



Gaëtan Bailly

Les usages traditionnels de l'eau à l'épreuve du droit de l'environnement

BAILLY Gaëtan. *Les usages traditionnels de l'eau à l'épreuve du droit de l'environnement*, sous la direction de Philippe Billet. - Lyon : Université Jean Moulin (Lyon 3), 2018.

Disponible sur : <http://www.theses.fr/2018LYSE3085>



Document diffusé sous le contrat *Creative Commons* « **Attribution – Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification** » 

Vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



N°d'ordre NNT : 2018LYSE3085

THESE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE LYON

opérée au sein de
l'Université Jean Moulin Lyon 3

École Doctorale
Droit « ED 492 »

Discipline de doctorat : Droit
Mention : Droit public

Soutenue publiquement le 10/12/2018, par :

Gaëtan BAILLY

Les usages traditionnels de l'eau à l'épreuve du droit de l'environnement

Devant le jury composé de :

Madame Maryse DEGUERGUE-BOURGOIN, Professeure à l'Université Paris I
Panthéon-Sorbonne, *Rapporteuse*

Monsieur Laurent FONBAUSTIER, Professeur à l'Université Paris-Sud, *Rapporteur*

Madame Meryem DEFFAIRI, Maître de conférences à l'Université Paris II Panthéon-
Assas

Madame Pascale DEUMIER, Professeure à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Monsieur le Doyen Hervé de GAUDEMAR, Professeur à l'Université Jean Moulin
Lyon 3

Monsieur Philippe BILLET, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3,
Directeur de thèse

Les usages traditionnels de l'eau à l'épreuve du droit de l'environnement

Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public
Soutenue publiquement le 10 décembre 2018 par :

Gaëtan BAILLY

REMERCIEMENTS

Cette thèse n'aurait pu aboutir sans la contribution et le soutien de nombreuses personnes que je tiens ici à remercier.

Je souhaite d'abord exprimer ma profonde reconnaissance au Professeur Philippe Billet qui m'a témoigné sa confiance et prodigué les remarques et les conseils qui ont enrichi ce travail tout au long de ces quatre années. Je le remercie pour ces moments de partage intellectuel, de discussion et de *disputatio* ainsi que pour sa disponibilité.

Je tiens également à adresser mes remerciements aux membres du jury qui ont accepté d'évaluer ces travaux : les professeurs Maryse Deguegue, Pascale Deumier, Laurent Fonbaustier, le Doyen Hervé de Gaudemar, ainsi que Madame Meryem Deffairi.

Mes chaleureux remerciements sont adressés à ceux sans qui le travail à l'Institut de Droit de l'Environnement n'aurait pas été tout à fait le même, et plus particulièrement mes comparses Marius et Simon. Grâce à eux et à l'ensemble de mes collègues, l'IDE a été pour moi synonyme de réflexions collectives, de débats passionnés mais aussi de fous rires incontrôlables. J'ai également une pensée toute particulière pour Isabelle Michallet, pour son soutien et sa bienveillance, ainsi que pour Alexandra Gasmî pour son aide indispensable.

Je ne peux mettre de point final à ces travaux sans remercier l'ensemble des personnes qui ont rendu possible mes recherches de terrain, et qui ont leur ont ainsi permis d'être empreintes de la réalité du droit de la Dombes. Mes pensées s'adressent particulièrement à Nathalie Chuzeville, qui a été un véritable guide en territoire dombiste, à François Guillemain, infatigable bâtisseur de ponts entre des mondes qui ont tant à apprendre l'un de l'autre, à Sylvain Bernard grâce à qui le fonctionnement d'un étang paraît simplissime et, enfin, à Stéphane Mérieux et Jean-Luc Payet-Pigeon avec qui le courant est finalement passé. Je remercie encore l'ensemble des acteurs locaux qui ont contribué à l'enrichissement de ces travaux, qui m'ont confié leurs savoirs et ont mis entre mes mains leur « Truchelut ».

Mes sincères remerciements vont également à ceux qui ont donné de leur temps pour participer à la relecture de cette thèse : Pauline, Mégane, Marius, Simon, Sandie, Adèle, Rémi et Tom.

Je remercie affectueusement ma famille et mes amis pour leur soutien qui compte tant.

Enfin, mes derniers remerciements s'adressent à Pauline dont la confiance, le soutien indéfectible et la patience inaltérable ont tant contribué à la réussite de ces années de doctorat.

A Pauline

PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

<i>AJCT</i>	Actualité juridique des collectivités territoriales
<i>AJDA</i>	Actualité juridique – droit administratif
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
Ass.	Assemblée du contentieux
Ass. Nat.	Assemblée Nationale
Assoc.	Association
<i>BDEI</i>	Bulletin du droit de l’environnement industriel
<i>BO Env.</i>	Bulletin officiel environnement
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation : chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation : chambres criminelles
C. env.	Code de l’environnement
C. urb.	Code de l’urbanisme
CA	Cour d’appel
CAA	Cour administrative d’appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d’Etat
CEDH	Cour européenne des Droits de l’Homme et des libertés fondamentales
CGCT	Code général des collectivités territoriales
ch.	chambre
chron.	Chronique
CIJ	Cour internationale de Justice
civ.	chambre civile
CJCE	Cour de Justice de la Communauté européenne
CJUE	Cour de Justice de l’Union européenne
coll.	collection
COM	communication
comm.	commentaire
concl.	conclusions
crim.	chambre criminelle
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
dactyl.	dactylographiée
dir.	dirigé par, édité sous la direction de
<i>Dr. admin.</i>	Revue Droit administratif
<i>Dr. env.</i>	Revue Droit de l’environnement
Ed., éd.	Edition(s), édition (s)
<i>Env.</i>	Revue Environnement
<i>Env. et dév. dur.</i>	Revue Environnement et développement durable
<i>et a.</i>	<i>et alli</i> , et autres
fasc.	fascicule
<i>GAJA</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> .
<i>JCl. admin.</i>	Encyclopédie Jurisclasseur administratif
<i>JCl. civil code</i>	Encyclopédie Jurisclasseur civil code
<i>JCl. env. et dév.</i>	Encyclopédie Jurisclasseur environnement et développement

<i>durable</i>	durable
<i>JCP A</i>	La semaine juridique, Administration et collectivités territoriales
<i>JCP G</i>	La semaine juridique, édition générale
<i>JCP N</i>	La semaine juridique Notariale et immobilière
JORF	Journal Officiel de la République française
JOCE	Journal Officiel des Communautés Européennes
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
MEDDE	Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie
n°	numéro(s)
p.	page, pages.
préc.	précité(e)
PU	Presses universitaires
PUF	Presses universitaires de France
<i>RDI</i>	Revue de droit immobilier
<i>RDP</i>	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil
<i>REDE</i>	Revue européenne de droit de l'environnement
req.	requête
Rev.	Revue
<i>RFAP</i>	Revue française d'administration publique
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDC</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>RGDIP</i>	Revue générale de droit international public
<i>RIEJ</i>	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
<i>RJEP</i>	Revue juridique de l'économie publique
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
s.	suivantes
SFDE	Société Française pour le droit de l'environnement
spéc.	spécialement
t.	tome
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des Conflits
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
TUE	Traité sur l'Union européenne
v.	voir
vol.	volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION

1^{ERE} PARTIE. LE DEVELOPPEMENT D'UN DROIT « SPONTANE » LIE AUX USAGES

TRADITIONNELS DE L'EAU

Titre 1. L'usage collectif de la ressource comme vecteur de droit spontané

Chapitre 1. La qualification juridique d'un bien collectif naturel

Chapitre 2. La solidarité au cœur du droit spontané gouvernant l'usage collectif

Titre 2. Le maintien de particularités juridiques locales face à l'uniformisation de la gestion de l'eau

Chapitre 1. L'appréhension de la gestion traditionnelle de l'eau par le « droit délibéré »

Chapitre 2. La pérennisation des pratiques durables par la préservation de l'usage

2^{NDE} PARTIE. LA CONSTRUCTION D'UN PLURALISME JURIDIQUE FONDE SUR LA

PROTECTION DE L'EAU

Titre 1. La réponse de la gestion traditionnelle de l'eau aux objectifs du droit de l'environnement

Chapitre 1. L'interprétation du droit local à l'aune du droit de l'eau

Chapitre 2. Les usages traditionnels de l'eau et la satisfaction des objectifs du droit de l'environnement

Titre 2. Les interactions entre les usages traditionnels de l'eau et la préservation des milieux

Chapitre 1. Les conflits entre les usages locaux et le droit de la protection de la nature

Chapitre 2. Valorisation privative et protection publique des étangs de la Dombes

CONCLUSION GENERALE

INTRODUCTION

*« La question des coutumes et sans doute
l'une des plus difficiles de l'histoire du droit français.
Elle est aussi une des plus importantes »¹.*

Tantôt espérée, tantôt redoutée, l'eau irrigue les rapports entre l'Homme et son environnement. L'appropriation et la mise en valeur de son territoire par l'Homme dépend de sa maîtrise de cet élément capricieux. Que cela soit de façon naturelle ou artificielle, c'est l'eau qui façonne la Terre. « *L'eau guide le territoire* »². L'exploitation d'une ressource naturelle telle que l'eau sur un territoire ne peut être exclusive, puisqu'elle est, par nature, un élément particulièrement difficile à maîtriser. Le défi de l'humanité, dans sa quête d'asservir les ressources naturelles à son profit, est de parvenir à maîtriser l'eau, élément qui souvent lui échappe. Elle tombe du ciel, ruisselle, coule au fond d'un lit naturel ou artificiel, stagne ou s'écoule, ressurgit, s'évapore. Elle suit son propre cycle, son propre chemin et ignore les limites posées par une société humaine propriétaire, mais participe à son organisation en articulant des rapports humains. Le droit est le vecteur qui permet d'organiser les rapports entre les hommes et les choses dans un but collectif. Pour autant, si certains objets de droit connaissent un statut unique, l'eau, élément naturel mouvant, est l'objet de droits de natures diverses.

Dans le but de parvenir à un statut juridique uniforme et contribuer à l'évolution du droit, la doctrine juridique mène de nombreuses réflexions afin d'adapter le statut de l'eau aux différents enjeux sociaux³, économiques⁴ et environnementales⁵. Ces pistes lancées à

¹ CARBASSE J.-M., *Coutumes françaises*, in RIALS S. et ALLAND D. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 326.

² MANCERON V., *Une terre en partage, Liens et rivalités dans une société rurale*, Ed. Maison des sciences de l'homme, 2005, p. 99.

³ Comme par exemple, garantir l'égal accès à tous de l'eau, dans le but de respecter le droit fondamental à l'eau et à l'assainissement : proposition de loi n°758 adoptée par l'Assemblée Nationale le 14 juin 2016, visant à la mise en œuvre du droit à l'eau potable et à l'assainissement.

⁴ Accès, distribution et valeur de l'eau des réseaux d'eau urbains.

⁵ Dimension écosystémique des milieux aquatiques, v. GUDEFIN J., *Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, Ed. Johannet, 2015.

l'échelle du droit national ont pour autant des difficultés à s'appliquer à l'échelle de certains territoires qui nécessiteraient, du fait de leurs particularités, une adaptation du régime juridique général de l'eau. Ces territoires sont ceux dont l'organisation socio-économique est concentrée sur la maîtrise et l'exploitation en commun de la ressource en eau. Parmi ces territoires, la Dombes, dans le département de l'Ain a forgé son histoire sur la création et l'exploitation piscicole de quelque mille étangs. Ce territoire atypique dans sa relation à la ressource en eau fait l'objet de la présente recherche. Sa réputation s'est fondée sur la présence de ses nombreux étangs, et surtout sur leur mode particulier d'exploitation (I). Le statut juridique et le mode d'exploitation de ces ouvrages et de l'eau qui les alimente ne laissent pas d'interroger le droit contemporain quant à sa relation avec sa dimension traditionnelle (II). L'originalité de l'exploitation de l'eau des étangs sur ce territoire réside dans le caractère coutumier que revêt l'ensemble des règles gouvernant les usages de cette ressource ; usages qu'il convient d'aborder comme objet de droit et comme source de droit (III). La confrontation entre les normes coutumières encore mises en œuvre et le droit contemporain font émerger une série d'interrogations qui irrigueront la présente recherche dont l'enjeu est d'analyser les conditions et les enjeux de la coexistence entre ces deux ordres normatifs (IV). Contexte normatif de la gestion des étangs qui est d'ailleurs conditionné par la multifonctionnalité des étangs. Le droit contemporain n'a pas pu absorber la coutume, ce qui donne une coexistence normative source de l'originalité juridique, et qui justifie la recherche

I. L'ancrage des étangs dans un territoire riche d'une histoire juridique et technique complexe

L'exploitation d'étangs n'était pas une particularité dombiste à l'époque où les premiers ouvrages ont été constitués, d'autres régions en ayant également créé et exploité aux fins de production piscicole⁶. Cependant, la géographie particulière de ce territoire a incité ses occupants à développer des pratiques inédites afin de s'adapter aux caractéristiques pédologiques et hydrauliques locales (A). Ces particularités ont fait naître un cadre juridique inédit destiné à régir rapports entre les propriétaires d'étangs, et entre les propriétaires et leurs ayants-droit. Ces règles locales ont ainsi perduré pendant plusieurs siècles avant que l'uniformisation du droit depuis la révolution ne vienne perturber cet ordre juridique établi (B).

⁶ A ce titre, nous pouvons mentionner la Brenne, la Sologne, le Forez ainsi que la Brière ou encore la Moselle.

A. Contexte de la recherche : la Dombes des étangs

Située au nord de Lyon, bordée à l'ouest par la Saône et à l'est par la rivière d'Ain, la Dombes est une région au sens géographique et social du terme mais ne dispose pas de frontières administratives propres. Elle constitue ainsi l'une des quatre régions du département de l'Ain avec la Bresse, le Pays de Gex et le Bugey⁷. La Dombes est une vaste zone humide du fait de la constellation de son territoire par plus de 1100 étangs, desquels elle tire son surnom de « Région aux mille étangs » (1), dont la présence est aussi significative que leur mode d'exploitation (2).

1. L'omniprésence de l'eau

Pendant de nombreux siècles elle a été une région rurale dont une des spécificités a été de laisser une part importante à la pisciculture d'étang consistant en une exploitation extensive, exploitant de façon optimale les caractéristiques pédologiques et géologiques de cette région afin de rationaliser l'usage de la précieuse ressource en eau. Les étangs, dont la création a débuté dès le XIII^{ème} siècle sont l'objet de cette exploitation piscicole⁸. L'une des traces historiques irréfutables de la présence d'un étang sur le territoire de la Dombes est un acte notarié par lequel Marguerite de Beaujeu donna, en 1230, un étang à la Chartreuse de Poiteins⁹. Toutefois, la présence antérieure d'étangs en Dombes n'est pas totalement à écarter¹⁰. La documentation historique démontre que depuis lors, le nombre d'étangs en Dombes n'a cessé de s'étendre, sous l'impulsion de la noblesse locale ainsi que du clergé. En effet, les moines sont présumés avoir organisé le creusement des étangs, comme peuvent en attester les techniques hydrauliques employées. En effet, les communautés religieuses, dont l'existence en Dombes est historiquement établie, disposaient seules d'une compétence technique permettant d'aménager ce territoire à la topographie et à la pédologie si particulière. Quelle que soit la réponse apportée à cette question, une affirmation est indéniable, les moines bâtisseurs sont les seuls, à cette époque, à détenir la maîtrise technique suffisante pour créer

⁷ Il est à noter que la Dombes et la Bresse, ont longtemps été considérés comme un seul et même territoire aux frontières évolutives.

⁸ BENOIT C., *Les étangs de la Dombes au Moyen-Age, XIIIe - XVe siècles*, Ed. du CTHS, 1992.

⁹ GUIGUE M-C., *Essai sur les causes de la dépopulation de la Dombes et l'origine de ses étangs*, 2^{ème} éd., Impr. J. Jeannin, 1907.

¹⁰ M-C. Guigue mentionne une donation faite en 946 au bénéfice de l'abbaye de Cluny comportant une pièce d'eau, parfois transcrite « *cum stagnis* », mais le plus souvent écrite « *cum fractis fossis* », soit « chaussée brisée » (cf. préc., p. 64).

de tels ouvrages. De nombreux auteurs anciens s'affrontèrent sur la question de savoir si la Dombes était couverte de marais ou non avant la création des étangs que nous connaissons aujourd'hui. Il ressort des caractéristiques pédologiques de cette région que la composition du sol, principalement argileux, ne permettant pas l'infiltration des eaux pluviales, la stagnation des eaux est rendue possible naturellement. Les caractéristiques pédologiques de ce territoire en font une zone humide particulièrement inhospitalière du fait de la présence de nombreuses zones marécageuses naturelles¹¹. Le caractère marécageux et donc humide de la Dombes a également constitué un argument pour les défenseurs du régime spécifique des étangs de cette région au milieu du XIX^{ème} siècle face aux partisans de leur assèchement¹². De ce point naturaliste, les étangs sont le fruit de phénomènes naturels, issus notamment de la fonte de glaciers¹³, et constituent le socle d'un équilibre biologique à part entière. Ce constat trouve son origine dans les écrits historiques et dans l'étymologie de certaines localités qui font état de la présence de poches d'eaux naturelles, plus ou moins profondes et stagnantes. Ces réservoirs naturels et marécageux sont désignés sous le nom de *Lescheria*, devenu *Léchères*¹⁴. Littéralement, cette appellation désigne des marais et a notamment donné son nom à la commune des Echets (Ain), au nord de Lyon et à la limite sud de la Dombes, autrefois occupée par un large marais. Ce constat permet d'établir que les eaux stagnantes sont omniprésentes sur ce territoire, et ce, indépendamment des activités humaines qui ne peuvent que s'adapter à la présence de ces « marais véritables »¹⁵, ou les détruire par assèchement. C'est donc autour d'elles que le territoire est organisé, structuré et aménagé. Cette prédisposition topographique a amené tant la noblesse que le clergé à rechercher les possibilités de faire fructifier ces eaux stagnantes en les aménageant en étangs piscicoles, par l'élévation de chaussées, et l'organisation de leur remplissage et de leur vidange. Du fait « d'un rendement facile et d'un aménagement peu coûteux »¹⁶ de ces « léchères », la construction d'ouvrages s'est développée, guidée par un double objectif : produire du poisson et assainir les terres. Sous l'égide des ecclésiastiques et des notables lyonnais, l'exploitation piscicole des étangs de la Dombes a d'abord pour objet l'approvisionnement en poissons,

¹¹ AVOCAT Ch., La Dombes : milieu naturel ou milieu en équilibre ? Introduction à une éco-géographie de l'espace dombiste, *Revue de Géographie de Lyon (Géocarrefour)*, 1975, Vol. 50, n° 1, p. 35.

¹² NOLHAC J.-B.-M., *Démonstration de la nécessité de maintenir le régime des étangs sur le plateau de la Dombes*, Impr. Louis Perrin (Lyon), 1839, p. 2.

¹³ MAGNIN A., *Recherches géologiques, botaniques et statistiques sur l'impaludisme dans la Dombes et le miasme paludéen*, 1876, pp. 16 à 19.

¹⁴ GUIGE M.-C., préc., p.60.

¹⁵ Magnin distingue les « marais véritables », dont la présence est le fruit d'une évolution naturelle de la géologie locale des étangs creusés de main d'homme (cf. MAGNIN A, préc., p. 27).

¹⁶ *Ibid.*

consommés en grandes quantités pendant les périodes de jeûne. La conjonction des démarches conduisant à collecter les eaux de ruissellement et à les retenir dans des plans d'eau à vocation piscicole a ainsi permis de mettre en valeur un territoire « difficile »¹⁷ et de fonder une économie locale spécifique.

2. La lente apparition du « régime des étangs »

Peu à peu, de nombreux étangs sont creusés et l'on compte au milieu du XVIII^{ème} siècle près de 20 000 hectares ont ainsi été aménagés. D'un point de vue technique, l'exploitation de la Dombes à travers des étangs relève de la prouesse, tant leurs créateurs ont été contraints par les caractéristiques géographiques de leur milieu, parfois très peu pentu, ce qui explique que le remplissage en eau des étangs a été conçu dans l'objectif d'une économie optimale. Cette démarche implique la nécessité de partager la ressource en eau en prévoyant que les ouvrages se vident les uns dans les autres. De ce fait, les étangs sont, à l'origine, tous interdépendants au sein d'une « chaîne d'étangs » dans laquelle ils sont disposés « en chapelet ». De cette façon, l'eau circule dans les ouvrages au gré de leurs vidanges organisées notamment à l'occasion de leur pêche, qui consiste à vider les étangs et à y récupérer les poissons demeurés pris au piège. Outre leur disposition géographique particulière permettant une adaptation efficace à ce territoire, le mode d'exploitation des étangs de la Dombes est tout à fait original qui s'inscrit dans une double temporalité : l'exploitation en eau (pisciculture), et l'exploitation à sec (mise en culture) ; ces pratiques ayant relativement peu évolué au cours des siècles. En dépit de progrès technique et technologique, les principes d'exploitation piscicole et agricole des étangs sont demeurés les mêmes, conditionnées par le milieu qui lui-même a conditionné l'écriture des règles qui régissent ces principes. Le premier témoignage écrit de l'existence de règles particulières liées à leur exploitation : « *Ce n'est qu'au commencement du XIII^{ème} siècle que le régime des étangs s'introduisit en Dombes ; c'est aussi à cette époque que commencent à se formuler, sous l'empire de la jurisprudence peu avancée de ce temps-là, et d'après des décisions arbitrales, les principes de droit, qui, plus tard, régleront toutes les questions qui s'élèveront à ce sujet* »¹⁸. Il en ressort donc qu'une place toute particulière est donnée au droit afin de pérenniser le développement du mode cultural dual qui lui est propre. L'apparition de ce droit suit celle du « régime des étangs ». Cette expression fait référence à

¹⁷ MANCERON V., préc., p. 21.

¹⁸ GUIGUE M.-C., préc., p. 62.

l'assolement singulier des étangs. En effet, les étangs de la Dombes sont exploités de façon originale, alternant des périodes en eau (« *évolage* »¹⁹) permettant la pisciculture, et des périodes en « *assec* » permettant la culture céréalière. Ce mode alternatif de culture extensive permet la régénération de ce sol réputé trop pauvre pour une exploitation exclusivement céréalière ou uniquement piscicole. En plus de permettre la culture du poisson, l'*évolage* permet d'apporter à la terre les nutriments nécessaires à son exploitation en *assec*, conditionnant ainsi l'exploitation céréalière du sol pauvre de cette région. L'originalité technique de l'exploitation des étangs de la Dombes et son histoire ont fait l'objet de nombreuses recherches²⁰. Toutefois, l'étude de ses particularités juridiques n'est pas en reste. De nombreux acteurs, du juriste local au géomètre-expert connaisseur des étangs en passant par les premiers représentants de l'Etat dans cette région, tous se sont penchés sur le droit qui y est applicable. Le dernier en date à avoir tenté de s'attaquer aux particularités juridiques de la gestion des étangs de la Dombes, sous le terme de « Coutumes et usages des étangs » a été André Truchelut, géomètre expert de la région, reprenant d'abord à son compte les écrits inachevés de Charles Rivoire²¹ en 1881 puis livrant un imposant volume compilant tous les usages ruraux de Bresse et de Dombes en 1904²². Cet ouvrage a un impact pratique et social tel que ses utilisateurs le désignent familièrement comme : « le Truchelut ». La difficulté inhérente à la coutume ou aux usages locaux, est de parvenir à les identifier et d'évaluer leurs évolutions et leur application réelle sur un territoire donné. Plus encore aujourd'hui, il s'agit de mettre en rapport cette coutume ou ces usages avec le droit commun applicable à l'échelle du territoire national voire européen. Ces systèmes juridiques particuliers rendent compte d'une réalité territoriale unique que le développement des systèmes juridiques globaux n'a pas su, ou pas pu appréhender.

¹⁹ Dont l'étymologie est la suivante « *Ancien adjectif eveux ou evol signifiant aqueux et venant de eve* », Littré, éd. du Cap, tome 2, 1957, p. 2301.

²⁰ Pour une des études les plus complètes et les plus récentes sur l'anthropologie technique de la Dombes, où l'auteur présente notamment la complexité des réseaux hydrographiques autour des étangs, les ouvrages qui les composent et leurs fonctions, voir BERARD L., *Terre et eau en Dombes, Technologie et droit coutumier*, Ed. Maison des sciences de l'homme, 1984.

²¹ RIVOIRE C. et TRUCHELUT A., *Coutumes et usages des étangs de la Dombes et de la Bresse, Commentaires et bibliographie*, Ed. de Trévoux, 1982 (édition originale : Comité des géomètres des arrondissements de Bourg et de Trévoux, 1881).

²² TRUCHELUT A., *Études sur les usages ruraux et la culture locale en Bresse et en Dombes*, 2^{ème} éd., Imprimerie du Courrier de l'Ain, 1904.

B. Une histoire juridique mouvementée

Le destin juridique des étangs de la Dombes est essentiellement lié aux enjeux sanitaires et à la (mauvaise) perception que l'on peut en avoir, la forte mortalité observée en Dombes étant principalement imputée aux « miasmes » charriés par leurs « eaux putrides ». Les questions liées à la salubrité des étangs et son effet sur la démographie et la sociologie locale ont fait l'objet de nombreuses études, notamment de la part de la doctrine historique²³. En effet, les étangs de la Dombes ont toujours attiré l'attention des chercheurs en sciences humaines, géographes, historiens et anthropologues, laissant les juristes souvent perplexes face à la curiosité juridique que le régime coutumier de la Dombes²⁴ (1). Toutefois, les mutations environnementales et sociales induites par l'assèchement puis la remise en eau des étangs de la Dombes méritent d'être abordées du point de vue de l'évolution du droit, qu'il soit national ou local (2).

1. Brève étude de l'origine du régime des étangs en Dombes

Les historiens, à l'image de Guigue, ont été capables d'identifier que, dès le XIII^{ème}, un régime particulier de gestion des étangs qui s'est développé et reposant sur l'exploitation alternative de l'*assec* et de l'*évolage*. Guigue mentionne également les « *principes de droit* » issus de la jurisprudence balbutiante d'alors et qui perdureront encore pendant plusieurs siècles²⁵. Ces principes de droit, d'abord oraux, font par la suite l'objet de premières écritures et de nombreuses études. La première mise par écrits de ces usages est la Coutume de Villars, datant de 1524. Cette codification des pratiques dombistes est importante d'un point de vue du droit applicable, et nous éclaire sur le statut et le régime juridique des étangs. Il est notamment affirmé que les étangs sont reconnus comme étant « d'utilité publique²⁶ », ce qui donne le droit à un propriétaire d'élever une chaussée sur son terrain et d'en permettre l'inondation²⁷, y compris lorsque les eaux issues de cette inondation recouvrent la propriété

²³ Voir, pour une étude historique récente, BRUNET G., Environnement, structures sociales et régime démographique : La Dombes du XVIII^e au début du XX^e siècle, *Espace populations sociétés*, 2014/1 et BRUNET G., *Population et environnement. Vie et mort dans la Dombes des étangs aux XVIII^e et XIX^e siècles*, Ed. Peter Lang, 2011.

²⁴ GAZZANIGA J.-L. et a., *Le droit de l'eau*, 3^{ème} éd., Litec, 2011, p. 11.

²⁵ GUIGUE M.-C., préc., p. 63.

²⁶ Expression récurrente dans les études de la coutume locale et qui caractérise l'utilité de tous, le bénéfice commun présenté par l'exploitation piscicole de la Dombes.

²⁷ La chaussée désignant la digue servant à retenir l'eau au sein de l'étang.

d'autrui. Toutefois, l'inondation de terres avoisinantes ne devait être effectuée que « *sur les fonds qu'on appelle proprement des terres labourables* »²⁸. Ce droit d'inondation est à l'origine de la distinction de propriété – ou en tout cas de droit d'usages – entre le titulaire de l'*assec* et celui de l'*évolage*. Ce régime traditionnel aboutit à la superposition de deux droits de propriété avec une jouissance différée dans le temps. Un débat a porté sur la nature de ce droit, et la question de savoir s'il s'agit d'un simple droit d'usage ou d'un véritable droit de propriété. Cette possibilité d'élever une chaussée était offerte aux propriétaires fonciers, après autorisation seigneuriale et sous réserve de laisser le droit d'user de l'*assec* au propriétaire lésé²⁹. Autrement dit, le propriétaire voisin est privé de l'usage de son bien lorsque l'étang est en *évolage*, mais retrouve la capacité d'exploiter sa propriété lorsque l'étang est mis en *assec*. De ce droit d'inondation des fonds voisins découle le second apport de la Coutume de Villars, à savoir la différenciation de la propriété du sol et de la propriété de l'eau³⁰. À cette époque, et jusqu'à ce que la propriété d'un étang soit unifiée, les étangs sont dits *indivis* ou *asservis*³¹, ce qui conduit à une situation inédite dans l'histoire du droit français : un même terrain appartient, de façon alternative à deux personnes propriétaires différentes. La compréhension de ce droit local est également facilitée par la multitude d'actes notariés ou d'actes sous seing privé instaurant des obligations réciproques entre propriétaires d'étangs ou entre propriétaires et exploitants d'étangs. Les mêmes obligations revêtent alors une forme différente et donc des statuts juridiques différents. Le mouvement d'écriture lancé par les auteurs de la « Coutume de Villars » s'est prolongé au cours des siècles et bon nombre de spécialistes de la région et des étangs ont rédigé des études sur leur régime juridique et ces usages³². En effet, la coutume, par essence évolutive, doit être rappelée et mise à jour régulièrement. Cette démarche n'est pas sans difficulté, du fait même de la nature de ce droit, principalement oral, dont les droits et obligations doivent faire l'objet d'interprétation. C'est principalement à cet exercice que se livrent les auteurs du XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècle, en dressant des observations et en proposant des explications au régime particulier des étangs. Ces explications portent tant sur le plan juridique que sur le plan technique, à l'image de l'ouvrage de Collet daté de 1698³³. Collet démontre d'ailleurs dans l'introduction de son ouvrage la difficulté de la tâche

²⁸ COLLET Ph., *Explication des statuts et coutumes et usages observés dans la Province de Bresse*, 1698, p. 86.

²⁹ BERARD L., préc.,

³⁰ CHARVERIAT Ph., *De la condition juridique des étangs de la Bresse*, impr. Jevain, 1896.

³¹ RIVOIRE C. et TRUCHELUT A., préc., p. 29.

³² Voir RIVOIRE et TRUCHELUT, 1881, préc., p.144. Truchelut recensa, dans sa « bibliographie des étangs, pas moins de 238 références d'ouvrages liés à l'étude de la Dombes et de l'exploitation des étangs, publié de 1570 à 1881.

³³ COLLET Ph., préc.

qui a été la sienne de rendre « vivantes » les coutumes de cette région : « *Je ne sais pas si la Province pour laquelle j'ai fait cet ouvrage ne le désavouera pas et si les lois que je fais revivre ne seront pas odieuses en un siècle et en un pays où il est aussi naturel qu'ailleurs de trouver mieux son compte dans la confusion et dans l'exercice d'une autorité aussi impétueuse qu'intéressée* »³⁴. En effet, le flou entourant la multitude de règles coutumières ou particulières³⁵, avait pour conséquence de favoriser les grands propriétaires ou les seigneurs locaux qui, faisant usage de leurs pouvoirs d'administration et de justice, parvenaient à tirer profit du manque de connaissance des exploitants d'étangs. Face à cette situation, les auteurs se heurtèrent donc à au moins deux difficultés. La première était de parvenir à compiler et de trouver des traces des usages qu'ils entendaient retranscrire et analyser, et la seconde résidait dans la pression politique d'une certaine catégorie de la population locale qui ne voyait pas d'un bon œil la diffusion et l'apprentissage de ce droit coutumier. Collet est sans doute le premier auteur à affirmer la différence fondamentale entre les lois et règlements royaux et les usages qu'il entend décrire dans son ouvrage : « *on voit changer des lois comme on voit changer les intérêts de ceux qui gouvernent* »³⁶ ; lois qu'il oppose aux « statuts et coutumes de la Bresse » qui sont, selon lui, hérités des principes des lois romaines, moins sensibles au changement d'intérêts des gouvernants. Cette étude de la fin du XVIIIème siècle s'attacha, en ce qui concerne les étangs de la Dombes, à recenser et expliciter les différents usages concurrents qui existent sur les étangs. Collet est sans doute le premier auteur, dont les écrits nous sont parvenus³⁷, à analyser cette concurrence des droits d'usage et notamment entre le « maître de l'assec » et le « maître de l'évolage »³⁸.

Par la suite, les ouvrages de Revel, et particulièrement celui publié en 1729³⁹, participent d'un mouvement de clarification de ces usages en les présentant de façon synthétique sans pour autant en faire perdre la substance juridique. Les servitudes existantes encore aujourd'hui entre les étangs sont explicitement répertoriées, notamment les obligations pesant sur les propriétaires en matière de circulation et de partage de l'eau. Revel pose même les bases de la responsabilité des propriétaires d'étangs en ce domaine en énonçant que la circulation de l'eau doit s'effectuer de l'étang supérieur à l'étang inférieur puisque, dans le

³⁴ COLLET Ph., préc., p. 2. Passage adapté par l'auteur du français ancien utilisé au XVIIIème siècle.

³⁵ Issues de titres ou d'autorisations individuelles notamment et qui, à force de répétition et de généralisation, intègrent le droit coutumier.

³⁶ COLLET Ph, préc.

³⁷ Au début de son ouvrage, Collet mentionne un certain nombre d'écrits jamais publiés mais dont il a pu s'inspirer.

³⁸ Préc., p. 96.

³⁹ REVEL. Ch., *L'usage des pays de Bresse*, 1729, p. 220 et suiv.

cas contraire, « *c'est un dol civilement parlant, parce que vous fraudez l'inférieur du bénéfice de son eau* »⁴⁰.

Ces nombreuses études, avant même la codification du droit sous l'impulsion de Napoléon I^{er} répondent à l'objectif d'une meilleure intelligibilité de la norme, indispensable au regard du risque de dilution de la norme coutumière en Dombes face à la multiplication des lois et décrets royaux. De plus, ces recueils, adressés au roi ou ses conseillers, répondent également à un besoin de la puissance publique de mieux connaître les usages locaux afin de mieux pouvoir les prendre en considération et de mieux comprendre certaines situations socio-économiques locales.

Cette compréhension des enjeux locaux propres aux usages qui s'y appliquent sera cependant rapidement dépassée par les enjeux démographiques et agraires soulevés par les régions d'étangs. À partir du XVIII^{ème} siècle, un certain nombre de savants, mais également des aristocrates provinciaux prirent la plume afin de dénoncer l'appauvrissement des régions d'étangs, et plus particulièrement la Dombes, jugée insalubre⁴¹. On attribue alors à l'insalubrité supposée des étangs la désertification de la région⁴². Les travaux intellectuels menés dès lors sur la Dombes et les autres régions d'étangs en France n'ont plus vocation à éclairer les usages et le droit coutumier qui y sont applicables mais plutôt à proposer et justifier l'intervention du législateur national. A partir de la fin du XVIII^{ème} siècle, un tournant est pris dans le traitement juridique de l'exploitation des étangs en Dombes. D'un droit local, l'on glisse vers un droit national et un premier pas est donc fait vers l'uniformisation du droit à l'échelle du territoire français.

A la veille de la Révolution Française, un important débat académique et politique s'installa, et de nombreux représentants de ces provinces marécageuses se rendirent à la Cour de Louis XVI afin de plaider la cause de l'assainissement des « marais ». Ce contexte de lobbying est mis en scène par Patrice Leconte dans son film « *Ridicule* » (1996), dans lequel son héros, jeune aristocrate dombiste va se confronter à la vie de cour et son lot de cruautés afin de pouvoir présenter son projet d'assainissement des étangs de Dombes. Le but poursuivi est présenté comme des plus nobles qui soient puisqu'il s'agit d'améliorer les conditions de vie des paysans qui sont touchés, un à un par « la fièvre des marais », au risque cependant de

⁴⁰ Préc., p. 222.

⁴¹ La mauvaise réputation des régions marécageuses a perduré longtemps après cette époque. En 1979, Jean-Louis Gazzaniga n'hésite pas à écrire à propos des marais que « *leur suppression est le seul intérêt qu'ils aient jamais suscité* » (GAZZANIGA J.-L. et OURLIAC J.-P., *Le droit de l'eau*, Litec, 1979, p. 55).

⁴² PICQUET M., *Observations sur les étangs en Bresse et en Dombes*, 1806, Ouvrage numérisé disponible en libre accès.

détruire un écosystème complexe constitué au fil des siècles d'exploitation et d'entretien des étangs⁴³.

La politique d'assèchement est envisagée et définitivement engagée dans les premières années de l'époque révolutionnaire afin de réguler une problématique touchant à la fois à la salubrité publique et à la politique : il s'agit de permettre le repeuplement de ces régions, d'y relancer l'activité agricole. En outre, il s'agit surtout de mener une politique anticléricale et antiaristocratique en diminuant la production et donc la consommation de poisson au cours des traditionnels jours de jeûne et de Carême, et en atténuant le pouvoir foncier des grands propriétaires. Un premier décret est ainsi adopté en 1790, donnant le pouvoir aux assemblées des départements de « *faire dessécher les marais, les lacs et les terres de leur territoire, habituellement inondés dont la conservation, dans l'état actuel, ne serait pas jugée plus utile au bien général, et d'une utilité préférable au dessèchement* »⁴⁴. Cependant, l'article 1^{er} de ce décret, laissait « aux particuliers et aux communautés » l'initiative de cet assèchement. De ce fait, les effets escomptés ne furent pas concrétisés, et une série de 3 rapports est rendue en 1792 et 1793, en vue de la préparation d'un nouvel acte législatif⁴⁵. Les rapports sont unanimes : les étangs, ces « cloaques mortifères », sont la cause de la paupérisation de la région, de son dépeuplement et la source d'innombrables maux. Surtout, le décret de 1790 tant espéré n'a pas eu les effets escomptés et n'a permis l'assèchement d'aucun étang. La méthode d'assèchement doit donc radicalement évoluer et le choix est fait de donner au représentant de l'État la compétence pour ordonner l'assainissement des régions d'étangs. Le but de ce nouvel acte est de parvenir à l'assèchement effectif des marais insalubres sur l'ensemble du territoire français, chacun, excepté les exploitants eux-mêmes, étant d'accord pour assainir les terres d'étangs. La loi des 11 et 19 septembre 1792 relatif à la destruction des étangs marécageux⁴⁶ et le décret du 4 décembre 1793 (14 frimaire an II) sont adoptés successivement par l'Assemblée. Les débats parlementaires ont été l'occasion d'une intervention de Danton qui lança : « *nous sommes tous de la conjuration contre les carpes* »⁴⁷. Cette obligation d'assécher les étangs est assortie de la peine de « *confiscation, au profit des*

⁴³ Le Pr. Untermaier critiqua d'ailleurs le point de vue exprimé par le cinéaste. Si un effort de documentation historique certain a été déployé dans la production de ce film, aucun recul ne semble avoir été pris quant aux *a priori* qui ont conduit à l'assèchement de nombreux étangs. UNTERMAIER J., « Du cinéma dans les étangs » (en France détruire la nature n'est pas ridicule), *RJE* 1996, n°4, p. 515-516.

⁴⁴ Décrets des 26 décembre 1790 et 5 janvier 1791, relatif au dessèchement des marais.

⁴⁵ DEREX J.-M., Le décret du frimaire an II sur l'assèchement des étangs : folles espérances et piètres résultats, *Annales historiques de la Révolution française* 2001, n° 325.

⁴⁶ Décret n° 2526 du 11 septembre 1792.

⁴⁷ DANTON G.-J., Convention nationale, séance du 11 frimaire an II.

citoyens non propriétaires, des communes où sont situés lesdits étangs »⁴⁸ dans l'hypothèse où un propriétaire d'étang s'opposerait à une décision d'assèchement visant sa propriété. Ce décret imposa un délai de deux mois pour procéder à l'assainissement des régions d'étangs. Si les débats parlementaires et le texte du décret prescrit expressément la nécessité d'assécher les « étangs marécageux », les moyens juridiques de mise en œuvre de cette politique d'assèchement est à rechercher dans l'article 1^{er} de la loi des 11 et 19 septembre 1792 précité qui prévoit la possibilité pour les conseils généraux des communes de demander aux conseils généraux de département d'ordonner cet assèchement. Cette décision doit se fonder sur un procès-verbal « des gens de l'art » attestant le risque de maladie infectieuse ou d'inondation, et nécessite de requérir l'avis de l'administrateur du district. La procédure ainsi mise en place est remarquable sur au moins deux aspects : on voit apparaître à cette époque les prémices de ce qui deviendra la police administrative, et l'initiative de cette procédure est décentralisée et laissée aux mains des collectivités locales. C'est sans doute ce dernier aspect, révolutionnaire s'il en est, qui a causé son absence d'efficacité, les autorités locales n'ayant pas eu la volonté d'identifier les étangs à assécher. Seules quelques localités dombistes ont été visées par des demandes d'assèchement de quelques sept étangs⁴⁹. Ce constat démontre le caractère conflictuel de la question des étangs en Dombes. La « querelle des étangs »⁵⁰ opposa certains propriétaires qui souhaitaient recourir à l'assèchement afin d'éliminer les « miasmes » dont la présence leur était imputée, d'autres reconnaissaient dans ces ouvrages hydrauliques, le seul moyen de mettre en valeur le sol ingrat de la région. Mais surtout, ils représentaient la principale source de richesse, foncière et agraire.

De ce fait, malgré la volonté affichée au lendemain de la Révolution d'assécher les étangs afin de diminuer les pouvoirs des grands propriétaires, de rendre salubres certaines régions et de mettre en culture les terres inondées, le nombre d'étangs en Dombes ne diminua guère et le nombre de rapports agronomiques et économiques les dénonçant augmenta. Une transition juridique et sociale s'amorça à partir de la période révolutionnaire. Le droit de propriété est érigé en un droit naturel et imprescriptible de l'Homme⁵¹, et les bénéficiaires de la division des propriétés aristocratiques et cléricales devinrent rapidement jalousement attachés à ce droit et, par extension, à leurs propriétés. On observe donc une mutation sociologique dans la

⁴⁸ Décret du 14 frimaire an II, art. 1^{er}.

⁴⁹ ABAD R., *La conjuration contre les carpes, Enquête sur les origines du décret de dessèchement des étangs du 14 frimaire an II*, Fayard, 2006.

⁵⁰ Querelle qui dura de la période révolutionnaire à 1914 environ, LEVRAT R., *La pisciculture en Dombes*, *Bull. fr. pisci.* 1964, n° 215, pp. 41-61.

⁵¹ Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 1789, art. 2. La propriété est également, selon la DDHC, un droit « inviolable et sacré » (art. 17).

propriété rurale et *a fortiori* dans la propriété dombiste. Ce décret a donc notamment été contesté sous l'angle de la préservation de la propriété privée, l'assèchement ordonné par l'État ayant été perçu comme une atteinte considérable. Il ne fut pas suivi d'effets notables malgré les importants moyens déployés par la Convention, avec notamment l'envoi de commissaires nationaux chargés de rendre compte de l'avancée des assèchements d'étangs et de marais. Ceux-ci rapportèrent que « *les protestations résultant de l'application du décret du 14 frimaire [an II] furent très nombreuses* »⁵². La mise sur le marché de biens immobiliers ayant appartenu aux ordres religieux ou à la noblesse à la suite de l'abolition des privilèges, fût considérée par la bourgeoisie et les grands propriétaires comme une occasion d'accroître et de faire fructifier leur patrimoine. La volonté de la Convention d'assécher ces terres nouvellement acquises vint mettre à mal ces investissements. Cette opposition locale est l'une des causes de l'absence d'efficacité pratique de ce décret de 1793. Il n'en reste pas moins que, les décrets de 1790 et de 1793 constituent un fondement juridique important pour l'encadrement de la création, l'assèchement ou la vente d'un étang. Bien que de nombreux actes réglementaires et législatifs prennent la suite de la loi de 1792 et du décret de 1793⁵³, ceux-ci ne furent pas abrogés.

2. Des conséquences juridiques aux questionnements quant à l'utilité du maintien des étangs en France

Par la suite, le droit propre aux étangs vient se heurter à la rationalisation, la généralisation et la codification du droit national inspiré des principes révolutionnaires. La promulgation du code civil en 1804⁵⁴ pérennisa un certain nombre de principes qui s'incorporèrent peu à peu dans le droit coutumier local, le faisant irrémédiablement évoluer. De féodale, la coutume dombiste se transforma en un droit propriétaire tout en conservant ses particularités qui résident notamment dans le partage et la circulation de l'eau.

Malgré les oppositions au décret de 1793, les velléités d'assèchement et d'assainissement de la région de la Dombes ne se sont pas éteintes. Les rapports et études scientifiques continuent d'accuser les étangs d'être la cause de la propagation de maladies telles que le paludisme. Si, pour certains agronomes, les étangs ne sont pas la seule cause de l'insalubrité

⁵² DEREIX J.-M., préc.

⁵³ Dès le 1^{er} juillet 1795 (13 messidor an III), un nouveau décret est pris, rappelant la nécessité publique d'assainir les régions de marais mais supprimant la référence au délai de deux mois imposé pour atteindre l'assèchement des étangs.

⁵⁴ Loi du 6 février 1804 n°1804-01-27.

de la Dombes, « *l'insalubrité de la Dombes a été fort accrue par une cause artificielle qui se retrouve dans d'autres parties de la France, mais qui n'a pris part un aussi grand développement : c'est l'établissement de nombreux étangs* »⁵⁵. Ce territoire a des caractéristiques pédologiques entraînant la stagnation des eaux, et par définition, dans l'esprit des hygiénistes, la Dombes est insalubre par nature. Cette insalubrité a été, leurs accusateurs, accrue par le travail de l'homme et la création de trop nombreux étangs. Certains grands propriétaires dombistes sont par ailleurs mis face à leurs contradictions. Bien qu'ils pourfendent les étangs et exigent leur assèchement pour des raisons de santé publique, les propriétaires d'étangs très productifs n'envisagent pas pour autant leur destruction. Un second mouvement d'assèchement, propre à la Dombes, contrairement au décret de 1793, est définitivement lancé au milieu du XIX^{ème} siècle. Comme précédemment, l'assainissement de la région n'est pas la seule motivation de cette politique publique. Si le fondement implicite de l'assèchement postrévolutionnaire était de réduire le pouvoir de l'Église et de l'aristocratie, dans la droite ligne de la Révolution, il n'en est pas de même quelques décennies plus tard. Le XIX^{ème} siècle est celui du progrès et du développement économique. Dès la poursuite du profit et du progrès fera de ce mouvement d'assèchement un succès. Le symbole de la réussite de ce siècle est sans doute la locomotive et c'est sans surprise que la vocation de l'assèchement des étangs de la Dombes est de permettre la construction d'une ligne de chemin de fer entre Bourg-en-Bresse et Lyon, sous l'égide de la « Compagnie de la Dombes ».

Une loi est adoptée le 21 juillet 1856⁵⁶ afin de permettre la licitation des étangs, c'est-à-dire la mise aux enchères et la vente des étangs, et notamment ceux dont l'*assec* et l'*évolage* appartiennent à des propriétaires différents. Pour ce faire, ses dispositions précisent l'application de la loi des 11 et 19 septembre 1792 dans le but de dessécher les étangs à placer en adjudication⁵⁷. Si la législation issue de la loi de 1792 et le décret de 1793 plaçait les autorités locales au centre de la politique d'assèchement des étangs et marais, celle de 1856 accorde au préfet le pouvoir de se substituer aux propriétaires récalcitrants ou négligents, ainsi que celui d'ordonner le dessèchement⁵⁸ par arrêté préalable à la licitation de l'étang⁵⁹. En définitive, cette loi dont l'objet est de faciliter la vente des étangs du département de l'Ain servira sur l'ensemble du territoire à revivifier la volonté postrévolutionnaire d'assainir les

⁵⁵ DE LAVERGNES L., Études agricoles sur la Dombes, *Revue des deux Mondes*, tome 25, 1860, pp. 499-512.

⁵⁶ Loi du 21 juillet 1856 relative à la licitation des étangs situés dans le département de l'Ain. Elle a été suivie d'un règlement d'administration adopté en 1857 mettant en œuvre la procédure inhérente à cette mise en vente et prévoyant également la possibilité d'une remise en eau des étangs asséchés à la suite d'une procédure similaire.

⁵⁷ Loi du 21 juillet 1856, art. 3.

⁵⁸ Dans la loi précitée, l'utilisation du terme « dessèchement » est préférée à celle du terme « assèchement ».

⁵⁹ Même loi, art. 4.

terres marécageuses. Ainsi, le Conseil d'État se fonda sur les dispositions de la nouvelle loi afin de permettre l'application de celles de 1792 et 1793, et d'accorder le pouvoir aux préfets des autres départements d'ordonner l'assèchement d'étangs et de marais⁶⁰. Cette possibilité est toutefois soumise au respect strict de la procédure établie en 1792 et notamment la décision des communes concernées de procéder à l'assèchement⁶¹. Alors qu'il était admis que la loi de septembre 1792 avait été abrogée par les lois postérieures, le Conseil d'État en déduisit son caractère positif de la référence par la loi de 1856 à la procédure qu'elle prescrivait⁶². Pour autant, cette référence à une procédure fortement décentralisée apparaît être en contradiction avec l'importance des pouvoirs accordés au représentant de l'Empire par cette loi du milieu du XIX^{ème} siècle. En effet, on observe avec cette loi une modernisation de l'approche de l'assèchement des étangs, notamment dans le département de l'Ain. D'abord guidée par l'hygiénisme et la rupture avec le régime féodal, cette démarche est alors motivée par le développement économique.

Le gouvernement signe une convention le 1^{er} avril 1863 relative à la concession du chemin de fer de Sathonay à Bourg et au dessèchement d'étangs de la Dombes⁶³ avec la « Compagnie de la Dombes »⁶⁴. Cette convention organise le financement de l'acquisition de propriétés foncières sur lesquelles seront construites les voies de chemin de fer reliant Lyon à Bourg-en-Bresse, ainsi que les modalités d'assèchement des étangs, en application de la loi de 1856. Cette dernière constitue donc un outil indispensable à la politique de développement de la région par l'assèchement des étangs, et un outil d'autant plus intéressant qu'il a pour objet de vendre les terrains qui supportent un étang en unifiant la propriété, et en effaçant ainsi les difficultés causées par la double propriété de l'*assec* et de l'*évolage*. Toutefois, cette démarche n'est possible qu'à la suite d'une véritable procédure administrative, proche de celle de l'expropriation contemporaine et particulièrement avancée pour le contexte juridique de l'époque. Un tel constat est particulièrement intéressant du point de vue de la pratique du droit et des politiques publiques d'aménagement. Le territoire de la Dombes constitue donc le support d'expérimentations en matière d'instruction administrative des projets

⁶⁰ CE, 15 avril 1857, n° 1480, *Préfet de la Loire*, publ. et comm. *Gazette des tribunaux*, 5 juin 1857.

⁶¹ En l'occurrence, le Préfet de la Loire ne pouvait ordonner, de façon générale, l'assèchement de tous les étangs de la plaine du Forez alors en assec. En tout état de cause, cette décision aurait dû faire application des dispositions de la loi des 11 et 19 septembre 1792 : à savoir, être à l'initiative des communes concernées après constat d'insalubrité par procès-verbal de « gens de l'art ».

⁶² Voir *Gazette des tribunaux*, 5 juin 1857, préc.

⁶³ Convention approuvée par décret impérial n° 12.540 en date du 25 juillet 1864, *Bull. des lois* 1864, n° 1233, p. 214.

⁶⁴ La création de cette société est approuvée par décret impérial, n° 17.220 du 17 septembre 1864, *Bull. des lois* 1864, n° 1071, p. 661.

d'aménagement et de développement du territoire. On trouve ainsi dans cette procédure, les prémices de la police administrative de l'environnement accompagnés d'un début d'une participation du public à travers les premières enquêtes qui font participer au processus décisionnel les populations intéressées.

La modification du paysage, de la sociologie des propriétaires et du régime des eaux induit par les assèchements successifs justifiaient alors de revenir une nouvelle fois sur le droit applicable à la gestion des étangs en Dombes. Ce droit a par ailleurs été modifié depuis les écrits de Revel et Collet⁶⁵ avec l'intégration de nombreux principes issus du Code civil de 1804. C'est le résultat de l'important travail de Truchelut publié en 1881 qui s'appuie sur les écrits que Rivoire n'a pu achever avant sa mort. Cet ouvrage est d'autant plus important que c'est celui-ci, encore aujourd'hui, que de nombreux dombistes, propriétaires ou exploitants d'étangs possèdent et utilisent encore. Cependant, cet ouvrage ne traduit pas une situation conforme aux pratiques d'aujourd'hui et ne fait, en définitive, que mettre sur papier l'état du droit à un instant « T », et donc de constater l'applicabilité d'un régime juridique à l'époque à laquelle il écrit, en 1881. Il s'agit d'une époque où le labour se faisait à l'aide de bœufs et où le bétail allait « brouiller » les plantes aquatiques dans un étang en *évolage*. De plus, la situation juridique elle-même évolue rapidement après la parution du premier ouvrage de Truchelut.

Bien que l'assèchement de nombreux étangs ait eu l'effet escompté en permettant au chemin de fer de relier Bourg-en-Bresse à Lyon, ceux qui furent mis en *assec* définitif dans le but de cultiver les céréales finirent par ne plus être rentable. En effet, l'apport de nutriments permis par la mise en eau ne pouvait plus avoir lieu du fait de la suppression de l'*évolage* sur les étangs asséchés. Par ailleurs, la salubrité et la santé publique se sont révélées de la même qualité dans les zones asséchées que dans les zones d'étangs toujours exploités. Ces grands travaux et la culture céréalière qui s'intensifient ont donc pour conséquence l'abandon de l'assolement alternatif *assec / évolage* et conduit inexorablement à l'appauvrissement des terres en Dombes.

Dès lors, un important travail politique et législatif a été entamé, notamment à l'initiative du député de l'Ain Bérard⁶⁶ qui aboutit à l'adoption d'une loi permettant la remise en eau des étangs de la Dombes⁶⁷. Ce revirement législatif en faveur de l'exploitation des

⁶⁵ préc.

⁶⁶ BERARD A., *Les étangs de la Dombes (La réforme législative)*, Imprimerie du Courrier de l'Ain, 1898.

⁶⁷ Loi du 25 novembre 1901 relative à la remise en eau des étangs dans le département de l'Ain.

étangs de la Dombes reflète les difficultés politiques que renferme ce territoire qui, seulement cinquante ans plus tôt était considéré comme insalubre. Ces difficultés se traduisent également dans la procédure d'élaboration de cette loi débutée en 1898 et achevée en fin d'année 1901 grâce à un cavalier législatif permettant son adoption au Sénat à travers un amendement à la loi de finances pour l'année 1902. Pour autant, la remise en eau de ces étangs ne s'effectue pas du jour au lendemain, la loi de 1901 prévoyant une procédure administrative particulièrement lourde préalablement à la délivrance, par le préfet de département, d'une autorisation de remise en eau⁶⁸. En outre, cette réforme législative n'a pas fait taire les oppositions les plus farouches à la remise en eau des étangs, toujours accusés d'être le vecteur de maladies et de la pauvreté, mais également d'être le symbole du « joug de la tyrannie » qu'aurait exercé une caste de « mauvais riches » sur le peuple « gobeur » et « insensé »⁶⁹.

Quoi qu'il en soit, cette volte-face législative a fait évoluer, tant le droit applicable à l'exploitation, la création ou la remise en eau des étangs, que la physionomie du territoire suite à la création d'étangs. Ainsi, cette remise en eau de nombreux étangs permise par la loi a suscité des interrogations quant à leur régime juridique⁷⁰. Les travaux d'analyse du droit applicable aux étangs de Dombes ont été parachevés par la « codification » des coutumes et usages locaux par la chambre d'agriculture de l'Ain⁷¹ et dont la dernière mise à jour date de 1987. Il est ainsi établi que la coutume conserve toute sa force juridique en Dombes. Cette source de droit subsiste donc, malgré le développement du droit commun, et plus particulièrement du droit rural et plus encore du droit de l'environnement. Cette reconnaissance découle notamment de la forte adhésion des acteurs locaux aux principes du droit coutumier et au fait qu'ils l'appliquent encore aujourd'hui. La résistance de la coutume sur ce territoire est d'autant plus frappante qu'elle en fait un territoire d'exception, non pas seulement à travers ses pratiques, mais également à travers son régime juridique, qui, en dépit de l'uniformisation du droit national, s'est maintenu au cours des siècles.

⁶⁸ Ainsi, est requis un avis du comité d'hygiène du département, la réalisation d'une enquête en application du décret du 28 octobre 1857 relatif à la licitation des étangs, de l'avis favorable du ou des conseils municipaux concernés ainsi qu'une délibération favorable du Conseil Général de l'Ain.

⁶⁹ MANIGAND A., *Les étangs de la Dombes. Histoire ancienne et nouvelle du temps des seigneurs et du temps présent*, Impr. Générale de Bourg, 1902.

⁷⁰ TRUCHELUT A., *Études sur les usages ruraux et la culture locale en Bresse et en Dombes*, 1^{ère} éd., Imprimerie du Courrier de l'Ain, 1902.

⁷¹ Chercher ancienne référence du Code rural et la première codification des usages dans l'Ain. Aujourd'hui, cette codification s'établit en application de l'article L. 511-3 du Code rural et de la pêche maritime qui dispose : « Les chambres départementales d'agriculture sont appelées par l'autorité administrative à grouper, coordonner, codifier les coutumes et usages locaux à caractère agricole qui servent ordinairement de base aux décisions judiciaires. Les usages codifiés sont soumis à l'approbation des départements ».

II. La perpétuation difficile d'un droit local en Dombes

La difficulté et l'intérêt juridique de l'étude du droit applicable en Dombes résident dans l'originalité des pratiques locales dans lesquelles le régime juridique puise ses caractéristiques. La continuité des techniques d'exploitation unique induit la persistance d'une originalité juridique territorialement identifiable (A). En outre, ce droit original repose sur une définition unique de l'objet juridique principal auquel il s'applique. L'étang est en effet appréhendé différemment par différentes législations en fonction de leurs objectifs respectifs (B).

A. Une originalité juridique persistante

La Dombes n'est pas la seule région d'étangs à avoir une histoire et une tradition originales. La Sologne, la Brenne⁷², la Moselle⁷³ ou encore les plaines du Forez sont autant de régions d'étangs qui, historiquement, ont exploité la ressource hydraulique à des fins piscicoles et ce, en suivant des usages et plus globalement des règles coutumières anciennes. Toutefois, ces usages au sens juridique du terme sont largement déclinants bien que les pratiques n'ont que peu évolué. À titre d'exemple, l'exploitation des étangs en Brenne a été régie, dès le Moyen-Âge, par différents « coutumiers »⁷⁴. Ainsi, la coutume de Touraine qui leur était alors applicable, permettait à tout propriétaire foncier de créer un étang sur sa propriété après avoir requis l'autorisation du seigneur local. Il était possible, comme en Dombes, d'inonder la propriété voisine sous réserve de compensations qui pouvaient prendre la forme de divers droits d'usages. Cette coutume a été en partie intégrée, plus tard, à la codification des usages locaux d'Indre-et-Loire par la chambre d'agriculture. Toutefois, leur mise en œuvre est rendue particulièrement difficile du fait de l'absence d'actualisation contemporaine⁷⁵ et laisse une place toujours plus importante à l'application du droit commun

⁷² BEDOUCHE G., *Les liens de l'eau*, Ed. de la Maison des sciences de l'homme, 2011.

⁷³ *Revue Géographique de l'Est*, numéro spécial « Étangs. Paysages et pays d'étangs », 2016, n° 1-2.

⁷⁴ BENARROUS R., *La Grande Brenne aux périodes préindustrielles (Indre). Contribution à l'histoire des paysages, des étangs et des relations sociétés/milieux dans une zone humide continentale. Approches historique, archéologique et paléo-environnementale*, thèse d'archéologie, Paris I, soutenue le 8 décembre 2009, p. 271 et suiv.

⁷⁵ BEDOUCHE G., préc., p. 450.

et aux arrangements particuliers entre propriétaires⁷⁶. Plus largement encore, certaines régions en Europe, et notamment en Allemagne, sont également reconnues pour l'exploitation piscicole de leurs étangs. C'est le cas de la Lusace, région alémanique dont les habitants mêlent des usages traditionnels à l'exploitation piscicole intensive. Les usages traditionnels dont il est question relèvent essentiellement du folklore local, inspiré principalement de traditions culturelles et religieuses (carnavals, Pâques)⁷⁷.

Cependant, dans l'ensemble de ces régions, si l'existence et l'effectivité juridique de droits d'eau et de conventions particulières reprenant d'anciens usages persistent, le droit commun, tant au niveau national que de l'Union Européenne, a supplanté le droit coutumier. En ce sens, la Dombes fait véritablement figure d'exception puisque dans l'ensemble des régions citées, le droit commun a imposé ses principes et ses régimes juridiques. Les règles coutumières ont ainsi été intégrées peu à peu à la réglementation commune par le truchement d'une Charte de Parc Naturel Régional ici, ou bien du règlement d'un Schéma d'aménagement et de gestion des eaux là.

En outre, l'originalité juridique de la Dombes découle de son originalité technique. Ce régime juridique particulier est toujours applicable puisqu'il a vocation à réglementer des pratiques uniques qui font de cette région la seule région d'étangs en Europe à pratiquer l'agro-pisciculture extensive⁷⁸. En effet, dans les autres régions piscicoles précitées, les étangs ne sont pas exploités de façon alternative mêlant agriculture en *assec* et pisciculture en *évolage* et ce dans le cadre d'un cycle régulier. Malgré la persistance en Dombes de cette forme de droit qu'est la coutume, se pose légitimement la question de son articulation avec le droit commun contemporain. Cette interrogation est d'autant plus importante lorsqu'il s'agit d'appréhender des pratiques ou des éléments factuels qui n'ont pas les mêmes définitions et donc pas le même régime juridique dans l'un et l'autre de ces ordres juridiques. Certains objets de droit sont donc appréhendés tant à l'échelle d'un droit coutumier local que du droit général. À ce titre, se pose la question du statut de l'étang en Dombes. La définition technique et juridique, généralement admise, permet-elle de rendre compte de la situation particulière de l'étang de la Dombes ?

⁷⁶ BEDOUCHA G., Discordances momentanées. Analyse comparative, *Techniques & Culture* 2003, n° 40.

⁷⁷ DANTO A, La Lusace, pays d'étangs : usages traditionnels de l'eau et nouvelles pratiques en territoires sorabes (Länder de Brandebourg et Saxe, Allemagne), *Revue Géographique de l'Est* 2016, n° 1-2 [En ligne].

⁷⁸ ARTHAUD F., *Fonctionnement des étangs en réponse aux stress et perturbations d'origine anthropique : diversité, structure et dynamique des communautés végétales*, thèse en écologie soutenue le 21 avril 2011, Univ. Lyon 1, p. 57.

B. L'indétermination du statut de l'étang dombiste

Le droit coutumier en Dombes se focalise principalement sur la question de la gestion de l'eau. Toutefois, le support de cette eau reste l'étang. Sa gestion en Dombes se fait au gré des périodes d'*assec* et d'*évolage*, de pisciculture et de culture céréalière, sans jamais remettre en cause son caractère d'étang. Ainsi, l'on continue de nommer « étang » une parcelle mise en *assec* voire asséchée, quelle que soit la durée de cet assèchement.

1. Une définition problématique de l'étang en droit

Cette configuration des étangs en Dombes interroge largement la définition juridique et technique de l'étang qui nécessite de constater la présence d'eau pour pouvoir l'identifier. Ainsi, le Traité sur les eaux de Picard porte sur cette question un éclairage intéressant qui met en évidence qu'il n'existe pas de distinction entre lac et étang. Selon l'auteur, dont l'ouvrage publié en 1890 constitue néanmoins une référence, « *un lac ou un étang est constitué par des eaux accumulées dans une dépression de terrain, où elles sont retenues soit par la disposition naturelle des eaux, soit par un barrage ou une chaussée* »⁷⁹. Cette conception particulièrement large ne permet pas véritablement d'affirmer les critères juridiques de l'étang par rapport aux autres formes d'eaux stagnantes. En effet, la distinction entre lac, étang ou mare, ne repose sur aucun élément juridique, mais sur de simples critères quantitatifs, considérant « *qu'ils sont des amas d'eau plus ou moins considérables* »⁸⁰. Dans ce contexte, on peut se demander si les ouvrages hydrauliques présents en Dombes sont réellement des étangs.

La science hydraulique puis la science écologique ont donné une définition précise d'un étang. François Ramade les désigne comme « *un écosystème lentique artificiel créé par endigage. En règle générale, les étangs sont créés en barrant l'émissaire d'une rivière ou d'un marécage palustre préexistant ce qui accroît la superficie de la zone humide considérée* »⁸¹. Ainsi, selon une définition générale, l'étang est constitué « *de masses d'eau stagnantes peu profondes dont la genèse dépend directement de l'homme qui les conditionne*

⁷⁹ PICARD A., *Traité des eaux. Tome 4 : Droit et administration*, Ed. Rotschild, 1890, p. 197.

⁸⁰ FABREGUETTES M.-P., *Traité des eaux publiques et des eaux privées*, LGDJ, 1911, tome II, p. 119.

⁸¹ RAMADE F., *Dictionnaire encyclopédique de l'écologie et des sciences de l'environnement*, 2^{ème} éd., Dunod, 2002, p.296.

à son gré »⁸². Il s'agit d'une masse d'eau stagnante de faible profondeur et dont la création résulte du travail de l'homme et plus précisément de l'érection d'une digue retenant les eaux, ou par le creusement d'une dépression. Cependant, la définition de l'étang telle qu'établie au XVIII^{ème} siècle est intéressante lorsque l'on se penche sur les étangs piscicoles et plus particulièrement les étangs de la Dombes : « *en France nous entendons communément par le mot d'étang, un réservoir d'eau douce dans un lieu bas, fermé par une digue ou chaussée, pour y nourrir du poisson* »⁸³. Ainsi, les rédacteurs de l'Encyclopédie ont mis en exergue la fonction piscicole des étangs, alors qu'aujourd'hui, les caractéristiques hydrauliques priment dans la définition de François Ramade. L'étang a donc une fonction économique, et de fait, une place non négligeable dans la société locale, essentiellement tournée vers la culture d'étangs. À cela s'ajoute le critère de l'artificialité. Les étangs sont faits de main d'homme pour élever le poisson et l'exploiter dans cette perspective, c'est-à-dire qu'il peut être mis en eau ou vidé complètement selon les besoins du moment. Il est donc un instrument agricole dans les mains de l'homme et présente l'avantage, selon Collet, de permettre de « *prendre tout le poisson quand on veut* »⁸⁴. Le même auteur précisait également que « *nos étangs sont des amas des eaux qui tombent du Ciel dans les champs, qu'on assemble et qu'on retient par une levée de terre ou chaussée, laquelle par conséquent est élevée dans le lieu le plus bas du champ qu'on veut inonder et où l'on veut conserver l'eau* »⁸⁵. L'étang de Dombes a donc une particularité supplémentaire : non seulement, il est artificiel mais encore il est principalement alimenté par les eaux pluviales. À la suite de Collet, Truchelut a proposé, dans son ouvrage publié en 1904, une définition plus synthétique de l'étang dombiste en énonçant que : « *étang vient du latin stagnum, fait de stare, s'arrêter, parce que l'eau s'y tient au repos. C'est un réservoir d'eaux douces retenues par une digue appelée chaussée, pour y mettre du poisson qui se nourrit, croit et se multiplie* »⁸⁶. Alors même qu'il n'est jamais contesté que les étangs de la Dombes sont essentiellement alimentés par les eaux de pluie et de ruissellement, l'auteur laisse supposer que l'ensemble des eaux douces sont susceptibles d'alimenter les étangs. Malgré cette maladresse rédactionnelle, il n'est pas considéré par Truchelut que les étangs puissent être alimentés par des cours d'eau puisqu'il mentionne tour à tour les eaux pluviales et les eaux de ruissellement.

⁸² Dictionnaire de l'écologie, Encyclopaedia Universalis, Ed. Albin Michel, 2001, art. « Etang », p.563.

