément à une démarche intégrée, respectueuse de la réalité des écosystèmes. Mais cette adaptation demeure probablement inaboutie, tant au regard des caractères propres à l'eau souterraine qu'au regard de la transversalité de sa gestion.

50. « Taux moyen annuel à long terme de la recharge totale de la masse d'eau souterraine moins le taux annuel à long terme de l'écoulement requis pour atteindre les objectifs de qualité écologique des eaux de surface associées [...], afin d'éviter toute diminution significative de l'état écologique de ces eaux et d'éviter toute dégradation significative des écosystèmes terrestres associés » (§27).

51. « Déversement de polluants dans les eaux souterraines sans infiltration à travers le sol ou le sous-sol » (§32).

II. L'ADAPTATION DES MÉCANISMES DE GESTION ET DE SUIVI PRÉVUS PAR LA DCE AUX PARTICULARITÉS DES EAUX SOUTERRAINES (≈ 2000-2006)

Certes, les eaux souterraines sont régies par des dispositions spéciales de la DCE et une directive spécifique, la directive 2006/118/CE, dotée d'outils particuliers. Mais sous certains aspects, la différenciation entre les eaux souterraines et les eaux de surface apparaît insuffisante. Par ailleurs, tant que l'UE ne coordonnera pas mieux ses politiques environnementale, agricole et énergétique, la protection intégrée de l'eau souterraine demeurera incomplète.

A. Une adaptation probablement insuffisante au regard de la spécificité des eaux souterraines

On ne saurait nier que la DCE représente une grande avancée pour la réglementation de l'eau au niveau de l'Union comme au niveau des États membres, qui ont dû adapter leurs planifications et leurs polices pour satisfaire aux nouvelles obligations de protection. Mais pour ce qui concerne l'eau souterraine, certaines singularités semblent avoir été « occultées » par la DCE ; or celles-ci ne sont pas nécessairement anodines en termes de gestion de la ressource.

On pourrait relever d'éventuels problèmes de pertinence « spatiale » de la planification :

- En vertu de l'article 3 §1 de la directive-cadre, « lorsque les eaux souterraines ne correspondent pas complètement à un bassin hydrographique particulier, elles sont identifiées et intégrées au district hydrographique le plus proche ou le plus approprié ». Le rattachement adéquat doit sans doute être difficile à déterminer, d'autant plus si l'aquifère est transnational.
- Par ailleurs, Philippe Quevauviller⁵², l'un des concepteurs de la directive 2006/118/CE, pointe, outre les lacunes de la DCE en termes d'harmonisation des critères d'identification des masses d'eau souterraine, sur un même bassin versant, partagé, des contradictions entre des organes gestionnaires de bassin versant qui ont « utilisé les frontières nationales pour

52. P. QUEVAUVILLER, *Protection des eaux souterraines – législation européenne et avancées scientifiques*, Paris, Lavoisier, 2010, 433 p. Voir spécialement p. 135.

séparer des masses d'eau alors que d'autres ont défini des masses transfrontalières » – c'est-à-dire que certaines masses ont été délimitées sur des considérations administratives et non hydrogéologiques.

Signalons à ce propos que la DCE ne distingue pas entre les divers types d'aquifères existants, sans doute par réalisme administratif, mais sans doute au préjudice d'une gestion plus adaptée ; par exemple, on ne gèrerait pas un aquifère à nappe captive comme un aquifère à nappe libre, ni une nappe alluviale comme une nappe profonde...

On pourrait aussi soulever d'éventuels problèmes de pertinence « temporelle » de la planification. Les aquifères, selon un certain nombre de facteurs, ne laissent pas l'eau circuler de la même façon. L'eau souterraine circule et se renouvelle de manière plus ou moins rapide ; le temps de résidence de l'eau dans un aquifère peut aller de quelques jours à des milliers d'années. Conséquences : certains aquifères ne sont pas renouvelables à échelle temporelle humaine (épuisement, faible résilience) ; d'autres, touchés par une concentration de polluants, pourront libérer lesdits polluants dans le sol et les eaux longtemps après la contamination – c'est l'hystérèse, la « persistance d'un phénomène quand cesse la cause qui l'a produit »⁵³. Pour cela, peut-être fallait-il adapter les délais d'atteinte du bon état des eaux souterraines par rapport à ceux applicables aux eaux de surface. Heureusement, toutefois, compte tenu de cette vulnérabilité, la directive 2006/118/CE établit une identification et une surveillance des « tendances à la hausse significatives et durables » des concentrations de polluants dans l'eau souterraine (article 5 [NQES]). Elle prévoit aussi l'établissement systématique de « mesures de prévention ou de limitation des introductions de polluants dans les eaux souterraines » (article 6).

Enfin, on peut s'interroger, à la lumière des avancées scientifiques récentes (en matière de biodiversité des eaux souterraines), sur l'absence d'évaluation de l'état écologique des eaux souterraines, en tant qu'écosystème à part entière abritant une myriade de micro-organismes, capables de fournir des services écosystémiques aux sols et à l'eau – dénitrification par exemple. Discrètement évoquée par la directive 2006/118/CE⁵⁴, cette dimension de l'eau souterraine, aujourd'hui

53. Centre national des ressources textuelles et lexicales.

54. Le préambule de la directive 2006/118/CE évoque la nécessité de garantir la « protection de l'écosystème des eaux souterraines » (alinéa 20).

avérée, ne jouit pourtant, à l'heure actuelle, d'aucune prise en considération effective en droit de l'Union.

Mais quoi qu'il en soit, l'adaptation de la réglementation aux caractéristiques de l'eau souterraine ne suffit pas à établir une protection complète ; il faut, pour ce faire, aller plus loin dans l'intégration. Il faut, au minimum, mieux coordonner les politiques de l'UE susceptibles de concerner l'eau souterraine et, surtout, bâtir rapidement une véritable politique des sols.

B. Une intégration des politiques de l'UE à renforcer, pour une adaptation optimale de la réglementation des eaux souterraines

L'introduction nous avait montré la diversité des usages et des impacts potentiels pouvant porter atteinte au bon état des eaux souterraines. Le problème, c'est que la seule réglementation de l'eau ne suffira probablement pas à garantir la pérennité des écosystèmes qui en dépendent, ni l'exploitation durable de cette ressource. On peut penser que les conséquences des extractions des richesses énergétiques du sous-sol pourraient être « jugulées » par des procédures d'étude d'impact préalables, des normes de construction puis de surveillance des ouvrages, et la hiérarchisation des usages au bénéfice de l'alimentation des populations en eau potable. En revanche, on peut s'inquiéter du défaut persistant d'adoption par l'Union d'une directive-cadre sur les sols, sols qui sont indissociables de l'eau, à plus forte raison quand on s'intéresse au milieu souterrain. En effet, la proposition de directive-cadre pour la protection des sols⁵⁵ de 2006 est restée lettre morte⁵⁶, et la Stratégie thématique en faveur de la protection des sols⁵⁷, de la même année, n'a pas de valeur contraignante. Le 2^e considérant de la proposition note que « la dégradation ou l'amélioration des sols a des incidences considérables sur d'autres domaines d'intérêt communautaire, tels que la protection des eaux superficielles ou souterraines » ; cependant, même si elle avait été adoptée, la directive « sols » excluait de toute manière les eaux souterraines de son champ d'application (article 1^{er} §2)... Le chemin sera long

55. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil définissant un cadre pour la protection des sols et modifiant la directive 2004/35/CE, COM (2006) 232 final, du 22 septembre 2006.

56. Retrait de propositions de la Commission qui ne revêtent plus un caractère d'actualité, 2014/C 153/03, *JOUE*, n° C153 du 21 mai 2014, pp. 3-7 (5^e item de la liste).

57. Communication de la Commission du 22 septembre 2006, *Stratégie thématique en faveur de la protection des sols*, COM (2006) 231 final.

avant que le milieu souterrain, interaction eau-sol-roche qui ne connaît pas les segmentations tracées par le droit, soit appréhendé en tant qu'ensemble.

Pourtant, l'intégration est possible, comme l'attestent des dispositions telles que l'article 8 de la directive 86/278/CEE relative à l'utilisation des boues d'épuration en agriculture, bien que principalement dédiée à la protection des sols⁵⁸, n'en néglige pas pour autant les autres composantes de l'environnement pédologique : « L'utilisation [des boues] [...] ne peut compromettre la qualité des sols et des eaux [...] souterraines ». Cela dit, l'impact de ces boues sur les nappes phréatiques – eaux souterraines peu profondes – ne serait-il pas minimisé dans le cadre de la réflexion relative à l'éventuelle révision de cette directive ? Dans une étude d'opportunité confiée par la Commission européenne à plusieurs bureaux d'études quant à l'intérêt de réviser ou non la directive 86/278/CEE⁵⁹, il est clairement rappelé que l'eau souterraine peut être menacée par des métaux lourds, des micropolluants organiques, des agents pathogènes, mais paradoxalement, il est aussi affirmé que la relation entre les directives 86/278/CEE et 2006/118/CE est d'importance mineure, et que l'influence de cette dernière sur l'épandage des boues est nulle⁶⁰ !

De manière plus générale, l'intégration, même si l'on ne peut nier son existence, ne brille guère dans la relation entre politique agricole et environnementale. L'UE a certes relevé la nécessité d'adapter les cultures aux ressources en eau, mais dispose pour cela de peu de moyens⁶¹ : le 9^e alinéa du préambule de la directive 2006/118/CE⁶² renvoie à l'action du FEADER⁶³, et la DCE liste parmi les mesures supplémentaires prévues en

58. Directive 86/278/CEE du 12 juin 1986 relative à la protection de l'environnement et notamment des sols, lors de l'utilisation des boues d'épuration en agriculture, JOCE, n° L181, 4 juillet 1986, pp. 6-12. Le premier alinéa du préambule de la directive indique que celle-ci « a pour objet de réglementer l'utilisation des boues d'épuration en agriculture de manière à éviter des effets nocifs sur les sols, la végétation, les animaux et l'homme ».

59. Milieu Ltd, WRC et RPA (bureaux d'études mandatés par la Direction Générale « Environnement » de la Commission européenne), *Environmental, economic and social impacts of the use of sewage sludge on land* [En ligne, http://ec.europa.eu/environment/waste/sludge/pdf/part_iii_report.pdf], rapport final, partie III, 10 février 2010, 81 p.

60. Voir le tableau, p. 33.

61. Pour promouvoir et mettre en œuvre cette adaptation, l'Union n'a d'autre choix que de se reposer sur les États membres, faute de pouvoir intervenir en matière de droit de propriété (voir l'article 345 du TFUE, disposant que « les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres ») et faute de pouvoir limiter la liberté d'entreprendre – qui s'exprime à travers le libre choix de ses cultures par l'exploitant.

62. « La protection des eaux souterraines peut, dans certaines régions, nécessiter un changement dans les pratiques agricoles ou sylvicoles, ce qui pourrait donner lieu à une perte de revenus ». Les pratiques certes, mais qu'en est-il des cultures ?

63. Fonds européen agricole pour le développement rural. Voir le règlement (UE) n° 1305/2013 du

son Annexe VI B, la « promotion d'une production agricole adaptée ». Or, l'utilisation par les États membres des subsides versés au titre dudit fonds s'avère fort oublieuse de la protection des eaux souterraines, pourtant imposée par les règlements relatifs au développement rural⁶⁴. Dans un rapport récent de la Cour des Comptes de l'UE⁶⁵, sur quatre exemples dénonçant le fait que « les problèmes concernant l'eau ne sont pas tous répertoriés »⁶⁶, tous mettent en exergue la négligence des États membres vis-à-vis de la protection des eaux souterraines⁶⁷ et, au-delà, une incapacité – une réticence ? – des administrations nationales et/ou locales à faire le lien entre les planifications rurale et environnementale.

*

Souhaitable pour assurer une meilleure protection de l'eau souterraine, il faut cependant garder à l'esprit que l'intégration est une approche complexe, difficile à penser, difficile à mettre en œuvre, démultipliant les données et les critères dont l'autorité administrative doit tenir compte avant d'agir. Idéalement, il faudrait trouver ce point d'équilibre entre coordination des politiques sectorielles, voire fusion de certaines d'entre elles – pourquoi, par exemple, ne pas réfléchir à une politique du milieu souterrain, considéré dans son ensemble, à la fois terrestre et aquatique ? –, et adaptation des législations aux spécificités de leurs objets respectifs. Repenser les liens entre législations amènerait nécessairement

Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013, relatif au soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader) et abrogeant le règlement (CE) n° 1698/2005 du Conseil, *JOUE*, n° L347, 20 décembre 2013, pp. 487-548.

64. L'article 46 du règlement (UE) n° 1305/2013 conditionne le soutien des investissements dans l'irrigation par le Feader au bon état quantitatif des masses d'eau souterraines concernées. L'Annexe II du règlement (UE) n° 1306/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013, relatif au financement, à la gestion et au suivi de la politique agricole commune et abrogeant les règlements (CEE) n° 352/78, (CE) n° 165/94, (CE) n° 2799/98, (CE) n° 814/2000, (CE) n° 1200/2005 et n° 485/2008 du Conseil, *JOUE*, n° L347, 20 décembre 2013, pp. 549-607, comprend une « norme relative aux bonnes conditions agricoles et environnementales des terres » intitulée « protection des eaux souterraines contre la pollution (BCAE 3). Ainsi, le bon état quantitatif et qualitatif de l'eau souterraine est-il – en principe – garanti.

65. Rapport spécial n° 4 de la Cour des comptes de l'Union européenne, *L'intégration dans la PAC des objectifs de la politique de l'Union européenne dans le domaine de l'eau : une réussite partielle*, 2014, 63 p. [En ligne, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014SA0004&qid=1407138931060&from=FR>].

66. Encadré n° 11 du rapport spécial précité, p. 35.

67. Au Danemark, où les captages sont quasiment tous souterrains, le programme (national) de développement rural (PDR) ignore complètement la problématique du captage d'eau à fins agricoles. En Espagne, à la fois le PDR régional andalou, ne tient aucunement compte du « problème du captage illégal des eaux souterraines », alors qu'il est mis en évidence dans le plan de gestion du bassin hydrographique du Guadalquivir. En Slovaquie, le PDR national ne contient aucune mesure de lutte contre le « captage excessif d'eau souterraine au niveau local ». En Grèce, enfin, malgré la mention dans le plan de gestion du bassin hydrographique de Thessalie de « problèmes liés [...] à des puits forés non enregistrés », le PDR ne prévoit aucune mesure pour y remédier.

à réorganiser les polices qui assurent le contrôle de leur application, et donc, éventuellement, à une nouvelle répartition des compétences (au sens juridique) de police, voire une réévaluation des compétences (au sens technique) requises des agents. Or, à cet égard, il semblerait malheureusement, si l'on en croit une citation extraite d'un rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques (OPECST) soumis au Sénat français en 2003, sur la qualité de l'eau et l'assainissement⁶⁸, que « la denrée la plus rare [ne soit] pas l'eau souterraine, mais les fonctionnaires compétents pour en assurer la police ».

68. G. MIQUEL, *La qualité de l'eau et l'assainissement*, rapport de l'Office Parlementaire d'Évaluation des Choix Scientifiques et Techniques n° 215 (2002-2003), déposé au Sénat le 18 mars 2003.

CHAPITRE 12

Regards actuels sur la gouvernance de l'eau. Politique et pratique

Sophie AUCONIE

Ancienne députée européenne

Coprésidente du Cercle Français de l'Eau

Membre du Comité des Gouverneurs du Conseil Mondial de l'Eau

Julian CHEVALLIER

Membre de la Direction Départementale des Territoires et de la Mer

Unité continuité écologique

I. QUELQUES ASPECTS DE LA GOUVERNANCE DE L'EAU À L'ÉCHELLE EUROPÉENNE

Vue d'Europe et du monde, la France joue un rôle de premier plan dans le secteur de l'eau. Elle bénéficie d'une certaine aura et son modèle sert indiscutablement de référence.

Pour autant, de très nombreux progrès peuvent encore être réalisés dans ce domaine et l'Union européenne tient un rôle clé en la matière. En tant qu'ancienne députée européenne membre de la Commission environnement, en tant que membre de l'intergroupe eau, mais également en tant que coprésidente du Cercle Français de l'Eau et gouverneur au Conseil Mondial de l'Eau, permettez-moi de vous présenter quelques éléments de contexte sur ce sujet si important et dont les principaux points seront l'encadrement juridique de l'eau au niveau européen, le rôle clé de la directive cadre sur l'eau ; la situation française et le cas du *Blue Print* ; la problématique de l'accès à l'eau.

Tout d'abord, il n'y a pas de remède miracle pour assurer la qualité de l'eau. Une approche combinant diverses mesures s'impose pour couvrir la totalité des menaces qui pèsent sur la qualité de l'eau, de la source jusqu'au robinet. Les éléments clés d'une approche globale comprennent

la protection des sources d'eau, des captages, un traitement adéquat, le bon entretien du réseau de distribution, des normes en matière de qualité de l'eau, le contrôle, puis les avis au public. Avant que l'Union européenne ne se saisisse de cette thématique de l'eau, la France a également joué un rôle d'avant-garde. La loi sur l'eau de 1964, qui a créé le principe salubre du pollueur-payeur, dont l'application doit encore être améliorée, a également instauré une gestion décentralisée de l'eau. Ce texte a eu de profondes répercussions tant au plan national qu'au niveau international. Cette loi a grandement contribué à préserver nos milieux aquatiques malgré une forte augmentation de la consommation d'eau et des rejets polluants. Initialement, la politique européenne de l'eau, née en 1975, a d'abord cherché à protéger les Européens et leur santé. On a défini les normes de qualité pour l'eau potable, imposé la suppression des canalisations en plomb notamment. Dans un second temps, dans les années 1990, l'Union européenne s'est tournée vers la protection de l'environnement et de la qualité des eaux, avec l'immense chantier de l'assainissement. La santé des rivières s'est améliorée : par exemple, on recense aujourd'hui trente-deux espèces de poissons dans la Seine contre trois en 1970.

Ensuite, avec la directive cadre de 2000, la politique européenne de l'eau prend une ampleur nouvelle. Elle substitue à la seule maîtrise des rejets une approche axée sur la qualité des milieux en se plaçant du point de vue de la rivière. Il s'agit de reconstituer le capital écologique de l'Europe avec des objectifs de résultats fixés dès 2015. Il y a urgence ! 70 % des masses d'eau européennes sont classées à risque. Cette directive traduit une nouvelle ambition : achever de contrôler les pollutions à la source, inscrire l'eau au cœur d'une démarche de protection du vivant et de développement durable, respecter le droit des générations futures à un environnement de qualité. Nombreux sont ceux qui citent la Charte européenne des ressources en eau du Conseil de l'Europe mais cette directive en reprend une grande partie – et le plus important : elle le fait de manière contraignante.

Le troisième sujet, c'est la politique française de l'eau, qui s'est elle aussi adaptée pour relever les défis. La mise en œuvre du Grenelle de l'environnement a apporté des ambitions essentielles en matière de gestion de l'eau, de façon à tendre vers un objectif très ambitieux de deux tiers de bon état écologique des masses d'eau superficielles à l'horizon 2015. Le Grenelle demande justement la maîtrise des pollutions de toutes origines, en particulier toxiques et diffuses, la restauration de la continuité écologique des cours d'eau, la protection des captages menacés

et des zones humides remarquables, et la lutte contre le gaspillage de la ressource en eau. Malgré ces mesures, le bon état des masses d'eau visé pour 2015 et exigé par la DCE (la directive cadre sur l'eau) n'a pas été atteint en France. Il nous faudra, en tout état de cause, être au rendez-vous en 2025.

La France n'est pas la seule dans cette situation. Pour cette raison, l'Union européenne a adopté en novembre 2012 un plan d'action pour la sauvegarde des ressources en eau en Europe, aussi connu sous le nom de *Blue Print*. Il s'agit d'un plan d'action pour accélérer la transition vers l'objectif d'un bon état de l'eau d'ici à 2015, déjà fixé par la directive cadre sur l'eau. Cela doit se faire via la mise en œuvre de la politique de l'eau de l'Union européenne. Il faut exploiter pleinement les possibilités offertes par les lois en vigueur visant à l'intégration des objectifs de la politique de l'eau dans les autres domaines d'action concernés, tels que l'agriculture, la pêche, les énergies renouvelables, le transport, etc.

Le plan d'action sur l'eau ne définit pas un cadre étroit contenant une solution unique pour tous, mais propose aux États membres une panoplie d'instruments susceptibles d'améliorer la gestion de l'eau, à l'échelle nationale, régionale, et à l'échelle des bassins hydrographiques. D'ailleurs c'est la loi sur l'eau de 1964, déjà évoquée, qui a aussi créé un modèle : celui de la gestion intégrée par bassin hydrographique. Il est à noter que ce modèle a été adopté par tous les États membres de l'Union européenne, notamment à travers la directive cadre sur l'eau d'octobre 2000. Cette gestion par bassin est désormais systématiquement recommandée par les organisations internationales. Ce sont d'ailleurs près de cinquante pays qui adhèrent d'ores et déjà au Réseau international des organismes de bassin (RIOB), créé en 1994 par le ministère de l'Environnement. Certes, la France joue un rôle central dans la définition de la politique européenne de l'eau, mais cette implication ne signifie pas pour autant que la situation de l'eau en France soit satisfaisante. La Cour de justice de l'Union européenne a condamné le 13 juin 2013 la France pour manquement dans la mise en œuvre de la directive « nitrates ». La Commission avait annoncé le 27 février 2012 qu'elle allait traduire Paris devant la Cour, après lui avoir adressé un avis motivé en octobre 2011. Elle reprochait à la France une désignation incomplète des zones vulnérables à l'occasion de leur révision effectuée en 2007, estimant que dix zones vulnérables dans les bassins Rhin-Meuse, Loire-Bretagne, Rhône-Méditerranée-Corse et Adour-Garonne auraient dû être ajoutées. Malgré cette condamnation, la France n'a pas encore totalement régularisé la situation, et il est à craindre d'autres procédures à son encontre, avec à la

clé de lourdes sanctions pécuniaires. Il est crucial que les niveaux régionaux, nationaux, européens, internationaux, se coordonnent, tant l'eau est de nature transnationale.

Le quatrième sujet concerne, bien au-delà de la qualité de l'eau, la complexe question de son accès. Certains font remarquer à juste titre que le mot « eau » est absent de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ce texte, fruit d'un compromis des États membres, ne prend en effet pas du tout en compte cette problématique centrale. Néanmoins, l'Union européenne se mobilise sur ces sujets. La Banque européenne d'investissement est à l'échelon mondial le premier bailleur de fonds du secteur de l'eau. D'autre part, le Parlement européen a accueilli le 17 février 2014, et pour la première fois, l'audition sur l'initiative citoyenne *Right To Water* s'intéressant à la nature juridique que devrait avoir l'eau, donc aux conséquences qui en découleraient pour son accès. Enfin, je milite à titre personnel pour un développement au niveau européen de mécanismes de financement décentralisés soutenant les projets en matière d'accès à l'eau. Je prends pour inspiration le modèle français de la loi Oudin-Santini de 2005. Elle autorise les collectivités territoriales françaises, les établissements publics intercommunaux et les syndicats des eaux et d'assainissement à mobiliser jusqu'à 1 % de leur budget eau et assainissement pour financer des actions de coopération internationale dans ces secteurs. C'est le bon exemple qu'il convient de porter au niveau européen.

Il est de notre devoir de sensibiliser les citoyens et les acteurs du secteur de l'eau à ces problématiques.

II. QUELQUES ASPECTS DE LA GOUVERNANCE DE L'EAU À L'ÉCHELLE NATIONALE

A. La police de l'eau vue du Service Eau, Risques et Natures (SERN)

La police de l'eau est l'un des services administratifs présent au sein de la Direction Départementale des Territoires et de la Mer (DDTM), service jouant un rôle parfois peu connu mais vital à l'échelle départementale comme nationale en matière de politique publique.

Là où les autorités administratives au plan des compétences sont susceptibles d'intervenir, c'est notamment à travers la police administrative qui est une modalité particulière du pouvoir réglementaire. Il y a une *summa divisio* importante, une différence entre la police judiciaire dont le but est répressif et la police administrative dont le but est préventif. Celle-ci agit toujours dans un but d'intérêt général qui est délimité et bien précisé, c'est-à-dire que tout ce que fait l'administration est tourné vers l'intérêt général mais comme étant l'ordre public. Dès lors, l'exercice de ses activités limite obligatoirement les libertés publiques des administrés.

Dans la police administrative, on distingue deux types de police, la police administrative générale et les polices administratives spéciales. Les polices administratives spéciales visent un aspect particulier de l'ordre public : elles concernent soit une catégorie particulière d'administré, soit une activité particulière telle que la police de l'eau.

Le Service Eau, Risques et Nature est un service d'État régalien dont la mission consiste en la bonne application des lois et règlements auprès des administrés à travers son pouvoir de police administrative spéciale. Recevant des directives de l'Union européenne, des objectifs de l'État, c'est la police de l'eau qui va pouvoir appliquer cette politique à l'échelle départementale en conseillant, autorisant, défendant ou sanctionnant les personnes privées ou publiques. De la chasse à l'agriculture, en passant par l'autorisation ou le récépissé de déclaration, la police de l'eau permet de faire appliquer le Code de l'environnement et la loi sur l'eau ; ses compétences sont donc très larges. Elle n'est généralement pas là pour sanctionner : son but principal est d'aider et accompagner les administrés ne connaissant pas pour la plupart d'entre eux les règles de droit applicables concernant le Code de l'environnement. Pour cela plusieurs unités existent, tels que l'assainissement et les rejets, les contrôles, les milieux marins et plans d'eau, ou la continuité écologique, unités coopérant de manière à arriver à une politique commune et efficace pour protéger un écosystème fragile et en danger.

En matière environnementale, de nombreux objectifs existent, et c'est en outre la police de l'eau qui permet de les faire respecter. Ils sont multiples et variés, tels que veiller au maintien de la qualité du milieu aquatique et d'un réseau hydraulique de qualité grâce à l'outil de la réglementation. L'article L.211 du Code de l'environnement définit précisément les objectifs que le législateur a fixés et que doit appliquer au quotidien la police de l'eau : « une gestion équilibrée et durable de la ressource de l'eau ».

La police de l'eau joue un rôle dans la gestion territoriale de la ressource en eau et des cours d'eau (droit des riverains, entretien et restauration des milieux aquatiques), la planification des Schémas d'Aménagement et de Gestion des Eaux (SAGE), la réglementation des installations, ouvrages, travaux et activités, le traitement des recours et contentieux, ainsi que dans les contrôles et suites administratives ou judiciaires. La police de l'eau est donc un acteur de terrain majeur dans la protection de cette ressource essentielle qu'est l'eau.

Au sein de la police de l'eau, il existe en réalité une mission de police administrative et une mission de police judiciaire qui permet d'effectuer des contrôles et de constater des infractions. La sanction vient du procureur de la République sur des faits rapportés et la verbalisation a lieu dans des cas avérés. Il existe une petite catégorie de personnel commissionné et assermenté. C'est une délégation de pouvoir à l'autorité administrative qui permet d'intervenir dans le département dans lequel on officie, seuls ces agents pouvant verbaliser, qui représentent entre 15 et 20 % des agents présents à la DDTM. La police de l'eau de la DDTM assure très majoritairement de la police administrative. C'est l'Office National de l'Eau et des Milieux Aquatiques (ONEMA) qui assure essentiellement un rôle de police judiciaire, le constat d'infraction intervenant dans des situations difficiles. Pour autant, l'ONEMA n'est pas là que pour verbaliser ; il a d'autres missions, comme l'expertise et le suivi de la qualité des milieux et ce avec un volet pédagogique.

Au quotidien, la police de l'eau apporte des réponses diverses et variées selon son interlocuteur, qui peut être une mairie, une association ou un particulier, mais toujours dans le cadre de l'environnement. Le peu de technique dont les agents ont besoin découle des textes réglementaires, dont certains d'entre eux peuvent fixer des valeurs à contrôler (débit en terme d'eau pluvial, de qualité d'eau rejetée imposée par les normes européennes). La police de l'eau évolue très loin du monde du juriste et est souvent victime d'une lacune de la loi, la réglementation étant bien souvent sujette à interprétation. En effet, les cas du quotidien sont juridiquement particuliers, le cadre réglementaire ne suffisant pas toujours.

La police de l'eau administrative est essentiellement composée de personnes instruisant des dossiers. Ce n'est que de l'application réglementaire. Toutefois, un agent n'a pas toujours la capacité de prendre une décision seul, sur un dossier qui lui est soumis. Chaque parcours professionnel est différent. En fonction du bagage technique ou non de chacun, l'agent va pouvoir s'auto-satisfaire, se prononcer de lui-même. Quelqu'un

ayant un parcours beaucoup plus administratif (secrétariat, informatique, environnement, travaux publics) aura plus ou moins besoin de solliciter des avis techniques pour trancher un dossier.

On demande aux agents d'appliquer la loi sur l'eau et le Code de l'environnement. Le ministère les forme pour appréhender *a minima* le domaine dans lequel ils devront intervenir. Un agent au quotidien se repose donc sur sa formation initiale, sa formation continue faite par le ministère et un appui technique extérieur. L'instruction constitue la majeure partie du travail. Il existe quatre types de demandes pouvant être faites à la police de l'eau administrative : la régularisation, la demande d'avis, la déclaration et l'autorisation d'Installations, d'Ouvrages, de Travaux et d'Activités (IOTA) :

- La régularisation : les IOTA réalisés sans autorisation préalable de la police de l'eau doivent faire preuve d'une demande de régularisation.
- La demande d'avis : les travaux qui impactent le milieu aquatique de façon faible vont échapper au cadre réglementaire sans qu'il n'y ait besoin de déclaration ou d'autorisation ; ce n'est alors qu'une demande d'avis.
- La déclaration : elle est nécessaire pour les travaux qui touchent le milieu aquatique faiblement à modérément. Il faut faire une déclaration qui sera avalisée par le préfet dont la signature est déléguée à la DDTM. En fonction de la loi, les travaux seront ou non autorisés. La police de l'eau délivre alors un récépissé de déclaration pour commencer les travaux.
- L'autorisation : elle est nécessaire pour les travaux qui affectent le milieu aquatique de façon importante à majeure. La procédure est bien plus longue et fait l'objet d'une concertation large du service et du public. La procédure dure dix mois en général. Puis la demande passe devant une commission, le Conseil Départemental de l'Environnement et des Risques Sanitaires et Technologiques (CODERST) que le préfet va réunir. Les pour et les contre seront exposés. La commission va alors émettre un avis à l'attention du préfet qui pourra alors autoriser ou non les travaux. Le CODERST n'est là qu'à titre consultatif.

La police de l'eau, sous la tutelle du préfet, est légitime à délivrer des actes administratifs. La position du service pourra être contredite par le juge administratif en cas de défaut d'application de la loi. Le problème est que les lois sont sujettes à interprétations. C'est donc le ministère de

l'Environnement qui apporte son éclairage sur certains cas, ainsi que la jurisprudence qui vont permettre l'instruction de dossiers. À la suite d'autorisation ou de récépissé autorisant les travaux, des contrôles peuvent être effectués et ils sont alors faits conjointement entre la DDTM et l'ONEMA.

En somme, la police de l'eau est un service administratif qui a pour rôle d'appliquer une politique de conservation du patrimoine naturel, assurant une qualité du milieu aquatique et gérant les quantités d'eau disponibles entre les différents utilisateurs, industries, tourisms, particuliers. Politique qui peut être départementale, régionale, nationale ou internationale. Pour cela, elle intervient auprès des personnes publiques ou privées dans le but de faire respecter le Code de l'environnement et la loi sur l'eau. En définitive, la police de l'eau est une des bases du droit administratif.

B. La police de l'eau à travers l'une des activités de l'unité continuité écologique

La continuité écologique est l'un des services de la police de l'eau de la Direction Départementale des Territoires et de la Mer. Les activités y sont extrêmement variées. Prenons la retranscription de la directive cadre sur l'Eau (DCE) qui découle de la réglementation de l'Union européenne. Cette directive a été adoptée le 23 octobre 2000 par le Conseil et le Parlement européen, et porte sur la gestion et protection de l'eau : l'un de ses objectifs est d'atteindre un bon état des eaux pour 2015. Le service de la continuité écologique a donc pour objectif dans l'ensemble de la France de rétablir dans les rivières le bon écoulement des sédiments et d'améliorer la qualité du milieu de vie des poissons. Pour cela, l'ONEMA a d'une part, répertorié les ouvrages présents sur toutes les rivières et d'autre part, évalué leur impact sur le milieu aquatique. Un Référentiel national des Obstacles à l'Écoulement (ROE) a alors été établi pour permettre à la DDTM d'intervenir sur ces ouvrages afin de les rendre compatibles avec les objectifs de la DCE.

On retrouve dans les ROE des ouvrages divers tels que des ponts, des moulins, des écluses, des vannes. La diversité des actions menées par l'administration s'illustre parfaitement dans le cas présent. En effet, pour rétablir le bon écoulement des sédiments et améliorer la qualité de vie des poissons, le service de la continuité écologique a dû préalablement effectuer un travail de recherche sur le statut juridique des ouvrages hydrauliques pour retrouver notamment la réglementation de tous les moulins à eau. Dans ce cas, l'administration fait appel à des juristes car

il faut obligatoirement connaître le droit d'eau et la consistance légale d'un ouvrage hydraulique pour mettre en place des projets d'actions et pour contacter leur propriétaire, puisqu'il s'agit généralement d'ouvrages privés. Le but est de les rendre de nouveaux conformes à la loi sur l'eau car leur état est souvent à l'abandon et empêche la bonne circulation des sédiments et des poissons. Un ouvrage peut avoir trois statuts juridiques : il peut être fondé en titre, sur titre ou sans consistance légale.

Qu'est-ce qu'un droit fondé en titre ? Un droit fondé en titre concerne un ouvrage fondé avant l'abolition des droits féodaux sur les cours d'eau non domaniaux par les lois du 4 août 1789 et du 20 août 1790 et dont la preuve de son existence en serait rapportée. En effet, selon le premier et deuxième alinéa de l'article L.210-1 du Code de l'environnement, « l'eau fait partie du patrimoine commun de la nation. Sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général. Dans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurement établis, l'usage de l'eau appartient à tous et chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiquement acceptables par tous ». Cet article se caractérise en partie par l'expression « ainsi que des droits antérieurement établis ». En effet, puisque les droits fondés en titre sont des droits attachés à des ouvrages pour l'usage des moulins, des étangs ou l'irrigation, ce sont des droits d'usage de l'eau particuliers qui sont exonérés de régularisation de par leur caractère perpétuel, du fait qu'ils ont été délivrés avant que ne soit instauré le principe d'autorisation déterminant la consistance légale des ouvrages sur les cours d'eau.

La preuve d'un droit fondé en titre est simple, il suffit d'une simple référence de l'ouvrage dans un document antérieur au 4 août 1789. Tous les moyens de preuve sont acceptés, telle que la localisation de l'ouvrage sur la carte de Cassini, telle qu'une référence dans les registres paroissiaux, dans les actes notariés, les biens nationaux ou anciennes juridictions détenus par les archives départementales. Dès lors que la preuve d'un droit fondé en titre est faite, la consistance légale de l'ouvrage sera présumée conforme à sa consistance actuelle, sauf preuve contraire.

Qu'est-ce qu'un droit fondé sur titre ? Un droit fondé sur titre concerne un ouvrage fondé ou régularisé après l'abolition des droits féodaux sur les cours d'eau non domaniaux par les lois du 4 août 1789 et du 20 août 1790. Chaque ouvrage est désormais soumis à autorisation et un règlement d'eau fixe sa consistance légale (niveau légal de la retenue, dimensions

de la chaussée, de son vannage de décharge, etc.). Ce document varie en fonction du régime politique : il prend la forme d'une ordonnance royale, d'un décret présidentiel, d'un arrêté ministériel ou d'un arrêté préfectoral. L'instruction réglementaire d'un ouvrage était conduite par les ingénieurs des ponts et chaussées qui pouvaient rédiger différents documents administratifs lors de la procédure. La preuve d'un droit fondé sur titre se fait par le règlement d'eau de l'ouvrage.

Un ouvrage peut avoir un dernier statut juridique. Il peut être sans consistance légale, c'est-à-dire que ni un droit fondé en titre, ni un droit fondé sur titre n'ont pu être prouvés. Il sera considéré comme illégal par l'administration alors même qu'un droit a pu exister, parce que la preuve n'en est pas possible pour certaines raisons, tels la perte d'un document, le changement de nom d'un ouvrage ou bien le document y faisant référence étant en latin.

Il faut toujours se référer à ce qui a été autorisé préalablement. Il est en effet important de retrouver les aspects juridiques et techniques concernant chaque ouvrage. La réglementation de l'époque est encore valable de nos jours et sert de preuve même si les documents y faisant référence datent parfois du xv^e siècle. C'est ce travail de recherche préalable qui permet à la police de l'eau de s'adresser aux propriétaires des ouvrages pour les rendre conformes aux objectifs mis en place par la directive cadre sur l'eau de l'Union européenne. Effectivement, sans connaître la réglementation régissant chaque moulin, écluse ou vannage, l'administration ne peut pas mettre en place des projets d'actions.

La police de l'eau, à travers ses pouvoirs de police administrative spécialisée, pourra le cas échéant répondre aux objectifs du bon écoulement des sédiments et de l'amélioration de la qualité du milieu de vie des poissons, et remettre en cause n'importe quelle autorisation selon l'article L.214-4 du Code de l'environnement dans un but d'intérêt général.

En conclusion, la police de l'eau exerce des activités variées. Elle doit appliquer aux administrés le Code de l'environnement et la loi sur l'eau. Mais elle disposera toujours de son pouvoir de police administrative pour limiter les libertés publiques des administrés dans un but exclusivement tourné vers l'intérêt général qui correspond à l'ordre public défini comme étant la salubrité, la tranquillité et la sécurité publique.

L'avenir de la police de l'eau

Table ronde animée par Patrick LE LOUARN, professeur émérite de droit public de l'Université Rennes 2, en présence de :

- **Philippe BILLET**, professeur de droit public à l'Université Jean Moulin – Lyon 3
- **René COULOMB**, membre fondateur et ancien gouverneur du Conseil Mondial de l'Eau
- **Dominique GAURIER**, maître de conférences émérite de l'Université de Nantes
- **Philippe MARC**, docteur en droit, avocat au barreau de Toulouse
- **Jochen SOHNLE**, professeur de droit public à l'Université de Lorraine

Propos introductif du professeur Patrick Le Louarn

Avant toute chose, permettez-moi de me présenter en quelques mots. Je suis historien de première formation et j'ai mal tourné en devenant juriste, ayant soutenu ici, dans cette faculté, un mémoire de DEA en 1978 sous la direction du Pr Jacques Moreau et d'Henri Fréville, sénateur et ancien maire de Rennes, sur la question de la politique de l'eau en Ille-et-Vilaine. Je n'ai pas été très fidèle à ce sujet, ne m'y intéressant que de manière sporadique, mais je remercie mes collègues, organisateurs de ce colloque, de me faire terminer la carrière par ce qui l'a presque commencée.

Ce que l'on a entendu depuis ce matin conduit à trois remarques. La première est qu'il faut rappeler que l'eau marque la frontière exacte entre la vie et la mort. Les anciens Grecs le savaient qui plaçaient le Styx entre les Enfers et le monde des vivants. C'est la disposition de l'eau, nécessaire à la vie de chaque individu, qui depuis toujours a fondé des coutumes qui sont très semblables dans toutes les civilisations anciennes et actuelles. La deuxième est que l'eau est elle-même un élément vivant, qui n'est pas appropriable, ou très difficilement appropriable. Ce sont donc les techniques de mobilisation de la ressource, et non pas le droit de propriété, qui ont fondé la plupart des règles juridiques du partage de l'eau. Cette prédominance des techniques sur l'appropriation a fourni au droit de l'eau le fondement très puissant de la police de l'eau avec toutes les nuances qu'on a pu y mettre. La troisième remarque, enfin, est que

nous avons compris que la nouveauté contemporaine du sujet vient de la globalisation, laquelle a trois effets. Tout d'abord, le droit d'accès à l'eau devient un principe mondial, mais sa garantie connaît encore de fortes limites. Ensuite, ce droit devient l'enjeu d'un affrontement entre deux conceptions de la mise à disposition de l'eau, une conception du marché de la ressource (on a terminé tout à l'heure sur une considération économique sans pouvoir creuser davantage) et une conception humaniste qui se fonde plutôt sur une notion d'accès universel pour les besoins minimum. Enfin, les politiques de l'eau dans le monde évoluent entre la privatisation complète de la ressource (je rappelle qu'en Amérique du Sud, c'est le choix qui est fait) et un modèle européen qui, lui, à l'inverse, serait plutôt le modèle du service public.

Par conséquent, il était tout à fait inévitable que les questions relatives au droit de l'eau soient aussi multiples et passionnantes qu'on vient de les entendre.

Cependant, ne nous y trompons pas. La grande question reste celle de la reconnaissance de ce « nouveau droit de l'homme à l'accès à l'eau » dont on attend qu'il soit bientôt mieux confirmé.

Dans cette discussion qui réunit des gens qui ne se ressemblent pas pour que ce soit intéressant, nous allons aborder plusieurs thèmes qui reprennent de manière synthétique tous les aspects abordés durant cette journée. Aussi, il me faut vous présenter brièvement les personnes participantes de ce débat conclusif.

- Monsieur Philippe Billet est professeur de droit public à l'Université Jean Moulin – Lyon 3 et directeur de l'Institut de droit de l'environnement de Lyon (IDE – EA 666). Il est Président d'honneur de la Société française pour le droit de l'environnement, après en avoir été le président pendant huit ans.
- Monsieur René Coulomb est polytechnicien, ingénieur des Ponts, fondateur du Conseil Mondial de l'Eau sur lequel il a publié un ouvrage en 2011, après une longue carrière d'exercice de multiples responsabilités sur la gestion publique et privée de l'eau.
- Monsieur Dominique Gaurier que je peux présenter comme un ami puisque nous fûmes collègues à Nantes. Il y est désormais maître de conférences émérite en histoire du droit, spécialiste du droit maritime. Il nous a souvent enchantés par ses discussions

car sa culture sur la Chine, le monde musulman ou nos vieux pères grecs et latins est absolument inépuisable.

- Monsieur Philippe Marc est avocat à Toulouse et il a commis, en 2006, avec l'un de mes meilleurs amis, le professeur Raphaël Romi, un ouvrage qui s'intitule *Les cours d'eau et le droit*.
- Monsieur Jochen Sohnle, professeur de droit public à l'Université de Lorraine, président de la Société française de droit de l'environnement (SFDE), section Est, était expert à l'UNESCO et auprès du rapporteur spécial de la Commission du droit international à l'origine du projet d'articles sur les aquifères transfrontières. Il sera notre référent en matière de droit international de l'eau.

Les questions telles qu'elles sont présentées par les organisateurs seront abordées dans le cadre de neuf thèmes :

1. Politique, droit et eau
2. Bilan à l'horizon 2015 – La directive cadre sur l'eau du 23 octobre 2000
3. La police de l'eau au quotidien
4. Installations, Ouvrages, Travaux et Activités (IOTA) – Régime des déclarations et autorisations préalables
5. L'utilisation et le partage des ressources en eau – Impact du droit de l'environnement
6. La privatisation de la gestion de l'eau – La marchandisation de l'eau
7. L'accès à l'eau
8. Le règlement des différends internationaux relatifs à l'eau
9. La création d'un Tribunal international de l'eau¹

Thème 1 – Politique, droit et eau

• Comment peut-on définir la gouvernance de l'eau ?

Philippe Billet. Il n'existe pas de définition juridique de la gouvernance, et moins encore de la gouvernance de l'eau. Cette dernière peut être

1. Les propos tenus lors de cette table ronde ont été, pour certains d'entre eux, mis à jour et actualisés par les intervenants en vue de la publication.

appréhendée comme comprenant les règles, les pratiques et autres mécanismes par lesquels les décisions concernant la gestion de la ressource en eau et des services associés sont adoptées et mises en œuvre. Cette gouvernance repose sur une gestion intégrée à l'échelle des bassins versants, qui organise la coexistence des activités nécessitant de l'eau ou risquant de lui porter atteinte, des besoins des écosystèmes et de leur « bon état » général. Elle est assise sur au moins quatre séries de mécanismes que l'on retrouve dans l'ensemble des États membres : planification arrêtée sur le fondement d'une concertation avec les parties prenantes et d'une association du public au processus décisionnel ; police ; convention ; fiscalité et dispositifs financiers associés.

- **Quels sont les fondements de l'administration de l'eau en France ?**

Philippe Marc. Le schéma originel de l'administration de l'eau en France résulte – pour l'essentiel – des principes d'organisation issus de la loi de 1964, dont on vient de fêter le jubilé. Sur le plan institutionnel, cette loi constitue une loi matricielle qui a fait l'objet, au cours du temps, d'adaptation, sans toutefois remettre en cause ses principes directeurs :

- a) *La décentralisation technique.* Elle a pour expression la création des agences de l'eau, établissement public de l'État. Leur nom est historiquement « agences financières de bassin »² et leur rôle a longtemps été limité au domaine financier. Comme l'indique Jean-François Théry, « les trois idées de base des agences de l'eau sont les suivantes : avoir une conscience de bassin, un objectif défini en commun, des moyens financiers adaptés à l'objectif ». Comme le dit Ivan Chéret, les agences de l'eau constituent véritablement « la clé de voûte de la loi ». Leurs missions ont été, à partir de la loi sur l'eau et les milieux aquatiques (LEMA) du 30 décembre 2006, élargies. Ainsi, est-il désormais prévu que les agences de l'eau mettent en œuvre les SDAGE et les SAGE, en favorisant une gestion équilibrée et économe de la ressource en eau et des milieux aquatiques, l'alimentation en eau potable, la régulation des crues et le développement durable des activités économiques (C. env., art. L.213-8-1). En outre, elles peuvent – peut-être doit-on dire qu'elles doivent au regard des objectifs chiffrés fixés par la loi « Grenelle 1 de

2. J.-F. THÉRY, « Les agences financières de bassin », *CJEG*, 1972, n° 253, pp. 1-18.

l'environnement » : 20 000 hectares de zones humides – mener une politique foncière de sauvegarde des zones humides (C. env. art. L.213-8-2). Elles peuvent acquérir ou faire acquérir des parcelles dans les zones humides à des fins de lutte contre l'artificialisation des sols et de valorisation, notamment agricole. Enfin, les agences de l'eau établissent des programmes pluriannuels d'intervention (PPI), qui mettent localement en œuvre les orientations de la politique nationale de l'eau conformément à l'article L.213-9-1 du Code de l'environnement. Les grands domaines d'intervention des agences de l'eau pour la période 2013-2018 sont au nombre de trois :

- Les actions de connaissance, de planification et de gouvernance qui rassemblent l'acquisition des données, la prospective, la communication et le soutien aux acteurs nationaux et internationaux de la politique de l'eau. Les dépenses propres des agences de l'eau relatives à leur fonctionnement et au personnel sont rattachées à ce domaine.
- Les mesures générales de gestion de l'eau dont l'application est invariante sur le territoire et visent à assurer la bonne application des textes français et européens.
- Les mesures territoriales de gestion de l'eau qui viennent compléter les mesures nationales et sont motivées par la réalisation des objectifs de bon état de la directive-cadre européenne, la lutte contre les effets de la sécheresse et certaines mesures de prévention contre les inondations³.

b) *La gestion par bassin versant.* À la faveur de la loi de 1964, la « théorie des bassins fluviaux »⁴ se trouve consacrée, pour la toute première fois dans l'histoire administrative française, comme principe et cadre d'organisation de la gestion de l'eau⁵. La ligne de partage des eaux est pour la première fois élevée au rang de critère de délimitation de circonscriptions administratives. Ainsi, comme l'écrit Alain Fenet, « tout en respectant les compétences des administrations établies, l'application de la loi de 1964 renouvelle profondément le paysage institutionnel dans

3. Arrêté du 26 février 2013, *JORF* n° 0058 du 9 mars 2013, p. 4267.

4. N. BROU, *La géographie des philosophes. Géographes et voyageurs français au XVIII^e siècle*, Paris, Ophrys, 1975, p. 201.