⁸³ Encyclopédie, ou dictionnaire des sciences, des arts et des métiers, tome VI, 1756, art. « Etang », p. 15.

⁸⁴ COLLET Ph., préc., p. 92.

⁸⁵ Ibid., p. 84.

⁸⁶ TRUCHELUT A., 1904, préc., p. 229.

Se pose alors la question de savoir comment est abordé l'objet « étang » dans la législation civile, environnementale ou rurale et quelle définition lui est-il donné. De ce point de vue, la définition générale de Picard apporte une confusion dans la perception de l'étang par le droit par comparaison aux critères dégagés ci-dessus. Cette analyse emporte des conséquences juridiques non négligeables. Il n'existe donc pas, à l'époque où il écrit, de distinction dans la législation entre lac et étang ou entre étang et mare. Toutefois, si le caractère artificiel de l'étang est relativisé (bien qu'il évoque à plusieurs reprises la *création* d'étangs), le critère de l'exploitation agricole est retenu par l'auteur⁸⁷. Ce dernier évoque par ailleurs les difficultés que présente la multiplicité de régimes juridiques appliqués aux étangs du fait de leur antériorité au Code civil. Il résume ainsi que « *certaines étangs sont alimentés uniquement au moyen d'eaux ayant le caractère de propriété privée* »⁸⁸, à l'instar des eaux pluviales alimentant les étangs de la Dombes, et certains autres sont alimentés voire traversés par des cours d'eau. Du point de vue du Code civil, cette seule distinction est suffisante pour identifier leur régime juridique, néanmoins, déplore l'auteur, « *la création d'un grand nombre d'étangs remonte au régime féodal* »⁸⁹ et des prérogatives seigneuriales issues d'usages locaux ou de coutumes.

Cette définition juridique de l'étang, a pu porter à confusion, notamment au moment de l'adoption de la loi sur la pêche de 1984⁹⁰ qui ne mentionne jamais l'étang mais le « plan d'eau ». À l'image de la loi sur la pêche, c'est l'ensemble du droit rural et de l'environnement moderne qui ignore l'étang, ou, plus précisément, n'en donne pas de définition précise. Ainsi, la loi sur l'eau et les milieux aquatiques⁹¹ recourt également à l'expression de « plan d'eau » en ce qui concerne l'application de la police administrative de l'eau⁹², ou la répartition des compétences des collectivités territoriales en matière d'entretien des milieux aquatiques⁹³. Les interrogations autour de la définition juridique de l'étang, qui détermine son statut et son régime sont illustrées notamment par une question parlementaire, en 2001, à laquelle le ministre en charge de l'environnement et de la pêche répond que seul le critère de la circulation de l'eau permet d'identifier l'application ou non de la réglementation relative à la

⁸⁷ PICARD A. préc., p. 197.

⁸⁸ PICARD A. préc., p. 198.

⁸⁹ PICARD A. préc., p. 199.

⁹⁰ Loi n°84-512 du 29 juin 1984 relative à la pêche en eau douce et à la gestion des ressources piscicoles, JORF du 30 juin 1984, p. 2039.

⁹¹ Loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, JORF 20 janvier 2007, p. 20285.

⁹² En application de l'article L. 214-1 du code de l'environnement.

⁹³ Article L. 211-7 du Code de l'environnement.

pêche⁹⁴. La réponse du gouvernement à cette question démontre l'embarras dans lequel il se trouve lorsqu'il s'agit de déterminer juridiquement ce qu'est un étang puisque seule la définition d'un dictionnaire est citée et, pour toute interprétation en droit, la ministre énonce les critères retenus par la loi sur la pêche pour identifier un cours d'eau. Dès lors, toutes les masses d'eau ne répondant pas aux critères du cours d'eau seraient susceptibles d'être des étangs. Une réponse du Ministre de l'environnement et du développement durable à une question parlementaire d'un sénateur en 2004 a nuancé et précisé l'interprétation de l'article L. 431-3 du Code de l'environnement concernant la « communication » entre les plans d'eau et les cours d'eau. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de Cassation datant de 1998 et les limitations législatives issues d'une loi de 1991⁹⁵ et la loi sur l'eau de 1992⁹⁶ qui restreignent l'application de la législation sur la pêche sur certains plans d'eau, il a été estimé que la Cour de Cassation avait pu sécuriser la situation d'une partie des exploitants et propriétaires d'étangs, mais qu'il était nécessaire de préciser la définition des eaux libres et des eaux closes à l'occasion des débats sur la loi sur l'eau et les milieux aquatiques⁹⁷. À la suite de ces évolutions, la jurisprudence a déterminé qu'un canal ne pouvait être qualifié « d'eau libre » dès lors qu'il ne communiquait pas de façon permanente naturelle et directe avec un cours d'eau. Ainsi, « *faute de disposer d'une communication permanente, naturelle et directe avec le Rhône ou l'étang de Vaccarès, auxquels il n'est relié occasionnellement que par l'intermédiaire de stations de pompage ou de relèvement ne laissant pas, de surcroît, de passage aux poissons* », la législation sur la pêche n'était pas applicable au canal litigieux⁹⁸. Avec cet arrêt qui introduit trois critères objectifs à la communication de l'eau, ainsi que le

⁹⁴ Réponse de la Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'environnement à la question écrite n° 55269, JO AN - Q du 12 mars 2001 : « [...] La loi n° 84-512 du 29 juin 1984 relative à la pêche en eau douce et à la gestion des ressources piscicoles s'applique à tous les cours d'eau, canaux, ruisseaux ainsi qu'aux plans d'eau avec lesquels ils communiquent. Dès le 15 avril 1829, une précédente loi sur la pêche avait d'ailleurs consacré le principe du maintien de la libre circulation des poissons dans les cours d'eau, sauf dérogation spécifique accordée pour l'amélioration du fonds. Les cours d'eau ont depuis des siècles été aménagés, canalisés, barrés par des digues formant retenues. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence relative à la détermination d'un cours d'eau ne se base pas sur son caractère artificiel ou naturel mais sur son affectation à l'écoulement normal des eaux. Un dictionnaire définit un étang comme une « étendue d'eau stagnante, naturelle ou artificielle, peu profonde, de surface généralement inférieure à celle d'un lac ». Cette définition, extrêmement vague, donnait lieu à beaucoup d'interprétations. C'est la raison pour laquelle la loi de 1984 a rappelé que c'est le critère de communication de l'eau avec les cours d'eau qui permettait de définir le champ d'application de la réglementation de la pêche et non l'artificialisation plus ou moins forte du milieu ».

⁹⁵ Loi n° 91-5 du 3 janvier 1991 modifiant diverses dispositions intéressant l'agriculture et la forêt, JORF 6 janv. 1991, p. 310.

⁹⁶ Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, JORF 4 janv. 1992 p. 187.

⁹⁷ Réponse à la question écrite n° 12620, JO S. – Q, 16 sept. 2004, p. 2114.

⁹⁸ Cass. Crim., 5 mars 1997, *RD. rur.* 1997, p. 437; *R.J.E.* 1997, p. 90, note Jaworski ; *RD. rur.* 1998, p. 170, obs. Gaonac'h.

critère de la circulation du poisson, la doctrine a pu identifier une « *délimitation claire et réaliste* » mettant fin à « *tant d'années de confusions et d'incohérences* »⁹⁹.

Pourtant, à la suite de cette décision, la Cour de cassation s'est montrée indécise quant à la détermination de ce qu'il convient de considérer comme une « eau close ». D'une part, elle a estimé que les dispositions issues de la loi sur l'eau de 1992 visant à protéger l'habitat de la faune piscicole étaient applicables à une mare qui communique « *ne serait-ce par capillarité* » avec un cours d'eau¹⁰⁰. Puis, elle a rejeté un pourvoi dirigé contre l'arrêt d'une Cour d'Appel qui avait considérés « *comme eaux closes les plans d'eau alimentés en amont par des eaux de ruissellement, de sources, de forages, de pompage ou de nappes phréatiques et ne communiquant pas en aval avec des eaux libres, sauf par des fossés ou des exutoires de drainage ne permettant pas la vie piscicole* »¹⁰¹. Loin de critiquer cette position d'équilibriste adoptée par la Haute juridiction, le Professeur De Malafosse, constatant le manque de clarté quant au champ d'application de la loi pêche, enjoint le législateur à « donner les moyens » au juge de « dire le droit » en la matière¹⁰². Outre, l'application de la loi sur la pêche, la distinction entre eaux closes et eaux libres est également et surtout déterminante pour identifier les éléments appropriables ou non d'un plan d'eau. C'est de cette question qu'émanent les difficultés inhérentes au statut des cours d'eau et les incompréhensions de certaines filières socio-professionnelles¹⁰³ et qui a nécessité l'intervention d'un groupe de travail pour aider le législateur à trancher ces questions¹⁰⁴. Ce dernier « *remédie aux difficultés d'application de la « loi pêche » du 29 juin 1984 qui mélange le droit de l'eau et celui de la pêche* »¹⁰⁵ et a donné lieu à un nouveau critère de détermination à l'occasion de la loi sur l'eau et les milieux aquatiques de 2006. Malgré les clarifications de la législation quant à la détermination des eaux closes, essentiellement liée au régime de propriété foncière, l'étang n'a jamais fait l'objet d'une véritable définition par le droit¹⁰⁶.

⁹⁹ GAONAC'H A., Les eaux closes : retour aux sources, *RD rur.* 1998, p. 170.

¹⁰⁰ Cass. Crim., 25 sept. 2001, n° 01-81254.

¹⁰¹ Cass. Crim., 4 juin 2002, *Fédération du Nord pour la pêche et la protection du milieu aquatique*, n° 01-86626.

¹⁰² DE MALAFOSSE J., Le droit de l'eau est différent de celui de la pêche mais la réciproque n'est pas vraie, *Environnement* 2002, 9.

¹⁰³ Dont les questionnements et les intérêts sont portés devant l'Assemblée Nationale et le Sénat par l'intermédiaire des parlementaires, comme en témoigne les questions parlementaires précitées.

¹⁰⁴ VESTUR H. (Dir.), *Eaux libres, eaux closes, Rapport du groupe de travail au ministre de l'écologie et du développement durable*, 2005

¹⁰⁵ De MALAFOSSE J., Rapport Vestur : « eaux libres, eaux closes », *Environnement* 2005, n° 11, repère 10.

¹⁰⁶ GAZZANIGA J.-L., Eaux libres et eaux closes, *L'actualité des enclos, in mél. en l'honneur du Pr. J. Aventur*, Ed. univ. Pau, 1988, p. 183.

Toutefois, l'analyse de l'utilisation du terme « étang » dans la législation ne doit pas se limiter au droit positif. Comme il a été souligné, il existait une réelle ambiguïté entre l'étang du Code civil et le plan d'eau du Code rural et du Code de l'environnement. L'article 564 du Code civil disposait, lors de sa promulgation en 1804 : « *Les pigeons, lapins, poissons, qui passent dans un autre colombier, garenne ou étang, appartiennent au propriétaire de ces objets, pourvu qu'ils n'y aient point été attirés par fraude et artifice* ». Aujourd'hui l'expression étang est remplacée par « *plans d'eau visés aux articles L. 431-6 et L. 431-7 du Code de l'environnement* ». Bien qu'elle n'exprime pas la diversité des eaux stagnantes que les biologistes ou hydrologues peuvent rencontrer, la notion de « plan d'eau » est celle qui a été adoptée par la majeure partie des dispositions législatives ou réglementaires¹⁰⁷. Néanmoins, un certain nombre de références au terme « étang » peut être relevé¹⁰⁸. Il existe des occurrences de « l'étang » dans la loi, au premier chef desquelles la loi civile. L'article 558 du Code civil par exemple qui instaure un régime particulier pour l'étendue de la propriété d'un propriétaire d'étang en ce qu'il est distinct du régime propre aux cours d'eau.. Le code rural et de la pêche maritime, quant à lui, fait une référence régulière aux « lacs et étangs dont les eaux sont salées » afin de déterminer l'application de la législation propre à réglementer la pêche maritime. De la même manière, le droit du domaine public intègre les « sol et le sous-sol des étangs salés en communication directe, naturelle et permanente avec la mer » au domaine public maritime naturel de l'Etat¹⁰⁹. Cependant, certaines dispositions concernant la définition de la notion « d'exploitation agricole » font référence aux étangs. Ainsi, constitue une exploitation agricole « *l'ensemble des superficies exploitées par le demandeur, sous quelque forme que ce soit et toutes productions confondues* »¹¹⁰. En sont exclues « *les étangs autres que ceux servant à l'élevage piscicole* ». Les exploitations piscicoles dombistes, qu'elles mêlent ou non la pisciculture à l'agriculture au sens commun du terme, constituent des exploitations agricoles au regard de la législation rurale. Paradoxalement, l'article R. 322-1 du même code donne la définition de la surface maximale d'un groupement foncier agricole pour le calcul de laquelle les étangs sont exclus.

¹⁰⁷ BARTOUT P., L'incompréhension de la place prise par les plans d'eau dans l'Union européenne et ses conséquences réglementaires, *Norois* 2015, n° 2, p. 17.

¹⁰⁸ Une recherche par terme avec le mot-clé « étang » a été effectuée sur le site internet Legifrance, à la date du 16 septembre 2016.

¹⁰⁹ Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 2111-4.

¹¹⁰ Article L. 331-1-1 du Code rural et de la pêche maritime institué par la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 et venant confirmer la jurisprudence selon laquelle les plans d'eau consacrés à l'élevage piscicole doivent être pris en compte (CE 2 nov. 1994, *Gonnet*, *RD rur.* 1995. 162).

Le Code de l'environnement enfin, fait également référence au terme « étang » notamment en application de la nomenclature permettant l'application de la police administrative de l'eau¹¹¹, pour l'application des dispositions réglant les activités cynégétique¹¹², ainsi que pour l'identification des eaux closes, exclues du champ d'application de la législation sur la pêche¹¹³. Cette occurrence du terme « étang » dans le Code civil, existante 1804 n'a jamais posé de réel problème d'interprétation puisque, dans une société rurale, tout le monde est capable d'identifier un étang, selon la définition commune qui lui est donnée. Pour autant, l'application des différentes législations contemporaines mentionnées nécessite l'édiction d'une définition juridique stable de l'étang.

La problématique de la définition de l'étang est des plus importantes afin de bien saisir l'objet des ordres normatifs qui s'appliquent sur ces ouvrages. La jurisprudence civile tente de donner une définition à cet objet et la Cour d'appel de Bordeaux a pu énoncer : « *que l'étang, quant à lui, est, par définition, une étendue d'eau stagnante, peu profonde, de surface relativement petite* »¹¹⁴. Ce faisant, la Cour d'appel fait entrer la définition généraliste de l'étang dans la jurisprudence et donc dans le droit applicable qui s'ajoute à la définition a contrario selon laquelle l'étang est un plan d'eau et non un cours d'eau. En définitive, le terme « étang » fait l'objet de plusieurs définitions selon les législations et selon les objectifs ou les objets de ces dernières.

2. Des implications pratiques propre à l'étang dombiste

Au vu de ces interprétations, législatives et jurisprudentielles, la question du statut juridique de l'étang dombiste peut éventuellement être problématique. En effet, la qualité d'étang peut avoir des incidences sur l'application ou non de la réglementation sur la pêche et sur l'eau. L'étang dombiste étant exploité de façon alternative en *évolage* et en *assec*, la question est de savoir si, lorsqu'elle est en *assec*, cette dépression peut prétendre à cette qualification ou s'il demeure une simple étendue de terrain. Le caractère pérenne de la présence de l'eau dans cette dépression est donc déterminant dans sa qualification juridique. De la même manière qu'un cours d'est est constitué d'un lit naturel à l'origine et rempli d'eau

¹¹¹ Voir arts. L. 214-1 et R. 214-1.

¹¹² Art. L. 424-6.

¹¹³ L'article L. 431-4 du Code de l'environnement classe les étangs parmi les eaux closes, leur restreignant l'application de la législation sur la pêche.

¹¹⁴ CA Bordeaux, 10 avril 2009, n° 07/04636.

une majeure partie de l'année¹¹⁵, la qualité d'étang pourrait être discutée pour les biens mis en assec avant d'être remis en eau.

En outre, la question du statut juridique de l'étang en Dombes doit être liée à la question de sa perception juridique, sociale et environnementale. Constitue-t-il une nuisance au regard de la santé publique ou un risque naturel et justifie qu'il soit étroitement encadré par le droit ? À l'inverse, constitue-t-il un intérêt agricole et économique ou bien une richesse écologique nécessitant l'édiction d'un régime juridique protecteur ? Il apparaît que l'étang dombiste concentre l'ensemble de ces enjeux et fait l'objet de régimes juridiques divers dont les objectifs sont indépendants les uns des autres voire contradictoires.

Le parallèle avec les qualités du cours d'eau trouvent ici une limite pratique. Si l'on considère qu'un terrain à sec une majeure partie de l'année, ne constitue pas un étang, alors chaque cycle *assec/évolage* devrait voir intervenir une nouvelle autorisation administrative au titre de la loi sur l'eau à raison de la « création d'un plan d'eau ».

Un objet juridique est défini par son statut, qui lui-même détermine son régime. Or, l'objet « étang » semble échapper à l'analyse juridique ordinaire. La question se pose du statut juridique de l'étang en *assec*. On parle toujours d'étang alors même qu'il n'est plus rempli d'eau et ne répond donc pas aux critères de la définition scientifique généralement admise. La permanence du statut juridique vient donc palier les risques liés à l'alternance fonctionnelle que connaît l'étang. Le droit, et plus particulièrement le droit local, propre à un territoire déterminé, vient ici simplifier une situation factuelle complexe. Si, de façon générale, on peut affirmer que « le droit court après le fait »¹¹⁶, ajoutant des règles à la complexité des faits, l'application du droit local de la Dombes démontre son originalité et son pragmatisme en vue d'être le plus opérationnel possible. On ne peut pas exiger de la règle de ne pas être en phase avec son caractère fonctionnelle. Cette configuration permet de justifier de s'affranchir des critères de la qualification par rapport à l'application du régime. Pérennité du statut, de la même manière qu'un bien du domaine public, malgré une désaffectation à l'intérêt général, conserve son régime protecteur, jusqu'à l'adoption d'un acte de déclassement.

Considérer l'étang selon ce statut tout au long de son exploitation, en *assec* comme en *évolage*, revient à maintenir artificiellement ce statut juridique afin de permettre la permanence de son régime. De ce fait, lorsqu'il n'est pas en eau, l'étang est à considérer

¹¹⁵ Code de l'environnement, art. L. 215-7-1.

¹¹⁶ DARCY G., « Élaborer la règle dans un système complexe », in DOAT M., Le GOFF J. et PEDROT Ph. (Dir.), *Droit et complexité, pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, PUR, 2007, p.16.

comme un « étang en devenir », ou pour poursuivre le parallèle avec le domaine public, un étang virtuel. Ce maintien est justifié par la certitude du retour au statut d'étang en *évolage*. Le maintien de cette qualité d'étang permet de garantir la valeur du terrain et éventuellement la continuité d'une convention de bailage ayant pour objet une exploitation contenant un étang¹¹⁷. Une protection pour le preneur à bail également puisque le fait qu'il mette en *assec* ne porte pas atteinte à l'intégrité du bien, condition qui aurait été de nature à l'évincer de ce droit à bail¹¹⁸. Sur ce point, Truchelut retranscrit dans son ouvrage un certain nombre de réflexions qui tendent à affirmer cette pérennisation du statut d'étang¹¹⁹. D'après l'auteur, les étangs desséchés en application de la loi de 1856 sur la licitation des étangs puis remis en eau en application de la loi de 1901 sur la remise en eau des étangs, n'ont pas perdu la qualification juridique « d'étang ». Et ce, à une nuance près qu'est celle de la pérennisation des servitudes attachées à l'étang. Celles-ci ne doivent pas avoir été éteintes par une prescription trentenaire. Les parcelles laissées à nu par le dessèchement de l'étang étaient par ailleurs, jusqu'en 1898 toujours soumises à l'impôt sur l'*évolage*. Une autre condition, et non des moindres, est également posée à la permanence du statut juridique de l'étang. Celui-ci ne doit pas avoir cessé d'exister. Selon l'auteur, cette condition ne pose aucune difficulté puisqu'il s'agirait, par les effets de la loi de 1856, d'une mise en « *assec* légal ». En d'autres termes, c'est bien un artifice juridique qui permet de faire perdurer un statut juridique afin d'en faire profiter le régime à une parcelle de terrain.

Ainsi, le droit précède le fait, sans pour autant remettre en cause l'usage de cet état de fait. Un étang asséché peut donc être utilisé à des fins agricoles ou à toute autre fin sans pour autant remettre nécessairement en cause son statut d'étang, de façon à permettre sa remise en eau et son usage piscicole ou cynégétique. Il s'agit d'une anticipation juridique, d'un décalage temporel permettant la pérennisation du statut et du régime de l'étang, indépendamment des éléments factuels qui excluent l'application de la définition de l'étang.

Le droit commun intègre les étangs ainsi définis au sein de la catégorie des eaux closes, par opposition aux eaux libres. Cette identification est reprise par le Code de l'environnement qui exclue les eaux closes d'une partie des dispositions de la loi sur la pêche. Ces eaux closes sont, aux termes de l'article L. 431-4 du Code de l'environnement, « *les fossés, canaux, étangs, réservoirs et autres plans d'eau dans lesquels le poisson ne peut passer*

¹¹⁷ GRIMONPREZ B., La résiliation judiciaire des baux ruraux, *Revue Droit et Procédure*, L'issue des baux immobiliers 2012, n° spécial, p. 62.

¹¹⁸ Code rural et de la pêche maritime, art. L. 411-31.

¹¹⁹ TRUCHELUT A. 1904, p. 365-366.

naturellement »¹²⁰. Cependant, une interrogation peut subsister quant à la qualification d'eaux closes concernant les eaux de vidanges des étangs. La pratique traditionnelle de Dombes veut que les étangs soient notamment alimentés par les eaux s'écoulant d'un étang supérieur ou par le ruissellement des eaux dans des fossés d'alimentation. Concernant les fossés, l'article L. 431-4 du Code de l'environnement est clair en ce qu'il applique le même statut aux fossés qu'aux étangs. Il s'agit d'eaux closes qui circulent, en circuit clos dans le sens où la faune piscicole en demeure prisonnière. De plus, le caractère artificiel tant des étangs que des fossés qui les alimentent tend à confirmer cette analyse jurisprudentielle, par opposition à la définition des eaux libres et plus particulièrement des cours d'eau. La loi dite « Biodiversité » de 2016¹²¹ définit les cours d'eau comme « *un écoulement d'eaux courantes dans un lit naturel à l'origine, alimenté par une source et présentant un débit suffisant la majeure partie de l'année* »¹²². À l'évidence, le régime juridique des eaux libres ne peut s'appliquer aux étangs. Toutefois, il est des circonstances dans lesquelles ce régime pourrait avoir une influence sur leur gestion. C'est le cas de l'application du régime des cours d'eau aux fossés de vidange ou d'alimentation de ces étangs. Pour autant, la majorité de ces fossés sont artificiels, sont alimentés par les eaux de pluie ou de ruissellement et sont à sec une grande partie de l'année. Ce régime juridique ne semble pas remettre en cause le statut d'eaux closes attribué aux étangs¹²³.

Finalement, la meilleure définition donnée à l'étang en Dombes, et celle permettant son effectivité juridique et la permanence de son régime, est peut-être celle donnée par l'Encyclopédie de Diderot au XVIII^{ème} siècle. En effet, les caractéristiques principales de cet ouvrage sont son artificialité et son caractère d'outil agricole. Qu'il soit en *assec* ou en *évolage*, le propre de l'étang est d'être un outil fonctionnel créé par l'homme avec l'objectif d'une exploitation agricole optimale. La permanence de son statut et de son régime juridique s'explique alors par son usage. Quel qu'il soit, cet usage est agricole. Pendant la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, l'assèchement des étangs était motivé par la volonté de mettre les parcelles en culture afin de nourrir les populations locales. Dans le cycle d'exploitation normal de l'étang, celui-ci est mis en *assec*, là encore, pour être mis en culture. En tout état de cause, l'étang fait l'objet d'un travail par l'homme, ce qui en fait une terre exploitée en tout

¹²⁰ Article L. 431-4 du code de l'environnement précité, issu de la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques.

¹²¹ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, JORF n°0184 du 9 août 2016.

¹²² Article L. 215-7-1 du Code de l'environnement.

¹²³ Cette question sera approfondie dans la partie II (titre II, Chap I, Section II).

temps. Bien que l'on puisse donner une définition et donc un statut juridique pérenne de l'étang, son régime continue d'interroger sur certains aspects pratiques. La question se pose de savoir, dans le cadre de certaines activités ou certaines politiques publiques, s'il convient de prendre en considération l'étang en eau seulement, ou bien en eau et en *assec*. C'est ce droit d'usage, démembré de la propriété principale qui serait ainsi susceptible d'être remis en cause. Si l'on peine à définir l'objet juridique que constitue l'étang, la difficulté n'est pas moindre lorsqu'il s'agit d'identifier les usages dont il fait l'objet, ainsi que la nature du droit qui les organise.

III. La nature du droit local en question

D'un point de vue pratique, les notions d'usage et de coutume ne recouvrent pas les mêmes réalités que dans le sens usité par la doctrine juridique. Une utilisation indifférenciée des deux notions est faite, sans pour autant en appréhender les subtilités juridiques et ce qu'elles recouvrent en droit. Face à cet écueil, Vanessa Manceron, constatant la confusion qui existe entre ces termes pour les acteurs locaux, choisit de donner une définition plus sociologique que juridique dans sa thèse en ethnologie. À son sens, l'usage doit être entendu comme « *une pratique effective qui peut dans certains cas devenir coutumière ou légale* »¹²⁴. De toute évidence, le constat pratique que l'on peut faire aujourd'hui est le même. Les occupants de la Dombes, propriétaires, exploitants d'étangs, fermiers, chasseurs ou agriculteurs, ont conscience de l'existence de règles, plus ou moins explicites qu'il convient de respecter. Au sens strict, l'usage s'adresse aux propriétaires d'étangs et leurs ayant-droits mais affecte également ceux qui détiennent un droit d'usage sur le bien qui fait l'objet de cette gestion traditionnelle. Il contraint donc l'exercice du droit de chasse et l'ensemble des utilisations de l'eau sur ce territoire. Pour l'ensemble de ces individus, il est tantôt question « *des usages* » ou « *de la coutume* », mais plus généralement, il est question du « *Truchelut* ». Il convient toutefois de préciser ce que l'on entend par le terme d'usage au sens strictement juridique du terme (A), avant de qualifier l'ensemble des règles de gestion locales de l'eau afin d'envisager l'intérêt de leur pérennisation (B) .

¹²⁴ MANCERON V., op. cit., p. 9.

A. Usages et pratiques, un écueil terminologique à éviter

En droit, l'usage peut revêtir plusieurs sens que l'on utilise de façon récurrente lorsque l'on analyse l'exploitation coutumière d'une ressource. L'analyse du droit spécifique de la région de la Dombes revient à observer la constitution d'une source de droit spontané, de la pratique à la coutume, en passant par l'usage. Ce dernier peut faire référence au mode d'utilisation du bien en question (1), ou bien à la source de droit qu'elle est susceptible d'engendrer (2).

1. De l'usage à la pratique ou la façon d'user de la ressource

Au sens le plus commun, l'usage est entendu comme l'action de se servir de quelque chose, que cette chose soit meuble ou immeuble. On retrouve ce sens également dans le vocabulaire juridique lorsque l'on parle de « droit d'usage », et ce terme doit donc être entendu dans son sens matériel. Il s'agit alors du droit accordé à une personne (morale ou physique), d'user d'une chose. Cette acception du terme « usage » renvoie, non pas à une source de droit mais à un objet de droit. En effet, l'usage, lorsqu'il s'agit d'une ressource naturelle notamment, étant l'action de prélever ou plus généralement d'exploiter une ressource. C'est dans ce sens qu'est généralement comprise l'expression « usages de l'eau ». Cependant cette exploitation de la ressource ne peut se réaliser qu'au moyen d'un droit réel, qu'il s'agisse d'un droit de propriété ou d'un démembrement de celui-ci, l'« *usus* ». Cet usage peut alors être encadré par des règles dont la normativité est variable. Ces usages de l'eau constituent des prélèvements utilitaristes de la ressource dans le but de l'utiliser à des fins domestiques, d'exploiter, de faire fructifier un bien, une propriété privée. Cette dernière fonde donc bon nombre d'usages de la ressource en eau, qui est parfois considérée - et le droit valide cette interprétation dans certains cas - comme une propriété privée à part entière. C'est le cas des eaux closes, et notamment des étangs piscicoles de la région de la Dombes. L'usage, au sens commun, est à mettre en rapport avec le terme de pratique, c'est-à-dire la façon dont on a l'habitude de recourir à un usage déterminé. La pratique s'entend au sens d'exercer une activité particulière liée à un objet, notamment une ressource. Cette habitude, généralisée et transmise généralement de génération en génération prend l'apparence juridique de l'usage et constitue une source de droit. L'usage, au sens d'utilisation, est ainsi reconnu comme l'objet d'une norme spécifique, transformant un fait, l'action de, en droit.

2. Les usages, une source de droit

Le fait que cette action soit généralisée et reproduite lui confère une force particulière et revêt un caractère normatif. L'usage trouve donc son origine dans les pratiques mêmes de ceux auxquels il a vocation à s'appliquer. Ces derniers, sujets d'un droit particulier, sont à la fois créateurs inconscients, récepteurs et exécutants de la règle de droit qui évolue au même rythme que leurs pratiques. Ainsi, en Dombes, le libre accès à l'eau a permis la création du réseau hydraulique complexe, dont la réciprocité a permis de muer cette pratique en usage, instaurant ce régime particulier des étangs, dont aujourd'hui chaque propriétaire ou usager peut se revendiquer, consacrant ainsi une norme coutumière.

L'usage, au sens juridique du terme, constitue donc une forme de droit « spontané », notamment lorsqu'il se mue en coutume, comme c'est le cas du droit dombiste. « *L'usage peut être défini comme ce qui, en un lieu donné, se pratique d'une façon uniforme, publique, multipliée, observée par la généralité des habitants et réitérée pendant un long espace de temps* »¹²⁵. Ainsi, l'usage nécessite constance et généralisation pour être reconnu¹²⁶. Selon certains auteurs, l'usage est assimilable à la coutume¹²⁷. À notre sens, il est à considérer comme un prérequis à l'existence de la coutume et donc participe à l'élaboration d'une source de droit complexe. En effet, la coutume suppose de constater l'existence d'un élément intellectuel, à savoir l'expression d'une conscience d'obligation de respecter l'usage considéré comme la norme, et la crainte d'une sanction en cas de non-respect de cette obligation née de l'usage. En outre, le degré de généralité de la règle permet de distinguer l'usage de la coutume. Selon Pascale Deumier, « *est usage la règle spontanée adoptée par un groupe spécial, limité par des intérêts particuliers. La coutume, en revanche, est reconnue par une communauté plus vaste regroupant des intérêts divers, moins homogènes, transcendant les solidarités particulières* »¹²⁸. Dans la terminologie de l'auteur que nous adopterons, les deux notions sont incluses au sein du « droit spontané »¹²⁹.

Le droit autonome organisant l'utilisation d'une ressource est donc directement issu des pratiques généralisées des individus. Reconnues comme légitimes, elles deviennent des

¹²⁵ Définition donnée par la Chambre d'Agriculture du Calvados en 1998 dans son recueil des usages locaux, cités par PERMINGEAT F., *La coutume en droit de l'environnement*, Thèse Lyon 3, 2009.

¹²⁶ LE LAY Y.-F. et PERMINGEAT F., Spécificité territoriale et petits arrangements avec la loi : la place des usages locaux dans l'entretien de la rivière (XIXe-XXe siècles), *Géocarrefour* 2008, Vol. 83, n° 1.

¹²⁷ Voir notamment définition in G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011.

¹²⁸ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., p. 188.

¹²⁹ *Ibid.*, préc., p. 203.

usages. Les usages muent alors vers la coutume et revêtent une véritable force obligatoire¹³⁰. La légitimité de ce droit découle des modalités de sa création et de l'objet commun auquel il s'applique. En ce sens, c'est le caractère endogène de la norme qui légitime son encadrement des usages matériels d'une ressource commune¹³¹. L'usage de la ressource, au sens du fait d'en user, constitue dès lors un objet de droit : le fait d'user ou de mal user de la ressource peut entraîner des conséquences d'ordre juridique. Des règles de droit « apparaissent » donc progressivement et évoluent parallèlement aux pratiques de ceux à qui elles s'appliquent, ce qui fait du droit spontané en général et de la coutume en particulier, un droit vivant en constante évolution. Ces règles restent sous-jacentes et indéniablement respectées même en absence de support écrit. Il s'agit finalement d'un mécanisme de reconnaissance similaire avec la « découverte » jurisprudentielle des principes généraux du droit administratif dont l'affirmation est la « *consécration d'une norme jusqu'alors inexprimée, mais néanmoins sous-jacente* »¹³². Il ne s'agit pas d'une création juridique mais de l'interprétation par le juge administratif d'un ensemble de textes procédant de la conception globale de l'ordre juridique en vue d'en conserver la cohérence¹³³. Le juge ne serait donc pas le créateur mais « l'accoucheur » de ces principes généraux dont le respect s'impose aux autorités administratives¹³⁴. C'est de la même manière que les rédacteurs des différents recueils d'usages locaux ont permis la mise par écrit des règles traditionnelles, sans pour autant en créer de nouvelles. La règle s'en trouve ainsi seulement matérialisée et donc révélée. Cet exercice d'écriture doit par ailleurs être régulièrement renouvelé au fur et à mesure de l'évolution des usages du fait des évolutions techniques. Ces dernières, lorsqu'elles font l'objet d'une adhésion générale, forcent donc l'évolution du droit.

Le droit spontané offre, aujourd'hui encore, une souplesse et une variété de forces que peut difficilement offrir la loi¹³⁵. Le propre du droit spontané est de constituer une source de droit sans qu'il y ait eu la volonté ou même la conscience de créer une règle. Ainsi, le droit spontané est « *le droit qui, sans avoir été imposé et sans volonté délibérée, se dégage de la répétition constante et générale d'un comportement juridique par les membres d'un groupe, le plus souvent particulier, pour répondre à leurs besoins* »¹³⁶. Ce droit pourrait être défini

¹³⁰ CHOISEL G. et DREYFUSS L. (Dir.), *Coutume, usages et pratiques*, Mare et Martin, 2014.

¹³¹ OSTROM E., *Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles* (1990) De Boeck, 2010.

¹³² LABETOULLE D., Conclusions sous CE Sect., 27 oct. 1978, *Debout, Lebon* 395.

¹³³ GONOD P., MELLERAY F. et YOLKA Ph. (Dir.), *Traité de droit administratif, Tome 1*, Dalloz, 2011, p. 580.

¹³⁴ TRUCHET D., *Droit administratif*, 7^{ème} éd., PUF, 2017, p. 179.

¹³⁵ THIBIERGE C. (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ/Bruylant, 2009.

¹³⁶ DEUMIER P., préc., n° 430.

comme étant la règle issue des pratiques des usagers, s'appliquant à eux et étant perçue par eux comme légitime, ce qui lui confère une incontestable normativité.

B. La coutume dombiste, un exemple de droit spontané atemporel aux contours à préciser

Les termes utilisés au fil des époques par les historiens et autres observateurs spécialistes de la Dombes ont été, et sont toujours, divers, et correspondent parfois à des réalités juridiques différentes. En outre, les juridictions ont usé d'une grande diversité de termes afin de qualifier le droit local (1). Une telle difficulté à le qualifier révèle le fait que le système normatif propre à la Dombes est profondément singulier (2).

1. Une évolution de la terminologie jurisprudentielle

Pendant des siècles, il a été question des usages et coutumes de la Dombes et de la Bresse pour désigner le droit coutumier applicable à la gestion des étangs de la Dombes. Aujourd'hui, il est question du « Truchelut », pour ceux des propriétaires qui le possèdent et le manipulent régulièrement dans le but de régler tel ou tel conflit. Il est ici intéressant de noter que le « Truchelut » connu et utilisé par les propriétaires est la première édition datée de 1881¹³⁷ dans laquelle Truchelut ne fait que commenter la mise par écrit des règles coutumières effectuée par Rivoire qu'il n'a pu achever avant son décès. Pour autant, c'est bien la deuxième édition qui fait autorité en Dombes et auprès des juridictions qui sont amenées à l'appliquer en tant qu'elle est plus complète et « actualisée ». Cette deuxième édition, rédigée et très largement complétée par Truchelut lui-même et éditée en 1904 ne se bornent pas seulement à la gestion des étangs mais traite de l'ensemble des usages ruraux applicables en Bresse et en Dombes¹³⁸.

Aujourd'hui, ce droit ne se résume plus qu'au seul ouvrage de 1904. Jusque dans les années 2000, la jurisprudence des juridictions tant administratives que judiciaires faisait explicitement référence au « Truchelut » à travers la codification effectuée par la Chambre d'Agriculture de l'Ain renvoyant à « *des ouvrages datant de 1904* »¹³⁹ ou, encore plus

¹³⁷ RIVOIRE Ch. et TRUCHELUT A., préc.

¹³⁸ TRUCHELUT A, préc.

¹³⁹ Cass, 3^{ème} civ, 14 juin 1994, n°92-20943.

directement au « *manuel de Truchelut édité pour la première fois en 1881* »¹⁴⁰. Toutefois, un arrêt rendu plus récemment par la Cour d'Appel de Lyon, effectue une évolution terminologique et abandonne la référence directe aux écrits de Truchelut pour une expression plus générique : il est dès lors question de considérer « *les usages en vigueur en Dombes* »¹⁴¹. Cette évolution n'est pas sans incidences. Il s'agit de prendre en compte, l'ensemble du droit coutumier dombiste, notamment dans son évolution et non plus seulement l'ouvrage de 1904. Ces évolutions sont notamment dues à l'interprétation de ces dispositions par les juridictions civiles ou administratives et qui viennent éclairer leur application.

Ainsi, si « *le manuel de Truchelut* »¹⁴² contient l'essentiel de ce qui fait encore aujourd'hui le droit coutumier applicable en Dombes, il n'en est pourtant plus la seule source. De plus, il décrit certaines situations révolues sur les plans technique, juridique, social ou économique. En outre, le fait d'avoir procédé à la transcription des règles coutumières applicables en 1904 n'a pas eu pour conséquence de figer cette réglementation mais d'en décrire les sources, le contenu et les conséquences à un instant « T ». La coutume et les règles de droit qu'elle induit n'ont pas pour autant cessé d'évoluer au gré des modifications des pratiques, notamment d'un point de vue technique, sans toutefois remettre en cause ses grands principes. Son caractère spontané et son attachement aux réalités territoriales font de la coutume dombiste, une source de droit des plus vivantes et, contrairement aux idées reçues, est évolutive par essence et n'est donc pas figée. Ainsi, l'évolution de la terminologie mobilisée par le juge traduit une évolution du système de normes coutumières appliqué au territoire de la Dombes.

2. La coutume dombiste : un système juridique à part entière

Au sein de la doctrine juridique, la notion de coutume peut parfois porter à confusion ou à débat, ce débat pouvant se résumer ainsi : la coutume, est-ce du droit ? Il apparaît nécessaire ici, alors que nous ouvrons un rapport déterminant les premières ébauches de solutions juridiques aux problématiques soulevées sur le territoire de la Dombes, de clarifier de quoi il est question. Tout au long de cette thèse, nous entendrons l'expression « coutume dombiste » comme représentant l'ensemble du droit coutumier applicable à l'exploitation des étangs et à la circulation de l'eau qui les alimente en Dombes. Il s'agit bien ici d'une source de droit, au

¹⁴⁰ Cass, 3^{ème} civ, 16 juin 1999, n°96-16976.

¹⁴¹ CA Lyon, 2 oct. 2012, n°10/06679.

¹⁴² Selon l'expression de la Cour de cassation dans l'arrêt de 1999 précité.

même titre que la loi ou la jurisprudence et dont il nous faut appréhender les interactions. Il convient au préalable de définir cette coutume dombiste. Traditionnellement, l'existence de la règle coutumière est soumise à la réunion de trois éléments. Le premier est matériel et correspond à une pratique répétée, corrélée à la notion de temporalité ainsi qu'à celle de transmission. Le deuxième est en lien avec le premier puisqu'il nécessite que les pratiques et les règles qui leur sont appliquées soient généralisées à l'échelle d'un territoire donné. Le dernier critère est psychologique, dit *opinio juris*, et correspond à l'acceptation par les sujets de la pratique du caractère impératif de ces règles auxquelles ils admettent se soumettre. Ce sont ces trois éléments qui fondent classiquement la coutume, du point de vue du droit interne comme du droit international ; pour autant, cette théorie classique de la coutume n'est pas exempte de critiques ni d'exceptions, et la coutume peut revêtir bien des réalités.

On peut également distinguer la coutume de l'expression « droit coutumier », qui renvoie à une conception plus large de la coutume et « *peine à s'insérer dans la théorie étriquée des deux éléments* »¹⁴³. Ce droit coutumier « *désigne alors moins une règle composée de deux éléments qu'un ordre juridique fondé sur une vision du monde propre à une communauté, vision profondément ancrée dans un certain rapport au clan, aux ancêtres et à la terre* »¹⁴⁴. Il s'agit, dans cette conception, d'un système juridique complet, avec des institutions et des juridictions spécifiques. Cette expression est traditionnellement utilisée pour désigner le système juridique d'une communauté autochtone avant de connaître la colonisation et l'assimilation du droit du colonisateur. On pense ici par exemple au système juridique coutumier Kanak encore applicable aujourd'hui en Nouvelle-Calédonie¹⁴⁵. La Nouvelle-Calédonie connaît un régime juridique particulier puisque s'y applique le droit commun français mais également un droit coutumier, reconnu d'un point de vue conventionnel et législatif par les « Accords de Nouméa »¹⁴⁶. Ce droit coutumier est un système normatif complet coexistant avec le droit français. Il intègre des institutions représentatives qui font évoluer ce droit tout en garantissant le maintien de ses principes, et des institutions

¹⁴³ DEUMIER P., La coutume à l'épreuve du droit de l'environnement : enrichissement ou déformation de la coutume ?, in MAYER N. et DAVID C. (dir.), *L'intégration de la coutume dans la norme environnementale. Eléments d'ici et d'ailleurs*, Bruylant, 2012, p. 15.

¹⁴⁴ DEUMIER P., *Coutume et usages*, *Rép. Droit civ.* 2014.

¹⁴⁵ Sur le droit en Nouvelle-Calédonie, voir notamment les ouvrages suivants. RAU E., *Institutions et coutumes canaques, édition commentée et annotée par Régis Lafargue*, L'Harmattan, 2006. Sur la reconnaissance d'un statut civil coutumier : LAFARGUE R., *La coutume face à son destin : réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, LGDJ, 2010. Sur les enjeux environnementaux : MEYER N. et DAVID C. (dir.), *L'intégration de la coutume dans la norme environnementale, éléments d'ici et d'ailleurs*, Bruylant, 2012. Sur les aspects politiques actuels du rôle de la coutume et des institutions coutumières en Nouvelle-Calédonie, voir DEMMER Ch. et TREPIED B. (Dir.), *La coutume Kanak dans l'Etat*, L'Harmattan, 2017.

¹⁴⁶ Accords sur la Nouvelle-Calédonie signés à Nouméa le 5 mai 1998, JORF du 27 mai 1998, p. 8039.

juridictionnelles veillant à sa bonne application. La Guyane également, bénéficie d'une reconnaissance législative de ses particularités juridiques découlant notamment du fait que de nombreuses communautés perpétuent leurs coutumes. A l'image du Sénat Coutumier Néo-Calédonien, un Grand Conseil Coutumier a très récemment été institué en Guyane¹⁴⁷. Ces exemples permettent de montrer que le droit commun français n'est pas hermétique aux spécificités juridiques et sociales territoriales, et qu'il organise la coexistence entre le droit commun et le droit coutumier, entre les institutions étatiques et les institutions coutumières.

A l'opposé, se pose la question du statut de « la coutume de la Dombes » qui, elle, n'est pas reconnue comme un droit spécifique dont les rapports avec le droit commun seraient organisés par la loi. Certes, la coutume de la Dombes correspond aux critères classiquement attribués à la règle coutumière. Cependant, ce droit applicable à la gestion des étangs en Dombes semble dépasser le seul cadre de la règle coutumière en ce sens qu'il regroupe un ensemble complexe de règles propres à cette gestion particulière. Ainsi, il apparaîtrait raisonnable de rapprocher la coutume dombiste à la coutume entendue comme « ordre juridique » dans le sens où il « *dépasse à la fois la seule règle de droit isolée et la seule source spécifiquement coutumière, pour englober des règles parfaitement édictées* »¹⁴⁸. L'analyse du juge à propos de la coutume dombiste est à cet égard révélatrice et tend à confirmer cette réflexion puisqu'il est fait référence, dans la jurisprudence tant administrative que judiciaire aux « *usages en vigueur en Dombes* »¹⁴⁹ ou encore « *des coutumes et usages locaux* »¹⁵⁰. Il n'y a dès lors pas évocation d'une règle de droit mais d'un ensemble de règles de droit trouvant à s'appliquer sur un territoire donné, et auxquelles les sujets de droit confèrent une légitimité telles qu'elles doivent être regardées comme reflétant le droit applicable. On ne saurait pousser cette logique au point d'assimiler la coutume dombiste à un ordre juridique tel que celui instauré par la coutume de Nouvelle-Calédonie par exemple et dont découle une organisation sociétale complète dont le droit règle les relations réelles et personnelles. En effet, le droit local en Dombes règle principalement les rapports des individus aux choses (l'eau, l'étang, les ouvrages...), et assez peu les rapports entre individus (hormis certaines relations entre propriétaires et exploitants d'étangs, relative par exemple à l'entretien des ouvrages). En ce sens, ce droit coutumier n'est pas global mais sectoriel. Nous proposerons dès lors, de considérer le droit dombiste comme un système juridique complexe

¹⁴⁷ Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, JORF du 1^{er} mars 2017, texte n° 1.

¹⁴⁸ DEUMIER P., Existe-t-il une notion uniforme de la coutume ?, in GARNIER F. et VENDRAND-VOYER J. (Dir.), *La Coutume dans tous ses états*, 2013, Ed. La mémoire du droit, p. 217.

¹⁴⁹ CA Lyon, 2 oct. 2012, préc.

¹⁵⁰ Cass., 3^{ème} civ, 16 juin 1999, préc.

articulé autour de dispositions tant coutumières que législatives ou réglementaires, dont l'objet est l'exploitation et la gestion, à la fois traditionnelle et rationnelle, des étangs et est un élément constitutif de l'identité de ce territoire.

Problématiques et intérêt de l'étude : le renouveau de la finalité du droit local en Dombes influencée par les intérêts environnementaux

Quelles que puissent-être les interrogations et les tensions sociales autour du rôle des étangs sur le territoire de la Dombes, l'omniprésence de l'eau façonne le territoire et la société qui s'y est établi. Les éléments naturels forcent alors les hommes à s'y adapter afin d'en tirer le meilleur parti. L'appropriation de la ressource a nécessité de l'appréhender puis la gérer collectivement, conciliant les objectifs de mise en valeur des propriétés individuelles et le partage de cette ressource impliquant une communauté d'usage. La règle de droit est alors venue sécuriser et pérenniser cette gestion collective, et conduit à mêler deux niveaux de droit que le juriste peut croire inconciliables : la propriété privée protégée par le droit civil et l'usage collectif d'une ressource naturelle par une communauté fondée sur un lien de solidarité.

Les objectifs du droit coutumier dombiste, issus de l'évolution des pratiques locales, semblent se heurter aux nouveaux impératifs du droit contemporain, à savoir la préservation des éléments de l'environnement et la conservation des fonctions écologiques. Ce droit local peut être qualifié de droit à vocation utilitariste en ce qu'il a pour objet de réglementer un usage particulier de la ressource en eau sans pour autant en empêcher certains autres usages. L'objectif poursuivi par les pratiques traditionnelles et donc par le droit coutumier en Dombes est de permettre l'exploitation de terres jugées ingrates. La valorisation de ce milieu hostile par l'exploitation de l'eau démontre le caractère anthropocentré de la démarche de régulation des usages. Ce droit particulier, qui a mûri au cours des siècles, n'a eu d'autre objet que de permettre à l'individu d'user d'une ressource naturelle pour son profit, dans un cadre collectif et de régler les usages d'une communauté. Dans le cadre de cette démarche, cet ensemble de règles a pour objet d'imposer un cadre normatif permettant la maîtrise de l'écoulement des eaux. Finalement, l'édifice normatif qui en résulte parachève l'œuvre technique par laquelle l'homme a entrepris de maîtriser les obstacles de la nature. Ce constat est d'autant plus évident que le territoire de la Dombes est aujourd'hui émaillé d'une multitude d'étangs

connectés les uns aux autres par des fossés. L'ensemble de ces ouvrages façonnent le paysage de cette région, mais également son identité et son patrimoine. Cet ensemble est, pour l'être humain, le témoin d'une « *foi inébranlable en sa supériorité sur les espèces sauvages, richesses et milieux naturel* »¹⁵¹. Le droit coutumier local est l'élément indispensable à la réalisation et au maintien de ce travail de modelage de l'environnement.

De son côté, le droit de l'environnement tel qu'il a été progressivement construit depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle, est animé par principe d'une finalité qui semble en tout point opposé à celle du droit local de Dombes. Selon le Professeur Untermaier, « *il s'entend comme le droit de la protection de l'environnement* »¹⁵². Cette dimension finaliste se heurte à plusieurs difficultés en peinant à intégrer les autres branches du droit, du fait notamment du principe d'indépendance des législations¹⁵³, mais aussi les objectifs différents portés par les différentes branches du droit¹⁵⁴. Toutefois, le législateur¹⁵⁵ ainsi que la jurisprudence ont créé des « passerelles » permettant d'effacer progressivement ces obstacles, facilitées par les principes inclus dans la Charte constitutionnelle de l'environnement¹⁵⁶, à l'image du principe de précaution¹⁵⁷.

La confrontation des deux ordres normatifs constitués du droit commun et de la coutume, dont l'histoire et la finalité que tout semble opposer, est à première vue susceptible de créer un grand nombre de difficultés. Frédérique Permingeat, dans sa thèse sur « La coutume et le droit de l'environnement » a démontré que certaines coutumes répondent à la finalité protectrice du droit de l'environnement, alors que d'autres vont à son encontre. C'est, par exemple, le cas de certains modes traditionnels de chasse¹⁵⁸ ou de pêche qui heurtent manifestement les principes de préservation de l'environnement. Il serait réducteur d'en conclure que le droit coutumier en général peut être considéré comme anti-environnemental. Toutefois, les objectifs divergents voire contradictoires de la coutume et du droit commun de

¹⁵¹ PERMINGEAT F., op. cit., p. 43.

¹⁵² UNTERMAIER J., Les principes du droit de l'environnement, in CAUDAL S. (Dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 202.

¹⁵³ En matière de protection de l'environnement et de droit de l'urbanisme par exemple (v. PLANCHET P., Principe de précaution et indépendance des législations, RFDA 2017, p. 1074).

¹⁵⁴ Le droit de l'environnement visant à préserver les ressources, le droit rural à les exploiter et le droit civil à organiser les rapports entre les propriétés.

¹⁵⁵ En conciliant la préservation des ressources et la production agricole par exemple.

¹⁵⁶ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JORF du 2 mars 2005, p. 3697.

¹⁵⁷ CE Sect., 19 juill. 2010, *Association du quartier Les Hauts de Choiseul c/ Cne d'Amboise*, n°328687, *Grands arrêts du droit de l'environnement*, Dalloz, 2010, p. 34, note Billet.

¹⁵⁸ Les chasses traditionnelles à l'arc, à la glue ou en battue par exemple (PERMINGEAT F. préc. p., 325). La juridiction administrative a reconnu que constituait une « perturbation volontaire », au sens de l'article L. 411-1 du Code de l'environnement, le fait de pratiquer la chasse en battue dans l'aire naturelle de répartition d'ours brun (CAA Bordeaux, 9 avr. 2014, *MEDD et Féd. dptale des chasseurs de l'Ariège*, req. n° 12BX00391: *Envir.* 2014, n° 57, note Trouilly; *Dr. envir.* 2014. 263 et 387; *AJDA* 2014. 1924.).

l'environnement interrogent, eu égard notamment à la finalité du droit coutumier multiséculaire de la Dombes, qui a eu pour objet de permettre l'exploitation des ressources naturelles locales, semble alors contrarier la finalité du droit de l'environnement. Néanmoins, si ces règles particulières ont permis aux occupants de ce territoire de le modeler à leur avantage, son application permet aujourd'hui d'entretenir un système complexe d'utilisation de la ressource en eau, en lien avec le milieu dans lequel elle ruisselle. Un nouvel environnement, circonscrit à des caractéristiques locales, qui est le fruit de l'activité humaine a été peu à peu considéré comme un ensemble naturel à préserver. Alors que la constitution des étangs est le fruit de l'activité humaine, le paysage qu'ils composent est généralement considéré comme naturel. Si ce droit local n'est pas à proprement parlé un « droit de l'environnement » au sens où on l'entend d'un point de vue du droit commun, il est définitivement un droit propre à l'environnement dombiste. Son but est avant toute chose d'ordonner les relations entre les différents usagers de l'eau et des étangs. Il s'agit également d'encadrer les prélèvements de la ressource en eau ainsi que d'imposer l'entretien des écosystèmes locaux afin d'en permettre la résilience. Ainsi, ce droit local peut définitivement être considéré, dès son origine, d'un droit du développement durable du territoire de la Dombes.

Cette région n'est pas isolée et s'inscrit dans un contexte géographique et socio-économique régional et national. De ce fait les pratiques qui y sont exercées, ne peuvent ignorer le droit commun, national comme européen, avec lequel le droit local doit s'articuler. Bien que leur histoire et leurs modalités de constructions soient différentes, ces deux ordres normatifs convergent l'un vers l'autre à travers un objet commun : celui de l'usage de l'eau et de l'entretien des écosystèmes. À la suite de ce constat, la présente réflexion a pour objet d'exposer les spécificités et les fondements du droit spontané local propre à un territoire spécifique. Le développement de cet ensemble normatif unique du point de vue du droit contemporain s'est fondé non seulement sur les spécificités d'un territoire mais plus encore sur les liens particuliers unissant les membres d'une communauté soudés autour de l'usage d'une ressource naturelle. Ces liens entre les hommes unis en société, que l'on pourra qualifier de liens de solidarité, permettent de caractériser l'attachement de cette communauté à son territoire. Dans ce contexte, la solidarité peut être définie juridiquement comme les relations de droit qui existent entre deux ou plusieurs individus qui se trouvent engagés les uns envers les autres¹⁵⁹. Ce lien juridique qui unit plusieurs individus entre eux peut dériver

¹⁵⁹ SUPLOT A., *La solidarité, Enquête sur un principe juridique*, Ed. Odile Jacob, 2015.

d'un environnement particulier¹⁶⁰, et plus largement, découler d'un contexte physique. La configuration des lieux, en Dombes, conduit à la constitution de liens réciproques qui se manifeste d'une part, de laisser couler l'eau en aval au lieu de la garder pour soit, et d'autre part, de la recevoir, perpétuant ainsi la chaîne de partage de la ressource. En ce sens, on peut dire qu'il y a une solidarité, au fil de l'eau. On peut parler alors de solidarité écologique¹⁶¹. Dans le cadre de cette solidarité, la concurrence d'usages de la ressource en eau a fait émerger un ensemble de relations juridiques, du fait de l'interdépendance observable entre les usagers solidaires autour de la ressource¹⁶². Ces usages constitués sur un même bien font émerger le caractère collectif de leur objet. Les mécanismes juridiques à l'œuvre, les droits d'usages, les obligations et responsabilités des usagers de l'eau conduisent à s'interroger sur l'existence d'un « bien commun environnemental », voire une propriété collective à l'échelle d'un territoire identifié. L'ensemble de ces faits juridiques doivent être mis en rapport avec les conséquences environnementales de ces modes d'utilisation de la ressource. L'utilisation traditionnelle de la ressource conduit en effet à l'entretien des milieux naturels, entretien sans lequel ce mode d'exploitation serait indéniablement perturbé. En découle un cycle vertueux d'un nécessaire entretien du milieu pour l'usage de la ressource qui s'y trouve.

En conséquence, la persistance des usages, au sens pratique comme au sens juridique, observable dans la région de la Dombes constitue une nécessité tant écologique que normative du fait de la réponse au moins partielle du droit local aux objectifs imposés par le droit de l'environnement contemporain. La pérennisation du droit local est dès lors nécessaire pour préserver les pratiques qu'il coordonne dans une perspective de pluralisme juridique. L'insertion des usages traditionnels dans un système juridique globalisé tout en conservant une identité propre est nécessaire à leur survie, comme à celle des activités qu'ils gouvernent. Toutefois, l'uniformisation sous-tendue par le droit national tend à effacer le droit traditionnel local qui, pour persister, doit alors s'ancrer dans une nouvelle forme juridique afin de dépasser les limites imposées par les caractéristiques de la coutume. En effet, cette dernière est difficilement effective à partir du moment où son application requiert l'intervention d'un organe extérieur (une juridiction de droit commun par exemple) à la communauté à laquelle elle est destinée. Toutefois, la coutume n'est pas l'unique forme de droit issue directement des pratiques d'un groupe identifié d'individus. Il s'agit donc d'envisager les formes possibles de l'institutionnalisation d'un droit traditionnel sans pour autant annihiler son caractère spontané.

¹⁶⁰ Voir la solidarité écologique, cf. *infra*.

¹⁶¹ MATHEVET R., *Solidarité écologique : ce lien qui nous oblige*, Actes Sud, 2012.

¹⁶² Concernant les utilisateurs de l'eau en Dombes, Vanessa Manceron énonce que la ressource les « lie les uns aux autres ».

Envisager la consécration d'un pluralisme juridique à l'échelle d'un territoire rural nécessite d'abord d'analyser la manière dont un droit spontané, multiséculaire, a été façonné autour du principe de solidarité qui lie les individus auxquels il s'applique (Première partie). Ensuite, le pluralisme juridique nécessite d'identifier les points de convergence entre deux normes de nature et d'origine différentes ; cette convergence faisant apparaître une relation d'interdépendance dans la réalisation des objectifs communs à ces normes (Deuxième partie).

1^{ERE} PARTIE. LE DEVELOPPEMENT D'UN « DROIT SPONTANE » LIE AUX USAGES TRADITIONNELS DE L'EAU

Au-delà des aspects juridiques, le développement d'un territoire rural tel que la Dombes, ou d'autres régions d'étangs, est en lui-même original. En effet, la maîtrise des éléments par les hommes a conduit à transformer un paysage et à forger l'identité d'une société locale grâce à la mise en valeur de son environnement, et ce, dès l'époque médiévale. Cette pratique a perduré et s'est transmise de génération en génération, respectant des pratiques immuables dont l'essentiel est toujours appliqué. Aujourd'hui encore, les associations, collectivités territoriales ou organismes professionnels revendiquent cette identité commune fondée sur l'exploitation traditionnelle de l'eau et des étangs. En outre, cette identité, en même temps que l'exploitation collective des ouvrages hydrauliques a permis de faire émerger une communauté. L'identité commune, la collectivité d'usage et l'exploitation économique sont autant de démarches qui fondent et en tout cas, à moment ou à un autre l'intervention de la règle de droit. Peu à peu, l'usage de l'eau a été mis en règles¹⁶³, presque inconsciemment, par les utilisateurs de la ressource qui se sont fixé des limites à leur propre usage. Ces limites se sont imposées du fait du nécessaire respect des droits de chacun des usagers, mais également de préserver les écosystèmes afin de garantir la pérennité l'usage de la ressource naturelle. Ce droit, construit spontanément, est l'expression de l'équilibre qui doit exister entre l'exploitation des ressources et le respect des milieux qui la conditionnent.

Dans cette partie, l'enjeu est de démontrer qu'un modèle durable de système juridique s'est développé autour de l'exploitation raisonnable et surtout collective de la ressource (Titre 1). Malgré les originalités juridiques présentées par le droit spontané vis-à-vis du droit commun, ce système normatif original a pu conserver ses particularités du fait de l'exception locale qu'il représente (Titre 2).

¹⁶³ Nous reprenons ici l'expression du Pr. Philippe Billet (BILLET Ph., L'usage de l'eau mis en règle : entre droit des équilibres et équilibre des droits, *Environnement*, 2005, p. 36).

Titre 1. L'usage collectif de la ressource commune vecteur du droit spontané

Le Conseil d'État, dans son rapport public de 2010 intitulé « *L'eau et son droit* » s'interrogeait sur un « *défi essentiel et nouveau pour les pouvoirs publics et pour les élus locaux* » en matière de gestion économe de la ressource en eau :

« Quel instrument ou levier utiliser et quelle pédagogie publique promouvoir pour entrer dans une logique de rareté de l'eau en tenant compte d'une culture ancestrale qui voit dans la gratuité de l'eau un don de Dieu ou de la nature et d'un droit qui, s'il considère l'eau comme une res communis, privilégie néanmoins le propriétaire riverain des cours d'eau et le propriétaire du sol ? »¹⁶⁴.

Par cette question complexe, le Conseil d'État met en exergue les difficultés juridiques liées à la gestion de l'eau dans un contexte de contrainte(s) environnementale(s). Il s'agit à la fois de considérer le régime de propriété sur la ressource, son statut juridique en droit français ainsi que les liens juridiques qui unissent les usagers entre eux et avec la ressource. Si le droit national et le droit de l'Union Européenne peinent à mettre en place de nouveaux outils incitatifs pour une gestion durable de la ressource, le droit local coutumier peut sans doute apporter un éclairage particulièrement intéressant sur cette question.

L'exploitation collective d'une ressource naturelle entraîne nécessairement l'édiction de certaines règles communes. Ces règles organisent une communauté d'usagers constituée autour d'une même ressource qu'ils doivent nécessairement partager. Cette dernière devient dès lors un bien commun au bénéfice de cette communauté, excluant *a priori* son accaparement individuel. Cette affirmation doit être nuancée par l'édiction progressive de règles qui encadrent l'accaparement de la ressource, c'est-à-dire l'organisation complexe de droits d'usages sur celle-ci. Elle est attribuée à des propriétaires privés à partir du moment où les aménagements qu'ils ont réalisés a permis d'accéder à cette ressource et ainsi de façonner un territoire. Cette organisation communautaire emporte l'édiction de règles spontanées conduites par la situation naturelle des lieux et de ses incidences sur les modalités d'accès et d'exploitation de la ressource. Ainsi, il est possible de déceler dans la construction du droit spontané l'expression d'un droit naturel à travers la communauté d'usagers. John Locke développe, au XVII^{ème}, la théorie des droits naturels dont jouissent les hommes et qui leurs sont intrinsèques. Ces droits naturels viennent avant la loi qui ne fait qu'en exprimer les

¹⁶⁴ CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 2010 : L'eau et son droit*, La Documentation française, 2010, p. 175.

modalités d'application¹⁶⁵. De ce constat, Locke développe, dans son *Second traité sur le gouvernement civil*, l'idée selon laquelle la loi ne peut régler toutes les situations et prendre en compte l'ensemble des éléments locaux. Ainsi, la loi ne peut tout régir mais fixe des grands principes permettant l'unité de la réglementation tout en permettant l'expression de réglementations locales. Dès lors, se pose la question du rapport entre cette loi « globale » et la réglementation locale. La loi est-elle supérieure à la coutume locale, et en quoi ? Au contraire, la coutume ne pourrait-elle pas s'affranchir de la loi, soit par elle-même ou par la reconnaissance de la loi qui organiserait leur coexistence ? Sans doute, si l'on se réfère à l'ordonnancement juridique interne issu de la démonstration positiviste de Kelsen. Toutefois, la coutume n'est-elle pas préexistante à la loi et, partant, doté d'une légitimité histoire et pratique supérieure ? De ce point de vue, le droit légiféré pourrait ainsi se voir remis en cause par la réglementation locale puisqu'elle est fondée sur l'exploitation collective d'un bien naturel susceptible d'être qualifié de « commun » par le fait de cette exploitation collective (Chapitre 1). La légitimité de la préservation d'une réglementation coutumière locale repose en outre sur une solidarité, sociale, écologique, territoriale et économique, qui unie les membres d'une communauté d'usagers autour de l'usage de ce commun (Chapitre 2).

¹⁶⁵ LOCKE J., *Second traité sur le gouvernement civil* (1689), réédition PUF, 1994.

Chapitre 1. La qualification juridique d'un bien naturel collectif

La première pierre de l'analyse du droit traditionnel encore en vigueur sur le territoire de la Dombes passe par l'identification d'un statut global de la ressource en eau qui y circule. En effet, l'objet de ce droit est justement la gestion de cette eau qui circule d'étangs en étangs, passant inlassablement de fonds en fonds, et de thou en thou¹⁶⁶. La doctrine a consacré de nombreuses études à la recherche d'un statut juridique de l'eau dans sa globalité et dans la perspective de prise en considération des enjeux environnementaux contemporains¹⁶⁷. Dans le cadre de la présente étude, il convient d'appréhender l'eau telle qu'elle existe dans une région d'étangs et plus particulièrement la Dombes, c'est-à-dire une eau principalement pluviale et close, s'écoulant selon les besoins et la maîtrise des hommes en circuit quasi-fermé. La qualification juridique des éléments de l'environnement offre un panel de statuts et de régime (patrimoine, communs...) qui permet véritablement de renouveler l'appréhension juridique de l'eau sur ce territoire. Il est alors possible de rendre compte d'une communauté de droit autour de l'élément aquatique, et de déceler des liens juridiques de solidarités reposant à la fois sur des droits sur la ressources que des devoirs à l'égard des autres membres de la communauté, voire à l'égard de la ressource elle-même si on l'entend dans une perspective biocentrée.

L'attachement identitaire d'une « société hydraulique » locale à son territoire conduit à la création d'une véritable communauté d'usagers de l'eau qui chacun exercent les droits qui leurs sont attribués, ou plus exactement qu'ils se sont attribués les uns les autres. Ces droits d'usage sont l'expression d'une relation juridique entre les usagers de l'eau et l'objet de l'usage, faisant de ces droits, des droits réels. Toutefois, l'enchevêtrement complexe de droits d'usages sur l'eau et les étangs en Dombes suscite des interrogations quant à la possibilité d'une appropriation de la ressource. La propriété ne s'entend pas uniquement de la propriété privée, aux caractères exclusif et absolutiste, mais il est également envisageable d'ériger une propriété collective et inclusive à travers l'usage collectif d'un objet commun. Dès lors, l'usage de l'eau exercé par un groupement d'individus tend à donner à cette ressource un statut social, économique, mais également juridique. Il s'agit sans nul doute d'un objet

¹⁶⁶ Le thou est l'ouvrage situé sur la chaussée de l'étang et qui permet de vidanger ou de retenir l'eau. Pour une définition traditionnelle, voir RIVOIRE Ch., 1881, préc., p. 9 ; et pour une définition moderne, voir *Les usages des étangs de la Dombes*, 2017, p. 17.

¹⁶⁷ Pour une étude complète, voir GUDEFIN J., *Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, préc.

commun de droits exercés de façon concurrente par des individus liés les uns aux autres au sein d'une communauté locale rurale. Cet usage collectif permet de constater l'existence d'un « commun » au sens où l'entendait l'économiste E. Ostrom (Section 1). Cependant, la reconnaissance de statut n'est pas suffisante pour faire entrer les règles propres à l'usage de ce « commun » dans la sphère du droit et donc de lui attribuer un véritable régime juridique. Différentes hypothèses doivent donc être envisagées afin d'identifier un cadre juridique opérant (Section 2).