5. I. CHERET, « La politique de l'eau », *L'aménagement du territoire 1958-1974*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 340.

le domaine de l'eau »⁶. La France fut partagée en six grands bassins hydrographiques : Artois-Picardie, Rhin-Meuse, Seine-Normandie, Loire-Bretagne, Adour-Garonne et Rhône-Méditerranée-Corse. Le bassin s'affirmait comme cadre obligé de l'action de la politique de l'eau au nom de l'unité de la ressource en eau et la solidarité des usagers d'une même ressource. Le périmètre du bassin versant, rebaptisé district dans le cadre de l'application de la DCE est, en outre, devenu le cadre de la planification de l'eau et des milieux aquatiques : les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE) introduits par la loi du 3 janvier 1992 sur l'eau. Plus récemment, le Plan de Gestion du Risque Inondation (PGRI) introduit par la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement dite « Grenelle 2 » a pour assise ce même territoire de l'eau.

- c) *La concertation institutionnalisée*. La concertation entre les services de l'État, les élus locaux et les représentants des usagers de l'eau au sein des comités de bassin constitue le cadre d'expression d'une culture de bassin. Le comité de bassin est généralement présenté comme l'instance « politique » de l'eau ; il est désigné comme le « Parlement de l'eau » ayant pour objet historiquement d'être consulté sur l'opportunité des travaux et aménagements d'intérêt commun au bassin le concernant, sur les différends pouvant survenir entre les collectivités ou groupements intéressés et plus généralement sur toutes les questions faisant l'objet de la loi de 1964 (art. 13). Ses missions ont également été élargies au fil du temps. Il lui appartient désormais d'élaborer et de mettre à jour le SDAGE ; il organise la participation du public à l'élaboration de ce schéma. Il recueille les avis des différentes instances compétentes sur son projet de SDAGE (Comité national de l'eau). Le principe de concertation a été complété par celui de la participation.
- d) *L'autonomie financière*. La loi de 1964 instaure un dispositif financier original qui s'appuie sur le mécanisme de redevances prélevées par les agences de l'eau. Ces dernières établissent et perçoivent sur les personnes publiques ou privées des redevances, dans la mesure où ces personnes publiques ou privées rendent nécessaire ou utile l'intervention de l'agence ou dans la mesure où elles y trouvent leur intérêt. Le mécanisme des

6. A. FENET, « L'administration de l'eau en France. Aspects institutionnels de l'application de la loi du 16 décembre 1964 », *Revue administrative*, 1973, n° 154, pp. 384-396.

redevances était applicable aux termes de l'article 1^{er} de la loi de 1964 « aux déversements, écoulements, rejets, dépôts directs ou indirects de matière de toute nature et plus généralement tout à fait susceptible de polluer ou d'accroître la dégradation des eaux... qu'il s'agisse d'eaux superficielles, souterraines, ou des eaux de la mer, dans les limites des eaux territoriales ». Depuis la LEMA de 2006, les redevances sont fondées sur le principe de prévention et le principe de réparation, et concernent la pollution de l'eau, la modernisation des réseaux de collecte, les pollutions diffuses, le prélèvement sur la ressource en eau, le stockage d'eau en période d'étiage, les obstacles sur les cours d'eau et la protection du milieu aquatique (C. env. art. L.213-10 et suiv.).

- e) *Une maîtrise d'ouvrage publique à l'échelle des bassins versants.* La loi de 1964, dans son article 16, avait prévu la création d'établissements publics spécialisés, placés sous la tutelle de l'État, ayant pour objet, dans un bassin ou fraction de bassin, un cours d'eau ou section de cours d'eau, ou dans une zone déterminée, la lutte contre la pollution des eaux, l'approvisionnement en eau, la défense contre les inondations, l'entretien et l'amélioration des cours d'eau, des lacs et des étangs non domaniaux et des canaux et fossés d'irrigation et d'assainissement. Ces établissements publics devaient assumer, en pratique, la fonction de maîtres d'ouvrages des programmes d'actions définis à l'échelle des bassins versants. Selon Alain Fenet, « le recours à la catégorie d'établissement public permet de résoudre le problème institutionnel du prolongement sur le terrain de l'exécution, de l'action financière des agences de bassin »⁷. Il s'agissait pour l'agence de l'eau de disposer d'un « bras séculier » pour mettre en œuvre de façon opérationnelle les actions définies et programmées par les organismes de bassins représentés par le couple Comité de bassin - agence de l'eau. Ce troisième « pilier » institutionnel de la loi de 1964 ne fut jamais mis en place en raison notamment, comme l'écrit Julien Martinez, « des contraintes imposées comme conditions de leur création et des résistances qu'elles n'auraient pas manqué de susciter parmi les collectivités locales concernées [...] et les services de l'État sans doute »⁸. Les difficultés rencontrées dans la mise en place

7. A. FENET, « Les établissements publics administratifs maître d'œuvre dans le domaine de l'eau », *Revue de Droit Rural*, 1972, p. 474.

8. J. MARTINEZ, « Du droit de l'eau à la politique de l'eau », *Droit et Villes*, 1988, n° 25, pp. 19-36.

des redevances des agences de l'eau peut également expliquer les préventions de l'État dans la mise en place de ce nouvel organisme.

L'équilibre institutionnel de la loi de 1964 sera pourtant rétabli, au moins sur le plan formel, avec la reconnaissance, en lieu et place de ces établissements publics de l'État, des structures labellisées établissements publics territoriaux de bassin (EPTB)⁹. L'article 16 de la loi de 1964 fut abrogé et remplacé par l'article 46 de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages. Ces EPTB ont, par ailleurs, hérité des missions confiées aux communautés locales de l'eau par l'article 7 de la loi du 3 janvier 1992 sur l'eau concernant la réalisation des objectifs arrêtés dans un schéma d'aménagement et de gestion des eaux (SAGE). Cette disposition relative aux communautés locales de l'eau fut abrogée par la LEMA du 30 décembre 2006. Les dispositions relatives aux EPTB sont désormais codifiées à l'article L.213-12 du Code de l'environnement qui prévoit que : « Pour faciliter, à l'échelle d'un bassin ou d'un sous-bassin hydrographique, la prévention des inondations et la gestion équilibrée de la ressource en eau ainsi que la préservation et la gestion des zones humides et pour contribuer à l'élaboration et au suivi du schéma d'aménagement et de gestion des eaux, les collectivités territoriales intéressées et leurs groupements peuvent s'associer au sein d'un établissement public territorial de bassin ». Le rôle et la place des EPTB ont été redéfinis par la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles¹⁰ dite loi « Métropole » ou MAPTAM. Ce dispositif institutionnel a été complété par cette même loi de 2014, article 57, par l'introduction d'un nouvel établissement public spécialisé à l'échelle d'un bassin versant d'un fleuve côtier ou d'un sous-bassin hydrographique d'un grand fleuve. Le législateur a consacré, aux côtés des EPTB, la place des syndicats de rivières, rebaptisés établissement public d'aménagement et de gestion de l'eau (EPAGE)¹¹.

9. La notion d'EPTB trouve son origine dans une proposition formulée par l'auteur en 1997 lorsqu'il travaillait au Syndicat Mixte d'Études et d'Aménagement de la Garonne (SMEAG) et fut reprise dans sa thèse de doctorat, *Les cours d'eau et le droit* (Paris, Johanet, 2006).

10. *JORF* n° 23 du 28 janvier 2014, p. 1562.

11. Cette notion trouve son origine dans un travail de l'ARPE PACA, « La gestion des cours d'eau, une organisation existante à adapter aux enjeux actuels » (2012), auquel l'auteur a activement contribué, et qui a été repris dans le rapport d'information n° 775, du 24 septembre 2012, des sénateurs L. Nègre et P.-Y. Collombat, intitulé « Se donner les moyens de ses ambitions. Les leçons des inondations dans le Var et le sud-est de la France ». À la page 207, les sénateurs proposent de généraliser les EPAGE et les EPTB.

- **Quelles sont les principales organisations et entreprises qui s'intéressent à la gestion de l'eau à l'échelle internationale, européenne et nationale ?**

René Coulomb. La gouvernance de l'eau aux niveaux local et national est assurée de façon très diverse selon les nations, États et collectivités territoriales y jouant un rôle variable. Les principales organisations et entreprises s'intéressant à l'eau sont :

- À l'échelle internationale : les Nations Unies et la plupart des Agences et organismes qui en dépendent (PNUE, PNUD, UNESCO, OMS etc. ; Banque Mondiale et Banques Régionales de Développement ; Commission des droits de l'homme des Nations Unies) ; les Associations techniques internationales du domaine de l'eau, comme International Water Association (IWA), International Commission on Irrigation and Drainage (ICID), International Association of Hydraulic Engineering and Research (IAHR), International Association of Hydrological Sciences (IAHS), International Water Resources Association (IWRA) ; enfin, des ONG et des entreprises (dont les françaises Suez, Veolia et Saur). La plupart des organisations citées sont membres du Conseil Mondial de l'Eau créé en 1996 pour alerter les décideurs du monde entier sur les problèmes de l'eau.
- À l'échelle européenne : le Conseil de l'Europe et l'Union européenne qui, par ses directives qui s'imposent aux États membres, est en fait un des principaux acteurs de la politique française de l'eau !
- Au niveau national : le Comité National de l'Eau ; les Comités de Bassin et les Agences de l'eau ; les collectivités locales et leurs très nombreuses formes d'associations et regroupements (le millefeuille territorial !) et depuis peu d'années les Établissements Publics Territoriaux de Bassin (EPTB) ; des organismes professionnels, associations et ONG.

- **Peut-on concevoir en droit international une police de l'eau ?**

Jochen Sohnle. À cette question, il faut répondre d'une manière nuancée. Vous savez bien que la notion de police administrative est le résultat d'une longue évolution dans certains systèmes de droit interne. Elle suppose la présence d'une autorité supérieure dans l'ordre juridique. Celle-ci

est représentée par l'État souverain, capable d'imposer et de garantir sa vision de l'ordre public, y compris dans le domaine de la gestion de l'eau. Cette situation n'a pas d'équivalent dans l'ordre juridique international où coexistent de multiples souverainetés étatiques. Les presque 200 États ne sont par principe subordonnés à aucune autorité suprême. Au contraire, ils se présentent sur un plan d'égalité juridique. En d'autres mots, au-dessus des États qui sont les sujets de droit principaux du droit international ne se dessine aucune sorte de super État, capable d'imposer un ordre public international. La notion de police administrative, et *a fortiori* celle de police de l'eau, est donc par essence étrangère à la conception traditionnelle du droit international.

Mais comme je l'ai dit, cette affirmation de principe doit être nuancée. Depuis longtemps un important courant doctrinal défend l'idée d'un ordre public international, à la fois dans sa conception spéciale, à travers des concepts apparentés à des polices administratives environnementales, et dans sa conception générale, en exigeant un système de sécurité collective.

Si l'idée d'une police spéciale se justifie par l'idée de solidarité naturelle créée autour des ressources en eau partagées et générant un intérêt supérieur entre les États riverains, elle n'est malheureusement que très timidement consacrée par les nombreux traités sur l'eau conclus à partir du début du xx^e siècle, par exemple à propos des Grands Lacs en Amérique du Nord, du Nil, de l'Indus, du Danube, du Rhin, etc. En effet, ces traités ne mettent pas à disposition des États un instrument général de contrainte. Les éventuelles atteintes à l'ordre établi à propos d'un cours d'eau international sont soumises aux procédures générales du règlement des différends qui ne répondent nullement à une logique de police administrative de nature unilatérale. Les exceptions sont rarissimes. On peut mentionner notamment le cadre bilatéral des cours d'eau partagés entre la Suède et la Norvège où chaque État dispose, depuis l'un des premiers traités sur l'eau en droit international, datant de 1905 (Convention de Karlstad concernant les lacs et cours d'eau communs), d'un droit de veto à l'encontre des travaux envisagés par l'autre.

Quant à l'idée d'une police générale, un système de sécurité collective est effectivement réalisé depuis 1945 dans le cadre de la Charte des Nations Unies. Ce système de sécurité collective vise le maintien de la paix et ne s'analyse pas comme une police de l'eau. Toutefois, dans la mesure où certains enjeux autour de l'eau en tant que ressource vitale peuvent se poser en termes de sécurité collective, l'idée de « police internationale

de l'eau » se conçoit. Je pense à l'empoisonnement ou l'interruption totale de l'écoulement d'un fleuve international par un État d'amont au détriment d'un État d'aval, aux atteintes qualitatives ou quantitatives aux réservoirs d'eau potable causées par un État au détriment d'un autre ou plus généralement aux guerres de l'eau. Ces hypothèses constituent une menace pour la paix ou s'analysent comme des actes d'agression. L'activation du système de sécurité collective peut donc être mise en jeu d'après le chapitre VII de la Charte. Une limite considérable se présente cependant. La mise en jeu de la sécurité collective de la Charte souffre des aléas politiques au sein du Conseil de Sécurité, seul organe capable de décider des mesures unilatérales de « police ». Or, les décisions du Conseil de sécurité s'adoptent à la majorité qualifiée de ses membres, à savoir 9 voix sur 15, et peuvent par ailleurs être bloquées par le veto de l'un des cinq membres permanents.

En définitive, on peut dire que le droit international ne consacre pas de police de l'eau au sens du droit interne, mais tend vers l'établissement d'instruments qui poursuivent le même but. La portée de ces instruments reste cependant extrêmement faible en comparaison avec ceux de l'ordre juridique interne.

- **Quel éclairage l'historien comparatiste peut-il apporter sur les diverses traditions et modèles d'administration des eaux ?**

Dominique Gaurier. En matière de gestion des ressources hydrauliques, il existe un modèle traditionnel qui a été rapporté à l'Antiquité et qui, à partir de travaux de jeunesse faits par Karl Marx, a tenté de proposer celui que Karl Wittfogel avait défini comme celui du « Despotisme oriental », dans l'ouvrage qui porte ce titre et publié aux États-Unis en 1957. L'analyse que propose Wittfogel est très largement comparatiste et montre que seuls des régimes à caractère despotique avaient su imposer un modèle raisonné de gestion de ces ressources hydrauliques, sans doute d'abord, pour s'opposer aux crues de certains fleuves, crues dévastatrices, mais aussi pour offrir des possibilités d'irrigation des terres agricoles. Il expose plusieurs systèmes, notamment celui de la Chine pré-impériale, mais aussi impériale, confrontée, dans le bassin du Fleuve Jaune ou Huang He qui est le berceau de la civilisation chinoise, aux crues très fortes de ce fleuve. Ce fut aussi le cas des souverains mésopotamiens, eux aussi confrontés aux crues des deux fleuves qui traversent

le pays, le Tigre et l'Euphrate, crues également dévastatrices qui ont laissé le souvenir, dans la mythologie biblique, d'un déluge qui a anéanti l'espèce humaine, hormis Noé. C'est aussi l'Égypte, même si, dans ce pays, les crues du Nil sont plutôt bénéfiques, car très régulières, mais au moins pour assurer l'irrigation de terres agricoles pauvres en eau.

Wittfogel parle aussi des cités grecques, qu'il range également dans le modèle qu'il dessine ainsi. En tout cas, tous ces exemples, sans doute pas totalement et strictement comparables, font appel à la nécessité d'un pouvoir fort pour pouvoir assurer une gestion sûre de ces ressources en eau. Même si la lecture marxiste peut parfois pécher par son esprit de système, le modèle ainsi proposé permet en tout cas de bien montrer cette absolue nécessité d'un vrai pouvoir ainsi qualifié de « despotique » pour permettre assurément le contrôle, mais aussi la distribution des ressources en eau.

Mon collègue Xavier Godin a bien montré dans l'exposé qu'il a présenté sur la domanialité publique à l'époque moderne, que, somme toute, certes, en d'autres termes, un pouvoir fort était également encore nécessaire pour contrôler l'usage fait des ressources aquifères, sans doute à travers une emprise à but principalement financier, mais aussi pour montrer que le Roi reste le dernier seigneur et maître tant du territoire que des rivières, dès lors qu'elles sont retenues comme publiques.

<p>Thème 2 – Bilan à l'horizon 2015 – La directive cadre sur l'eau du 23 octobre 2000</p>
--

- **Quels sont les grands projets européens pour le droit de l'eau ?**

Philippe Billet. La directive n° 91/271/CEE du 21 mai 1991 relative au traitement des eaux urbaines résiduaires a été le premier texte d'envergure sur l'eau, imposant des obligations de collecte et de traitement des eaux usées, avec un calendrier adapté à la taille des agglomérations et de la sensibilité du milieu récepteur. La directive n° 2000/60 du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau (DCE) a unifié la gestion de la ressource en eau à l'échelon communautaire, en imposant une « normalisation » de

l'identification des grandes masses d'eau (eaux intérieures, de surface, de transition, côtières et souterraines) et de leurs caractéristiques par bassins et districts hydrographiques. Elle a imposé aux États d'adopter des plans de gestion et des programmes de mesure propres à chaque masse d'eau (SDAGE et SAGE en France) et, surtout, la restauration et le maintien du bon état (écologique, chimique, quantitatif) et du bon potentiel des masses d'eau fortement modifiées. Elle a également imposé l'association de toutes les parties prenantes à la gestion de l'eau (concertation, participation...) et une utilisation durable de l'eau. La DCE n'a cependant pas réglé tous les problèmes de l'eau et des chantiers ont été ouverts dans son prolongement, que ses dispositions appelaient, et dont certains ont été achevés dans leur formalisation, mais pas nécessairement dans leur mise en œuvre : directive 2006/118/CE du 12 décembre 2006 sur les eaux souterraines ; directive 2007/60/CE du 23 octobre 2007 relative à l'évaluation et à la gestion des risques d'inondation ; directive-cadre Stratégie pour le milieu marin (n° 2008/56/CE du 17 juin 2008), Directive n° 2013/39/UE du 12 août 2013 sur les substances prioritaires pour la politique dans le domaine de l'eau.

Les chantiers en cours concernent la question de la prévention et de la gestion des résidus de médicaments dans l'eau (que ne permet pas d'anticiper complètement le Plan national sur les résidus de médicaments dans l'eau) et l'intégration des effets des changements climatiques dans la gestion des masses d'eau, notamment comme écosystème en vue d'atteindre leur bon état écologique (voir le plan d'action pour la sauvegarde des ressources en eau de l'Europe). Sans omettre celui de la surveillance des États dans la mise en œuvre de la DCE, s'agissant en particulier de la question des pollutions diffuses. Le plus important – et le problème est récurrent – reste celui de la prévention et de la gestion de la pénurie (fuites dans les réseaux, gaspillage, sécheresse etc., voir la politique européenne relative à la rareté de l'eau et à la sécheresse).

- **Est-il alors possible de parler d'une police européenne de l'eau ?**

Philippe Billet. Il n'y a pas à proprement parler de police européenne de l'eau. Si on peut défendre l'idée qu'il existerait un ordre public écologique, au sens où le défend notamment Nadia Belaïdi¹², qui pourrait

12. *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique ?*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

lui servir de fondement, il n'y a pas de corpus normatif unifié, puisque la directive renvoie largement aux États membres le soin d'adopter les mesures « appropriées » pour satisfaire les objectifs des différentes directives en matière d'eau. Il existe bien un objet (l'eau et les masses d'eau), une circonscription (le district hydrographique), un objectif (le bon état), mais pas d'outils dédiés : la Commission ne peut que recommander aux États de renforcer les mesures coercitives, comme elle l'a fait à propos de la lutte contre la pollution diffuse due à l'agriculture dans sa communication du 9 mars 2015 (« Directive-cadre sur l'eau et directive sur les inondations – mesures à prendre pour atteindre le “bon état” des eaux de l'Union européenne et réduire les risques d'inondation »). En ce domaine, le droit communautaire vise plus une bonne gestion qu'un ordre public policé. La seule police, en définitive, est celle qu'exerce la Commission à l'égard des États pour garantir la bonne application du droit de l'Union.

- **La politique européenne établit-elle un cadre original par rapport au droit international de l'eau ?**

Jochen Sohnle. Oui, effectivement, la directive cadre sur l'eau de 2000 en tant qu'instrument juridique de l'Union européenne se distingue fortement des traités de l'eau adoptés dans le cadre du droit international public.

Il faut préalablement expliquer le contexte dans lequel interviennent ces traités sur l'eau. Ils peuvent avoir d'abord une portée mondiale. C'est le cas de la Convention de New York du 21 mai 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Ils peuvent avoir ensuite une portée régionale comme notamment la Convention d'Helsinki du 17 mars 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux. Cette convention a une vocation essentiellement européenne bien qu'elle se soit ouverte au-delà de ce cadre régional. Les instruments internationaux de l'eau peuvent avoir aussi une portée subrégionale visant par exemple un cours d'eau spécial comme le Rhin, le Danube, le Nil, l'Indus, le Mékong ou l'Amazone. Ils peuvent avoir enfin une portée bilatérale comme les traités sur l'eau conclus par les États-Unis avec le Canada au Nord, notamment le traité relatif aux eaux frontalières de 1909, et avec le Mexique au Sud, à savoir le traité de 1944 relatif à l'utilisation des eaux du Colorado, de la Tijuana et du Rio Grande.

Donc, lorsqu'on parle de politique européenne en matière d'eau, il convient de distinguer clairement, d'un côté le droit de l'Union européenne sur l'eau, notamment la directive cadre, et de l'autre côté le droit international public de l'eau applicable en Europe dont l'instrument phare est la convention d'Helsinki qui vient d'être mentionnée. Je vous démontrerai brièvement que la directive cadre se distingue à la fois sur le plan formel et sur le plan matériel des instruments internationaux de l'eau.