Section 1. La singularité du statut juridique de l'eau en Dombes

Le droit spontané local tel qu'il est appliqué en Dombes doit nécessairement s'organiser autour d'un objet, d'une activité et d'un sujet de droit. Le sujet de droit est la communauté locale à qui ce droit s'applique. Cette communauté est par ailleurs liée par un certain nombre d'activités associées à l'exploitation de l'eau. Cette ressource est donc centrale dans l'organisation sociale et juridique de ce territoire. Pourtant, il semble difficile de lui attribuer un statut juridique. A l'heure où les ressources naturelles sont l'objet de nombreuses réflexions visant à leur déterminer un statut propre à les préserver, il convient d'envisager un certain nombre d'hypothèses. De toute évidence, pour faire l'objet d'un usage à l'échelle d'une filière socioprofessionnelle, l'eau est d'une part mise en commun, et fait d'autre part l'objet d'un certain nombre de règles. Ces constats conduisent à envisager deux voies de recherche : d'abord celle d'un statut de l'eau faisant l'objet d'un usage collectif dans la perspective d'identifier un modèle spécifique de « commun » (I) ; et ensuite celle d'identifier la nature du droit spécifique qui trouve en l'eau son objet (II).

I. La nécessaire identification d'un commun mouvant : l'eau

Le débat doctrinal autour de la gestion et du partage de ressources collectives en lien avec la question de la propriété privée a été alimenté par l'article de Hardin, « *La tragédie des communs* »¹⁶⁸, auquel Ostrom a répondu afin de démontrer qu'il était possible et préférable de gouverner collectivement l'usage de certaines ressources pour la préservation de cette dernière¹⁶⁹. La doctrine contemporaine s'attache à édifier une théorie complète du

¹⁶⁸ HARDIN G., The tragedy of the commons, *Science* 1968, n° 162, p. 1243.

¹⁶⁹ OSTROM E., *Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, préc.

« commun » et de ses applications possibles dans les sociétés contemporaines, qui serait fondée sur une analyse économique, politique et juridique de l'histoire des « communs »¹⁷⁰. En s'appuyant sur cette doctrine particulière fournie aujourd'hui, il est possible de concevoir l'eau en Dombes comme un « commun ».

Sous l'impulsion des réflexions menées par l'économiste Elinor Ostrom, la recherche en droit, et plus particulièrement en droit de l'environnement, s'est développée autour de la thématique des « communs ». L'économiste américaine a défini des critères permettant l'identification de « communs ». Aujourd'hui, les économistes, mais également et surtout les juristes précisent ces critères afin de présenter une appréhension renouvelée et adaptée aux enjeux contemporains de ce qu'il convient de définir comme un « commun ». Ces critères doivent être précisés et appliqués à l'eau en Dombes (A) afin de permettre la possible l'identification d'une nouvelle typologie de « communs », avec les conséquences juridiques et opérationnelles inhérentes (B).

A. *L'application des critères du « commun » à l'eau en Dombes*

Qu'il s'agisse de *commons*, de biens communs ou de choses communes, l'ensemble de ces qualifications tendent vers un même objectif : celui d'attribuer un statut à la ressource dont l'usage est partagé, mais également un régime juridique à l'usage et l'utilité de ces ressources¹⁷¹. Surtout, il s'agit de « garantir l'usage élargi » de ces ressources¹⁷². Un état des lieux de la recherche en sciences humaines concernant les communs permet de conclure que chaque champ scientifique, voire chaque chercheur, a entrepris de construire une typologie des communs propre à la perspective dans laquelle il se place. Ces travaux permettent de dégager et de préciser les critères du commun (1), mais également de mettre en évidence sa complexité du fait qu'un bien peut à la fois être le commun et l'objet du commun (2).

1. *L'identification des critères du commun*

Ostrom a conçu sa théorie des communs en fonction de certains objets susceptibles de faire l'objet d'un usage collectif : notamment, les pâturages, prairies et autres forêts ou bois.

¹⁷⁰ DARDOT P. et LAVAL Ch., *Commun, Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Ed. La Découverte, 2015.

¹⁷¹ On parlera alors volontiers de « services écosystémiques », cf. *infra*.

¹⁷² OST F., *Oser la pensée complexe : l'exemple des « communs »*, in MEKKI M. et NAIM-GESBERT E. (Dir.), *Droit public et droit privé de l'environnement : unité dans la diversité ?* LGDJ, 2016.

Dans son approche, le commun est matériel. Aujourd'hui, les études sur les communs ont été élargies aux objets immatériels. De ce point de vue, la mise en commun est donc potentiellement dématérialisée, à la manière de la diffusion de la connaissance (au sens large). Cette approche contemporaine nécessite de renouveler et prolonger la théorie d'Ostrom. Dans un ouvrage récent, Benjamin Coriat propose une définition renouvelée du « commun »¹⁷³. Pour l'auteur, la distinction d'un « commun », d'un « bien commun » ou encore d'un « bien public » n'est pas chose aisée, d'autant plus que ces qualifications constituent une alternative crédible en ce qui concerne le statut de l'eau¹⁷⁴. Néanmoins, une telle distinction se révèle être nécessaire. L'auteur dresse une définition à la fois précise et restrictive de ce qu'il convient de nommer « commun ». Cette notion suppose d'identifier une ressource, elle-même objet d'un partage et donc du commun ; elle nécessite ensuite d'analyser la nature des droits et des obligations qui lient les participants au commun ; et enfin, de constater l'existence d'un mode de gouvernance qui permet « *aux participants au commun de faire respecter au cours du temps le système des droits et obligations qui le régit* »¹⁷⁵. Les études sur la qualification ont été renouvelées. L'ensemble de cette littérature fait apparaître une approche diversifiée des communs, tant en ce qui concerne leur objet que leurs critères.

En s'imprégnant des travaux de Ostrom et de ses disciples, Benjamin Coriat dresse le « portrait-robot » du commun, à partir des « communs fonciers » identifiés par l'économiste américaine pour l'appliquer aux « communs informationnels »¹⁷⁶ autrement dit, une nouvelle génération de commun, des ressources génétiques (et la problématique de la brevetabilité du vivant) au partage d'information et de connaissance (logiciels libres par exemple). A partir de ces réflexions, il est possible d'établir la liste des critères d'identification d'un commun ou de ce qui fait qu'un bien est commun. Une ressource qui fait l'objet d'un usage et cet usage bénéficiant lui-même à une pluralité d'utilisateurs. Donc un partage, une gouvernance.

¹⁷³ CORIAT B., *Le retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire*, Ed. Les liens qui libèrent, 2015. A partir notamment de la p. 23.

¹⁷⁴ LUCARELLI A., La nature juridique de l'eau entre bien public et bien commun, in *Les enjeux de la gestion locale de l'eau*, Ed. Le Moniteur, 2010, p. 87. Selon l'auteur, ces deux statuts imposent soit une gestion publique afin de concrétiser l'existence d'un « droit à l'eau », soit une propriété publique.

¹⁷⁵ CORIAT B. *préc.*, p. 24.

¹⁷⁶ CORIAT B., *préc.*, p. 39.

2. *La dualité de l'eau commune en Dombes*

En tout état de cause, l'eau en Dombes constitue un objet particulier par nature. Évidemment, l'eau se rapproche indéniablement de l'idée d'un « bien foncier » dans l'approche d'Ostrom. Plus juridiquement, il s'agit d'un bien matériel meuble, rattaché au foncier et fait donc partie des communs plus « traditionnels ». Ces communs matériels, les plus traditionnels, sont généralement assimilés à des prairies et pâtures, des forêts et bois dont l'usage et l'exploitation sont partagés. En droit français, ils peuvent être soumis à des régimes juridiques spécifiques tels que les biens communaux ou sectionnaux et dont l'appropriation est clairement collective. Pour autant, les recherches actuelles visant à imaginer et promouvoir une gestion juridique des « nouveaux » communs, trouvent une application ici qui permet d'identifier un double commun : un mode spécifique de gestion, et son objet. En effet, en Dombes, ce qui constitue le commun est l'eau, mais également le « régime des étangs » (gestion assec / évolage). Ce deuxième élément se révèle indispensable à l'identification d'une communauté d'utilisateurs.

L'eau est le commun. Les études concernant les communs immatériels permettent donc d'intégrer les modalités de partage et de gouvernance propres à ce commun. En ce qui concerne la Dombes, l'eau constituerait, selon cette définition, à la fois le commun et l'objet du commun. Ce dernier désignerait ainsi le mode de gestion traditionnelle de la ressource qui fait naître des droits et obligations garantissant son partage ainsi qu'une gouvernance sommaire, spontanée mais effective garantissant ce partage. A ce titre, le mode de gestion traditionnel de la ressource en eau est également susceptible de recevoir la qualification de commun, ce qui justifierait qu'il soit préservé à ce titre¹⁷⁷.

B. La particularité d'un « commun » maîtrisé

L'eau est un élément meuble par nature mais que certains éléments permettent de suspendre le cours. Mais il est possible de l'immobiliser, soit de façon naturelle (dépression), soit de façon artificielle (création d'ouvrage) afin d'en permettre l'usage partagé, une étape indispensable à l'identification du commun (1). Un critère supplémentaire du commun réside dans l'inscription dans le temps de cet usage (2).

¹⁷⁷ Voir *infra.*, Titre II – Chap. II.

1. L'immobilisation de la ressource comme préalable à l'identification du commun

L'immobilisation de la ressource mouvante conduit à l'identification du commun. L'eau qui ruisselle et qui n'est pas immobilisée dans une masse n'est pas un commun. A partir du moment où elle est immobilisée et maîtrisée, elle participe de la communauté fondée autour de son usage collectif et partagé. Le commun est dès lors constitué de deux éléments successifs. Dans un premier temps, l'immobilisation de l'eau qui ruisselle naturellement. La closure, ou le fait de faire évoluer le statut juridique de l'eau d'une eau courante à une close, génère l'usage commun. Dans un second temps, le commun trouve sa réalisation dans la circulation de cette ressource au sein d'un ensemble constitué d'un étang et de fossés dont la gestion est coordonnée, sans pour autant faire perdre à l'eau son caractère d'eau close. Cette hypothèse vaut dans le cas d'une chaîne d'étangs dépendants se vidant les uns dans les autres. Le caractère commun de cette eau close cesse dès lors qu'elle est rendue à son cours naturel à l'occasion de la vidange du dernier étang.

En l'occurrence, il s'agit d'une masse d'eau qui circule sur un territoire identifié et selon des modalités techniques qui permettent à l'homme de la maîtriser¹⁷⁸. Cette typologie de commun est intéressante à un autre égard encore. Sont parfois mis en contradiction l'identification de « communs » et les différents mouvements « d'enclosure »¹⁷⁹, c'est-à-dire la volonté pour un individu de soustraire de l'usage d'autrui une ressource qu'il détient légitimement. Néanmoins certains éléments naturels peuvent constituer des « communs » sans pour autant que leur soit opposée la propriété privée. L'eau constituée en réseau au sein d'un bassin hydraulique déterminé peut faire l'objet d'un usage collectif - voire d'une appropriation - sans pour autant remettre en cause les droits de propriété foncière que ces mêmes usagers sont en capacité de revendiquer. Ainsi, cet élément naturel à priori insaisissable ne peut faire l'objet d'un commun que lorsqu'il a été maîtrisé et partant immobilisé au sein d'un réseau hydraulique artificiel et contrôlé par (et pour) l'homme : des fossés et étangs, ouvrages artificiels enfermant les eaux et permettant leur maîtrise, leur exploitation et leur mise en valeur. Finalement, l'objet du « commun » en Dombes est la

¹⁷⁸ Laurence Bérard évoque même la mise en œuvre d'une « technologie », propre à la maîtrise de la ressource (BERARD L., 1982, préc., p. 4).

¹⁷⁹ L'avènement de la propriété privée, de sa délimitation et de sa revendication au XVIIIème siècle, mais également les revendications contemporaines en matière de propriété intellectuelle via la brevetabilité et son opposé, la mise en commun de la connaissance (logiciels libres, diffusion de la recherche...).

ressource hydraulique qui circule dans cet hydrosystème mêlant les éléments naturels et artificiels. Cette eau permet que l'objet du partage et de l'usage collectif soit identifié.

En outre, l'eau circulant en Dombes d'étangs en fossés et de fossés en étangs, passe d'une propriété à l'autre, d'un usager à l'autre. Dès lors, c'est manifestement ce caractère circulatoire qui donnerait la ressource en eau ce statut de commun. Pour le vérifier, il s'agit de prendre les uns après les autres les critères de l'identification du commun pour démontrer que l'eau en Dombes peut en constituer un. Un objet faisant l'objet d'un partage : l'eau. En Dombes, la ressource hydrique fait l'objet d'un partage entre ses utilisateurs, chacun disposant, successivement du droit d'en user afin de satisfaire ses besoins à un moment donné, c'est-à-dire, de pouvoir exercer une activité piscicole pendant la période de l'évolage. Ces droits s'accompagnent toutefois, et fort logiquement, d'obligations et de responsabilités qui constituent un ensemble de règles de partage de l'eau. Ainsi, si chacun des utilisateurs dispose de la possibilité d'exploiter cette ressource, cet usage ne se fait pas sans contrainte ni limite. Le but de l'identification des communs, dans la pensée d'E. Ostrom, est de leur attribuer un mode de gouvernance permettant leur préservation et la pérennisation de leur usage partagé, et ce quel que soit l'objet de ces « communs »¹⁸⁰. Il faut entendre par gouvernance, les différentes modalités de gestion collective de la ressource partagée, sans qu'il n'y ait nécessairement d'institution. Il existe bien en Dombes une gouvernance particulière propre à contraindre l'usage de l'eau sur ce territoire. Aussi, la connaissance traditionnelle, le recours à une expertise technique et le règlement amiable des conflits sont autant de cadres contraignant l'usage de l'eau¹⁸¹.

2. *L'inscription dans le temps de l'usage comme critère du commun*

En tout état de cause, l'usage, ou plus exactement les modalités de l'usage du bien faisant l'objet d'une exploitation commune, doivent être analysés afin de conclure à la présence d'un commun, en application des critères issus des travaux d'Ostrom selon lesquels un commun nécessite la mise en œuvre d'une gouvernance particulière. En allant plus loin dans cette perspective et en reprenant l'idée que le commun est un construit social¹⁸², Aurore Chaigneau estime que c'est véritablement le système d'organisation de l'usage du bien

¹⁸⁰ OSTROM E., *préc.*

¹⁸¹ L'ensemble de ces éléments seront détaillés et analysés au cours des développements de la présente recherche.

¹⁸² CHAIGNEAU A., Une propriété affectée au commun, in CHAIGNEAU A. (Dir.), *Fonctions de la propriété et commun. Regards comparatistes*, Ed. Société de Législation comparée, 2017, p. 58.

partagé et non ce bien lui-même qui constitue le commun. Le système d'organisation du commun porterait alors non seulement sur l'objet du commun mais également sur ses usagers - lesquels devant être distingués au sein d'une communauté plus large. Ils doivent être entendus de manière restrictive, en considérant ceux-là seuls qui ont accès à la ressource, caractérisant de ce fait une communauté restreinte.

Comme le révèle l'auteur, cette interprétation permet de caractériser les conditions d'exploitation des anciens communaux sous l'empire du droit féodal¹⁸³. Toutefois, il semble que ce point de vue ne soit pas adapté aux rapports existants entre les usagers de la ressource partagée dont l'exploitation repose sur la maîtrise d'une succession de propriétés privées. Néanmoins, la gouvernance de cette ressource est indispensable à l'identification d'un commun. En d'autres termes, l'usage du commun doit nécessairement être organisé, de manière formalisée ou non. En outre, l'usage qui en est fait permet de le légitimer s'il est un usage répété dans le temps.

Tout comme la propriété classiquement considérée en droit civil qui rend possible l'appropriation par la prescription acquisitive¹⁸⁴, un caractère temporel peut être mobilisé afin d'identifier un « commun ». En effet, l'antériorité de l'usage d'une ressource ou d'un bien naturel peut être convoquée afin de déterminer les droits des usagers qu'ils tirent de ce que l'on peut qualifier de droit d'antériorité. Un usage multiséculaire de cette portion de ressource hydrographique légitimement identifiée conduit à identifier une relation toute particulière entre cet élément naturel et ses usagers. En ce sens, Pierre Dardot et Christian Laval apportent un éclairage passionnant sur la jurisprudence de la Cour suprême Indienne¹⁸⁵ à propos de la reconnaissance des droits d'usage multiséculaire d'une communauté locale sur un lac reconnu comme « commun »¹⁸⁶. Il ressort de cet exemple comme d'autres issus du droit français que l'élément temporel est particulièrement prégnant dans la constitution d'un commun dans le sens où son exploitation et sa gouvernance sont issues d'un usage de long terme¹⁸⁷. Le temps long est particulièrement présent lorsqu'il s'agit de fonder l'usage commun de biens fonciers tels que les prairies, d'autant plus lorsque les droits d'usage sur ces biens sont organisés selon des règles coutumières¹⁸⁸.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Code civil, art. 2258 : « La prescription acquisitive est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi ».

¹⁸⁵ Supreme Court of India, Civil appeal, 28 janv. 2011, *Jagpal Singh & Ors v. State of Punjab & Ors*, n° 1132/2011.

¹⁸⁶ PARANCE B. et De SAINT-VICTOR J., *Repenser les biens communs*, CNRS Editions, 2014, p. 13.

¹⁸⁷ JANIN P., La prairie et son droit, *R.J.E.* 1985, n° 2, p. 147.

¹⁸⁸ CHAIGNEAU A., Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun, *R.I.D.E.*

Incontestablement, l'eau en Dombes est un élément structurant du paysage et de la société dombistes dès le XII^{ème} siècle, et ce quelle qu'ait été l'origine de la création des étangs¹⁸⁹. C'est de cette relation historique entre la communauté des hommes et un environnement qu'elle a su modeler à son avantage tout en exploitant raisonnablement et durablement les ressources, qu'émerge l'idée d'une « eau commune » ou « eau collective ». Ce sentiment est aujourd'hui encore très largement partagé par les propriétaires et exploitants d'étangs. Il est même érigé en principe général de la gestion de l'eau en Dombes¹⁹⁰. A ce titre, plus que la propriété de la ressource, c'est plus exactement son usage qui est commun à l'ensemble des utilisateurs. La qualification de commun se fonde donc sur l'antériorité de l'usage de la ressource ainsi que son caractère collectif.

En définitive, il est possible de démontrer que l'eau telle qu'elle est partagée sur le territoire de la Dombes constitue une sorte de commun particulier dont le statut et le régime juridiques doivent pouvoir être précisés afin de mieux être appréhendés par le droit dans son ensemble.

II. L'intégration du « commun » dans l'ordre normatif par la recherche d'un statut juridique

L'eau circulant sur le territoire de la Dombes peut être considérée, d'un point de vue théorique, comme un « commun ». Cette reconnaissance doit toutefois être accompagnée d'une concrétisation juridique, sans quoi elle serait réduite à « des schémas théoriques sans existence effective »¹⁹¹. Le vocabulaire juridique regorge de notions qui permettent de s'extirper du cadre restrictif de la propriété privée afin de rendre possible le dépassement d'un usage individuel et exclusif d'un élément naturel ou considéré comme tel. Au premier chef de ces notions se retrouvent les choses communes qui rendent impossible l'application des prérogatives attribuées à un propriétaire individuel mais qui permettent l'ouverture de l'usage de son objet à autrui. Si l'eau appréhendée dans sa globalité est susceptible d'être qualifiée de chose commune, il est légitime de s'interroger sur les conséquences de l'application de ce régime sur la préservation de la ressource (A). Néanmoins, il est nécessaire de chercher la

2014, n° 3, p. 335.

¹⁸⁹ BENOIT C., préc., p. 21.

¹⁹⁰ En ce sens, il a été choisi de transposer cela par écrit au sein de la rédaction des usages des étangs de la Dombes (2017, p. 15).

¹⁹¹ ROCHFELD J., Quel(s) modèles juridiques pour les communs ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépassement de la propriété, 2013, p. 17.

traduction juridique de l'appréhension collective de la gestion de l'eau sur un territoire rural organisé autour d'une communauté identifiée. Cette démarche conduit à s'interroger sur la possibilité de qualifier la ressource en eau de bien collectif (B).

A. *L'adaptation de la qualification de « res communis »*

Certaines ressources sont exclues du champ de la propriété privée et ce, dans le but de satisfaire les exigences de l'intérêt général qui imposent qu'elles soient à la disposition de tous et ne sont donc pas susceptibles d'appropriation privative. Ainsi, « *il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* »¹⁹². Ces ressources, à l'image de l'air ou de l'eau, apparaissent originellement comme inépuisables et par essence difficilement appropriables. Le caractère illimité de la ressource justifie que leur usage soit ouvert sans restriction. L'accapement par l'exclusion qualitative de la ressource (pollution) appelle des restrictions qui ferment cette ouverture de la ressource¹⁹³ car sa raréfaction justifie qu'elle soit requalifiée. La part des ressources insusceptibles d'appropriation se réduit. S'il est possible d'envisager l'eau en Dombes comme une chose commune du fait de la nature de cet élément (1), il faut toutefois marquer les limites de cette interprétation (2).

1. *L'eau en Dombes dans le champ d'application des res communis*

Le statut de chose commune de l'article 714 du Code civil conduit à reconnaître la communautarisation des usages de la chose commune (l'usage est commun à tous) et traduit de cette façon, une relative protection de l'eau¹⁹⁴. Ce statut permet de consacrer des droits concurrents sur la ressource et permet de satisfaire l'ensemble de la communauté des usagers, garantissant le partage de l'eau¹⁹⁵. Pour autant, ce statut ne peut être efficacement envisageable que dans le contexte d'une grande disponibilité de la ressource. Or, en Dombes, il s'agit, non pas de gérer une ressource largement disponible mais au contraire, de gérer une ressource rare afin de garantir un égal accès à tous.

¹⁹² Code civil, art. 714.

¹⁹³ REMOND-GOUILLOUD M., *Du droit de détruire*, préc.; OSTROM E., *La gouvernance des communs*, préc.; DOUGLAS M., *De la souillure. Essai sur les notions de pollution et de tabou*, Ed. La Découverte, 2005.

¹⁹⁴ GUDEFIN J., préc., p. 370.

¹⁹⁵ BILLET Ph., préc., p. 36.

Notre droit connaît plusieurs formes juridiques de non appropriation. Si les *res communis* de l'article 714 du Code civil en est une, les choses sans maître en sont une autre. D'abord, les choses communes sont définies de la manière suivante par le Code civil : « *Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* ». Il découle de la notion de chose commune que tout individu a le droit de faire usage de l'eau, sans toutefois que cet usage soit illimité dans ses conditions d'accès, au regard notamment des droits de propriétés attachés aux terrains sur lequel elle se trouve. Ce statut juridique suppose également que la ressource soit présente de façon illimitée, autrement dit « *que l'eau doit être disponible en quantité et de qualité suffisantes et que l'on y ait accès* »¹⁹⁶. M. Rémond-Gouilloud considère que constituent des « choses sans maître », notamment l'air, l'eau, le paysage et les ondes, en précisant qu'il s'agit généralement des « *éléments que l'on englobe usuellement sous le terme d'environnement* ». Sont ainsi exclues les *res derelictae* ou choses laissées à l'abandon mais pouvant retrouver un maître, ainsi que les biens vacants au sens des articles 539 et 713 du code civil¹⁹⁷.

L'identification des choses sans maître nécessite d'étudier les rapports entre *res communis* et *res nullius*, à l'image des rapports entre une partie et le tout : « *susceptible d'appropriation, elle en fait l'objet chaque fois que, consommable, son usage implique sa destruction* »¹⁹⁸. Ainsi, la *res nullius* est un fragment d'un ensemble naturel, une parcelle de la *res communis*, pouvant en être détaché et faire l'objet d'un prélèvement. Cette *res nullius*, selon Mme Rémond-Gouilloud, traduit le droit des hommes « *sur les fruits de la nature et montre qu'il ne dépend d'aucun titre* ». L'eau, ou une partie de la ressource en eau pourrait être considérée comme une *res nullius*, pouvant faire l'objet d'une appropriation. C'est notamment ce que propose Philippe Billet à propos des eaux souterraines qui trouve que l'application de ce statut présente l'avantage de la simplification du régime juridique de ces eaux¹⁹⁹.

Une limite à ce droit apparaît toutefois lorsque le prélèvement effectué sur la ressource par l'homme s'effectue au détriment de la résilience de ladite ressource. En d'autres termes, dès lors que la quantité ou la modalité du prélèvement porte atteinte à la reconstitution de la ressource, il devient illégitime. Mme Rémond-Gouilloud s'interroge sur l'anthropocentrisme du droit, y compris du droit de l'environnement, et fait le constat selon lequel le juriste « *ne conçoit d'autres intérêts à protéger que ceux des êtres humains, et les seules limites qu'il*

¹⁹⁶ CANTIN CUMYN M., La notion de chose commune et les conflits d'usages, *Lex Electronica*, 2007, n° 2, [en ligne].

¹⁹⁷ REMOND-GOUILLOUD M., Ressources naturelles et choses sans maîtres, in EDELMAN B. et HERMITTE M.-A. (dir), *L'Homme, la nature et le droit*, Bourgeois Editeur, 1988, p. 226.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 227.

¹⁹⁹ BILLET Ph., *La protection juridique du sous-sol en droit français*, Thèse, Lyon 3, 1994, p. 110.

accepte à ses prérogatives le sont au nom d'autres intérêts humains difficilement perceptibles »²⁰⁰. Le droit de l'environnement, est selon elle et à l'époque où elle écrit, circonstancié par les intérêts humains. Cette position mérite un débat contemporain, notamment au regard de l'importance des éléments à protéger mis en rapports avec les impératifs économiques contemporains²⁰¹. L'auteur, à l'époque où « *commence à se dessiner le droit [de l'environnement]* », voit dans la notion de ressource sans maître une double utilité : celle de concilier le de droit d'usage de la ressource avec les prérogatives *a priori* contradictoires du propriétaire et celle d'affiner l'analyse des règles protectrices de la ressource.

Le régime de la propriété tel qu'il est encore conçu par le droit civil semble bien contradictoire avec les objectifs de préservations des ressources. Le propriétaire détient le pouvoir de disposer à sa guise de « sa chose », y compris de la détruire (abusus). Le droit de propriété recèle une contradiction : « *à la peur de manquer correspond la faculté de se réserver l'usage exclusif de la chose possédée, mais à la volonté de puissance correspond la faculté de la détruire, et donc de s'en priver* »²⁰². Pour autant, ce caractère inappropriable connaît des limites avec l'individualisation de la chose qui devient appropriable en adoptant le régime de son contenant²⁰³, par « *contamination juridique* »²⁰⁴. Par définition, les choses communes sont inappropriables. Un usage commun à tous interdit théoriquement l'appropriation de ladite chose commune. « *Il est classiquement admis que l'environnement naturel en tant qu'entité soit identifié comme chose commune, c'est-à-dire une chose inappropriée et inappropriable* »²⁰⁵. Dans cette même logique, selon M.-A. Chardeau, la chose commune, « *c'est le refus de la propriété privée d'un élément qui permet à tous d'y avoir accès* »²⁰⁶. En définitive, la chose commune revient à identifier une « communauté négative »²⁰⁷ donc autrement dit, une communauté d'individus forgée autour d'une chose commune à laquelle ils ont tous accès sans pour autant détenir de titre de propriété dessus, une communauté de non-propriétaires en somme.

²⁰⁰ REMOND-GOUILLOUD M., Ressources naturelles et choses sans maîtres, préc.

²⁰¹ *Ibid.*, p.129.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ DE KLEMM C., MARTIN G., PRIEUR M., UNTERMAIER J., « Les qualifications des éléments de l'environnement », in KISS A. (dir.), *L'écologie et la loi, Le statut juridique de l'environnement*, L'Harmattan, 1989, p. 64.

²⁰⁴ BILLET Ph., art ?

²⁰⁵ CAMPROUX-DUFFRENE M.-P., Entre environnement *per se* et environnement pour soi : la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement, *Environnement* 2012, n°12, étude n° 14.

²⁰⁶ CHARDEAU M.-A., *Les choses communes*, LGDJ, 2006.

²⁰⁷ ROCHFELD J., Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français?, in CORIAT B. (Dir.), préc., p. 92.

Dès lors, il s'agit d'extraire l'eau de la catégorie juridique des choses, voire de lui conférer le statut de sujet de droit²⁰⁸. Pourtant, cette démarche semble vouée à l'échec au regard de la structure actuelle du droit qui réside dans la distinction entre les choses et les personnes et qui conduirait étrangement à concevoir l'eau comme une personne. Nonobstant cette *summa divisio*, l'eau doit être considérée non seulement comme une chose, mais également comme une ressource, par nature limitée et menacée. Bien que cela puisse fonder l'édiction de règles propres à lui assurer une protection juridique, l'eau, en tant que chose, n'est pas insusceptible d'appropriation, quel qu'en soit le mode.

2. Les limites au statut de *res communis* fondées sur une appropriation temporaire

Le régime juridique des choses communes n'a pas laissé d'interroger la doctrine, et notamment la doctrine environnementaliste concernant son application aux ressources naturelles dans un contexte écologique contraint. À la suite de Martine Rémond-Gouillou, Jean-François Calmette estime qu'il s'agit d'une « *notion qui porte en elle-même sa condamnation* »²⁰⁹. Le droit de propriété tel que conçu en droit français attribue au propriétaire, à travers le droit d'*abusus*, le pouvoir de disposer de sa chose de la façon la plus complète²¹⁰, et donc de l'aliéner. Il s'agit alors de la céder, de l'échanger et donc d'en faire le commerce juridique, ou encore de la détruire. Selon Mme Rémond-Gouillou, « *détruire, c'est anéantir ou altérer la substance* », y compris par le truchement d'une pollution ou d'un prélèvement excessif²¹¹. Malgré sa fluidité, l'eau appropriée est donc bel et bien susceptible d'être consommée et détruite. La commercialité juridique renvoie à l'idée de circulation d'un bien entre les personnes²¹² et découle du pouvoir de disposition du propriétaire sur la chose. Se pose dès lors la question de savoir si qualifier un bien, ou une ressource, de *res communis* permet d'extraire cette ressource du commerce juridique et ainsi éviter de la voir altérée. De plus, cette externalité au commerce juridique est-elle souhaitable pour ce qui concerne l'eau en Dombes ? Il n'y a pas de soustraction à la commercialité juridique de certains objets du fait

²⁰⁸ HAUTEREAU-BOUTONNET M., Faut-il accorder des droits à la nature ? *D.*, 2017, p. 1040.

²⁰⁹ CALMETTE J.-F., *La rareté en droit public*, L'Harmattan, 2004, p. 65.

²¹⁰ « L'*abusus*, attribut spécifique du droit de propriété, constitue l'expression la plus complète de son pouvoir », BERGEL J.-L., BRUSCHI M., CIMAMONTI S., *Traité de droit civil, Les biens*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2010, p. 96.

²¹¹ REMOND-GOUILLOU M., *Du droit de détruire*, PUF, 1989, p. 46.

²¹² DEFFAIRI M., *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, IRIS Editions, 2015, p. 209.

de leurs caractères objectifs mais cette « *soustraction est voulue et décidée par la société* »²¹³. Ainsi, en Dombes, c'est l'attachement de la communauté d'usagers à leurs modes d'exploitation de la ressource (la pisciculture) qui « sacralise » l'eau et lui donne un statut particulier.

La communautarisation de l'usage de l'eau inclut des obligations réciproques afin de prévenir l'accaparement par l'exclusion de l'usage, c'est-à-dire le fait de priver autrui de l'usage de la chose (interdit de l'utiliser). La seule reconnaissance du statut de chose commune n'est pas de nature à garantir la protection de son intégrité. Néanmoins, l'encadrement juridique de son usage, autrement dit son régime juridique, permet de garantir l'accès à la ressource pour tous. Le caractère *communis* en lui-même n'est pas protecteur mais l'accompagnement juridique (réglementaire : réglementation sur l'eau notamment qui interdit certains usages) qui permet cette protection. De ce point de vue, l'inappropriabilité de la ressource n'est que théorique et non physique.

L'inappropriabilité de la chose commune, et notamment de l'eau, est toute relative. On peut déduire de sa qualité de chose la possibilité de son appropriation, ou plus exactement de l'appropriation d'une partie de la ressource constituant la chose commune. Sa totalité demeure inappropriable, sans pour autant exclure un accaparement partiel²¹⁴. Ainsi, l'eau peut faire l'objet d'une « *occupation fragmentaire* »²¹⁵, faisant entrer le fragment prélevé de la ressource dans la catégorie des biens²¹⁶ et permettant sa commercialité juridique²¹⁷. Ce commerce juridique permet l'action de chaque usager sur la ressource en eau. La transition entre la notion de chose commune et la notion de bien, provoquée par son appropriation²¹⁸, induit un changement de régime juridique.

À la suite de Julia Gudefin et au regard de l'analyse des usages de l'eau sur le territoire de la Dombes, il est possible de conclure à une certaine inaptitude du statut de *res communis* à répondre aux enjeux propres à la gestion de l'eau. Gilles Martin déjà dénonçait l'application du statut de *res communis* à « *une eau qui est utilisée de telle manière que nul autre ne puisse le faire en même temps* »²¹⁹. La restitution de l'eau au milieu naturel est certes effective mais

²¹³ BELAIDI N., EUZEN A., préc., p. 62 citant Durkheim : « c'est l'opinion de chaque société qui fait que tels objets sont considérés comme susceptibles d'appropriation, tels autres non ».

²¹⁴ CHARDEAUX M.-A., *Les choses communes*, LGDJ, 2006, p. 96.

²¹⁵ CHARDEAUX M.-A., *Les choses communes*, préc., p. 91.

²¹⁶ BERLIOZ P., *La notion de bien*, LGDJ, 2007, p. 293.

²¹⁷ BELAIDI N., EUZEN A., préc., p. 62

²¹⁸ BERLIOZ P., *La notion de bien*, préc., p. 295.

²¹⁹ MARTIN G., *Le droit à l'environnement. De la responsabilité civile pour fait de pollution au droit à l'environnement*, Publications périodiques spécialisées, 1978.

cette restitution ne garantit pas la sa qualité, ni partant, la possibilité d'un usage ultérieur par autrui. De ce fait, l'éventuelle pollution de la ressource rejetée constitue un accaparement par privation. Ainsi, cet empêchement à l'usage futur de la ressource conduit à son appropriation par celui qui l'a épuisée ou en a altéré les qualités essentielles²²⁰.

En outre, la qualification de « chose commune » ne répond « *qu'à la préoccupation d'usage ouvert et non à celles de conservation et de transmission* » de la ressource²²¹. Si le statut juridique des « choses communes » n'est sans doute pas le plus adapté à la gestion communautaire de l'eau en Dombes, il n'est pas pour autant exclu de considérer cette ressource comme un « commun », dont la diversité juridique n'est plus à démontrer²²². Pour ce faire, il s'agit de dépasser la « communauté négative » imposée par le régime juridique des choses communes vers l'identification d'un statut juridique qui permet l'appréhension collective de la ressource.

Il y a plusieurs sens au commun. Plus exactement, différents régimes juridiques appliqués à des objets que l'on veut protéger peuvent caractériser le commun. Le fait que l'eau soit un commun particulier ne signifie pas nécessairement qu'elle est *res communis*. En effet, cette ressource fait l'objet d'une appropriation, ainsi qu'un accaparement temporaire au sein de l'ouvrage. En ce sens, le commun est exclusif dans le sens où son usage est réservé à une communauté identifiée. Ainsi, l'usage de l'eau ne revient pas à tous puisqu'il revient seulement aux membres de cette communauté. En tout cas, il n'est pas concevable de qualifier l'eau de *res communis* pendant son accaparement, c'est-à-dire pendant qu'elle est close au sein d'un ouvrage afin de permettre une exploitation piscicole par exemple. Elle pourrait être qualifiée ainsi uniquement lorsqu'elle n'est pas appropriée (lorsqu'elle circule), à la condition qu'elle ne soit pas enclose au sein d'un ouvrage rattaché à la propriété d'une personne.

Pour autant, l'inadaptation de la qualité de chose commune ne retire pas à l'eau exploitée en Dombes son caractère commun. Elle demeure l'objet d'un usage collectif.

²²⁰ BILLET Ph, *La protection du sous-sol en droit français*, préc., p. 112.

²²¹ ROCHFELD J., Quel(s) modèle(s) juridiques pour les « communs » ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépassement de la propriété, actes du séminaire international, « Propriété et communs », Paris, 25-26 avril 2013, p. 6.

²²² CORIAT B. (Dir.), *Le retour des communs*, p. 11.

B. La collectivisation de l'usage de l'eau en Dombes

La recherche d'un statut juridique pour un « commun », aussi original soit-il, nécessite d'appréhender la manière dont il est justement mis en commun, et par qui. Il s'agit de voir en quoi il est possible d'identifier un patrimoine collectif (1) puis d'analyser l'hypothèse de qualifier l'eau en Dombes de propriété collective (2).

1. L'identification d'un patrimoine collectif

Du point de vue de leur préservation, la patrimonialisation des éléments de l'environnement consiste, selon le Professeur Michel Prieur, à « dépasser la propriété en identifiant des éléments de l'environnement dont on veut assurer la conservation et la gestion en bon père de famille »²²³. Ce dépassement n'est possible qu'en définissant les biens susceptibles d'échapper à l'appropriation privée intégrant ce patrimoine collectif (a). La patrimonialisation de ce bien dépend nécessairement de la manière dont on l'utilise. Dès lors, c'est l'usage qui fait le patrimoine (b).

a. Définition de l'élément du patrimoine commun dombiste

Le patrimoine peut être défini comme l'ensemble de biens transmissibles de générations en générations. L'eau est un patrimoine dans le sens où elle est partiellement appropriée.

L'appréhension civiliste du patrimoine est fondée sur la propriété et donc sur l'identification d'un propriétaire conférant sa nature à un bien, alors que l'appréhension publiciste de ce concept repose sur l'intérêt général inhérent à un bien. La possession, telle qu'évoquée précédemment laisse cependant une place importante à l'action de l'individu qui peut se prétendre possesseur d'une chose. Cependant, la question légitime qui peut se poser à ce stade est celle de savoir si le patrimoine commun est une chose alors même que l'idée de patrimoine semble évoquer un ensemble diffus qui se différencie alors d'une chose identifiable. On peut alors estimer qu'un « patrimoine » peut être constitué notamment d'une ressource, pris en sa globalité. Pour autant, les éléments constitutifs du patrimoine commun

²²³ PRIEUR M., *Droit de l'environnement (2^{ème} éd.)*, Dalloz, 1991, p. 5 (cette affirmation n'a pas été reprise dans les éditions suivantes).

sont-ils insusceptibles d'appropriation ? Le patrimoine commun constitue une sacralisation de la *res communis*, selon M. Rémond-Gouilloud. Dès lors se pose la question de savoir si l'un peut être exclusif de l'autre²²⁴. L'affirmation selon laquelle il ne peut y avoir de patrimoine sans chose commune doit faire l'objet d'une critique. En effet, le patrimoine commun n'est pas exclusif de l'appropriation. À titre d'exemple, l'article L. 101-1 du Code de l'urbanisme érige le territoire français en patrimoine commun de la Nation. Pour autant, il est possible pour un individu de s'en accaparer des portions. Le droit de l'urbanisme a alors pour objet de réglementer cet accaparement.

De la même manière, l'article L. 210-1 du code de l'environnement érige la ressource en eau en « patrimoine commun de la nation » et ce, depuis l'adoption de la loi sur l'eau de 1992²²⁵. Cette mise en exergue de l'eau, patrimoine commun de la nation, ne permet de mettre l'accent sur le caractère fonctionnel de cette notion. Un certain nombre d'auteurs se sont penchés sur la question suite à l'inscription dans notre droit interne de cette notion de patrimoine commun de la nation. On peut notamment dégager le constat selon lequel cette « communautarisation » constitue une approche plus politique que juridique²²⁶. Néanmoins, cette insertion permet de donner à la fois un cadre et une légitimité à l'action publique en faveur de la protection et la gestion de l'environnement²²⁷, à la manière du domaine public qui constitue également une notion fonctionnelle²²⁸ et qui justifie que soit préservée son affectation à l'utilité publique²²⁹.

La notion de patrimoine commun de la nation, si elle est parfois considérée comme symbolique, recouvre cependant des aspects juridiques, et plus particulièrement, des obligations pesant sur « la nation » ainsi que sur les individus. De plus, les éléments de ce patrimoine commun bénéficient indiscutablement de mécanismes de protection et de gestion. Dans ce cadre, la « nation » est érigée comme sujet de droit puisque c'est à elle que l'on attribue ce patrimoine. Elle agit comme « une sorte de fiduciaire »²³⁰, garante de la mise en œuvre de ces mécanismes de protection et de gestion. Ce qui est valable pour la ressource en

²²⁴ REMOND-GOUILLOU M., *Du droit de détruire*, PUF, 1989, p. 149.

²²⁵ Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, JORF du 4 janvier 1992, p. 187.

²²⁶ BILLET Ph., La réification de la nature et des services, in GRIMONPREZ B. (Dir.), *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Dalloz, 2018, p. 5.

²²⁷ DEFFAIRI M., Patrimoine commun de la nation (approche juridique), in CORNU M. et a. (Dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 893.

²²⁸ SAVARIT I., Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ?, *RFDA* 1998, p.305.

²²⁹ CE, 19 décembre 2007, *Commune de Mercy-le-Bas*, n° 288017, *RDI* 2008 p. 100, note N. Foulquier.

²³⁰ Ibid.

eau à l'échelle de la nation est-il cependant possible à l'échelle d'un territoire non institué tel que celui de la Dombes ? La ressource en eau est appréhendée dans sa globalité mais sa gestion est territorialisée. Dès lors, se pose la question du fiduciaire sur qui reposerait, au même titre que sur les individus, un certain nombre d'obligations. L'hypothèse du patrimoine commun présente l'avantage de recouvrir différents « biens » à transmettre en héritage de génération en génération. Dans le cas de la Dombes, cela signifierait de regrouper sous ce « patrimoine » non seulement la ressource à préserver pour les usages futurs, mais également les pratiques qui permettent son exploitation et enfin les normes qui encadrent ces pratiques.

b. L'identification du patrimoine au fil de l'usage

L'accaparement de la ressource pour en faire usage fait entrer l'eau dans un ensemble de biens et de droits que l'on appelle patrimoine, et qui se trouve rattaché à la propriété du fait de sa nature de droit réel. La transmissibilité de ce droit réel démembré de la propriété qu'est le droit d'usage appelle nécessairement à la notion de patrimoine. Ainsi, c'est l'usage de l'objet considéré qui « fait » le patrimoine²³¹. L'usage de l'eau en Dombes est, comme on l'a vu, particulier en ce qu'il est réglementé par un droit multiforme. De plus, il est fondé sur l'exploitation de la ressource en eau à travers la valorisation d'une propriété privée qu'est l'étang. Si la propriété privée de l'usager de la ressource joue un rôle prépondérant dans la détermination du statut de l'eau utilisée, elle n'efface pas la dimension collective de l'usage. Au contraire, ce dernier obéit à une réglementation traditionnelle visant à permettre la généralisation de l'exploitation de l'eau sur le territoire. Ces règles se sont transmises, tel un patrimoine à part entière, de génération en génération. Cette transmission traduit un usage de la ressource évolutif mais constant. De ce point de vue, la notion de patrimoine commun constitue une nouvelle expression de l'intérêt général transgénérationnel²³². Appliqué à une ressource circonscrite à un territoire donné et à une communauté d'usagers identifiée, on peut parler plus justement d'intérêt communautaire transgénérationnel. Ce point de vue permet de bouleverser l'appréhension juridique de l'eau à travers son appropriation puisqu'au sein d'un patrimoine commun, et plus largement d'un commun, l'accent est mis non pas sur la propriété

²³¹ DE CARRARA S., LE LAY Y.-F., Quand l'usage fait patrimoine. Vers une patrimonialisation des usages et des paysages culturels ?, *Développement durable et territoires* 2015, vol.6, n°1.

²³² HERNANDEZ-ZAKINE C., Eau, agriculture, propriété. Quels enjeux juridiques et donc économiques et sociaux ? in FALQUE M. (dir.) *L'eau entre réglementation et marché*, Johanet, 2014, p. 76.

mais sur l'usage de la ressource partagée, comme si le propriétaire ne devait plus être considéré que comme usager de sa propriété²³³.

Finalement, il s'agit en ce qui concerne la ressource hydrique partagée en Dombes d'un « patrimoine de type social »²³⁴, qui traduit un attachement solidaire voire identitaire à un objet commun qu'il convient de préserver. Cet objet commun, quelle que puisse être sa qualification juridique, est constitué de la ressource en eau. C'est en ce sens que le patrimoine est collectif, dans sa dimension symbolique et sociale.

2. La qualification de bien collectif attachée à l'eau en Dombes

La recherche de qualification juridique d'une situation pratique relativement inédite nécessite de s'attarder sur les modèles existants en droit positif (a) avant de s'interroger sur la catégorie juridique de l'objet de cette qualification (b).

a. La traduction juridique de l'exploitation collective d'un élément naturel

Analyser la question de *l'inclusion* de l'usage comme témoin de la collectivisation de l'exploitation raisonnable et durable de la ressource en eau. Cette analyse s'attache à envisager certains régimes existants d'appropriation collective, et non les régimes associatifs ou syndicats ayant pour objet de réglementer l'usage collectif d'une ressource indépendamment de son statut juridique. Cette dimension collective de l'appropriation de l'eau en Dombes peut très largement être approchée du régime juridique des biens « sectionnaux » et des modalités d'appropriation collective afférentes. Une tendance est toutefois remarquable en ce que ces régimes spécifiques sont voués à disparaître du fait de l'intervention récente du législateur²³⁵. Dorénavant, aucune nouvelle section de commune ne peut être créée²³⁶. De là à conclure que le législateur a souhaité entreprendre une démarche de suppression de la propriété collective traditionnelle issue des pratiques d'anciens régimes, il n'y a qu'un pas. Toutefois, il est également important de noter que certaines communautés sont attachées à cette appropriation et à cet usage communautaire remontant généralement à

²³³ *Ibid.*, p. 79.

²³⁴ SAVARIT I., préc.

²³⁵ Loi n° 2013-428 du 27 mai 2013 modernisant le régime des sections de commune, JORF du 28 mai 2013, p. 8729.

²³⁶ Code général des collectivités territoriales, art. L. 2411-1 dans sa rédaction issue de la loi de 2013 précitée.

des pratiques issues de l'ancien régime. Ainsi, certaines sections de communes sont « entrées en résistance »²³⁷.

En tout état de cause, ce régime original est particulièrement intéressant puisqu'une section de commune n'est pas créée par une décision de l'autorité publique mais son existence est constatée en présence d'un patrimoine collectif appartenant à une partie d'une commune²³⁸ que l'on appelle alors « section de commune ». Dès lors, c'est la propriété collective d'un bien identifiable qui permet de constater l'existence de cette section de commune et donc de la détermination du régime juridique applicable à l'usage de ce patrimoine collectif. La personnalité juridique de la communauté titulaire du droit de propriété peut être déterminante puisqu'une section de commune est « une personne morale de droit public »²³⁹, ce qui implique notamment la compétence de la juridiction administrative en cas de contentieux et la soumission plus généralement des activités de cette communauté au droit public. La compétence de la juridiction judiciaire est réduite à son rôle de « gardien de la propriété » puisqu'elle est seule compétente pour trancher la question de la propriété qui peut être revendiquée pour un bien²⁴⁰. Ce statut s'explique par le fait qu'une section de commune, comme l'indique son appellation constitue un groupement d'habitant d'une même commune, ou plus exactement une émanation de cette dernière, elle-même personne morale de droit public. En effet, il existe en droit positif des modalités d'appropriation collective (indivision, biens communaux, biens sectionnaux) à travers l'identification d'une communauté²⁴¹. La dimension collective est essentielle puisque le concept de communauté de pratiques est proposé pour rendre compte de ces pratiques partagées localement par le groupe sans forcément se connaître individuellement²⁴².

Concernant la survivance des pratiques communautaires, est à noter l'élaboration d'une législation postrévolutionnaire, notamment le code rural de 1791 qui établit un cadre législatif global tout en laissant les modalités d'application aux mains des pouvoirs municipaux²⁴³.

²³⁷ Voir notamment VANUXEM S., Des petites républiques ordonnées autour de Communs. Du Haut Atlas au Massif Central, présentation colloque Vers une République des biens communs ?, Cerisy 8-15 sept. 2016 [communication accessible en ligne].

²³⁸ CE, 1^{er} oct. 1986, *Cne de la Saulsotte c/ Assoc. des affouagistes de la Saulsotte*, n° 59522.

²³⁹ L'article L. 2411-1 préc. intègre ainsi dans sa version actuelle la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE 25 mai 1988, *Cne de Saint-Saturnin c/ M. Chabrier*, req. n° 84473, *Lebon* T. 665 et 1005).

²⁴⁰ CE 3 janv. 1934, *Cne de Grayan-l'Hôpital*, *Lebon* 7 ; CE 1^{er} mars 1940, *Section de Mont-Quaix*, *Lebon* 83.

²⁴¹ VANUXEM S. Les contre-feux de l'Empire : le cas des sectionaux, biens de communautés d'habitants, *in L'empire de la propriété*, préc., p. 194.

²⁴² BÉRARD L., Place de la culture technique locale dans la construction des AOC, *in* S. Wolikow et F. Humbert (Dir.), *Une histoire des vins et des produits AOC, L'INAO de 1935 à nos jours*, Ed. Universitaires de Dijon, 2015.

²⁴³ JOURNES C. (Dir.), *La coutume et la loi, histoire d'un conflit*, préc., p. 16.

Ainsi, le système agraire communautaire « *sort renforcé de la période révolutionnaire* »²⁴⁴. Ce renforcement est caractérisé par la reprise des biens communaux et des droits collectifs. Il existe une lutte entre deux modèles agricoles jusqu'au second empire, entre un modèle agricole communautaire caractérisé par la garantie d'un collectivisme diffus et une « *gestion rationnelle et individualiste des riches et de l'Etat* »²⁴⁵.

L'article 542 du Code civil énonce que « *les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis* ». Là encore, les biens communaux dépendent de la juridiction administrative de façon exclusive en ce qui concerne leurs modalités de jouissance²⁴⁶. Toutefois, le champ de compétence des juridictions est plus complexe puisque les biens communaux sont intégrés au domaine privé de la commune et à ce titre, se voient appliquées les règles civiles de la gestion de la propriété privée²⁴⁷. Néanmoins, le propriétaire de ces biens est bien la commune en tant que personne morale de droit public et non pas ses habitants en indivision²⁴⁸, bien que ceux-ci conservent sur ces communaux leur « droit acquis ». Pourtant, à l'origine de leur reconnaissance législative par la loi du 10 juin 1793, les biens communaux étaient considérés comme faisant l'objet d'une propriété collective²⁴⁹ au bénéfice de « *la généralité des habitants ou membres des communes ou sections de communes* » sur lesquelles ils sont situés. Cette interprétation rend justice à l'origine communautaire de ces biens dans le droit d'ancien régime et est renforcée par la lettre de l'article 542 du Code civil qui énonce encore aujourd'hui que ces biens communaux « *sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis* ». Néanmoins, cette interprétation a été combattue par la doctrine et renversée par la jurisprudence qui consacre le caractère public de ces biens en les incorporant dans le domaine privé des communes²⁵⁰. Pourtant, les « sectionnaires » ou les « communaux » répondent à des critères juridiques précis, notamment dans l'identification des titulaires des droits d'usage : une section de commune ou bien les habitants d'une même commune. Or, la communauté dombiste que l'on se propose d'ériger en propriétaire de la ressource en eau sur le territoire de la Dombes dépasse largement le cadre sectionnal ou communal. Dès lors, ces deux catégories ne semblent pas être les plus pertinentes pour envisager l'aspect collectif de l'usage de l'eau sur ce territoire.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 17.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 23.

²⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 24 nov. 1993, *Bull. civ. I*, n° 345.

²⁴⁷ Cass. 3^{ème} civ., 15 juin 1988, *Bull. civ. III*, n° 110

²⁴⁸ CE, 22 mai 2013, *Commune de Les Hermaux*, n° 35959, *RD rur.* 2013, n° 417, comm. 23, note Robbe.

²⁴⁹ JANIN P., La prairie et son droit, *R.J.E.* 1985, n° 2, p. 157.

²⁵⁰ SORBARA J.-B., Les biens communaux, *RDJ* 2008, n° 4, p. 1023.

b. Un bien, objet de l'appropriation collective

Dans certains cas, comme à travers l'exemple de la Dombes, la réification d'un fragment de cette ressource qu'est l'eau (le fait d'en faire un bien, ou une chose –res), est le moyen de permettre sa préservation, dans l'hypothèse où cette « chose » est attachée à une collectivité. Outre les *res communis* et *res nullius*, et sans aller jusqu'aux contraintes du patrimoine commun, certains auteurs identifient les « *res collectivis* », qui permettraient de réserver l'usage d'une ressource à une communauté identifiée²⁵¹. Cette catégorie juridique permet ainsi à cette communauté de jouir de l'usage d'une ressource en commun. Elle est tirée de la qualification par détermination de la loi de certaines ressources comme « patrimoine collectif »²⁵². Cependant, il s'agit là des ressources « auxquelles la France accède ». L'État se trouve alors « réservataire » de l'usage de la ressource et c'est selon les conditions qu'il édicte (à savoir l'autorisation administrative) que l'usage des membres de la communauté des pêcheurs pourra jouir de l'exploitation de la ressource.

Au-delà de l'interventionnisme étatique permettant de réglementer l'accès à ces « *res collectivis* », le droit coutumier local a pu, spontané et au fil des siècles de pratiques, instaurer des modalités de gestion permettant la réglementation de l'eau dans le respect de la collectivité. Toutefois, la « chose collective », ne permet pas non plus de traduire en droit la réalité l'appropriation collective de l'eau en Dombes. En effet, il convient plus exactement de parler de « bien collectif » afin d'affirmer la possible appropriation de cette ressource, non pas par une personne privée, mais par une collectivité. Le droit de propriété est ce qui convertit la chose en bien²⁵³. Néanmoins, le bien collectif tel qu'il vient d'être défini nécessite l'identification d'une collectivité, voire d'une communauté, titulaire des droits sur ladite chose. Celle-ci doit être délimitée et parfaitement identifiable. Le territoire de la Dombes est exploité par des acteurs locaux identifiés notamment au sein des filières piscicoles et agricoles, voire cynégétiques. Ainsi, les usagers de la chose collective peuvent dès lors être aisément identifiés. L'eau en Dombes serait un bien collectif, ne fermant pas la porte à une appropriation - celle-ci étant collective.

²⁵¹ LAURIER R., Le régime juridique de l'accès aux ressources halieutiques à l'épreuve de la théorie classique du patrimoine, *RD rur.* 2011, n° 398, étude 15.

²⁵² Il s'agit notamment des ressources halieutiques, en application de l'article L. 911-2 du Code rural et de la pêche maritime.

²⁵³ BERLIOZ P., *La notion de bien*, LGDJ, 2007, p. 25.

Le qualificatif de collectif peut dès lors être retenu pour qualifier l'eau en Dombes. Cependant, et à la suite des recherches récentes concernant le statut de l'eau, nous pouvons remettre en cause la « réification de l'eau » sur ce territoire. Il est entendu que les choses communes (*res communis*) sont par nature inappropriables et, ce titre, ne sont pas considérés comme des biens²⁵⁴. Cependant, la recherche d'un statut juridique opérationnel de l'eau en Dombes nous pousse à nous affranchir des réflexions portant sur le statut de l'eau en général. La gestion de l'eau en Dombes est fondée sur l'hypothèse de l'appropriation des eaux closes²⁵⁵. De cette façon, la qualification de « bien » susceptible d'appropriation privée ou collective est celle qui semble le plus à même de retranscrire juridiquement le statut de l'eau en Dombes. L'efficacité de la règle de droit repose sur son acceptation, encore plus (et c'est là même son essence) lorsque l'on se place dans un système normatif coutumier. « *Or c'est l'intérêt que porte à la chose les membres du corps social qui permet de la qualifier de chose commune* »²⁵⁶. L'intérêt porté par les acteurs dombistes à la ressource en eau est double : elle est considérée comme une ressource des plus rares, mais également comme une propriété que l'on doit partager. Elle est considérée comme un bien, dont l'accès doit être garanti à tous. Partant, elle doit être considérée comme un bien collectif et non une chose commune.

III. La tentative de dépassement de la propriété privée individuelle par l'identification d'une propriété collective

Le statut juridique de propriété collective attribuée à l'eau circulant en Dombes permet de qualifier et de préciser le régime applicable à cette ressource sur un territoire aussi particulier que celui de la Dombes des étangs. On l'a vu, il s'agit d'un « commun ». Néanmoins, cette proposition théorique doit nécessairement s'ancrer dans le réel et dans l'ordonnement juridique constitué à la fois du droit spontané local et de l'application du droit national uniformisé. L'enjeu est donc d'imaginer un régime juridique opérationnel permettant de traduire les obligations de chacun des utilisateurs de l'eau. La propriété collective a le mérite de clarifier « *l'imbraglio de droits de propriétés et d'usages* »²⁵⁷ sur l'eau et les étangs en Dombes : l'eau circulant dans le réseau hydraulique territorial appartient à la communauté et son usage revient au propriétaire de l'étang. Un bien collectif permet à la communauté de ses

²⁵⁴ JADOT B., L'article 714 du code civil et la protection de l'environnement, in *L'actualité du droit de l'environnement*, actes du colloque des 17 et 18 nov. 1994, Bruylant 1995, p. 438.

²⁵⁵ Voir les développements de la section 2.

²⁵⁶ BELAIDI N., EUZEN A., préc., p.63.

²⁵⁷ MANCERON V., Être maître de l'étang, *Études rurales*, 2005 n° 175-176, pp. 149-166.

usagers de se forger une identité commune. Cette identité commune, fondée sur l'usage collectif d'une ressource naturelle et l'attachement à un territoire conduit à ériger cette ressource en une véritable propriété collective (A). Une telle hypothèse ne soit cependant opposées certaines difficultés théoriques au regard de l'application du droit positif (B).

A. De l'attachement identitaire au territoire à l'appropriation collective du bien partagé

Cette solidarité ainsi décrite contraint les usages de l'eau dans un esprit de partage de la ressource, l'objectif étant de la préserver afin de pouvoir perpétuer les pratiques propres à un territoire. En Dombes, mettre en péril la ressource en eau revient à faire périliter l'ensemble du système de gestion des étangs ainsi que la filière piscicole et dès lors, de faire « mourir » l'ensemble du territoire en portant atteinte aux équilibres fragiles qui existent entre les différents usages de la ressource. Plus qu'une communauté d'usage, le regroupement d'usagers autour de l'exploitation d'une ressource ne permet-elle pas l'émergence et la reconnaissance d'une propriété collective ? Le sentiment d'appartenance à un territoire peut conduire peu à peu à une « patrimonialisation » de ce territoire et de ses composantes naturelles. J'appartiens à ce territoire, il fait partie de mon identité collective, de ce fait il m'appartient un peu aussi, ainsi qu'à chacun des membres de ma « communauté hydraulique ». Ainsi, l'usage fait le patrimoine²⁵⁸. Ce point de vue prend alors le contrepied de l'idée selon laquelle l'on reconnaît à un bien le caractère patrimonial lorsque sa pérennité ou son existence même sont remises en cause, et plus largement « *lorsque s'exprime la volonté de contrer l'oubli et la destruction de ce qui apparaît comme porteur d'identité, d'art et d'histoire* »²⁵⁹. Du patrimoine collectif à la propriété collective, il n'y a qu'un pas. Ce concept nécessite de faire l'objet d'une tentative de définition (1) ainsi que l'identification d'un titulaire (2).

²⁵⁸ DE CARRARA S., LE LAY Y.-F., Quand l'usage fait patrimoine. Vers une patrimonialisation des usages et des paysages culturels ?, *Développement durable et territoires* [En ligne], vol.6, n°1 | mars 2015.

²⁵⁹ BENHAMOU F., Les territoires fluctuants du patrimoine, in *Économie du patrimoine culturel*, Ed. La Découverte, 2012, p. 7-24.

1. La définition complexe de la notion de propriété collective et de son titulaire

Parmi les nombreuses facettes que recèle la propriété, la propriété collective répond à la propriété individuelle²⁶⁰, sans pour autant lui retirer son caractère privé, puisque la collectivité n'aboutit pas toujours à la publicité de la propriété. Dès lors, l'hypothèse ici développée nécessite de déterminer ce que recouvre la notion de propriété collective (a), avant d'en identifier le ou les titulaires (b).

a. Les contours de la propriété collective

Les liens entre propriété et la collectivité ont fait l'objet de nombreuses études par la doctrine juridique, à l'image du Professeur Zenati-Castaing qui énonça que « *la propriété sort des entrailles de la communauté* »²⁶¹. À partir de cette affirmation, il est possible de voir dans la mise en commun d'une chose, l'émergence d'un droit de propriété. Généralement, ce droit de propriété est individuel et vise à réguler les relations entre les individus par rapport aux choses qu'ils possèdent. Toutefois, il est possible également d'y déceler les prémices d'une propriété collective.

D'abord, existe-t-il des définitions de la propriété collective ? En droit civil, le régime juridique de l'indivision, celui de la copropriété ou bien la propriété commune dans le cadre du mariage constituent des formes de propriété collective. Du point de vue du droit public, il est possible de s'interroger sur le caractère collectif du domaine public. Toutefois, cette hypothèse doit rapidement être érudée puisque, hormis le domaine public par détermination de la loi, la mise en œuvre du régime de la domanialité publique nécessite l'identification d'un propriétaire public²⁶². D'un point de vue plus général, on peut considérer en droit que la propriété collective est une situation de concurrence entre différents titulaires sur un même bien. En droit privé, peuvent être considérées comme des propriétés collectives les cas d'indivision et de copropriété. En somme, il s'agit d'une situation juridique dans laquelle les individus exercent concurremment des droits de même nature sur un même bien.

Toutefois, le droit civil oppose une résistance accrue à l'idée de propriété collective si l'on considère que « *la propriété telle qu'elle est traditionnellement conçue se prête mal à la*

²⁶⁰ FERNANDEZ FERNANDEZ A., et MLWE C., Accompagner la diversité des droits portant sur le sol : un défi juridique, in FALL A. B. (dir.), *Itinéraires du droit et terres des hommes, Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Breton*, Mare et Martin, 2017, p. 966.

²⁶¹ ZENATI-CASTAING F., *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, 1981, Lyon 3, p. 106.

²⁶² Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 2111-1.

pluralité de titulaires »²⁶³. P. Berlioz envisage deux dépassements de la propriété privée individuelle : la mise en société et l'indivision²⁶⁴. On retrouve par ailleurs des ouvrages hydrauliques en Dombes qui répondent au régime de l'indivision, notamment certaines digues. Ainsi, concernant la propriété de la chaussée délimitant deux étangs appartenant respectivement à deux propriétaires différents, la Cour de cassation a déclaré cette chaussée indivise et commune²⁶⁵.

Néanmoins, la propriété collective générale en Dombes semble permettre, au moins théoriquement, d'opérer un dépassement des notions juridiques biens connues telles que l'indivision d'une part et les *res communes* d'autre part. Il s'agit finalement ici d'envisager une forme juridique de propriété collective, s'inspirant des mécanismes qui ont fait leurs preuves à savoir les régimes des biens communaux ou sectionnaux²⁶⁶. En effet, notion originale mais fortement marginalisée aujourd'hui, les communaux²⁶⁷ ne répondent pas à la définition juridique restrictive de l'indivision. En outre, l'absence du droit d'exclure quiconque de l'utilisation de la ressource que l'on peut rencontrer dans le régime juridique de la *res communis* doit être dépassée dans la perspective d'une propriété collective.

De façon surprenante, l'expression de « propriété collective » a été soulevée par la jurisprudence à propos de la Dombes dont la Cour d'Appel de Lyon, en 2012, a estimé qu'elle était « parfois considérée comme une propriété collective »²⁶⁸. La Cour y définit la Dombes comme constituant un « ensemble géographique remarquable (classé Natura 2000) caractérisé par la présence de nombreux étangs reliés les uns aux autres et constituant ainsi une propriété parfois qualifiée de collective ». Le juge judiciaire déduit ainsi de la situation géographique de la Dombes et de son intérêt écologique caractérisé par un dispositif de protection, son caractère de propriété collective. La juridiction semble ainsi valider l'hypothèse d'une solidarité tant territoriale qu'écologique autour d'une exploitation originale et durable de la ressource en eau, tout en dépassant le concept de solidarité en sautant le pas de la propriété collective. Cette interprétation est d'autant plus étonnante pour le juriste que le juge judiciaire est le gardien de la propriété privée et il ne peut être anodin de voir cette expression mobilisée dans le cadre d'un litige entre personnes privées, le juge ne pouvant ignorer les implications d'ordre juridique de ce concept. Cependant, l'analyse de cette

²⁶³ BERLIOZ P., *La notion de bien*, LGDJ, 2007, p. 73.

²⁶⁴ BERLIOZ P. préc., p. 78.

²⁶⁵ Cass., 3^{ème} civ., 21 juillet 1998, n° 96-18698.

²⁶⁶ VANUXEM S. Les contre-feux de l'Empire : le cas des sectionnaux, biens de communautés d'habitants, *in L'empire de la propriété*, préc., p. 196.

²⁶⁷ Voir décret-loi de 1793 sur le partage des biens communaux, préc.

²⁶⁸ CA Lyon, 2 oct. 2012, n° 10/06679, préc.

jurisprudence isolée doit intégrer le fait que les juges de droit commun sont peu connaisseurs du droit local et si particulier de la Dombes. Quoi qu'il en soit, l'appropriation collective nécessite la reconnaissance et l'identification d'un ensemble d'individus formant une communauté et, à ce titre, qui sont légitimes à exercer leurs droits d'usages sur la ressource.

b. L'identification d'un sujet de droit collectif

Le titulaire du droit de propriété collective est identifié dans la communauté des acteurs dombistes. Elle ne serait alors ni une personne publique au sens du droit administratif (établissement public, collectivité territoriale ou syndicat mixte), ni une personne privée au sens du droit privé (une association par exemple). Cette communauté peut alors être considérée comme « positive », reconnaissant la ressource comme un bien commun. Elle dépasse ainsi la seule communauté « diffuse » reposant sur les propriétés privées se contraignant entre elles. Pourrait être envisagée la possibilité, pour cette communauté instituée et dotée de la personnalité juridique à travers une structure associative ou syndicale, de démontrer un intérêt à agir et ainsi assigner un individu propriétaire ou exploitant d'étang pour manquement à ses obligations coutumières. Ainsi, l'individu, dont la propriété privée resterait reconnue, se fondrait au sein de la communauté et serait contraint par elle de respecter les règles s'imposant à tous. De ce point de vue, la communauté des propriétaires et exploitants d'étangs pourrait être considérée comme la garante d'un intérêt local et titulaire de droits permettant de préserver cet intérêt. Cette propriété collective serait donc à rapprocher, afin de mieux l'appréhender, de certains régimes juridiques tels que celui des biens communaux pour lequel « *chaque habitant n'a pas un droit individuel à la propriété d'une cote part idéale, mais il est à considérer comme propriétaire in solidum de la totalité du bien, en cela il s'oppose à l'indivision* »²⁶⁹.

2. Détermination des contours de la propriété collective en Dombes

L'hypothèse intéressante d'une propriété collective de l'eau sur un territoire rural a été soulevée par la jurisprudence à propos de la Dombes dont la Cour d'appel de Lyon, en 2012, a estimé qu'elle était « *une propriété parfois qualifiée de 'collective'* »²⁷⁰. Le problème

²⁶⁹ BOURJOL M., *Les biens communaux, voyage au centre de la propriété collective*, LGDJ, 1989, p. 172.

²⁷⁰ CA Lyon, 2 oct. 2012, n°10/06679, préc.

demeure de déterminer l'objet de cette propriété collective étant donné que chaque individu, dans ce type de « communauté », dispose et jouit de sa propre propriété privée malgré les contraintes précédemment développées (a). La ressource en eau doit pouvoir, pour se faire, être juridiquement distincte du fonds sur lequel elle repose (b).

a. L'identification de l'objet du droit collectif

Cette interprétation n'est cependant pas exempte de toute critique. Le concept de propriété collective pouvant entrer en contradiction avec les réalités pratiques qui mettent plus volontiers en avant le principe de la propriété privée. Cette réalité pratique est aussi une réalité sociologique que retranscrit Vanessa Manceron dans sa thèse lorsqu'elle interroge les acteurs locaux qui lui énoncent : « *Nous, en Dombes, c'est clair, tout est privé* »²⁷¹. Pour autant, il a été démontré que ces propriétés privées sont irriguées par un ensemble d'obligations coutumières, et donc juridiques, qui consacrent les pratiques solidaires de partage de l'eau ainsi que la continuité de l'ensemble des techniques mises en œuvre pour son exploitation. Cet attachement patrimonial trouverait une consécration juridique dans la consécration, au moins sur le plan théorique, d'une propriété collective. Il resterait à savoir quel est l'objet de cette propriété collective. Reste à savoir, dès lors, quel est l'objet de cette propriété collective étant donné que chaque individu, dans ce type de « communauté », dispose et jouit de sa propre propriété privée. L'étang en tant que bien foncier étant écarté, plusieurs objets peuvent être considérés comme des biens collectifs en Dombes. Le système traditionnel de gestion de l'eau, le droit spontané qui l'encadre et la ressource en eau elle-même peuvent prétendre à cette qualification. Nous nous interrogerons ici d'abord sur la dernière de ces hypothèses.

L'hypothèse de l'eau en tant que propriété collective est renforcée par la législation environnementale. L'article L. 210-1 du code de l'environnement proclame en effet que la ressource en eau fait partie du patrimoine commun de la nation. Le concept de patrimoine commun serait ainsi territorialisé, appliqué au contexte spécifique de la Dombes à tout autre territoire institutionnalisé autour d'une communauté d'usagers de l'eau. Ce principe directeur d'eau patrimoine commun peut mener à deux analyses distinctes. D'abord, la préservation de l'eau et de sa qualité est une nécessité publique et justifie l'appropriation par une personne publique de la ressource (appropriation foncière, protection réglementaire,

²⁷¹ MANCERON V., préc., p. 226

application d'un régime de police administrative...), dans le but de satisfaire à l'intérêt général de la gestion durable et équilibrée de la ressource. Bien que cette conception ne soit pas absente dans le système de gestion en Dombes (à travers l'application de la réglementation dite « loi sur l'eau » notamment²⁷²), elle sera ici écartée dans notre entreprise de définition de la propriété dombiste. Une autre interprétation, guidée également par l'utilité publique de l'accès à l'eau, est celle de la communautarisation de son usage²⁷³. Cette communautarisation des usages de l'eau est notamment permise par les contraintes exercées sur la propriété privée grâce à l'application des servitudes issues du Code civil (article 640 et suivants²⁷⁴). Il s'agit ainsi de fonder cette communautarisation de l'usage à travers les relations entre propriétés privées. Bien que celle-ci soit particulièrement attrayante, notamment dans une dimension d'appréhension globale de la ressource, nous nous proposons de dépasser, dans le cas de la Dombes, ces deux perspectives (celle de l'appropriation publique et celle de la contrainte des propriétés privées entre elle) afin d'analyser la possibilité de contrainte de la propriété privée par la propriété collective, fondée sur l'application du principe de solidarité au sein d'une communauté.

La propriété collective de la Dombes peut trouver une traduction dans le concept juridique de l'usufruit²⁷⁵. La collectivité d'usagers, cette communauté pour qui la préservation de la ressource et du milieu dans lequel elle s'épanouit est un impératif lié à son existence même, serait le nu-propiétaire de cette ressource (l'eau circulant d'un étang à l'autre). Ce nu-propiétaire est celui à qui il est nécessaire de rendre des comptes et au nom duquel les pouvoirs de l'usufruitier sont limités. Les membres de cette communauté, pris individuellement, constitueraient l'ensemble des usufruitiers de cette ressource. Ils disposent chacun d'un droit d'usage dont le prolongement est la capacité à percevoir les fruits du bien (donc de la ressource en eau)²⁷⁶. Cette hypothèse permettrait de rendre compte juridiquement d'une situation factuelle mais fragile. Chacun des usagers à la charge de conserver la qualité de l'eau qu'il reçoit et de la transmettre dans un état permettant son usage (piscicole notamment) mais les velléités individualistes contemporaines tendent à battre en brèche ce principe garant de l'équilibre de l'ensemble de l'écosystème dombiste. Considérer chaque

²⁷² Relative au régime d'autorisation issu des articles L. 214-1 et suivants du code de l'environnement.

²⁷³ GUDEFIN J., préc., p. 210.

²⁷⁴ Sur le caractère de « servitude écologique » de l'article 642 CC et son saisissement par le droit administratif pour en faire une SUP au titre de la protection de l'environnement, Ibid., p213.

²⁷⁵ Art. 578 CC.

²⁷⁶ REMOND-GOUILLOUD M., préc., p. 133 : « l'usufruit : un modèle presque parfait ».

exploitant d'étang comme usufruitier les contraint à user de l'eau « à la charge d'en conserver la substance »²⁷⁷.

- b. L'autonomisation de l'usage de l'eau et de l'évolage dans la concrétisation d'une propriété collective

Il s'agit ici en premier lieu de revenir sur la distinction traditionnelle des usages de l'étang en Dombes. Ainsi que cela a été énoncé en introduction générale, l'étang dombiste fait traditionnellement l'objet d'un assolement triennal original fondé sur l'alternance entre la mise en eau (l'évolage) durant deux ans et la mise à sec (l'assec) l'année qui suit. Ce rythme d'exploitation a aujourd'hui évolué et peut atteindre une durée quinquennale, soit quatre années d'évolage pour une année d'assec. Le droit coutumier en Dombes établit une distinction de propriété entre l'étang en assec et l'étang en évolage. Ainsi, des personnes différentes peuvent être propriétaires d'un même étang selon qu'il est exploité pour l'agriculture ou la pisciculture, les droits d'exploitations pouvant être délégués pour chacune de ces propriétés.

L'avènement d'une double propriété en Dombes, l'eau étant séparée du sol, justifie la recherche d'un régime juridique attribué à l'eau qui puisse à la fois continuer de faire l'objet d'usages traditionnels mais dont la préservation de la qualité serait également garantie. Peut-il être envisageable de considérer l'existence d'une double propriété distincte et non indivise entre celle de l'eau et celle du sol ? De prime abord, cela semble contrevenir au principe du droit civil qui impose que le régime de l'eau suive celui du sol. Toutefois, l'eau considérée comme un bien collectif revient à déconnecter sa propriété de la propriété du sol. En outre, l'origine de cette distinction se trouve dans le droit coutumier local, indépendant du droit commun dans sa création et son régime.

En tout état de cause, il semblerait que la réflexion ne doive pas se cantonner à la distinction entre les régimes juridiques appliqués à l'assec et à l'évolage mais doit être dépassée par une analyse de la différenciation qui existe entre l'eau et le sol. En effet, ce sont dans ces termes que l'ouvrage de 1904 compilant l'ensemble des règles coutumières en Dombes fait état d'une dualité de propriété. Dès lors, une transition peut être observée de la dichotomie « assec / évolage » vers la différenciation du régime propriétaire « eau / sol ». Il s'agit toujours d'un double objet de propriété mais cette mutation est entraînée par les

²⁷⁷ Art. 578 préc.

modifications historiques de la sociologie et de la gestion du foncier en Dombes. La pratique de l'assec et de l'évolage ne doit dès lors plus être considérée comme la consécration de propriétés distinctes mais comme la mise en œuvre de pratiques, voire de droits d'usage, dont les objets sont respectivement le sol de l'étang et l'eau qui l'occupe.

Ainsi, il existerait bien deux propriétés en Dombes, celle de l'eau et celle du sol, celle du sol étant individualisée et celle de l'eau étant une nue-propriété collective, les propriétaires individuels du sol étant usufruitiers de la ressource en eau. De cette façon, l'on pourrait expliquer juridiquement l'impératif de préservation de la ressource reposant sur l'ensemble des propriétaires d'étangs, la propriété collective exerçant une véritable contrainte sur leur droit d'usage. De plus, et d'un point de vue du droit de l'environnement, la « conservation de la substance » de la chose usufruitee peut être considérée comme un moyen de contribuer à la conservation « du bon état écologique de l'eau »²⁷⁸. En pratique, l'ensemble des acteurs locaux agissent en ce sens, guidés par le souci de conserver un milieu aquatique favorable à l'ensemble des usages attachés aux étangs, une bonne qualité de l'eau étant la garantie de la rentabilité de la pisciculture qui y est exercée. Seule l'exploitation collective de l'eau peut, de ce point de vue, en garantir la qualité.

En tout état de cause, la recherche d'un statut général applicable à l'eau en Dombes vise à préserver la destination collective de l'eau, de la même manière que le régime attaché au domaine public a pour objet de préserver son affectation à l'utilité générale. La propriété collective permet l'appropriation de la chose au profit d'une collectivité et ce, afin de conserver son usage commun à l'ensemble des membres de cette collectivité. Néanmoins, cette tentative théorique de construction d'un régime de propriété collective n'est pas une évidence dans l'environnement juridique particulièrement contraignant dans lequel le droit local de la Dombes est amené à s'insérer.

B. Les limites à l'hypothèse de la propriété collective Dombiste

D'abord, il existe d'importantes limites sociales à la reconnaissance d'une propriété collective, principalement fondées sur une résistance parfois farouche des propriétaires ou des exploitants d'étangs face à une certaine compréhension de la collectivisation de l'usage de l'eau. Cette résistance s'explique par la peur de se trouver dépossédés d'une propriété privée

²⁷⁸ Directive cadre sur l'eau, n°2000/60/CE, du 23 oct. 2000 transposée sur ce point en l'article L. 211-1 du code de l'environnement.

garantie par l'héritage révolutionnaire de 1789 et qui sonne comme une revanche sur l'exploitation servile des étangs sous le régime féodal. Sans nuance aucune, les propos de certains exploitants d'étangs rapportés par Vanessa Manceron mettent en exergue cette opposition : « *Ici, tout est privé* »²⁷⁹. Ensuite, des limites pratiques s'imposent à la reconnaissance d'une propriété collective. La reconnaissance d'une propriété nécessite une circulation de l'eau en strict circuit fermé pour pouvoir identifier l'objet de la propriété.

En outre, et surtout, il est particulièrement difficile de conceptualiser la dissociation de propriété entre le sol et l'eau du point de vue du droit français positif qui intègre et affirme l'impossibilité de détacher la propriété de l'eau close de son emprise foncière. L'eau stagnante, close, emprunte le statut et le régime juridique du sol sur lequel elle repose, en application de l'article 552 du Code civil²⁸⁰. De ce fait, l'eau et le terrain recouvert par celle-ci forme un tout indissociable du point de vue du droit de la propriété²⁸¹. Cette règle, loin d'être exempte d'exception, ne constitue pour autant pas une simple présomption²⁸².

Cette hypothèse reste donc fragile face à l'application du droit commun de l'eau. Néanmoins, la Cour de Cassation a parfois fait preuve d'originalité dans sa jurisprudence concernant le régime juridique de l'eau contenu dans les lacs et étangs²⁸³. L'indivisibilité du régime de propriété du plan d'eau a en effet été fragilisée par d'anciens arrêts de la Haute juridiction²⁸⁴ qui ont été confirmés par un arrêt de 2009²⁸⁵ et par lequel la Cour reconnaît le caractère de chose appropriable aux eaux du lac de Paladru bien que celui-ci soit alimenté par des cours d'eau. Dès lors, il apparaît théoriquement possible d'envisager une dissociation d'appropriation entre l'eau et le sol d'un plan d'eau. Toutefois, ce constat semble insuffisant pour reconnaître l'existence d'une propriété collective dont le titulaire, nu-proprétaire de l'eau, serait une entité à part entière exerçant des droits sur celle-ci. En effet, l'écueil le plus important de cette théorie reste l'absence d'une véritable entité, instituée juridiquement et intégrant l'ensemble des usagers de l'eau. La communautarisation de l'usage de l'eau connaît ici une importante limite.

²⁷⁹ MANCERON V., préc.

²⁸⁰ Celui dispose que « *la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* ».

²⁸¹ GUDEFIN J. préc., p. 172.

²⁸² DROSS W., L'article 552 n'est-il qu'une présomption de propriété ?, note ss Cass. 3^{ème} Civ. , 13 mai 2015, n° 13-27.342, *RTD civ.* 2015, p. 902.

²⁸³ *Ibid.*, p. 173.

²⁸⁴ V. notamment Cass. Civ., 19 avril 1864, *Mollet c/ Berthelot*, S. 1864.1252, et Cass. Req., 21 fév. 1893, *Decamps c/ Préfet de la Somme*. S. 94.I.74. Alors que le principe veut qu'un plan d'eau traversé ou alimenté par des eaux courantes emprunte leur régime de chose commune, la Cour, par ces deux arrêts attribue à ces plans d'eau le régime de chose appropriable.

²⁸⁵ Cass. 3^{ème} Civ., 10 juin 2009, *Cne de Le Pin*, n° 08-14014, *AJDI* 2009, p. 650.

Section 2. La relativisation de l'opposition entre propriété privée et bien collectif hydrique

« Par son omniprésence dans les notions fondamentales du droit, la propriété apparaît comme inhérente à l'art juridique »²⁸⁶. L'exploitation de l'eau et des étangs en Dombes repose sur des pratiques traditionnelles, transmises de propriétaires en propriétaires depuis le XIII^{ème} siècle, mais dépend également du régime juridique de la propriété privée. La propriété privée individuelle, succédant à la propriété seigneuriale, a été absorbée au système traditionnel de gestion de l'eau. Certains auteurs du XIX^{ème} siècle déplorent d'ailleurs le partage des grandes propriétés de la noblesse, du clergé et de la bourgeoisie, la grande propriété étant nécessaire à la productivité agricole de ce territoire²⁸⁷. Toutefois, la recomposition du paysage démographique de la Dombes au gré des successions ou des faillites a abouti à la multiplication de propriétés modestes intégrant un faible nombre d'étangs²⁸⁸, là où les concentrations foncières avaient permis le profit de grands propriétaires XVI^{ème} au XIX^{ème} siècle²⁸⁹. Il en découle une démultiplication des relations juridiques, comme autant de propriétaires, et donc des difficultés potentielles dans la gestion collective du territoire. Cette propriété privée, pivot de la gestion de l'eau en Dombes, peut cependant sembler être un danger pour la préservation de la ressource sur ce territoire, le propriétaire ayant des droits particulièrement étendus sur sa chose (I). Pour autant, l'absoluité des droits du propriétaire se trouve réduite par les droits des autres propriétaires sur la même chose, bien que sa possession soit alternative (II).

I. La propriété privée et l'étendue des droits d'usage sur la ressource

L'existence d'une propriété privée prépondérante dans l'organisation des rapports sociaux en Dombes est un fait indéniable. L'importance sociale sur ce territoire se mesure bien souvent à la puissance patrimoniale d'un propriétaire. Toutefois, les droits de propriétés qui

²⁸⁶ ZENATI-CASTAING F., La propriété, mécanisme fondamental du droit, *RTD civ.* 2006, p. 445.

²⁸⁷ Voir par exemple sur ce point, DUBOST M., *Etude agricole de la Dombes*, Impr. Dufour (Bourg), 1859, pp. 70-72.

²⁸⁸ PANDELAKIS T., BOISSIEUX Y., *Etude sociologique des propriétaires et exploitants d'étangs de la Dombes en vue de la mise en place d'un guide de bonnes pratiques pour la gestion des étangs piscicoles dombistes*, Mémoire Master 1 Etudes Rurales – Géographie, Univ. Lumière Lyon 2, 2013, p. 10.

²⁸⁹ MANCERON V., préc., p. 32.

s'exercent sur la ressource en eau et plus encore sur l'étang lui-même sont d'une nature particulière en raison de la distinction traditionnelle entre la propriété de l'*assec* et la propriété de l'*évolage* (A). En tout état de cause, la seule propriété privée s'imposant à une ressource naturelle conduit à l'exercice de droits absolus qui sont susceptibles de mettre en péril la pérennité de ladite ressource (B).

A. Les prérogatives absolues du propriétaire de l'eau

Le droit de propriété, tel qu'il est traditionnellement conçu en droit français, s'appuie sur une conception individualiste. C'est-à-dire qu'à une propriété emporte la maîtrise pleine et directe sur sa chose. Cette conception est pleinement présente dans le contexte dombiste où les propriétaires accordent une grande importance à la délimitation et la protection de leur propriété qui se manifeste par le droit de se clore (1). Une telle approche conduit à s'interroger sur le degré de maîtrise de l'eau par le propriétaire foncier (2).

1. Le droit de se clore : pierre angulaire de la propriété en Dombes

Avant d'exploiter ou d'user de sa propriété de quelque façon que cela soit, il s'agit de l'identifier et de la limiter matériellement, et plus symboliquement de la revendiquer. Pour cela, plusieurs moyens sont possibles afin d'éviter l'intrusion d'un tiers sur son fonds mais l'objectif demeure de manifester matériellement sa propriété ainsi que les limites juridique de son bien. Cette démarche traduit l'affirmation du rapport qui peut exister entre le propriétaire et sa « chose ». Dans les sociétés occidentales modernes dont les relations entre individus sont articulées autour de la propriété privée, droit inviolable et sacré²⁹⁰, le rapport à la propriété est celui de l'exclusivité. L'appropriation exclusive est un signe ostensible de pouvoir²⁹¹ et est la démonstration du *dominium* de l'ancien droit²⁹². La propriété privée en Dombes est primordiale et jalousement gardée, close et préservée. « *Nous, en Dombes, c'est clair, tout est privé* »²⁹³. En tout état de cause, et quel que soit le fondement juridique de cette démarche, force est de constater que bon nombre des domaines en Dombes (comme ailleurs) sont

²⁹⁰ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789, art. 17.

²⁹¹ Cf. Tocqueville, cité par Parance et Saint-Victor, *Repenser les biens communs*, p.10.

²⁹² Sur les origines romaines de cette notion, voir CHOUQUER G., *Etude juridique et historique du dominium et de la propriété foncière dans le monde romain*, l'Observatoire des formes du foncier dans le monde, 2014.

²⁹³ MANCERON V., préc., p.100.

délimités par une clôture, voire parfois au moyen de fossés creusés entre deux fonds contigus. En découle d'ailleurs une disposition du droit coutumier particulier retranscrite dans les ouvrages de la fin du XIX^{ème} siècle, et parfois oubliée depuis. Ce droit a pour objet de permettre à un propriétaire foncier, détenteur ou non d'un étang, dont le fond voisin est occupé par un étang, d'imposer la délimitation des deux propriétés par le creusement d'un fossé. Cette possibilité est motivée par un double objectif : d'une part, l'aspect matériel de délimitation des propriétés et d'autre part, la limitation du risque d'inondation. Le propriétaire de l'étang est alors contraint de creuser un fossé en contiguïté des deux propriétés. Les terres excavées deviennent sa propriété à titre de compensation du travail fourni²⁹⁴.

Il est indéniable que, depuis le XII^{ème} siècle, les propriétaires d'étangs, ou en tout cas les titulaires du droit d'évolage, sont de grands propriétaires terriens²⁹⁵. Cet attachement à la propriété privée s'est trouvé exacerbé à la suite de la chute de l'Ancien Régime. La propriété est alors devenue le moyen d'exercer sa pleine liberté individuelle et de s'affranchir des liens imposés par la féodalité. Plus encore, elle en est la condition. En effet, la propriété telle qu'elle est conçue par les Révolutionnaires suppose d'accorder au propriétaire des droits que l'on peut qualifier de souverains sur la chose qui lui appartient. En cela, cette nouvelle conception de la liberté et de la propriété s'oppose au système féodal. Dorénavant, le propriétaire est libre alors que celui qui ne possède rien est asservi. La propriété est d'ailleurs inscrite au nombre des « *droits naturels et imprescriptibles de l'Homme* » à la suite de la liberté²⁹⁶, faisant ainsi du droit de propriété une liberté fondamentale²⁹⁷. Plus encore, selon les constituants de 1789, la propriété constitue un droit « inviolable et sacré » conférant à la liberté du propriétaire une dimension symbolique presque sans limite. Presque seulement puisque des limites peuvent être imposées au droit de propriété par le législateur²⁹⁸ et par la « nécessité publique »²⁹⁹. Le droit de se clore et la possibilité d'exploiter son fonds propre indépendamment des autres, sont autant de prérogatives attribuées aux propriétaires et qui fondent les particularités sociales de la Dombes. Ce droit constitue une concrétisation de la propriété définie par le Code civil comme le « droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue qui soit », ce qui suppose ainsi de disposer du « droit d'exclure autrui

²⁹⁴ TRUCHELUT A, 1904, préc., p. 289, adapté en droit contemporain dans le « Document de référence », art. 3-2.

²⁹⁵ BENOIT C., *Les étangs de la Dombes au Moyen-Age*, préc.

²⁹⁶ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, art. 2.

²⁹⁷ MESTRE J.-L., La propriété, liberté fondamentale pour les constituants de 1789, *RFDA* 2004, p. 1.

²⁹⁸ Code civil, art. 544.

²⁹⁹ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, art. 17.

de la jouissance du bien »³⁰⁰. Le droit de se clore constitue une prérogative offerte au propriétaire d'un fonds par l'article 647 du Code civil, et duquel découle l'action en bornage (article 646). Ces dispositions sont retranscrites et adaptées au contexte local dans le droit coutumier écrit de la Dombes³⁰¹. On retrouve cette dimension dans l'ouvrage de Truchelut publié en 1904. Reprenant l'article 646 du code civil, celui-ci inscrit l'action en bornage dans les usages locaux en indiquant que « *tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës* ». Toutefois, est détaillée, aux pages 166 et suivantes, la procédure de bornage amiable, au renfort de laquelle le concours d'experts « géomètres et arpenteurs » est requis. Ce bornage peut s'appuyer sur le cadastre, « considéré comme une présomption » de délimitation des propriétés. L'on s'aperçoit ici d'un certain scepticisme – à juste titre – envers un document, le cadastre, auquel le recours est systématique aujourd'hui sur le terrain. En effet, l'identification des propriétés est une des sources de conflits récurrentes entre propriétaires d'étangs. Pour autant, seul le juge judiciaire se trouve compétent pour déterminer les limites de propriétés³⁰², indépendamment des énonciations cadastrales qui, en cas d'erreur, sont susceptibles d'entraîner la responsabilité de l'administration. Dès lors, le moyen le plus équitable et sûr de procéder au bornage des propriétés est celui qui résulte de l'entente amiable entre propriétaires. Reprenant à nouveau la rédaction de l'article 646 du Code civil, Truchelut énonce que « *le bornage se fait à frais communs* », avec cependant une précision d'importance : « *chaque propriétaire ne doit supporter ces frais que suivant l'étendue de sa propriété* » ; de plus, si un propriétaire « *refuse le bornage, il doit supporter les frais que sa résistance à occasionné, ce qui est équitable* »³⁰³. On retrouve ainsi le caractère presque sacré de la délimitation de la propriété privée. Cet impératif de se clore n'est pas sans rappeler la vague britannique d' « enclosure », qui a abouti à un certain nombre de réflexions sur les biens communs. Se pose alors la question de savoir si la propriété privée n'entraîne pas des inconvénients indésirables. En effet, de nombreuses réflexions ont été menées concernant le « *crime of enclosure* », qui correspond à l'accaparement des ressources se trouvant sur une propriété privée³⁰⁴. Cet accaparement était la conséquence de la nouvelle liberté de pouvoir jouir de sa propriété, quitte à voir disparaître certains communs matériels. Au contraire en Dombes, l'articulation des propriétés et des droits inhérents a justement permis de renforcer l'organisation de ce commun qu'est l'eau qui circule de

³⁰⁰ RIFKIN J., *L'âge de l'accès. La nouvelle culture du capitalisme*, La Découverte, 2005.

³⁰¹ Voir Les usages des étangs de la Dombes, 2017, p. 16, arts. 2 et 3.

³⁰² Ce principe est par exemple rappelé par CE, 30 déc., 2013, n° 358544, JCP N 2014, act. 223, note Erstein.

³⁰³ TRUCHELUT A., 1904, préc., p. 171.

³⁰⁴ DARDOT P. et LAVAL Ch., *Commun, Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Ed. La Découverte, 2015, p. 21 ; voir également FAIRLY S., A short history of enclosure in Britain, *The Land* [en ligne], 2009, n° 7.

propriété en propriété. Malgré tout, peut néanmoins se poser la question du démembrement des propriétés qui a entraîné une croissance importante du nombre de propriétaires sur le territoire et donc des disfonctionnements dans la gestion de l'eau pour l'approvisionnement de tous.

Initialement, le droit coutumier contient un mécanisme particulier, le « jet de terre », qui est inhérent à l'ensemble du droit coutumier tel qu'il s'est constitué au fil de l'évolution des pratiques. Pour autant, il vient d'être démontré que Truchelut, dans son analyse, ne s'est pas contenté de retranscrire ces droits anciens. Ce qui fait la particularité de son ouvrage est qu'il y intègre, en les citant et en les adaptant, des dispositions du Code civil. Il n'écarte cependant pas l'un des mécanismes au profit de l'autre mais les fait coexister. Plus encore, les deux mécanismes sont envisageables parallèlement et la mise œuvre du « jet de terre » nécessite en effet que la limite séparative de propriété soit connue.

Les principes inhérents à la propriété privée sont d'une grande importance en Dombes et d'ailleurs consacrée depuis les lois d'après Révolution, la loi du 21 juillet 1856 sur la licitation des étangs et la loi Bérard du 25 novembre 1901³⁰⁵ sur la remise en eau des étangs. Cette dimension de la patrimonialité de la Dombes peut sembler entrer en conflit avec une autre dimension, certes d'un intérêt théorique plus récent, qu'est celle de la propriété collective³⁰⁶. Plus encore, et malgré les réalités perçues par le juriste, l'idée de patrimoine commun comme celle de propriété collective se heurtent au sentiment d'appropriation de l'eau, malgré la conscience d'un pouvoir limité sur la chose que l'on détient.

2. *Le propriétaire maître de l'eau comme de sa chose*

La définition du droit de propriété par l'article 544 du Code civil définit « *jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Le caractère absolu qualifie la propriété privée en ce qu'elle ne comporte de prime abord ni aucune réserve, ni aucune restriction³⁰⁷. Les caractéristiques de la propriété ainsi inscrites dans le droit permettent de concrétiser la pensée de Descartes selon laquelle la modernité suppose une appropriation totale et absolue de la

³⁰⁵ V. *supra*.

³⁰⁶ V. *supra*, « patrimoine commun ».

³⁰⁷ ZENATI F., Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *RTD Civ.* 1993, p. 305.

nature³⁰⁸. Selon le philosophe, les sciences et techniques permettent de rendre les hommes « *comme maîtres et possesseurs de la Nature* »³⁰⁹. En ce sens, les droits afférents à la propriété privée sont la consécration juridique de la maîtrise par l'homme de l'eau, élément naturel et indomptable par essence. Bien que cette conception absolutiste et exclusive de la propriété fasse régulièrement l'objet de critiques ou de remises en cause³¹⁰, elle imprègne la façon dont le droit français appréhende encore aujourd'hui. Le droit d' « *abusus* » traduit un droit souverain du propriétaire sur sa chose, attestant de sa maîtrise totale de la ressource appropriée³¹¹. Ce « droit de détruire »³¹², découle directement de l'application de l'article 544 du Code civil en ce sens que la disposition absolue de la chose peut entraîner sa disposition, ce qui rejoint la pensée de Michel Serres pour qui la propriété privée, individuelle et exclusive « *se termine en destruction* »³¹³.

Au regard des considérations environnementales, ou d'un point de vue plus pragmatique, sur l'usage collectif d'une ressource, il est possible de s'interroger sur la possible contradiction de ce droit de détruire introduit par la loi et l'article 544 du Code civil avec des droits fondamentaux inclus dans le bloc de constitutionnalité. De ce point de vue, les dispositions précitées pourraient être considérées comme contraires au « droit à vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé »³¹⁴. Toutefois, le juge constitutionnel a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 544 et d'énoncer qu'il « *ne méconnaît aucun droit ou liberté que la Constitution garantit* »³¹⁵. La maîtrise de l'eau et de l'étang est autant technique que juridique ou sociale. Le but, pour un exploitant d'étang, est de rester « maître de l'étang », c'est-à-dire le plus indépendant possible³¹⁶. Il n'est maître que parce que les autres exploitants sont soumis à l'obligation de lui transmettre l'eau, et tant qu'il n'y a pas eu exercice du droit des autres d'obtenir l'eau. La création de ce droit procède des autres et sa maîtrise est contrainte. Pour autant, et on l'a vu précédemment, cette maîtrise de l'eau par l'exploitant ou le propriétaire d'un étang s'accompagne d'une obligation à laquelle chacun consent de respecter le droit d'usage d'autrui. Dans cette circonstance particulière, la chose, ou le bien que constitue l'eau des étangs en Dombes est appréhendée à

³⁰⁸ LE ROY E., *La terre de l'autre*, LGDJ, 2011, p. 258.

³⁰⁹ DESCARTES R., *Le discours de la méthode*, 1637.

³¹⁰ CHAZAL J.-P., La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel, *RTD Civ.* 2014, p. 763.

³¹¹ VANUXEM S., Pour une approche mésologique de la notion de chose en droit, [en ligne], 2013.

³¹² REMOND-GOUILLOUD M., *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement*, P.U.F., 1989.

³¹³ SERRES M., *Le contrat naturel*, Ed. François Bourrin, 1990.

³¹⁴ Charte de l'environnement, art. 1^{er}.

³¹⁵ Cons. Const., 30 septembre 2011, décision n° 2011-169-QPC, *AJDI* 2011, p. 885.

³¹⁶ MANCERON V., Être maître de l'étang. Histoire d'une appropriation de l'eau au xix siècle en Dombes, *Études rurales* 3/2005 (n° 175-176), p. 149-166.

travers un double prisme : celui de la maîtrise technique propre à chaque exploitant et celui de la place qu'elle occupe au sein d'un milieu particulier : la chaîne d'étang, le bassin versant. De ce fait, et pour reprendre Sarah Vanuxem, l'exploitation juridique et technique de l'eau en Dombes est l'expression d'une « approche mésologique » de la ressource, c'est-à-dire de la chose comme milieu³¹⁷.

B. L'appropriation spécifique des eaux en Dombes

L'identification de la nature patrimoniale de l'eau en Dombes n'est pas chose aisée. Cette analyse est soumise à la dichotomie juridique qui existe entre eaux libres et eaux closes (1) mais également à la dualité de propriété existant traditionnellement sur ce territoire (2). Cette distinction entre l'*assec* et l'*évolage* n'ayant plus cours aujourd'hui, il est proposé de dépasser cette distinction dans un objectif de préservation de la ressource.

1. La dualité de propriété en Dombes, une volonté locale ou une réalité juridique ?

Le droit coutumier de la Dombes n'est pas à une originalité près comme en témoigne la double propriété dont fait l'objet l'étang qui est le fruit d'une construction tant historique que juridique (a). Cette conception des plus originales est pour autant largement remise en cause par l'application du droit civil général, le dédoublement de propriété étant assimilé par les juridictions à une indivision (b).

a. Origines de la distinction de propriétés

C'est généralement au titre de la distinction de propriété que le droit coutumier de Dombes est cité dans les ouvrages, les manuels ou les articles de doctrine³¹⁸, et ce, sans véritablement se soucier de savoir si cette distinction entre le propriétaire de l'*assec* et de l'*évolage* a encore cours aujourd'hui et donc s'il s'agit là d'une coutume encore applicable. Bien que, d'un point de vue pratique, l'on retrouve aujourd'hui un nombre infime de « pies d'*assec* »³¹⁹, l'analyse de la propriété duale de l'étang en Dombes permet de penser un statut

³¹⁷ VANUXEM S., préc.

³¹⁸ Pour s'en rendre compte, il suffit de consulter l'ouvrage de Jean-Louis Gazzaniga et Jean-Paul Ourliac (préc.), le fascicule « Eaux – régime juridique – propriété et usage » au Jurisclasseur « Rural » (2 février 2016, n° 167 à 169) des mêmes auteurs.

³¹⁹ Un seul cas nous a été rapporté et a aujourd'hui disparu à l'occasion d'une récente vente immobilière qui a eu

juridique original pouvant être attribué à l'eau sur ce territoire. Ce statut permet de consacrer juridiquement l'objectif de la préservation de sa qualité ainsi que son usage durable et équilibré.

La distinction de propriété entre assec et évologe tire son origine du droit d'inondation du propriétaire de l'étang et de la nécessité de dédommager le propriétaire foncier ainsi lésé. Autorisé à élever une chaussée sur son fonds par le seigneur, le propriétaire avait alors la capacité de retenir les eaux de ruissellement qui s'y accumulaient³²⁰. De manière surprenante, ce n'est généralement pas l'étang dont la construction est autorisée mais la chaussée³²¹. Néanmoins, cette particularité s'observe également dans les autres régions d'étangs bien que les similitudes juridiques s'arrêtent là, l'étang en Brenne par exemple, forme une propriété unique dont les éléments sont indivisibles³²². Cette particularité découle de la différence des modes d'exploitation, l'étang de Brenne étant exclusivement exploité à des fins piscicoles. En ce qui concerne la Dombes, Rivoire explique qu' « *anciennement, il était permis à un propriétaire entreprenant d'élever sur son fonds une chaussée, à telle hauteur qu'il jugeait nécessaire, et de faire inonder même les fonds voisins, sans que les propriétaires de ceux-ci puissent s'y opposer* »³²³. Il existait plusieurs modes de réparation du dommage subi par un propriétaire qui voyait son fonds inondé. Généralement, il devenait *de facto* propriétaire de l'assec et se voyait accorder une somme d'argent à titre de dédommagement. L'originalité juridique de l'exploitation des étangs de la Dombes a longtemps résidé dans la distinction formelle, traditionnellement de principe, entre le propriétaire de l'assec et celui de l'évologe. Le caractère d' « utilité publique »³²⁴ des étangs en Dombes est sans doute à l'origine de cette distinction de propriété. L'utilité publique ainsi reconnue aux étangs puisque considérés comme le seul moyen d'exploiter le sol argileux du plateau dombiste avait pour but de légitimer leur construction et les désagréments qui pouvaient en résulter. Cette légitimité était toutefois accompagnée d'un certain privilège puisque seuls les propriétaires les plus aisés avaient les capacités d'entreprendre un tel ouvrage. En ce sens, Catherine Benoit a pu

pour effet d'unifier la propriété de l'étang (Présentation de Thomas Dubost, journée de formation des experts fonciers, 23.11.17).

³²⁰ BENOIT C., préc., p. 60.

³²¹ COLLET Ph., préc., p. 87.

³²² BENARROUS R., *La Grande Brenne...*, thèse préc., p. 271.

³²³ RIVOIRE A., préc., p. 70.

³²⁴ Cette expression sera discutée, cf. *infra*.

démontrer que la majorité des étangs au Moyen-âge appartenait à la noblesse locale, laïque ou cléricale et que la création de nouveaux ouvrages relevait généralement de leur initiative³²⁵.

En définitive, le droit traditionnel dombiste est un ensemble complexe de droits d'usage sur les choses immobilières découlant de relations de solidarité mais également de dépendance. De solidarité puisque l'ensemble des exploitants des étangs doivent pouvoir parvenir à la mise en valeur piscicole, agricole et cynégétique des ouvrages hydrauliques et de dépendance du fait de l'origine féodale de la construction de ces étangs. Ce « réseau de droit réel » est dès lors très éloigné de la conception unitaire et exclusive de la propriété qui a permis le développement d'une économie capitaliste³²⁶.

b. La reconnaissance d'une dualité de propriété freinée par le concept de l'indivision

L'identification d'une double propriété sur un étang en fonction de sa nature changeante conduit à interroger le caractère exclusif de la propriété telle qu'elle est classiquement conçue en droit français, conception selon laquelle un propriétaire est le seul « maître » de sa chose, hors cas particulier. En effet, des propriétés de nature différente, l'assec et l'évolage, alternativement applicables à un étang, conduit à en limiter la dimension « absolue ». Cette limitation s'effectue dans le temps et dans la nature des prérogatives attribuées au titulaire du droit de propriété. Évidemment, ce droit de propriété ainsi conçu et limité ne peut correspondre à la définition donnée par l'article 544 du Code civil. Pour autant, il s'agit là d'un rapport exercé par un individu doté de la capacité juridique sur un objet, uniquement limité dans ses prérogatives par les droits exercés par un autre sur ce même objet. En tout état de cause, il est possible de s'interroger sur la nature des droits accordés sur l'étang : s'agit-il d'un véritable droit de propriété ou un simple droit d'usage ? Cette question n'est pas unique dans l'histoire du droit, notamment en ce qui concerne les modalités d'exploitation traditionnelle de certains biens fonciers agricoles. À ce titre, la nature juridique des « droits de bandites » dans les Alpes-Maritimes a longtemps occupé la doctrine. Il s'agissait de la faculté pour le « bandiote » de faire paître son bétail sur des terrains appartenant tant à des collectivités publiques qu'à des propriétaires privés. La nature juridique de ce droit est rapprochée d'un véritable droit de propriété et non d'un simple droit d'usage puisque le bénéficiaire du droit de bandite dispose de la faculté d'aliéner ou de louer son bien. Cette situation juridique conduit à l'imbrication de droits de propriétés concurrents sur un même

³²⁵ BENOIT C., préc., p. 24.

³²⁶ CHAZAL J.-P., préc.

bien foncier³²⁷. Un propriétaire divis sans droit sur le sol mais qui ne dispose que de son droit d'usage³²⁸. Le juriste, là encore, cherche à intégrer des usages agricoles particuliers issus de pratiques traditionnelles et coutumières, au sein de catégories juridiques reconnues par le droit commun. Si les mécanismes juridiques qui semblent le plus se rapprocher de ces pratiques sont la servitude, l'emphytéose ou l'usufruit, il est désormais admis par la doctrine qu'il s'agit d'un droit *sui generis* dépassant la conception du droit de propriété généralement admise par le droit commun et issue d'une construction de droit romain³²⁹. En effet, et contrairement à la conception moderne de la propriété, ce type de modèle, hérité d'une tradition coutumière séculaire, « autorise l'existence de propriétés simultanées sur le même fonds », admettant ainsi l'existence de plusieurs ayants droits disposant chacun de la maîtrise d'un aspect différent du même bien³³⁰.

En ce qui concerne la nature juridique des droits en Dombes, des questions similaires se posent. C'est donc de la même manière que les juristes et les juridictions, civiles et administratives confondues, ont cherché à donner une qualification juridique aux différents aspects de la propriété de l'eau en Dombes alors même que la distinction entre les droits d'assec et d'évolage sur un même étang semble difficilement appréhendable par la boîte à outils du juriste « commun ». Le même bien serait le support, dans le temps, de deux propriétés de nature différente. Cette réflexion permet d'apporter une précision indispensable afin d'éclairer un flou persistant sur la nature des droits qu'ont les propriétaires/exploitants d'étangs sur l'eau et plus exactement sur la distinction assec/évolage. Pour la Cour de cassation en 1838³³¹ et le Conseil d'État en 1977, il s'agit là d'une indivision. Pour certains auteurs, il s'agit de droits réels attribués à des personnes différentes sur une même chose³³².

En 1977, le Conseil d'État simplifie le système d'identification des propriétés et des propriétaires devant s'acquitter de la taxe foncière. Ainsi, afin de se conformer aux articles 1393 et 1400 du Code général des impôts alors applicables, il convient d'identifier au sein de la matrice cadastrale une unique propriété, contrairement à ce qu'alléguaient les requérants

³²⁷ MALAUSSENA., Pratiques agro-pastorales. Les droits de bandite dans l'ancien comté de Nice, Bibliothèque de l'école des chartes, 1998, n° 156, p. 146.

³²⁸ PERNEY D., Une institution originale : le droit de bandite, *Travaux et recherches de la faculté de droit de Nice*, 1978, p. 135

³²⁹ ORTOLANI M., Droit de bandite (Pays niçois), in CORNU M., ORSI F., ROCHFELD J. (Dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 420.

³³⁰ *Idem*.

³³¹ Cass. Civ., 31 janvier 1938, *D.* p. 161, réaffirmé par Cass. civ., 5 juill. 1848 : *S.* 1848, 1, p. 697 ; *DP* 1848, 1, p. 460.

³³² MARTIN G., Le discours du droit privé sur l'utilisation de la ressource, *Environnement* 2005, étude 19.

devant la Haute juridiction. Dès lors, une seule « propriété » doit être identifiée. Cette propriété imposable est constituée des parcelles d'assec. Ainsi, « *l'imposition à la taxe foncière sur les propriétés non bâties est alors établie au nom du titulaire du droit d'assec auquel il appartient de solliciter des titulaires du droit d'évolage afférent aux mêmes parcelles le remboursement de la part de taxe foncière leur incombant* »³³³. Il ressort de cette interprétation que la juridiction administrative appréhende l'étang comme une seule propriété, l'assec, faisant ainsi primer les droits du sol à sec sur les droits du sol en eau. Une telle approche n'évacue pas la difficulté de l'acquittement de la taxe par les propriétaires. L'imposition a lieu annuellement, ce qui supposerait que toutes les ans, le propriétaire de l'assec sollicite celui de l'évolage pour s'acquitter de sa part fiscale. Cependant, les droits exercés par ces propriétaires ne le sont pas concurremment sur une année mais d'une année sur l'autre en fonction du cycle d'assolement retenu. Le propriétaire de l'évolage n'a pas à s'acquitter d'une potentielle taxe foncière lors de l'année d'assec. Dès lors, cela impose aux propriétaires d'organiser le partage de leur taxation en fonction d'un cycle pluriannuel.

À cette occasion le Conseil d'État détermine clairement le statut des relations entre propriétaires, suivant les conclusions de son commissaire du gouvernement³³⁴. Poursuivant la réflexion menée par la Cour de cassation dès 1938 et réaffirmée en 1848³³⁵, il est énoncé que l'assec et l'évolage constituent une propriété indivise. Toutefois, cette indivision est qualifiée de « particulière » par la Cour de Cassation. La Cour énonce ainsi « *qu'il est impossible de voir dans l'évolage et dans l'assec deux propriétés séparées absolument indépendantes l'une de l'autre, puisque l'eau ne saurait être une propriété abstraction faite du sol et que l'on ne peut pas d'avantage considérer le sol isolément des eaux qui le recouvrent pendant deux saisons sur trois* ». Sol en eau et sol à sec demeurent ainsi, aux yeux de la Cour de Cassation, liés l'un à l'autre au sein d'un même régime de propriété.

L'appréhension de cette situation par l'administration fiscale est à cet égard également particulièrement éclairante. En effet, l'imposition foncière des « *étangs de la région des Dombes est bien identifiée comme étant un cas particulier du fait de l'existence, en pratique, d'un « démembrement de propriété* ». De cette façon, deux droits immobiliers ont été identifiés.

³³³ Commentaire sous CE, 9 nov. 1977, Consorts Queyras, n° 3803, *Revue Droit fiscal* 1978, n° 32, instr. 5820.

³³⁴ CE, 9 nov. 1977, Consorts Queyras, n° 3803, *Revue Droit fiscal*, préc. .

³³⁵ Cass. Civ., 5 juillet 1848, S. I., p. 697.

« Les étangs de la région des Dombes, dans le département de l'Ain, donnent généralement lieu à un démembrement de la propriété entre deux catégories distinctes de droits immobiliers : le droit d'assec et le droit d'évolage (recueil méthodique de 1811, art. 158). Ces droits appartiennent fréquemment à des propriétaires différents. Les parcelles en nature d'étang sont soumises à un assolement, le plus souvent triennal : deux années d'évolage pendant lesquelles l'étang mis en eau est utilisé pour l'élevage du poisson, et une année d'assec au cours de laquelle les parcelles sont cultivées en céréales. Chaque droit d'assec est cantonné sur une parcelle bien déterminée destinée à être mise en culture. Par contre, les titulaires du droit d'évolage ont vocation, chacun pour ce qui le concerne, à une quote-part, nécessairement indivise, du droit d'exploiter la totalité de l'étang lorsque ce dernier est mis en eau. Ces étangs doivent être divisés en autant de parcelles qu'il existe de parties d'étang dont le titulaire du droit d'assec est distinct. Chaque parcelle est en outre, évaluée en considérant le double rapport du prix de la pêche et du produit de la culture (recueil méthodique de 1811, art. 383) »³³⁶.

L'analyse du droit d'évolage confrontée au calcul de la quote-part de l'imposition conduit l'administration vers une erreur d'analyse en considérant de façon marginale l'évolage par rapport à l'assec. C'est bien l'assec qui est potentiellement divisé entre plusieurs propriétés (vestiges des propriétés inondées initialement au moment de la construction de l'étang), et non l'évolage. Cette instruction fiscale inverse ainsi le processus de gestion des étangs afin de faire entre plus facilement le régime des étangs dans une conception strictement foncière, faisant primer le sol sur l'eau, ou plus strictement les droits sur le sol à sec sur les droits sur le sol en eau. Cette erreur met au jour la difficulté pour les régimes juridiques de droit commun d'intégrer les particularités qui découlent de la mise en œuvre du régime spécifiques des étangs en Dombes.

L'ensemble de ces interprétations prétoriennes et administratives interrogent quant à la nature réelle des droits car elles ne correspondent manifestement pas à la pratique. L'hypothèse d'une propriété alternative peut être soulevée. Ce cas de figure, bien que marginal en droit français, n'est toutefois pas propre à la Dombes. En effet, ce modèle a longtemps perduré dans certains territoires ruraux. Cela a pu être considéré comme un frein à l'entière expression du droit de propriété tel qu'il est conçu depuis la Révolution.

En ce qui concerne la gestion de l'eau des étangs de la Dombes, la solution dégagée par la Cour de Cassation est intéressante à deux égards. D'abord, il est remarquable d'observer la

³³⁶ Bulletin officiel des finances publiques – Impôts, BOI-IF-TFNB-10-30 En vigueur depuis le 4 février 2015.

façon dont le juge de droit commun interprète une règle qui lui est inconnue en la rattachant au droit civil. Une double propriété ne peut exister au regard du droit français mais ce dernier dispose d'outil permettant sans doute d'appréhender cette situation de fait originale. Là réside le second intérêt de cette interprétation en ce que la Cour innove en découvrant une indivision dont les membres se partagent successivement la jouissance de façon alternée. En comparaison avec l'indivision de droit commun, cette indivision a cela de particulier qu'elle suppose une succession d'exercice dans les droits attribués aux différents propriétaires identifiés. Il s'agit donc, pour la Cour de cassation, d'une indivision dont les droits de jouissance successive dans le temps.

Bien que ce régime de l'indivision soit reconnu par la Cour de Cassation par un arrêt de 1838 et le Conseil d'État en 1977 concernant la propriété de l'assec et de l'évolage, cette distinction factuelle de propriétés n'a sans aucun doute plus cours en Dombes. Ce constat est vrai d'un point de vue pratique. Les étangs dombistes sont, pour leur immense majorité, des étangs « francs », c'est-à-dire la propriété d'une seule et même personne (qu'elle soit physique ou morale) réunissant les deux propriétés de l'assec et de l'évolage. Se pose cependant une problématique d'ordre juridique non négligeable et qui est soulevée par la lecture contemporaine de l'ouvrage de 1904. Celui-ci énonce : « *Dans un étang on distingue deux natures de propriété très différentes : le sol et l'eau* »³³⁷. Traditionnellement en Dombes, cette affirmation révèle l'expression d'une propriété duale sur une même assiette foncière.

Un tel dédoublement de propriété constituerait un modèle original de gestion et de propriété foncière. Il a été tenté, dans une situation semblable d'apparente distinction de propriété sur un même bien, d'identifier le régime d'une « propriété immobilière à temps partagé » concernant la jouissance des résidences de tourisme en application du droit de l'Union européenne³³⁸. La transposition du droit de l'Union européenne sur les contrats de jouissance d'immeuble à temps partagé aurait pu consacrer une propriété foncière alternative. Le droit positif applicable en la matière n'a pour autant que pour objet de conférer, par contrat, un droit d'usage temporaire et périodique sur un bien immobilier³³⁹. Par ce type de contrat, utilisé principalement à des fins touristiques, il s'agit d'acquérir un droit de jouissance d'un bien, mais non pas le bien lui-même qui reste dans les mains du même propriétaire quel qu'en soit le mode de jouissance. Il ne s'agit donc finalement pas d'une propriété à temps

³³⁷ TRUCHELUT A., 1904, préc., p.253.

³³⁸ GALIMARD M., La transposition en France d'une directive de Bruxelles instituant un droit réel immobilier à temps partagé, *JCP N* 1993, n° 8, p. 2547.

³³⁹ Voir les articles L. 224-69 et suivants du Code de la consommation.

partagé mais d'une propriété dont le droit d'usage peut faire l'objet d'un partage dans le temps.

En revanche, en Dombes, il s'agit bien d'un dédoublement de propriété pouvant chacun faire l'objet d'une jouissance exclusive mais temporaire. La succession de propriété n'a pas pour effet de faire perdre le droit du propriétaire précédent qui retrouve son droit dès lors que l'autre objet de propriété a disparu, c'est-à-dire lorsque l'étang est vidé et lorsqu'il est mis en eau. L'objet de propriété disparaît mais pas le droit y afférent qui retrouve sa pleine manifestation dès lors que le terrain retrouve sa nature.

C'est bien la propriété d'un étang qui est traditionnellement partagée en Dombes, et non seulement l'usage du bien. À l'appui de cette affirmation, Truchelut évoque le cadastrage des propriétés et l'imposition séparée de ces deux propriétés. Cette affirmation appelle quelques réserves. La première est celle de la question de la reconnaissance de la propriété par le cadastre. Cet outil fiscal permet-il d'attester l'existence d'une propriété ? La seconde est celle de la nature de la « propriété de l'eau ». Le propriétaire n'a de droit sur l'eau que pendant l'évolage car c'est sa présence qui fait l'évolage mais également une propriété temporaire sur l'eau du fait de son occupation de l'étang. À l'inverse l'évolage ne constitue pas un droit de propriété coutumier sur l'eau mais sur le sol en tant qu'il est inondé. Là encore, on observe le caractère hybride du droit applicable en Dombes en ce que, si l'évolage n'emporte pas la propriété de l'eau, l'étang, par l'application du droit civil, emporte l'appropriation de la ressource par son immobilisation.

L'exploitation de la ressource par les propriétaires ou exploitants d'étangs ne constitue pas, en tant que telle, une propriété sur l'eau si l'on considère qu'elle est classée parmi les *res nullius* (pour une approche classique) ou les *res communes* en application de l'article 714 du Code civil³⁴⁰ (pour une approche plus contemporaine)³⁴¹, insusceptible d'appropriation individuelle. Le propriétaire de l'étang ne disposerait ainsi pas d'un droit de propriété mais un droit réel d'usage sur les eaux s'écoulant sur ses terrains, selon un régime juridique coutumier mais proche des servitudes découlant de la situation des lieux des articles 640 et 644 du Code civil. Il conviendrait ainsi d'insister sur l'existence d'une propriété unique, celle du sol de l'étang, évacuant ainsi les difficultés issues de l'existence plus sociale que juridique d'une double propriété *assec / évolage*. Il est évident que cette affirmation strictement juridique ne

³⁴⁰ Art. 714 CC : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ».

³⁴¹ Sur la question du statut de la ressource en eau et le choix de recourir au statu de *res communes* fondée sur les solidarités tant humaines que naturelles, v. GUDEFIN J., *Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, Ed. Johanet, 2015.

nie pas le sentiment humain propre au propriétaire dombiste de « posséder l'eau ». Ce sentiment résulte de la coutume féodale en Dombes qui a opéré, comme on le retrouve dans l'ouvrage de Truchelut, une distinction claire entre la propriété de l'eau et la propriété du sol³⁴². Cette clarification juridique de la propriété des étangs, bien que nécessaire, ne doit cependant pas laisser croire qu'elle aurait quelque conséquence sur la gestion traditionnelle des étangs, laissant la possibilité de recourir à la mise en *assec* ou en *évolage* selon les usages ancestraux.

2. L'identification de la propriété de l'eau à travers le statut d'eau close

Il s'agit ici d'analyser la problématique d'identification du statut de *res propria* appliquée aux eaux des plans d'eau qui sont en principe closes³⁴³. Malgré les difficultés pratiques et jurisprudentielles parfois rencontrées concernant la clarification du régime juridique de certains plans d'eau³⁴⁴, l'eau des étangs de Dombes suit le régime général d'appropriation (a). Toutefois, la dimension mouvante de l'élément hydraulique et la disposition des étangs en chaînes successives souvent très proches les uns des autres, interrogent quant à l'étendue de cette propriété (b).

a. L'adéquation de propriété de l'eau des étangs en Dombes avec le droit commun

Selon le droit commun, l'eau des étangs constitue une eau close et est à ce titre susceptible d'appropriation : *res propria*³⁴⁵. L'une des principales conséquences de la reconnaissance du caractère clos de certaines masses d'eau est l'inapplicabilité de la législation sur la pêche³⁴⁶. D'ailleurs, ce régime particulier est un des critères législatifs d'identification de ces eaux. En effet, le code de l'environnement distingue les masses d'eau sur lesquelles la réglementation sur la pêche est applicable et celles sur lesquelles elle ne l'est pas³⁴⁷. Les critères de distinction des eaux closes et des eaux privées n'ont pas toujours fait

³⁴² MANCERON V., *Une terre en partage*, préc., p. 101.

³⁴³ PICARD A., *Traité des eaux, droit et administration*, éd. Rotschild, 1890, T. IV, p. 197.

³⁴⁴ GUDEFIN J., préc., p. 172.

³⁴⁵ Voir notamment Code civil, art. 558.

³⁴⁶ GUILBAUD J. et LE BIHAN P., *La pêche et le droit*, Litec, 1988, p. 39.

³⁴⁷ Dans une section intitulée « Eaux closes », l'article L. 431-4 du code de l'environnement énonce que « *les fossés, canaux, étangs, réservoirs et autres plans d'eau dans lesquels le poisson ne peut passer naturellement sont soumis aux seules dispositions du chapitre II du présent titre [loi pêche]* ».

l'unanimité chez les juristes comme chez les propriétaires d'étangs³⁴⁸. Aujourd'hui, et à la suite de nombreuses études et réflexions³⁴⁹, le code de l'environnement retient, depuis l'adoption de la loi sur l'eau et les milieux aquatiques en 2006³⁵⁰, que constituent des eaux closes celles dans lesquelles le poisson ne peut passer naturellement³⁵¹. L'article R. 431-7 précise que « *constitue une eau close au sens de l'article L. 431-4 le fossé, canal, étang, réservoir ou autre plan d'eau dont la configuration, qu'elle résulte de la disposition des lieux ou d'un aménagement permanent de ceux-ci, fait obstacle au passage naturel du poisson, hors événement hydrologique exceptionnel. Un dispositif d'interception du poisson ne peut, à lui seul, être regardé comme un élément de la configuration des lieux au sens de l'alinéa précédent* ». Les étangs sont des plans d'eau artificiels à l'origine et représentent donc un aménagement permanent qui, par sa fonction piscicole, vise intrinsèquement à retenir le poisson. Ce dernier a d'ailleurs été introduit par l'exploitant dans une perspective d'élevage. Dans la tentative d'identifier avec certitude le statut d'eau close contenue dans les étangs, il s'agit d'analyser la possibilité pour l'étang de communiquer avec un cours d'eau et donc le passage de poissons. En effet, il a pu être soutenu que le fait qu'un plan d'eau communique à l'aval avec un cours d'eau lui fasse perdre son statut d'eau close. En se prononçant en ce sens et en précisant que dans ces conditions, les conditions de la vie piscicole étaient réunies, la Cour d'Appel de Lyon a condamné le propriétaire du plan d'eau pour avoir pêché des batraciens à la nasse et hors des périodes autorisées³⁵². Mais en se fondant uniquement sur le constat d'une communication entre le plan d'eau et un cours d'eau en aval, ladite cour n'a pas fait une exacte application de l'article L. 431-4 précité qui impose de constater l'existence d'un passage de la faune piscicole afin de constater l'existence d'une eau libre³⁵³. De la même manière, la Cour administrative d'appel de Lyon³⁵⁴ a précisé l'application des critères issus de la loi sur l'eau et les milieux aquatiques de 2006. Bien qu'il puisse être suspecté que les écoulements d'eau qui communiquent avec le plan d'eau soient des cours d'eau, il est nécessaire de démontrer le passage de la faune piscicole entre ces milieux aquatiques.

Ces remarques trouvent un écho tout particulier sur le territoire de la Dombes où la crainte de voir classer les fossés en cours d'eau demeure. D'abord, les fossés ne correspondent pas,

³⁴⁸ Voir, J. De Malafosse, *L'eau qui endort*, préc., p. 26 ; GAZZANIGA J.-L. et a., *Le droit de l'eau*, préc., p. 54.

³⁴⁹ Voir notamment VESTUR H. (Dir.), *Eaux libres, eaux closes, Rapport du groupe de travail au ministre de l'écologie et du développement durable*, préc.

³⁵⁰ Loi sur l'eau et des milieux aquatiques, préc.

³⁵¹ Code de l'environnement, art. L. 431-4.

³⁵² CA Lyon, 12 sept. 2007.

³⁵³ Cass. Crim., 5 février 2008, n°07-87084, *RD rur.* 2008, n°73.

³⁵⁴ CAA Lyon, 28 mai 2014, n° 13LY02662.

pour la plupart, aux critères imposés aujourd'hui par le Code de l'environnement³⁵⁵. Ensuite, bien que la reconnaissance de l'existence de cours d'eau impose l'application de la loi sur l'eau, elle n'a pas pour autant pour incidence l'application de la loi sur la pêche sur les étangs. Pour autant, la circulation de la faune piscicole étant le critère permettant d'identifier une eau courante, le caractère d'eau close attribué aux étangs ne peut être aisément remis en cause, d'autant plus que l'identification des cours d'eau se fait de manière pragmatique qui « *tient compte des usages locaux* »³⁵⁶. De cette manière, la mise en œuvre de cette définition législative ne doit pas remettre en cause, selon le gouvernement, les équilibres sociaux et juridiques locaux.

Ainsi, la Dombes ne fait aujourd'hui plus exception dans l'application du droit commun de la propriété privée dans le sens où les eaux qui sont contenues dans l'étang demeurent appropriées par le propriétaire dudit ouvrage. S'il existe donc bel et bien un objet de propriété privée en Dombes, il est possible de s'interroger quant aux contours de cette propriété et quel est l'objet matériel du régime propriété.

b. L'étendue physique de la propriété de l'étang

Dans un premier temps, la mise en œuvre du régime d'appropriation de l'eau nécessite d'identifier l'objet principal de la propriété, à savoir l'étang lui-même. Autrement dit, il s'agit d'identifier l'étendue physique de l'étang en tant qu'objet approprié et d'interroger les conséquences juridiques de la configuration de l'ouvrage. Cette question soulève un certain nombre de difficultés concernant la détermination du propriétaire des ouvrages constituant l'étang. Ces difficultés se rencontrent notamment à propos du statut de la « chaussée », la partie la plus importante de l'étang puisqu'il s'agit de sa digue principale servant à retenir l'eau au sein de l'ouvrage.

Statuant sur la propriété de la chaussée délimitant deux étangs appartenant respectivement à deux propriétaires différents, la Cour de cassation a jugé que cette chaussée est « *indivise et commune* »³⁵⁷. La Cour interprétait ainsi les stipulations d'un acte qui énonçait que la

³⁵⁵ Code de l'environnement, art. L. 215-7-1 : « *Constitue un cours d'eau un écoulement d'eaux courantes dans un lit naturel à l'origine, alimenté par une source et présentant un débit suffisant la majeure partie de l'année. L'écoulement peut ne pas être permanent compte tenu des conditions hydrologiques et géologiques locales* ».

³⁵⁶ Réponse ministérielle n° 388 (JO Sénat 25 janv. 2018).

³⁵⁷ Cass., 3^{ème} civ., 21 juillet 1998, n° 96-18698 : « *Attendu que, par une interprétation souveraine, exclusive de dénaturation, que l'ambiguïté des termes des stipulations particulières de l'acte de partage du 3 mai 1957 concernant la chaussée séparant les étangs Verdât et Richagnieu rendait nécessaire, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a retenu le caractère de*

chaussée séparant deux étangs dans la Dombes « sera commune aux deux étangs et son entretien réparti entre leurs propriétaires proportionnellement à la surface respective des étangs ». Une confusion semble avoir été opérée par la Cour de cassation entre les notions de propriété commune et d'indivision. Outre les réflexions théoriques sur les biens communs et le patrimoine commun, les questions de propriété commune et d'indivision nous poussent vers des raisonnements pour le moins techniques d'un point de vue du droit privé et qui peuvent éclairer nos réflexions sur le régime juridique des eaux exploitées en commun. Concernant l'indivision, « l'indivisaire dispose de l'ensemble du bien avec d'autres et tous ont des droits concurrents sur le tout »³⁵⁸. Les propriétaires d'étangs contigus séparés par une chaussée commune (et c'est en ce sens que l'adjectif doit être entendu) sont donc indivisaires et exercent leurs droits sur l'ensemble de la digue. Cette interprétation n'est pas sans conséquence puisqu'elle suppose qu'un propriétaire d'étang puisse être obligé envers le propriétaire d'étang voisin. Ce dernier peut alors le contraindre d'opérer un certain nombre de travaux à même de profiter aux deux ouvrages. La Cour de cassation a seulement tiré les conséquences juridiques d'un fait matériel, le caractère commun de la chaussée. Cette décision est pour autant déterminante quant au régime juridique applicable aux étangs contigus et aux obligations qui en découlent pour leurs propriétaires.

Dans un second temps, il est nécessaire de préciser à quoi est susceptible de s'étendre le régime d'appropriation des eaux closes. L'eau et le terrain qu'elle recouvre forment un seul et unique bien immobilier. Le statut de l'eau suit donc celui de la terre sauf si les étangs ou lacs (clos par définition) sont traversés par une eau courante, auquel cas, les eaux de cet étang ou ce lac empreintent le statut de l'eau courante. Les eaux contenues dans les étangs clos sont par ailleurs considérées comme des immeubles par destination, ainsi que les fruits qui les contiennent, en vertu des articles 524 et 564 du Code civil³⁵⁹. Ainsi, les poissons présents dans les eaux contenues dans un étang suivent donc le régime d'appropriation de ce dernier et appartiennent donc à la même personne, et c'est bien là « le seul avantage de l'étang », écrivait Jean-Louis Gazzaniga³⁶⁰. Concernant l'étendue de la propriété que constitue l'étang, il faut préciser que le propriétaire de l'étang est, en règle générale, réputé être propriétaire de l'ensemble des ouvrages qui le compose, de la chaussée aux grilles et à la bonde de

propriété commune et indivise à la chaussée ».

³⁵⁸ BERGEL J.-L., BRUSCHI M. et CIMMAMONTI S., *Traité de droit civil – Les biens*, 2^{ème} édition, LGDJ, 2010, p. 534.

³⁵⁹ GUDEFIN J., *Le statut juridique de l'eau*, préc., p. 174.

³⁶⁰ GAZZANIGA J.-L. et OURLIAC J.-P., *Le droit de l'eau*, préc., p. 51.

déchargeage³⁶¹. Dès lors des conséquences sont à envisager pour cette propriété relativement étendue, l'eau étant susceptible de déborder.

D'un point de vue physique, la délimitation de la propriété d'un étang peut parfois entraîner des difficultés. Il s'agit d'un débordement qui peut être tout à fait régulier et périodique sur la propriété voisine, conférant au propriétaire de l'étang un droit réel dont on ne peut le priver. Contrairement à un cours d'eau dont la limite est déterminée par le *plenitimum flumen*³⁶², l'étendue de l'étang est déterminée par sa surface en eau. Celle-ci est dépendante de la hauteur de la décharge de l'ouvrage, appelée ébie. Cette question est particulièrement déterminante puisqu'elle conditionne le volume d'eau contenue dans l'étang et donc sa capacité piscicole. Truchelut, reprenant les écrits de Rivoire dans son ouvrage de 1881 énonce que : « *Le niveau de l'eau dans les étangs est le point le plus important du code des étangs, celui qui produit les difficultés les plus grandes et les plus fréquentes entre les propriétaires d'étangs et ceux des fonds riverains* »³⁶³. La contenance de l'étang trouve en effet sa limite à l'endroit de sa décharge, et donc où les eaux sont susceptibles de s'en échapper. Dans sa thèse consacrée au statut juridique de l'eau, Julia Gudefin précise, par réciprocité au principe défini par le droit civil en la matière³⁶⁴, que les débordements des eaux d'un étang sur une propriété contiguë n'entraînent pas l'appropriation, par le propriétaire de l'étang, des parcelles ainsi recouvertes par les « crues extraordinaire »³⁶⁵. Truchelut, dans son ouvrage de 1904 se fonde également sur l'interprétation de ces dispositions par la Cour de Cassation concernant la fixation du niveau de l'étang et ainsi, de la limite de la propriété³⁶⁶. La Cour, en 1868³⁶⁷ a ainsi précisé dans un premier temps que « *la présomption légale établie par l'article 558 du Code civil suppose l'existence d'un déversoir fixe* », ce déversoir fixe étant l'ébie de l'étang et le point par lequel se déversent les eaux lorsque celles-ci ont atteint le niveau maximum de la capacité de l'étang. La Cour conclut que : « *La hauteur des eaux parvenues au seuil du déversoir, [...], détermine avec certitude la limite des droits du propriétaire sur les terres que recouvrent les eaux de l'étang* ». C'est cette interprétation qui doit être privilégiée selon Truchelut qui souligne cependant que : « *Pour que le règlement du*

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² V. FARINETTI A., *La protection juridique des cours d'eau*, Ed. Johanet, 2012.

³⁶³ A. Truchelut, 1881, préc., p. 15.

³⁶⁴ L'article 558 du Code civil dispose : « *L'alluvion n'a pas lieu à l'égard des lacs et étangs, dont le propriétaire conserve toujours le terrain que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge de l'étang, encore que le volume de l'eau vienne à diminuer.*

Réciproquement, le propriétaire de l'étang n'acquiert aucun droit sur les terres riveraines que son eau vient à couvrir dans des crues extraordinaires ».

³⁶⁵ GUDEFIN J., préc., p. 176.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 250.

³⁶⁷ Cass, civ., 10 mars 1868, S. 68 I.332.

niveau d'eau fut parfait, il faudrait que cet étang eut toujours suffisamment d'eau, sans toutefois causer des dommages aux voisins, sauf en cas d'inondation extraordinaire ». Il s'agit dès lors de pouvoir identifier matériellement ce déversoir afin d'être en capacité de déterminer en tout temps le niveau maximum de contenance de l'étang.

II. Les relations contraintes des propriétés privées entre elles dans l'usage commun de la ressource

L'usage commun et la nécessité locale des ouvrages hydrauliques transparaissent à travers la conception des étangs dans la culture sociale et juridique de la Dombes. De la même manière que d'anciens auteurs, Truchelut affirme en 1904 que « *les étangs sont d'utilité publique et considérés avec raison comme le meilleur moyen de tirer parti du sol* »³⁶⁸. Cette affirmation est avant tout symbolique à cette époque mais elle exprime clairement un équilibre précaire en Dombes entre les différents types de propriété. Il existe un intérêt collectif supérieur aux intérêts privés. Loin d'affaiblir la puissance de la propriété privée (lorsqu'elle comprend un étang), cette « utilité publique » proclamée tend à rapprocher les intérêts privés des intérêts collectifs. Il en découle que la propriété constitue le moteur de cet usage collectif. Les usages privatifs sur la ressource en eau qui en résultent sont de différentes natures et découlent tant de droits réels que de droits personnels (A). Dès lors, les propriétés privées sont contraintes les unes les autres par l'usage collectif de cette ressource (B).

A. La nature diverse des droits d'usage exercés sur l'eau

Il s'agit ici de s'interroger sur la nature des droits d'usage de la ressource en eau. En effet, c'est l'usage par autrui d'une chose appropriée qui est susceptible de contraindre le droit de propriété exercé sur ladite chose. L'objet de ce droit étant une « chose », il semble évident de qualifier ce droit d'usage de droit réel (1). Le régime juridique de ce droit est toutefois susceptible de différer selon qu'il s'agit d'un « droit fondé en titre » ou d'un droit réel d'application générale et uniforme (2).

³⁶⁸ TRUCHELUT A., 1904, préc., p. 229.