Sur le plan formel, la directive cadre émane d'une organisation supranationale fortement intégrée, empruntant des techniques juridiques apparentées à celles d'un ordre juridique interne, notamment fédéral, présentant notamment les caractères suivants : éviction de la position des États minoritaires lors de l'adoption de l'instrument ; effectivité renforcée de l'instrument en raison de son effet immédiat (quant au règlement) ou de sa transposition obligatoire (quant à la directive) ; primauté de l'instrument sur l'ensemble des normes de droit interne. Les instruments obligatoires adoptés dans le cadre du droit international public sont essentiellement les traités sur l'eau qui sont négociés selon une logique de coopération (et non d'intégration), régie par la règle de l'unanimité lors de l'adoption du traité et la liberté de choix pour l'État en ce qui concerne sa ratification subséquente ou non. Et, comme on sait, la primauté sur les normes internes ou non dépend de la situation constitutionnelle dans chaque État. Sur le plan formel, la directive cadre sur l'eau est donc un instrument tout à fait original dans les relations internationales.

Permettez-moi, toujours à propos des considérations formelles, de signaler que le caractère intégré du droit de l'Union européenne fait que sa position varie face aux traités sur l'eau qui relèvent du droit international public. Cela veut dire que d'un point de vue du droit de l'Union européenne, les traités sur l'eau du continent européen se subdivisent en deux catégories. En premier lieu, il y a les traités conclus exclusivement entre États membres de l'Union européenne. Bien qu'étant des traités de droit international public, ils ne font qu'appliquer la directive cadre sur l'eau et doivent la respecter. La Commission européenne n'est pas partie à ces traités. C'est le cas par exemple de l'accord international sur l'Escaut de 2002. En second lieu, il y a les traités conclus entre États membres et États tiers. Ils peuvent s'écarter de la directive, quoique les États membres et la Commission pour l'Union européenne, qui est partie à ces traités, tentent d'imposer un maximum de la réglementation européenne aux États tiers. On peut citer à propos la convention pour la protection du Rhin de 1999.

Sur le plan matériel, donc en ce qui concerne le contenu, la directive présente deux grandes caractéristiques qui aussi la distinguent de manière générale des traités sur l'eau. Elle est d'abord plus précise que la plupart des traités sur l'eau puisqu'elle vise des objectifs concrets à atteindre. Les traités sur l'eau consacrent au contraire normalement des obligations formulées d'une manière assez générale, empruntant des termes flexibles et donc fortement susceptibles d'interprétation. Il s'agit notamment de l'obligation « générale » de coopération à propos des ressources en eau partagées, de l'obligation de leur utilisation « équitable et raisonnable » et de l'interdiction de causer un dommage « significatif » aux ressources qui relèvent de la souveraineté d'un autre État. Les traités fixant des seuils concrets, quantitatifs et d'utilisation, comme par exemple le traité sur les eaux de l'Indus de 1960, ou qualitatifs et limitatifs de pollution, comme par exemple la convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par chlorures de 1976, sont relativement rares.

La directive consacre ensuite des circonscriptions spécialisées de gestion des eaux qui sont les districts hydrographiques et qui correspondent en France aux bassins hydrographiques. Au regard de la directive, ces districts peuvent être tantôt purement nationaux, par exemple le bassin de la Loire, tantôt transfrontaliers, par exemple le bassin du Rhin, et visent à la fois les eaux superficielles et souterraines. Les traités sur l'eau en droit international public ne visent que des situations transfrontalières et le concept de système de cours d'eau est préféré à celui de bassin. Quelle est la différence entre le concept de système de cours d'eau et celui de bassin ? Alors que dans un système de cours d'eau c'est seulement l'eau, donc l'élément mobile, qui est soumis aux règles du droit international, le concept de bassin n'inclut pas seulement l'eau, donc le contenu, mais également les terres sur ou dans lesquelles ruissellent ces eaux, donc le conteneur. En ce sens, la directive qui adopte une logique de bassin est plus contraignante pour les États. Quant aux eaux souterraines, le droit des cours d'eau internationaux les associe au système de cours d'eau si elles sont y reliées, par exemple lorsqu'il y a des infiltrations du lit d'un fleuve dans une nappe phréatique. Pour les aquifères transfrontières non reliés à un cours d'eau international, présents en Afrique du Nord, au Moyen Orient et en Amérique du Sud, il faut un traité spécifique. La directive cadre, au contraire, est de nouveau plus contraignante que le droit international de l'eau puisqu'elle vise toutes les masses d'eau, peu importe leur caractère superficiel ou souterrain, relié ou non. D'une manière générale c'est donc justement cette affirmation, à savoir le haut

degré de contrainte, qui caractérise la directive cadre par opposition aux traités sur l'eau.

- **L'ONU reconnaît la voix consultative du Conseil Mondial de l'Eau. Peut-on considérer ainsi qu'il existe un forum pour prendre les grandes décisions relatives à l'eau ?**

René Coulomb. Le Conseil Mondial de l'Eau dispose effectivement d'une voix consultative auprès des Nations Unies. Mais il ne peut faire que des propositions et du « lobbying », ce à quoi se consacrent son Président et ses Gouverneurs dans les réunions ou manifestations où ils sont invités. Les Forums organisés tous les trois ans donnent aux propositions du Conseil Mondial de l'Eau un retentissement international.

Dès le premier Forum en 1997 à Marrakech, la résolution adoptée a été transmise aux Nations Unies, alors que le Conseil Mondial de l'Eau ne figurait pas encore parmi les organismes qu'elles consultaient. Les programmes des Nations Unies pour l'évaluation des ressources en eau préparés sous l'égide de l'UNESCO, mais émanant de l'ensemble du système des Nations Unies, sont en outre présentés lors de chaque Forum mondial de l'eau. Ces Forums, organisés avec les villes hôtes et les États dont elles font partie, sont précédés d'une préparation permettant d'aborder à l'avance les questions qui y seront présentées et discutées. À ces Forums se sont ajoutées une Conférence ministérielle internationale et, depuis 2003 et surtout 2006, des Conférences internationales de parlementaires et de représentants des collectivités maîtresses d'ouvrage permettant ainsi de relayer les propositions du Forum.

Surtout, l'action du Conseil Mondial de l'Eau sur la politique de l'eau permet une comparaison entre pays et met en évidence le bilan des actions effectuées. Son poids vis-à-vis des institutions, difficile à évaluer, est, de ce fait, important car celles-ci sont amenées à prendre en considération les avis et suggestions émis et discutés lors des Forums.

On célèbre en 2016 le vingtième anniversaire de la création du Conseil Mondial de l'Eau et le Conseil des Gouverneurs a décidé qu'à l'occasion des événements organisés cette année par les membres du Conseil, ceux-ci évoquent l'activité du Conseil Mondial de l'Eau. Aussi la Société Hydrotechnique de France, membre du Conseil depuis 1996, fêtera cet événement lors de son Assemblée Générale annuelle. Elle rappellera que si des progrès considérables ont été accomplis dans le domaine de

l'accès à l'eau et à un assainissement rudimentaire pour tous, il reste beaucoup de progrès à réaliser dans le domaine de l'assainissement et de la qualité de l'eau et que de nouvelles préoccupations sont apparues pour assurer dans le monde un développement durable et faire face au changement climatique.

- **Quelle approche critique et historique peut-on faire depuis les années 60 ?**

Dominique Gaurier. Je ne sais pas si je suis le mieux placé pour faire cette approche. Mais en tout cas, s'il y a, à mes yeux, un signe marquant et qui ne cessera sans doute plus de l'être dans l'avenir, c'est bien celui de la privatisation des ressources en eau. L'État, les États, sont désormais de plus en plus dépossédés de leurs moyens d'action en la matière. L'économie, que l'on présente toujours comme une forme de science dure, en oubliant qu'elle n'est jamais qu'une science humaine, quand bien même elle ferait un usage parfois exagéré de modèles mathématiques, semble bien être devenue de plus en plus financiarisée. Plus aucun domaine d'activité ne semble pouvoir échapper au monde de la finance, ou plutôt, comme le disait Alfred Jarry dans *Ubu*, de la « Phynance » et de sa Pompe aspiratrice. Donc l'eau ne pouvait qu'y être également mêlée.

Il suffit de regarder la politique que menèrent nombre de communes françaises. Là où des régies municipales de l'eau existaient, elles préférèrent accorder des concessions à des compagnies distributrices privées. On peut en partie le comprendre, dans la mesure où, avec les exigences contemporaines devenues de plus en plus fortes d'une purification et d'un recyclage des eaux usées, mais aussi pour assurer les ressources d'eau consommable, cela exige de gros moyens financiers, que toutes ne peuvent avoir.

Néanmoins, certaines communes ou associations de communes ont depuis préféré revenir au système de régie municipale, dans la mesure où elles ont justement estimé que la distribution de l'eau potable était du ressort d'un service public et non un seul moyen de revenus financiers. Et cela, d'autant plus que les services de purification des eaux usées organisés par les compagnies privées ne sont pas forcément les plus efficaces, car cela coûte très cher, et que l'entretien des canalisations d'eau coûte également très cher. Le conflit entre intérêt public et intérêts privés est ici patent, de même qu'il l'est déjà dans bien des domaines où ce qui avait été présenté comme une panacée remédiant au manque

des financements publics, l'association public-privé, s'est révélée être un leurre coûteux.

Mais il ne semble pas encore que l'atmosphère générale des économies dites faussement « libérales », alors qu'elles assurent la seule domination du monde financier, veuille abandonner les fétiches qui la nourrissent grassement au détriment de l'intérêt du public. Attendons et espérons, c'est tout ce qu'il est possible au citoyen de base que je suis, de faire.

- **Alors, au final, succès ou échec ?**

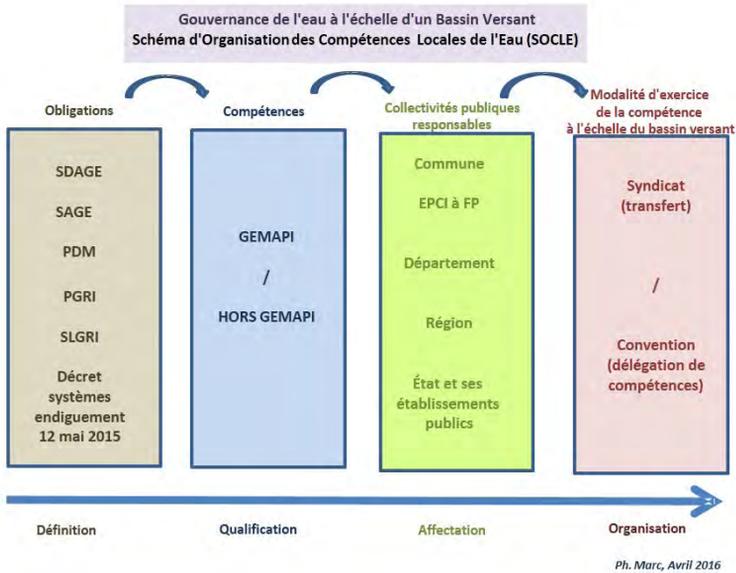
Philippe Marc. C'est une évidence de souligner la dimension européenne de la politique de l'eau et son impact sur les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux. Quand bien même l'État est le principal responsable de la politique de l'eau en France, quelles que soient les échelles territoriales, l'aménagement du territoire doit désormais se soumettre aux objectifs définis dans le cadre de la politique européenne de l'eau. C'est en 2012, que la Commission européenne dans un rapport portant sur la mise en œuvre de la directive 2000/60/CE du 23 octobre 2000, a établi un cadre pour la politique communautaire dans le domaine de l'eau, dite aussi directive-cadre sur l'eau (DCE). Les grandes étapes de la directive cadre eau ont été programmées de 2004 à 2027. Plusieurs directives apparentées (dites directives filles) ont été adoptées de manière complémentaire. Cette directive recommande aux États membres d'engager les réformes nécessaires pour adapter leur cadre juridique aux objectifs catégoriques de bon état des masses d'eau et de redimensionner, à cet effet, leur administration de l'eau. Cette évolution structurelle des cadres d'intervention des politiques de l'eau fut présentée comme une condition préalable à l'atteinte des objectifs environnementaux associés à chacune des masses d'eau.

En France, en 2013, plusieurs missions d'évaluation de la politique de l'eau ont eu pour objet d'envisager notamment la traduction opérationnelle de cette recommandation européenne : deux missions parlementaires confiées par le Gouvernement au député du Gers, Philippe Martin, sur la gestion quantitative de l'eau en agriculture et au député des Côtes d'Armor, Michel Lesage, sur l'évaluation de la politique de l'eau ; une mission d'inspection technique relative au bilan à mi-parcours des schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE) ; enfin, une mission de coordination de ces trois rapports devant permettre d'aboutir à des pistes d'évolution.

Sans apporter de réponses définitives – succès et/ou échec –, il faut bien reconnaître, l'utilité et le bien-fondé de ces mesures. Il s'agissait le plus souvent d'identifier les moyens de remédier aux retards constatés dans la mise en œuvre des programmes de lutte contre les pollutions diffuses d'origine agricole et de restauration de l'hydromorphologie des cours d'eau.

De manière générale, il a longtemps été dit que la conception de la DCE avait été inspirée par le « modèle français de l'eau ». Or, l'existence de ce « modèle » (dont il est question depuis la loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la protection des eaux et à la lutte contre leur pollution) a pu donner le sentiment que la France était particulièrement mieux armée que les autres États européens pour mener à bien la politique issue des orientations de cette directive. Il faut bien admettre à la lecture des différents rapports que ce sentiment était illusoire et qu'il fallait le dissiper. En vérité, les efforts à faire sont aussi importants en France qu'ailleurs en Europe. C'est ce qu'avait parfaitement anticipé, en 2001, Pierre-Alain Roche, ancien directeur de l'agence de l'eau Seine-Normandie¹³. L'efficience de l'organisation des acteurs de l'eau en France et la vérification plus particulièrement de leur capacité à assumer les obligations communautaires étaient et sont au cœur des propositions formulées dans le cadre de ces missions. Pour tenter d'y voir un peu plus clair, dans un souci de rationalisation des acteurs de l'eau, un arrêté du 20 janvier 2016 modifiant l'arrêté du 17 mars 2006 relatif au contenu des schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux, prescrit la mise en place d'un schéma d'organisation des compétences locales de l'eau (SOCLE) au plus tard au 31 décembre 2017. Il s'agit de disposer d'une grille analytique et synthétique permettant d'identifier le « qui fait quoi » au regard notamment des obligations européennes.

13. P-A. ROCHE, « Les institutions françaises face à la directive-cadre européenne sur l'eau », *Annales des Mines*, 2002, p. 78 : « La directive-cadre européenne sur l'eau semble, à première vue, généraliser au niveau européen une organisation de la gestion de l'eau d'inspiration française. Mais, en réalité, les efforts à fournir pour se conformer à l'esprit et à la lettre de la directive seront au moins, au vu des pratiques actuelles, aussi importants côté français que dans le reste de l'Europe ».



Thème 3 – La police de l'eau au quotidien

- **Le droit de l'eau est-il davantage connu et maîtrisé aujourd'hui qu'en 2000 ?**

Philippe Marc. Les politiques publiques tendent à s'articuler autour de la politique de l'eau. Étroitement lié aux problématiques de l'environnement, le droit de l'eau est devenu une question prioritaire, au moins dans les discours. Or c'est un droit mixte, historiquement riche et complexe. Le maîtriser exige d'une part des connaissances pratiques, politiques et théoriques. D'autre part, le droit de l'eau apporte des thématiques très techniques. Cette technique peut parfois être interprétée avec un contenu différent selon les parties.

Il faut comparer le juriste du droit de l'eau à un « chef d'orchestre », qui coordonne cinq ensembles d'instruments distincts : premièrement, le statut et le régime juridique de l'eau et des cours d'eau (propriété/usage) ; deuxièmement, l'administration et la planification (institution) ; troisièmement, la police de l'eau (régalien) ; quatrièmement, les usages

(planification/gestion/conciliation) ; cinquièmement, la gestion de crise liée aux situations exceptionnelles (sécheresse, étiages, inondations).

Du point de vue du praticien, l'une des évolutions les plus significatives concerne la distinction récemment établie entre petit et grand cycle de l'eau. En 2010, et pour la première fois (dans le rapport *L'eau et son droit*), le Conseil d'État a consacré une distinction catégorielle entre le petit et le grand cycle de l'eau. Le « petit cycle de l'eau » comprend techniquement l'alimentation en eau potable, l'assainissement des eaux usées, les eaux pluviales urbaines, en lien avec les logiques d'urbanisme et d'aménagement (logique de tuyaux). Ces domaines d'activités sont littéralement définis par le Code général des collectivités territoriales et affectés aux communes et aux établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre (EPCI à FP). En revanche, le « grand cycle de l'eau » n'a pas fait l'objet d'une définition littérale. La loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (« MAPTAM » ou « Métropole ») semble pouvoir s'analyser, avec l'émergence de la compétence gestion des milieux aquatiques et prévention des inondations (GEMAPI), comme une première étape de la normalisation du grand cycle de l'eau.

Avant l'émergence de cette nouvelle compétence GEMAPI, il n'existait pas de compétence décentralisée au sens habilitation légale, en lien avec les cours d'eau. Dans une décision du 13 juillet 1995, le Conseil d'État avait eu l'occasion de rappeler le principe selon lequel aucun texte dans le domaine de l'eau ou de la prévention des inondations ne donne compétence aux communes pour mettre en valeur et exploiter un cours d'eau. « Ni l'article L.315-4 du Code des communes relatif aux travaux de protection contre les inondations, ni l'article L.315-9 du même Code, relatif aux travaux d'aménagement des eaux, ni l'article L.315-11 du même Code relatif au régime et à la répartition des eaux ne donnent compétence aux communes pour mettre en valeur et exploiter un cours d'eau. Dès lors un district ne peut pas se voir attribuer par les communes qui le constituent une telle compétence dont elles sont elles-mêmes dépourvues ».

On peut regretter, toutefois que la compétence « GEMAPI » n'ait pas été définie positivement et littéralement par la loi elle-même. La compétence « GEMAPI » est définie dans ses missions par un système de renvoi à l'article L.211-7 du Code de l'environnement (relatif à l'obtention d'une déclaration d'intérêt général – DIG – qui compte 12 rubriques) et plus particulièrement les rubriques :

- 1° L'aménagement d'un bassin ou d'une fraction de bassin hydrographique ;
- 2° L'entretien et l'aménagement d'un cours d'eau, canal, lac ou plan d'eau, y compris les accès à ce cours d'eau, à ce canal, à ce lac ou à ce plan d'eau ;
- 3° La défense contre les inondations et contre la mer ;
- 4° La protection et la restauration des sites, des écosystèmes aquatiques et des zones humides ainsi que des formations boisées riveraines ;

Cette lecture de la compétence « GEMAPI » semble être contestée par le texte de loi lui-même qui propose, dans le même temps, deux autres interprétations possibles du champ opérationnel couvert par cette nouvelle compétence et ce, à la lumière des écritures antagonistes de l'objet de la taxe « GEMAPI ».

En effet, le futur article L.211-7-2 du Code de l'environnement esquisse une définition plus large de la compétence « GEMAPI » qui ressort à propos de la taxe du même nom. Les collectivités compétentes peuvent l'instituer en vue du financement d'une ou plusieurs des missions mentionnées au I du même article, à l'exception des missions : 3° L'approvisionnement en eau et 6° La lutte contre la pollution.

Autrement dit, la taxe « GEMAPI » peut être mobilisée pour les dix rubriques de l'article L.211-7. On peut déceler dans cette lecture de la compétence une tentation voire une tentative d'assimiler « GEMAPI » à l'ensemble du grand cycle de l'eau. Cette version de « GEMAPI » ne pourra évidemment pas prospérer.

Une lecture minimaliste est également rendue possible : « plus PI que GEMA ». L'objet même de la taxe « GEMAPI » réduit le périmètre de la compétence « GEMAPI » à la seule expression du risque « inondation », soit la rubrique 5° de l'article L.211-7 relative à « la défense contre les inondations et contre la mer ». En effet, la loi précise que « l'objet de cette taxe est le financement des travaux de toute nature permettant de réduire les risques d'inondation et les dommages causés aux personnes et aux biens ». Étonnamment, dans le même temps, l'article 1530 bis du Code général des impôts prévoit que la taxe est destinée à « financer la gestion des milieux aquatiques et la prévention des inondations ». Avant même sa mise en œuvre, la sécurité juridique de cette future taxe est, dans son principe, fragilisée.

La définition de la compétence GEMAPI n'a de sens que si elle résulte d'une lecture croisée des obligations de résultat fixées pour chaque bassin versant prévues par les grandes planifications dans les domaines de l'eau, des milieux aquatiques et de la prévention des inondations (SDAGE, PGRI, PAMM).

- **Peut-on dire que la police de l'eau a été simplifiée par l'Union européenne ?**

Philippe Billet. Le législateur français n'a pas attendu l'intervention du droit communautaire puis du droit de l'Union pour simplifier la police de l'eau en vue d'améliorer sa gestion. En instaurant la nomenclature « eau » sur le modèle de la réglementation des installations classées, la loi du 3 janvier 1992 sur l'eau a rationalisé la police de l'eau, comme l'ont rationalisé les deux décrets d'application du 29 mars 1993. Cette simplification a favorisé, facilité, l'application des obligations issues de cette directive transposées en droit interne, plutôt que l'inverse. La directive est intervenue dans un contexte français assez proche s'agissant des circonscriptions administratives et des objectifs de la gestion intégrée et n'a pas fondamentalement bouleversé sa gestion, sauf à fixer des objectifs plus exigeants.

- **Quels sont les praticiens et administrateurs au plan international et comment travaillent-ils ?**

René Coulomb. La police de l'eau diffère selon les pays. Seule l'Union européenne impose aux pays membres, par ses directives, certaines mesures générales.

Au niveau international des actions ont eu lieu. En ce qui concerne le Conseil de l'Europe, j'ai seulement relevé qu'en 1967 a été établie une Charte Européenne de l'Eau. Par ailleurs, un « Réseau International des Organismes de Bassin » (RIOB), dont le siège est à Paris, a été lancé par un organisme français, l'Office International de l'Eau (OIEAU). Ce réseau a peu à peu obtenu (comme l'a prouvé sa 9^e Assemblée Générale en août 2013 à Fortaleza au Brésil) que la gestion intégrée des ressources en eau par bassin, qu'elles soient locales, nationales ou transfrontalières, s'impose partout dans le monde. Le pacte mondial pour une meilleure

gestion des bassins, engagée par le RIOB en 2012, a été signé à ce jour par 128 organisations du monde entier.