1. *Le droit d'usage de l'eau : la propriété domobiste pensée à travers un faisceau de droits réels*

Classiquement, l'on distingue droit réel et droit personnel en fonction qu'ils supposent soit un lien direct entre une personne et une chose, soit un lien entre personnes. Le droit civil propose ainsi une classification des droits fondée sur la nature de son objet³⁶⁹. Le droit personnel se traduit dès lors généralement par une obligation au sens du droit civil (supposant l'identification d'un créancier et d'un débiteur) et la doctrine prétend classiquement que le droit réel bénéficie d'un régime de protection supérieur au droit personnel³⁷⁰. Le droit de propriété constitue un droit réel. Un droit d'usage est un démembrement du droit de propriété attribué à une personne physique ou morale et qu'elle exerce sur une chose déterminée, par exemple l'eau.

Ces droits réels n'étant pas exclusifs de droits personnels, il convient à ce titre d'envisager l'existence de droits personnels dont le débiteur serait l'usager de la ressource en eau et le créancier la communauté d'usagers à laquelle il appartient, étant donné que l'on a identifié l'eau en Dombes comme l'objet d'une appropriation collective. A tout le moins, des rapports juridiques personnels sont également susceptibles d'être identifiés entre les usagers de l'eau pris individuellement. Les droits réels exercés par chacun contraignent l'usage des autres, et réciproquement. Cette hypothèse des droits personnels est toutefois relativement théorique au regard de l'appréhension réelle de la propriété par la doctrine civiliste française. C'est principalement l'exercice de ces droits réels sur la ressource qui entraîne des conséquences sur les relations personnelles entre usagers, c'est-à-dire que le rapport juridique d'un propriétaire à l'eau détermine les rapports sociaux entre membres de la communauté d'usagers.

Les règles tant coutumières que civiles qui encadrent le droit de propriété en Dombes sont constituées d'un ensemble de droits qui permettent d'identifier un régime juridique qui se révèle complexe. La propriété pensée comme un ensemble complexe formant un faisceau de droits peut être envisagée sur le modèle du *Bundle of rights*, issu du mouvement des « juristes réalistes » américains. Dans cette approche, « *la propriété doit être conçue non pas comme un droit antérieur à la loi conférant un droit absolu d'une personne sur une chose, mais comme un ensemble complexe de relations juridiques entre personnes* »³⁷¹. Cette vision de la

³⁶⁹ LAKSSIMI T., *La summa divisio des droits réels et des droits personnels*, Dalloz, 2016.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 2.

³⁷¹ ORSI F., Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété

propriété est tout à fait originale par rapport à l'approche civiliste française de la propriété puisqu'elle en fait un jeu de relations juridiques personnelles et non plus un droit réel individuel et exclusif. Outre la complexité des relations juridiques entre les usagers de l'eau dans leur rapport à la ressource, le concept de faisceau de droits permet de donner un cadre juridique à la distribution d'une richesse particulière, l'eau. Si ce concept est original en droit français, c'est sans doute parce qu'il permet justement d'appréhender des rapports juridiques contraignant les usagers d'une ressource à en assurer effectivement le partage. La thématique de la distribution des richesses est particulièrement ignorée des juristes français spécialistes de la propriété³⁷². De ce point de vue, les droits dont les usagers de l'eau sont titulaires en Dombes constituent des droits personnels, puisque contraignants les uns par rapport aux autres, et non pas des droits réels sur la chose qu'est l'eau partagée. Cette hypothèse conforte le regard différencié que l'on peut porter sur le régime juridique de la propriété de l'eau. Le faisceau permet de faire converger l'étude de la propriété sur ce territoire.

Une approche systémique et non analytique se révèle nécessaire à la compréhension du droit de propriété en Dombes du fait de la complexité des droits exercés. Cette complexité est due à la source, la nature et l'articulation de ces droits entre eux. Ces derniers doivent être considérés dans leur globalité et non comme une additionnalité de droit³⁷³.

2. La nature des « droits d'eau » au regard du droit coutumier local

Les origines historiques des droits de prélèvement de la ressource accordent une place particulièrement importante aux droits d'usages concédés entre propriétaires, et aux servitudes particulières « du fait de l'homme » qui grèvent certaines propriétés. Cela témoigne de l'importance de l'entente entre propriétaires, principe immuable sur ce territoire puisqu'il s'agit généralement de titres ou de conventions individuels auxquels les juridictions peuvent aisément se référer. En général. Les juridictions recherchent donc l'existence d'actes juridiques constituant des titres fondant de droits. Dans ce cadre Cour d'Appel de Lyon qui, confrontée à un litige autour de la gestion de deux étangs, a tenté de faire l'application des titres individuels avant de faire application des usages locaux³⁷⁴.

commune, *Revue de la régulation*, [En ligne], 14 | 2e semestre / Autumn 2013.

³⁷² CHAZAL J.-P., La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel, préc.

³⁷³ BILLET Ph., *Mélanges Martin sur la globalité*.

³⁷⁴ CA Lyon, 2 oct. 2012, n°10/06679.

D'un point de vue du droit commun, les droits d'usage sur la ressource en eau sont notamment intégrés dans le Code de l'environnement et le Code civil et ont été largement traités, interprétés et réglés par la jurisprudence. Toutefois, ces droits d'usage sont principalement accordés sur les cours d'eau non domaniaux. En Dombes, l'alimentation des étangs s'effectue non pas par le prélèvement effectué dans des cours d'eau mais par la réception et la conduite d'eaux pluviales et de ruissellement dans un réseau complexe de fossé. Ce droit ne semble donc pas le plus adapté pour rendre compte de la complexité de la situation en Dombes. Néanmoins, comme cela a été énoncé, le code civil prévoit également des droits d'usages sur les eaux pluviales et les eaux de ruissellement. Les articles 640 et 641 du Code civil intègrent ces droits. Donc on pourrait penser que du fait de l'alimentation spécifique des étangs en Dombes, ces dispositions seraient applicables. Or, il n'en est rien dès lors que les usages font apparaître une contradiction entre les pratiques mises en œuvre et les principes³⁷⁵.

Ces droits d'usages sur la ressource en eau ne s'éteignent pas à la suite d'une période de non-usage³⁷⁶, ce qui paraît favorable au régime d'assolement de la Dombes. Autrement dit, il n'existe pas de prescription extinctive en la matière. En ce sens, la nature des droits d'eau peut être rapprochée des droits de riveraineté accordés aux propriétaires riverains d'un cours d'eau. Ce droit de riveraineté « *est un droit réel sui generis car il est amputé dans ses éléments constitutifs, et ambivalent dans ses caractères* »³⁷⁷. L'auteur développe cette affirmation ainsi : « *le droit d'usage suppose le jus utendi et le jus fruendi. Le jus utendi est limité car le riverain peut seulement utiliser l'eau pour l'irrigation (C. civ., art. 644) ou l'industrie (C. rur., art. L. 152-14 et s.), « dans les limites déterminées par la loi » (C. envir., art. L. 215-1). Le jus fruendi est, en revanche, étendu, car le riverain a le droit de percevoir les fruits, de céder ou de louer son droit d'usage* ». Ainsi, « *le droit de riveraineté confine à l'absolutisme, à la souveraineté. Ce droit d'usage est, néanmoins, limité, car le riverain ne doit pas en faire un usage abusif, excessif ou contraire à la loi* ». Quoiqu'il en soit, des droits d'usage particuliers peuvent être consentis par un propriétaire. En effet, la jurisprudence civile admet depuis fort longtemps le démembrement de la propriété au profit d'un droit d'usage sui generis.

³⁷⁵ Cf. infra, il sera démontré que le droit coutumier est contraire à ces dispositions.

³⁷⁶ GAVIN-MILLAN-OOSTERLYNCK E., Le droit d'usage de l'eau ne s'éteint pas par le non-usage, note sous Cass. 3^{ème} Civ., 16 février 2011, n° 09-70228, *AJDI* 2011. 472.

³⁷⁷ *Idem*.

En matière de droits fondés en titre, le titulaire bénéficie d'une procédure particulière de protection. Ainsi l'arrêt « *Caquelard* » de la Cour de Cassation énonçait en 1834 : « aucune [...] loi, n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible »³⁷⁸. Bien plus récemment, la même Cour de Cassation réaffirme avec force qu'un propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien³⁷⁹.

En tout état de cause, la Cour de Cassation consacre encore le principe selon lequel le non usage n'entraîne pas la perte du droit afférent. En ce sens, elle a eu l'occasion de sanctionner une Cour d'Appel, en énonçant : « *qu'en statuant ainsi, sans constater, alors que le droit d'eau fondé en titre ne se perd pas par le non-usage, que la force motrice du cours d'eau ne pouvait plus être utilisée du fait de la ruine ou du changement d'affectation des ouvrages essentiels destinés à utiliser la pente et le volume du cours d'eau, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »³⁸⁰. Ainsi, la notion de temporalité interroge dans le cas de la Dombes quant à l'application de ce principe selon lequel un droit fondé en titre ne se perd pas par son non usage, notamment lorsque l'étang se retrouve asséché à la suite de la mise en œuvre des législations spécifiques du milieu du XIX^{ème} siècle. Or, l'absence d'usage du droit n'est pas dû à un désintérêt mais à une impossibilité technique de l'exercé indépendante de la volonté du titulaire de droits. Dès lors, dans ce cas particulier, la prescription extinctive ne trouve pas à s'appliquer. Indépendamment du non usage, un droit fondé en titre est un droit réel immobilier particulier qui disparaît avec la ruine totale dudit ouvrage³⁸¹. Il existait traditionnellement un ensemble de droits d'usages attribués notamment aux titulaires de l'assec en période d'évolage. Il s'agissait notamment du droit de faire rouir le chanvre (naisage³⁸²) ou de faire « pâturer » les bêtes dans l'étang afin de les faire manger les plantes hygrophiles (brouillage). Aujourd'hui, la production de chanvre comme l'élevage de bétail a quasiment disparu en Dombes car les agriculteurs se sont volontiers tournés vers la

³⁷⁸ Cass. Req. 13 février 1834, *Caquelard*, S. 1834, 1, p. 205 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, Dalloz, 12^{ème} éd., 2007, n° 65.

³⁷⁹ Cass. 1^{ère} Civ., 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-16.304, Bull. 2012, III, n° 159.

³⁸⁰ Cass. 3^{ème} Civ., 16 février 2011, n° 09-70228, *AJDI* 2011. 472, note Gavin-Millan-Oosterlynck E., Le droit d'usage de l'eau ne s'éteint pas par le non-usage.

³⁸¹ CE 5 juill. 2004, *SA Laprade énergie*, n° 246929, *AJDA* 2004, p. 2219, note Sablière ; *Rec.* p. 294 ; *RFDA* 2004, p. 1034, Concl. Lamy ; CAA Nantes, 7 avril 2010, n° 09NT01335, *AJDA* 2010, p. 1942, Ccl. Degommier. Si l'existence tant d'un étang et du moulin mentionné dans le titre antérieur à 1789 n'est pas rapportée, le juge administratif ne peut conclure à l'existence d'un droit fondé en titre dispensant le propriétaire d'un plan d'eau de demander l'autorisation de sa création.

³⁸² Le droit de naisage est celui de porter le chanvre à rouir dans l'étang, partout ailleurs que dans la pêcherie et près des thous. (Roland Billard, *Derrière chez moi, y'a un étang*, Éd. Quæ, Versailles 2010) : cette limite au droit démontre la conscience du trouble de cette pratique pour l'exploitation piscicole : à intégrer dans la partie sur la dimension « environnementale » du droit locale.

céréaliculture, voire la monoculture. Dès lors se pose la question de la survivance du droit d'usage, à défaut de son utilisation, étant précisé que ces droits d'usage font l'objet d'un chapitre spécifique dans l'ouvrage de Truchelut de 1904 mais qu'il n'en est pas fait mention dans les usages locaux codifiés par la Chambre d'agriculture. Si le droit d'usage de l'eau ne s'éteint pas par le non usage notamment lorsque son titulaire dispose d'un titre, le droit strictement coutumier devrait, en toute logique, avoir disparu. L'usage source de droit et la coutume sont l'émanation normative des pratiques locales généralisées. Si les pratiques sont abandonnées, le droit coutumier qui les gouverne tombent en désuétude.

B. Des propriétés privées liées par des contraintes réciproques sur l'usage de l'eau

En tout état de cause, la coutume est une forme de droit spécifique qui nécessite la continuité des pratiques. Dès lors, les prérogatives du propriétaire foncier, le propriétaire de l'étang, sont fortement contraintes par celles de ses voisins, et plus précisément celles des autres usagers de la ressource en eau qui occupe la propriété foncière de façon alternative. Dès lors, le propriétaire du fonds est considéré comme l'un des usagers de la ressource qui s'y trouve. La concurrence d'usagers sur un bien foncier agricole conduit à reconnaître le caractère nécessairement limité du droit de propriété, la doctrine s'interrogeant même sur le fait de savoir si le propriétaire ne serait pas finalement « simple usager de sa propriété »³⁸³.

L'exercice des droits du propriétaire est contraint par l'existence d'autres propriétés puisque le fait d'excéder ses prérogatives est réprimé par le Code civil³⁸⁴ et la jurisprudence de la Cour de Cassation³⁸⁵. La jouissance de la propriété est également contrainte par l'existence de servitudes, dont certaines sont d'origine coutumière (1) et permettent la préservation de l'eau dans une perspective d'usage collectif (2).

³⁸³ HERNANDEZ-ZAKINE C., Eau, agriculture, propriété. Quels enjeux juridiques et donc économiques et sociaux ?, in FALQUE M., *L'eau entre réglementation et marché*, Ed. Johanet, 2014, p. 79.

³⁸⁴ L'article 645 dispose en ce sens : « nul ne peut être contraint de céder sa propriété, sauf en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique ».

³⁸⁵ Qui impose notamment la destruction d'une construction qui empiète sur la propriété d'autrui (Cass. 3^{ème} Civ., 10 novembre 2009, n° 08-17526 ; Cass. 3^{ème} civ., 10 nov. 2016, n° 15-25.113, *AJDI* 2017, p. 454, note Dreveau).

1. Des servitudes coutumières contraignant l'usage d'une ressource unitaire

Le droit français est doté de mécanismes permettant la contrainte exercée par une propriété sur une autre, que ces servitudes soient régies par le droit privé ou le droit public. Le régime juridique de l'exploitation de l'eau en Dombes est principalement fondé sur des contraintes exercées d'un fonds sur l'autre (a). Ces servitudes sont toutefois originales du fait de leur caractère, puisque pour certaines *contra legem* (b).

a. Nature des servitudes locales issues du droit coutumier

Une servitude est définie comme étant « *une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire* »³⁸⁶. Les obligations imposées sont dès lors indépendantes de la nature des propriétaires d'un bien foncier. C'est le fonds lui-même qui se trouve lié à un autre dans une relation d'obligation, en quelque main qu'il se trouve. De façon historique, la gestion des étangs en Dombes est régie par l'édiction de règles analysées par la littérature locale (juridique ou non) comme des servitudes qui, selon Collet³⁸⁷, « *sont des droits réciproques que la nécessité exige et que le bien commun du pays a confirmés* »³⁸⁸. Les servitudes, et notamment celles découlant de la situation des lieux³⁸⁹, contraignent fortement l'usage privatif d'une ressource commune. L'originalité dombiste de l'obligation de « donner » toutes les eaux à l'étang inférieur constitue ainsi une servitude imposant la circulation de toute la ressource disponible.

Les propriétés privées se contraignent entre elles afin d'en gérer la rareté. Le droit coutumier instaure des servitudes entre fonds riverains/ indivision des ouvrages hydrauliques telles que chaussées ou fossés (avec la répartition de la responsabilité d'entretien des ouvrages hydrauliques). De façon générale, la servitude peut être définie comme « *l'état d'un fonds immobilier privé de certaines de ses potentialités* »³⁹⁰. En Dombes, il existe des mécanismes d'origine coutumière dont l'objet est de limiter l'étendue du droit de propriété d'un propriétaire au bénéfice d'un autre. Si le juge devait reconnaître, au même titre que la pratique, l'existence de ces servitudes coutumières, cela aurait le mérite de reconnaître leur

³⁸⁶ Code civil, art. 637.

³⁸⁷ COLLET Ph., *Explication des statuts et coutumes et usages observés dans la province de Bresse*, 1698.

³⁸⁸ Citation extraite de LACHAIZE Ph., *Le droit coutumier applicable aux étangs*, Mémoire DEA Droit de l'environnement, Lyon 3, 1983, p. 45.

³⁸⁹ Code civil, arts. 640 et s.

³⁹⁰ MEILLER E., *Contribution à la théorie des servitudes. Une approche objective du service foncier*. Thèse de droit, soutenue le 17 juin 2009, Lyon 3, p. 449.

cohérence, notamment d'un point de vue écologique puisqu'elles permettraient d'attester l'unité de la ressource partagée. En effet, toute l'eau est gérée de la même manière et doit entrer dans le circuit de la chaîne d'étangs. En ce sens, la coutume dombiste anticipe les exigences de la loi sur l'eau de 1992 consacrant l'unité physique de l'eau ainsi que la Directive cadre sur l'eau de 2000 énonçant que l'eau « n'est pas un bien marchand comme les autres »³⁹¹.

La contradiction apparente entre ce droit coutumier local et les articles 640 et 641 du Code civil interroge quant à la contradiction de ces mêmes dispositions au regard du droit de l'environnement tant interne qu'euro péen. Ces contradictions apparentes sont multiples et démontrent que certaines des dispositions du droit coutumier local sont constitutives d'une coutume qui tantôt complète la loi et la supplée, tantôt lui est contraire, faisant entrer ces deux ordres juridiques dans un rapport de confrontation³⁹². Au-delà des contradictions dans le contenu même de la règle de droit, il existe une certaine opposition dans l'objectif qu'elle poursuit et la philosophie qu'elle concrétise. En effet, les liens entre propriétés réglés par les articles 640 et 641 du Code civil font apparaître dans le droit le caractère naturel de l'eau, poussant Philippe Billet à constater que « *les lois de la physique contraignent la loi des hommes* »³⁹³. En application de ces dispositions, l'homme ne peut créer d'obstacle au cours naturel des eaux et finalement, ne peut altérer le « rapport naturel qui découle de la situation des lieux ». L'atteinte à la naturalité du parcours de l'eau peut fonder la responsabilité du propriétaire à l'origine de cette perturbation, quelle qu'ait été son intention³⁹⁴. Ce choix législatif a été fait afin de préserver les droits individuels accordés aux propriétaires sur leurs biens fonciers puisque l'interdiction d'artificialiser le cours des eaux a pour objet de ne pas « *aggrave[r] la servitude d'écoulement* »³⁹⁵. D'un autre côté, les règles issues du droit coutumier applicable en Dombes sont fondées sur le partage d'une ressource naturelle qui parcourt un territoire aménagé par l'homme et qui alimente des ouvrages hydrauliques artificiels. De ce point de vue, il prend doublement le contre-pied du droit commun en ce qu'il a pour objectif de permettre la perpétuation d'un usage commun de la ressource sans remettre en cause le caractère artificialisé des fonds sur lequel s'écoule l'eau.

³⁹¹ J. Gudefin, préc., p. 393.

³⁹² Cf. *infra*, Partie II.

³⁹³ BILLET Ph., Le droit de l'eau au défi de la gravité : entre conflits de propriétés et communautarisme, in PIERRON J.-Ph. (dir.), *Ecologie politique de l'eau*, Ed. Hermann, 2017, p. 317.

³⁹⁴ L'article 641 du Code civil prévoit en effet le versement d'une indemnité par le propriétaire d'un fonds supérieur qui aggraverait la servitude issue de la disposition des lieux grevant le fonds inférieur.

³⁹⁵ Code civil, art. 641.

b. La libre circulation de l'eau, une servitude coutumière *contra legem*

Le Code civil établit une distinction entre les servitudes visant à la libre circulation des eaux et l'usage, par un propriétaire, des eaux courantes parcourant son fonds. L'écriture de la coutume dombiste, quant à elle, n'effectue pas une telle distinction mais consacre le principe de la libre circulation de l'eau de l'étang supérieur vers l'étang inférieur. Ce principe sera étudié à l'aune de la distinction effectuée par le Code civil, avant d'analyser la problématique liée au niveau d'eau dans un étang.

La circulation et la répartition de la ressource en eau constituent une des préoccupations les plus importantes en Dombes, où le « vol d'eau », expression locale qui désigne le fait d'interrompre la circulation de l'eau, est perçu comme un « crime impardonnable » portant atteinte à la productivité des étangs de la région. D'abord, il est à noter que le droit commun, et plus particulièrement le code civil de 1804, règle une partie de la question de la circulation de l'eau à travers son article 640 qui dispose :

*« Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué.
Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement.
Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur. »*

Dès lors, le principe selon lequel les propriétaires doivent laisser libre cours aux eaux s'écoulant naturellement sur leurs fonds est posé par le législateur. Sont ainsi visés par le Code civil, les eaux de ruissellement mais également les cours d'eau. Les eaux doivent ainsi toujours s'écouler de l'amont vers l'aval, selon leur cours naturel, et pour ce faire une servitude grève les fonds inférieurs dont les propriétaires ne doivent pas faire obstacle à cette circulation. Au-delà des seules eaux de ruissellement, la question de la libre circulation de l'eau est consacrée par le Code civil comme en témoigne le régime des sources³⁹⁶. Toutefois ces dispositions ne trouvent pas à s'appliquer en Dombes dès lors que la plupart des étangs sont alimentés par des eaux de ruissellement et non par des sources.

La coutume applicable en Dombes entretient un rapport ambigu avec les dispositions législatives relatives aux eaux de ruissellement dans deux hypothèses. La première où les

³⁹⁶ L'article 642 du Code civil dispose ainsi : « Celui qui a une source dans son fonds peut toujours user des eaux à sa volonté dans les limites et pour les besoins de son héritage ».

dispositions de l'article 640 sont adaptées aux conditions techniques locales ; et la seconde où les principes du droit coutumier sont contraires aux dispositions de l'article 642.

En effet, le principe de la libre circulation de l'eau était d'ores et déjà appliqué dans bon nombre de territoires sous l'Ancien Régime. Cela est d'ailleurs rappelé par Truchelut qui, en 1881³⁹⁷, fait référence à Revel, auteur d'un ouvrage « Coutumes de Bresse » datant de 1729 et dans lequel le principe de la libre vidange est déjà inscrit. Ainsi, ce principe, tel qu'appliqué en Dombes ne semble pas entrer en contradiction avec les dispositions de l'article 640 du Code civil. Toutefois, les pratiques mettent en évidence une adaptation de ces dispositions aux techniques de circulation de l'eau exigées par l'exploitation de l'ensemble des étangs. Ces derniers se vidangent les uns dans les autres après exploitation piscicole et ces vidanges caractérisent la reprise de la circulation de ces eaux qui avait été interrompue le temps de leur exploitation dans l'étang. Ainsi, il ne s'agit pas d'écoulements continus des eaux pluviales du fonds dominant vers le fonds servant mais d'écoulements ponctuels de ces eaux pluviales à travers les vidanges des étangs dans lesquelles elles ont été réunies.

Il n'en va pas de même en ce qui concerne l'adéquation du droit coutumier de Dombes eu égard à l'article 641 du Code civil. Cet article dispose :

« Tout propriétaire a le droit d'user et de disposer des eaux pluviales qui tombent sur son fonds.

Si l'usage de ces eaux ou la direction qui leur est donnée aggrave la servitude naturelle d'écoulement établie par l'article 640, une indemnité est due au propriétaire du fonds inférieur [...] ».

Ainsi, et en ce qui concerne uniquement les eaux pluviales, un propriétaire peut, en application de cet article 641, distraire de leur pente naturelle, les eaux tombant sur son fonds. La seule contrainte pesant sur le propriétaire en vertu de ces dispositions étant la non aggravation de la servitude pesant sur le fond servant, il lui est loisible de priver ledit fonds de l'écoulement des eaux pluviales.

La Cour de Cassation elle-même ne conteste pas la contradiction de ces dispositions avec le droit coutumier dombiste. Dans son arrêt de 1999 précédemment évoqué, la Haute juridiction ne remet pas en cause l'interprétation de la Cour d'Appel de Lyon selon laquelle :

³⁹⁷ TRUCHELUT A., 1881, préc., p. 40.

« Qu'il n'est pas contesté que la solution de ce litige concernant le ruissellement des eaux, doit être recherchée non pas en application des dispositions de l'article 641 du Code civil, mais selon les coutumes et usages locaux qui dérogent aux dispositions du Code civil, en raison de l'exploitation spécifique des étangs de la Dombes, que la situation particulière des étangs de la Dombes et de la Bresse est régie par la loi naturelle décrite par le manuel de Truchelut édité pour la première fois en 1881 »³⁹⁸.

Ainsi, le droit commun n'est, selon la Cour d'Appel, pas adapté à l'exploitation des étangs de la Dombes qui doivent rester soumis à la « loi naturelle » édictée par l'ouvrage de Truchelut. C'est fort de ce constat que la Cour a énoncé le principe selon lequel les « *propriétaires des fonds supérieurs aux étangs ne pouvaient divertir les eaux par fossés ou batardeaux* ».

L'ouvrage de 1904 énonce en effet de façon catégorique que :

« Les propriétaires de fonds contigus et supérieurs à un étang ne doivent, sous aucun prétexte, détourner de cet étang, les eaux qui peuvent y arriver par la pente naturelle des lieux »³⁹⁹.

« En conséquence, il leur est interdit de faire sur leur propre fond et à leur profit un travail quelconque qui pourrait avoir pour but ou pour résultat d'empêcher les eaux de s'écouler dans l'étang contigu inférieur »⁴⁰⁰.

C'est en respectant l'esprit du texte rédigé par Truchelut, et donc des pratiques répétées sans interruption en Dombes, que la Cour d'Appel de Lyon proposait de sanctionner tout propriétaire qui, par quelque moyen que ce soit, divertissait les eaux de leur cours naturel vers un étang inférieur. Cette interprétation représente particulièrement bien l'état d'esprit dans lequel se trouvent les exploitants d'étangs de ce territoire, pour qui il est inconcevable de « voler l'eau ». Cette idée de « vol d'eau » se retrouve dans la relation de ces exploitants à la ressource. En effet, les propriétaires d'étangs, indépendamment de leur situation juridique, se sentent également pleinement propriétaires de l'eau. En ce sens, « *c'est l'eau que les propriétaires ont ainsi le sentiment de posséder : « mon eau », disent-ils tous* »⁴⁰¹. De ce point de vue, la réglementation coutumière transcrite par Truchelut, et plus encore par le juge judiciaire, confirme la nécessité, pour le droit, de traduire les spécificités sociales, historiques,

³⁹⁸ Cass, 3^{ème} civ, 16 juin 1999, préc.

³⁹⁹ TRUCHELUT A., 1904 préc., p. 285.

⁴⁰⁰ *Idem.* p. 286.

⁴⁰¹ MANCERON V., *préc.*, p.107.

géographiques et économiques de la Dombes. Bien que la Cour de cassation ait cassé cet arrêt, elle ne remet pas en cause le caractère *contra legem* de la coutume dombiste sur ce point, ni sa nécessité afin de permettre la continuation des pratiques locales. La spécificité de ce régime a été consacrée dans le recueil des usages locaux du département de l'Ain qui précise qu'en ce qui concerne les étangs dépendants, le propriétaire ou l'exploitant de l'étang a « l'obligation de recevoir l'eau en amont et de la rétrocéder en aval »⁴⁰². Toutefois, cette affirmation semble bien trop générale, bien qu'elle ait l'avantage de la clarté. Il sera donc proposé, dans la rédaction de la proposition de « document de référence », d'intégrer l'obligation de ne pas divertir les eaux après usage ainsi que l'interdiction de priver d'eau un propriétaire d'étang, sauf à constater l'existence d'un fossé de ceinture.

2. Des contraintes réciproques entre les propriétés privées permettant une gestion raisonnable et collective de la ressource

Les objectifs du droit local ne sont évidemment pas de protéger une ressource pour elle-même mais d'en permettre un usage collectif pérenne et profitable pour l'ensemble de la collectivité. Dès lors, l'exploitation de la ressource nécessite d'être raisonnée (a) tout en restant fondée sur la mise en valeur de propriétés privées (b).

a. Une gestion utilitariste mais raisonnée de la ressource en eau

Dans le sens où son exploitation est concertée, la ressource en eau doit faire l'objet d'un usage raisonnable de la part du propriétaire privé qui agit en bon gestionnaire ou, dans un langage juridique quelque peu désuet, « en bon père de famille »⁴⁰³. L'exercice des droits accordés au propriétaire d'un fonds du fait de l'application du droit civil autorise à la fois un usage de l'eau le parcourant absolutiste⁴⁰⁴ et égoïste, sans considération de l'usage que pourra exercer ou non le propriétaire d'un fonds inférieur⁴⁰⁵. Au contraire, le droit coutumier réglant l'usage de l'eau en Dombes impose à plusieurs égards de prendre en considération l'usage des propriétaires ou exploitants d'étangs voisins. D'abord, la construction d'ouvrages

⁴⁰² CA 01, *Recueil des usages locaux*, préc. p. 42.

⁴⁰³ Expression utilisée par Collet (préc.) et Revel (préc.) dans leurs ouvrages décrivant les usages et coutumes propres à la gestion de l'eau et des étangs en Dombes.

⁴⁰⁴ Cf. *supra*.

⁴⁰⁵ BILLET Ph., préc.

hydrauliques ne doit pas perturber les cycles (artificiel et naturel) de l'eau et ne doit pas avoir pour effet de modifier les modalités d'usages de la ressource par les autres usagers. Ensuite, l'usage de l'eau lui-même impose d'en préserver la substance et la qualité aux fins d'un usage futur pour le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds sur lequel elle est destinée à s'écouler. De ce point de vue, le droit local contraint les règles du droit commun en laissant une place plus importante à l'usage collectif d'une même ressource. On peut voir ici une sorte de « débit réservé » au profit de propriétaire du fonds inférieur, ce débit devant être le même que celui dont le propriétaire du fonds supérieur a pu bénéficier.

Le respect de la propriété privée, ou d'un droit réel privatif et individuel, contraint l'usage de chacun au bénéfice de tous. Ces contraintes, sous la forme juridique de la servitude, exercées sur les propriétés privées ont un objectif mais plusieurs résultats. D'abord, l'objectif de ces contraintes est la gestion harmonieuse de la ressource en eau sur un territoire et la garantie d'un égal accès à l'eau. Cependant, si la prospérité de ce modèle territorial démontre son efficacité au fil des siècles, les contraintes juridiques exercées par les propriétés les unes sur les autres démontrent d'autres bénéfices. D'abord, et ce constat est un corollaire de l'objectif premier de ce modèle, la ressource en eau est exploitée de façon à l'économiser le plus possible. Ainsi, l'on observe une exploitation raisonnable de la ressource. De plus, les servitudes d'entretien sur l'ensemble des ouvrages hydrauliques induisent également l'entretien et donc la préservation des écosystèmes dans lesquels les étangs sont exploités. Mais surtout, la « surveillance et l'entretien de l'étang » suppose de surveiller constamment l'étang de l'eau, son niveau « spécialement lors du frai » et l'état des ouvrages permettant sa retenue ou sa circulation⁴⁰⁶.

b. La propriété privée considérée comme le support pour l'usage collectif

Il convient, pour parvenir à saisir l'ensemble des enjeux et des réalités locales, de s'affranchir d'une réflexion exclusivement fondée sur la recherche d'un régime et d'un titulaire de droits de propriétés sur l'eau. On l'a vu, la propriété privée est omniprésente sur le territoire de la Dombes et l'étang constitue le support des droits d'usages sur la ressource en eau dans lequel elle s'écoule, qui y stagne et qui en est libérée. Cette propriété privée est le pilier de la gestion partagée de la ressource en eau de ce territoire. Ce régime propre à l'étang permet l'immobilisation de l'eau malgré son caractère mouvant. Cette immobilisation

⁴⁰⁶ LEVRAT R., La pisciculture en Dombes : l'exploitation des étangs, *Bull. fr. pisci.* 1965, n° 217, pp. 131-147.

temporaire permise par la maîtrise technique de l'ouvrage permet de transmettre à l'eau, par accession, le régime juridique attaché au sol, pour en faire une *res propria*⁴⁰⁷. Pour autant, cette appropriation temporaire de l'eau par son immobilisation n'entraîne pas, selon du droit coutumier local, l'application d'un régime de propriété complet, ce dernier se trouvant dépourvu de la capacité de porter atteinte à l'intégrité de la ressource⁴⁰⁸. En ce sens, cette propriété, amputée de l'une de ses composantes, fait l'objet d'un régime juridique en rupture avec l'appréhension traditionnelle (du point de vue du droit civil) de la propriété et correspond à une préoccupation contemporaine de l'appréhension de la gestion du foncier rural. En effet, la propriété foncière, confrontée aux impératifs de consommation économe des territoires, de protection des ressources naturelles et de conservation des surfaces agricoles, doit nécessairement être repensée. Dans cette perspective, « *il faut en finir avec le mythe de la propriété absolue et exclusive pour laisser place à un droit de propriété assumant pleinement sa fonction sociale* »⁴⁰⁹. Dans cet esprit, la propriété privée a une fonction sociale en ce qu'elle permet, successivement à chacun des propriétaires intéressés, d'exercer des droits d'usages sur la ressource en eau qui y circule ou y est immobilisée. En d'autres termes, la propriété privée constitue le socle et le lieu d'exécution du droit d'usage qui ne s'acquiert qu'à travers l'exercice d'un droit de propriété (éventuellement délégué) et qu'à partir du moment où la ressource traverse ce bien foncier.

Conclusion du Chapitre 1

L'identification d'une propriété collective, inédite par rapport au droit commun de la propriété, est permise par la reconnaissance d'un « patrimoine commun » propre à une communauté occupant un territoire délimité. Cette propriété collective n'est pas exclusive de la persistance d'une propriété privée qui reste le moteur de ce patrimoine commun à travers la recherche de la mise en valeur de la première. La cohabitation de ces deux propriétés, liées l'une à l'autre, constitue le moyen d'identifier une communauté d'usagers de la ressource en eau.

La tentative de qualification d'un régime juridique satisfaisant à la ressource en eau sur le territoire de la Dombes ne peut se départir des réalités sociales de cette région. Il serait

⁴⁰⁷ Cf. préc.

⁴⁰⁸ Le droit de propriété ainsi conçu est dépourvu du droit d'abus.

⁴⁰⁹ GRIMONPREZ B., Nouvelle utopie foncière ; pour une régulation de la maîtrise du foncier, *RD. rur.* 2017, Etude n° 11.

illusoire de tenter de rattacher l'eau dombiste au statut de chose commune. Par ailleurs, dans une perspective de préservation des qualités de la ressource, il s'agit d'envisager un régime juridique assez protecteur de la nature de la ressource tout en permettant de préserver le régime d'appropriation foncière propre à la Dombes. Il ne peut être contesté que l'ensemble du régime juridique de la gestion de l'eau en Dombes ait été toujours fondé sur un régime de propriété, bien que celui-ci ait évolué au cours des siècles. En effet, la mise en eau et l'aménagement des étangs ont été l'initiative de grands propriétaires fonciers, qui par leur action d'inonder les fonds des propriétaires riverains ont créé un ensemble de droits d'usages au bénéfice des propriétaires des parcelles inondées, ces derniers devenant les titulaires de l'assec. L'eau, sur ce territoire, n'a jamais été considérée comme une chose commune (*res communis*) puisqu'elle a toujours fait l'objet d'une appropriation par immobilisation dans les étangs. Nous avons tenté d'identifier un régime juridique unitaire de la ressource, garantissant la préservation de ses caractéristiques et de sa qualité. Ainsi, l'eau contenue dans les étangs reste une *res propria*, tandis que l'eau qui circule dans l'ensemble du réseau hydrographique de la Dombes et qui bénéficie à tous les utilisateurs (pisciculteurs, agriculteurs et chasseurs) pourrait constituer une propriété particulière, celle d'une propriété collective soumise à un usufruit, les usufruitiers de la ressource étant ses utilisateurs, contraint d'en conserver la substance. La *res collectivis*⁴¹⁰ permet d'attribuer les droits de propriété à une communauté, une collectivité identifiée. Ce dernier point cristallise les difficultés d'ériger un régime de propriété collective. Finalement, l'intérêt de cette réflexion est de démontrer que le droit coutumier local a pour objet non pas de consacrer un régime de propriété de l'eau extraordinaire mais de contraindre l'usage privé de cette ressource dans la perspective de préserver l'affectation de sa gestion à l'intérêt collectif local.

⁴¹⁰ LAURIER R., Le régime juridique de l'accès aux ressources halieutiques à l'épreuve de la théorie classique du patrimoine, préc.

Chapitre 2. La solidarité au cœur du droit spontané gouvernant l'usage collectif

L'usage de l'eau est contraint par l'application du principe de solidarité. Selon la définition classique, « *la solidarité témoigne de la dépendance mutuelle des membres d'une société* »⁴¹¹. La solidarité est donc une notion sociologique ayant, grâce notamment à l'avènement des considérations écologiques et sociales, peu à peu investi le champ juridique et notamment le droit de l'environnement. Ainsi, l'on retrouve la trace de ce principe au sein du concept de développement durable instaurant une solidarité entre les générations actuelles et futures par exemples. La solidarité entre les individus et les territoires guide également l'action publique en matière de lutte contre les catastrophes naturelles ou encore, plus précisément, dans la lutte contre le risque d'inondation⁴¹². D'un point de vue général, la gestion, la protection et l'exploitation des ressources naturelles parmi lesquelles l'eau doivent s'inspirer des objectifs du développement durable et notamment la recherche de la cohésion sociale et de la solidarité entre les territoires et les générations⁴¹³.

Le principe de solidarité soude véritablement la communauté hydraulique formée autour de l'usage du bien commun. L'économie de l'eau, au sens de la gestion de sa rareté, est dès lors identifiée comme étant la condition de la survie de l'individu comme de la communauté. La solidarité qui irrigue les rapports entre usagers et fonde ainsi une communauté structurée, est double. Il s'agit d'abord d'une solidarité territoriale, puis d'une solidarité écologique auxquelles s'ajoute une solidarité transgénérationnelle. La première est liée à la situation géographique de la communauté : affronter une topographie difficile, que ce soit en Dombes ou en Brenne et leurs larges étendues humides, dans les Alpes et la nécessité de s'adapter au climat et aux conditions locales, ou encore en Ardèche et sa topographie vallonnée. Cette adaptation nécessaire, cette lutte communautaire pour la maîtrise d'un territoire, renforcent encore la solidarité qui unit les membres de ces communautés qui se forgent une identité commune. Les liens entre les hommes et l'eau transforment des difficultés territoriales en avantages identitaires. Cette conception fait référence à la solidarité humaine, celle qui unit un individu à un autre et qui débouche sur la reconnaissance d'un droit à l'eau.

⁴¹¹ V. Dictionnaire Le Larousse (en ligne) : solidarité ; également, HERVE- FOURNEREAU N., La coopération au développement et l'initiative européenne pour l'eau au miroir de l'équité : la solidarité contrastée de l'Union européenne, in MICHELOT A., *Equité et environnement, quel(s) modèle(s) de justice environnementale*, Larcier, 2012, p. 261.

⁴¹² L'action des établissements publics territoriaux de bassins est guidée notamment en la matière par la solidarité territoriale (art. L. 213-12 code de l'environnement).

⁴¹³ L'article L.110-1 du code de l'environnement reprend ici certains principes issus de la Charte de l'Environnement intégrée au corpus constitutionnel en 2005.

La seconde solidarité, écologique, est liée à la première puisque centrée sur les relations de l'homme avec l'élément aquatique, nécessairement conditionnées par la situation des lieux. Cette acceptation de la solidarité renvoie à celle mobilisée dès la loi de 1964 sur la répartition des eaux qui a institué les bassins hydrographiques comme des aires de gestion écologique de l'eau. Pour ce qui nous intéresse ici, l'on en fait une application fortement localisée, à l'échelle d'un bassin versant, mais reprenant le même mécanisme.

La troisième solidarité s'inscrit dans la temporalité. Il existe en effet, une dimension transgénérationnelle à la solidarité dans la gestion d'une ressource commune. Il s'agit, notamment en Dombes, d'user de cette ressource dans le respect des traditions des générations antérieures, tout en préservant l'eau et ses modalités de gestion afin de les transmettre aux générations suivantes. En cela, la perception du système de gestion dombiste s'intègre parfaitement dans une démarche de développement durable. Plus encore, cette solidarité dans le temps fait le lien avec les notions d'héritage et de patrimoine commun puisque fondées sur la solidarité et la transmissibilité. Cet héritage est constitué de l'eau, mais également de son système d'exploitation particulier gouverné par des règles spontanées et inédites.

Le principe juridique de la solidarité qualifie des liens de droits qui caractérisent l'interdépendance entre individus autour de la gestion d'une ressource partagée. Elle est en elle-même une relation juridique mais fonde la structuration de l'ensemble d'un régime juridique propre à permettre l'exploitation équitable de cette ressource. L'étude juridique de la solidarité exercée dans la gestion de l'eau en Dombes peut se faire l'aune de la notion de « solidarité civile » développée par Alain Supiot qui énonce que « *les solidarités civiles sont celles qui reposent sur une base volontaire et ne relèvent donc ni sur l'Etat ni sur le marché* »⁴¹⁴. En effet, la solidarité locale autour de la gestion collective de la ressource en eau fait émerger une communauté locale d'usagers (Section 1), et est vecteur d'un droit spontané dont la mise en œuvre est circonscrite à un territoire déterminé (Section 2).

⁴¹⁴ SUPIOT A., Solidarité civile, La solidarité civile et ses ennemis, in *Des liens et des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde*, Dalloz, 2015, p. 481.

Section 1. La constitution d'une communauté d'usagers solidaires autour d'un objet commun de droit

Les individus, exploitants et propriétaires, sont liés entre eux au sein d'une communauté bien particulière car fondée sur l'usage partagé d'un bien difficilement appréhendable : la masse d'eau circulant dans des ouvrages artificiels construits sur des propriétés privées et émaillant tout un territoire. Selon Bourjol, « *le mot "commune" exprime, dans le langage commun, l'union intime de la communauté d'habitant avec son patrimoine* »⁴¹⁵. L'auteur traduit ainsi le lien profond d'attachement qui unit une collectivité d'individus à un élément soudant une communauté par l'usage commun qui en est fait. Dans une société rurale, cet élément fédérateur, incorporé à un patrimoine communautaire, se révèle généralement être un « *terroir-territoire* »⁴¹⁶ qui constitue le lieu de vie de ces communautés mais également l'objet d'une exploitation indispensable à leur survie. Ainsi, l'organisation d'une société rurale traduit le lien qui existe entre la terre et les hommes. Un tel lien, construit au fil du temps autour de l'exploitation du territoire, appelle la reconnaissance d'une organisation normative qui conduit à l'émergence d'un véritable ordre juridique spontané dont l'objet est de perpétuer l'affectation de la ressource en eau à un usage collectif.

Définir la solidarité qui anime les rapports entre usagers de la ressource n'est pas chose aisée. Dans un sens commun, elle qualifie le « *rapport existant entre des personnes qui, ayant une communauté d'intérêts, sont liées les unes aux autres* »⁴¹⁷. Elle peut être entendue comme la qualification juridique des relations entre individus dans leur rapport commun à une ressource partagée. Elle permet d'établir un rapport d'égalité face à la ressource, dans la perspective d'un partage équitable de la ressource fondée sur la reconnaissance mutuelle d'une communauté d'intérêts. En définitive, la communautarisation d'un objet d'usage commun consacre la solidarité qui anime ses usagers⁴¹⁸. La communauté d'usagers de la ressource en eau doit faire l'objet d'une analyse juridique particulière, dans le sens où les pratiques traditionnelles observées écartent la mise en œuvre de mécanismes juridiques éprouvés. On l'a vu, la mise en œuvre du statut de *res communis* semble peu appropriée en ce qui concerne l'eau circulant d'étangs en fossés sur le territoire de la Dombes⁴¹⁹. En cela, elle diffère de l'appréhension globale de la ressource en eau à propos de laquelle la chose

⁴¹⁵ BOURJOL M., *Les biens communaux*, LGDJ, 1989, p. 11.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 13.

⁴¹⁷ Dictionnaire Larousse en ligne : solidarité.

⁴¹⁸ BILLET Ph., *La solidarité contrariée des usages de l'eau*, préc., p. 43.

⁴¹⁹ Cf *supra*.

commune permet de rendre compte de la nécessité de préserver une ressource rare sans pour autant faire obstacle à son appropriation⁴²⁰. Cette appropriation peut alors être publique et partant, le droit public des biens peut offrir un arsenal juridique efficace dans la gestion économe de l'eau. Pourtant, le fait qu'une personne publique en Dombes soit propriétaire d'un ou plusieurs étangs n'a pas pour conséquence de modifier le statut juridique de l'eau, ni son mode de gestion, celle-ci n'agissant alors que comme un propriétaire privé et donc comme tout usager local de la ressource, obéissant aux mêmes règles coutumières de partage de la ressource. Il n'en demeure pas moins que ces règles issues de pratiques immémoriales n'ont pu naître que de la nécessité d'une gestion en commun de la ressource fondée sur la solidarité. C'est une solidarité de fait, née de l'omniprésence de la ressource sur le territoire de la Dombes qui se trouve être la source de la régulation de son usage (I), ce dernier prenant la forme, aujourd'hui comme hier, d'un droit « spontané » (II).

I. La solidarité comme source de régulation communautaire des usages de l'eau

D'une manière générale, la solidarité peut s'entendre comme un sentiment de responsabilité et de dépendance réciproque au sein d'un groupe de personnes, celles-ci se trouvant « *obligées les unes par rapport aux autres* »⁴²¹. Ce sentiment est la source d'une obligation entre les individus solidaires qui se traduit donc par une relation de droit entre eux. Cette obligation qui lie les individus entre eux peut résulter d'une grande variété de situations. En droit, la solidarité trouve à s'appliquer à divers égards et selon plusieurs formes. D'abord, une solidarité physique que l'on peut trouver en droit international quand il s'agit de la préservation d'un cours d'eau frontalier⁴²² ; ensuite une solidarité écologique que l'on peut retrouver en droit de l'environnement et la constitution des territoires des parcs nationaux autour d'un cœur de parc dont l'aire d'adhésion est solidaire⁴²³ ; et enfin une solidarité humaine qui fonde l'institution du régime d'indemnisation des catastrophes naturelles⁴²⁴. Ainsi, la solidarité peut être prescrite, imposée par le législateur. La plupart du temps, cette solidarité découle d'une situation géographique, territoriale, et en tout cas d'un environnement

⁴²⁰ BILLET Ph., préc., p. 45.

⁴²¹ MATHEVET R., *La solidarité écologique, ce lien qui nous oblige*, préc., p.74.

⁴²² V. sur cet aspect, SOHNLE J., *Irruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence de la CIJ : l'affaire Gabčíkovo-Nagymaros*, *RGDIP* 1998, p. 85-121

⁴²³ Code de l'environnement, art. L. 331-1.

⁴²⁴ Loi 82-600 juillet 1982.

particulier qui impose, de fait, que certaines individus soient solidaires entre elles pour la mise en valeur du milieu.

La solidarité, en Dombes, n'est pas initialement imposée par le droit mais est perpétuée à travers lui. En effet, elle préexiste à l'avènement même du droit spontané puisqu'elle en est l'origine. Cette solidarité est imposée par la situation des lieux et la façon dont la ressource en eau modèle le territoire dombiste. Les utilisateurs de cette ressource se trouvent ainsi dépendants les uns des autres, et le droit permet de consacrer cette relation de solidarité (A), qui est étroitement liée aux modalités de circulation de l'eau (B).

A. Le bien collectif hydraulique, fédérateur d'une identité commune aux individus

Le bien collectif doit être entendu comme l'objet d'usages partagés entre plusieurs individus. Cette concurrence d'usages fait naître la nécessité d'organiser le partage des fruits de la ressource, et finalement, conduit à identifier une communauté d'usagers de l'eau (1). Son organisation permet l'émergence d'une organisation collective fondée sur l'usage collectif (2).

1. De la collectivisation d'un bien à l'identification d'une communauté d'usagers

La communauté est fondée sur la propriété collective, délimitée géographiquement par le circuit de l'eau qui s'écoule inexorablement, et identifiée à travers la réalisation d'aménagements contraignant cette circulation de la ressource et permettant son usage par les membres de la communauté. Un bien collectif hydraulique peut être considéré comme l'élément fédérateur d'une « société hydraulique » selon le concept de Wittfogel⁴²⁵. C'est autour d'un élément dont l'usage est partagé qu'est susceptible de se constituer une communauté dont l'ensemble des membres seraient les usagers de la ressource. Un tel régime de propriété, simultané ou alternatif, sur un même bien faisant l'objet d'un usage collectif force l'observateur à constater les relations étroites et interdépendantes qui animent ces usagers. François Ost en tire l'enseignement général selon lequel, « *alors que la propriété moderne isole son titulaire sur un bien dont la "clôture" symbolise à la fois la souveraineté et l'isolement, les propriétés simultanées du Moyen Age solidarisent, bon gré mal gré, les*

⁴²⁵ WITTFOGEL K. A., *Le despotisme oriental : étude comparative du pouvoir total* (1957), Ed. de Minuit, 1964.

membres de la communauté familiale et villageoise »⁴²⁶. Parfois, les usages traditionnels ont traversé plusieurs régimes de propriété sous l'Ancien Régime pour être toujours d'actualité à l'heure de la consécration de la propriété privée. Ce principe étant toujours central dans la Dombes par exemple. C'est l'usage de ce bien collectif qui fédère et cimente véritablement la société locale. De ce point de vue, il existe indéniablement un lien entre une pratique commune sur un bien partagé et les obligations afférentes : la constitution d'une communauté à part entière, car « *alors les communs ainsi pratiqués donnent lieu à une reconnaissance sociale puis à sa sanction comme obligatoire, les communs donnent naissance à des communautés* »⁴²⁷.

Une obligation tant affective que juridique. Affective d'abord, parce qu'elle touche à l'essence même de ce qui relie les hommes en ce « pays de Dombes » : l'eau omniprésente qui dessine le paysage, fonde l'identité du territoire et constitue la source de l'attachement de ceux qui l'occupent. Juridique ensuite parce que les relations entre individus, bien que liées par une histoire locale commune, sont teintées d'intérêts individuels s'ajoutant aux intérêts collectifs sans pour autant faire disparaître ceux-ci. Loin d'être uniquement affectifs, les liens qui unissent les individualités sont aussi faits de droits et de devoirs sur la ressource. Le propos n'est donc pas d'idéaliser la solidarité existante au sein de la « société » dombiste à travers le recours à la philosophie juridique. Le terme société est ici employé comme une structure sociale faite d'interactions et de rapports juridiques entre ses membres. Il est pourtant possible de différencier les notions de « communauté » et de « société », la première étant cimentée par l'affectif, et la seconde guidée par l'intérêt⁴²⁸. Néanmoins, « *les notions de "communauté" et de "société" peuvent toutefois se chevaucher : une communauté n'est pas toujours une communauté pure, il y a toujours des intérêts qui s'y mêlent* »⁴²⁹. La communauté peut être le fruit d'un élan spontané tout en étant assujettie à la volonté consciente de ses membres de s'y identifier⁴³⁰, dans le sens où les individualités peuvent toujours se détourner de cette conscience collective. A cet égard, on peut affirmer que la Dombes « *n'a pas de papiers. Elle n'existe que dans la mesure où, à chaque génération, des*

⁴²⁶ OST Fr., *La nature hors la loi*, préc., Chap. 2 : La nature appropriée, n° 8 [en ligne].

⁴²⁷ LE ROY E., Sous les pavés du monologisme juridique. Prolégomènes anthropologiques, in PARANCE B. et SAINT VICTOR (De) J., *Repenser les biens communs*, CNRS Editions, 2014, p. 91.

⁴²⁸ BOUDET J.-F., La géographie juridique. Recherche et limite d'une définition, *Développement durable et territoire(s)*, 2015, n° 1 : Géographie(s) et droit(s) [en ligne].

⁴²⁹ *Idem*.

⁴³⁰ JADE M., Le fait patrimonial, de l'élan spontané à la gestion complexe de son institutionnalisation, in *Patrimoine culturel immatériel et transmission : la polyphonie corse traditionnelle peut-elle disparaître ?*, Ed. Dumane, 2008.

*hommes se reconnaissent [Dombistes] »*⁴³¹. De ce point de vue, les individus tirent leur identité de leur territoire en même temps qu'ils lui permettent d'exister. En ce sens, cette identité territoriale est fondée sur une culture commune.

De la même manière que dans d'autres domaines, lorsqu'il s'agit d'étudier la Dombes, il est particulièrement ardu de classer ce que l'on y observe dans une catégorie, qu'elle soit juridique ou sociale. A bien des égards, ce territoire et les structures sociales qui l'occupent sont régis par la recherche d'un équilibre entre l'usage collectif et la satisfaction d'intérêts particuliers.

Il s'agit bien d'une appropriation collective d'un bien qui ne peut appartenir à personne d'autre. Dans ce même ordre d'idée, il peut être intéressant d'effectuer un parallèle avec le droit de propriété particulier qui s'exerce sur les « terres coutumières » en Nouvelle-Calédonie. De même, la reconnaissance du statut de bien commun d'un lac en Inde sur les rives duquel s'épanouissent des communautés traditionnelles. Enfin, l'attachement collectif et plus encore, l'interdépendance entre une communauté et un bien naturel peut conduire à voir reconnaître un certain nombre de droit aux dites communautés vis-à-vis de ce bien naturel. Ainsi, la personnalité juridique a été accordée à un fleuve Néo-Zélandais, accordant ses droits de représentation à la communauté qui s'est établie sur ses rives et vivent en symbiose avec cet écosystème naturel fragile⁴³². Evidemment, il ne s'agit pas ici de proposer de reconnaître la personnalité juridique à la Dombes ou à ses étangs. Toutefois, les liens très forts entre une communauté/une filière socioprofessionnelle pluriséculaire avec ce territoire peut rappeler ces cas de figure et peut expliquer l'attachement au territoire de ces populations locales. De même, ce territoire et les pratiques qui y sont mises en œuvre sont partie intégrante de l'identité collective locale⁴³³. C'est donc bien la ressource naturelle qui fonde le lien de solidarité au sein de cette population rurale.

⁴³¹ Nous empruntons ici la formulation de M. Lebesque qui définit ainsi l'appartenance à la Bretagne : « *mon appartenance à la Bretagne n'est en revanche qu'une qualité facultative que je puis parfaitement renier ou méconnaître. Je l'ai d'ailleurs fait. J'ai longtemps ignoré que j'étais breton. Français sans problème, il me faut donc vivre la Bretagne en surplus ou, pour mieux dire, en conscience : si je perds cette conscience, la Bretagne cesse d'être en moi ; si tous les Bretons la perdent, elle cesse absolument d'être* » (LEBESQUE M., *Comment peut-on être breton : essai sur la démocratie française*, Seuil, 1970).

⁴³² DAVID V., La nouvelle vague des droits de la nature. La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui, Gange et Yamuna, *R.J.E.* 2017, n° 3, p. 409.

⁴³³ C'est d'ailleurs un constat général dans la France rurale du XIX^{ème} siècle. Voir sur ce point, PINGAUD M.-C., Appropriation et utilisation de l'espace rural. Loi et coutume, *Etudes rurales*, 1983, n° 89-91, p. 315.

2. *L'usage collectif de la ressource, vecteur de l'autonomisation d'une communauté*

La constitution d'une véritable communauté d'usage de la ressource commune n'est pas nécessairement synonyme de la suppression du régime de propriété privée. Au contraire, celle-ci constitue le pivot du régime juridique d'usage collectif de l'eau (a) et fonde la nécessité d'une autonomisation juridique de la communauté d'usage (b).

a. Une propriété privée pivot du régime d'exploitation commune de la ressource

La doctrine et la jurisprudence ont depuis longtemps démontré la nécessité d'assouplir la conception du droit de propriété telle qu'elle était traditionnellement abordée en application de l'article 544 du Code civil. Il est ainsi proposé de donner au droit de propriété une fonction sociale et d'atténuer son caractère absolu⁴³⁴.

La gestion du commun à travers l'idée d'une « communauté diffuse »⁴³⁵, s'appuyant sur les propriétés privées existantes et dont l'utilité individuelle des biens serait transcendée par l'utilité collective, dans l'esprit d'une « transpropriation »⁴³⁶. L'usage collectif d'une même ressource permet ainsi l'émergence d'une « communauté diffuse » laissant la place au maintien de la propriété privée tout en consacrant l'accès à la ressource pour les tiers⁴³⁷. Le propriétaire doit alors être considéré comme un dépositaire du bien, « *de sorte que son utilité individuelle soit transcendée par l'utilité collective* »⁴³⁸. Cette transpropriation, en ce qui concerne l'eau des étangs de la Dombes, doit être entendue comme étant la garantie, au minimum d'un simple droit d'usage collectif sur une ressource partagée⁴³⁹. Dès lors, l'identification d'un bien collectif, entraîne la reconnaissance d'un usage commun, mais également dans le même temps d'un ensemble de règles applicables à cet usage : un « droit du commun ». Ce droit n'est, pour autant, pas uniquement fondé sur un objet commun mais par son sujet : une communauté. Ainsi, le droit local de la Dombes, que l'on peut qualifier de droit spontané, dépasse la seule coutume. En effet, cette dernière est d'abord la « loi d'un territoire » (on dit alors que c'est un droit *lex loci*)⁴⁴⁰. Le droit local dombiste pour sa part, est

⁴³⁴ GIANNOTTI M., L'abus du droit de propriété et l'empiètement sur le terrain d'autrui, *RDI* 1991, n° 303.

⁴³⁵ ROCHFELD J., « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ? », *Revue internationale de droit économique* 2014/3, p. 351-369.

⁴³⁶ OST F., *La Nature hors la loi, l'écologie à l'épreuve du droit*, Ed. La Découverte, 1995, p. 323.

⁴³⁷ ROCHFELD J., préc.

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ GAU-CABEE C., *Droits d'usage et code civil*, LGDJ, 2006, p. 71.

⁴⁴⁰ THOMPSON E., in DARDOT, LAVALLE (Dir.), préc., p. 313.

propre à ce territoire, ce qui ne fait aucun doute, mais n'est pas seulement rattaché à un lieu déterminé (*ratione loci*), puisqu'il est également lié à l'existence d'une communauté d'usagers.

b. L'autonomisation juridique de la communauté d'usage

Du fait de la solidarité qui existe entre eux, les différents propriétaires ne sont pas isolés les uns des autres et constituent une véritable communauté liée par l'usage de la ressource en eau. Le but est ici d'identifier une communauté, structurée et autonome d'un point de vue juridique et institutionnel par rapport aux membres qui la composent. Dès lors, cette autonomisation permet de reconnaître la possibilité pour la communauté d'être titulaire de droits et débitrices d'obligations. En effet, la « collectivité d'usagers » peut (ou doit...) s'institutionnaliser afin de pouvoir faire une exacte application des droits et des obligations qui lui sont reconnus. Cette institutionnalisation peut prendre plusieurs formes offertes par le droit commun national. Le droit connaît par exemple, depuis 1865⁴⁴¹ les associations syndicales, particulièrement utilisées pour fédérer certaines filières socioprofessionnelles rurales, et notamment dans le domaine de la gestion de l'eau à vocation d'irrigation. La volonté du législateur est, à cette époque d'appliquer le même statut juridique à des communautés de gestion de l'eau très diverses, et de parvenir ainsi à l'harmonisation de la gestion de la ressource sur l'ensemble du territoire national. L'institutionnalisation de la communauté d'usagers de l'eau permet de lui attribuer la personnalité morale, donnant ainsi corps à l'ensemble de ces usagers. Plus encore, l'objectif de ces personnes morales est de mettre en commun les moyens d'exploitation et d'entretien des infrastructures hydrauliques, matérialisant de ce fait la solidarité liant l'ensemble des usagers de la ressource. Ce statut juridique permet de plus à cette institution d'être titulaire de droits, y compris de droit de propriété.

Malgré les possibilités diverses offertes par le droit, la Dombes des étangs constitue un système socio-économique complexe. Il est difficile d'identifier un cadre juridique propre à instituer la communauté d'usagers de la ressource en eau en tant que telle. Contrairement à certaines communautés d'irrigants⁴⁴², aucune association syndicale autorisée n'a été créée en

⁴⁴¹ Loi du 21 juin 1865 réformée par l'ordonnance n° 2004-632 du 1er juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires, JORF du 2 juillet 2004, p. 12046.

⁴⁴² HONEGGER-RIVIERE A., La gestion de l'eau par les associations de propriétaires fonciers. Méthodologie

Dombes. Ce qui fait que la collectivité de propriétaires et exploitants d'étangs n'est pas soumise à un régime juridique aussi contraignant que pour une association syndicale autorisée. Mais il existe des indices de cette solidarité instituée, à deux égards : le Syndicat des propriétaires et exploitants d'étangs, et l'Association de promotion des poissons des étangs de la Dombes (APPED). Ils traduisent chacun l'existence d'un besoin collectif différent : le syndicat défend les droits des propriétaires et exploitants, et l'APPED promeut leur système de production. Il s'agit donc d'une part de traduire la volonté de s'insérer sur un marché économique, et d'autre part d'un organisme de défense des intérêts des propriétaires et exploitants. La première est une association « Loi 1901 » créée relativement récemment dans un objectif de mise en commun des objectifs économiques et sociaux de la productivité piscicole des étangs. Son objet est donc de valoriser la pisciculture de ce territoire et ses produits. L'autre structure, le Syndicat des étangs, est plus ancienne et a pour vocation de préserver les prérogatives et droits des propriétaires et des exploitants d'étangs. Il a été créé au début du XX^{ème} siècle, en 1918 à Villars-lès-Dombes, sous la forme d'une association syndicale libre. Il s'agit donc de structurer les demandes et revendications des exploitants et propriétaires d'étangs en termes réglementaires notamment et dans leurs relations avec les autorités administratives locales. Sa structure est particulière puisqu'elle est assimilée à la forme juridique des syndicats patronaux.

Ces structures permettent de révéler un certain nombre d'éléments de solidarités entre les utilisateurs de la ressource en eau. Pour autant, contrairement au régime des associations syndicales autorisées, les exploitants présents sur le territoire ne sont pas contraints d'adhérer au Syndicat des étangs, ni à l'APPED. Ainsi, il est difficile d'envisager une communauté solidaire entièrement instituée en s'imprégnant des modèles de structures offerts par le droit commun. Il s'agit plus particulièrement d'une communauté implicite fondée sur l'usage collectif et solidaire de la ressource ainsi qu'autour de la création progressive et spontanée de règles communes obligeant chaque utilisateur.

B. La nécessité d'une régulation juridique des usages de l'eau fondée sur une solidarité de fait entre utilisateurs

Les usages traditionnels de l'eau érigent une gestion collective dépendante des relations entre usagers. Cela amène le « Truchelut » en Dombes à présenter une gestion des « étangs

pour un inventaire régional, *Territoires en mutation* 2004, n° 12, p.63.

dont l'exploitation dépend les uns des autres»⁴⁴³. Cette relation d'interdépendance est évidemment à rapprocher de la notion de solidarité dont la définition usuelle rappelle l'existence d'un lien de dépendance réciproque entre les individus. Les interactions entre usagers entraînent la naissance spontanée d'un certain nombre de règles gouvernant l'exploitation de la ressource (1), et qui organisent les relations sociales entre individus à l'échelle du territoire (2).

1. Des obligations entre usagers nées de l'exploitation solidaire d'une ressource naturelle

La solidarité écologique induite par la ressource en eau qui irrigue naturellement le territoire de la Dombes entraîne la nécessité de la gouverner de manière collective (a), et est conditionnée par le caractère circulant de l'eau (b). Les liens de solidarité ainsi consacrés par le droit sont par ailleurs renforcés par la nécessité d'organiser l'accès à une ressource paradoxalement rare (c)

a. Une solidarité contrainte par les caractéristiques du milieu

L'hypothèse défendue par Wittfogel pour la structuration de sa théorie des « sociétés hydrauliques » consiste en la mise en évidence d'un lien social entre les usagers de la ressource en eau. Cette dernière est alors érigée en vecteur de solidarité, créant un lien qui oblige chacun de ses usagers les uns envers les autres. Le lien social se mue alors en lien juridique. Cette conception est également approfondie par Philippe Billet⁴⁴⁴ pour qui la solidarité autour de la gestion de communs naturels consiste en un partage équitable de la ressource, partage fondé sur un accord collectif mettant en exergue une communauté d'intérêts, un dénominateur commun aussi mince soit-il. Aujourd'hui, le concept de solidarité vis-à-vis des rapports entre humains ou des rapports entre les sociétés humaines et leur environnement fait l'objet de revendications et de recherches, dans le but de repenser ces liens. Une nouvelle façon de repenser les liens de solidarité pourrait être de reconnaître une obligation, tant morale que juridique⁴⁴⁵. Certes, la solidarité qualifie des relations juridiques entre individus qui se traduisent par des obligations plus ou moins formalisées pouvant

⁴⁴³ TRUCHELUT A., 1904, préc., p. 245.

⁴⁴⁴ BILLET Ph., article préc. .

⁴⁴⁵ MATHEVET R., *Solidarité écologique : ce lien qui nous oblige*, préc.

prendre la forme d'usages⁴⁴⁶, et plus globalement de droit spontané. Néanmoins, il est remarquable que cette interdépendance soit la conséquence de la disposition naturelle de l'environnement dans lequel les individus solidaires évoluent. La solidarité écologique se trouve donc au cœur des usages de la ressource en eau.

C'est un fait incontestable, et c'est même « *une loi universelle reconnue* »⁴⁴⁷ : il existe une interdépendance liant les êtres vivants entre eux et les êtres vivants à leurs milieux. Au-delà de cette interprétation théorique, la solidarité des usagers d'une ressource naturelle dispose désormais d'une véritable assise juridique. Aussi, le principe de solidarité écologique qui impose la reconnaissance des liens et interactions entre les êtres vivants et leurs milieux naturels a été intégré au nombre des principes du droit de l'environnement par la loi du 8 août 2016 dite « Biodiversité »⁴⁴⁸. L'article L. 110-1 du Code de l'environnement intègre dorénavant un alinéa énonçant « *le principe de solidarité écologique, qui appelle à prendre en compte, dans toute prise de décision publique ayant une incidence notable sur l'environnement des territoires concernés, les interactions des écosystèmes, des êtres vivants et des milieux naturels ou aménagés* ». Depuis la promulgation de ces dispositions, le principe de solidarité écologique dispose d'une définition juridique mais il peut être matérialisé de diverses manières.

b. La circulation de l'eau, vecteur de solidarités naturelles

S'il existe une solidarité entre les membres d'une communauté rurale, et *a fortiori* sur le territoire de la Dombes, celle-ci est fondée sur l'exploitation de la ressource en eau, omniprésente et qui conditionne les liens et les activités des hommes. De ce fait, l'eau irrigue un lien de solidarité particulier : une solidarité naturelle. En tant qu'elle conditionne les pratiques humaines, ces solidarités naturelles entraînent de nombreuses conséquences sociales. Elle peut être induite par la difficulté d'accès à l'eau d'une part, mais également par le parcours même de cet élément hydraulique.

La circulation de l'eau est appréhendée par les individus selon une logique de réseau. La construction d'un réseau d'ouvrages hydrauliques solidaire à l'échelle d'un territoire rural délimité⁴⁴⁹ permet la distribution collective d'une ressource peu abondante, ou plus

⁴⁴⁶ Cf. *infra*.

⁴⁴⁷ MATHEVET R., *Solidarité écologique : ce lien qui nous oblige*, préc., p. 78.

⁴⁴⁸ L. n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc., art. 2-II-4°.

⁴⁴⁹ MANCERON V., *Discordes territoriales : les logiques rivales de la gestion de l'eau dans une région d'étangs française*, *Géographie, économie, société*, vol. 8, no. 3, 2006, pp. 319-328.

exactement, peu accessible. Ces réseaux écologiques, architecture des paysages ruraux et cadre de l'aménagement des territoires, nécessitent qu'ils soient protégés ou du moins que leur gestion soit intégrée par le droit de l'environnement. Certains auteurs proposent ainsi de voir dans l'appréhension de ces réseaux « *le troisième temps de la protection de l'environnement* »⁴⁵⁰ après la protection des espèces⁴⁵¹, et la protection des milieux⁴⁵². Cette interprétation tend à caractériser l'importance de ces réseaux écologiques pour la préservation et la gestion de l'ensemble de l'environnement et pour l'aménagement durable des territoires. Cette importance repose sur la solidarité écologique et territoriale que ces réseaux induisent, et notamment les continuités écologiques⁴⁵³. Ces dernières concrétisent des connexions naturelles entre des espaces ainsi placés en situation de dépendance réciproque. Autrement dit, les espaces naturels interconnectés et reliés les uns aux autres par des continuités écologiques sont vecteurs de solidarité pour les individus qui les occupent.