En ce qui concerne le travail des praticiens au niveau international, des groupes thématiques préparent les propositions qui seront présentées aux Forums mondiaux de l'eau. Le 7^e Forum, qui s'est tenu du 12 au 17 avril 2015 en Corée du Sud, était ainsi orienté sur l'innovation, la technique et la recherche. Il y avait quatre commissions thématiques préparatoires :

- Une pour les thèmes du Forum avec quatre groupes de travail (Sécurité de l'eau pour tous ; L'eau pour le développement et la prospérité ; L'eau dans la durabilité : harmoniser l'homme et la nature ; Construire des mécanismes réalistes de mise en œuvre).
 - Une pour le processus régional (par grandes régions du monde) dont les copilotes pour l'Europe sont la France et le Danemark et dont le maître d'œuvre pour la France est l'OIEau.
 - Une pour le processus politique (Sophie Auconie, Gouverneur du Conseil Mondial de l'Eau, en fait partie).
 - Et pour la première fois, il y a une Commission spécifique pour la science et la technologie.
- **Quels sont les juristes qui travaillent au sein des commissions fluviales ?**

Jochen Sohnle. En général, les commissions fluviales disposent de moyens modestes pour entretenir un personnel propre. Certaines commissions privilégient par ailleurs les services mis à disposition par les États et n'ont pas de personnel propre. Dans la pratique, les emplois sont donnés de préférence aux candidats issus de métiers non juridiques (hydrologues, hydrogéologues, ingénieurs, etc.). Les rares juristes qui travaillent directement au sein des commissions de gestion aquatique sont obligés de s'occuper de l'administration. Pour résoudre des problèmes juridiques concrets, on doit plutôt faire appel à des experts juridiques externes.

- **Quel est alors le rôle de ces experts juristes en droit international de l'eau ?**

Jochen Sohnle. Dans la pratique, ces experts juristes externes sont des spécialistes travaillant de manière indépendante (y compris les avocats), des fonctionnaires spécialisés issus d'autres organisations

internationales, en service ou à la retraite ainsi que des universitaires. Dans la mesure où ils sont à la charnière entre le monde du droit et le monde exigeant des connaissances non juridiques (hydrogéologie, ingénierie), leur profil est forcément pluridisciplinaire. Les expertises juridiques sollicitées visent à éclairer les commissions de gestion à propos de problématiques juridiques très variées. Les juristes doivent par exemple concilier les définitions de concepts juridiques, souvent simplificateurs, avec celles proposées par les sciences naturelles. Ainsi, le droit ne propose qu'une seule définition générique de l'aquifère alors que les hydrogéologues en distinguent une douzaine de types différents. Les juristes doivent également établir des expertises sur les obligations juridiques internationales existantes sur un plan concret, par exemple à propos d'un cours d'eau particulier. À cet égard, ils ne prennent pas seulement en compte le traité de l'eau applicable en l'occurrence, mais également les règles coutumières. Précisons par ailleurs que les juristes interviennent non seulement de manière préventive, pour éviter qu'un litige ne naisse entre les États partageant une masse d'eau, mais aussi lorsqu'un différend sur l'eau a déjà surgi. Mais je pense que nous reviendrons plus tard sur la problématique des différends en matière d'eau.

<p>Thème 4 – Installations, Ouvrages, Travaux et Activités (IOTA) – Régime des déclarations et autorisations préalables</p>
--

- **Qu'entend-on par IOTA ?**

Philippe Marc. Toutes les opérations et tous les travaux susceptibles d'exercer une influence certaine sur le régime des eaux doivent être encadrés. Les distinctions qui ont pu exister par le passé (ceux qui prélèvent ou restituent, ceux qui polluent ou non etc.) ont disparu au profit d'une police globale de l'eau. C'est tout à fait logique puisque la loi du 3 janvier 1992 a posé le principe de l'unité de la ressource. Désormais la police de l'eau recouvre les règles relatives aux installations, ouvrages, travaux et activités (IOTA). L'article L.214-4 du Code de l'environnement prévoit deux régimes : l'autorisation et la déclaration. Par définition, les IOTA sont soumis à une simple déclaration et ne présentent qu'un faible

impact. Le régime d'autorisation s'applique pour les plus graves atteintes à la ressource en eau.

La loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015 a généralisé une procédure expérimentale d'autorisation unique IOTA. À l'issue d'une procédure d'instruction unique et d'une enquête publique, l'autorisation unique délivrée par le préfet vaut autorisation au titre de la loi sur l'eau (C. env., art. L.214-3) ; dérogation au titre des espèces protégées (C. env., art. L.411-2 4°) ; autorisation de défrichement (C. forestier, art. L.341-3) ; autorisation au titre des sites classés ou en instance de classement (C. env., art. L.341-7 et L.341-10) et autorisation spéciale au titre des réserves naturelles nationales (C. env. art. L.332-9).

Cette nouvelle procédure s'articule avec d'autres procédures connexes telles que le permis de construire, la délivrance du titre domanial sur le domaine public fluvial et maritime, et la demande d'autorisation d'utilisation de l'eau en vue de la consommation humaine.

- **Existe-t-il des failles à combler ? Comment parvenir à des solutions à l'échelle européenne ?**

Philippe Billet. La DCE n'a pas imposé de « méthode » aux États membres pour satisfaire ses objectifs, d'autant moins que les programmes d'actions doivent être adaptés aux conditions locales et régionales. Les États sont invités à prendre les dispositions administratives « appropriées » pour l'application des règles prévues par la directive au sein de chaque district hydrographique situé sur leur territoire, y compris la désignation de l'autorité compétente adéquate et l'association du public au processus décisionnel.

- **Ces questions sont-elles d'actualité ?**

Philippe Billet. Elles le restent dès lors que tous les objectifs de la DCE n'ont pas été satisfaits, s'agissant notamment du bon état écologique de l'eau. Comme l'a souligné la Commission dans sa communication du 9 mars 2015, la satisfaction des objectifs de la DCE est étroitement liée à celle d'autres directives, comme la directive « eaux urbaines résiduelles », la directive « Nitrates », ou la directive sur « l'utilisation durable des pesticides » que les États « doivent prendre en compte dans

les plans de gestion des bassins hydrographiques et les programmes de mesures ».

- **Existe-t-il un régime particulier en droit international pour les installations et les ouvrages ?**

Jochen Sohnle. Il n'est pas facile de répondre à cette question. Comme vous le savez, le degré de précision du droit international de l'eau est en général largement inférieur par rapport au droit interne. Un régime qui ressemble à celui du droit français sur les installations, ouvrages, travaux et activités sur l'eau (nomenclature IOTA) ne se perçoit donc pas. En revanche, je propose notamment deux pistes à explorer pour trouver des conceptions similaires.

Mentionnons d'abord la Convention d'Helsinki du 17 mars 1992, modifiée le 19 mars 2008, sur les effets transfrontières des accidents industriels. Bien que cet instrument ne s'applique pas particulièrement aux cours d'eau transfrontières, il a été conçu clairement dans cette perspective. En effet, il a été adopté le même jour que la Convention déjà mentionnée sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux. Les deux instruments sont la réponse juridique à l'accident Sandoz de 1986 qui était à l'origine d'une grave pollution chimique du Rhin. Les deux instruments font par ailleurs l'objet du même protocole additionnel ce qui est un phénomène très rare en droit international. Il s'agit du Protocole de Kiev du 21 mai 2003 sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières. La Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels vise à prévenir tout accident industriel et organise un système de notification interétatique lorsque la prévention a échoué et lorsqu'un accident est survenu. Une certaine parenté avec la nomenclature IOTA résulte en particulier de l'annexe I qui donne une classification des substances dangereuses aux fins de la définition des activités dangereuses.

Mentionnons ensuite la Convention de New York sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux dont nous avons déjà parlé. Elle est la grande convention mondiale de codification en la matière, l'équivalent pour les eaux continentales de ce qu'est la Convention de Montego Bay pour les eaux marines. Dans une disposition, la Convention de New York s'intéresse plus particulièrement aux installations et aux ouvrages. Il s'agit de l'article 25 sur la régulation. D'après le

troisième alinéa de cet article, le terme « régulation » s'entend de l'utilisation d'ouvrages hydrauliques ou de toute autre mesure employée de façon continue pour modifier, faire varier ou contrôler d'une autre manière le débit des eaux d'un cours d'eau international. La disposition a donc clairement une portée quantitative bien que l'augmentation ou la diminution du débit d'un fleuve a bien évidemment aussi un impact sur la qualité des eaux. À propos de la régulation donc, la Convention exige des États de coopérer et de participer sur une base équitable à la construction et à l'entretien ou au financement des ouvrages de régulation qu'ils ont pu convenir d'entreprendre. Contrairement à la réglementation française IOTA, ce ne sont pas la protection du milieu ou celle des personnes potentiellement affectés par les impacts de la régulation qui sont au cœur du dispositif, mais l'exploitation en commun de l'ouvrage. En revanche, deux règles plus générales s'appliquent de manière complémentaire en matière de régulation et sont susceptibles de contribuer aux objectifs de protection évoqués. Il s'agit des deux règles matérielles les plus importantes du droit international de l'eau et qui sont codifiées respectivement aux articles 5 et 7 de la Convention de New York, à savoir la règle de l'utilisation équitable et raisonnable du cours d'eau international et la règle interdisant de causer des dommages significatifs aux autres États du cours d'eau. Mais certainement j'aurai l'occasion de donner des informations complémentaires sur ces deux règles plus tard.

Thème 5 – L'utilisation et le partage des ressources en eau – Impact du droit de l'environnement

- **Le droit de l'environnement va-t-il révolutionner le droit de l'eau ?**

Philippe Marc. Nous sommes déjà entrés dans une logique environnementale. La qualité des eaux est devenue par exemple l'un des critères d'ordonnement juridique des cours d'eau. Un arsenal juridique de conservation des eaux a été instauré. Cette transformation existe depuis les années 70, en partie sous l'influence européenne.

Sur le plan institutionnel, il n'est pas surprenant de voir apparaître par exemple une Direction de l'Eau et de la Biodiversité (DEB). Les enjeux sont liés. Le Comité National de l'Eau a été jusqu'à la création du

ministère en charge de l'environnement en 1971, le seul représentant de la politique de l'eau au niveau national. A la faveur de la LEMA de 2006, le niveau national s'est affirmé comme niveau de pilotage des politiques de l'eau avec d'une part, la revalorisation du rôle du Parlement et d'autre part, la création de l'Office national de l'eau et des milieux aquatiques (ONEMA). L'ONEMA constitue un organisme technique de référence sur la connaissance et la surveillance de l'état des eaux et sur le fonctionnement écologique des milieux aquatiques. Le projet de loi relatif à la biodiversité prévoit d'intégrer les missions de l'ONEMA dans une Agence Française pour la Biodiversité.

Le Parlement est désormais tenu de débattre, tous les six ans, des orientations prioritaires des programmes pluriannuels d'intervention des agences de l'eau et de fixer le plafond global de leurs dépenses correspondantes ainsi que celui de leurs contributions à l'ONEMA. Il lui appartient de définir les règles de l'assiette des redevances et d'encadrer le taux conformément à la Constitution. L'exécution du programme pluriannuel d'intervention des agences de l'eau, faisant état des recettes et des dépenses, fait également l'objet d'un rapport annuel annexé au projet de loi de finances. La « nationalisation » de la politique de l'eau est, sans doute, plus directement ressentie par les agences de l'eau qui dans le cadre de la loi de finances pour l'année 2014 ont subi un prélèvement de 210 millions d'euros sur leur fonds de roulement au profit du budget de l'État. Le projet de loi de finances pour 2015 prévoit également un prélèvement annuel de 175 millions d'euros pour les années 2015 à 2017.

- **Droit de l'eau et droit de l'environnement. Choix des cultures ?**

Dominique Gaurier. Il est évident que le lien entre environnement et droit de l'eau est très étroit. En Bretagne, où nous sommes aujourd'hui, on est particulièrement bien placé pour le savoir, notamment avec l'excès des nitrates qui polluent irrémédiablement les nappes phréatiques, mais aussi avec l'écoulement des eaux usées vers la mer, provoquant une grave pollution aux algues vertes dans certains abers, toujours plus nombreux. Tout cela est bien sûr aussi lié à l'exploitation agricole, dont le modèle pourtant proposé comme efficace il y a cinquante ans est devenu aujourd'hui totalement obsolète, voire dangereux.

Une des premières sottises a été, dans les années 1960, la généralisation systématique et peu raisonnée des remembrements agricoles. Il fallait

créer de grands espaces voués aux cultures et pour cela, on a détruit fossés, haies, canaux d'écoulement des eaux sans aucune discrimination, sans même non plus, penser les recréer sur les espaces nouvellement aménagés. Nos brillants ingénieurs n'avaient pas même pensé utile de tels réaménagements et ont ainsi largement favorisé la perte des terres arables, autrefois retenues efficacement par ces barrières. Mais qu'importe, ne fallait-il pas favoriser le progrès et assurer une agriculture productive, voire surproductive, avec la complicité des syndicats agricoles caressés dans le sens du poil, mais au détriment des producteurs eux-mêmes bien souvent. L'usage immodéré des pesticides, dont on sait aujourd'hui qu'ils représentent un vrai danger pour la santé du producteur, pour celle de son environnement immédiat et pour la qualité gustative des productions, n'a pas peu contribué à la dégradation environnementale. Que dire de l'épandage des lisiers des porcheries usines bretonnes, dont le modèle commence à craquer de toute part ?

Mais existe aussi la question des productions agricoles elles-mêmes et de leur choix, entre celles qui sont gourmandes en eau et celles qui le sont moins. Partout, la culture du maïs s'est répandue en France. Or, on le sait, elle est très gourmande en eau et sa destination est spécialement réservée à l'alimentation du bétail dans des étables usines, alors que l'herbe est partout disponible ou peut l'être, dès lors que bien des terres laissées en jachère pourraient être réaménagées en prairies idoine. Il y a là une forme d'absurdité après laquelle beaucoup trop courent, sans jamais se poser une seule question sur la pertinence du modèle agricole retenu et postulé.

L'environnement dans tout cela ? Il n'intéresse que les utopistes rêveurs, qui sont réputés vouloir revenir à une agriculture des arrière-grands-parents. La critique est un peu facile et élude totalement la question d'une vraie interrogation sur la pertinence, justement, de ce modèle agricole. Jamais en France, on n'a osé appliquer un principe pourtant consacré depuis 1964 avec la Loi sur l'eau qui institue les Comités de bassin. Ce principe est celui du pollueur payeur. Jamais le lobby de la FNSEA n'a permis que les différents gouvernements émettent quelque critique sur des modes de production devenus aujourd'hui dangereux à la fois pour les consommateurs, mais aussi pour les terres elles-mêmes. Mais les agriculteurs ne sont pas les seuls. L'usage de l'eau passe aussi par les industriels, qui ont certes fait certains efforts en la matière pour dépolluer leurs eaux usées, cependant parfois très insuffisants et pas toujours performants. Que dire des particuliers qui, eux aussi, jouent un rôle non négligeable dans la pollution, peu aidés en cela par des réseaux de

collecte qui ne sont pas toujours aux normes ou sont en bien mauvais état.

On le sait, la France est régulièrement condamnée, et va sans doute de nouveau l'être très bientôt par la CJCE pour n'avoir toujours pas mis en pratique les directives européennes sur les nitrates. Or, la Bretagne est l'une des premières à être visée et intéressée par la question. Mais les lobbies agricoles pèsent de tout leur poids pour retarder toujours plus cette application qui dérange les habitudes et les places acquises. Rien de cela n'est très glorieux et nous nous contentons de repasser le bébé à nos enfants et petits-enfants avec une belle inconscience, mais pas innocente du tout. Pour combien de temps encore ? Qu'attend-on, face à une question qui n'est pas du tout prête à disparaître comme par enchantement si l'on ne fait rien ?

- **Existe-t-il une solidarité hydrique dans l'Union ?**

Philippe Billet. La solidarité naturelle des États liés par une masse d'eau a été transformée en solidarité juridique et consacrée par la directive 2000/60. Celle-ci prévoit que les États membres veillent à ce que tous les programmes de mesure soient coordonnés pour l'ensemble du district hydrographique, la Commission pouvant faire le nécessaire pour faciliter l'établissement de ces programmes. En outre, pour tout « district hydrographique international », créé par les États membres lorsqu'un bassin hydrographique s'étend sur le territoire de plus d'un État, ceux-ci doivent prendre les « dispositions administratives appropriées » pour appliquer les règles de gestion prévues par la directive au sein de la portion du district hydrographique international située sur leur territoire. Cette solidarité peut être formelle et organique, dès lors que les États membres intéressés doivent assurer conjointement cette coordination et peuvent « utiliser les structures existantes dérivées d'accords internationaux », permettant ainsi de se fonder sur les traités internationaux, nombreux sur le territoire de l'Union, qui lient les États membres (mais pas seulement) qui ont des cours d'eau en commun et d'éviter la constitution de structures faisant double emploi. Cette solution est facilitée par le fait que lorsqu'un district hydrographique s'étend au-delà du territoire de la Communauté, l'État membre ou les États membres concernés doivent chercher « à établir la coordination appropriée avec les pays tiers concernés », afin de réaliser les objectifs de la directive 2000/60 sur l'ensemble du district hydrographique.

Cette solidarité a également été clairement exprimée dans la résolution du Parlement européen sur la viabilité technologique de réseaux hydrauliques transeuropéens qui, pour corriger l'inégale répartition des ressources aquifères sur le territoire de l'Union européenne et les pénuries structurelles, a demandé à la Commission de considérer « comme prioritaires les aspects quantitatifs de la politique communautaire de l'eau et de relancer les initiatives d'interconnexion de bassins dans le cadre des grandes lignes de cette politique, afin de renforcer la solidarité entre les utilisateurs de cette ressource » (projet de transferts d'eau de bassin à bassin).

- **Comment en droit international les ressources en eau sont-elles partagées ? Les atteintes à l'environnement aquatique sont-elles prises en considération ?**

Jochen Sohnle. Tout spécialiste du droit international de l'eau est un collectionneur de traités sur l'eau et de traités qui contiennent pour le moins quelques dispositions sur l'eau. Quant à moi, j'en ai dans ma collection environ 700. Les régimes qu'ils consacrent sont en général fortement variables pour chaque masse d'eau. Face à cette diversité, une attention particulière doit être accordée à la Convention de New York déjà mentionnée sur les cours d'eau internationaux. Pourquoi ? Parce qu'elle est le résultat de l'effort le plus important entrepris par la communauté internationale pour codifier des règles générales en matière de ressources en eau partagées. Elle est le résultat de travaux préparatoires très longs, qui ont duré une trentaine d'années, au sein de la Commission du droit international des Nations Unies ainsi que de négociations tendues jusqu'à la dernière minute au sein de la Sixième commission de l'assemblée générale des Nations Unies en 1997. Des réticences à l'encontre de cet instrument existent jusqu'à aujourd'hui et les États ont ratifié la Convention au ralenti. Pour son entrée en vigueur, il faut 35 ratifications. Ce chiffre n'a été atteint que très récemment. La Convention est donc enfin entrée en vigueur le 17 août 2014, dix-sept ans après son adoption !

Parmi les dispositions les plus controversées de cette Convention, on trouve notamment les règles qui s'intéressent aux problèmes évoqués par votre question. Il s'agit de règles sur le partage des ressources internationales en eau ainsi que sur la prise en considération des atteintes environnementales. Essayons de simplifier le dispositif très complexe et très controversé de la Convention. Il faut rappeler que nous sommes

en présence de deux règles qui s'articulent de manière conflictuelle. Ce conflit a dû être résolu en des termes de primauté de l'une sur l'autre.

La première règle est celle de l'utilisation équitable et raisonnable des ressources en eau partagées, codifiée à l'article 5 de la Convention. Elle est respectée grâce à la mise en balance d'une multitude de facteurs, énumérés de manière indicative à l'article 6. Ces facteurs sont d'ordre socio-économiques, hydro-géographiques et écologiques. Parmi ces facteurs, la protection de l'environnement aquatique n'est qu'un élément parmi d'autres, sans bénéficier d'un statut privilégié.

La seconde règle est celle de l'interdiction de causer un dommage au territoire d'un autre État et donc à son environnement et à ses ressources aquatiques. On la trouve à l'article 7 de la Convention. Contrairement à la première règle, elle a essentiellement une connotation écologique. En l'appliquant strictement, il en résulterait un impératif de protection des ressources en eau qui l'emporterait sur toute autre considération.

Or, la Convention, qui est le résultat des tractations intergouvernementales tendues évoquées, consacre la primauté de la première sur la seconde. Elle sacrifie ainsi la protection de l'environnement ou, pour le moins, ne lui accorde pas d'importance particulière à côté d'autres facteurs non-écologiques.

Conformément à cette approche, la jurisprudence internationale examine les conflits de partage d'eau essentiellement sous l'angle de l'utilisation équitable et raisonnable. Cela a pour résultat que les juges, notamment ceux de la Cour internationale de justice, n'évoquent que de manière symbolique, sans l'appliquer dans l'espèce, la règle qui interdit de causer un dommage à l'environnement d'un autre État. Les deux grandes affaires portées devant la Cour internationale de justice en matière d'eau illustrent clairement cette affirmation. Dans l'affaire du projet Gabčíkovo-Nagymaros opposant la Slovaquie à la Hongrie qui a fait l'objet de l'arrêt du 25 septembre 1997, la Cour estime que le fait pour la Slovaquie de s'approprier entre 80 et 90 % des eaux du Danube ne respecte pas la règle de l'utilisation équitable. Par ce raisonnement en des termes purement quantitatifs la Cour ne prend en compte le dommage causé à l'environnement que dans *obiter dictum*, donc dans un passage non pertinent pour le sort du litige. Un raisonnement similaire s'observe dans l'arrêt de la Cour du 20 avril 2010 rendu dans l'affaire relative à des usines de pâte à papier opposant l'Argentine à l'Uruguay. Dans l'arrêt rendu le 16 décembre 2015 à propos de l'affaire opposant le Costa Rica

et Nicaragua, la Cour internationale de justice confirme la valeur coutumière de l'obligation interdisant de causer un dommage significatif à l'environnement d'un autre État, mais comme dans les affaires précédentes, le dommage pour mettre en œuvre cette obligation n'a pas pu être prouvé par l'État victime.

Ainsi, pour reprendre la question posée, les ressources en eau doivent être partagées entre les États de manière équitable et raisonnable ce qui nécessite dans chaque situation, pour chaque masse d'eau, pour chaque type d'activité, une appréciation particulière. L'atteinte à l'environnement aquatique est bien prise en considération, mais ne constitue qu'un facteur parmi d'autres dans la balance qui permet de réaliser un usage équitable et raisonnable entre les États riverains. Elle peut donc être sacrifiée lorsque par exemple des facteurs socio-économiques pèsent plus lourds. Face à ce constat décevant d'un point de vue écologique, il convient de souligner que la Convention de New York n'est qu'une convention cadre qui s'applique de manière supplétive. De nombreux traités sur l'eau particuliers, notamment en Europe, établissent en effet des solutions plus favorables pour la protection de l'environnement aquatique.

- **Faut-il se préparer à des conflits de plus en plus nombreux (souveraineté contre solidarité) ?**

Philippe Billet. Comme l'a souligné le Parlement européen dans sa résolution sur la viabilité des réseaux, « toute mainmise sur les eaux d'un État membre sans le consentement exprès de celui-ci est totalement exclue ». Les « eaux d'un État membre », non pas qu'elles lui appartiendraient, mais parce qu'il exerce sa souveraineté sur celles-ci lorsqu'elles sont situées sur son territoire, tout en prenant en compte le fait qu'elles peuvent être partagées avec un autre État membre, ce qui lui impose de limiter l'exercice de ses droits souverains. L'exemple type sur le territoire de l'Union est l'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros, qui vient d'être évoquée, tranchée par la Cour internationale de justice (25 septembre 1997) opposant la Hongrie à la Slovaquie à propos de l'édification d'un barrage sur le Danube et de la restitution des eaux en aval, qui rappelle qu'un État est tenu par le principe de l'utilisation non dommageable de son territoire pour un autre État.

Les conflits peuvent naître de façon plus « discrète » lorsque, s'agissant des eaux souterraines, le pompage dans la nappe phréatique située

à cheval sous deux États effectué à partir du territoire d'un de ces États peut affecter la ressource en eau de l'autre État. Le droit de l'Union ne règle pas la question de la limitation de souveraineté sur les ressources naturelles, puisque tel n'est pas son objet, mais il impose une solidarité entre États s'agissant de leur gestion. Ainsi, la directive sur les eaux souterraines s'efforce de garantir « une protection cohérente des eaux souterraines » : les États membres veillent à ce que, « dans le cas de masses d'eau souterraine partagées par plusieurs États membres et de masses d'eau souterraine à partir desquelles les eaux circulent à travers la frontière d'un État membre, la fixation de valeurs seuils fasse l'objet d'une coordination entre les États membres concernés ». Les conflits hydriques sont ainsi prévenus, sur le plan quantitatif, à tout le moins, mais ces mécanismes ne permettent pas de résoudre la question des pollutions transnationales non plus que celle du gaspillage de l'eau en amont (le prélèvement est légitime, mais l'usage en péjore les termes).

- **De façon plus précise, faut-il redouter des guerres de l'eau ?**

René Coulomb. Il n'y a pas eu à ce jour de véritables « guerres de l'eau » si on entend par là des guerres dont l'eau est la raison principale, même s'il y a eu des guerres dont l'eau a été l'un des enjeux. L'eau peut constituer un moyen de pression des pays qui disposent des ressources en eau dans la partie amont des fleuves transfrontaliers sur leurs voisins de l'aval. Il en résulte et il en résultera par exemple au Proche et Moyen-Orient de graves tensions mais pas nécessairement des guerres. Ainsi, l'Égypte, très peuplée et de beaucoup le principal utilisateur des eaux du Nil, n'est entrée en guerre ni avec le Soudan, ni avec l'Éthiopie qui pourraient théoriquement la priver en partie d'une ressource vitale.

- **Quelle est la position du Conseil Mondial de l'Eau ?**

René Coulomb. Le Conseil Mondial de l'Eau a dès l'origine cherché à faciliter le dialogue entre les pays qui pourraient être en conflit avec leurs voisins : ainsi entre la Turquie, « château d'eau » du Moyen-Orient et la Syrie et l'Irak (ceci bien sûr avant les événements de ces dernières années) dont les ressources en eau dépendent du Tigre et de l'Euphrate.

Il faut rester relativement optimiste pour l'avenir, même si rien n'est jamais acquis. Israël, la Jordanie et l'Autorité palestinienne viennent, malgré leurs différends, de signer un accord de partage des eaux comprenant une usine de dessalement dans le golfe d'Akaba et l'étude d'une canalisation amenant l'eau de mer à la Mer Morte en produisant de l'électricité (dénivelée de 400 mètres) qui permettrait en même temps de lutter contre la baisse continue de son niveau. L'accord, signé à la Banque Mondiale, prévoit qu'Israël fournisse plus d'eau à la Jordanie et à l'Autorité palestinienne. Mais des difficultés environnementales et des oppositions politiques sont déjà survenues et il n'est pas certain que l'adduction d'eau de mer jusqu'à la Mer Morte voie jamais le jour.

Il faut heureusement compter aussi pour éviter les guerres sur les ressources « non conventionnelles » : dessalement, réutilisation des eaux usées notamment. Singapour a ainsi presque atteint son « indépendance » face à des chantages possibles de la Malaisie, voire de l'Indonésie, grâce une réutilisation directe des eaux usées après un traitement tertiaire très poussé pour les rendre potables, ces eaux représentant actuellement la moitié des eaux consommées par la ville-État !

<p>Thème 6 – La privatisation de la gestion de l'eau – La marchandisation de l'eau</p>

- **Mondialisation et privatisation de la gestion des eaux : mythe ou réalité ?**

René Coulomb. Il ne peut s'agir que de la privatisation éventuelle de la gestion des eaux, car la ressource en eau reste toujours publique. En outre, les normes sont établies par la puissance publique, qu'il s'agisse de la potabilité ou des conditions de prélèvement et de rejet. Les contrôles sont publics et assortis de sanctions éventuelles.

Quand la gestion des eaux est privatisée, le délégataire du service ne l'exerce que pour une durée limitée. S'il assure parfois des investissements, ceux-ci doivent revenir en bon état de marche à la collectivité en fin de contrat (si celui-ci n'est pas renouvelé, ce qui nécessite d'ailleurs une renégociation, voire une mise en concurrence comme c'est le cas en France). Si les sociétés privées sont astreintes à réaliser des bénéfices

(sinon elles seraient en perte !) elles ont à rendre des comptes, en France d'une façon très détaillée.

Par contre, les gestions publiques des services d'eau et d'assainissement peuvent, partout dans le monde, continuer indéfiniment, même si elles sont déficientes. Les collectivités maîtresses d'ouvrage peuvent, en outre, ne pas affecter à ces services la totalité de leurs coûts, certains restant dans les frais généraux des collectivités et payés par l'impôt (en France, cela n'est théoriquement pas possible).

Après une expansion à l'international à la fin du xx^e siècle, les trois principaux distributeurs français, Veolia, Suez et Saur, qui avaient assuré les services d'eau de grandes métropoles à travers le monde en raccordant à ces services des millions d'habitants supplémentaires, se sont retirés de beaucoup de ces agglomérations, soit en raison du non-respect du contrat par les collectivités, soit pour des raisons politiques. Mais la qualité des services que peuvent assurer ces sociétés est telle que pour ne citer que des exemples récents, ces trois opérateurs gèrent les principales villes d'Arabie Saoudite par des contrats (dont le plus ancien remonte à 2009) de Veolia à Ryad, de Suez à Djeddah et de Saur à La Mecque !

Ceci relativise ce qu'a avancé Dominique Gaurier précédemment, dans cadre du thème 2 : si les sociétés privées de distribution d'eau se sont rapidement développées à la fin du xx^e siècle, c'est essentiellement et souvent uniquement en raison de la grave déficience, en France comme à l'étranger, de certains services publics d'eau et d'assainissement gérés par des collectivités locales.

- **L'eau est-elle une marchandise comme une autre du point de vue de l'histoire ?**

Dominique Gaurier. L'idée que l'eau puisse être une marchandise n'est absolument pas nouvelle. Elle était déjà posée dans l'Antiquité grecque ou romaine : prenons le droit romain en exemple. Dans le Digeste, on trouve bon nombre de textes qui montrent que l'accès à une rivière publique ne doit jamais être empêché par quelque moyen que ce soit, d'autant qu'une rivière publique ne peut jamais faire l'objet d'une appropriation privée, tout comme la mer. Mais toute rivière n'est pas forcément publique. Les rivières privées peuvent donc être réservées aux usages des seuls propriétaires, mais aussi être concédées à titre de

servitude pour permettre de faire boire un troupeau ou pour irriguer une terre. Nul besoin de développer plus.

Quant à l'approvisionnement en eau des villes, il était souvent assuré à la diligence de bienfaiteurs privés qui font construire à leurs frais des aqueducs ou des fontaines à l'usage du public. Mais certaines personnes riches pouvaient aussi assurer l'approvisionnement des bains ou de leurs propres demeures en eau à leurs frais privés.

Si l'école du droit naturel avait, avec Grotius, défini le libre usage de la mer par tous, il n'en a jamais été de même pour l'eau de rivière ou de lac, hormis les rivières publiques, ce qui est reconnaître qu'il est alors possible d'en être le propriétaire et, donc, que l'eau est un bien comme les autres.

Le monde oriental, encore aujourd'hui, offre de nombreux exemples de marchands d'eau qui proposent aux consommateurs d'acheter un verre d'eau ou de thé pour se désaltérer. L'eau est donc bien une marchandise. Le tout est de savoir jusqu'à quel point elle peut et elle doit le rester, dès lors qu'elle est l'un des éléments absolument essentiels à toute vie, fût-elle humaine, plus simplement animale ou végétale.

- **Et du point de vue du droit comparé ?**

Dominique Gaurier. Dans les mondes chinois et arabes, je ne peux parler que des époques anciennes, étant moins au fait des évolutions qui ont pu se produire dans les périodes plus récentes.

Nous avons dit combien les premiers empereurs avaient veillé, par leurs différents travaux menés pour se protéger des crues des fleuves, travaux de canalisation, souvent, d'endiguement aussi, à mener une politique relative à l'eau. La mythologie chinoise a conservé le souvenir de Yu le Grand, appelé le dompteur des eaux, fondateur de la dynastie préimpériale des Xia et qui fait partie avec Yao et Shun des Saints Rois de l'Antiquité. Il aurait notamment séparé le sec de l'humide en rendant les terres marécageuses propices à la culture, comme l'indique le Shujing, ouvrage classique censé proposer l'histoire des trois dynasties préimpériales.

Quoi qu'il en soit, il semble bien qu'un ministère des Travaux publics soit une institution ancienne. Elle nous est particulièrement montrée dans le Zhouli ou Rituels des Zhou, ouvrage assez tardif des IV^e-III^e siècles avant notre ère. Déjà, durant cette période de la dynastie des Zhou, que

l'on peut définir comme celle de la féodalité chinoise, ce ministère était notamment chargé d'assurer le drainage des terres, d'organiser l'irrigation et de construire les canaux nécessaires à la circulation des marchandises produites par les agriculteurs. Il est amusant de constater que le Code dynastique de la dernière dynastie impériale chinoise, celle des Qing (1644-1911), comporte encore un livre VII et dernier consacré aux règles qui s'appliquent aux travaux publics.

Avec l'instauration de l'empire unitaire sous la dynastie des Qin (221-206), l'unification du pouvoir central devait renforcer sa position et permettre d'assurer tous les travaux nécessaires pour gérer l'eau, tant avec la construction de digues pour protéger les populations des crues qu'avec la construction de nouveaux canaux de circulation ou d'irrigation des terres.

Dans le monde arabe, à défaut de parler de la terre même de la péninsule arabique, on peut au moins évoquer ce que les Romains appelaient l'Arabie heureuse, à savoir le Sud, qui correspond au Yémen actuel. Pendant toute une longue période, avant de s'appauvrir par l'abandon progressif, sous l'assaut des nomades, des systèmes très ingénieux d'irrigation et de la sculpture des montagnes pour y aménager des terres cultivables, les dynasties locales surent favoriser et assurer des grands travaux pour amener l'eau sur ces montagnes, voire pour aussi construire des barrages, comme le fameux barrage de Marib, aujourd'hui sur un cours d'eau asséché.

Si l'on se tourne vers le Moyen Orient, en Iraq, les régions du Sud, sur le Shatt al-Arab, surent aussi aménager des structures d'irrigation très soignées sous l'impulsion des différents dynastes qui dirigèrent la région. Même chose en Égypte, même sous les Mamluks. Dans toutes ces régions, à l'exception de l'Arabie aujourd'hui saoudite, qui n'a jamais été un pays agricole, à l'exception de quelques oasis, comme ceux qui étaient cultivés au temps du Prophète autour de Médine, l'eau est un élément essentiel et il n'est pas de pouvoir politique qui, à quelque époque que ce soit, ne se soit préoccupé de cette question cruciale pour la production agricole.

Ce sera encore le cas sous Nasser avec le projet gigantesque du barrage d'Aswan, projet qui devait être porté par les États-Unis, mais fut finalement porté par l'aide soviétique. Ce barrage était prévu pour assurer des retenues d'eau et surtout, pour permettre l'irrigation de terres nouvelles vouées à la culture du coton plus que vivrières. Mais ce projet, réalisé

depuis presque cinquante ans, se révèle porteur de nouvelles difficultés non alors prévues, ou mal évaluées, si tant est qu'il y ait même eu quelque évaluation faite. Sans doute, ce barrage a régulé les crues déjà très régulières du Nil, mais il a empêché désormais que ces mêmes terres puissent être régulièrement lavées de leurs sels minéraux remontés par l'évaporation de l'eau d'irrigation et fertilisées par les boues apportées par les crues. Ces terres ont alors tendance à devenir infertiles de façon irrémédiable, sans compter avec parfois l'apparition de mares d'eaux stagnantes qui favorisent le développement de différents parasites.

- **Pouvez-vous nous faire un bref rappel de la situation en Europe ?**

Philippe Billet. L'eau est un bien marchand, affirme la DCE, en relevant qu'il ne s'agit pas d'un bien marchand « comme les autres ». Une toute autre interprétation aurait requis qu'elle précise expressément : « L'eau n'est pas un bien marchand ». Les promoteurs de la DCE se sont cependant bien gardés d'aller plus loin s'agissant des modalités de cette marchandisation, en raison de la diversité des approches des pays membres et d'un fort lobbying des entreprises de distribution d'eau. La directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur s'en fait l'écho, organisant des dérogations à la libre prestation des services en matière de distribution et de fourniture d'eau, comme le fait la directive n° 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, qui « reconnaît et réaffirme le droit des États membres et des pouvoirs publics de décider du mode de gestion qu'ils jugent le plus approprié pour [...] fournir des services » (fourniture directe ou externalisation par délégation à des tiers, liberté de définir et de préciser les caractéristiques des services à fournir, s'agissant notamment des conditions relatives à leur qualité ou à leur prix), « afin de pouvoir poursuivre leurs objectifs de politique publique ».

- **Quelle est la position de l'Union sur le modèle de l'État fiduciaire ?**

Philippe Billet. L'Union européenne fiduciaire de la ressource en eau, sur le modèle de l'État fiduciaire tel que l'on peut le trouver dans la loi québécoise affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection du 11 juin 2009, ou l'État membre fiduciaire

de cette même ressource dans le cadre formel de la réglementation communautaire ? La question ne se pose pour l'instant pas en ces termes, puisque la notion d'État fiduciaire n'a pas été consacrée par le droit de l'Union et, à notre connaissance à tout le moins, l'Union européenne ne s'est pas interrogée. La fiducie présente cependant ici l'intérêt de reconnaître que l'eau est une chose commune et que l'État – ou l'Union européenne – doit en assurer la protection, avec une obligation de résultats dont il est redevable à l'égard des populations.

- **Comment harmoniser les différentes traditions ?**

Philippe Billet. Le choix communautaire des modes de gestion de l'eau repose sur le principe de subsidiarité et il est moins question de tradition que de souveraineté sur la ressource, et de garantie de la cohésion territoriale et sociale autour de celle-ci. Il n'y a pas de commune mesure entre la Finlande, l'Allemagne et l'Autriche, pour lesquels la distribution de l'eau est essentiellement municipale, sous différentes formes, et l'Italie, qui a fait le choix de la privatisation ou les Pays-Bas, où les compagnies de distribution d'eau sont publiques ou détenues majoritairement par les provinces et municipalités. Il conviendrait que l'Union européenne revienne sur son choix de la subsidiarité et marque plus encore le fait que la gestion de l'eau, dans l'espace de solidarité qu'elle constitue, doit être envisagée collectivement et ses modalités arrêtées à l'échelon le mieux à même de subordonner les États. Soit une solution très utopique, qui remettrait en cause de façon certaine la souveraineté des États sur leur sol et une ressource essentielle.

- **Peut-on parler d'une marchandisation de l'eau en droit international ?**

Jochen Sohnle. J'ai présenté précédemment la règle de l'utilisation équitable et raisonnable qui est la règle la plus fondamentale du droit international des ressources en eau partagées. Elle est par principe incompatible avec l'idée de marché. En effet, sur ce dernier sont échangés des biens pour réaliser un profit. Or, l'idée d'équité exclut qu'un État riverain réalise un bénéfice économique au détriment d'un autre autour d'une ressource qui est partagée.

En revanche, il est possible d'introduire sur un marché international des quantités d'eau, soit parce qu'il y a accord de tous les États qui partagent les mêmes masses d'eau transfrontières, soit parce que des eaux purement nationales, non partagées avec d'autres États, sont affectées. Dans la pratique, c'est surtout cette seconde hypothèse qui se présentera.

Si dans ces circonstances des transferts d'eau interbassin moyennant paiement ne sont pas contraires au droit international, la plupart des États potentiellement exportateurs s'y opposent. C'est le cas notamment du Québec qui a adopté une loi en 1999, renouvelée en 2009 (Loi sur la qualité de l'environnement, art. 31.105), interdisant le transfert hors Québec des eaux qui y sont prélevées, notamment au profit des États-Unis qui seraient bien volontiers acheteurs. En Europe, le projet de transfert d'eau du Rhône, prélevée près de l'embouchure en France via l'aqueduc Languedoc-Roussillon-Catalogne à l'agglomération de Barcelone, ne s'est finalement pas réalisé, malgré le feu vert donné du côté français, puisque les autorités espagnoles ne voulaient pas dépendre d'une eau étrangère. De toute façon, l'eau aurait été transférée de manière gracieuse. En effet, s'il y a paiement pour un transfert d'eau de grande envergure par dérivation à partir d'un cours d'eau d'origine, c'est pour le coût des infrastructures et non pas pour la ressource en eau en tant que telle. Il y a ici un parallèle avec le droit interne où la plupart des systèmes juridiques facturent au consommateur les seuls services d'eau, donc le coût de distribution et d'assainissement, mais pas l'eau en tant que ressource ou support de milieu rendant des fonctions écologiques.

À ma connaissance, un seul transfert interbassin de grande envergure moyennant paiement de l'eau en tant que telle existe en droit international. Il s'agit de l'eau vendue dans le cadre du Traité de Maseru du 24 octobre 1986 sur le projet d'eau des montagnes de Lesotho (*Lesotho Highlands Water Project*). Sur ce fondement, l'eau est actuellement captée dans le fleuve Senqu, qui prend sa source au Lesotho, pour être dérivée dans le bassin du fleuve Vaal, situé en Afrique du Sud. L'Afrique du Sud utilise cette eau à des fins industrielles et domestiques. La vente d'eau est comptabilisée dans le budget national de Lesotho à hauteur de 75 %. Quant à la situation particulière existante entre l'État de Johor (Malaisie) et la municipalité de Singapour, ce sont des arrangements de coopération transfrontalière qui prévoient un prix pour la livraison de quantités d'eau beaucoup moins importantes.

Si des ventes d'eau massives par dérivation à partir des fleuves internationaux ne se pratiquent pas encore, sous réserve de l'exception africaine

mentionnée, la situation se présente différemment lorsque le bien aquatique a subi un procédé de transformation. Dans ce cas, il n'y a pas d'obstacle à la réalisation de marchés internationaux d'eau. En quoi consistent ces procédés de transformation de l'eau ? Un premier procédé consiste à traiter des eaux salées, notamment puisées dans les océans, dans des stations de dessalement. Un second procédé est celui du transvasement d'eaux douces captées dans le milieu naturel. Parlons brièvement de ce dernier puisqu'il est plus pertinent pour les échanges internationaux.

Le procédé de transvasement peut prendre plusieurs formes. Le transvasement peut d'abord s'effectuer dans de petits récipients comme des bouteilles d'eau minérale ou d'eau de source. L'eau peut ensuite être transvasée dans des supertankers ou dans des « medusa-bags ». Ces derniers sont des récipients énormes en plastique flexible, flottant sur la mer, qui sont remorqués. Enfin, le transvasement peut se faire par l'intermédiaire de « récipients » biologiques, composés de fibres végétales. Pour être concret, ce sont des produits alimentaires contenant de l'eau comme notamment les fruits et les légumes. On parle à ce propos d'eau virtuelle susceptible d'être exportée. Une tomate par exemple contient 5 % de fibres et 95 % d'eau. Le problème écologique c'est que l'eau provient en principe gratuitement de régions ensoleillées avec un déficit d'eau et que les produits agricoles sont souvent exportés et vendus chers dans des régions riches, en argent et en eau. Quoi qu'il en soit, ces marchés internationaux de biens aquatiques existent et relèvent du droit international du commerce et de la libre circulation des marchandises. Ils sont réglementés sur le plan mondial en particulier par le GATT et sur le plan régional par les différents systèmes de libre échange, organisés par exemple dans le cadre de l'Union européenne ou de l'Accord de libre-échange nord-américain (A.L.E.N.A.).

En définitive, la marchandisation internationale de l'eau est tout à fait exceptionnelle lorsqu'il s'agit de transferts de grande envergure où l'eau est prélevée directement dans une masse d'eau comme un fleuve, un lac ou un aquifère. La marchandisation internationale de l'eau est en revanche courante à propos d'eaux transformées, notamment grâce aux procédés de transvasement. À l'avenir il faudra réglementer également la possibilité ou non de vendre des ressources en eau douce plus inhabituelles. Je pense d'abord aux icebergs susceptibles d'être remorqués. L'eau présente naturellement sur notre planète sous forme de glace est en effet toujours douce et le réchauffement climatique augmente actuellement la « production » d'icebergs. L'iceberg pourra être capté en haute mer où il constitue une *res nullius* et être vendu ensuite dans les pays

arides où il servira à des fins d'irrigation. Je pense ensuite à la possibilité de réglementer ou non la vente de nuages dans la mesure où leur manipulation, donc la provocation artificielle de pluie, est technologiquement possible. Je pense enfin à l'eau extra-atmosphérique, un aspect qui ne relève plus complètement de la science-fiction. Il y a éventuellement de l'eau sur Mars, une planète qui sera prochainement exploitée. Quant aux comètes, elles sont essentiellement composées de glace tout comme certains satellites naturels, par exemple Europe, satellite de Jupiter, composé d'océans gelés. Comme vous le voyez bien, le problème de la marchandisation de l'eau est durablement inscrit sur l'agenda de l'humanité.

Thème 7 – L'accès à l'eau

- **La reconnaissance de l'eau comme un bien commun de l'humanité est-elle purement déclarative ?**

Dominique Gaurier. Comme avec beaucoup de déclarations portées par l'ONU, nous sommes ici en effet, dans le domaine purement déclaratoire, je dirai même catéchétique. Une déclaration, c'est beau, c'est grand, c'est généreux, mais cela n'est pas forcément fait pour assurer un usage pratique, on reste dans le domaine de l'intention grande et généreuse, on se rassure béatement de l'abondance de bonnes intentions.

Je ne suis alors pas sûr que nous ne soyons pas là dans le domaine de l'illusion pure, dès lors que personne, bien évidemment, ne songe à jamais assurer la vraie protection de ce droit proclamé si haut et si fort. La démarche, en ce sens, peut même paraître à la fois cynique et inquiétante. Dans un autre domaine, l'Europe l'a certes bien compris, qui a créé une Cour européenne des droits de l'homme pour sanctionner les États qui ne respecteraient pas leurs obligations, dès lors qu'ils ont signé la Déclaration européenne des droits de l'homme.

Rien de tel, en tout cas, pour assurer l'effectivité d'un droit d'accès à l'eau par qui que ce soit. Faut-il s'en étonner ?

- **Le droit à l'accès à l'eau est-il garanti efficacement ?**

Dominique Gaurier. Comme cela vient d'être dit, ce n'est pas des institutions internationales, dès lors qu'elles ne sont jamais qu'internationales et sont liées au bon vouloir réciproque des nations, elles-mêmes souvent en concurrence les unes contre les autres, qu'il faut attendre une effectivité du droit d'accès à l'eau. Ce sont sans doute les peuples qui peuvent eux-mêmes faire valoir ce droit, mais en s'affrontant parfois à des États assez peu soucieux de ces mêmes peuples. On le voit au Brésil pour certaines communautés amérindiennes, inquiètes devant la dévastation que peuvent provoquer des barrages pharaoniques prévus. Qui les entend ? En tout cas, pas le gouvernement brésilien, semble-t-il.