Il s'agit en outre d'une solidarité d'ordre social fondée sur un « devoir moral » qui implique de fixer des règles organisant le partage de la ressource en fonction des besoins en eau de chacun⁴⁵⁴. « *À l'image de la solidarité sociale, la solidarité écologique est susceptible d'être le nom que prend aujourd'hui l'obligation écologique à l'échelle des individus et des sociétés locales* »⁴⁵⁵. La solidarité écologique interroge quant à la place de l'homme dans une « communauté du vivant » si l'on considère qu'il existe une coévolution des sociétés humaines et de la nature au travers des usages de l'espace et des ressources naturelles, et qui affirme la conscience de l'homme de son environnement et de l'interdépendance entre lui et le milieu dans lequel il vit et qu'il façonne. La dimension à la fois sociale et écologique de la solidarité irrigue ainsi le concept de développement durable qui sous-tend toute décision publique en matière notamment d'aménagement du territoire, d'urbanisme, ou encore d'habitat, mettant ainsi en œuvre l'article 6 de la Charte de l'environnement qui définit ce concept selon ses trois piliers : social, environnemental et écologique. L'article L. 110-1 du Code de l'environnement le précise en y intégrant une dimension solidaire, à la fois

⁴⁵⁰ BONNIN M., *Les corridors écologiques. Vers un troisième temps de la conservation de la nature ?*, L'Harmattan, 2008.

⁴⁵¹ Dont l'acte fondateur est la loi de la protection de la nature de 1976 (Loi n° 76-627 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, JORF du 13 juillet 1976, p. 4203).

⁴⁵² Et notamment des habitats (cf. Dir. « Habitats » de 1992, préc.).

⁴⁵³ BILLET Ph., La trame verte et bleue, ou les solidarités écologiques saisies par le droit, *EDCE* 2010, vol. 2, p. 551.

⁴⁵⁴ GUDEFIN J., *Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, préc., p. 530.

⁴⁵⁵ MATHEVET R., THOMPSON J., DELANOE O., CHEYLAN M., GIL-FOURRIER Ch., BONNIN M., La solidarité écologique : un nouveau concept pour une gestion intégrée des parcs nationaux et des territoires, *Natures Sciences Sociétés*, 2010, n° 4, p. 424.

géographique et temporelle puisque l'un des engagements du développement durable est la recherche de « *la cohésion sociale et la solidarité entre les territoires et les générations* ».

c. La solidarité née de la difficulté d'accès à la ressource

Une solidarité écologique naît de la rareté de la ressource partagée. La rareté peut être d'au moins deux sortes⁴⁵⁶ : elle peut être due à l'absence matérielle d'une ressource en quantité suffisante, ou bien être due à la difficulté d'accès à la ressource. En Dombes, il s'agit incontestablement d'une difficulté dans l'accès à la ressource en eau, ou plus exactement dans sa maîtrise et sa captation. Cette difficulté crée sa rareté. On observe là un paradoxe singulier sur un territoire considéré à juste titre comme une vaste zone humide, mais dépourvu de sources naturelles⁴⁵⁷ permettant d'alimenter les étangs⁴⁵⁸. L'élément aquatique est omniprésent sur le territoire de la Dombes mais il est difficile de le capter et de le maîtriser du fait qu'il est disséminé à travers les différents milieux naturels qui constituent la Dombes (sol, couvert végétal). Cette rareté vient donc de l'origine de l'eau utilisable pour remplir les étangs. Ceux-ci sont, dans leur grande majorité, alimentés non par des rivières ou des sources mais par les eaux pluviales qui ruissellent sur les terrains et qui sont immobilisées au sein des ouvrages hydrauliques⁴⁵⁹. L'origine de l'eau rend donc ses utilisateurs dépendants des aléas naturels et météorologiques, ce qui les conduit à nécessairement s'organiser pour optimiser leur utilisation collective et successive de cette ressource précieuse. La distribution de l'eau dépend alors « *d'une chaîne tout à la fois humaine et topographique* » au sein de laquelle le caprice d'un individu est susceptible de remettre en cause un équilibre fragile entre utilisation privative et partage collectif de la ressource⁴⁶⁰.

Cette difficulté de maîtrise nécessite donc de mettre en œuvre une maîtrise technique collective (la création des ouvrages hydrauliques, notamment les fossés, la participation collective à la pêche annuelle) afin que chacun puisse, individuellement, jouir de sa propriété privée. L'approche collective de l'utilisation de la ressource conditionne donc une appropriation individuelle permettant son usage. En effet, de cette maîtrise technique collective de l'eau a résulté la création d'un véritable système hydraulique permettant tout à la

⁴⁵⁶ CALMETTE J.-F., *La rareté en droit public*, préc.

⁴⁵⁷ Au sens d'une résurgence naturelle de l'eau.

⁴⁵⁸ MANCERON V., *Une terre en partage*, op. cit., p. 80.

⁴⁵⁹ TRUCHELUT A., préc., p. 251.

⁴⁶⁰ BUISSON A., Compte rendu de : Une terre en partage. Liens et rivalités dans une société rurale, MANCERON V., 2005, Paris, Éd. de la Maison des sciences de l'homme, coll. Ethnologie de la France, 258 p., *Géocarrefour* 2005, n° 1 p., 6.

fois de faire circuler l'eau sur un territoire vaste garantissant ainsi l'alimentation des étangs, et d'évacuer les « eaux de terre » nuisant à la mise en culture des étangs en assec et des parcelles réservées à la céréaliculture⁴⁶¹. L'intelligence collective dont ont su faire preuve les exploitants d'étangs dombiste est d'autant plus primordiale qu'un autre paradoxe est important en matière de gestion hydraulique de la région. En effet, les quantités d'eau exigées pour la pisciculture d'étangs en Dombes sont considérables comparées à la capacité hydrique du territoire⁴⁶².

Cette solidarité écologique fondée sur la rareté de la ressource nécessite donc de garantir un accès collectif à l'eau mais, également le maintien de la ressource, et son partage. Le maintien implique une gestion économe et parcimonieuse de l'eau, en n'excédant pas ses propres besoins, et nécessite d'estimer la quantité d'eau disponible pour soi comme pour ses voisins⁴⁶³. La « rareté secrète la valeur »⁴⁶⁴ et son prélèvement conduit à la pénurie de la ressource, ce qui justifie la collectivisation et la solidarité de la gestion de l'eau et qui conduit à l'édiction de règles de droit, quelles qu'en soient les modalités. En effet, la gestion collective d'une ressource rare, malgré la solidarité entre les usagers qui l'a fondée, est source de difficultés sociales, ce qui conduit Alice Ingold à conclure que la pénurie est autant un fait naturel qu'un fait social⁴⁶⁵. En ce sens, et pour reprendre les mots de Philippe Billet, « la rareté devient donc l'essence de la communauté »⁴⁶⁶. C'est la gestion de sa rareté à l'échelle d'un espace donné qui lie entre eux les usagers de la ressource.

2. Des conséquences juridiques et sociales issues de la solidarité écologique

Au regard de la répartition des compétences organisée par le droit public, l'échelon local est celui de la solidarité⁴⁶⁷. C'est par exemple à l'échelle des communes, premier échelon de mise en œuvre des politiques publiques, que les centres communaux d'action sociale ont été institués. C'est donc au plus près des individus que s'organisent juridiquement les liens de solidarité, qu'ils soient le fait d'institutions publiques ou d'initiatives spontanées. Ces

⁴⁶¹ MANCERON V., *Une terre en partage*, op. cit., p. 79.

⁴⁶² BERARD L., MARCHENAY P., *Ethnologie et écologie d'un système agro-piscicole : les étangs de la Dombes. Le monde alpin et rhodanien* 1981, 2e et 3e trimestre, p. 71.

⁴⁶³ MANCERON V., *Une terre en partage*, op. cit. p. 83.

⁴⁶⁴ REMOND-GOUILLOUD M., *Du droit de détruire*, préc., p. 50.

⁴⁶⁵ INGOLD A., *Expertise naturaliste, droit et histoire. Les savoirs du partage des eaux dans la France post-révolutionnaire*, *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, 2014, n° 1, p. 29.

⁴⁶⁶ BILLET Ph., préc., p. 44.

⁴⁶⁷ PONTIER J.-M., *Qu'est-ce que le local ?*, *AJDA* 2017, p.1093.

relations spontanées de solidarité peuvent être analysées comme un « contrat social » qui organise les relations entre usagers de la ressource en eau (a), et qui permet le maintien d'un équilibre social à l'échelle du territoire (b).

a. Un « contrat social », source d'obligations juridiques entre usagers de la ressource

L'édition de ces règles revêt une dimension sociale de l'organisation du territoire et de l'exploitation de la ressource. Pour autant, cette dimension sociale n'est pas sans incidences juridiques. Des règles expriment donc la conclusion d'un « contrat social », source d'obligations réciproques entre usagers et entre usagers et la communauté. Que ces obligations soient écrites ou non importe peu dès lors que l'ensemble des usagers s'y plie ou s'expose à des conséquences. Dès lors, les pratiques prennent l'apparence juridique de l'usage puis de la coutume. « *Dans le fait, les lois sont toujours utiles à ceux qui possèdent et nuisibles à ceux qui n'ont rien : d'où il suit que l'état social n'est avantageux aux hommes qu'autant qu'ils ont tous quelque chose, et qu'aucun d'eux n'a rien de trop* »⁴⁶⁸. Selon Rousseau, la mise en commun des intérêts apparaît comme une évidence puisque la volonté générale ne saurait s'égarer. La pratique locale correspond, de ce point de vue, à une mise à égalité incidente face à l'accès à l'eau. Chacun s'oblige à laisser libre accès à la ressource au même titre qu'il a lui-même bénéficié de ce libre accès. Cette obligation est par ailleurs tellement ancrée dans les mœurs et les pratiques locales qu'elle en est devenue une servitude, à l'image de celle instituée par l'article 641 du Code civil. Ce lien, et cette obligation sociale reposent nécessairement sur les réalités territoriales et géographiques locales, ou plus précisément de l'état des lieux. C'est la façon dont est aménagé ce territoire en vue de l'adaptation aux contraintes naturelles afin de tirer partie de la présence de l'eau et de son cours naturel, qui crée les conditions de l'émergence d'un lien de solidarité entre les usagers de la ressource qui occupent un même bassin versant. En somme, la fluidité de l'eau tisse un lien entre les hommes qui en tirent profit. La proximité géographique entre ces usagers qui, de fait, se trouvent être voisins, conduit à l'émergence d'une « *communauté de lieu* » fondée sur ce lien de voisinage⁴⁶⁹. L'usage collectif de l'eau dans le cadre de l'exploitation des étangs

⁴⁶⁸ ROUSSEAU J.-J., *Du Contrat Social ou Principes du Droit politique*, (1762), Paris, Garnier, 1960, p. 249 (Livre I note 1).

⁴⁶⁹ GRIMONPREZ B., Voisin, in CORNU M., ORSI F., ROCHFELD J. (Dir.), *Dictionnaire des communs*, PUF, 2017, p. 1214.

amène de ce point de vue à constater l'existence d'une solidarité de proximité liée à la situation géographique et aux caractéristiques écologiques des lieux.

b. Le maintien d'un équilibre social fragile

Il est incontestable qu'il existe des interdépendances liées à l'eau sur ce territoire, entre les hommes qui l'habitent et qui le mettent en valeur, et donc entre les hommes et leur milieu « naturel ». Ces relations d'interdépendance permettent de constater l'existence d'un certain nombre d'équilibres. La recherche et le maintien de cet équilibre reposent également sur l'équité, indéniablement liée à la solidarité.

Un certain équilibre social et économique sur ce territoire permet le maintien de la population dombiste sur un territoire *a priori* difficile à mettre en valeur, mais dont le travail de l'homme a su tirer parti. Surtout, l'aménagement de la région en un système hydraulique complexe a nécessité l'intervention d'une communauté d'individus dont la maîtrise collective de l'eau a permis l'exploitation individuelle des étangs. Dès lors, le maintien de l'individu est soumis à la survie de l'ensemble de la communauté qui se trouve ainsi tissée de liens de solidarités. L'exploitation de l'eau est fondée sur un partage solidaire, matérialisé par la mise en œuvre d'un réseau hydraulique complexe permettant de desservir et d'alimenter l'ensemble des propriétés privées. Toutefois, cette solidarité ne se départit pas, en pratique, d'un certain nombre de liens de concurrence voire de hiérarchie « qui contredit l'idéal de partage »⁴⁷⁰. En ce sens, l'équilibre socio-économique de ce territoire est relativement fragile. Néanmoins, les relations d'opposition dans l'accès à la ressource complètent les relations de solidarité et permettent la régulation spontanée de l'usage collectif de l'eau⁴⁷¹.

L'équilibre de l'exploitation collective de la ressource repose sur un système de partage pragmatique de la ressource fondé sur l'équité. La solidarité qui lie les usagers de la ressource induit que l'eau doit nécessairement être partagée de façon collective et équitable, autrement dit, de façon à ce que chacun puisse en bénéficier à hauteur de ses besoins propres. La notion d'équité semble ambiguë en droit et les juristes contemporains semblent dans l'ensemble réfractaires à l'idée d'y recourir. Les notions de proportionnalité ou encore d'équilibre lui

⁴⁷⁰ MANCERON V., Une terre en partage, op. cit., p. 79.

⁴⁷¹ MANCERON V., Discordes territoriales : les logiques rivales de la gestion de l'eau dans une région d'étangs française, *Géographie, économie, société*, préc., n° 18.

seront préférées. En effet, l'équité a été définie par Portalis comme « *le retour à la loi naturelle* »⁴⁷², dont l'utilité est justifiée par les lacunes de la loi. Certaines dispositions du Code civil de 1804 et encore en vigueur font référence à cette idée, à l'image de l'article 565 relatif au droit d'accession sur les choses mobilières : « *Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle* »⁴⁷³.

Ainsi, la notion n'est pas absente du droit positif puisqu'elle fonde même l'un des principes fondamentaux du droit processuel, à savoir le droit à un procès équitable⁴⁷⁴. Le droit au procès équitable donne des indications sur ce qu'il faut attendre de l'équité⁴⁷⁵, c'est-à-dire le principe selon lequel tout requérant doit pouvoir être considéré de façon impartiale et fasse l'objet d'un juste traitement au regard de sa situation par l'institution judiciaire.

On trouve une application de cette notion au droit de l'environnement⁴⁷⁶, à l'eau, et au partage de l'eau. Un partage de l'eau pragmatique, reposant sur un constat de rapport de force local (garantir cet équilibre fragile qui permet le développement ou le maintien de la communauté autour des étangs), équitable plus qu'égalitariste ? L'égalitarisme étant fondé sur un partage égal d'une ressource quelles que soient les caractéristiques de chacun des bénéficiaires, l'équité repose sur un partage proportionnel aux besoins de chacun. Il ne suppose donc pas un partage égalitaire et rigoureux de la ressource, simplement d'en permettre l'accès en fonction des besoins de chacun. Il s'agit d'un partage équitable en ce sens qu'il est dépendant d'un volume nécessaire. Cet accès équitable à la ressource fonde ainsi la particularité de cette communauté et de ce territoire, d'un point de vue tant socio-économique que juridique, et faisant apparaître ainsi une forme de mutualisme.

Ce mutualisme repose sur un contrat territorial tacite. Les obligations qui reposent sur les usagers de la ressource en eau sont celles que la communauté locale impose. Rien n'est écrit, mais cela n'en fonde pas moins l'essence même de la communauté locale. Implicitement, le fait de reconnaître l'existence d'une solidarité entre ces usagers revient à interpréter l'existence d'un échange de consentement entre membres d'une même communauté. Chacun s'oblige donc envers l'autre parce qu'ils y ont chacun un commun intérêt. Cette solidarité

⁴⁷² PORTALIS J.-E.-M., Discours préliminaire sur le projet de code civil, in *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, 1844, p. 12.

⁴⁷³ Il est toutefois précisé à l'alinéa 2 du même article que les dispositions qui le suivent représentent des exemples guidant l'interprétation du juge.

⁴⁷⁴ CEDH, art. 6 ; v. not. CORNU G., *Vocabulaire juridique*, préc., entrée « Juger en équité ».

⁴⁷⁵ V. notamment DOMINO X., Droit au recours et équité du procès devant la justice administrative aujourd'hui, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2014, n° 3, p. 35.

⁴⁷⁶ MICHELOT A., *Équité et environnement, quel(s) modèle(s) de justice environnementale*, Larcier, 2012.

ainsi caractérisée est donc propre à une communauté dont les membres se retrouvent soudés, obligés les uns envers les autres. Ce principe de solidarité, ou plus exactement le risque de rupture de la solidarité qui existe entre les usagers entraîne l'avènement spontané de règles. Les usages (l'exploitation de la ressource) répondent à des codes que chacun, au fil du temps, reconnaît comme obligatoires. Celui qui rompt ces codes se place à l'écart de la communauté d'usagers et s'expose à des sanctions : l'exclusion effective de la communauté dans le sens où on lui refuserait l'accès à la ressource. Ainsi, l'usage est reconnu comme étant l'objet d'un droit spécifique et fait naître l'usage source de droit.

II. La gestion solidaire d'un bien collectif à l'origine de règles locales inédites

La solidarité au sein des membres d'une communauté permet l'exercice de droits d'usages individuels sur la ressource en eau. La constitution d'un « patrimoine collectif » identifiée précédemment⁴⁷⁷ permet, non seulement de garantir la préservation de la qualité de la ressource mais également sa destination à l'usage partagé entre les individus. En définitive, la gestion collective et solidaire de la ressource assure l'effectivité d'un droit à l'eau à l'échelon d'un territoire (A). Une fois identifié, ce droit à l'eau est garanti par la construction d'un droit spontané issu des pratiques solidaires (B).

A. *La gestion collective de la ressource, garante de l'égal accès à l'eau*

L'organisation de la gestion de l'eau en Dombes, comme dans d'autres régions d'étangs, repose sur le fait que chacun puisse exploiter l'étang qui lui appartient à l'aide de la ressource en eau qui lui parvient en quantité suffisante. Pour ce faire, les règles coutumières applicables localement tendent notamment vers l'objectif de garantir l'accès à la ressource, et conduisent à faire émerger un droit à l'eau (a). Ce dernier est une composante du droit local qui en garantit une mise en œuvre effective et originale (b).

⁴⁷⁷ Cf. Chap. 1.

1. Le droit à l'eau, principe général guidant l'usage de la ressource en droit commun

Le droit à l'eau est aujourd'hui bien intégré au droit positif, d'un point de vue tant du droit de l'environnement que du droit de la consommation. Ainsi, l'article L. 210-1 du Code de l'environnement proclame le principe d'un droit à l'eau et à l'assainissement en énonçant que « *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* ». Ce principe consiste à garantir l'égal accès de tous à une ressource vitale. Il a fait l'objet d'importantes et nombreuses études par la doctrine juridique. La recherche d'un droit fondamental en droit international⁴⁷⁸, les questionnements sur la double nature de l'eau⁴⁷⁹, écologique et économique⁴⁸⁰, et les concrétisations en droit interne liées au droit à l'assainissement⁴⁸¹ se trouvent au cœur de ces réflexions. Cette question tient un rôle important dans le débat public et l'on en observe des traductions juridiques concrètes en droit français au sein duquel le droit à l'eau et à l'assainissement est dorénavant pleinement ancré. Ce droit à l'eau conditionne l'ensemble des droits fondamentaux, notamment le droit à la vie⁴⁸². Il est un concept de droit international, européen et national traduisant un droit fondamental de l'homme. Au plan international, le droit à l'eau a été reconnu comme étant un droit humain par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies en 2010⁴⁸³.

A travers son introduction dans le code de l'environnement par la loi sur l'eau et les milieux aquatiques de 2006⁴⁸⁴, le législateur français construit peu à peu un véritable régime juridique permettant l'effectivité de ce droit à l'eau⁴⁸⁵. Il revêt des applications concrètes façonnées tant par le législateur que les Hautes Juridictions, concernant par exemple l'interdiction pour les opérateurs et distributeurs de recourir aux coupures d'eau courante. Ainsi, la jurisprudence du Conseil Constitutionnel a entériné l'interdiction législative pour les organismes distributeurs d'eau potable d'en couper l'accès aux usagers et fait de l'accès à l'eau un objectif de valeur constitutionnelle⁴⁸⁶. Cherchant à aller plus loin dans ce domaine, une proposition de loi a été déposée à l'Assemblée Nationale visant une mise en œuvre

⁴⁷⁸ PETERSMANN M.-C., *Les sources du droit à l'eau en droit international*, Ed. Johanet, 2013.

⁴⁷⁹ BORDONNEAU M.-A., *Regard juridique sur la double nature de l'eau*, Ed. Johanet, 2009.

⁴⁸⁰ DUHAUTOY F., *L'accès à l'eau, droit de l'Homme ou loi du marché ?*, Ed. Johanet, 2015.

⁴⁸¹ PAULIAT H., *Un droit fondamental à l'eau et à l'assainissement consacré et effectif ?*, *JCP A* 2017, act. 183.

⁴⁸² BORDONNEAU M.-A., *Regard juridique sur la double nature de l'eau*, Ed. Johanet, 2009, p. 84.

⁴⁸³ GAZZANIGA J.-L., préc., p.271.

⁴⁸⁴ Loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006, préc., article 1^{er}.

⁴⁸⁵ AHOULOUMA F., *Vers une effectivité du droit à l'eau en France*, *AJDA* 2011, p.1887.

⁴⁸⁶ Cons. Constit., 29 mai 2015, *Sté SAUR SAS*, déc. n° 2015-470 QPC, *AJDA* 2015, p. 1070 ; *RDSS* 2015, p. 1097, obs. Lericque.

effective du droit à l'eau et à l'assainissement, incluant par exemple l'obligation pour les communes de plus de trois mille cinq cent habitants, de mettre des sanitaires à disposition gratuitement⁴⁸⁷. En tout état de cause, et malgré l'absence de reconnaissance de la valeur de droit fondamental par le Conseil Constitutionnel, le droit à l'eau une telle reconnaissance serait possible⁴⁸⁸. Certains États, notamment sud-américain et en particulier la Bolivie⁴⁸⁹, ont intégré un droit à l'eau, parfois en même temps que la consécration de la Nature comme sujet de droit⁴⁹⁰, dans leur texte constitutionnel.

2. Une concrétisation pratique originale du droit à l'eau

Sur le territoire de la Dombes, ce droit à l'eau révèle une autre dimension, toute aussi fondamentale pour le droit spontané local et consistant en un droit à l'alimentation des étangs. Ainsi, on pourrait considérer le « droit à l'eau » dombiste comme un démembrement du droit à l'eau constituant un droit fondamental. D'une autre manière, le droit d'accès à l'eau peut être analysé comme étant seulement la traduction d'engagements volontaires⁴⁹¹ attachés à des droits de propriétés sur des fonds contenant un étang.

À l'aide de la définition précédente de la nature de ce « droit à l'eau », on peut identifier une concrétisation locale, rurale et agricole de ce droit fondamental en Dombes. En tout état de cause, le caractère fondamental de ce droit ne fait pas de doute dans l'esprit des usagers de la ressource, comme la nature de leur « droit à » l'accès à cette ressource. Ce droit « à l'accès à l'eau » local est-il né au fil des siècles de l'usage collectif de la ressource ? En ce sens, l'usage collectif de la ressource peut conduire à l'avènement d'un droit à l'eau au niveau local. Il s'agirait plus précisément d'un droit à l'accès et à l'usage de l'eau inclus dans la réglementation coutumière en Dombes. Un propriétaire ou exploitant doit toujours pouvoir bénéficier de cet accès afin de remplir d'eau son étang. C'est parce que cette ressource est exploitée en commun au sein d'une communauté délimitée que cette dernière reconnaît à l'ensemble de ses membres de droit d'en user. Une pression sociale s'exerce sur l'ensemble des usagers de la ressource et se mue en règle de droit venant organiser la façon dont chacun

⁴⁸⁷ Proposition de loi visant à la mise en œuvre effective du droit humain à l'eau potable et à l'assainissement, n° 2715, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 avril 2015.

⁴⁸⁸ BERNAUD V., La consécration d'un droit fondamental à l'eau est possible. Étude de droit comparé le démontrant, *RFDC*, n° 110, 2017, pp. 317-342.

⁴⁸⁹ Constitution du 7 février 2009.

⁴⁹⁰ A l'image de la Constitution équatorienne du 28 septembre 2008.

⁴⁹¹ HERVE-FOURNEREAU N. (Dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, 2008.

utilise l'eau. De ce point de vue, la réglementation locale, même coutumière, est de nature à restreindre l'exploitation qui en est faite dans le but de permettre un usage partagé⁴⁹².

Fruit d'une lente construction historique et juridique, la réglementation des usages de l'eau n'est pas l'apanage du droit de l'environnement. En effet, la question du droit à l'eau, quel que soit l'ordre juridique dans lequel on se trouve, se pose principalement dans le cadre de satisfaction d'un « *besoin essentiel de la personne* »⁴⁹³. Il est ainsi fait référence au besoin d'accès à l'eau potable pour la consommation domestique et l'hygiène. Le Conseil Constitutionnel rattache d'ailleurs la garantie de cet accès à l'eau à « *l'objectif à valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent* »⁴⁹⁴. L'urgence écologique identifiée par la communauté scientifique justifierait que l'ensemble de sa gestion soit contenu dans le code ayant pour but de la préserver. Il s'agit d'une ressource réglementée dans son ensemble par le droit de l'environnement mais cette analyse ne peut se départir du traitement de l'eau par les autres branches du droit. Cet élément est présent dès l'apparition du Code civil de 1804 qui intègre une différence de statut juridique notable entre eaux de ruissellement et eaux de pluie (*res communis / res propria*) impliquant une différence de réglementation des usages (certes, contraints par le droit de l'environnement, notamment grâce aux sanctions pénales inhérentes aux pollutions de la ressources). D'un autre côté, le droit rural intègre l'eau (eaux de surface et souterraines) afin de réglementer le prélèvement d'eau à des fins d'irrigation.

Le droit de la consommation intègre cet élément également, et ce, parfois en lien avec le droit des libertés fondamentales à travers le principe fondamental du droit à l'eau. L'obligation du droit coutumier de donner l'eau peut être considérée comme une traduction du droit à l'eau en Dombes. Il est même inscrit dans le « Truchelut » que tout étang inférieur a droit à l'eau de l'étang supérieur. On peut trouver ici la traduction d'un droit fondamental en Dombes, à travers un droit d'accès à l'eau en termes quantitatif, mais également un droit à la qualité de l'eau. En effet, « *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 polluée* »⁴⁹⁵. Cette question de la qualité de l'eau est indissociable de ce droit à l'eau qui comprend dès lors

⁴⁹² INSERGUET-BRISSET V., La contribution de la police administrative à la mise en œuvre d'un droit à l'eau, in MERGEY A. et MYNARD F. (Dir.), *La police de l'eau. Réglementer les usages des eaux : un défi permanent*, Ed. Johanet, 2017, p. 237

⁴⁹³ Conseil Constitutionnel, 25 mai 2015, *Sté SAUR SAS*, n° 2015-470 QPC.

⁴⁹⁴ Décision préc.

⁴⁹⁵ INSERGUET-BRISSET V., préc., p. 237.

trois éléments que l'on retrouve dans le système coutumier dombiste : l'accès à l'eau, la circulation d'une eau propre à l'usage piscicole, et en quantité suffisante proportionnellement à la capacité de remplissage de chaque étang.

En outre, le droit à l'eau en Dombes peut également se traduire par la responsabilité de chacun dans l'entretien des ouvrages hydrauliques qui lui appartiennent, dès lors qu'ils conditionnent le bon fonctionnement de la chaîne. En effet, le mauvais entretien des éléments constitutifs de l'étang (thou, grilles...) peut entraîner la mise en péril du droit à l'eau du propriétaire voisin : en freinant la progression de l'eau ou en la polluant notamment. La responsabilité des usagers les uns envers les autres confère ainsi à ces pratiques un caractère obligatoire.

B. La construction d'une pratique commune obligatoire

Le droit applicable à l'exploitation de l'eau en Dombes n'est pas le fruit du hasard, mais celui d'une lente construction au fil de la généralisation des pratiques (1). Ces dernières ont fait l'objet d'une longue transition vers des règles spontanées opposables (2).

1. Une solidarité de fait issue d'une transmission de pratiques

Ces usages, au sens de prélèvement sur la ressource en eau, sont ici qualifiés de traditionnels. Cette affirmation suppose d'abord de constater une solidarité entre générations. En effet, il ne peut raisonnablement pas exister de tradition sans une répétition des pratiques et une transmission des savoir-faire entre générations successives. Pour la définition du qualificatif « traditionnel », il est possible de se référer au règlement européen relatif aux spécialités traditionnelles garanties des produits agricoles⁴⁹⁶. Ce dernier définit ce qualificatif, affecté aux produits agricoles, comme étant ceux « dont l'utilisation sur le marché communautaire pendant une période faisant apparaître une transmission entre générations a été prouvée; cette période devrait correspondre à la durée généralement attribuée à une génération humaine, à savoir au moins vingt-cinq ans ». Au sens du droit rural européen, la tradition peut être établie à l'échelle d'une génération au moins. Dans le cas de la Dombes, la règle est née de la pratique. Elle est transmise en même temps que le bien immatériel qu'est le savoir-faire. La transmission n'exclue cependant pas l'évolution ultérieure des pratiques, c'est même la

⁴⁹⁶ Règlement (CE) n° 5009/2006 du 20 mars 2006 relatif aux spécialités traditionnelles garanties des produits agricoles et des denrées alimentaires JOUE du 31 mars 2006, L 93/1.

principale caractéristique de la coutume. La perpétuation de la pratique est conditionnée à la subsistance de la règle. Il existe donc un besoin réciproque de la règle et de la pratique. Il est cependant une constance, la nécessaire transmission tant des règles que des savoirs faire, les deux étant constitutifs d'un même patrimoine collectif.

« *La multiplicité des domaines sur le même bien contraint les hommes à s'entendre coûte que coûte et à pratiquer une solidarité fondée sur la complémentarité des appropriations* »⁴⁹⁷. L'eau constitue un bien essentiel pour les activités humaines mais rare, ce qui impose un usage économe de la ressource. Dans cette perspective, la solidarité prend un sens coopératif de l'action collective ainsi que le sens objectif de l'interdépendance entre les individus⁴⁹⁸. La solidarité autour d'un objet commun comme l'est l'exploitation de l'eau en Dombes constitue un lien indéfectible entre les hommes qui occupent ce territoire. En effet, « *la solidarité repose toujours sur l'appartenance à une communauté, qu'elle soit nationale, professionnelle ou familiale* »⁴⁹⁹. A ces qualificatifs nous pourrions ajouter la communauté locale, cimentée par la solidarité sur un territoire, une histoire commune et un patrimoine culturel spécifique.

2. *La transition de la pratique à la règle de droit spontanée*

Les pratiques consistant en l'exploitation de la ressource aquatique s'étant répandues, généralisées, au fil des siècles, elles sont devenues des usages dont la force juridique est variable. Le sentiment d'obligation que ressentent ceux qui exécutent ces pratiques est tel qu'elles en deviennent une règle obligatoire, en somme, un ensemble de règles spontanées (a), au sein desquelles il est possible de distinguer l'usage de la coutume (b).

a. La mutation de la pratique en règle juridique

Les usages de l'eau autour de canaux d'irrigations ou d'étangs ont connu des évolutions dues aux avancées techniques ou technologiques d'exploitation. Toutefois, ces évolutions se sont produites dans le cadre de règles parfois ancestrales, celles-ci étant dès lors forcées à évoluer. Des règles de droit « apparaissent » donc et évoluent parallèlement aux pratiques de ceux à qui elles s'appliquent. Cela fait ainsi du droit spontané en général et de la coutume en

⁴⁹⁷ J. David, citée par FROMAGEAU J., préc.

⁴⁹⁸ SUPIOT A., *La solidarité, Enquête sur un principe juridique*, Ed. Odile Jacob, 2015, p. 10.

⁴⁹⁹ Préc., p. 12.

particulier, un droit vivant en constante évolution. Les pratiques, à l'origine des sources de droit, entraînent l'apparition d'usages puis des coutumes. En effet, la pratique ne peut être considérée directement comme une source de droit puisqu'elle est « *toujours tributaire d'une transformation ou d'une réception* »⁵⁰⁰. Ce phénomène peut être résumé comme suit : « *des comportements généralisés deviennent des pratiques. Une fois dotées de certaines qualités d'invocabilité et de légitimité, ces pratiques deviennent des usages. Ceux-ci peuvent alors créer des règles contraignantes telles que la coutume* »⁵⁰¹. Les usages passent à l'état de coutume et se voient ainsi conférer une véritable force obligatoire. « *L'usage peut être défini comme ce qui, en un lieu donné, se pratique d'une façon uniforme, publique, multipliée, observée par la généralité des habitants et réitérée pendant un long espace de temps* »⁵⁰². Les critères de la coutume sont ainsi caractérisés. La légitimité de ce droit découle de ses modalités de création et de l'objet commun à qui il s'applique. En ce sens, c'est le caractère endogène de la norme qui légitime son encadrement des usages d'une ressource commune⁵⁰³. L'usage, au sens du fait d'user de la ressource, constitue dès lors une source de droit. Est visé le fait d'user ou de mal user et donc l'usage mais également le mésusage qui entraîne en lui-même des conséquences d'ordre juridique.

b. La distinction (in)opportune entre usage et coutume

Le droit spontané est un droit des sous-groupes selon l'expression du Professeur Deumier⁵⁰⁴. Plus généralement, le droit est une discipline de catégories, et le droit spontané n'échappe pas à cette tendance. La doctrine, la loi et la jurisprudence révèlent une véritable nomenclature des règles spontanées. Le caractère opportun de la distinction entre usages et coutume peut être discuté⁵⁰⁵. Néanmoins, il est particulièrement remarquable que la notion d'usage est désormais la plus souvent usitée par la doctrine pour décrire les phénomènes de création spontanée de règles juridiques⁵⁰⁶.

L'usage, au sens juridique du terme, constitue une forme de droit spontané, *a fortiori* lorsqu'il se mue en coutume, comme c'est le cas du droit dombiste. Ainsi, l'usage nécessite

⁵⁰⁰ CANIVET G., La réception par le juge des pratiques juridiques, *Les petites affiches* 2003, n° 237, p. 46.

⁵⁰¹ CHOISEL G. et DREYFUSS L. (Dir.), *Coutume, usages et pratiques*, Mare et Martin, 2014, p. 24.

⁵⁰² Définition donnée par la Chambre d'Agriculture du Calvados en 1998 dans son recueil des usages locaux, cités par F. Permingeat, *La coutume en droit de l'environnement*, Thèse Lyon, 2009.

⁵⁰³ OSTROM E., *Gouvernance des biens préc.*

⁵⁰⁴ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., p. 191.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ C'est particulièrement vrai lorsque l'on analyse les études récentes de « l'Institut des usages » dirigé par le Pr. Mousseron.

constance et généralisation pour être reconnu⁵⁰⁷. Selon certains auteurs, l'usage est assimilable à la coutume⁵⁰⁸. À notre sens, il est à considérer comme un prérequis à l'existence de la coutume et donc participe à la création d'une source de droit, ou plus exactement la manifestation matérielle de la coutume⁵⁰⁹.

Le droit spontané, à l'image de la coutume est directement issu des pratiques généralisées des acteurs locaux. Les pratiques, reconnues comme légitimes, deviennent des usages, qui muent alors vers la coutume et s'habillent d'une véritable force obligatoire⁵¹⁰. La légitimité de ce droit découle de ses modalités de création et de l'objet commun auquel il s'applique. En ce sens, c'est le caractère endogène de la norme qui légitime son encadrement des usages d'une ressource commune⁵¹¹. L'usage, au sens du fait d'user de la ressource, constitue dès lors un objet de droit. Est visé le fait d'user ou de mal user de la ressource, pouvant entraîner des conséquences d'ordre juridique.

Au sein même des textes législatifs, il est communément fait référence aux « usages locaux » (recueils des usages locaux par les chambres d'agriculture, références législatives telles que l'article L. 215-15-1 du code de l'environnement...). Toutefois, nous parlerons ici volontiers de coutume, qui donne un véritable statut juridique à ces corps de règles - une des sources de droit aux côtés de la loi et de la jurisprudence - dès lors que ses critères peuvent être justifiés - ce qui est le cas pour la Dombes, nous le justifierons -. Contrairement à ce qui peut être pensé de prime abord, l'usage diffère de la coutume en ce qu'il en constitue l'une des étapes de sa construction. Plus qu'une différence de forme, à savoir si la règle est écrite ou non notamment, il s'agit vraisemblablement d'une distinction de nature juridique, bien que cette question ait longtemps fait débat⁵¹². A ce titre, Cornu définit l'usage, au sens de source de droit ainsi : « *plutôt qu'une véritable règle de droit, [l'usage] désigne souvent une pratique particulière à une profession, à une région, et dont la force obligatoire est variable* »⁵¹³. Ainsi, l'usage traduirait le fait alors que la coutume matérialiserait le droit applicable⁵¹⁴. Il est, selon le professeur Cornu, parfois synonyme de coutume, ce que nous réfutons, l'usage étant un prérequis à l'existence de la coutume. En tout état de cause, l'usage est mobilisé dans le processus de création d'une source de droit, ce qui induit une différenciation fondée sur la

⁵⁰⁷ LELAY Y.-F. et PERMINGEAT F., Spécificité territoriale et petits arrangements avec la loi : la place des usages locaux dans l'entretien de la rivière (XIXe-XXe siècles), *Géocarrefour* 2008, n° 1.

⁵⁰⁸ Voir notamment définition in G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011.

⁵⁰⁹ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., p. 221.

⁵¹⁰ CHOISEL G. et DREYFUSS L. (Dir.), *Coutume, usages et pratiques*, Mare et Martin, 2014.

⁵¹¹ OSTROM E., préc.

⁵¹² DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., pp. 181-182.

⁵¹³ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, préc., entrée ; « usage ».

⁵¹⁴ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., pp. 181-183.

formation de la règle de droit et non sa portée. « *L'usage peut être défini comme ce qui, en un lieu donné, se pratique d'une façon uniforme, publique, multipliée, observée par la généralité des habitants et réitérée pendant un long espace de temps* »⁵¹⁵. Ainsi, l'usage « *présente donc comme caractéristiques la répétition dans le temps, ce qui implique une certaine ancienneté et de la constance, ainsi que la généralisation (c'est-à-dire l'extension de la pratique à l'ensemble du groupe concerné)* »⁵¹⁶.

Section 2. La construction d'un régime juridique de l'exploitation de l'eau par les pratiques hydrauliques solidaires

Le droit spontané, né de pratiques généralisées à l'échelle d'un territoire et perpétuées de générations en générations, constitue une norme singulière puisqu'il est directement issu de la mise en œuvre du principe de solidarité. Des règles de gestions sont donc induites par la gestion collective de la ressource en eau sur le territoire de la Dombes (I). De plus, ces règles constituent un ensemble normatif complexe dans le sens où des sanctions sont susceptibles d'être appliquées à l'individu qui s'en affranchirait (II).

I. Le principe de solidarité, vecteur de règles spontanées

Ubi societas, ibi jus. Là où il y a société, il y a du droit, selon cette immuable locution latine. La solidarité se crée au sein d'une société qui, pour être constituée, est fondée sur un ensemble de règles. Or, la solidarité est l'expression d'une interaction entre individus formant société, et créant dans le même temps, des rapports juridiques entre eux. Droit et société sont indissociables. « *Le droit n'existant que par la société, on peut admettre que tous les phénomènes juridiques sont, d'une certaine manière au moins, des phénomènes sociaux* »⁵¹⁷. Ainsi, « *le droit est immergé dans la société* »⁵¹⁸, et en est même le fruit systématique, quelle que soit sa forme. En application de ce phénomène, la collectivisation des usages de l'eau à travers l'application du principe de solidarité conduit à l'émergence d'un droit spontané adapté aux situations locales inédites de la Dombes, et adapté aux besoins et aux intérêts,

⁵¹⁵ Définition donné par la Chambre d'Agriculture du Calvados en 1998 dans son recueil des usages locaux, cités par F. Permingeat, *La coutume en droit de l'environnement*, Thèse Lyon, 2009.

⁵¹⁶ LELAY Y.-F. et PERMINGEAT F., Spécificité territoriale et petits arrangements avec la loi, préc.

⁵¹⁷ CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, Ed. Armand Colin, 1972, p. 16.

⁵¹⁸ NAIM-GESBERT E., Lumières du principe de précaution, *R.J.E.* 2013, n° 2, p. 192.

collectifs et individuels, des usagers de la ressource. En ce sens, les exploitants de la ressource ont la maîtrise de ce droit comme ils ont la maîtrise de l'eau (B). Un tel constat fait de ce droit local, un droit original par sa source et sa nature (A).

A. Une norme originale par sa nature, à la source du principe de solidarité

Cette norme locale, que l'on peut légitimement qualifier d'originale doit pouvoir être caractérisée pour être analysée par le juriste dans le but de préserver ses spécificités (1). En tout état de cause, ces caractéristiques spécifiques du droit spontané local sont issues d'une source qui n'en est pas moins spécifique : le principe de solidarité (2).

1. La recherche de la caractérisation du droit spontané local

Le droit spontané local se révèle particulièrement complexe à appréhender, comme en témoignent les commentateurs et les juridictions qui le qualifient tantôt d'usage, tantôt de coutume (a). Quoi qu'il en soit, il représente une forme de droit souple à la fois dans son mode de création et d'adaptation que dans sa mise en œuvre (b).

a. Complexité du droit spontané local : entre autonomie et complémentarité

Le but est ici de voir comment s'intègre le droit local de la Dombes au sein d'une catégorie juridique connue tant par la doctrine que par la jurisprudence. Certes, la coutume est prépondérante parmi cet ensemble de règles issues des pratiques ancestrales des propriétaires et exploitants d'étangs et de terres agricoles dombistes. Pour autant, celle-ci a, au fil des ans, fait l'objet de mises par écrit, de contrats synallagmatiques entre propriétaires d'étangs, de titres notariés, d'autorisations administratives, et a même aujourd'hui intégré le cahier des charges d'une marque collective. S'il y a donc là pléthore de règles particulières, mais également de règles générales, elles ont toutefois le même objet : garantir un usage optimal et solidaire de la ressource en eau sur le territoire de la Dombes. Il convient donc de les analyser globalement, en tant que « droit spontané ». L'ensemble des règles applicables encore aujourd'hui à la gestion des étangs en Dombes est issu d'une lente construction au cours de laquelle les pratiques autour de la ressource en eau se sont généralisées, et ont été

harmonisées afin que chacun des usagers puisse être assuré d'en disposer. On relèvera une difficulté sémantique supplémentaire : la littérature juridique ou non, mentionne de façon indifférenciée, de la coutume dombiste ou des usages locaux de la Dombes. Cependant, les deux termes doivent être distingués. En effet, nous identifions dans nos travaux la réglementation issue de la codification de Truchelut comme un ordre juridique qualifié de coutume mais la jurisprudence fait plus volontiers référence aux « usages locaux ». Pour autant, et malgré les expressions malheureuses des commentateurs voire du juge lui-même (la Cour d'Appel de Lyon mentionne par exemple « la loi naturelle »), il convient de ne pas confondre ces deux notions. Les usages sont issus de pratiques répétées et à l'origine de la coutume dans son sens juridique, comme énoncé précédemment. Autrement dit, l'usage peut être considéré comme la phase préparatoire de la coutume⁵¹⁹. La légitimité de l'usage se mue en règle contraignante coutumière. Tous deux constituent des sources de droit et nous pouvons parler plus largement à leur propos, de droit spontané⁵²⁰ afin d'englober ces deux formes de droit.

Ce droit coutumier peut être de différentes natures. Il peut suppléer les lacunes de la loi (*praeter legem*), compléter le dispositif législatif en l'adaptant à certaines circonstances locales (*secundum legem*), ou aller à l'encontre de la loi (*contra legem*), posant la question épineuse de son invocabilité devant les juridictions de droit commun. Les deux premières formes ne posent pas de réelles difficultés quant à leur applicabilité devant un juge, puisque leurs dispositions trouvent à s'appliquer : la première en ce qu'elle vient combler l'absence de norme et la seconde en ce qu'elle prolonge le dispositif initial de part leur normativité. La troisième est bien plus problématique, car si elle s'impose aux tenants de la coutume elle-même, le juge de droit commun (qu'il soit judiciaire ou administratif), étant gardien de l'application de la loi, ne peut recourir à une coutume allant à l'encontre de la loi. Il existe une quasi impossibilité d'invoquer ces coutume devant le juge de droit commune dans le sens où la Cour de Cassation reconnaît le caractère *contra legem* de certaines dispositions coutumières locales, tout en précisant que sa mise en œuvre reposerait sur la justification d'un fondement légal, ce qui n'était pas le cas en l'espèce⁵²¹. En outre, le recours à la norme spontanée *contra legem* est fondée sur une utilisation interne au sein de la communauté. Elle est ainsi circonscrite, et n'a pas vocation à s'appliquer au-delà de l'ordre juridique spontané identifié.

⁵¹⁹ LE POMMELEC A., La coutume : une référence ambiguë en droit civil pour le juge judiciaire, in *La Revue*, 2013, n° 2, p. 113.

⁵²⁰ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc.

⁵²¹ Cass. 3^{ème} civ., 1999, préc.

Dans ce périmètre toutefois, c'est la règle spontanée qui trouve à s'appliquer, qu'elle soit ou non contraire à la règle générale⁵²².

b. Droit souple et souplesse du droit

S'interroger sur la caractérisation du droit spontané revient à explorer la nature de ce droit spontané, ou encore ses « textures ». Le droit spontané offre, encore aujourd'hui, une souplesse et une variété de forces que peut difficilement offrir la loi⁵²³. Son formalisme particulier, ou plus exactement son absence de formalisme, conduit légitimement à envisager de le qualifier de droit souple, d'autant plus qu'il est adaptable aux pratiques qui lui donnent naissance. Cette réflexion revient à se demander ce que les sujets de ce droit en attendent : des règles contraignantes, une répression/sanction, une efficacité normative ? Dès lors, le droit spontané est-il nécessairement un droit souple ? Pour qualifier le droit souple, Catherine Thibierge⁵²⁴ énonce notamment que le droit est « *plus qu'un ensemble de règle* », en citant F. Terré qui affirme que le droit n'est pas seulement un ensemble de règles : « *le droit est aussi coutume, pratique, jurisprudence, recommandation* »⁵²⁵. Reprenant les critères dégagés par Catherine Thibierge, Nicolas Emeric définit le droit souple comme « *du droit flou (sans précision), doux (sans obligation) et mou (sans sanction)* », tout en rappelant que ces caractères ne sont pas nécessairement cumulatifs⁵²⁶. Toutefois, il convient de rappeler que le droit spontané plus particulièrement étudié ici est issu de la coutume, et cette dernière conduit à la création et à l'application de règles de droit. Implicite voire inconsciente, la création de la coutume produit indéniablement effets juridiques, à savoir l'adaptation des comportements du fait de la crainte de la sanction si l'on ne respecte pas la règle coutumière.

En faisant le lien avec l'idée selon laquelle il est en partie un droit d'initiative, un droit volontaire. Les acteurs ont ordinairement un pouvoir d'initiation de la norme mais pas de sa création : il s'agit d'un droit d'initiative qui n'est pas normatif. A l'inverse, le droit spontané local est un droit créé par, et selon l'initiative des propres destinataires de la norme. Le Conseil d'Etat a énoncé que « *en donnant un plus grand pouvoir d'initiative aux acteurs, et au-delà plus de responsabilité, le droit souple contribue bien à oxygéner notre ordre*

⁵²² DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., p. 222.

⁵²³ THIEBERGE C., *La force normative*, 2009.

⁵²⁴ THIBIERGE C., *Le droit souple*, réflexion sur les textures du droit, *RTD Civ.* 2003, p. 599.

⁵²⁵ *Idem*.

⁵²⁶ EMERIC N., *Droit souple + droit fluide = droit liquide*, *R.I.E.J* 2017, p. 79.

juridique »⁵²⁷. Nonobstant les critères du droit souple établis par l'étude annuelle du Conseil d'Etat et rappelés par Pascale Deumier⁵²⁸, il semble difficile de rapprocher la définition du droit souple au droit coutumier appliqué localement à la gestion de l'eau en Dombes. De façon générale, ce n'est pas parce que le droit est souple qu'il est nécessairement spontané. Il ne correspond pas obligatoirement à une volonté d'acteurs mais peut consister en diverses recommandations, directives, circulaires, répondant à un mécanisme « top-down », issues de la direction d'une entreprise en ce qui concerne le droit privé, ou d'une autorité administrative en ce qui concerne le droit public⁵²⁹. D'ailleurs, le droit souple est souvent analysé comme l'une des principales sources subsidiaires du droit administratif⁵³⁰, et contribue ainsi largement à la densification de ce dernier⁵³¹. En ce sens, ce droit souple correspond à une évolution notable de la construction de la norme et des politiques publiques, à travers la généralisation de la norme-recommandation aux côtés de la norme-contrainte. Dès lors, on constate depuis quelques dizaines d'années déjà que « *l'instance de réception de la norme - le lecteur de la norme - contribue donc tout autant que l'instance d'émission à faire la norme* »⁵³². Il s'agit de cette façon d'encourager un certain nombre de comportements sans pour autant l'imposer par la contrainte et la sanction. Pourtant, l'effectivité du droit souple, dont les défenseurs prétendent qu'elle réside justement sur l'absence de contrainte, est généralement plus revendiquée que démontrée⁵³³. À cet égard, « *la source du droit ne se reconnaît pas à son caractère contraignant mais à sa vocation à influencer le comportement des acteurs juridiques, autrement dit à son effet aussi bien dans les pratiques que dans les prétoires* »⁵³⁴. De ce point de vue, l'on peut tirer une conclusion. Le droit spontané est divers, dans sa nature, son origine, et ses conséquences. Il peut prendre la forme de recommandations, de guide de bonnes pratiques, de charte, mais également de coutume, de contrat, de règlement local ou encore de cahier des charges⁵³⁵. Toutefois, le droit spontané ne semble pas devoir être considéré uniquement comme une des facettes du droit souple. Indéniablement, il existe des

⁵²⁷ Conseil d'Etat, *Le droit souple*, EDCE n°, La documentation Française, 2013, p. 6.

⁵²⁸ DEUMIER P., Quand le droit souple rencontre le juge dur, *RTD civ.* 2016, p. 571.

⁵²⁹ Sur cet aspect, voir notamment SCHMITZ J., Le droit « souple », les autorités administratives indépendantes, et le juge administratif. De la doctrine au prétoire, *RFDA* 2017, p. 1087.

⁵³⁰ GERRY-VERNIERES S., *Les « petites » sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes*, *Economica*, 2012, p. 15.

⁵³¹ CAUDAL S., Droit souple et droit de l'environnement, in BILLET Ph. (Dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Untermaier*, préc., p. 347.

⁵³² TIMSIT G., Pour une nouvelle définition de la norme, *D.* 1988. P. 268.

⁵³³ DEUMIER P., Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets, in *Le droit souple*, rapport préc., p. 253.

⁵³⁴ GERRY-VERNIERES S., *Les « petites » sources du droit*, préc.

⁵³⁵ Le cahier des charges est volontairement placé au côté d'autres formes de droits reconnus comme étant des « droits durs » car sanctionnés. En effet, le respect du cahier des charges utilisé pour l'attribution d'un label par exemple, peut faire l'objet de sanctions et notamment le retrait dudit label.

liens entre le droit souple et le droit spontané. Tous deux ont une fonction normative qui vise « à encadrer la pratique des acteurs sociaux, à orienter leur comportement, à favoriser leur auto-discipline, avant d'en arriver à l'énoncé de normes contraignantes »⁵³⁶. En cela, le droit spontané répond au premier critère d'identification du droit souple dégagé par le Conseil d'État dans son rapport de 2013⁵³⁷. Néanmoins, il existe d'importantes différences entre la notion de droit souple telle qu'elle vient d'être présentée et celle de droit spontané, et plus particulièrement lorsque l'on considère le droit souple applicable à la gestion de l'eau sur le territoire de la Dombes. Le récepteur de la norme (l'exploitant, le propriétaire...), ne participe pas seulement à la fabrication de la norme, il en est l'origine même. Plus exactement, c'est la nature du lien de solidarité qui unit les membres de la communauté d'utilisateurs, sujets de ce droit, qui a permis et a conduit à son émergence. Dès lors, le droit spontané et plus particulièrement la coutume, animée par *l'opinio necessitatis* qui impose chez le récepteur de la règle un sentiment d'obligation, s'écarte du droit souple. En effet, ce dernier est généralement considéré comme étant dénué de « force contraignante »⁵³⁸. Au contraire, le droit spontané, et notamment lorsqu'il revêt une forme coutumière, dispose d'une force contraignante à travers son aspect psychologique et social. Le sentiment obligatoire de la coutume peut s'exprimer de la façon suivante : « je suis obligé d'obéir à cette règle, comme mes pairs et de la même manière que ceux qui l'ont fait avant moi, sans que cela me prive de la possibilité de la faire évoluer en fonction des circonstances ». Néanmoins, cette facette du droit spontané doit être relativisée du fait de sa volatilité, puisqu'elle repose sur un « sentiment d'obligation » et donc des émotions difficilement saisissables d'une part, et éventuellement changeante d'autre part⁵³⁹. Plus important encore, la sanction n'est pas absente de la mise en œuvre du droit spontané et permet donc de caractériser une véritable contrainte⁵⁴⁰ : il ne faut donc pas uniquement rechercher la spécificité du droit spontané dans son caractère « souple » ou « dur », mais dans son origine économique et sociale. Si le droit souple et le droit spontané ont en commun d'élargir la vision classique du droit, celle d'un droit contraignant venant « d'en haut », ils ont chacun leur spécificité : le droit spontané se caractérise par son origine - se distinguant du droit délibéré, posé -, et le droit souple par sa

⁵³⁶ AUTIN J.-L., Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public, in MIAILLE M. (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 55.

⁵³⁷ RICHARD J., CYTERMANN L., Le droit souple : quelle efficacité, quelle légitimité, quelle normativité ?, *AJDA* 2013, p. 1884.

⁵³⁸ Voir, pour une synthèse du caractère non contraignant du droit souple, DEUMIER P., Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets, in *Le droit souple*, étude préc., p. 247.

⁵³⁹ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., p. 178.

⁵⁴⁰ Cf. infra.

texture, qui le distingue du droit dur ; il existe cependant un large espace de chevauchement entre les deux, car de nombreuses règles de droit souple sont également du droit spontané⁵⁴¹. A l'image de tout droit, le droit spontané est le fruit d'une construction sociale et d'une histoire particulière qui ont créé les conditions de son émergence⁵⁴². A ce titre, le principe de solidarité a agi en Dombes comme un catalyseur, transformant une pratique en norme juridique.

2. *Le principe de solidarité, source de du droit spontané*

De façon évidente, le droit spontané applicable en Dombes est d'abord et avant tout un droit coutumier qui, comme cela a été explicité en introduction générale, a peu à peu été forgé au gré de l'évolution des pratiques liées à l'exploitation des étangs. De ce postulat découle une importante interrogation : quelle est donc la source de la coutume, ou plus largement, comment naît ce droit spontané ? Tel que l'a synthétisé le Doyen Carbonnier, l'origine de la coutume peut s'expliquer d'abord selon une hypothèse hétéronome, fondée sur l'imitation et un statu quo : le fait de se raccrocher à ce qui existe ou ce qui a toujours été fait⁵⁴³. Une autre hypothèse plus rationnelle, de l'aveu même de l'auteur, est celle de l'autonomie, qui repose sur la conviction de l'existence d'une convenance selon laquelle il est nécessaire d'obéir aux préceptes induits par les usages généralisés. Cette conviction est alors fondée sur la réciprocité, c'est-à-dire, explique l'auteur : « *la conviction des liens généralisés que je vais créer par mon geste, parce que d'autres le répèteront envers moi ou envers d'autres encore* »⁵⁴⁴. De cette répétition consciente de certaines pratiques ainsi généralisées naît alors un sentiment de sécurité. Je le fais parce que les autres le font réciproquement et que, partant, un comportement contraire semble moins envisageable. Nous nous proposons donc d'emprunter cette voie pour expliquer les conditions de la naissance et de la survivance du droit coutumier dombiste à travers l'analyse des liens qui unissent ceux qui la perpétuent. Cette réciprocité irréfragable selon laquelle chaque acteur attend de l'autre, de son voisin, de l'exploitant d'un étang aval ou d'un étang amont, n'est rien d'autre que l'expression d'une solidarité.

⁵⁴¹ DEUMIER P., *op. cit.*

⁵⁴² HALPERIN J.-L., *Le droit et ses histoires*, Droit et société 2010, n° 75, p. 295.

⁵⁴³ CARBONNIER J., *Flexible droit*, préc., p. 120.

⁵⁴⁴ CARBONNIER J., *Flexible droit*, préc., p. 127.

En effet, la constitution particulière des étangs en « chapelets » a, à dessein, créé un lien d'interdépendance entre les ouvrages hydrauliques dont le fonctionnement pratique impose que l'eau passe de l'un à l'autre des étangs. Le système de vidanges et de remplissage des étangs d'une même chaîne, et plus largement d'un bassin versant, aboutit à la constitution d'un véritable réseau solidaire⁵⁴⁵. Dès lors, l'exploitation de ce réseau hydraulique unique a, au fil du temps, eu pour résultat de permettre aux exploitants locaux de dégager des principes juridiques afin d'en consacrer la pérennité. Ainsi, se sont notamment imposées les obligations de laisser couler l'eau pour les étangs amont, et d'accepter l'eau pour les exploitants des étangs situés plus en aval.

Indépendamment même son intégration explicite au sein des principes du droit de l'environnement, la solidarité est une notion consubstantielle à celle de la protection de l'environnement et du droit de l'environnement en général⁵⁴⁶. Le principe de solidarité doit être analysé autour d'un usage commun, partagé, solidaire. Ce principe, tel qu'il est aujourd'hui intégré à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement⁵⁴⁷ répond à deux aspects. D'abord, ce principe insuffle les décisions publiques ayant une incidence notable sur l'environnement en ce qu'il impose la prise en compte « *des interactions des écosystèmes, des êtres vivants et des milieux naturels ou aménagés* ». Ce premier aspect a pour objet de contraindre les décisions des personnes publiques en y intégrant les interactions des éléments de l'environnement qui peuvent être impactés par ladite décision. Toutefois, cette acception ne s'applique qu'à un ensemble de règles qui ne peut être spontané du fait de son insertion au sein de politiques publiques sectorielles. Ensuite, le même article détaille les engagements qui doivent être pris (sans que cela soit précisé par qui) en vue de la poursuite d'un développement durable.

La mise en œuvre du principe de solidarité écologique telle qu'elle est conçue dans le Code de l'environnement présente la particularité d'avoir une portée limitée puisqu'elle relève essentiellement question de « toute décision publique ». Malgré tout, la portée de ce principe se veut générale. L'exposé des motifs de la loi « Biodiversité » précise : « *Introduit comme principe général, il met en exergue l'importance des interactions positives et négatives entre la préservation de la biodiversité et les activités humaines et permet de s'assurer que les*

⁵⁴⁵ MANCERON V., Discordes territoriales : les logiques rivales de la gestion de l'eau dans une région d'étangs française, *Géographie, économie, société*, 2006/3 (Vol. 8), p. 319-328.

⁵⁴⁶ DEGUERGUE M., Solidarité et environnement, in HECQUARD-THERON M., *Solidarité(s) : perspectives juridiques*, Presses de l'Université de Toulouse - LGDJ, 2009, p. 337.

⁵⁴⁷ Dans sa rédaction issue de la loi du 8 août 2016 n°2016-1087 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

questions complexes d'interactions et d'effets rétroactifs sont prises en compte dans les décisions ». Néanmoins, l'ensemble des décisions qui sont susceptible d'avoir un impact sur l'environnement ne sont pas uniquement des décisions publiques. Bien que ces décisions ne se limitent pas aux décisions administratives (réglementaires ou individuelles), elles nécessitent l'intervention d'une entité publique et laisse peu de place à l'initiative « bottom-up » dans la mise en œuvre du principe de solidarité. En effet, le droit applicable au territoire de la Dombes est un droit « spontané », indépendant de l'intervention de la puissance publique. Si l'on peut voir dans le droit sonante local une traduction du principe de solidarité écologiques, il ne s'agit donc pas de la conception du Code de l'environnement.

Ces explications doivent être mises en rapport avec le rôle du droit local en Dombes et à ses principes, et ce que cela nous dit des « valeurs locales » ainsi véhiculées. Ces principes sont dès lors la source d'une normativité spécifique, indépendante de la loi⁵⁴⁸. Le développement de règles spontanées, d'un droit propre à un groupe d'usagers, découle de leur organisation en communauté autour de l'usage solidaire d'une ressource commune : « *Le droit des communautés n'a pas besoin d'un pouvoir qui veuille le maintenir, il est la conséquence nécessaire de leurs structures* »⁵⁴⁹.

On peut prendre ici l'exemple de la circulation de l'eau qui occupe une place importante de la coutume écrite de la Dombes. Le principe veut que chacun puisse bénéficier de l'eau. La Dombes étant constituée de chaînes d'étangs, l'eau doit régulièrement être « donnée » par le propriétaire du fonds supérieur au propriétaire du fonds inférieur. Concrètement, le propriétaire de l'étang supérieur ne doit pas dérouter les eaux devant arriver à l'étang inférieur, et le propriétaire de ce dernier ne doit pas empêcher la libre vidange de l'étang supérieur. En cela, la coutume dombiste est en accord avec la servitude issue de l'article 640 du Code civil⁵⁵⁰. Il s'agit là d'une coutume *secundum legem*, qui précise la loi et l'adapte à des circonstances particulières.

En revanche, le traitement des eaux pluviales sur ce territoire est particulièrement original. Répondant à la même logique de répartition naturelle et équitable de la ressource en eau, le droit coutumier impose à un propriétaire d'étang sur le terrain duquel l'eau de pluie tombe, de la restituer entièrement au fonds inférieur après l'avoir utilisé pendant la période d'évolage.

⁵⁴⁸ UNTERMAIER J., Les principes du droit de l'environnement, in CAUDAL S., *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 216.

⁵⁴⁹ M. Alliot, cité par LEROY E., *Repenser les biens communs*, p. 96.

⁵⁵⁰ « *Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué* ».

Cette disposition entre en contradiction avec l'article 641 du Code civil⁵⁵¹ qui octroie une liberté certaine mais pas absolue⁵⁵² pour le propriétaire dans la disposition qu'il a des eaux tombant sur sa propriété. Autrement dit, et du point de vue du droit civil, le propriétaire du terrain dispose d'un droit de propriété sur les eaux pluviales qu'il a pu rassembler et immobiliser. De ce point de vue, la ressource en eau est considérée par le droit local dans sa globalité et répond, plus que le droit civil, à une certaine cohérence écologique. L'objectif de cette approche est non seulement d'unifier le traitement de l'eau mais également permettre, en application du principe de solidarité analysé précédemment, de permettre à chacun des exploitants d'étangs de jouir de la ressource en eau.

De par son originalité au regard du droit commun, c'est bien la règle coutumière régissant les pratiques dombistes et dont elle est issue, qui est à considérer comme moyen de préservation de la ressource. Une protection implicite de l'environnement rendue possible par la règle coutumière⁵⁵³. Elle est une alternative aux réponses de l'État qui, face aux questions posées par la protection de la nature, répond « par l'institution, la règle ou la contrainte »⁵⁵⁴. En ce sens, la Dombes doit être considérée comme un écosystème « socio-écologico-économique » où s'articulent des relations entre usagers, et entre usages, le tout en harmonie avec l'environnement dans lequel ils évoluent. L'usage au sens de pratique est, dès lors, indissociable de l'usage au sens de règle, qui, lui-même induit une dimension sociale en ce que les usagers le perçoivent comme obligatoire.

B. Le droit spontané fondé sur les pratiques des sujets de droit

Le droit spontané émane des pratiques généralisées qui sont susceptibles d'évoluer au gré des éventuels changements de comportement des sujets de droit. Les utilisateurs de la ressource - nous nous en tiendrons aux usages liés à l'exploitation d'une ressource naturelle -, maîtrisent ainsi la mise en œuvre des techniques qui, par leur répétition, sont devenues des usages au sens juridique. La question de la maîtrise de ces règles de droit matérialisées par l'usage reste toutefois en suspens puisque l'objectif des usagers de la ressource n'était pas, originellement, de créer un ordre juridique qui leur soit propre. Le caractère volontaire de

⁵⁵¹ « Tout propriétaire a le droit d'user et de disposer des eaux pluviales qui tombent sur son fonds. »

⁵⁵² Dans le sens où son comportement dans la disposition des eaux ne doit pas occasionner de dommages pour les tiers.

⁵⁵³ UNTERMAIER J., « La protection implicite de la Nature : le cas du Val de Saône et de la Dombes », in *La Saône-Trévoux* ; éd. Patrimoine du Pays de l'Ain, 1984

⁵⁵⁴ Ibid.

l'usage pose ainsi question (1). De même, l'autonomie normative de ce droit spontané a pour conséquence le fait que sa création et son application ne sont pas fondées sur des règles organiques, bien qu'il ait été accompagné de certaines règles organisationnelles au fil de son application (2).

1. Une émanation juridique de la volonté des acteurs locaux

Le droit spontané semble pouvoir constituer un exemple probant de ce qu'est une approche volontaire du droit. Pourtant, le caractère volontaire de la création même des obligations applicables à l'exploitation de la ressource en eau interroge (a). Pour autant, la préservation de cette source de droit peut traduire la volonté d'un de constituer un ordre normatif particulier propre à caractériser une forme de démocratie locale (b).

a. La traduction des intentions des usagers de la ressource dans le droit spontané

Le propre du droit spontané est de constituer une source de droit sans que la communauté à son origine ait eu la volonté de créer une règle⁵⁵⁵. Les usages de l'eau, de canaux d'irrigations ou d'étangs ont connu des évolutions dues aux avancées techniques ou technologiques d'exploitation. Toutefois, ces évolutions se sont produites dans le cadre de règles parfois ancestrales, qui se révèlent être nécessairement évolutives et prennent la forme d'usages. Des règles de droit « apparaissent » donc et évoluent parallèlement aux pratiques de ceux à qui elles s'appliquent, ce qui fait du droit spontané en général et de la coutume en particulier, un droit vivant en constante évolution. Les pratiques, volontairement mises en œuvre et perpétuées, sont reconnues comme légitimes, et deviennent des usages, qui se muent en coutume et s'habillent d'une véritable force obligatoire⁵⁵⁶. Ainsi, la coutume est considérée comme une « *source spontanée, objective, non volontariste du droit* »⁵⁵⁷, et, plus globalement, le droit spontané est « *le droit qui, sans avoir été imposé et sans volonté délibérée, se dégage de la répétition constante et générale d'un comportement juridique par les membres d'un groupe, le plus souvent particulier, pour répondre à leurs besoins* »⁵⁵⁸. Ce droit peut être

⁵⁵⁵ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc.

⁵⁵⁶ CHISEL G. et DREYFUSS L. (Dir.), *Coutume, usages et pratiques*, Mare et Martin, 2014.

⁵⁵⁷ BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2012, p. 89.

⁵⁵⁸ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., p. 439.

défini comme étant la règle issue des pratiques volontaires des usagers, s'appliquant à eux et étant perçue par eux comme légitimes, ce qui confère à cette règle une incontestable normativité.