Ce sont donc les États qui, en dernier ressort, sont seuls encore en mesure d'assurer ce droit d'accès à l'eau, mais parfois en se liant à des compagnies privées, dès lors qu'ils manquent d'argent pour le garantir, compagnies qui peuvent alors être aussi en mesure de prendre ces mêmes États en otage. Néanmoins, malgré ces défauts, certains projets ont pu être réalisés et faire accéder ainsi à l'eau des régions ou des quartiers urbains aussi qui en étaient totalement dépourvus. À défaut donc d'être totalement garanti, ce droit d'accès à l'eau progresse, sans doute encore trop lentement, mais il progresse. Cependant, ce n'est pas partout le cas, loin de là, notamment en Afrique et dans les régions les plus touchées par des sécheresses chroniques, comme celles du Sahel : là, tout un gros travail reste à faire, également pour assurer l'approvisionnement d'une eau saine et consommable sans risque pour les populations.

- **Quel bilan peut-on faire de 1977 (Mar del Plata) à 2010 ?
Et quelle prospective peut-on imaginer pour la période
2014-2016 ?**

Dominique Gaurier. En 1977, Mar del Plata, qui se situe en Argentine, n'est qu'un point de départ. En effet, c'est là que s'est tenue une Conférence de l'ONU sur l'eau, dans laquelle il fut déclaré que les peuples « ont le droit de disposer d'eau potable en quantité et en qualité suffisante pour répondre à leurs besoins essentiels ». Par la suite, un Comité d'experts indépendants de l'ONU, en 2002, qui se tint sur les droits économiques, sociaux et culturels de l'observation générale sur le droit de l'eau, affirma que « le droit à l'eau est indispensable pour mener une vie digne. Il est une condition préalable à la réalisation des autres droits de

l'homme ». Ce fut donc en 2010 que le Conseil des droits de l'homme, le 30 septembre, postula que « le droit fondamental à l'eau potable et à l'assainissement découle du droit à un niveau de vie suffisant et [...] indissociable du droit au meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint ». Cela devait être repris dans la résolution de l'Assemblée générale de l'ONU du 28 juillet 2010 relative au droit fondamental à l'eau et à l'assainissement.

Comme cela a déjà été dit, tout cela n'a d'autre fonction que proclamatoire, voire incantatoire. Relevons que cette résolution ne fut pas adoptée à l'unanimité, mais que 41 pays s'abstinrent d'y souscrire, dont le Canada. Aux yeux de la Fédération canadienne, le texte lui semblait ramener la question à une affaire technique de coopération internationale et de transfert technologique. Ainsi, on n'y trouvait aucune déclaration ou affirmation politique sur le caractère de bien commun ou non de l'eau. Cela n'est pas faux.

De fait, tous ces textes souffrent de l'absence de véritables normes posées au plan international et, par conséquent, ont souvent une simple valeur interprétative. Les instruments internationaux se contentent dès lors de n'imposer que de simples obligations de moyen aux États, en leur laissant une très large, voire trop large, marge d'interprétation. Aucun de ces instruments ne vient définir les politiques à suivre et les mesures appropriées pour les mettre en œuvre : coopération, utilisation équitable et raisonnable des cours d'eau, information, concertation, entretien des ouvrages, etc.

Rien ne semble avoir vraiment changé depuis lors et la question reste fondamentalement liée à celle d'une vraie volonté politique, toujours espérée, mais jamais venue. C'est là toute la fragilité de la vie internationale qui n'est jamais que la manifestation des égoïsmes nationaux et n'a jamais su dépasser ces étroitesse pour réaliser une visée supranationale, comme seule la Communauté européenne a tenté de le faire, cependant toujours entravée par la volonté nationale de trop des États membres. Il faut donc se résoudre à ce *wait and see*, qui risque de durer un certain temps, voire un temps certain.

- **Pourquoi le problème de l'accès à l'eau ne figure pas plus clairement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union ?**

Philippe Billet. Sur le territoire de l'Union européenne, près d'un million de personnes n'ont pas accès à un approvisionnement en eau potable et près de 2 % de la population ne dispose que d'un accès limité aux services d'assainissement. La directive du 3 novembre 1998 relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine ne comporte aucune disposition à ce titre, qui ne se préoccupe que de santé et pas d'accès, pas plus que la DCE qui s'intéresse à l'eau dans son milieu et comme milieu. Tout au plus envisage-t-elle, mais sans développer plus avant, qu'il s'agit d'assurer « un approvisionnement suffisant en eau de surface et en eau souterraine de bonne qualité pour les besoins d'une utilisation durable, équilibrée et équitable de l'eau ».

La Charte des droits fondamentaux ne comporte aucune disposition qui consacrerait comme un droit l'accès à l'eau et à l'assainissement. Cette absence peut s'expliquer par le fait que la Commission a défendu l'idée que l'inscription de ce droit est d'une utilité relative, dès lors qu'il est sous-jacent à de nombreux autres droits et principes (droit à la dignité humaine, droit à la vie etc.). Elle se justifie également, ainsi que cela sera manifestera par la suite, par la prudente « neutralité » affichée de la Commission à l'égard des questions de propriété et des modes de gestion, que l'on retrouve notamment fondée notamment sur l'article 17, 1° de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur qui organise des dérogations à la libre prestation de services, s'agissant notamment des services de distribution et de fourniture d'eau et des services de traitement des eaux usées. La promotion d'un tel droit et des moyens de garantir son effectivité (gratuité, « banques d'eau » etc.) traduirait, de ce fait, une réduction de la marge de manœuvre laissée aux États et perturberait les relations des prestataires de ces services avec leurs clientes que sont les collectivités territoriales.

De nombreuses voix se sont élevées contre cette situation, notamment dans le cadre de l'initiative citoyenne européenne « L'eau, un droit humain » (Right2Water)¹⁴, qui promeut l'accès à l'eau et à l'assainissement comme droit fondamental et défend point par point son introduction dans la Charte des droits fondamentaux.

14. Voir le rapport au Parlement européen du 15 juillet 2015 sur le suivi de cette initiative (2014/2239[INI]).

- **Quel sens donner à la Charte européenne des ressources en eau ?**

Philippe Billet. Adoptée par le Conseil de l'Europe en 2001 en remplacement de la Charte européenne de l'eau de 1967, elle rappelle que le développement durable vise « la satisfaction des besoins essentiels, notamment en eau, ainsi que la conservation et la préservation des ressources naturelles ». Elle pose surtout le principe que « toute personne a le droit de disposer d'une quantité d'eau suffisante pour satisfaire à ses besoins essentiels » et souligne le fait que « des mesures sociales devraient être mises en place pour éviter les coupures d'eau aux personnes démunies ». Elle mentionne bien le fait que la DCE tient compte de la plupart des principes contenus dans la Charte européenne de l'eau, mais l'absence de promotion d'un droit à l'eau dans cette directive le prive quelque peu d'effectivité, même s'il est recommandé (simplement) aux États membres « de tenir compte de la Charte et d'appliquer ses principes dans le cadre de leur politique nationale ». Elle ne propose pas de « recette » à cette fin, mais pose le principe que dès lors que l'eau a une valeur économique « la fourniture d'eau est soumise à paiement en vue de couvrir les coûts économiques liés à la production et à l'utilisation des ressources en eau », sans préjudice du droit à l'eau pour satisfaire aux besoins essentiels : l'équilibre à cette fin passe par le choix de « méthodes appropriées de tarification pour les diverses applications telles que la tarification proportionnelle ou progressive, la tarification sociale, la fourniture d'une quantité minimale d'eau à des conditions préférentielles ».

- **Le problème de l'accès à l'eau est-il aux origines de la création du Conseil Mondial de l'Eau ?**

René Coulomb. La question de l'accès à l'eau pour tous a joué un rôle majeur pour la création du Conseil Mondial de l'Eau, car c'était l'un des objectifs de plusieurs de ses membres constituants, notamment le « Water Supply and Sanitation Collaborative Council » (wsscc), la Banque Mondiale et plusieurs Agences des Nations Unies.

Le Conseil Mondial de l'Eau a toujours accordé la plus grande attention à la réalisation des objectifs du millénaire, à faire reconnaître le droit à l'accès à l'eau potable et à l'assainissement pour tous et l'Académie de

l'Eau, membre du Conseil Mondial de l'Eau, a toujours initié ou appuyé ses avis depuis le Forum de Kyoto en 2003.

Il faut non seulement reconnaître ce droit mais aussi le mettre en œuvre et assurer à tous une eau réellement potable et un assainissement assurant l'hygiène du foyer, le tout à un prix abordable. À cette fin, la loi Oudin-Santini a autorisé les collectivités et agences de l'eau françaises à consacrer une partie de leurs recettes à des actions dans les pays en développement. Mais cette législation n'existe qu'en France¹⁵ !

Thème 8 – Le règlement des différends internationaux relatifs à l'eau

- **Quelles sont les nouvelles tendances en matière de règlement des différends relatifs aux ressources en eau ?**

Jochen Sohnle. De manière générale, les différends interétatiques doivent se régler de manière pacifique, conformément à l'article 33 de la Charte des Nations Unies. Les guerres, y compris les guerres de l'eau, sont donc formellement interdites. Une intervention armée ne se conçoit que dans deux hypothèses : comme légitime défense, proportionnée, suite à une première agression qui quant à elle n'est pas conforme au droit international et comme conséquence d'une décision du Conseil de sécurité adoptée sur la base du chapitre VII de la Charte. En présence d'un différend interétatique, le droit international impose donc une résolution pacifique. En revanche, les États disposent d'un choix quant aux modalités concrètes pour résoudre pacifiquement le différend. Ces modalités rentrent dans l'une des deux grandes catégories de règlement des différends, à savoir le règlement diplomatique ou le règlement juridictionnel.

Le règlement diplomatique des différends domine non seulement en droit international général, mais également dans le domaine des conflits d'eau. La pratique offre plusieurs modalités. D'abord les États peuvent négocier directement entre eux une solution. C'est la modalité la plus

15. Sophie Auconie et sa collègue italienne au Parlement européen, Patrizia Toia, auraient voulu étendre les dispositions de la loi Oudin-Santini dans l'Union européenne, mais ni l'une ni l'autre n'ayant été réélue au Parlement européen lors des élections de 2014 – après la présente table ronde –, cette proposition n'aura aucune suite, du moins dans l'immédiat.

fréquente. Ensuite, l'intervention d'un tiers est concevable. Un organe unipersonnel ou un organe collectif offre ainsi ses bons offices ou une médiation. L'organe peut être constitué ad hoc ou préexister, comme par exemple une commission internationale fluviale. L'organe met à disposition des États en litige simplement un cadre de négociation. Une autre modalité diplomatique de règlement des différends est l'enquête. Dans ce cas, l'organe contribue à l'établissement des faits à l'origine du différend. Dans un domaine hautement factuel comme la gestion des ressources en eau, l'établissement des faits est souvent crucial et peut être à lui seul déterminant pour résoudre un litige. Enfin, il y a également la modalité de la conciliation où l'organe de règlement diplomatique, outre l'établissement des faits, fait une recommandation motivée, en s'appuyant notamment sur des arguments en droit. Cette dernière modalité est prévue par l'article 33 de la Convention de New York sur les cours d'eau internationaux déjà mentionnée. Ce texte parle d'enquête, mais le mécanisme s'analyse réellement comme une procédure de conciliation puisqu'il est prévu qu'une recommandation soit formulée. Cette disposition, bien qu'elle n'aboutisse pas à une décision obligatoire, a été aussi controversée lors des négociations intergouvernementales de la future Convention de New York que la relation entre les deux règles de fond du droit des cours d'eau internationaux (utilisation équitable contre interdiction de causer un dommage). La présence de l'article 33 dans le texte continue d'être l'un des obstacles majeurs à la ratification de la Convention de New York par de nombreux États.

Toujours à propos des procédures diplomatiques de règlement des différends, il faut préciser qu'elles se déroulent en général de manière secrète et confidentielle de sorte qu'il est difficile d'apporter des informations sur leur déroulement concret. Exceptionnellement, ces informations sont portées à la connaissance de l'opinion publique quand les négociations échouent et quand en même temps l'affaire est soumise à une juridiction internationale. La décision juridictionnelle relate en effet dans la partie consacrée aux faits les procédures précédentes. Ainsi on sait que dans le litige portant sur la construction du barrage sur le Danube, donc dans l'affaire du projet Gabčíkovo-Nagymaros devant la Cour internationale de justice, la Commission européenne était intervenue en amont à des fins de médiation. Un effort de règlement non juridictionnel a été également entrepris par la Commission administrative du fleuve Uruguay dans la phase qui a précédé la saisine de la Cour internationale de justice à propos de l'affaire relative à des usines de pâte à papier.

Le recours au règlement juridictionnel international est extrêmement rare parce que les deux États parties au conflit doivent manifester leur accord. La justice internationale est en effet facultative. En revanche, une fois l'accord obtenu, la juridiction internationale rendra une décision obligatoire ce qui distingue la procédure juridictionnelle des modalités de règlement diplomatique. Deux types de juridictions s'offrent aux États. Il y a d'abord les tribunaux arbitraux qui, soit sont prévus préalablement à la naissance du litige dans le cadre d'une clause compromissoire contenue dans un traité sur l'eau, soit sont constitués ad hoc, postérieurement à la naissance du litige, par un traité conclu entre les États qui s'appelle compromis. Il y a ensuite les juridictions permanentes, dont notamment la Cour internationale de justice, auxquelles on a recours grosso modo selon les mêmes modalités. Les quelques affaires juridictionnelles en matière d'eau ont déjà été mentionnées. Il s'agit de la sentence arbitrale rendue en 1957 dans l'affaire du Lac Lanoux opposant l'Espagne et la France et des deux arrêts de la Cour internationale de justice, l'un rendu en 1997 dans l'affaire Gabčíkovo-Nagymaros opposant la Slovaquie à la Hongrie et l'autre en 2010 dans l'affaire relative à des usines de pâte à papier opposant l'Argentine à l'Uruguay. Des enjeux environnementaux sont également présents dans les affaires jugées en décembre 2015 par la Cour internationale de justice autour du fleuve San Juan (affaire de certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière, Costa Rica c. Nicaragua et affaire de la construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan, Nicaragua c. Costa Rica).

Ceci étant précisé, on décèle quelques nouvelles tendances dans le règlement des différends. Il faut en mentionner deux.

La pratique valorise de manière croissante la négociation qui est, comme nous l'avons vu, le degré le moins contraignant d'un règlement diplomatique. Toutefois, la négociation n'est pas seulement une modalité de règlement de différend, donc dans une situation où un conflit a déjà surgi, mais également une modalité pour prévenir la naissance d'un conflit, comme il est souligné dans la Convention de New York et dans de nombreux traités spéciaux sur l'eau. Les négociations intergouvernementales sont ainsi une procédure particulièrement intéressante et appréciée par les États puisque leur déroulement ne révèle pas à l'opinion publique si un conflit est déjà né ou non. Or, il arrive que les gouvernements n'aient pas avouer la présence d'un conflit, notamment dans le domaine du partage de ressources aquatiques. En effet, dans tout conflit on risque de perdre non seulement sur le fond, mais aussi la face devant une opinion publique nationale critique.

L'analyse de la pratique révèle également l'importance croissante d'acteurs non étatiques dans la résolution des conflits. Je ne veux pas parler des commissions intergouvernementales de gestion qui en tant qu'organisations internationales sont également des sujets de droit international. Je propose plutôt de parler d'acteurs qui ne sont pas des sujets de droit international : des établissements publics et des collectivités territoriales, voire des individus, des entreprises et des associations. En effet, les États peuvent dédramatiser un conflit sur l'eau en confiant sa résolution à des acteurs non étatiques. Cela a pour conséquence que le conflit sort du domaine du droit international public proprement dit. Il est ainsi possible de rattacher le conflit au droit de la coopération transfrontalière ou au droit international privé où des tribunaux nationaux ou arbitraux jugeront les litiges opposant des personnes de droit interne issues d'États différents. Dans le domaine du droit international privé, on peut citer le jugement du tribunal de Sarreguemines de 1957 dans l'affaire de la pollution de la rivière de la Rosselle opposant des personnes privées françaises et allemandes ainsi que les sentences arbitrales du « Lake Ontario Claims Tribunal » intervenues en 1968 relatives au barrage de Gut (« Gut Dam Claims ») opposant des acteurs américains et canadiens. Un autre type de règlement des différends émerge dans ce contexte et prend de l'importance. Il s'agit du rôle des organisations non gouvernementales en matière de règlement des différends. Vous savez que les ONG ne jouissent pas de la personnalité juridique internationale. On peut néanmoins leur confier des fonctions juridictionnelles internationales. Elles aboutissent à des décisions dépourvues de tout caractère juridiquement contraignant. Le mouvement a débuté avec les tribunaux de l'eau organisés au début des années 1990 par la fondation du Tribunal international de l'eau (*International Water Tribunal Foundation*, Amsterdam) qui ont jugé des pratiques d'entreprises multinationales, issues notamment de pays développés, affectant des ressources en eau dont dépendaient notamment des populations dans des pays en développement. Ces décisions, bien que fondées en droit, s'analysent comme des recommandations. Mais leur impact moral peut être considérable.

- **Quels ont été les différents modes de résolution des litiges relatifs à l'eau dans l'histoire du droit international ?**

Dominique Gaurier. En droit international, l'histoire montre que la question n'a jamais été abordée que sous l'angle des litiges pouvant survenir à l'occasion de fleuves frontaliers ou qui traversent le territoire

de plusieurs États et de l'accès des riverains, sans entraves de la part de l'autre, au fleuve.

On le sait, sans insister plus, pour les fleuves qui traversaient différents territoires, les seigneurs auxquels appartenait ces territoires faisaient lever des droits sur les navires qui les parcouraient, avec autant des péages que de territoires traversés, ce qui finissait par alourdir singulièrement le prix du transport fluvial pour les transporteurs. À partir du xvii^e siècle, des dispositions furent souvent prises par les États pour empêcher l'établissement de nouveaux péages et, au xviii^e, plusieurs traités proclamèrent un droit pour les États riverains de naviguer sans entraves. Au xix^e siècle, en Europe, trois fleuves étaient toujours directement concernés par cette navigation sans frontières, l'Escaut, le Rhin et le Danube. Pour toutes ces questions, que l'on ne peut détailler ici, on se contente de renvoyer à l'exposé très clair qu'en fait l'un des grands auteurs du droit international belge, Ernest Nys¹⁶.

L'idée du principe de liberté des fleuves, énoncé justement en rapport avec l'Escaut, fut proclamé par la Révolution française, dans un décret du conseil exécutif provisoire du 21 novembre 1792, avant d'être remis un moment en cause, mais fut finalement reconnu le 18 avril 1796 par la Hollande, mais de façon définitive, qu'après le 12 mai 1863, à l'occasion d'un traité conclu entre la Belgique, État créé en 1830 et détaché du Royaume des Pays-Bas et ces mêmes Pays-Bas.

Rappelons que la Conférence de Berlin avait en outre, en 1885, proclamé la liberté de navigation sur le fleuve Congo en Afrique. Pour le Danube, la question de son libre accès ne fut réglée qu'en 1856, lors du traité de Paris du 30 mars. Enfin, pour le Rhin, ce fut le traité de Campo-Formio du 17 octobre qui déclara pour la première fois la liberté de navigation sur le Rhin. Néanmoins, avec les conflits qui opposèrent plusieurs pays avec l'empire allemand, il fallut attendre décembre 1923 pour que la Commission centrale du Rhin précise la portée d'un protocole signé en décembre 1922, permettant aux États contractants le droit de délivrer indistinctement des patentes de bateliers, selon les conditions d'un règlement qui exigeait d'eux douze mois de service effectif sur le Rhin. À ces conditions, la circulation est libre à tous, mais en observant des conditions de sécurité de la navigation fluviale ainsi déterminées.

On le voit, notamment, sur ces questions de libre accès, ce furent des traités bi ou multilatéraux qui établirent les règles dans le cadre général

16. *Le Droit international*, Bruxelles, A. Castaigne, 1905, vol. 2, pp. 109-131.

d'autres traités, comme celui de Versailles au lendemain de la Première Guerre mondiale.

Il semble qu'il faille se résoudre à ces voies diplomatiques, qui valent toujours mieux que rien, dès lors qu'il est probable, voire certain, que jamais la communauté internationale ne sera unanime sur cette question du libre accès, si ce n'est sur le mode purement incantatoire, comme cela a déjà été dit.

N'oublions pas que la résolution de 2010 de l'ONU parle du libre accès à l'eau et « à son assainissement », ce qui rend la question un peu plus complexe.

- **S'agit-il d'un domaine important pour l'histoire du droit international ?**

Dominique Gaurier. À défaut d'être reconnu comme un domaine important aujourd'hui encore, les années à venir vont montrer l'urgence de la question de l'accès à l'eau et son assainissement. Mais on peut douter que les voies internationales soient *a priori* les plus favorables pour tenter de mettre en place des solutions viables et acceptables. C'est sans doute plus dans le cadre régional que ces dernières peuvent se révéler intéressantes : Moyen Orient, pays asiatiques, Amérique du Sud, Amérique du Nord, Europe, îles océaniques menacées par la montée des eaux de mer et la disparition des ressources en eau douce.

Mais beaucoup de ces régions n'ont bien souvent que des Conférences formelles, comme l'Union panaméricaine ou l'ASEAN en Asie. Seule l'Europe présente un cadre *a priori* plus approprié. Il est donc tout à fait urgent de prendre des décisions qui soient véritablement appliquées, sans quoi, ce sont à la fois des populations entières ou des régions agricoles entières qui vont disparaître. Mais la question n'est pas simple à résoudre. Notamment, en Amérique du Sud, la déforestation qui affecte la forêt amazonienne est une catastrophe qui s'annonce pour un avenir proche, que les gouvernements concernés ne semblent pas vraiment prendre très au sérieux, plus intéressés qu'ils sont par une reconduite au pouvoir politique qu'au destin d'un pays et de ses peuples. Tous les climatologues sérieux, non pas ceux qui s'intitulent ainsi et ne sont que d'opérette, annoncent que cette déforestation aura des conséquences graves sur le climat et modifiera durablement et définitivement le système des pluies. Mais qui s'en soucie vraiment ?

Alors, oui, le domaine est important et ne doit pas être regardé distraitemment comme allant se passer bien après notre vie. Notre responsabilité est engagée devant ceux qui nous succéderons, mais après tout, après moi, le déluge !

- **Comment l'Union envisage-t-elle les litiges relatifs à l'eau entre États membres ?**

Philippe Billet. Les mots-clefs de la gestion communautaire de l'eau sont « prévention », « coopération », « solidarité », « collaboration étroite » et « action cohérente », soit autant de modalités qui devraient éviter les litiges, mais qui, dans le même temps, mettent en évidence la fragilité d'une approche collective, comme autant d'injonctions aux États d'agir de conserve. Il n'y a pas de mécanisme de règlement des litiges dans la DCE ni dans les autres textes relatifs à l'eau, sauf à recourir à la Cour de justice de l'Union européenne, mais il ne s'agit pas alors d'arbitrage de conflits d'intérêts, mais de résolution d'un litige procédant essentiellement du non-respect de ses obligations communautaires par un État membre. Comme les États sont tenus des mêmes obligations, à quelques nuances près, la réciprocité des contraintes – et leurs sanctions par manquement – devraient garantir la prévention et à défaut, le règlement, de ces litiges.