Pour autant, la volonté des usagers n'est pas le fondement de l'apparition de cette règle de droit. Malgré la théorie persistante de « l'usage conventionnel » issue des travaux du Doyen Gény et selon laquelle l'usage, en tant qu'élément matériel de la coutume, « *ne peut tirer sa force obligatoire que de la volonté des parties* », Pascale Deumier s'est efforcée de démontrer son artificialité⁵⁵⁹. Selon l'auteur, la mise en œuvre de la règle coutumière n'est dès lors pas conventionnelle ou volontaire, mais « naturelle », dès lors que l'on se trouverait dans son champ d'application par nature circonscrit. La théorie de l'usage conventionnel est d'autant plus fictive que généralement, ceux à qui l'usage s'applique n'ont généralement eu aucune volonté déterminée⁵⁶⁰, si ce n'est, dans le cas de la Dombes, celle d'exploiter la ressource et de faire fructifier leurs propriétés. Toutefois, le lien entre les règles de droit particulières à cette exploitation et les pratiques elle-même a rapidement été mis au jour. Il est dès lors possible d'envisager la volonté de préserver cette source de droit.

- b. La dimension volontaire de la perpétuation de la coutume, fondement de normativité contemporaine du droit spontané

La force obligatoire du droit coutumier, ou plus largement du droit spontané, trouve son fondement dans le comportement des sujets mêmes de ce droit qui s'y conforment, de façon consciente ou non. Le caractère inconscient découle de l'absence d'impression de se conformer à une règle en ne faisant que mettre en œuvre une pratique généralisée. Par exemple, le fait pour des exploitants d'étangs de s'organiser au sein d'un bassin versant ou d'une chaîne, pour que chacun puisse bénéficier de l'usage de l'eau, revient à se conformer aux règles coutumières selon lesquelles chacun doit pouvoir disposer de la ressource selon ses besoins, et les éventuelles difficultés dans son partage doivent être réglées de façon amiable entre propriétaires ou exploitants. Ainsi, le choix de s'adonner à des pratiques traditionnelles emporte l'application des règles inhérentes. La mise en œuvre des règles en question prend ainsi la forme d'une acceptation et constitue la manifestation d'une « *force normative* »

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 211 et s.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 219.

optionnelle »⁵⁶¹. On retrouve d'ailleurs cette force normative optionnelle en matière d'environnement.

La dimension volontaire des mécanismes juridiques appliqués à la protection de l'environnement est assez peu étudiée en dehors du droit des sociétés et de la « responsabilité sociale des entreprises »⁵⁶². Pour autant, il a été démontré que l'approche volontaire de la protection de l'environnement comporte un intérêt non négligeable, pour l'évolution du droit de l'environnement en lui-même, et pour la diversification des moyens de droit permettant la protection des milieux⁵⁶³. Des réflexions plus originales en droit de l'environnement sont donc propres aux mécanismes volontaires consistant à adhérer à une norme, qui aurait pour effet pour l'opérateur de contraindre l'usage de sa chose. Originales, ces réflexions le sont à l'aune des principes du droit de l'environnement qui imposent des contraintes sur les opérateurs économiques ou les participants à un territoire. En effet, une approche volontaire, par la construction négociée d'un droit conventionnel de la gestion de l'eau par un contrat de rivière par exemple, permet apparemment d'échapper aux contraintes du droit de l'environnement, alors même qu'elle est la source d'une contrainte effective nouvelle⁵⁶⁴. L'approche volontaire de la protection ou de la gestion de l'environnement repose ainsi sur une vision commune de la gestion imposée par les circonstances naturelles, et qui se traduit par une construction collective de la pratique technique qui aboutit à un cadre de réglementation de ces pratiques. La norme se constitue en tant que norme sur une pratique collective qui, par sa généralisation et son acceptation, emporte une normativité.

Au-delà du seul droit, la pérennité du fonctionnement participatif et solidaire du « système Dombes » trouve un écho dans les modes de gouvernance moderne, à l'heure où le pouvoir juridique (mais également économique) s'exerce de plus en plus de façon horizontale. Le régime juridique et organisationnel de la Dombes des étangs représente finalement un modèle d'avenir tout en puisant ses racines dans une tradition pluriséculaire. Fruit de l'intelligence collective locale, ce modèle de gestion représente la traduction en droit la volonté des acteurs

⁵⁶¹ DEUMIER P., La force normative optionnelle, in THIEBERGE et a., *La force normative*, préc., p. 165.

⁵⁶² PARANCE B. (dir.), *La responsabilité sociétale des entreprises, approche environnementale*, Société de législation comparée, 2016.

⁵⁶³ HERVE-FOURNEREAU N. (Dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, 2008.

⁵⁶⁴ BILLET Ph., Les approches volontaires et les principes du droit de l'environnement, in HERVE-FOURNEREAU N. (Dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, préc., p. 107 ; BILLET Ph., La protection contractuelle de l'environnement. A propos de certaines « conventions » de gestion des espaces naturels, in M. Boutonnet (dir.), *Le contrat et l'environnement : étude de droit interne, international et européen*, PUAM 2015, pp. 251-268.

de s'appuyer les uns sur les autres afin de rendre viable un mode de gouvernance⁵⁶⁵. Indéniablement, le droit spontané est un des mécanismes juridiques qui émanent directement des agissements et des démarches volontaires d'une communauté d'individus.

Cette démarche collective et participative est fondée sur la solidarité qui unit les membres d'une communauté, professionnelle ou territoriale. Solidarité et démocratie, sont deux concepts qui peuvent être associés pour expliquer la coconstruction de la règle spontanée locale. Il s'agit toutefois de déterminer quelle acception de la démocratie doit être mobilisée, entre la démocratie constitutionnelle qui s'attache à l'exercice d'un pouvoir souverain, la démocratie administrative qui permet de renouveler la conception des relations entre administration et citoyens⁵⁶⁶, ou encore de la démocratie environnementale qui permet de légitimer les décisions publiques en matière environnementale à travers les principes d'information et de participation. La démocratie environnementale peut finalement être considérée comme une démocratie participative appliquée au domaine de l'environnement, sans pour autant remettre en cause le modèle global de démocratie représentative. Elle trouve son application notamment dans la mise en œuvre des principes d'information et de participation du public inscrits au sein de la Charte de l'environnement⁵⁶⁷. Il s'agit, essentiellement de donner les moyens au public (entendu dans le sens le plus large du terme) d'être associé aux décisions prises par les administrations, et plus largement par la puissance publique, dans le domaine de l'environnement. De ce point de vue, l'exercice de la démocratie environnementale est complètement dépendant de l'action des personnes publiques. En outre, l'exercice de ces droits environnementaux est conditionné par l'intervention d'une loi qui en fixe les conditions d'exercice. Dès lors, il est possible de s'interroger sur l'existence d'une démocratie environnementale indépendamment de l'intervention du législateur. D'importantes limites⁵⁶⁸ sont posées à ce principe à travers la mise en œuvre de mécanismes stricts : existe-t-il une démocratie participative en matière d'environnement au-delà des enquêtes publiques et des débats publics ? ⁵⁶⁹. En Dombes, on

⁵⁶⁵ Sur les modes de gouvernance collective moderne, voir SERIEYX S. et VAKALOULIS M., *Du pouvoir vertical aux pouvoirs partagés*, Editions de l'Atelier, 2018.

⁵⁶⁶ TESTARD Ch., *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, Thèse droit, Lyon 3, 2016.

⁵⁶⁷ L'article 7 de la Charte de l'environnement dispose : « 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 ».

⁵⁶⁸ PISSALOUX J.-L., La démocratie participative dans le domaine environnemental, *RFAP*, 2011, n° 137-138, p. 328.

⁵⁶⁹ Il est à préciser que des modifications allant dans le sens d'une meilleure prise en compte de la participation du public aux décisions administratives ont été apportées par ordonnances en application de la loi du 8 août 2016, ordonnances entérinées par le Parlement en 2018. V. projet de loi de ratification adopté le 7 février 2018

observe une véritable construction collective de la norme à travers l'exercice de pratiques particulières. Ce phénomène est donc plus inclusif que la seule participation à l'élaboration de la décision publique telle qu'elle est conçue en droit de l'environnement. En ce sens, la création progressive du droit spontané, mais également son évolution au fil des pratiques, pourrait constituer une véritable expression juridique de la démocratie environnementale.

En outre, il est possible de déceler dans la constitution et la mise en œuvre du droit spontané local en Dombes une démocratie hydraulique⁵⁷⁰, en développant le concept de société hydraulique⁵⁷¹, qui reposerait sur chacun des concepts précédents. Si l'on part de l'idée de la démocratie comme étant le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple⁵⁷², principe inhérent à la forme républicaine de l'Etat⁵⁷³, on en trouve une application des plus directes en Dombes. La régulation des usages est en effet issue de la continuité de la mise en œuvre de ces usages par ceux qui s'imposent à eux-mêmes cette régulation. L'ensemble des usagers de l'eau participent ainsi au processus de création de la norme qui s'applique à l'ensemble des membres de leur communauté.

2. Une structuration institutionnelle du droit spontané

La spontanéité du droit local n'empêche pas une certaine forme d'institutionnalisation, de structuration permettant ainsi la mise en œuvre de ce droit particulier. Dans cette démarche, le droit local de Dombes impose une certaine ossature à l'organisation de l'exploitation des étangs et de l'eau sur ce territoire. Tout en constituant un ordre coutumier inédit (a), il est remarquable d'analyser la façon dont la production normative est organisée autour d'une filière économique locale : la pisciculture d'étang (b).

a. Un ordre coutumier local original

A la différence de certains ordres coutumiers, l'organisation de la production normative en Dombes ne semble pas complète. Un ordre juridique complet comporte nécessairement des institutions ou des mécanismes juridiques permettant d'une part la production et la reconnaissance de la norme, et d'autre part la mise en œuvre et l'effectivité de ladite norme.

par l'Assemblée ; PASTOR J.-M., La démocratie environnementale revisitée, *AJDA* 2018, p. 249.

⁵⁷⁰ RECALT Ch., Agriculture et gestion sociale de l'eau, *Pour* 2012, n° 213, p. 195.

⁵⁷¹ Concept issu de la pensée de Wittfogel, préc.

⁵⁷² LINCOLN A., Discours de Gettysburg, 19 novembre 1863.

⁵⁷³ Article 2 de la Constitution du 4 oct. 1958.

En d'autres termes, il s'agit d'identifier la présence d'un pouvoir constitutif de la norme, un pouvoir exécutif de la norme et un pouvoir sanctionnateur, qu'ils soient ou non séparés.

Bien que peuvent être analysés à ce titre certains régimes juridiques coutumiers traditionnels, il est intéressant de confronter les modèles dits coutumiers significatifs au sein du seul droit français. Par exemple, la Nouvelle-Calédonie est à cet égard remarquable dans l'articulation des normes qui s'y appliquent, au sein même d'un ordre juridique national rationalisé, harmonisé et codifié. Ce « pays »⁵⁷⁴ demeure « *la terre de prédilection des dérogations et des exceptions, le lieu privilégié du particulier et du singulier* »⁵⁷⁵. En effet, coexistent sur ce territoire, la loi nationale française et un système coutumier dans lequel on retrouve un organe de reconnaissance de la norme coutumière (le Sénat coutumier), ainsi qu'un pouvoir de sanction de la mise en œuvre de ladite coutume. Cette coexistence est organisée par les textes fondamentaux (constitution et loi organique), laissant à la coutume locale le soin de régler les rapports de droit civil entre les personnes se reconnaissant dans cette coutume.

Après l'éclairage de cet exemple, De toute évidence, le système de gestion de l'eau en Dombes est incomplet à plusieurs égards. Il n'emporte pas de conséquence sur l'ensemble de la société, mais uniquement à l'échelle d'une filière économique.

b. Une institutionnalisation structurée autour d'une filière économique

D'un point de vue contemporain, le milieu économique offre le domaine de prédilection de la création de la norme spontanée. En effet, ce qu'une partie de la doctrine nomme de façon générale « les usages », par référence à la source de droit qualifiée précédemment, trouve une expression toute particulière au sein du droit des sociétés et du droit social⁵⁷⁶. Pour autant, il n'est pas exclu que l'origine économique de la création de la coutume ait existé. En effet, le droit coutumier dombiste est fondé sur l'objectif de faire fructifier un ensemble de biens fonciers à travers la pisciculture.

Donc l'origine économique du droit spontané en Dombes, voire du droit coutumier n'est pas surprenante d'un point de vue des modes contemporains de production des normes. D'abord, il est indéniable que cette activité est articulée autour d'une organisation sociale au

⁵⁷⁴ Au sens de l'article 99 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, JORF du 21 mars 1999, p. 4197.

⁵⁷⁵ HAVARD L., Nouvelle Calédonie : encore et toujours de l'inédit, *AJDA* 2018, p. 1417.

⁵⁷⁶ MOUSSERON P., *Les usages : l'autre droit de l'entreprise*, LexisNexis, 2014.

sein de laquelle la propriété joue un rôle déterminant dans la hiérarchisation des rapports entre ses membres. Ceux-ci sont parfois inégaux dans la mesure où les grands propriétaires disposent de nombreux droits révélateurs d'un pouvoir économique et social certain : le droit d'inondation en ce qu'il impose à un propriétaire riverain de prendre part à la création d'un étang, et le droit de chasse, en ce qu'il contraint l'usage dudit étang par le bénéficiaire de l'assec. Par ailleurs, des liens de dépendances existent entre propriétaires et fermiers : on observera à ce titre à quel point cette société locale a pu lutter (et lutte encore) contre le recours au bail rural, contrat d'ordre public susceptible d'être requalifié par le juge judiciaire, dans la mesure où il serait susceptible de remettre en cause la gestion traditionnelle de l'assolement⁵⁷⁷. Cette opposition n'est pourtant pas, concernant le bail rural, un rejet déraisonnable et systématique aux contraintes imposées par certaines dispositions législatives⁵⁷⁸. Pour autant, il s'avère que les contraintes portées par le bail rural semblent s'opposer aux réalités pratiques des activités agricoles du territoire, notamment en ce qui concerne sa durée minimale de neuf ans⁵⁷⁹.

Le fait de se structurer en communauté de professionnels traduit la volonté de la part des usagers de la ressource d'organiser cet usage, soit par nécessité, soit pour ancrer une situation de fait reposant sur la mise en œuvre d'un lien de solidarité entre ses membres. Ce phénomène existe depuis longtemps en droit, des consortages de l'époque féodale à l'organisation uniforme de ces sociétés par la création des associations syndicales par la loi du 21 juin 1865⁵⁸⁰, et ce, particulièrement en ce qui concerne l'exploitation d'un commun naturel (prairies, eau d'irrigation...).

En outre, le territoire lui-même facilite une certaine organisation communautaire du fait de l'omniprésence de l'eau. Comme cela a été démontré, il existe une solidarité écologique autour des étangs structurés en chaînes créant ainsi des liens d'interdépendances entre les exploitants d'étangs d'une même chaîne (qu'ils soient propriétaires ou non). L'utilisation du droit commun dès la fin du XIX^{ème} siècle et la création du « Syndicat des étangs » sous la forme d'une association syndicale libre démontrent cette volonté partielle d'organiser et structurer la communauté locale. La création de ces structures s'est particulièrement développée pour structurer les communautés locales utilisatrices d'une ressource en eau. C'est

⁵⁷⁷ Cf. *supra* pour les explications concernant l'assolement traditionnel.

⁵⁷⁸ Cette dimension est indéniablement présente sur le territoire à travers une méfiance de tout ce qui serait porteur de « nouvelles contraintes réglementaires qui étouffent déjà tous les professionnels ». Cette appréhension s'est notamment exprimée lorsqu'un projet de parc naturel régional était à l'étude sur le territoire de la Dombes, le projet ayant été avorté en 2017.

⁵⁷⁹ Code rural et de la pêche maritime, art. L. 411-4 ; cf sect 2 chap 1. Titre 2 Partie 2.

⁵⁸⁰ BILLET Ph., Avant-propos, in HERVE-FOURNEREAU N. (Dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, préc., p. 19.

notamment le cas, par exemple, des communautés d'irrigants dans les Alpes, dans les Pyrénées-Orientales⁵⁸¹ qui permet de regrouper une partie généralement importante des usagers de la ressource afin de la gérer collectivement, en introduisant des règles susceptibles d'être sanctionnées.

En l'occurrence, il existe en Dombes plusieurs organismes dont l'objectif est de réunir et de protéger certaines catégories socio-professionnelles (à l'image du Syndicat des étangs), mais également une structure à visée prospective, dynamisante dont l'objectif est de promouvoir les savoir-faire et les produits locaux : l'Association de promotion des poissons des étangs de la Dombes (APPED). Cette association constituée en application de la loi de 1901 est d'abord l'expression de la solidarité des membres de la communauté des exploitants d'étangs locaux dans le sens où ceux-ci l'ont constituée afin d'agir pour leur intérêt collectif. Elle est, de plus, l'initiatrice et la garante de la mise en œuvre d'un certain nombre d'outils juridiques participant à la constitution d'un droit spontané global sur le territoire, à l'image de la marque « Poisson de Dombes »⁵⁸².

Quoi qu'il en soit, l'emprunt de processus juridiques issus du droit commun renforce l'ambiguïté de ce droit local qui se fonde tant sur des principes propres, inédits et ancestraux, que sur les grands principes du droit civil et du droit rural.

II. Des liens de l'eau aux liens de responsabilité : la rupture de solidarité

Classiquement, en droit, le concept de solidarité se traduit par la mise en œuvre d'une responsabilité particulière. En ce sens, la solidarité s'exprime juridiquement à travers une obligation de débiteur(s) envers un créancier, d'où il suit que le juriste contemporain reconnaît l'existence d'une solidarité notamment dans la mise en œuvre d'une responsabilité *in solidum*⁵⁸³. Malgré tout, en pratique, au respect du principe de solidarité se dispute la poursuite d'intérêts privés. La filière piscicole et agricole de la Dombes correspond à une société à l'équilibre précaire, entre une façade de solidarité réciproque entre les membres de cette filière, et la tentation de s'en affranchir. En ce sens, la communauté dombiste évolue sur

⁵⁸¹ INGOLD A., Gouverner les eaux courantes en France au XIX^{ème} siècle, *Annales Histories, Sciences sociales*, 2011, n° 1, p. 69.

⁵⁸² Cf. *infra*.

⁵⁸³ Sur l'origine et l'étymologie de la notion juridique de solidarité, voir notamment WIJFFELS A., Des droits savants au droit public de l'Europe : modèles juridiques de solidarité, in SUPLOT A. (Dir.), *La solidarité, Enquête sur un principe juridique*, Ed. Odile Jacob, 2015, pp. 47-68.

des fondements particulièrement paradoxaux voire précaires⁵⁸⁴. Cette solidarité s'exprime principalement dans l'obligation de partage équitable, sinon égalitaire, de l'eau et c'est cette ressource qui est elle-même susceptible d'attiser les tentations de rompre la solidarité qui cimenter cette société locale. Son accaparement sans restitution constitue une véritable atteinte aux équilibres sociaux locaux déjà fragiles, et trouve des sanctions collectives à travers le contrôle de la communauté (A). La répression de cette atteinte repose alors sur des mécanismes de responsabilité originaux (B).

A. L'accaparement de la ressource et le règlement interne des conflits

L'équilibre social d'une communauté hydraulique, selon Wittfogel, repose sur l'accès à la ressource pour chacun en fonction de ses besoins, et sur la solidarité qui unit les usagers de cette ressource. Il est susceptible d'être rompu dès lors que le comportement d'un individu rend impossible de cet accès. Ce faisant, l'usager qui fait primer les intérêts particuliers sur les intérêts collectifs contrevient aux règles de droit spontané (1), et est alors susceptible de voir sa responsabilité engagée (2).

1. La rupture de solidarité liée à la prédominance des intérêts particuliers

Le principe de solidarité, tel qu'il a été présenté permet de théoriser l'usage commun, voire la propriété commune, d'une ressource naturelle telle que l'eau. Cependant, l'usage solidaire de l'eau ne fait intervenir la règle de droit que dans une dimension tronquée. Certes, des règles existent et sont nées de décennies de pratiques répétées, généralisées et perçues comme obligatoires. Il s'agit de n'user de l'eau que dans la proportion de ses propres besoins, chacun devant céder à l'autre l'usage de cette ressource lorsque lui-même en a usé. Cependant, la question se pose de savoir quelles peuvent être les conséquences juridiques en cas de rupture de cette solidarité.

La rupture de solidarité au sein d'une communauté fondée sur l'usage collectif d'une ressource partagée se caractérise notamment par le fait de s'arroger le bénéfice de la ressource au détriment de l'intérêt collectif (a). Cet accaparement est ainsi considéré comme une grave atteinte aux intérêts de la communauté (b).

⁵⁸⁴ MANCERON V., *Discordes territoriales : les logiques rivales de la gestion de l'eau dans une région d'étangs française*, préc.

a. L'accaparement de la ressource

La rupture du principe de solidarité peut se traduire par le fait de ne plus suivre les règles auxquelles l'ensemble des membres de la communauté sont soumis. En Dombes, cette rupture peut résulter d'un retour à l'accaparement de la ressource hydraulique et donc la privation de son bénéfice pour les autres membres. L'accaparement de l'eau peut être défini comme le fait, pour un usager de cette ressource, d'en privatiser l'usage à son propre profit en privant ainsi les autres usagers potentiels du bénéfice de la jouissance de la ressource. L'accaparement de la ressource en eau en Dombes comme ailleurs peut trouver ses raisons dans de nombreuses circonstances, de fait ou de droit qui conduisent un individu à priver ses semblables, ses voisins, des bienfaits de ladite ressource. Là où cette appropriation peut être justifiée par l'état de nécessité, voire être interprétée comme une « *expression pratique d'un droit humain* »⁵⁸⁵, un tel acte peut à l'inverse être considéré comme une véritable atteinte à l'équilibre instable d'une société construite sur la gestion d'un commun hydraulique. Si, par ailleurs, nous défendons l'idée selon laquelle l'ensemble des règles liées à l'usage de l'eau en Dombes illustrent une certaine dimension locale d'un « droit à l'eau », on peut s'interroger sur ses limites. Ainsi, le détournement de l'eau, le fait de la dérober, renforce l'expression de ce droit à l'eau que l'on peut qualifier de droit fondamental. La limite est celle de l'intérêt collectif dans l'usage et dans la préservation de la ressource. Quoi qu'il advienne, cet intérêt supérieur impose que chacun puisse avoir accès à une partie de cette ressource pendant les périodes et dans les quantités prévues, et ainsi, à la satisfaction de ses besoins, à proportion égale avec les autres membres de sa communauté hydraulique. L'abus de l'usage de l'eau par son détournement constitue donc en Dombes une atteinte à l'encontre des usagers lésés ainsi que de l'ensemble de la communauté.

b. Le « vol d'eau », un « crime » impardonnable en Dombes

Le détournement de l'eau semble inconcevable à la lecture de la coutume écrite au fil des siècles. Bien que l'accès à l'eau reste la préoccupation principale en Dombes, le fait que de plus en plus d'étangs sont rendus indépendants par le creusement de fossés de ceinture⁵⁸⁶, tend à atténuer la solidarité volontaire des usagers de l'eau et ne subsiste qu'une solidarité de

⁵⁸⁵ GUY CAUBET Ch., Vers un droit à l'eau au XXI^e siècle ?, in BELAIDI N. (Dir.), préc., p. 196.

⁵⁸⁶ Environs un tiers des étangs de la Dombes sont désormais indépendants grâce au creusement de fossés de ceinture permettant d'autonomiser l'étang d'une chaîne dans son alimentation et sa vidange.

fait, une solidarité obligée. Pour autant, et spécialement pour les étangs ce qui est regardé comme « vol d'eau » constitue traditionnellement une véritable atteinte (localement qualifiée de « véritable crime »⁵⁸⁷) à l'encontre tant des autres usagers que de la Dombes elle-même. De ce point de vue, cette atteinte à la communauté locale peut être rapprochée de la conception du droit pénal français qui répond à l'idée selon laquelle les infractions commises portent atteinte à la société⁵⁸⁸.

La confrontation de la qualification du vol à la situation dombiste. Le vol est une qualification juridique issue du droit pénal et répondant à des critères restrictifs. Il s'agit de « *la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* »⁵⁸⁹, qui suppose donc une manœuvre frauduleuse intentionnelle et l'appartenance à un tiers du bien subtilisé. Cette infraction pénale répond donc à un régime particulier qu'il est intéressant de confronter à la situation juridique locale. Le fait de ne pas faire circuler l'eau au sein d'une chaîne d'étangs ou d'un bassin versant et ainsi d'en priver autrui de son usage peut difficilement répondre à la qualification de vol. La première des difficultés est celle de l'eau en tant que chose. La seconde difficulté réside dans son caractère en tant que ressource naturelle. Néanmoins, la qualification de vol peut être retenue contre le fait pour une personne de subtiliser un élément approprié à l'image du sable constituant le rivage de la mer⁵⁹⁰. Un raisonnement analogue pourrait donc être tenu. Pour autant, la seconde difficulté, et non des moindres, est la propriété de la chose en cause. Par principe la soustraction d'une chose suppose que celui qui commet cet acte n'en soit pas le propriétaire. Constitue un vol le fait d'abattre pour se l'approprier, un sanglier appartenant à la victime du fait qu'il ait été conservé dans un enclos lui appartenant⁵⁹¹. La chose subsidiaire doit donc être appropriée, mais la qualification de vol peut être également retenue à l'égard d'un élément faisant l'objet d'un usage collectif ou d'une propriété indivise. Ainsi les biens communaux peuvent faire l'objet d'un vol de la part de l'un des titulaires d'un droit d'affouage au détriment de la commune propriétaire, la qualité d'affouagiste ne conférant « *qu'un droit éventuel à répartition des produits de l'affouage* »⁵⁹². De même, concernant un bien indivis dont plusieurs personnes sont propriétaire du tout, celui qui s'empare de la chose ne peut invoquer l'exception de propriété et échapper à la

⁵⁸⁷ MANCERON V., préc.

⁵⁸⁸ En témoigne le fait que le Ministère public soit à l'initiative des poursuites et la victime n'étant qu'artificiellement associée au procès pénal à travers son statut de partie civile.

⁵⁸⁹ Code pénal, art. 311-1.

⁵⁹⁰ Le fait qu'il s'agisse d'un élément naturel détaché et approprié (Cass. Crim., 23 oct. 1980, *Bull. crim.* n° 271).

⁵⁹¹ Cass. crim., 30 janv. 1992, *Dr. pénal* 1992, p. 228.

⁵⁹² Cass. crim. 21 avr. 1964, *Bull. crim.* n° 119.

qualification de vol⁵⁹³, et il ne peut pas non plus opérer d'actes d'administration ou de disposition sur la chose indivise sans l'accord de l'ensemble de ses co-indivisaires⁵⁹⁴.

Le droit pénal offre ainsi un grand nombre de possibilités de qualifier le vol d'une chose, y compris lorsque le prévenu lui-même détient des droits d'usage, voire des droits de copropriété sur le bien objet du délit. Pour autant, il semble véritablement difficile d'appliquer cette hypothèse au détournement de l'eau en Dombes du fait même de son régime d'appropriation spécifique, et du conflit qui peut exister entre sa qualification en droit civil et en droit coutumier. En effet, lors de son circuit, l'eau en Dombes est immobilisée à chacune de ses étapes, à chacun des étangs traversés et adopte alors le même régime de propriété par occupation. Dès lors, il n'est pas envisageable que le fait pour un propriétaire d'étang de conserver outre mesure l'eau dans son ouvrage, soit qualifié de vol. De même, l'eau, lorsqu'elle circule ne fait pas l'objet d'une propriété privée et ne peut donc être volée. Malgré les études théoriques sur la qualification de commun, et les tentatives de certaines juridictions de déceler une propriété collective en Dombes⁵⁹⁵, il est ardu d'appliquer à l'eau en Dombes un autre régime de propriété que celui offert par le Code civil, inhérent à la propriété du fonds sur lequel se trouve l'étang, et uniquement grevé de droits d'usage et de servitudes. La qualification pénale de vol ne considérant que le fait de subtiliser la chose d'autrui, le mauvais usage ou l'empêchement de l'usage d'une chose par autrui est en dehors de son champ d'application. Pour autant, la question de l'extension de la qualification de vol à un « vol d'usage » a été posée pour qualifier le fait de se servir d'une chose sans le consentement de son propriétaire mais sans pour autant avoir l'intention de se l'approprier⁵⁹⁶. Ainsi, le seul fait de s'emparer sans droit un véhicule en stationnement, même de façon temporaire, constitue une manœuvre frauduleuse susceptible de faire l'objet de poursuites pénales sous la qualification de vol. Dès lors, on pourrait être tenté de considérer le fait de détourner l'eau de sa circulation ordinaire d'un étang à un autre comme une manœuvre frauduleuse ayant pour résultat d'en priver l'usage au propriétaire du fonds inférieur. Pour autant, cette hypothèse n'écarte pas la nécessité de démontrer que l'eau détournée appartient à ce même propriétaire du fonds inférieur. Si ce dernier détient des prérogatives sur la ressource du fait de l'application du droit coutumier, il n'en est pour autant qu'un propriétaire virtuel, ou en devenir, tant qu'elle n'a pas été immobilisée dans l'étang qui lui appartient. De ce point de

⁵⁹³ Cass. crim., 28 juin 1966, *Bull. crim.*, n° 176; *Gaz. Pal.* 1966, n° 2, p. 95.

⁵⁹⁴ Cass. crim., 27 févr., 1996, n° 69-82.370, *Dr. pénal* 1996, n° 1996, p. 153, obs. Véron ; *RTD civ.* 1996, p. 936, obs. Zénati.

⁵⁹⁵ CA Lyon, 2012, préc.

⁵⁹⁶ BOULOC B., *Droit pénal général*, 19^{ème} éd., Dalloz, 2005, p. 133.

vue, il pourrait être possible d'envisager la qualification de vol du fait de la certitude du bénéfice de l'eau ultérieurement pour le propriétaire d'un étang inférieur. Pour autant, cette certitude vaut pour l'ensemble des bénéficiaires de la chaîne, et ce dès le départ de la circulation de l'eau. Tirer de telles conséquences pénales de cette certitude revient donc à remettre en cause l'ensemble de la répartition de l'usage de l'eau en Dombes.

Malgré l'idée répandue en Dombes selon laquelle il existe un « vol d'eau », le droit spécifique applicable à ce territoire atteint les limites de la qualification pénale. D'ailleurs, aucune procédure pénale sur cet aspect n'a jamais été engagée par un propriétaire d'étang à ce titre⁵⁹⁷.

L'usage abusif de l'eau partagée : de la qualification pénale à la qualification civile.

On l'a vu, le droit pénal connaît ses limites en Dombes dans la gestion de la circulation de l'eau. Le détournement de cette dernière et donc le fait d'empêcher son usage par un ayant droit (propriétaire d'étang inférieur) constitue un usage abusif qui n'est pas susceptible d'entrer dans le champ d'application du vol⁵⁹⁸. Pour autant, c'est bien cet abus dans l'usage de la ressource collective que vise l'expression de « vol d'eau » en Dombes puisqu'elle désigne le fait de divertir l'eau de sa circulation ordinaire au sein du réseau constitué d'étangs et de fossés appartenant à des propriétaires différents.

Ainsi, Truchelut énonce dans son ouvrage de 1904 le principe suivant : « *Les propriétaires de fonds contigus et supérieurs à un étang ne doivent, sous aucun prétexte, détourner de cet étang, les eaux qui peuvent y arriver par la pente naturelle des lieux* »⁵⁹⁹. Cette disposition institue donc une servitude coutumière particulière qui interdit de priver un propriétaire d'étang du bénéfice de l'usage de l'eau. « *En conséquence, il leur est interdit de faire sur leur propre fonds et à leur profit un travail quelconque qui pourrait avoir pour but ou pour résultat d'empêcher les eaux de s'écouler dans l'étang contigu inférieur* »⁶⁰⁰. L'expression de « travail quelconque » mentionné par l'auteur est volontairement large afin d'englober l'ensemble des situations dans laquelle un propriétaire d'étang ferait un mauvais usage de la

⁵⁹⁷ A notre connaissance, et en l'état des informations disponibles.

⁵⁹⁸ La loi pénale n'atteint pas celui qui, sans l'autorisation du propriétaire, utilise même abusivement la chose d'autrui. Cass. crim., 19 févr. 1959, *Bull. crim. n° 123*; *D. 1959. 331, note Roujou de Boubée*; *JCP 1959. II. 11178 (1^{re} esp.)*, note Chambon; *S. 1959. 21, note M.R.M.P.* Ainsi, ne constitue pas, à l'égard du service communal des eaux, une soustraction de la chose d'autrui, l'usage abusif, fait ou toléré par un abonné, de l'eau qui lui a été volontairement livrée, alors même que le contrat lui interdit d'en disposer au profit de tiers par branchement ou autrement. Cass. Crim., 27 janv. 1933, *Bull. crim. n° 25*; *DH 1933. 148*.

⁵⁹⁹ TRUCHELUT A., 1904, préc., p. 285.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 286.

ressource, et abuserait ainsi du droit d'usage dont il dispose. Une telle action est alors susceptible d'engager sa responsabilité selon des modalités toutes aussi particulières.

La rupture du principe de solidarité peut se traduire par le fait de ne plus suivre les règles auxquelles l'ensemble des membres de la communauté sont soumis. En Dombes, cette rupture peut résulter d'un retour à l'accaparement de la ressource hydraulique et donc la privation de son bénéfice pour les autres membres. Le « vol d'eau » en Dombes, et donc le non-respect de l'ensemble des règles immémoriales conduit le fautif à l'exclusion de la communauté des usagers de la ressource. Tourner le dos à ces règles induit non seulement l'indemnisation d'un possible préjudice, mais surtout l'isolement vis-à-vis de l'ensemble de la communauté. Si ce « vol d'eau » constitue traditionnellement un véritable crime à l'encontre de la Dombes elle-même, les situations contemporaines font apparaître un individualisme grandissant dans la gestion de l'eau et ainsi, une exclusion de fait et volontaire de la communauté. Pourtant, ces situations conduisent traditionnellement à une résolution interne des différends.

2. Le règlement non juridictionnel des différends au sein de la communauté d'usagers

Le droit appliqué à la gestion traditionnelle de l'eau en Dombes constitue un ordre juridique particulier dont l'une des manifestations est le fait de répondre aux atteintes aux règles locales prioritairement en interne, c'est-à-dire au sein même du champ d'application de la norme spontanée. De ce point de vue, on retrouve dans le droit local appliqué sur le territoire de la Dombes, ces deux éléments fondamentaux spécifiques à savoir d'une part le règlement amiable des conflits (a), et d'autre part l'exclusion de la communauté en cas de rupture du principe de solidarité et donc des liens juridiques entre ses membres (b).

a. Des règles coutumières entraînant le règlement amiable des conflits

« Un ordre juridique ne satisfait à [la] définition spontanéiste que s'il présente quatre traits : le fondement du système juridique et de l'acceptation des règles est la réciprocité basée sur l'intérêt de chacun à la conservation de l'ordre ; l'émergence des normes résulte d'un processus d'essais et erreurs ; la résolution pacifique du contentieux est le fait d'une instance spécialisée dotée du pouvoir de juris dictio mais dénuée de l'imperium

juridictionnel ; le recours à l'ostracisme permet d'assurer l'effectivité de la sanction »⁶⁰¹. À l'aune de cette définition des régimes juridiques spontanés, on observe l'importance donnée aux modalités de règlement des conflits et des sanctions éventuelles.

Les modalités de règlements des conflits issues du droit coutumier en Dombes sont originales en ce qu'elles mettent l'accent sur les modes alternatifs au recours juridictionnel. Si, de manière générale, « *la coutume dispose d'un mode de sanction naturel, qui tient à la réprobation de la collectivité à l'égard de celui qui n'en a pas respecté les règles* »⁶⁰², le droit coutumier de la Dombes matérialise cette réprobation collective par des modalités de règlement des conflits spécifiques. Ainsi, les usages locaux encouragent le règlement interne des différends, à travers le recours à l'expertise et l'arbitrage. Ce qui suppose, comme vu précédemment, l'acceptation de la légitimité de la règle à laquelle on se soumet, mais également de celle de l'arbitrage non juridictionnel.

La Cour d'Appel de Lyon a rendu un arrêt en 2012 qui mérite de retenir notre attention en ce que le raisonnement qui y est développé est particulièrement original au regard de la gestion locale de l'eau⁶⁰³. Tirant la conséquence du caractère de « propriété collective » attaché aux étangs de la Dombes, la Cour conclut que l'établissement de règles permettant une bonne gestion des étangs repose sur la bonne entente et le règlement amiable entre propriétaires : « *Il en résulte que chaque propriétaire doit réguler la hauteur d'eau de son étang selon les usages en vigueur en Dombes sauf à répondre des conséquences dommageables de ses erreurs et négligences* ».

Le droit coutumier ne va cependant pas jusqu'à instituer un organe de règlement des conflits propre à prononcer une sanction ou ordonner réparation du fait de la responsabilité d'un propriétaire d'étangs. Pourtant, la volonté des acteurs locaux de régler les conflits liés à l'exploitation des étangs de façon interne à la communauté des propriétaires et exploitants piscicoles n'est pas nouvelle sur ce territoire⁶⁰⁴. Une telle hypothèse a d'ailleurs été formulée et est à l'origine de l'instauration d'une commission d'expertise et de conciliation⁶⁰⁵. Quoi

⁶⁰¹ DANET D., Entre droit spontané et droit légiféré : la production de droit par la normalisation, *Economie publique*, 2001, n° 1, p. 88.

⁶⁰² DEUMIER P., La coutume d'hier à aujourd'hui, une source de droit persistante, *actes du colloque du 7 octobre 2017*, à paraître (2018).

⁶⁰³ CA Lyon, 2 octobre 2012, n°10/06679.

⁶⁰⁴ MANCERON V., *préc.*, p. 111.

⁶⁰⁵ Cf. *infra*, Partie II – Titre 1 – Chapitre II.

qu'il en soit, le seul fait de contrevenir aux règles coutumières peut entraîner d'importantes conséquences quant à la place du contrevenant au sein de la communauté locale.

Les modalités de règlements des conflits issues du droit coutumier en Dombes sont originales en ce qu'elles mettent l'accent sur les modes alternatifs au recours juridictionnel. Pour autant, cet ensemble normatif ne va pas jusqu'à instituer aucune institution représentative, telles que les Prud'homies de pêcheurs en Méditerranée, ni une institution de règlement des conflits comme les Tribunaux Méditerranéen de Valence (Espagne) par exemple. De ce fait, c'est vers les juridictions de droit commun qu'un requérant devra alléguer du non-respect d'un usage ou plus largement d'une règle coutumière.

b. Les conséquences de la rupture de solidarité et « l'exclusion » *de facto* de la communauté

La solidarité, qu'elle soit naturelle ou obligée, est ce lien d'interdépendance qui unit les membres d'une communauté et la rend pérenne. La rupture de cette solidarité communautaire a pour conséquence une « mise à l'écart » de fait de la communauté, qui peut être matérialisée par l'exclusion de la communauté, voire la privation du bien (pouvant être matériel ou un droit réel tel qu'un droit d'usage). En effet, rompre la solidarité constitue déjà une façon, pour l'individu, de se placer à la marge de ses pairs, ce qui est susceptible d'entraîner une réprobation collective prenant la forme d'une continuité des activités de la communauté nonobstant son comportement.

On trouve, en droit commun, l'expression d'une mise à l'écart de la communauté d'usagers de la ressource en eau à travers le droit de délaissement au sein du régime des associations syndicales autorisées. L'article 17 de l'ordonnance de 2004 concernant ces structures dispose : « *Le propriétaire qui s'est prononcé expressément contre le projet de création d'une association syndicale autorisée peut, dans le délai de trois mois à compter de la notification de l'acte autorisant cette création, déclarer qu'il entend délaisser un ou plusieurs des immeubles lui appartenant et inclus dans le périmètre de l'association. Ce délaissement ouvre droit, à la charge de l'association, à une indemnisation. A défaut d'accord entre le propriétaire et l'association, l'indemnité est fixée selon les règles de procédure du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique* »⁶⁰⁶. Ce régime est particulièrement strict et sa mise en œuvre suppose la détermination d'un périmètre géographique. Un propriétaire foncier se trouvant dans ce périmètre se trouve alors contraint de répondre aux règles qui

⁶⁰⁶ Ordonnance n° 2004-632 du 1er juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires, JORF n°152 du 2 juillet 2004 p. 12046. Cette ordonnance vient réformer la loi du 21 juin 1865.

commandent à la réalisation d'un intérêt collectif (par exemple l'exploitation de l'eau à des fins d'irrigation). Dans ce cas de figure, la solidarité liant cette communauté est contrainte par le régime juridique applicable à ces institutions.

Cette mise à l'écart est favorisée par l'émergence de nouvelles pratiques et l'évolution des techniques et qui donnent à certains propriétaires des velléités de totale indépendance en dépit de l'exploitation de l'eau par leurs pairs. Certaines de ces techniques entraînent un bouleversement de la chaîne d'étang (modification des ouvrages permettant de diriger l'eau d'étangs en étangs par exemple). Certaines autres évolutions techniques ont intégré le droit local : de nos jours, bon nombre des étangs de la Dombes sont rendus indépendants par la construction de « fossés de ceinture », permettant de contourner un étang du même bassin versant. Leur apparition progressive en Dombes depuis la fin du XIX^{ème} siècle est fondée sur la volonté de s'affranchir de la solidarité entre propriétaires d'étangs, source de difficultés nombreuses. Indépendamment de cette évolution technique, les règles de partage de l'eau demeurent, invocables, légitimes et contraignantes. Leur régime a été explicité par Truchelut en 1904 et cela a permis de garantir la pérennité de l'ensemble du fonctionnement des chaînes d'étangs⁶⁰⁷. La création de tels ouvrages ne doit pas conduire les étangs en amont et en aval à être privés du bénéfice de l'eau ou à subir le désagrément d'éventuels « reflux » d'eau.

Les précisions de Truchelut intègrent donc l'ensemble des règles auxquelles l'on recourt en cas de rupture du principe de solidarité au sein de la communauté des usagers de l'eau. Elles permettent la sanction et surtout la réparation d'un éventuel dommage occasionné par un manquement aux règles coutumières de gestion de l'eau. Ainsi, c'est le mésusage de la ressource qui se trouve encadré par ce système normatif. La sanction qui en découle peut toutefois être analysée. Les rapports entre usagers de la ressource en eau sont régis sous l'angle du droit civil. Autrement dit, celui qui contrevient aux règles imposées par les usages traditionnels s'expose à la réparation d'un dommage que ce mésusage pourrait engendrer. Si un propriétaire d'étang prive un autre propriétaire de son droit d'usage de l'eau contrairement à ce que les règles locales lui imposent, ce dernier peut lui demander réparation du préjudice subi. Cependant, la communauté dans son ensemble peut difficilement lui demander réparation du seul fait qu'il a enfreint ces règles, à la différence du droit pénal de l'environnement par exemple où le seul fait de ne pas respecter une règle (sans avoir entraîné de préjudice) est répréhensible⁶⁰⁸. En ce sens, l'on pourrait conclure à ce qu'une communauté

⁶⁰⁷ TRUCHELUT, préc., p. 247.

⁶⁰⁸ C'est notamment le cas d'un exploitant qui ne respecterait pas les prescriptions administratives inhérentes à

d'usages de la ressource ne se concrétise qu'à travers des individualités juridiques. C'est dans ce constat que réside la limite du principe de solidarité appliqué à la communauté dombiste ; ce constat n'enlevant rien de l'originalité du régime juridique de la gestion des étangs dans cette région.

B. La dualité de responsabilité personnelle du propriétaire d'étang

Il existe une dualité de régimes applicables à la réparation des dommages liés à l'exploitation des étangs. L'analyse du droit coutumier permet d'identifier la responsabilité du propriétaire du fait de son étang, qui constitue un régime de responsabilité propre au régime de droit coutumier commandant la gestion des étangs (1). Pour autant, la mise en œuvre de ce régime n'exclut pas la recherche de la responsabilité civile de droit commun d'un propriétaire d'étang à l'origine d'un dommage (2).

1. La responsabilité coutumière du fait de l'étang

De façon générale, le propriétaire d'un étang est responsable de tout dommage en tant qu'il doit être considéré comme le gardien de sa chose. L'engagement de cette responsabilité repose ainsi sur l'existence d'un critère personnel de la personne responsable, à savoir la qualité de propriétaire d'étang, et d'un critère matériel, à savoir le dommage du fait de l'eau, c'est-à-dire une inondation et ses diverses conséquences matérielles y compris agricoles⁶⁰⁹. Reste toutefois à déterminer de quelle chose le propriétaire est le gardien : de l'eau dont il fait l'usage, ou de l'étang qui a permis l'immobilisation et l'appropriation temporaire de la ressource. La source du dommage est généralement l'eau qui entraîne une inondation, mais que le fait générateur du préjudice soit la manipulation des ouvrages hydrauliques. C'est donc de ces derniers que le propriétaire d'étang doit répondre et doit de s'assurer la maîtrise.

L'hypothèse d'une responsabilité propre à l'action dommageable des eaux est toutefois en suspend du fait de la distinction de statut entre l'eau temporairement immobilisée et appropriée au sein de l'étang, et l'eau qui s'écoule au sein du réseau hydraulique⁶¹⁰. Cette interprétation pourrait conduire à envisager une responsabilité collective du fait de la

son ouvrage en application de la législation sur l'eau ou sur les installations classées pour la protection de l'environnement.

⁶⁰⁹ Par exemple, Truchelut et Rivoire envisagent un régime d'indemnisation spécifique lorsque la rupture d'une chaussée entraîne des dommages sur d'autres ouvrages hydrauliques et conduit à ce que les poissons des différents étangs soient confondus : le produit de leur vente après la pêche serait divisé entre les différents propriétaires lésés (TRUCHELUT A. et RIVOIRE Ch., préc., p. 57, n° 177).

⁶¹⁰ Cf. *supra*, chap. I.

circulation de l'eau en dehors des étangs. Néanmoins, plusieurs obstacles s'y opposent. D'abord, l'identification de la personne et donc du patrimoine responsable semble difficile du fait de l'absence d'une réelle incarnation institutionnelle de la communauté des usagers de la ressource. Ensuite, l'écoulement des eaux constitue le dommage, mais le fait générateur réside généralement dans un agissement ou une abstention d'intervention propriétaire sur l'étang et ses ouvrages constitutifs (chaussée, thou, grilles...). Dès lors, un lien de causalité peut être identifié entre ces deux éléments et l'éventuel préjudice subit résultera tant que du « fait de l'étang » que « du fait de l'eau ».

En tout état de cause, on observera une juridicisation des conflits entre propriétaires qui a conduit à l'émergence d'un véritable régime de responsabilité coutumier. Cette juridicisation des différends est due au fait que les relations conflictuelles entre propriétaires d'étangs sont traduites en droit à travers la recherche d'une responsabilité à engager à la suite de l'apparition d'un dommage. L'ouvrage de Truchelut, et la coutume qu'il a contribué à transcrire, érigent en principe indiscutable la responsabilité du propriétaire de l'étang, dans un esprit semblable au régime de responsabilité civile de droit commun : « *D'une manière générale, tout propriétaire d'étangs est responsable des dégâts qu'occasionnent les eaux sur les fonds de toutes natures, sauf à tenir compte des inondations extraordinaires si toutes les précautions dictées par la prudence ont été prises pour l'éviter* »⁶¹¹.

De façon comparable au droit commun, la coutume établit ainsi un principe, celui de la responsabilité « du fait de l'étang ». Cette responsabilité peut être engagée par un propriétaire ou un tiers lésé, alors même qu'il ne fût pas lui-même propriétaire d'étang. De ce fait, ce régime a pour effet d'externaliser la responsabilité du propriétaire en dehors de la communauté d'usagers constituée autour de l'exploitation des étangs et de l'eau qui y circule. De plus, l'exonération de cette responsabilité est également prévue en cas, non pas de « force majeure » ainsi qu'il en est dans le cadre du droit commun, mais en cas d' « inondation extraordinaire ». Cette précision a pour mérite d'ancrer ce régime de responsabilité dans les spécificités territoriales de la Dombes (étant donné que la seule exonération prévue est la reconnaissance de l'impossibilité de la maîtrise de l'élément naturel qu'est l'eau). Ce critère de l' « inondation extraordinaire » semble par ailleurs plus favorable au propriétaire souhaitant s'affranchir de sa responsabilité sans avoir à caractériser les critères d'irrésistibilité et d'imprévisibilité inhérents à la force majeure⁶¹².

⁶¹¹ TRUCHELUT A., 1904, préc., p. 286.

⁶¹² BENABENT A., *Droit civil : Les obligations*, Ed. Montchrétien, 12^{ème} éd., 2010, p. 436.

Ce seul constat tend à faire déroger ce régime coutumier de la « responsabilité du fait de l'étang » au droit commun de la responsabilité civile. Quant au dernier élément de la disposition coutumière précitée, elle tend à faire une application classique de l'article 1241 du Code civil concernant la responsabilité pour faute d'imprudence ou de négligence⁶¹³. Ainsi, selon le droit commun, « *chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* »⁶¹⁴. De façon plus détaillée, l'ouvrage de Rivoire et Truchelut de 1881 énonce que « *si, par la négligence d'un propriétaire, la chaussée d'un étang venait à se rompre, et que part suite de cette rupture plusieurs chaussées fussent entraînées, il serait tenu à des dommages et intérêts* »⁶¹⁵.

Le régime de responsabilité ainsi établi pose cependant la question de son applicabilité devant les juridictions judiciaires, comme pour l'ensemble des dispositions coutumières dérogeant du droit commun. L'engagement de la responsabilité pour faute d'un propriétaire d'étang au titre des articles 1240 et suivants du Code civil, par un tiers ou un autre propriétaire lésé pouvant lui être préféré. Cependant, la recherche de l'application de ce régime par le propriétaire défendeur peut être intéressante afin de voir sa responsabilité exonérée en tout ou partie ; à charge pour lui de démontrer son applicabilité et donc sa complémentarité avec le régime droit coutumier.

2. Les potentialités de la responsabilité de droit commun

La voie de responsabilité coutumière n'est pas exclusive de tout autre fondement juridique de responsabilité mais constitue une voie privilégiée de fondement de l'engagement de la responsabilité du propriétaire d'étang. En d'autres termes, il s'agit d'un régime de responsabilité mis en œuvre de façon prioritaire localement du fait de l'exploitation et du régime particuliers des étangs en Dombes. Cette voie privilégiée ne prive pas de la possibilité de saisir une juridiction civile de droit commun sur le fondement d'autres dispositions⁶¹⁶, ce qui entraînerait possiblement l'application du régime de l'acceptation du risque et obligation particulière de vigilance⁶¹⁷ du fait de la préoccupation. Il en découle une dualité de régimes de responsabilité pesant sur les propriétaires et/ou les exploitants d'étangs.

⁶¹³ Qui se trouve notamment mise en œuvre dans le cas d'un défaut de prévention d'un risque de dommage à un tiers, pour un défaut d'entretien d'un ouvrage hydraulique (Cass., 3^{ème} civ., 7 octobre 2009) ou encore pour défaut de réparation d'un tel ouvrage entraînant l'inondation d'une propriétaire riveraine (Cass., 1^{ère} civ., 6 juin 1966).

⁶¹⁴ Code civil, art. 1241 préc.

⁶¹⁵ TRUCHELUT A. et RIVOIRE Ch., préc., p. 56, n° 177.

⁶¹⁶ Et notamment de l'article 1240 préc.

⁶¹⁷ Cons. Const., 8 avril 2011, QPC n° 2011-116, Michel Z, *Grands arrêts du droit de l'environnement*, Dalloz,

La mise en cause de la responsabilité d'une propriétaire d'étang du fait des choses dont il a la garde sur le fondement de l'article 1242 du Code civil pose la même question que précédemment : celle de savoir quelle chose à l'origine du dommage et dont le détenteur doit être identifié. En application des dispositions de droit commun, la propriété de l'eau suit celle de son contenant, à savoir l'étang qui constitue une *res propria*. En application du droit civil, les dommages sur une propriété tierce causés par le dysfonctionnement d'un ouvrage hydraulique (l'étang ou ses éléments constitutifs) doivent être imputés au propriétaire de l'ouvrage ou, à défaut, à son ayant droit⁶¹⁸, et ce dès lors que celui-ci peut être considéré comme ayant la garde de la chose à l'origine du dommage. C'est notamment le cas lorsqu'un propriétaire d'étang exerce un pouvoir de contrôle, de direction et d'usage sur les eaux de l'ouvrage dont il est propriétaire⁶¹⁹. Sa responsabilité civile pourra être engagée dès lors que le dommage survient du fait d'un mauvais entretien ou une mauvaise manipulation des ouvrages. Ainsi, l'action juridictionnelle de droit commun semble plus simple à mettre en œuvre devant les juridictions de droit commun, bien qu'elle ne puisse pas découler de la mise en œuvre des dispositions du droit coutumier local. Elle nécessite néanmoins de rapporter l'existence d'un lien de causalité entre le fait générateur et le dommage.

Quoi qu'il en soit, en cas de manquement aux règles coutumières, nul ne peut être empêché de saisir une juridiction extérieure à l'organisation locale de la gestion traditionnelle de l'eau. Vanessa Manceron rapporte un certain nombre de conflits autour de la gestion de l'eau ayant été portés devant les juridictions. Dans la plupart de ces cas, il s'agit d'une modification technique apportée au réseau hydraulique impliquant plusieurs étangs⁶²⁰ et ayant pour résultat de modifier l'ordre de priorité dans l'accès à la ressource. En fonction des situations, ces manœuvres ne portent pas atteinte au droit civil. Pour autant, elles sont susceptibles d'aller à l'encontre des règles coutumières et « *de l'harmonie d'antan* »⁶²¹. La rupture de la solidarité se retrouve donc également dans le fait de préférer le règlement juridictionnel du contentieux, plutôt que de suivre les principes qui gouvernent l'usage de la ressource. Ce faisant, la personne susceptible de porter le contentieux devant la juridiction de droit commun s'exclut du système social et juridique local.

2018, p. 142, note Seube.

⁶¹⁸ Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} avril 1999, *Prieur et Commune de Franchesse*, n° 97-17.960.

⁶¹⁹ Cass. 2^{ème} civ., 6 avril 1990, *Groupement forestier de Launoy*,

⁶²⁰ MANCERON V., *Une terre en partage*, préc., p. 109.

⁶²¹ *Ibid.*, p. 110.

L'objet de ce système social, juridique et économique local est l'exploitation de la ressource en eau au bénéfice de chacun des propriétaires d'étangs. L'ensemble des règles applicables localement contribuent à préserver la destination de la ressource à un usage collectif.

III. La protection de l'affectation de l'eau à l'usage collectif

Cela a été montré, une communauté d'usages existe bel et bien sur le territoire de la Dombes. Cette dernière s'est forgée autour de l'exploitation solidaire de la ressource en eau destinée à bénéficier à l'ensemble des individus, et c'est pour cette raison que des restrictions importantes existent sur les modalités de ces usages. De la même manière qu'en droit administratif en ce qui concerne le domaine public, il s'agit de protéger l'essence même du bien partagé (sa qualité) mais également son affectation à l'utilité de tous. L'affectation d'un bien à un intérêt qui dépasse le seul intérêt de son propriétaire est le principe sur lequel ont été construits la théorie et le régime juridique de la domanialité publique⁶²². Sans remettre en cause le régime de propriété précédemment développé, l'identification d'un « domaine collectif » peut être envisagée en tant que complément de la propriété privée (A). Ce régime protecteur a pour objectif de permettre la pérennisation juridique de l'usage successif d'une ressource naturelle (B).

A. L'eau partagée comme objet d'un « domaine collectif » indépendant des propriétés privées

Le régime de la domanialité publique peut être mobilisée dans le but de parvenir à la préservation de l'environnement en général, d'un site ou d'un milieu en particulier⁶²³. En s'inspirant de cette démarche, un régime approchant peut être identifié dans la gestion collective de l'eau sur le territoire de la Dombes ou dans d'autres régions d'étangs en France. L'analyse de cette possibilité repose sur l'impossibilité d'y voir l'incarnation du régime de domanialité publique telle qu'entendue en droit administratif (1), et sur le constat d'un intérêt

⁶²² YOLKA Ph., *La propriété publique, éléments pour une théorie*, LGDJ, 1997.

⁶²³ Voir notamment CAUDAL S., La domanialité publique comme instrument de protection de l'environnement, *AJDA* 2009, p. 2329.

collectif à la gestion partagée de la ressource fondant l'existence d'un « domaine collectif » (2).

1. *L'exclusion de la domanialité publique pour qualifier l'eau en Dombes*

Tout comme le domaine public, l'hypothèse d'un domaine collectif nécessite de démontrer l'existence d'un intérêt dépassant l'intérêt individuel, c'est cela qui crée la nécessité d'ériger un régime spécifique de protection. L'identification d'un domaine collectif repose sur une confrontation avec le régime du domaine public afin de démontrer l'exclusion de ce dernier.

Le domaine public nécessite, en application des critères d'identification classiques⁶²⁴, une propriété publique du bien en question, ainsi qu'une affectation à l'intérêt général à travers l'usage direct du public ou l'affectation à un service public. Dans cette dernière hypothèse, le bien du domaine public devra être accompagné d'un aménagement indispensable à l'exercice de ces missions de service public. Avant même de s'interroger sur la possibilité de reconnaître l'existence d'un service public exercé à travers l'exploitation des étangs de la Dombes⁶²⁵, l'hypothèse de leur protection via la domanialité publique se heurte à un obstacle a priori indépassable : celui de la propriété de l'eau.

Il a précédemment été démontré que l'exploitation des étangs de la Dombes et la gestion de l'eau qu'elle induit sont fondées sur la mise en valeur de propriétés privées constituées par le sol et les digues des étangs. En outre, la propriété différenciée de l'eau par rapport au sol de l'étang se heurte à la mise en œuvre du régime du domaine public qui repose sur le principe d'une propriété publique exclusive, et est réfractaire à toute propriété commune, collective ou mitoyenne⁶²⁶.

Dès lors, il est difficile d'envisager une propriété publique reconnue sur l'eau en Dombes, sans parler d'une appropriation publique de tous les étangs de ce territoire⁶²⁷. Aussi, et bien

⁶²⁴ Intégrés à l'article L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

⁶²⁵ Ce qui sera envisagé pour questionner la possibilité d'une domanialité publique exercée sur l'étang en lui-même, et non sur l'eau qu'il contient, cf. *infra*.

⁶²⁶ CE, 11 févr. 1994, *Cie d'assurances La Préservatrice foncière*, n° 109564, *Rec.* 1994, p. 64 ; *AJDA* 1994, p. 548, note Dufau ; *CJEG* 1994, p. 197, chron. Sablière et concl. Toutée ; *D.* 1994, jurispr. p. 493, note Davignon ; *Dr. adm.* 1994, comm. 196 ; *Defrénois* 1995, art. 36046, obs. Farthouat ; *Dr. et patrimoine* n° 12, 1994, p. 52 ; *JCP G* 1994, I, 3801, chron. Périnet-Marquet ; *Loyers et copr.* 1994, n° 5, p. 1, obs. Vigneron ; *RDI* 1994, p. 426, obs. Auby et Maugué ; *RFDA.* 1994, p. 502, concl. Sur cet aspect, voir not. YOLKA Ph., *Personnes publiques et propriété partagée*, *LPA* 2013, n° 113, p. 43.

⁶²⁷ Cette appropriation passerait par une acquisition à l'amiable ou une procédure d'expropriation, ces deux modes d'acquisition se révélant peu envisageable au regard du nombre d'étangs présents sur le territoire.

que certains étangs dombistes appartiennent à des personnes publiques, la tentative de démonstration d'une domanialité publique de l'eau semble vouée à l'échec. L'eau en tant qu'elle circule en Dombes n'est donc pas susceptible d'intégrer le domaine public. La question est plus délicate en ce qui concerne l'eau immobilisée au sein d'étangs appartenant à une personne publique (commun, établissement public ou Conseil départemental), puisqu'une eau appropriée par occupation d'un bien public (un lavoir par exemple) doit être considérée comme relevant du domaine public de son propriétaire dès lors qu'elle répond à un intérêt général le temps de son immobilisation⁶²⁸. Néanmoins, l'intérêt qu'on trouve à l'exploitation de l'eau immobilisée dans un étang en Dombes est individuel et au bénéfice du propriétaire dudit étang, et exclu donc l'intérêt général.

En outre, ne peut pas plus être envisagée la domanialité publique par destinations législative via le domaine public fluvial⁶²⁹, l'eau de la Dombes que l'on cherche à qualifier étant celle qui circule en « circuit fermé » au sein de fossés et d'étangs indépendamment de tout cours d'eau naturel.

En outre, l'intérêt général entendu en droit de la domanialité et qui commande à l'édiction d'un régime exorbitant du droit commun doit être distingué d'un intérêt collectif local, propre à désigner l'intérêt d'une communauté et non celui de l'ensemble des citoyens. L'objet de l'affectation du bien diffère donc, mais l'existence de ce critère, comme pour ce qui concerne le domaine public⁶³⁰, est indispensable à l'identification d'un régime juridique protecteur.

2. La protection de l'affectation fondée sur l'intérêt collectif de l'usage partagé de la ressource

La domanialité publique étant inenvisageable pour l'ensemble de l'eau partagée en Dombes, il est tout de même intéressant d'envisager l'existence d'une protection juridique de cette ressource à travers sa destination. Cette eau a pour objet d'alimenter l'ensemble des étangs du territoire et fait l'objet, à ce titre de règles coutumières strictes dont l'objectif est de

⁶²⁸ C.E., 13 février 1953, Sieur Susini, Rec. p. 67 : « si, pendant le temps où elle se trouve dans un lavoir pour y servir aux fins auxquelles correspond cet ouvrage, l'eau doit être considérée comme étant une dépendance du domaine public, il ne saurait en être de même une fois qu'elle a cessé d'être affectée à l'usage public en vue duquel a été construit cet ouvrage », voir FARINETTI A. *L'eau domaniale. La gestion des fontaines publiques et des lavoirs à Lyon*, mémoire de DEA de Droit de l'environnement, 1999, p. 17.

⁶²⁹ Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 2111-7 et s..

⁶³⁰ PERO AUGEREAU-HUE M.-H. et DELORME B., Quand commence la domanialité publique ? *Defrénois* 2013, n° HS.

permettre sa transmission, de plan d'eau en plan d'eau. C'est donc son affectation⁶³¹, son utilité collective qui est à préserver. En d'autres termes, il s'agit de déterminer la destination d'un bien par le biais de l'adoption d'une décision formelle s'ajoutant à une affectation factuelle⁶³². L'affectation, selon Capitant « *ne touche pas à la propriété des choses mais à leur utilité* »⁶³³ ; et l'auteur de poursuivre en affirmant que c'est bien l'affectation, et non plus la chose qui doit être considérée comme inaliénable, à la lecture de l'arrêt « *Commune de Barran* » du Conseil d'Etat. Cette interprétation, qui suppose alors que le domaine public serait aliénable même sans désaffectation tout en supposant que la préservation de l'affectation du bien à l'utilité publique revient à la charge de son propriétaire quel qu'il soit, a été largement contestée. Ainsi, Walline, dans son commentaire de l'arrêt Cazeaux de 1967⁶³⁴ réaffirme le caractère nécessaire de l'inaliénabilité du domaine public, lié par le Conseil d'Etat à son imprescriptibilité. Néanmoins, l'évolution du droit administratif des biens et du droit public en général, à travers le changement de personnalité juridique de propriétaires de biens affectés à un service public par exemple, invite à relire l'analyse de Capitant avec un œil nouveau. En effet, le Code général de la propriété des personnes publiques met largement en avant la protection de l'affectation des biens du domaine public⁶³⁵. D'autre part, à travers l'affectation de certains biens au service public, on pourrait conclure à l'existence d'une « sorte de domanialité publique sans propriété publique »⁶³⁶.

De la même manière, il est possible de déceler un régime fonctionnel protecteur de l'eau en Dombes en ce qu'elle est affectée à une utilité collective, et dont les usages ne peuvent faire obstacle à cette affectation. Le régime juridique d'un « domaine collectif » permettrait de caractériser la contrainte exercée sur les usagers de l'eau qui, bien que temporairement détenteurs d'une partie de la ressource, ne disposent pas de l'*abusus* inhérent à la propriété privée. Un tel régime aurait pour objet de préserver l'affectation du « commun » à l'usage collectif sur le modèle du régime de la domanialité publique. En effet, la domanialité a pour objet de protéger l'affectation à l'utilité publique d'un bien appartenant à une personne

⁶³¹ Sur la notion d'affectation, voir SAUGEZ H., *L'affectation des biens à l'utilité publique : contribution à la théorie générale du domaine public*, Thèse, Université d'Orléans, 2012.

⁶³² AUBY J.-M. et a., *Droit administratif des biens*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2016, p. 76.

⁶³³ CAPITANT R., note sous CE, 17 février 1932, *Commune de Barran, D.*, 1933, III, p. 50.

⁶³⁴ CE Sect., 13 oct. 1967, *Sieur Cazeaux*, req. n° 58332, *Lebon* 368 ; *RD publ.* 1968. 887, note Walline ; *Grandes décisions du droit administratif des biens*, 2013, n° 82, p. 729.

⁶³⁵ Voir notamment l'article L. 2121-1 CGPPP qui dispose : « *Les biens du domaine public sont utilisés conformément à leur affectation à l'utilité publique. Aucun droit d'aucune nature ne peut être consenti s'il fait obstacle au respect de cette affectation* ».

⁶³⁶ GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif, Tome 2 : Droit administratif des biens*, 14^{ème} éd., LGDJ, 2011 p. 190.

publique. Dans le cas de la gestion de l'eau en Dombes, la protection de l'affectation de la ressource à un usage collectif et successif permet d'en préserver la substance.

Ici, on ne retrouve évidemment pas le critère organique du domaine public, c'est à dire la propriété d'une personne publique : l'eau circulant en Dombes ne peut être rattachée au patrimoine de quelque personne publique que ce soit. Une alternative à ce critère pourrait être la propriété d'une communauté non instituée, comme cela a été envisagé précédemment avec l'hypothèse de la propriété collective. Toutefois, les mêmes obstacles s'opposent à cette idée du fait de l'impossibilité en droit positif français de différencier deux propriétés sur une même emprise foncière. Dès lors, et bien que l'hypothèse de la propriété collective reste cohérente et séduisante pour qualifier juridiquement l'eau des étangs de la Dombes, il peut être, plus classiquement, envisagé de protéger l'affectation collective de l'eau en tant que bien privé. Le fait d'affecter un bien à un usage collectif permet d'en contraindre la maîtrise sans pour autant nécessiter de repenser entièrement le régime de propriété sur le bien partagé. Elle permet d'identifier une communauté, non seulement d'intérêt, mais de propriétés successives sur le même bien. De ce point de vue, ce bien est alors « affecté » à un usage qui dépasse le seul droit d'usage d'un propriétaire privé, sans l'en priver pour au tant. Ainsi, Aurore Chaigneau énonce en ce sens que « *l'affectation permet de façonner des usages sans altérer des droits* »⁶³⁷. On trouve alors dans ce mécanisme depuis longtemps identifié par la doctrine⁶³⁸, une nouvelle forme de « commun » particulièrement adaptée à la gestion collective d'un bien environnemental⁶³⁹. En effet, L'affectation d'une chose peut résulter « *d'une mise en commun dans laquelle la portée des droits est renégociée par les titulaires eux-mêmes, qui acceptent de prendre part à un projet commun* »⁶⁴⁰. La réalisation d'un tel projet, par exemple la valorisation d'une région humide à des fins agricoles, nécessite pour les protagonistes, de choisir de contraindre l'usage de leur propriété en redéfinissant les droits dont ils peuvent jouir. La chose est alors mise en commun par le biais de droits d'usage spécifiques octroyés à chacun des membres de la communauté, sans compromettre la capacité de l'usager suivant à en bénéficier à son tour. Ainsi, le bénéfice de l'usage collectif de la ressource est assuré sur le long terme. Le droit applicable en Dombes est le parfait exemple de cette mise en commun au bénéfice d'un projet collectif du fait de l'usage successif et cyclique de la ressource en eau. Dès lors, il est possible de reconnaître dans le droit coutumier local qui

⁶³⁷ CHAIGNEAU A., Une propriété affectée au commun, préc., p. 65.

⁶³⁸ YOLKA Ph., *La propriété publique, éléments pour une théorie*, LGDJ, 1997, p. 481.

⁶³⁹ DANIS-FATOME A., Bien public environnemental, in *Dictionnaire des communs*, préc., p. 388.