- **Quelles sont les perspectives pour le XXI^e siècle ?**

René Coulomb. L'utilisation dans certaines parties du globe de la totalité de la ressource renouvelable en eau douce, d'abord pour l'irrigation (70 % de l'utilisation !), puis pour les besoins domestiques et l'industrie ne pourra qu'entraîner des tensions entre États. Il y a en ce qui concerne les eaux de surface 300 bassins hydrographiques transfrontaliers. On a, ces dernières années, constaté qu'il y avait encore beaucoup plus d'aquifères transfrontaliers, environ 740, dont certains ne sont pas renouvelables à l'échelle humaine ! Or, on peut, l'eau souterraine ignorant les frontières, prendre parfois l'eau d'un pays voisin en pompant suffisamment !

Le principal espoir réside dans la coopération internationale qui ne se met en place que progressivement et extrêmement lentement. Ainsi la Convention des Nations Unies sur le droit relatif aux utilisations

des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation du 21 mai 1997, dite Convention de New York, n'est entrée en vigueur que le 17 août 2014 (90 jours après sa ratification par 35 États, soit dix-sept ans après sa signature !), comme cela a déjà été dit précédemment. Cette Convention favorisera l'harmonisation des pratiques en matière de gestion et de protection des cours d'eau et fournira un cadre pour la négociation d'accords internationaux. Elle complète la Convention CEE-ONU d'Helsinki de 1992 (adoptée sous l'égide de la Commission des Nations Unies pour l'Europe mais ouverte aux autres membres des Nations Unies), Convention sur l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, qui a favorisé la réalisation d'accords sur le Danube (29 juin 1994), le Rhin (12 avril 1999), l'Escaut et la Meuse (accords du 26 avril 1994 modifiés le 3 décembre 2002).

Au-delà des obligations résultant de ces conventions, rappelées par Jochen Sohnle et Dominique Gaurier, les réunions que ces conventions ont entraînées ont permis de réels progrès dans la gestion de ces fleuves.

Il faut aussi rappeler que depuis 2003 des résolutions des Nations Unies ont encouragé ou recommandé des accords bilatéraux ou régionaux.

Mais la recherche d'économies d'eau, la lutte contre le gaspillage, une irrigation plus économe en eau, et l'utilisation de ressources « non conventionnelles » (dessalement et réutilisation des eaux usées) permettront d'assurer tous les besoins de l'humanité malgré une démographie galopante dans certains pays et les importantes migrations de population qui interviendront au XXI^e siècle.

Thème 9 – La création d'un Tribunal international de l'eau

- **Est-ce que cette question a été abordée au 7^e Forum mondial de l'eau de Corée du Sud en 2015 ?**

René Coulomb. Cette question, évoquée lors du Forum alternatif à Marseille de 2012 (qui se tenait en marge du 6^e Forum), n'a pas été traitée lors des séances du 7^e Forum, y compris dans le cadre du thème 4-3

(Cooperation for reducing conflicts and improving transboundary water management).

Il est trop tôt pour savoir si elle sera abordée lors du 8^e Forum au Brésil en 2018, la réunion préparatoire (« kick-off meeting ») visant à recenser les différents points de vue ayant lieu à Brasilia du 27 au 29 juin 2016.

Mais, surtout, je ne pense pas qu'il faille créer une nouvelle instance internationale en sus du Tribunal international de La Haye, qui a d'ailleurs déjà arbitré un litige entre la Slovaquie et la Hongrie relatif au Danube.

- **Quel est l'avis du praticien ?**

Philippe Marc. Je n'ai rien à ajouter. Il est possible que des initiatives existent évidemment mais c'est un point qui pour l'heure, et de mon point de vue, reste utopique.

- **La création d'un Tribunal international de l'eau ne s'inscrit-elle pas dans une dynamique historique ?**

Dominique Gaurier. On ne reviendra pas sur ce qui a déjà été dit quant aux fleuves. Restons donc sur le seul plan actuel. Que penser d'une juridiction internationale sanctionnant les règles internationales sur le droit de l'eau ?

On peut mentionner le Tribunal international de l'eau d'Amsterdam, mais qui n'est jamais que l'émanation d'une ONG et est donc dans l'impossibilité de rendre une décision contraignante. Cela vaut toujours mieux que rien, dans la mesure où cet organe peut permettre au moins de lancer des alertes. Mais celles-ci sauront-elles éveiller aux dangers ceux qui n'ont pas envie de les voir ?

De façon certaine, l'organe qui existe aujourd'hui pour régler les conflits qui peuvent naître entre États et sociétés privées marchandes de l'eau est le CIRDI ou Centre International pour le Règlement des Différends liés aux Investissements – nom déjà évocateur en lui-même, dès lors qu'il ne parle pas de l'eau en tant que telle ! Cet organe a été créé par la Convention de Washington du 18 mars 1965, entrée en vigueur le 14 octobre 1966. Il a son origine dans la Banque mondiale. 163 États y ont souscrit

et certains d'entre eux s'en mordent aujourd'hui les doigts et menacent, si ce n'est déjà fait, de s'en retirer. On les comprend.

Nous nous arrêterons sur un seul exemple, qui est celui d'Agua Argentinas, filiale de la société française Suez Environnement, qui avait passé un contrat de concession avec l'État argentin. Cette concession a été rompue par le président Menem à raison d'une augmentation brutale des tarifs de la société du fait de la crise économique qui frappa de plein fouet l'État argentin en 2001 et qui menaça gravement le pays d'une cessation de paiement. Ce ne fut qu'en 2010 que le CIRDI rendit sa sentence et se prononça en faveur des investisseurs privés, justifiant sa décision par le fait d'un « traitement injuste et inéquitable » et rejetant formellement l'argument proposé par l'État argentin tiré de l'état de nécessité. Il est vrai que les investissements faits par la société avaient été assez considérables et que, sans doute, il ne pouvait être question de les ignorer totalement. Tout cela est vrai. Mais le monde de l'industrie et le monde financier ne peuvent oublier qu'ils ont parfois aussi à assumer les risques des entreprises qu'ils conduisent et que les pertes ne doivent pas systématiquement porter sur les mêmes, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas le poids financier suffisant pour se défendre et qui sont condamnés à n'être que des victimes.

Il y a donc une manifeste asymétrie des obligations aux dépens de l'acteur public, ce qui n'est guère étonnant, compte tenu du fait que le CIRDI n'a pas pour mission d'assurer l'exécution des droits à l'eau, mais de défendre les investisseurs et de protéger leurs seuls intérêts, ce qu'indique clairement son nom d'ailleurs. C'est ce qui motiva l'État argentin, sans doute lui-même assez mauvais payeur aussi et d'une bonne foi pas toujours exemplaire, à envisager son retrait de la Convention.

L'idée donc d'un tel Centre de règlement arbitral des conflits en matière d'eau reste problématique. Par quelle juridiction ad hoc le remplacer alors ? Quand on regarde comment la Commission des droits de l'homme est gérée au niveau de l'ONU, on ne peut être tout à fait optimiste, dès lors qu'elle est aujourd'hui présidée par un membre d'un pays qui n'est pas particulièrement remarqué pour son absolu respect des droits de l'homme. Cela confine un peu au ridicule et décrédibilise toute approche qui serait apportée par une telle Commission. Alors, quelle juridiction dans de telles conditions, si l'on accepte d'inscrire le droit d'accès à l'eau et à son assainissement parmi les droits de l'homme ? On peut craindre que la question ne reste indéfiniment sans réponse.

Cette juridiction serait-elle au moins souhaitable ? Sans doute, mais sur quelles bases réglementaires et pour appliquer quelles lois, d'autant qu'en dehors de principes généreux, il n'y a guère de lois et que, quand bien même il y aurait une Déclaration des droits de l'homme qui intégrerait alors ce droit d'accès à l'eau parmi les droits de l'homme, elle risquerait bien de connaître le même sort que la Déclaration de 1948 : beau texte, certes, mais resté à l'état de principe face aux États et à l'interdiction de toute ingérence dans les comportements internes de ces États face à leurs populations. La même crainte conduit à penser que la route sera sans doute longue, tout comme celle qui a présidé à l'instauration de la Cour pénale internationale, que certains États, dont les États-Unis, mais pas seulement, ont toujours refusé de reconnaître. C'est ainsi tout un travail préalable nécessaire qui va prendre un temps considérable, pas loin d'un demi-siècle au moins, vu la rapidité avec laquelle travaillent les organismes internationaux qui ne font jamais que le jeu des intérêts particuliers, avant que l'on puisse enfin envisager une telle juridiction.

Une chose est sûre, un organe aussi peu objectif d'arbitrage que peut l'être le CIRDI ne permet en tout cas aucune protection, si ce n'est celle des investisseurs, les États se voient dépouiller de toute prérogative face aux investisseurs financiers, sans aucune contrepartie véritable ou équitable. N'est-ce d'ailleurs pas là sa fonction déclarée et première ? Alors, dans l'attente, comment faire, ou pour plagier plutôt Lénine, « Que faire » ?

René Coulomb. Ayant été administrateur d'Aguas Argentinas durant les premières années de mise en vigueur du contrat de Buenos Aires qui a permis d'alimenter en eau plusieurs millions de personnes supplémentaires et ayant parfaitement connu les termes du contrat et ce qui s'est passé, je ne partage absolument pas le point de vue exprimé par Dominique Gaurier. Aguas Argentinas a su prendre des risques et l'État argentin n'a pas tenu ses engagements. Le CIRDI ne pouvait donc que donner raison à l'entreprise et contrairement à ce qu'affirme Dominique Gaurier, l'asymétrie a été en faveur de l'État et non de l'entreprise privée, qui a dû obtempérer et engager une procédure qui a duré de nombreuses années, tandis que le grand Buenos Aires bénéficiait d'une amélioration considérable de son patrimoine.

La conséquence de cet « exemple d'Aguas Argentinas » et de ce qui s'est passé avant et après ailleurs en Argentine et dans plusieurs pays notamment d'Amérique latine a été qu'aucune entreprise française ou étrangère n'a pris, depuis plus de quinze ans, le risque d'investir dans des États au régime autoritaire qui ne respectent ni le droit ni la démocratie.

Les sociétés spécialisées, notamment françaises, qui avaient acquis des compétences et un savoir-faire internationalement reconnu ont néanmoins proposé avec succès dans de tels pays des contrats de prestation de services totalement différents, comme je l'ai évoqué dans le thème 6.

- **Quelle est la position des institutions européennes ? Un soutien est-il envisageable à une telle initiative ?**

Philippe Billet. Le projet de création d'un Tribunal international de l'eau ambitionne de permettre, notamment, à un collectif de citoyens de défendre le droit d'accès à l'eau en assignant ceux qui détruisent la ressource en eau ou se l'accaparent. Sauf erreur, l'Union européenne ne s'est pas prononcée sur la question et il y a peu de chances qu'elle le fasse, dans la mesure où elle dispose des institutions ad hoc pour faire respecter par les États la réglementation qu'elle a instituée assez complète, États eux-mêmes tenus de faire respecter la réglementation communautaire sur leur territoire. Sans compter l'appui des institutions constituées autour des cours d'eau internationaux situés sur son territoire.

Au-delà de cette question organique, cette initiative perturbe quelque peu l'approche communautaire de l'eau : si la DCE considère que « l'eau n'est pas un bien marchand comme les autres », il s'agit d'un bien marchand tout de même, alors que pour les promoteurs du Tribunal, l'eau est un bien commun, ce que ne met pas en évidence le fait que la DCE la qualifie de « patrimoine qu'il faut protéger, défendre et traiter comme tel ». L'Union européenne peine en tout cas à prendre clairement position et reste ambiguë qui ira, plus tard, jusqu'à qualifier l'eau de « bien public revêtant une importance fondamentale pour l'ensemble des citoyens de l'Union », mais c'est pour justifier les particularités du régime des concessions relatives à sa distribution (Dir. 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession).

- **Est-il concevable dans la conjoncture internationale actuelle de créer un Tribunal international de l'eau ?**

Jochen Sohnle. À cette question je peux répondre simplement de manière négative si l'adjectif « international » fait référence à l'ordre juridique international public et signifie « intergouvernemental ». Les

États n'apprécient en effet pas du tout d'être traduits devant une juridiction internationale et font tout pour s'y soustraire. Or, comme il a été vu, leur accord est nécessaire pour qu'ils soient jugés. La préférence est donnée aux procédures diplomatiques de règlement des différends. Toute création d'un Tribunal international de l'environnement, et a fortiori, d'un Tribunal international de l'eau, sera sans aucun doute rejetée par les États. Il faut citer dans ce contexte l'échec de la chambre pour les questions d'environnement au sein de la Cour internationale de justice. Cette institution intéressante a été créée en 1993 pour répondre aux spécificités qui se présentent dans une procédure environnementale. Cette chambre spécialisée n'a jamais été saisie et la Cour a arrêté en 2006 d'en renouveler les membres.

En revanche, je réponds bien volontiers par l'affirmative si le Tribunal international de l'eau s'inscrit dans une logique non gouvernementale et se confond avec une ONG dans le genre d'un Tribunal international sur l'eau mentionné. De telles institutions sont en vogue. Bien qu'elles manquent d'efficacité juridique immédiate dans la mesure où leurs décisions s'analysent comme des simples recommandations, elles peuvent utilement contribuer à la formation de l'opinion publique et attirer son attention sur les dysfonctionnements dans la gestion internationale des ressources en eau douce. Une pression peut en résulter pour les États afin qu'ils modifient non seulement leur réglementation nationale, mais négocient également de nouveaux traités sur l'eau plus respectueux des ressources aquatiques de notre planète.

*

Patrick Le Louarn. Pour conclure ?...

L'eau échapperait-elle à notre entendement de juristes comme elle s'échappe entre nos doigts. On peut être frappé des contrastes soulignés par toutes nos interventions. Contraste entre la masse de réglementations qui encadrent la gestion de la ressource en eau depuis le niveau international au niveau local et les plus grandes incertitudes sur la portée réelle de ces réglementations. Contraste entre ce qu'une morale publique de l'environnement semble préconiser et les comportements marchands ou guerriers que seules les polices étatiques semblent pouvoir contenir. Contraste aussi entre l'évidence de la nécessité vitale de l'eau qui conduit à des compromis et à des accords sans cesse renouvelés et la montée des tensions. Contraste enfin entre l'idée que l'eau ne peut être bien gérée que par un pouvoir despotique et le constat qu'aujourd'hui les

solutions internationales ou locales sont forcément négociées et démocratiques. Notre discussion révèle la masse des connaissances juridiques sur le sujet tout en montrant la difficulté d'organiser la matière sur des bases solides car les principes sont souvent volatiles face à des réalités très dures.

Un Tribunal de l'eau est utopique mais le monde semble en rêver car, en matière d'eau, il paraît que le besoin naturel de tout individu comme de toute communauté interdit absolument la violation complète de ce droit. Reste alors le problème que, pour des raisons de domination culturelle ou économique et des raisons d'environnement naturel, une partie de l'Humanité n'a pas encore accès à l'eau potable et à l'assainissement, son corollaire. Souhaitons que les effets du changement climatique ne massifient pas des tensions encore gérables même difficilement par des solutions privées ou publiques. Un droit mondial de l'eau plus cohérent et plus contraignant sera sans doute l'enjeu des prochaines décennies et il est évident que nos pays européens ont intérêt à aiguiser leur modèle de gestion globale de l'eau dans tous ses aspects et à l'échelle d'un continent pour le soumettre au Monde comme un moyen de paix.

La police de l'eau a sans doute un bel avenir ; l'eau et l'Humanité aussi, du moins espérons-le.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements	5
Préface – Jean-Louis OLIVER	7
Introduction – Anthony MERGEY et Frantz MYNARD	9
Chapitre 1 – Dominique GAURIER <i>L'eau dans tous ses états : un droit maîtrisé pour tous ou un droit réservé à certains ?</i>	15
Chapitre 2 – Marguerite RONIN <i>Réglementer l'accès à l'eau dans l'Empire romain</i>	31
Chapitre 3 – Aurelle LEVASSEUR <i>La police de l'eau dans la ville médiévale (XIII^e-XV^e siècles). Fondements, mise en œuvre et protection d'un « devoir de l'eau »</i>	47
Chapitre 4 – Xavier GODIN <i>Considérations sur la police des eaux fluviales dans la première Modernité</i>	69
Chapitre 5 – Yvon LE GALL <i>L'eau prétexte à penser la police : Nicolas Delamare, le synthétiseur interrompu d'un moment de bascule</i>	105
Chapitre 6 – Frantz MYNARD <i>Des polices des cours d'eau aux traités des eaux : formation(s) d'un champ doctrinal (1789-1898)</i>	133
Chapitre 7 – Frédéric DAVANSANT et Tiphaine LE YONCOURT <i>Les autorités de police administrative de l'eau. Perspectives contemporaines</i>	183
Chapitre 8 – Véronique INSERGUET-BRISSET <i>La contribution de la police administrative à la mise en œuvre d'un droit à l'eau</i>	237
Chapitre 9 – Bernard DROBENKO <i>L'impact du droit européen sur les polices de l'eau : entre atouts et faiblesses</i>	259

Chapitre 10 – Nathalie HERVÉ-FOURNEREAU

La force normative de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dans le domaine de la protection de l'eau et des milieux aquatiques.....275

Chapitre 11 – Adrien BODART

La construction progressive d'une protection intégrée des eaux souterraines par le droit de l'Union européenne : 1976-2006.....319

Chapitre 12 – Sophie AUCONIE et Julian CHEVALLIER

Regards actuels sur la gouvernance de l'eau. Politique et pratique ...339

L'avenir de la police de l'eau – Table ronde animée par Patrick LE LOUARN, en présence de Phillipe BILLET, René COULOMB, Dominique GAURIER, Philippe MARC et Jochen SOHNLE 349

Propos introductif du professeur Patrick Le Louarn.....349

Thème 1 : Politique, droit et eau.....351

Thème 2 : Bilan à l'horizon 2015 – La directive cadre sur l'eau du 23 octobre 2000.....360

Thème 3 : La police de l'eau au quotidien.....369

Thème 4 : Installations, Ouvrages, Travaux et Activités (IOTA) – Régime des déclarations et autorisations préalables.....374

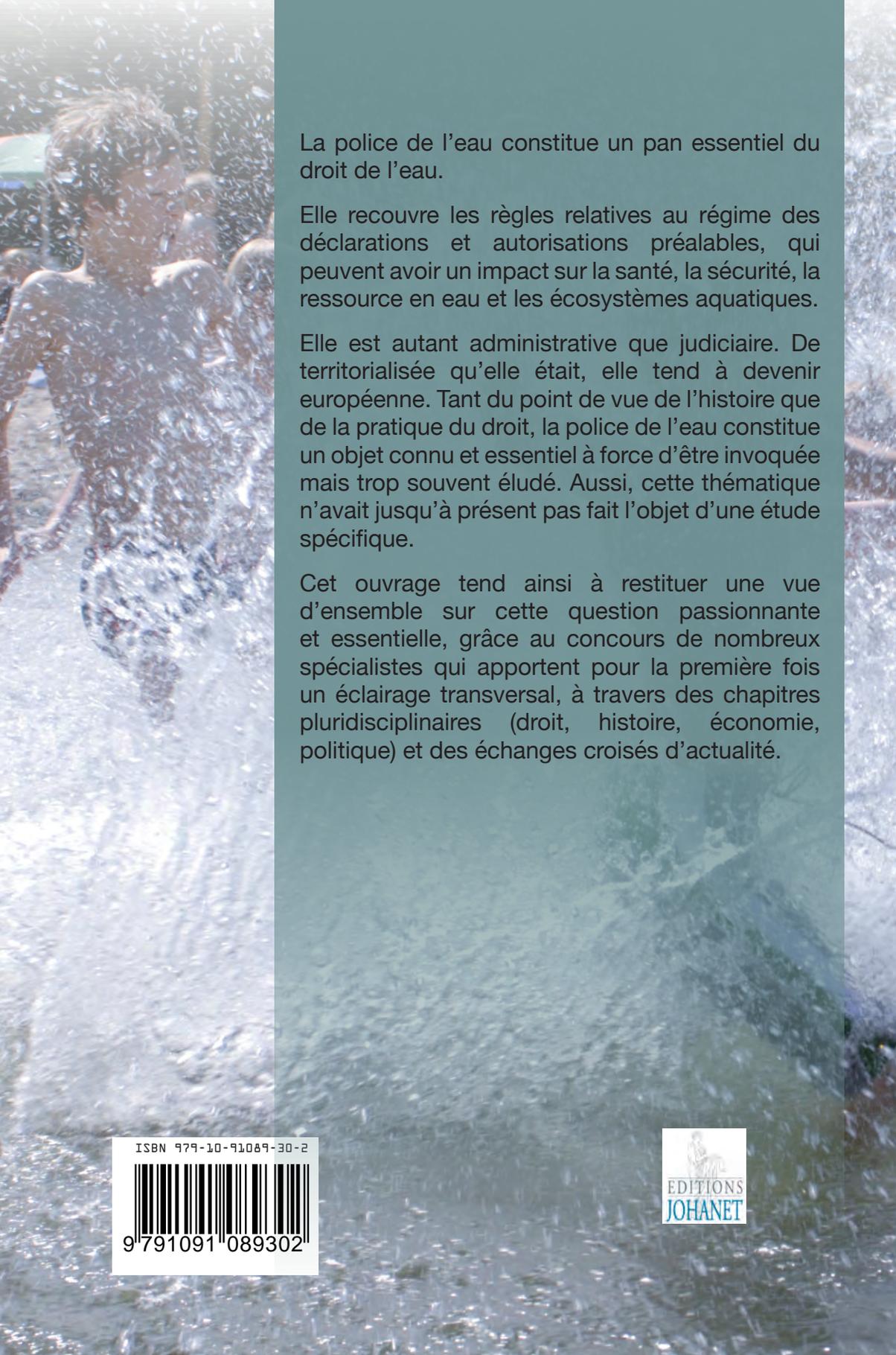
Thème 5 : L'utilisation et le partage des ressources en eau – Impact du droit de l'environnement377

Thème 6 : La privatisation de la gestion de l'eau – La marchandisation de l'eau385

Thème 7 : L'accès à l'eau.....393

Thème 8 : Le règlement des différends internationaux relatifs à l'eau 398

Thème 9 : La création d'un Tribunal international de l'eau405



La police de l'eau constitue un pan essentiel du droit de l'eau.

Elle recouvre les règles relatives au régime des déclarations et autorisations préalables, qui peuvent avoir un impact sur la santé, la sécurité, la ressource en eau et les écosystèmes aquatiques.

Elle est autant administrative que judiciaire. De territorialisée qu'elle était, elle tend à devenir européenne. Tant du point de vue de l'histoire que de la pratique du droit, la police de l'eau constitue un objet connu et essentiel à force d'être invoquée mais trop souvent éludé. Aussi, cette thématique n'avait jusqu'à présent pas fait l'objet d'une étude spécifique.

Cet ouvrage tend ainsi à restituer une vue d'ensemble sur cette question passionnante et essentielle, grâce au concours de nombreux spécialistes qui apportent pour la première fois un éclairage transversal, à travers des chapitres pluridisciplinaires (droit, histoire, économie, politique) et des échanges croisés d'actualité.

ISBN 979-10-91089-30-2



9 791091 089302



EDITIONS
JOHANET