⁶⁴⁰ CHAIGNEAU A., Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun, *R.I.D.E.* 2014, n° 3, p. 335.

s'articule autour de contraintes particulières liées à la gestion de l'eau, un régime de protection, non de la ressource elle-même mais de sa destination à l'utilité collective.

B. La pérennisation de l'usage successif d'un bien mouvant et rare

Malgré les règles d'appropriation issues du Code civil rappelées précédemment, le caractère mouvant de l'eau suscite de ce point de vue quelques difficultés. La mobilité de la ressource « perturbe la détermination de son statut »⁶⁴¹. D'un autre côté, la circulation de l'eau à la source de la solidarité anime les différents propriétaires et usagers du fait de leur usage successif de cette ressource.

Le régime spécifique de protection de l'affectation à l'usage collectif en Dombes permet de pérenniser ce système d'usages cycliques qui repose sur l'exploitation de propriétés privées qui, contrairement au droit commun, ne sont pas indéfinies dans le temps mais se succèdent les unes aux autres. Un tel régime rend donc impossible l'accaparement définitif de l'eau, et conditionne sa circulation au sein des ouvrages hydrauliques en fonction d'un ordre successif. Dès lors, contrairement à un régime de propriété, même collective, le domaine collectif est un régime juridique qui ne constitue pas un frein à la circulation de la ressource en eau, y compris en circuit plus ou moins fermé. Les règles propres au régime de « domaine collectif » appliqué à l'eau circulant d'étangs en fossés perdurent indifféremment selon l'individu qui en fait usage. De ce fait, il s'agit d'un régime qui persiste même lorsque son objet passe d'une propriété à l'autre, et qui permet au contraire de consacrer cet usage successif tout en coexistant avec le régime de propriété privée.

Des principes juridiques peuvent être empruntés au droit de la domanialité publique pour déterminer le régime juridique de ce « commun » qu'est l'eau en Dombes. En premier lieu, on peut trouver celui de l'indisponibilité selon lequel un ensemble de « *biens corporels qui, indépendamment de la diversité de leurs régimes respectifs, ne pouvaient être ni cédés, ni distraits de leur propriétaire* »⁶⁴². Le Professeur Chamard-Heim énonce que « *La notion d'indisponibilité se définit par référence au principe de libre disposition. La libre disposition d'un bien est le pouvoir conféré à son propriétaire d'accomplir des actes juridiques relativement à un bien, et notamment la faculté de céder ses droits. L'indisponibilité paralyse l'exercice normal du pouvoir de disposer ; elle s'oppose à ce que le propriétaire d'un bien*

⁶⁴¹ BILLET Ph., La solidarité contrariée des usages de l'eau, in BELAIDI N. (dir.), *Eaux et sociétés, enjeux de valeurs*, Bruylant, 2012, p. 39.

⁶⁴² DE GAUDEMAR H., Inaliénabilité, in *Dictionnaire des biens communs*, préc., p. 642.

puisse en disposer librement. De manière générale, l'indisponibilité trouve son fondement dans l'affectation des biens à une personne ou à une fonction déterminée : elle constitue en fait la technique qui permet de garantir et de protéger cette affectation d'un bien à la satisfaction de l'intérêt choisi. C'est donc parce qu'un bien est affecté à une destination particulière que son propriétaire ne peut pas en disposer comme il l'entend⁶⁴³. L'indisponibilité se traduit notamment, en ce qui concerne le domaine public, par l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des biens qui en font partie⁶⁴⁴, c'est-à-dire l'impossibilité de les céder⁶⁴⁵ ou de leur appliquer les mécanismes de prescription acquisitive, dès lors qu'ils sont affectés à une utilité publique et n'ont pas fait l'objet d'un acte exprès de déclassement. La protection induite par l'inaliénabilité d'un bien du domaine public est donc le corolaire de son affectation⁶⁴⁶. Au regard de cette analyse, le fait qu'une chose ait été affectée à une fonction déterminée, qui plus est au bénéfice d'une communauté d'utilisateurs, interdit toute appropriation privative. Il est maintenant établi qu'un propriétaire d'étang en Dombes, lorsqu'il possède des eaux sur son fonds, voit réduite sa capacité d'en disposer puisqu'il est tenu, après les avoir exploités, de les remettre au sein du circuit hydraulique dans laquelle elles sont considérées comme une propriété collective avant de bénéficier à un autre propriétaire qui sera tenu des mêmes obligations.

En tout état de cause, un régime juridique « idéal » pour la gestion de l'eau des étangs de la Dombes est celui qui intègre son caractère fini, dans le sens où l'eau disponible correspond à la capacité de charge des étangs eux-mêmes. La ressource n'est donc pas inépuisable et, bien au contraire, suppose une gestion optimale qui permet un usage raisonnable et parcimonieux. Son exploitation doit être guidée par le souci d'alimenter ses étangs pour son propre usage tout en laissant la possibilité aux exploitants voisins d'en faire autant. En cela, un tel régime de « domaine collectif » s'oppose donc à celui des *res communes*, étudié précédemment, et qui induit l'exploitation libre et sans appropriation possible d'un élément considéré comme inépuisable.

⁶⁴³ CHAMARD-HEIM C., Domaine public – Indisponibilité. Inaliénabilité. Imprescriptibilité, *JCl. Propriétés publiques*, Fasc. 61., juin 2012.

⁶⁴⁴ L'article L. 3111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques dispose : « les biens des personnes publiques [...] qui relèvent de leur domaine public sont inaliénables et imprescriptibles ». Voir not. CHAMARD-HEIM C., Inaliénabilité, Indisponibilité, Imprescriptibilité, *JCl. Propriétés publiques*, fasc. 61, juin 2012.

⁶⁴⁵ Voir notamment sur cette question, DE GAUDEMAR H., *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, 2006.

⁶⁴⁶ DE GAUDEMAR H., *L'inaliénabilité du domaine public, une nouvelle lecture*, *Droit et patrimoine* 2009, p. 1038.

Conclusion du Chapitre 2

La ressource en eau dessine et façonne les paysages ruraux. Elle est également et surtout le ciment à la base de la construction de « sociétés hydrauliques ». Les liens entre la ressource et les communautés rurales sont doubles et interdépendants. La présence de l'eau force les hommes à s'adapter à elle en même temps que ces derniers aménagent son écoulement en vue d'une exploitation rationnelle et optimale. Surtout, cette adaptation est le fruit d'une relation de solidarité entre les membres d'une communauté autour de cet élément naturel dont l'usage fait nécessairement et spontanément naître un ensemble de règles, de droits et d'obligations que l'on peut qualifier après Pascale Deumier, de droit spontané. Cette qualification est ici parfaitement à propos dans la mesure où la finalité des comportements des usagers de la ressource n'était pas d'entraîner de telles règles. Plus traditionnellement, elles prennent la forme de coutume et sont indifféremment qualifiées, de droit coutumier, d'usages ou d'usages locaux. L'objet du régime juridique local est là encore double en ce qu'il vise explicitement à permettre l'exploitation de l'eau, et implicitement à organiser les relations réelles des usagers à la ressource en construisant le régime juridique de cette dernière.

In fine, le droit spontané semble correspondre à l'idée que se faisait Mireille Delmas-Marty, d'un droit commun. En effet, cet ensemble normatif local est « *un droit accessible à tous, qui ne serait pas imposé d'en haut comme vérité révélée, détenue par les seuls interprètes officiels, mais consacré d'en bas comme vérité partagée, donc relative et évolutive* »⁶⁴⁷. Le caractère évolutif du droit coutumier, et plus globalement du droit spontané, invite à repenser la manière dont il est formalisé au sein d'un environnement juridique particulièrement contraint, à l'heure où la multiplicité des sources de droit est reconnue tant par la doctrine que par la jurisprudence et la loi.

⁶⁴⁷ DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 7.

Conclusion du Titre premier

Le traitement juridique de l'eau sur le territoire de la Dombes est particulièrement original dans le sens où il résulte d'un régime coutumier, indépendant de tout autre droit à l'origine. Cette autonomie normative s'explique par les modalités de construction des règles de droit qui gouvernent l'usage de la ressource. En effet, le droit émerge des pratiques mises en œuvre par l'ensemble des membres de la communauté locale des propriétaires et exploitants d'étangs. Ces pratiques peuvent être qualifiées de collectives puisque chacun des usagers de l'eau s'oblige à respecter l'usage que les autres membres font également de la même ressource. Une telle obligation découle des caractéristiques de ce territoire qui imposent à ses occupants à se partager une ressource rare, fondant ainsi des liens de solidarité.

De cette solidarité découlent deux conséquences. D'abord, les obligations qui naissent des interactions entre usagers et des pratiques visant à l'exploitation partagée de la ressource entraînent l'apparition de règles de droit spontanées. La seconde conséquence de la solidarité est de conférer un statut particulier à la ressource partagée, ce qui permet de la qualifier de « commun ». Ce statut, et les règles spécifiques applicables à cet objet de partage, permettent de conclure à l'existence d'un système juridique complexe, fondé sur l'usage communautaire de la ressource en eau et qui intègre un véritable régime juridique propre à l'eau qui circule sur ce territoire comme sur nul autre. Affectée à un usage intracommunautaire, l'eau n'en reste pas moins un élément de l'environnement dont l'utilisation a été peu à peu encadrée par le droit commun. Ainsi sont confrontées des visions divergentes de la ressource, articulées autour de régimes juridiques dont les objectifs sont différents.

Titre 2. Le maintien des particularités juridiques locales face à l'uniformisation de la gestion de l'eau

« *Le monde habitable est celui dans lequel le rapport des hommes à la terre est institué par des règles qui assignent à chacun une place vivable* »⁶⁴⁸. Occuper l'espace nécessite que le droit intervienne afin de régler les relations entre les communautés humaines et leurs milieux. Historiquement, les règles permettant aux communautés humaines d'habiter un territoire sont donc propres à chaque situation considérée et sont donc liées à une société identifiée ainsi qu'à son environnement direct. Elles régissent les rapports entre individus mais également entre ces individus et l'espace qu'ils occupent. En ce sens, elles sont particulières et permettent de rendre compte, chacune à leur manière, de situations distinctes. Le droit est ainsi territorialisé. Malgré la globalisation des sociétés contemporaine et des règles qu'elles édictent, une partie au moins du droit qui leur est applicable demeure propre à chaque territoire et ne disposent que d'un champ d'application local⁶⁴⁹.

En tout état de cause, le droit doit nécessairement s'adapter au territoire sur lequel il produit ses effets. En effet, le droit est partout et peut prendre des formes multiples, tout comme les « mondes habitables ». Les règles indispensables à l'occupation du territoire, sont tantôt le fruit de l'habitude sous forme d'usages, tantôt issu d'un ordre normatif global. Ces différents systèmes normatifs sont ainsi appelés à produire des effets conjoints et à s'adapter les uns aux autres. Quoi qu'il en soit, le droit législatif tel qu'il est institué depuis la Révolution, ne provient pas du néant et tire d'abord son origine et sa légitimité de pratiques ou de normes anciennes.

Ainsi, « *la prise en compte de la tradition justifie l'adaptation des normes* »⁶⁵⁰. Le caractère nécessairement flexible des normes, et plus particulièrement du droit légiféré, n'a pas toujours été reconnu. En effet, le législateur, depuis l'adoption du Code civil de 1804, n'a eu de cesse de vouloir limiter les spécificités juridiques locales afin d'assurer le pouvoir de l'État central mais également, plus symboliquement de tourner définitivement la page de l'ancien régime. À cet effet, la gestion de l'eau a été uniformisée, au moins dans son caractère institutionnel, afin de gommer les usages locaux, réminiscences du droit féodal. En conséquence, cette nouvelle approche de la création normative a contribué à faire évoluer la

⁶⁴⁸ SUPIOT A., L'inscription territoriale des lois, *Esprit* 2008, n° 11, p.151.

⁶⁴⁹ PONTIER J.-M., Qu'est-ce que le local ?, *AJDA* 2017, p. 1093.

⁶⁵⁰ ALTWEGG-BOUSSAC M., BASSET A., RICHARD G. (Dir.), *Les usages de la tradition dans le droit*, Ed. Mare et Martin, 2015, p. 15.

définition des territoires locaux. En effet, « *la norme, manifestation d'une volonté politique ou d'un fait social, conserve une influence majeure, voulue ou non, plus ou moins consciente pour les décideurs, sur la construction des territoires* »⁶⁵¹. Dès lors, l'évolution du droit ne s'effectue pas sans laisser la possibilité aux structures traditionnelles d'appliquer et maintenir certains usages traditionnels reconnus localement, ceux-ci se heurtant néanmoins aux conflits d'usages contemporains autour de la ressource en eau (Chapitre 1). Dans l'objectif de préserver certaines pratiques traditionnelles locales, ne serait-ce pas les règles originales et spécifiques à certains territoires encadrant ses pratiques particulières qu'il convient de préserver ? La consécration du droit spontané est un moyen tant théorique que pratique de rendre le droit contemporain dynamique à travers l'expression des particularités juridiques persistantes propres à certains territoires, et de permettre à certaines communauté d'acteurs, dans le respect du droit, de forger les règles qui leurs sont propres et qui font parfois partie intégrante de leur identité (Chapitre 2).

⁶⁵¹ DEPINCE M., Droit de l'environnement : de la norme contrainte à la construction des territoires, in DE MARI E. et TAURISSON-MOURET D., *L'impact environnemental de la norme en milieu contraint*, Victoires Editions, 2012, p. 96.

Chapitre 1. L'appréhension de la gestion traditionnelle de l'eau par le « droit délibéré »

Le droit national, législatif ou réglementaire, que l'on qualifiera à la suite de Pascale Deumier, de droit « délibéré », par opposition au droit « spontané »⁶⁵², a été développé de façon importante, répondant à la théorie de l'unité de l'ordre juridique chère à Kelsen dont la théorie de l'ordre juridique « *rend compte du monopole étatique de la production du droit* »⁶⁵³.

Régler la question de la place du droit de l'eau dans une perspective de système juridique étatisé pourrait-être chose aisée. Pourtant, l'ordre juridique kelsénien n'offre actuellement pas la possibilité d'identifier un statut juridique unitaire de la ressource en eau propre à régler les situations locales. Au contraire, au fur et à mesure de l'identification de préoccupations et d'intérêts généraux nouveaux, de nouvelles normes ont été additionnées aux précédentes. Loin de simplifier les choses, le droit étatique a alors élargi sa palette d'outils avec l'ambition d'encadrer tous les usages. Cette volonté tentaculaire n'est pourtant pas sans limites. Selon le Conseil d'État de 2010, le droit de l'eau est « *une construction baroque, fruit de la sédimentation de législations disparates* »⁶⁵⁴. À travers ses sources, le droit de l'eau est en effet un édifice complexe dont on peine à déceler l'unité, contrairement à « l'unité fondamentale »⁶⁵⁵ que présente « physiquement et philosophiquement » la ressource en eau. Sous l'impulsion de la loi de 1964 relative au régime et à la répartition de l'eau, puis de la Directive cadre sur l'eau de 2000, le droit de l'environnement tente d'appréhender la gestion et la préservation de la ressource hydraulique en ce qu'elle est uniforme. Pour autant, le droit réglementant les prérogatives des propriétaires fonciers, ancré dans le droit civil, régit encore une partie des usages de cette ressource. Malgré l'importance incontestable du droit « globalisé », étatique et européen, certains usages traditionnels de la ressource en eau persistent ainsi que le régime juridique tout aussi traditionnel qu'ils induisent. Cette persistance, permise par le cadre juridique global, permet la préservation d'identités particulières et locales dans l'exploitation de l'eau. Le droit, que l'on peut qualifier de global a su, dès ses origines, préserver des « niches de tradition » en reconnaissant de façon parcimonieuse l'existence et l'utilité des coutumes et des usages locaux. « Parcimonieuse »,

⁶⁵² DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc.

⁶⁵³ LASSERRE-KIESOW, *L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit*, D. 2006, p. 2279.

⁶⁵⁴ CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 2010*, préc., p.44.

⁶⁵⁵ TIBERGHIE F., « Le droit n'est pas encore parvenu à traduire l'unité de l'eau dans des règles cohérentes », *AJDA* 2010, p. 1044.

puisque l'objet premier du droit national tel qu'il est conçu depuis la promulgation du Code civil en 1804 est de procéder à une œuvre d'uniformisation de la norme à l'échelle de la Nation (Section 1). Cette marge de manœuvre accordée aux communautés locales se voit aujourd'hui limitée par la multiplicité des usages des structures hydrauliques, ces usages étant régulés par le droit délibéré. Toutefois, la mobilisation du droit commun permet de justifier la nécessité de recourir à la norme locale spontanée en raison de la spécificité des territoires auxquels elle s'applique (Section 2).

Section 1. L'uniformisation de la gestion juridique de l'eau fondée sur l'équité territoriale

L'harmonisation du droit national débuta avec l'uniformisation de la formation du droit sous l'ancien régime, et plus exactement au XV^{ème} siècle, tout en conservant, tout au long de l'ancien régime un pluralisme juridique profondément ancré dans les pratiques juridiques dont les usages locaux et les coutumes constituent les sources fondamentales⁶⁵⁶. En effet, c'est la structure même de la norme dont le souverain souhaite alors une généralisation à travers la rédaction des coutumes locales exigée par l'ordonnance de Montils-les-Tours de 1454. Cette ordonnance relative à la réformation de la justice définit l'architecture législative et judiciaire du Royaume et, en ce sens, ne fait que reprendre et préciser des principes maintes fois établis. Pour autant, l'exigence de l'écriture des coutumes est particulièrement novatrice et est porteuse « *d'une profonde transformation du droit coutumier* »⁶⁵⁷. La gestion locale de la ressource en eau n'échappe pas à l'harmonisation du droit et s'inscrit dans un large mouvement de généralisation d'un droit commun à l'échelle de la nation. Cette évolution résulte de la démarche des autorités étatiques dont le but était d'entamer « *la construction d'un droit commun territorial* »⁶⁵⁸. D'un point de vue sectoriel, et touchant plus particulièrement au domaine de l'eau, l'ordonnance de Colbert de 1669⁶⁵⁹ a participé de la rationalisation des activités publiques et privées liées à l'exploitation des eaux et des forêts.

⁶⁵⁶ LECA A., *Les métamorphoses du droit français. Histoire d'un système juridique des origines au XXI^e siècle*, LexisNexis, 2011, p. 120.

⁶⁵⁷ CARBASSE J.-M., Le roi législateur : théorie et pratique, *Droits* 2003, n° 2, p. 3.

⁶⁵⁸ BALAT N., *Essai sur le droit commun*, LGDJ, 2016, p. 203.

⁶⁵⁹ Ordonnance d'août 1669 sur le fait des eaux et forêts

Plus encore, cette législation nationale nouvelle démontre une véritable volonté royale de rationalisation du droit et des compétences administratives et juridictionnelles⁶⁶⁰.

La mise en œuvre du droit, quel qu'il soit, nécessite d'identifier l'espace géographique sur l'étendue duquel il va produire ses effets. L'institutionnalisation de l'espace par le droit crée ainsi ce qu'il convient de nommer « territoire ». En ce sens, et pour reprendre les mots de Patrick Janin, « *dans la science du droit, le territoire désigne un espace juridiquement construit, c'est-à-dire délimité, organisé et donc institué par le droit, alors que l'espace suggère une relative indétermination voire exprime une immatérialité* »⁶⁶¹. Le premier des territoires que le droit définit est celui de l'Etat institué au regard du droit international, le territoire étant l'un des éléments constitutifs de l'Etat. Le droit international a été érigé à partir des Etats, et du « *fait étatique* », c'est donc fort logiquement que « *le support de celui-ci y trouve une place particulière* »⁶⁶². Le territoire national constitue donc le champ géographique principal de l'application du droit. Cette caractéristique découle de la volonté de l'Etat d'uniformiser le droit applicable en tout lieu afin de gommer les disparités qui peuvent notamment exister à l'échelle des territoires ruraux (I). Pour autant, l'Etat n'est pas la seule entité à laquelle le droit détermine le champ géographique de ses compétences. Les entités infra-étatique également voient leurs actions délimitées dans l'espace. En droit français, les mouvements de la déconcentration puis de décentralisation ont conduit à repenser le droit via sa territorialisation⁶⁶³. Ces phénomènes, qui caractérisent notamment l'évolution du droit public en ce qui concerne la mise en œuvre des politiques publiques sectorielles, trouvent une traduction dans le droit applicable au territoire de la Dombes, territoire qu'il conviendra de définir (II).

I. La volonté étatique d'uniformisation des territoires ruraux

« *Les révolutionnaires de 1789 ont la religion de la loi* »⁶⁶⁴. Sans être aussi radical, le constat est sans appel : l'œuvre législative post-révolutionnaire a conduit, de façon

⁶⁶⁰ LAGARDE M., Histoire de la législation forestière : de la compétence juridictionnelle des eaux et forêts en 1669, *La forêt privée* 2018, n° 361, p. 73.

⁶⁶¹ JANIN P., *L'espace en droit public interne*, Thèse, Lyon 3, dactyl., 1996, p. 25.

⁶⁶² PROTIERE G., Espace et territoire dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, in PROTIERE G. (Dir.), *Espace du droit et droit des espaces*, L'Harmattan, 2008, p. 121.

⁶⁶³ PONTIER J.-M., La problématique du territoire et du droit, in DOAT M., Le GOFF J. et PEDROT Ph. (Dir.), *Droit et complexité, pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, PUR, 2007, p. 39.

⁶⁶⁴ GLAUDET Ph., Le Code Napoléon, fondateur de la nation française, *Deffrénois* 2004, n° 9, p. 621.

importante, à marginaliser les droits locaux issus de l'Ancien Régime. Cette volonté était fondée sur la conviction selon laquelle la loi, générale et ignorant les cas particuliers, garantit à elle seule la mise en œuvre du principe d'égalité. Dans cet ordre d'idée, « *la loi considère les sujets en masse, et les actions en elles-mêmes et par abstraction. Elle ne peut statuer sur un individu, ni sur une action ou sur un cas particulier ; elle doit être égale pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse : tous les citoyens sont égaux à ses yeux* »⁶⁶⁵. Dès lors, ce point de vue conduit à considérer que seule la loi permet véritablement d'organiser une société égalitaire, ce qui est d'ailleurs très tôt consacré comme un principe fondamental puisqu'intégré au sein de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789⁶⁶⁶.

Fort de cette conviction, le législateur, notamment depuis la période révolutionnaire, a cherché à affirmer la primauté de la loi dans l'ordre juridique moderne. Ainsi, « *depuis longtemps la loi écrite souffre d'un complexe de supériorité à l'égard de la coutume* »⁶⁶⁷. Bien que l'objectif du législateur révolutionnaire ne fût pas d'annihiler la coutume ou l'usage en tant que source de droit, l'extension continue du domaine de la loi a contribué à limiter fortement les particularités juridiques locales (A). D'autre part, l'œuvre du législateur a révélé une certaine inefficacité lorsqu'il s'est agi de régler, par une loi nationale, des problématiques locales (B).

A. *La généralisation du droit « délibéré » et la tentative de limitation des particularités locales*

Le droit peut être perçu comme un outil aux mains du souverain lui permettant d'affirmer son autorité. Au cours de l'histoire, c'est précisément le rôle qui lui a été donné, organisant les relations entre individus, mais en étant consubstantiel à l'organisation sociale et politique du moment. Parvenant à généraliser le droit applicable⁶⁶⁸, le souverain est parvenu à unifier un royaume en passant d'un ordre féodal à une monarchie centralisée. Ce changement historique et politique a nécessité une évolution d'ordre juridique. Les relations personnelles de suzerain

⁶⁶⁵ TOULLIER Ch., *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 1824, p. 16.

⁶⁶⁶ DDHC, art. 6 : « *La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

⁶⁶⁷ LARRIEU J., *La place des usages et des coutumes dans l'ordre juridique national*, in MARTRES J.-P. et LARRIEU J. (Dir.), *Coutumes et droit en Guyane*, Economica, 1993, p. 35.

⁶⁶⁸ Par exemple, en généralisant l'usage d'une langue administrative et juridique dans l'ensemble du royaume de France (Ord. du 25 août 1539 sur le fait de la justice, dite « Ordonnance de Villers-Cotterêts »).

à vassaux ont mué en relations fonctionnelles de roi à officiers. Le pouvoir souverain s'en trouve transformé, passant de la seule maîtrise d'un domaine personnel, à l'exercice de l'autorité sur « *un espace politique unifié* »⁶⁶⁹, autrement dit : un territoire national. Par le biais de la loi à l'échelle de Etat, le législateur a donc rendue possible l'unification l'ensemble du territoire du point de vue des pratiques et des habitudes juridiques (1). Ce faisant, les sources du droit ont progressivement fait l'objet d'une nouvelle hiérarchisation, les principes du droit coutumier étant peu à peu absorbés au sein de la loi, et particulièrement du Code civil (2).

1. *L'œuvre unificatrice de la loi*

Les prémices de la prédominance de l'acte législatif trouvent leurs racines en deçà de la période révolutionnaire, puisque les différentes grandes ordonnances prises par les monarques successifs tendent à affirmer le pouvoir législatif souverain à l'échelle nationale sur la production locale de normes⁶⁷⁰. A l'inverse du droit de l'Ancien Régime caractérisé par la pluralité de ses sources, le droit tel qu'il se construit sous la Première République affirme son unité à travers la prééminence de la loi⁶⁷¹, ce qui a entraîné la quasi-disparition des normes coutumières en droit français. La doctrine a pu ainsi observer un « déplacement »⁶⁷² des sources du droit qui a conduit à constituer des cadres normatifs de *common law* fondés sur le précédent ou bien légalistes fondés sur la légitimité du législateur, émanation direct du peuple et expression éclatante de la démocratie. Philippe Jestaz constate ainsi que « *dans les pays développés, la coutume fait partie des vaincus de l'histoire, elle est vouée à disparaître, qu'elle disparaisse devant la loi (comme en France) ou devant le précédent (comme en Angleterre). Certes les juristes français recensent çà et là quelques règles coutumières, mais le fait même qu'ils soient obligés de les scruter à la loupe en dit long sur le tarissement de cette source* »⁶⁷³. Ce constat pourrait pousser à croire que le droit coutumier ne correspond finalement qu'à des sociétés peu développées, monarchiques, d'un autre âge, alors que la démocratie, par l'effet « miraculeux » de la loi et de l'abolition des privilèges, a effacé la coutume pour la reléguer aux manuels d'histoire du droit et faire entrer nos sociétés dans la modernité. Néanmoins, si la forme du droit coutumier n'est plus nécessairement adaptée à

⁶⁶⁹ LAVIALLE Ch., De quelques rapports entre territoire et domaine, *Civitas Europa* 2015, n° 2, p. 35.

⁶⁷⁰ LECA A. *Les métamorphoses du droit français. Préc.*, p. 181.

⁶⁷¹ GLAUDET Ph., préc.

⁶⁷² JESTAZ Ph., Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre, *RTD civ.*, 1996, p. 299.

⁶⁷³ *Idem.*

l'environnement juridique contemporain, l'initiative normative locale n'a jamais été aussi forte. Celle-ci se fonde d'ailleurs souvent sur des pratiques et usages répondant autrefois à des règles coutumières.

Indubitablement, le droit coutumier a peu à peu cédé sa place à un droit étatique délibéré et uniformisé. Il s'agit plus spécialement en France d'une volonté fondée historiquement sur la peur des pouvoirs ruraux au sortir de la période révolutionnaire. Cette volonté était également fondée sur la crainte de voir resurgir les modèles de gestion féodale dans les territoires ruraux. À cette fin, la loi du 30 ventôse an XII⁶⁷⁴ réunissant les lois civiles en code unique précisait en son article 7 : « *À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code* ». Cette disposition est donc claire et fait figure « *d'acte de décès de l'ancien droit* »⁶⁷⁵ : l'objet de la codification est de se substituer aux anciennes règles éparses qui étaient dotées d'une force normative sur tout le territoire ou en quelques régions seulement. La principale limite à cet effacement des règles antérieures se trouve dans l'expression du principe de subsidiarité puisqu'il découle de cette disposition que les règles générales ou particulières qui n'avaient pas le même objet que les matières traitées par le Code civil trouvaient encore à s'appliquer.

En matière d'usages locaux et de coutumes locales, les travaux de Portalis introductifs au Code civil, ainsi que les travaux législatifs y afférents, tendent à démontrer que la volonté du législateur est de marginaliser, sinon effacer les particularités juridiques locales. A cette époque, la loi est considérée comme le meilleur vecteur possible du droit, ne laissant que peu de place aux autres sources formelles, y compris la jurisprudence⁶⁷⁶. Depuis, le domaine de la loi a été précisé dans la Constitution de 1958 à son article 34 dont l'objectif était de délimiter, voire de réduire, clairement les domaines d'intervention du législateur. L'histoire récente du

⁶⁷⁴ Loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français, Bull. des lois, 3^e S., B. 3554, n° 3677.

⁶⁷⁵ POUMARED J., De la fin des coutumes à la survie des usages locaux, *Histoire de la justice* 2009, n° 1, p. 173.

⁶⁷⁶ Le rôle de la jurisprudence a longtemps animé les débats doctrinaux sur le point de savoir s'il convenait de la considérer comme une véritable source de droit. V. not. JESTAZ Ph., La jurisprudence : réflexions sur un malentendu, *D.* 1987. Chron. 11 ; GOBERT M., La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée, *RTD civ.* 1992. 344 ; CORNU G., La jurisprudence aujourd'hui. Libre propos sur une institution controversée, *RTD civ.* 1992. 342.

droit démontre pourtant que cette limitation peut être analysée comme un échec eu égard à l'élargissement continu des matières réglées par la loi⁶⁷⁷.

La Dombes a su conserver, presque jalousement, sa particularité juridique et pérenniser les usages locaux propres à l'exploitation des étangs, à travers les travaux de « sachants » locaux, puis à travers l'action de la Chambre d'Agriculture. D'un autre côté, la Brenne ou la Sologne, par exemple, sont des régions d'étangs emblématiques dont le régime juridique a peu à peu été absorbé par le droit commun, dans le sens où il n'existe plus de droit coutumier qui y soit applicable. Toutefois, certaines spécificités pratiques locales ont pu être pérennisées en utilisant l'ensemble des outils juridiques mis à disposition par le droit global, à l'image du Parc Naturel Régional de la Brenne qui valorise certaines pratiques traditionnelles de gestion des étangs. D'autre part, certains territoires dépendants de l'irrigation ont structuré leur développement économique et agricole autour de communautés instituées juridiquement : c'est particulièrement le cas des associations d'irrigants, juridiquement des associations syndicales autorisées (ou libres)⁶⁷⁸, ou de consortages permettant de gérer collectivement les eaux servant à l'irrigation des terres agricoles⁶⁷⁹.

A propos de la publication du Code civil de 1804, Marie-Claude Pingaud affirma que « *le droit national qui s'impose alors assimile certes les supports mentaux édificateurs des équilibres régionaux, les représentations de conformité et les notions de droit d'usage traduits par les coutumiers, mais il en réduit aussi la riche diversité, les spécificités éloquentes, dans une publication de légitimité figée pour l'ensemble du territoire* »⁶⁸⁰. L'auteur met ainsi en évidence le fait que l'uniformisation du droit applicable sur l'ensemble du territoire national ne permet pas véritablement de rendre compte de la diversité des espaces ruraux et des pratiques qui y sont mises en œuvres, mais également et surtout des formes de droit qui leur garantissent un cadre juridique potentiellement évolutif. La rédaction imposée des règles locales traditionnelles et leur assimilation au sein d'un droit commun à dominance législative a conduit peu à peu à l'uniformisation des pratiques elles-mêmes. Il semblerait, de ce point de vue, que deux mondes juridiques se soient opposés, l'un devant effacer l'autre pour s'affirmer.

⁶⁷⁷ DRAGO G., Le domaine de la loi : brève histoire d'une dérive constitutionnelle, in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 169.

⁶⁷⁸ Cf. *infra*.

⁶⁷⁹ Pour une analyse récente de la gestion collective des eaux d'irrigation, v. BILLET Ph., Le droit de l'eau au défi de la gravité : entre conflits de propriétés et communautarisme, in PIERRON J.-Ph. (Dir.), *Rationalité, usages et imaginaires de l'eau*, préc.

⁶⁸⁰ PINGAUD M.-C., préc., p. 309.

La question qui se pose est finalement de savoir, avec le recul que l'on peut avoir aujourd'hui, si véritablement la loi doit s'opposer à la coutume dans la mesure où celle-ci, hormis le cas de règles *contra legem*, n'est pas totalement concurrentielle. Plus qu'un affrontement normatif, l'histoire du droit montre que des systèmes normatifs d'origines différentes ont coexisté, et coexistent encore sur certains territoires tels que la Dombes où, tant bien que mal, la norme traditionnelle côtoie la norme étatique.

2. *L'absorption des coutumes par la loi : entre disparition et continuité*

A partir de la promulgation du Code civil en 1804, la loi devient le vecteur privilégié du droit dans le sens où il se réalise et produit ses effets à travers l'œuvre législative. Pour se faire, la loi absorbe un bon nombre de dispositions incluses dans les coutumes, et notamment la coutume d'Orléans qui a eu tendance à se généraliser à l'ensemble du territoire. L'intégration dans le Code civil de certaines règles issues des coutumes locales constitue par ailleurs une grande force de légitimité à cette œuvre du législateur postrévolutionnaire. En effet, il ne s'agit pas là d'une création totale du droit mais plutôt d'une généralisation et une sanctuarisation de règles applicables à tous, en cherchant à limiter le bouleversement des habitudes antérieures⁶⁸¹. D'ailleurs, Georges Ripert énonça clairement que « *si le Code a une telle valeur c'est plus encore parce qu'il a recueilli que parce qu'il a créé* »⁶⁸². Dès lors, la coutume se trouve en quelque sorte absorbée par la loi nationale, et ce qui était alors particulier devient une généralité⁶⁸³.

L'ambiguïté des relations juridiques entre loi et coutume à l'époque de l'élaboration du Code est toutefois à expliquer. Alors que la loi civile semble venir annihiler les règles de droit traditionnel, certains auteurs estiment qu'il n'en est rien. Si la coutume perd effectivement son caractère vectoriel, son contenu matériel subsiste tout en étant intégré à un nouveau vecteur de droit qu'est la loi⁶⁸⁴. Ainsi, la codification opère un effacement des règles anciennes essentiellement d'un point de vue formel, et non matériel. En effet, l'objectif des rédacteurs du Code civil était plus d'unifier les règles applicables que de les rendre obsolètes. En ce sens, les règles de droit civil sont essentiellement et nécessairement inspirées du droit antérieur, et

⁶⁸¹ THIREAU J.-L., Fondements romains et fondements coutumiers du code civil, *Droits* 2005, n° 2, p. 250.

⁶⁸² RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 23.

⁶⁸³ DUPRET B., Le général et le particulier, perspective analytique et praxéologique sur la règle de droit, *Tracés* 2018, n° 34, p. 123.

⁶⁸⁴ JEANCLOS Y., Coutume et loi, une approche logistique du droit, in *Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 439

Portalis montra que « *pour réussir à mener à bien l'entreprise de codification, force va être d'emprunter l'essentiel des règles au droit ancien* »⁶⁸⁵. Pour Yves Jeanclos, la loi affirme alors seulement sa suprématie logistique en ce qu'elle permet plus efficacement de véhiculer les principes du droit que la coutume. La loi ou la coutume ne sont à l'origine que l'habillage formel d'un contenu matériel, autrement dit la forme que prend une règle de droit dont le but est d'organiser les rapports sociaux au sein d'une société. Toutefois, en absorbant, voire en écrasant les sources subalternes du droit, la loi est devenue « *le grand véhicule du droit positif* »⁶⁸⁶ puisqu'elle se présente comme le mode de transmission de la norme le plus efficace.

Néanmoins, l'intégration matérielle des principes coutumiers dans la loi, loin de réaliser une consolidation, lui fait adopter le caractère versatile de la loi. Alors que la coutume dispose d'une assise pérenne, son absorption par la loi et le changement de cadre dans lequel elle s'inscrit lui fait adopter une certaine versatilité.

Finalement, la façon de construire le droit par le législateur napoléonien peut être rapprochée du législateur colonialiste du XVIII^{ème} siècle. « *Au lieu de rechercher ce qui « manque » aux droits fonciers africains endogènes, on devrait les regarder comme des systèmes dotés d'une logique interne : de fait, ils apportaient des réponses cohérentes aux questions que se posaient les sociétés africaines sur le foncier à un moment donné* »⁶⁸⁷. Au contraire, les droits locaux sont regardés par l'Etat et le législateur avec suspicion, notamment du fait de la crainte liée à l'abus des droits d'usage par les particuliers. L'Etat républicain alors en construction cherche à assoir son contrôle sur l'exploitation des ressources naturelles et notamment les eaux et forêts. Ce contrôle commande la mise en œuvre d'une réglementation permettant de pallier les risques inhérents à la surexploitation de ces ressources, conduisant peu à peu à l'effacement des systèmes juridiques locaux. En effet, en matière de droit forestier, « *la mise en œuvre du droit d'usage par les communautés villageoises conduit à de nombreux abus (vente de bois, défrichement pour le pacage d'estive) qui vont se traduire par une recrudescence des inondations, crues et avalanches dans les zones de montagne* »⁶⁸⁸. On observe ainsi d'importants bouleversements juridiques liés

⁶⁸⁵ RENOUX-ZAGAME M.-F., Additionnel ou innovatif ? débat et solution des premières années de mise en œuvre du *code civil*, *Droits* 2005, n° 1, p. 240.

⁶⁸⁶ *Idem*.

⁶⁸⁷ OUEDRAOGO H., De la connaissance à la reconnaissance des droits fonciers africains endogènes, *Études rurales* 2011, n° 187, pp. 79-93.

⁶⁸⁸ BILLET Ph., La forêt fonctionnelle. La formalisation juridique de l'instrumentalisation de la forêt, *préc.*, p. 108.

également à la gestion des risques naturels. Ces derniers, comme de nombreux cas de gestion des ressources naturelles, nécessitent l'édiction par le droit commun, de modèles uniformes.

B. La création par la loi de modèles structurels de gestion de la ressource hydraulique

La gestion collective des ressources naturelles et de l'aménagement des espaces ruraux a fait l'objet de plusieurs tentatives de structuration et de rationalisation par le législateur. Le but de la rationalisation de l'usage de l'eau est d'uniformiser les modèles de gestion locale de l'eau. Historiquement, le regroupement d'exploitants ou de propriétaires fonciers s'est effectué au sein de groupements de diverses formes (tels que les consortages...), qu'ils soient institués par l'autorité publique ou librement constitués. Ce modèle s'est largement répandu et mis au jour un certain nombre de difficultés dans l'utilisation partagée de la ressource fondée sur l'exploitation de propriétés privées (1). Plus récemment, les enjeux liés à la préservation d'une ressource naturelle limitée et fragile conduit le législateur à instaurer des « organismes uniques de gestion collective de l'eau » dont le but est tant la valorisation économique que la préservation de l'eau. Plus récemment encore, l'institution des « établissements publics de coopération environnementale » d'une part, et, d'autre part, l'élargissement des compétences des « établissements publics territoriaux de bassin » conduisent à renforcer la gestion publique de l'eau (2).

1. Le modèle syndicale et associatif de structuration des filières locales et l'exploitation collective de la ressource

L'uniformisation de la gestion de l'eau est directement liée au principe de l'Etat « unitaire ». Le territoire national est émaillé de structures locales se développant autour de l'exploitation d'un bien collectif naturel par le biais de la création de structures qui répondent à des statuts « standardisés » organisés par le droit délibéré, à savoir principalement les associations syndicales et les associations loi 1901. L'association syndicale notamment, constitue l'un des modèles classiques en droit qui ont été éprouvés (a), mais également des modèles juridiques plus modernes qui ont pour objectif de permettre une gestion uniforme mais adaptée de la ressource en eau (b).

a. L'association syndicale, un modèle éprouvé de gestion collective de l'eau

Un modèle de gouvernance collective de la ressource en eau a été créé par le législateur et a longtemps fait office de modèle de référence en la matière : les associations syndicales de propriétaires issues de la loi du 21 juin 1865, modernisée par l'ordonnance du 4 juin 2004. Les sociétés locales s'en sont saisies, ce qui n'est pas forcément le cas des régions d'étangs. Bien que l'eau occupe une place prépondérante dans l'objet de ces structures, qu'elle soit alors considérée comme un risque ou une ressource, son exploitation piscicole ne semble pas être un fondement de création de ces associations syndicales.

Ces dernières peuvent revêtir trois formes distinctes : les associations syndicales libres (ASL), les associations syndicales autorisées (ASA) et les associations syndicales constituées d'office (ASCO)⁶⁸⁹. Alice Ingold décrit leurs modalités de fonctionnement de la façon suivante : « *Ces associations territoriales avaient un patrimoine commun (les infrastructures, canaux et ouvrages d'art), un pouvoir réglementaire sur leurs membres (au travers d'un règlement et avec un système de sanctions sous forme d'amendes notamment), la capacité de lever des contributions pour contribuer aux frais de leur administration, et fonctionnaient selon des formes d'auto-organisation parfaitement originales* »⁶⁹⁰. Est ainsi mise en évidence la capacité de ces associations syndicales de peser sur l'organisation et l'aménagement des territoires ruraux.

Depuis l'adoption de l'ordonnance de 2004, elles peuvent avoir pour objet de prévenir les risques naturels et de pollution, la préservation, la restauration et l'exploitation d'une ressource naturelle, la création et l'aménagement d'un plan d'eau ou d'un cours d'eau, ou plus généralement encore « *de mettre en valeur des propriétés* »⁶⁹¹. Ces structures collectives ont pu également être fondées sur l'organisation et la gestion en commun d'une ressource indispensable au travail de la terre, et donc à la survie même des communautés locales considérées, notamment pour permettre l'irrigation de terres agricoles⁶⁹². Plus généralement, elles jouent un rôle essentiel en matière d'aménagement foncier rural, et de prévention des risques naturels⁶⁹³.

⁶⁸⁹ Ordonnance du 4 juin 2004, préc., art. 2.

⁶⁹⁰ INGOLD A., Terres et eaux entre coutume, police et droit au XIX^e siècle. Solidarisme écologique ou solidarités matérielles ?, *Tracés. Revue de Sciences humaines* 2017, n° 33 [En ligne].

⁶⁹¹ Ordonnance du 4 juin 2004, préc., art. 1.

⁶⁹² Loi du 21 juin 1865 relative aux associations syndicales, préc.

⁶⁹³ Circulaire du Ministre de l'intérieur du 11 juillet 2007 relative aux associations syndicales de propriétaires, n° INTB0700081C.

De telles structures mêlent le partage de la ressource, la mise en commun de moyens de production, ainsi que, en ce qui concerne les ASL, l'édiction de règles organisant la gestion de l'accès à la ressource et de l'entretien des ouvrages. En ce qui concerne les ASA, ces règles émanent principalement de l'autorité préfectorale.

La création de ce type de structures a conduit à marginaliser les organisations communautaires locales. En ce saisissant de cet outil, de nouvelles règles sont adoptées et tendent à mettre de côté celles qui prévalaient jusqu'alors, qu'elles soient coutumières ou non, écrites ou non. En effet, la loi du 21 juin 1865 tend à généraliser le recours aux associations syndicales lorsqu'il s'agit de mettre en commun des ouvrages hydrauliques ou de lutter contre les risques naturels (inondations, incendies de forêts...). Ce constat invite Philippe Billet à affirmer, à propos de l'usage des forêts, que « *l'interdiction des usages ancestraux permet également d'uniformiser la règle de droit et de mettre ainsi à ban certaines communautés avec leurs règles propres, nécessairement suspectes aux yeux de l'Etat* »⁶⁹⁴.

Les associations syndicales ont joué un rôle important, voire prépondérant dans la gestion de la ressource en eau, sa répartition, son partage et son usage, et ce, depuis leur création par la loi de 1865. On leur reconnaît même une « *expérience ancestrale de la gestion concertée de l'eau* »⁶⁹⁵. Pour autant, ces structures de gestion collective, essentiellement créées afin d'organiser l'irrigation de parcelles agricoles, interrogent quant à leur capacité d'adaptation face aux changements sociétaux⁶⁹⁶. Elles évoluent pourtant dans leur structure et se dotent d'outils innovant, non prévus par le droit, tel que les contrats de canaux, à l'image de celui qui permet aujourd'hui la planification de la gestion et du partage de l'eau du Canal de Gignac⁶⁹⁷.

Bien qu'ayant fait leur preuve en matière de gestion collective d'ouvrages hydraulique et d'exploitation de l'eau à des fins agricoles, ces associations syndicales sont pourtant vouées à

⁶⁹⁴ BILLET Ph., La forêt fonctionnelle. La formalisation juridique de l'instrumentalisation de la forêt, in HARPET Cl., BILLET Ph. et PIERRON J.-Ph., *A l'ombre des forêts. Usages, images et imaginaires de la forêt*, L'harmattan, 2014, p. 111.

⁶⁹⁵ RIVIERE-HONEGGER A., Les Associations syndicales autorisées en Languedoc-Roussillon : entre l'expérience ancestrale et une vocation de gestion concertée de la ressource (France), in *L'eau mondialisée. La gouvernance en question*, Ed. La Découverte, 2010, pp. 323-335.

⁶⁹⁶ LOUBIER S. et GARIN P., Un avenir incertain pour les associations syndicales autorisées d'irrigation, in FALQUE M. (Dir.), *L'eau entre réglementation et marché*, Ed. Johanet, 2014, p. 237.

⁶⁹⁷ GHIOTTI S., et RIVIERE-HONEGGER A., Le contrat de canal, une contribution à un nouveau mode de gouvernance de la gestion de l'eau agricole à l'échelle locale ? Exemple du canal de Gignac (Hérault), in ASPE Ch. (dir.), *De l'eau agricole à l'eau environnementale. Résistance et adaptation aux nouveaux enjeux de partage de l'eau en Méditerranée*. Editions Quæ, 2012, p. 301.

péricliter après l'adoption de l'ordonnance de 2004⁶⁹⁸. Il s'agit finalement d'un modèle fondé sur l'exploitation et la mise en valeur de propriétés privées. Ce qui n'est pas sans poser des difficultés certaines liées à l'accaparement de la ressource, notamment dans les contextes hydriques contraignants. Les sciences humaines et notamment la doctrine historique a livré d'intéressantes études qui expliquent les tensions dans la gestion collective de l'eau⁶⁹⁹. Quoiqu'il en soit de leur contexte juridique extrêmement contraignant et faisant craindre la disparition de ce modèle communautaire, il ressort de certaines études que ces associations syndicales n'ont généralement pas été en mesure de s'adapter au contexte contemporain de gestion durable de la ressource en eau, ni au contexte économique et politique contraignant⁷⁰⁰.

b. Le choix d'un regroupement professionnel autonome en Dombes

La communauté des usagers de la ressource en eau en Dombes s'est constituée de façon spontanée et solidaire, au fil du développement de leurs pratiques communes et des règles y afférent. Ce groupement spontané d'usagers n'a pas été formalisé initialement : les liens unissant ses membres ainsi que les règles organisant leurs relations entre eux ainsi que leur relation à l'eau partagée, étaient constituées de normes coutumières non écrites. Ainsi, le régime coutumier propre à la Dombes n'a pas entraîné la nécessité de formaliser les relations collectives sur ce territoire, ces dernières étant fondées sur un lien de solidarité.

Causes de la nécessité de se regrouper. Par la suite, et principalement à la fin du XIX^{ème} siècle, l'institutionnalisation s'est révélé indispensable fondée sur un principe de solidarité, à cette différence près qu'il s'agit alors d'une solidarité « forcée » et non plus d'une solidarité spontanée. En effet, à cette période, il apparaît indispensable aux membres de la communauté locale de propriétaires et d'exploitants d'étangs de se regrouper, par nécessité, pour faire face aux bouleversements induits par la remise en eau des étangs autorisée par la loi de 1901, après une période d'assèchements qui a vu le nombre d'étangs diminuer drastiquement au cours de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle⁷⁰¹. Cette situation a conduit à une évolution certaine de la sociologie et de la démographie des propriétaires d'étangs. De fait, le morcellement des

⁶⁹⁸ Ordonnance précitée.

⁶⁹⁹ INGOLD A., Des communautés inscrites dans les choses. Les associations syndicales agricoles en France au XIX^e siècle, in BARGAOU S., CERUTTI S. et GRANDAUD I., *Appartenance locale et propriété au nord et au sud de la Méditerranée*, Ed. Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman, 2015 [en ligne].

⁷⁰⁰ LOUBIERS., GARIN P., Un avenir incertain pour les associations syndicales autorisées d'irrigation, *Revue Science Eaux & Territoires*, n° 11, L'irrigation en France, 2013, p. 90.

⁷⁰¹ BERRARD L., préc., p. 15.

propriétés, les ventes et rachats de certains étangs après leur assèchement puis leur remise en eau, ont conduit à une augmentation du nombre de propriétés et donc de propriétaires et à la multiplication des risques de mésentente des propriétaires entre eux, et entre propriétaires et exploitants d'étangs généralement soumis au régime de l'affermage.

En outre, à la fin du XIX^{ème} siècle, le droit rural fait l'objet d'importantes discussions puisque la constitution d'un Code rural complet et en un seul tenant est abandonnée⁷⁰², au profit de l'adoption de lois sectorielles qui font évoluer peu à peu certaines règles tenant aux activités agricoles : police sanitaire des animaux, chemins ruraux, adaptation du Code civil concernant les relations de voisinage, vente des animaux et régime des eaux⁷⁰³. Dans ce contexte, les usages locaux jouent encore un rôle important et leur persistance démontre la résistance du monde rural et agricole face à certaines évolutions du droit⁷⁰⁴, et le manque de volonté réformatrice du législateur, concernant la suppression des usages locaux. Après une tentative, en 1889, d'abolir les droits de parcours et de vaine pâture, ce dernier est contraint de faire machine arrière en 1890, et de réinstaurer le droit de vaine pâture en donnant aux communes la compétence pour autoriser ou non cette pratique⁷⁰⁵. Dans ce contexte juridique complexe, les propriétaires et exploitants d'étangs de la Dombes ont choisi de se grouper afin de jouir d'un cadre institutionnel leur permettant de défendre leurs intérêts et de formaliser leurs liens de solidarité.

Le choix du modèle de regroupement. Malgré la nécessité de créer un groupement institué, le choix du modèle à adopter est déterminant pour la réalisation de l'objectif commun. Alors que dans certains territoires, il est nécessaire de créer des associations syndicales autorisées pour garantir la gestion collective d'une ressource, d'un risque naturel ou d'un ensemble d'ouvrages, le choix de cette structure n'a pas été retenu en Dombes.

Les propriétaires et exploitants d'étangs étaient alors confrontés à une nécessité factuelle de se regrouper, et un certain nombre de choix d'institutions s'offraient à eux. Le degré de contrainte de ces structures a conduit à orienter leur choix et à écarter celui de l'ASA. Le choix s'est porté sur l'association syndicale libre (ASL), et les raisons de ne pas recourir à une association syndicale autorisée (ASA) sont multiples.

⁷⁰² Le premier Code rural français étant publié seulement en 1955.

⁷⁰³ HALPERIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2012, p. 247.

⁷⁰⁴ La coutume dispose alors d'un poids important dans le régime juridique des pratiques rurales, et l'attachement que leur témoignent les communautés rurales démontre une forme de résistance à l'uniformisation du droit rural, notamment en ce qui concerne l'entretien des cours d'eau. Voir sur ce point, PERMINGEAT Fr. et LELAY Y.-Fr., Spécificité territoriale et petits arrangements avec la loi, préc.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 248.

D'abord, le droit applicable à une ASA est particulier puisqu'il suppose, d'une part, le contrôle tutélaire de l'autorité préfectorale sur sa constitution, ses activités et ses modalités de financement. En effet, les propriétaires peuvent être contraints, s'ils ne s'entendent pas unanimement sur le mode de gestion, par le préfet à se constituer en association syndicale autorisée⁷⁰⁶. Cette contrainte est d'autant plus forte que l'association syndicale autorisée est soumise à un régime juridique exorbitant du droit commun du fait qu'elle exerce des prérogatives de puissance publique⁷⁰⁷ du fait qu'elle constitue un établissement public administratif dont les décisions relèvent de la juridiction administrative⁷⁰⁸. Les travaux exécutés dans le cadre de leur mission d'intérêt général au titre de ces prérogatives ont d'ailleurs le caractère de travaux publics⁷⁰⁹, et elle peut y procéder d'office à des travaux, y compris sans l'accord de propriétaires se trouvant au sein de son périmètre⁷¹⁰. Les règles qui lui sont applicables sont donc particulièrement contraignantes pour les propriétaires qui en sont membres et qui voient ainsi limiter l'exercice de leurs droits de propriété, et donc par incidence les modalités d'exercice de leurs activités.

Ensuite, la dimension obligatoire de cette structure, dont l'ensemble des propriétaires sont membres, à moins d'exercer leur droit de délaissement, représente également un important élément de contrainte. Ainsi, les propriétaires se retrouvent contraints de participer à la mise en valeur, l'exploitation et l'entretien de la ressource, le libre exercice de leurs droits de propriété hérités de l'abolition des privilèges, se trouvant alors limités par le droit étatique et non plus par les seules règles coutumières locales. La capacité de forcer un propriétaire à adhérer à une association syndicale conduit cette dernière à exercer des prérogatives de puissance publique, et de ce fait, « *lesdites associations présentent les caractères essentiels d'établissements publics* »⁷¹¹.

En définitive, la lourdeur de la structure des associations syndicales autorisées a contraint les exploitants et propriétaires d'étangs de la Dombes à rechercher une structure juridique moins contraignante, et à choisir de se regrouper au sein d'un régime juridique alternatif. Ils

⁷⁰⁶ L'article 6 de la loi de 1865 avant sa réforme en 2004 énonçait en effet : « *Les propriétaires intéressés aux travaux spécifiés à l'article 1er pourront être réunis par un arrêté préfectoral en associations syndicales autorisées, soit sur la demande d'un ou plusieurs d'entre eux, soit sur l'initiative du maire, du préfet ou du sous-préfet* ». Le régime en reste inchangé. Au titre de cette tutelle étatique, la responsabilité de l'Etat pour faute lourde pour défaut de surveillance est susceptible d'être engagée du fait des activités de l'ASA (CE, 14 mai 2008, *Cne de Pertuis*, n° 291440, *Gaz. Pal.* 2009, n° 136, p. 23).

⁷⁰⁷ Même arrêt.

⁷⁰⁸ TC, 9 déc.1899, *Association syndicale du Canal de Gignac*, *Rec.* 731 ; *S.* 1900.3.49, note Hauriou, *GAJA*, Dalloz, 2018, p. 43.

⁷⁰⁹ TC, 15 déc. 1980, *Association syndicale des propriétaires du lotissement « Guynemer »*, n° 02179, *Rec.* 1981.

⁷¹⁰ CE, 14 juin 2006, *Association syndicale du Canal de la Gervonde*, n° 294060, *AJDA* 2006, p. 1360.

⁷¹¹ *Ibid.*

ont ainsi été contraints à un choix de regroupement unanime. Parmi l'offre juridique possible, il a été choisi d'opter pour un groupement associatif de professionnel offert par le régime juridique des associations syndicales : l'association syndicale libre. En effet, les associations syndicales demeurent intéressantes dans le sens où leur objet est de combiner les intérêts communs des propriétaires dans le but, en ce qui concerne la gestion de l'eau, est de l'exploiter de façon équitable et de gérer collectivement des ouvrages hydrauliques (fossés, canaux...). A ce titre, l'association syndicale autorisée répond aux intérêts collectifs de ses membres, et est qualifiée par Hauriou d'établissement public « corporatif »⁷¹². Malgré le fait que l'association syndicale autorisée ne soit pas le modèle retenu pour regrouper les usagers de la ressource en eau en Dombes, il n'en demeure pas moins que leur communauté, si elle ne constitue pas un établissement public, peut néanmoins être qualifiée de « corporative ».

Afin de conserver ce caractère corporatif, le modèle de l'association syndicale libre a été retenu pour constituer le cadre des relations collectives des exploitants et propriétaires d'étangs, et ainsi d'institutionnaliser une communauté d'intérêts. Le « Syndicat des étangs de la Dombes » a donc été constitué en 1918 sous la forme d'une association syndicale libre. Ce choix a essentiellement eu pour effet d'écarter le régime de l'ASA et de garantir l'autonomie qu'elle présente par rapport à l'autre modèle organisé par la loi du 21 juin 1865. Il s'agissait, en outre, par ce biais, d'échapper à l'emprise de l'Etat en cherchant à faire primer l'unanimité dans l'organisation locale. C'est en effet l'unanimité qui caractérise l'ASL dans le sens où chacun des propriétaires disposant d'un bien dans le périmètre de l'association, doit y avoir adhéré lors de sa constitution, ou bien, après la constitution de l'ASL, du fait de l'achat d'un bien au sein de ce périmètre⁷¹³.

En effet, le régime des associations syndicales libres prévoit, contrairement à l'ASA, qu'elle se forme sans l'intervention de l'administration, sur la base de l'assentiment de l'ensemble des « associés », constaté par écrit⁷¹⁴. La structure est de nature strictement privée et l'ensemble des décisions qui y sont prises relève du droit privé. L'objectif est d'assurer la défense des intérêts des propriétaires et exploitants, mais également d'institutionnaliser cette communauté au sein de laquelle les relations ont parfois été difficiles, notamment entre propriétaires et exploitants, ces derniers se trouvant factuellement et juridiquement (à travers les baux à ferme), dans une situation de précarité⁷¹⁵.

⁷¹² HAURIOU M., Caractère d'établissement public des Associations syndicales de propriétaires, Note sous Tribunal des conflits, 9 décembre 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac*, S.1900.3.49

⁷¹³ Ce principe est rappelé récemment par la Cour de Cassation (Cass. 3^{ème} civ., 8 mars 2018, n° 17-11.411).

⁷¹⁴ Loi du 21 juin 1865, art. 5, préc.

⁷¹⁵ MANCERON V., Discordes territoriales : les logiques rivales de la gestion de l'eau dans une région d'étangs

L'objectif de cette ASL est la gestion réelle des biens situés sur son territoire et des ouvrages hydrauliques. Il s'est révélé nécessaire de fédérer les proprios non pas en tant que propriétaire mais en tant qu'acteurs économiques. Aucune des associations syndicales ne permet de répondre à l'ensemble des besoins du fait de l'absence de communauté juridique possible des objectifs. Il a donc été nécessaire de dissocier ces structures répondant à des objectifs différents. Il existe désormais aujourd'hui deux structures professionnelles aux statuts et aux objectifs distincts : le Syndicat des étangs qui a pour objet la garantie et la défense des droits et des intérêts des propriétaires et exploitants d'étangs d'une part, et l'Association de promotion des poissons de la Dombes (APPED) qui est au service de la promotion économique des produits locaux, et de la professionnalisation de la filière piscicole locale dans son ensemble. Tous deux regroupent cependant en leur sein les propriétaires et exploitants d'étangs, auxquels se joignent, au sein de l'APPED, l'ensemble des professionnels qui jouent un rôle dans la filière locale de la production du poisson, sans être nécessairement propriétaire ou exploitant (éclosoirs, collecteurs, transformateurs, restaurateurs...). La plupart des membres de l'APPED, lorsqu'ils sont des propriétaires ou exploitants d'étangs, sont également membres du Syndicat. D'ailleurs, les intérêts de ces deux structures se rejoignent indubitablement puisqu'il s'agit à la fois de défendre les intérêts des propriétaires et de leur assurer une visibilité économique en tant qu'exploitants.

La nécessité de l'institutionnalisation de cette communauté interroge du fait de l'existence d'un régime de droit coutumier persistant dont l'objet a toujours été d'organiser la gestion de l'eau et les relations entre propriétaires d'étangs ainsi qu'entre propriétaires et exploitants. Dans ce cadre, il est remarquable que, contrairement à la loi de 1865, l'ordonnance de 2004 précise explicitement que « *les droits et obligations qui dérivent de la constitution d'une association syndicale de propriétaires sont attachés aux immeubles compris dans le périmètre de l'association et les suivent, en quelque main qu'ils passent, jusqu'à la dissolution de l'association ou la réduction de son périmètre* »⁷¹⁶.

En effet, cette disposition trouve un écho dans le régime coutumier applicable en Dombes qui n'existe que par, et pour, l'exploitation des étangs sur un espace géographique donné et dont les règles, droits et obligations sur les étangs subsistent, en quelque main qu'ils passent, tant que les pratiques mises en œuvre permettent de perpétuer ce régime juridique traditionnel. Ainsi, et en dépit de l'intégration de structures traditionnelles dans ce « moule »

française, art. préc.

⁷¹⁶ Ordonnance préc., art. 3.

étatique, la communauté dombiste voit son originalité juridique perdurer, marquant l'accompagnement juridique de ces structures traditionnelles dans une société contemporaine dont le rapport à l'eau a profondément évolué.

Finalement, les propriétaires et exploitants se sont regroupés par nécessité s'agissant de la gestion des ouvrages hydrauliques, délaissant les domaines où cette nécessité n'apparaissait pas. On en veut pour preuve le fait que les groupements institutionnalisés par filières sont originairement assez peu nombreux : ainsi il n'existe pas d'associations communales de chasse sur le territoire de la Dombes, alors même que l'activité cynégétique joue un rôle particulièrement important sur ce territoire d'étangs. Cette organisation particulière met en évidence la résistance des filières agricoles et piscicoles en Dombes face à l'uniformisation juridique des structures de gestion collective de la ressource en eau.

2. Les gestions publiques concertées de l'eau et de l'environnement : de la gestion collective au service public

Le droit français multiplie les outils réglementaires en vue de parvenir à une gestion optimisée et durable de la ressource en eau à une échelle territoriale cohérente. Le législateur poursuit donc une recherche permanente d'un outil idéal dont tous les territoires pourront se saisir. L'objectif est de permettre une gestion collective de l'eau en prenant en compte à la fois son statut de ressource naturelle et d'objet économique (1). Pour autant, cette recherche constante tend à montrer qu'un modèle unique et efficient de gestion de l'eau est difficile à imaginer du fait des nombreux enjeux à intégrer et de la spécificité de chaque territoire. Démultipliant les structures juridiques possibles, le législateur offre désormais un panel d'outils grâce auxquels les collectivités territoriales peuvent exercer leurs compétences en matière de gestion locale de l'eau et de l'environnement (2).

- a. L'organisme unique de gestion collective et la double dimension environnementale et économique de l'utilisation de l'eau

La volonté du législateur d'uniformisation à l'échelle du territoire national de la gestion de l'eau dans les territoires née au XIX^{ème} siècle, avec notamment la création des associations syndicales, s'est poursuivie par la création de modèles de gestion collective de la ressource en eau. Elle se manifeste, pour la gestion de l'eau aux fins d'irrigation, par l'institution d'un

cadre réglementaire uniformisé au sein des « organismes uniques de gestion collective de l'eau » (OUGCE) institués par la loi sur l'eau et les milieux aquatiques de 2006 précitée. Bien qu'en l'état de son régime, il ne soit pas mobilisable pour la gestion de l'eau dans les étangs en Dombes, son élargissement à l'ensemble des utilisations de l'eau offrirait des perspectives intéressantes pour une gestion collective locale de la ressource.

De fait, les OUGCE font désormais office de « catalyseur » d'initiatives collectives à l'échelle des territoires ruraux⁷¹⁷ mais, cependant, son champ d'application est limité aux fins d'irrigation, et non dans un but piscicole⁷¹⁸. Même s'il est possible de créer de toute pièce un OUGCE, ce statut concerne essentiellement des structures existantes qui peuvent demander à en bénéficier auprès de l'autorité administrative, afin qu'elles puissent être dotées de nouvelles compétences en matière de gestion collective de l'eau. En d'autres termes, cette personne morale acquiert alors une fonction supplémentaire liée à ce nouveau statut, sans pour autant que sa nature juridique première soit remise en cause. Il peut ainsi s'agir de regroupements d'exploitants agricoles et/ou de propriétaires de biens fonciers irrigués ou irrigables, mais également de chambres d'agriculture⁷¹⁹, d'un établissement public ou une d'une collectivité territoriale, ou encore d'une personne morale de droit privé telle qu'une association syndicale libre.

Son périmètre, sa désignation et ses compétences sont réglementés par les articles R. 211-111 et suivants du Code de l'environnement⁷²⁰. L'objectif de cette démarche est justement la délimitation d'un périmètre de gestion de l'eau au sein duquel l'OUGCE a compétence pour organiser les prélèvements de la ressource par le biais d'un plan annuel de répartition des prélèvements⁷²¹. Pour ce faire, cet organisme permet notamment de bénéficier d'une autorisation unique pluriannuelle de prélèvement de l'eau pour l'irrigation⁷²², évitant ainsi à chacun des irrigants de demander une autorisation individuelle à cette fin. Une seule autorisation environnementale pluriannuelle est délivrée par arrêté préfectoral pour une durée

⁷¹⁷ HERNANDEZ-ZAKINE C., L'organisme unique de gestion collective de l'eau : porteur de l'intérêt général environnemental, catalyseur des initiatives collectives sur les territoires, *RD rur.* 2014, n° 426, étude 14.

⁷¹⁸ L'article L. 211-3 II 6° du Code de l'environnement invite le gouvernement à prendre un décret encadrant les modalités selon lesquelles l'autorité administrative peut « *Délimiter des périmètres à l'intérieur desquels les autorisations de prélèvement d'eau pour l'irrigation sont délivrées à un organisme unique pour le compte de l'ensemble des préleveurs irrigants. Dans les zones de répartition des eaux, l'autorité administrative peut constituer d'office cet organisme. L'organisme unique peut faire participer les préleveurs irrigants dans son périmètre et, le cas échéant, d'autres contributeurs volontaires aux dépenses liées à cette mission* ».

⁷¹⁹ Cette hypothèse est prévue par l'article L. 514-5 du Code rural et de la pêche maritime, et réaffirmé par la jurisprudence administrative (CAA Nantes, 15 avril 2016, n° 14NT02334).

⁷²⁰ Décret n° 2007-1381 du 24 septembre 2007 relatif à l'organisme unique chargé de la gestion collective des prélèvements d'eau pour l'irrigation et modifiant le code de l'environnement, JORF du 26 sept. 2007, p. 15745.

⁷²¹ Code de l'environnement, art. R. 211-112.

⁷²² En application des articles R. 214-31-1 et suivants du Code de l'environnement.

maximum de quinze ans⁷²³. Ce processus collectif de gestion de l'irrigation illustre la co-construction de la norme environnementale. En effet, le plan de répartition est élaboré par l'organisme unique en fonction des besoins de chaque usager, avant d'être homologué par l'autorité administrative qui avertit chacun d'entre eux, de la quantité et des conditions dans lesquelles ils sont autorisés à prélever la ressource⁷²⁴.

Cet outil est donc intéressant dans le sens où il permet d'instituer des organes collectifs de gestion de la ressource, et suppose donc une organisation concertée entre les différents acteurs et utilisateurs de la ressource à l'échelle d'un sous-bassin. Ce dispositif innovant de gestion collective de l'eau démontre, de plus, l'évolution de la place de l'Etat dans la répartition de l'eau, puisque son rôle se réduit à encadrer les activités de prélèvement en s'assurant de la disponibilité de la ressource, et homologue sa répartition⁷²⁵. Pourtant, la dimension sectorielle de cette gestion collective peut être discutée, et met en exergue l'importance des intérêts économiques et agricoles sur les intérêts environnementaux. En effet, la gestion collective de la ressource organisée par la loi a pour unique objet l'irrigation agricole, ce qui semble mettre au jour le fait que les objectifs environnementaux d'une part, et économiques d'autre part sont difficilement conciliables. L'irrigation n'est pas l'unique problématique liée à la gestion économe de l'eau, puisque l'alimentation d'étangs à usage piscicole nécessite une gestion coordonnée de la ressource, et est également soumise à des procédures administratives. En effet, en Dombes, les exploitants d'étangs sont soumis à l'obligation de détenir d'une autorisation de vidange périodique individuelle qui leur permet d'exercer leurs activités agricoles et piscicoles. Cette autorisation environnementale est délivrée en application de la nomenclature des installations, ouvrages, travaux et activités sur l'eau et les milieux aquatiques, dite « IOTA »⁷²⁶, et plus précisément au titre de la vidange périodique d'un plan d'eau⁷²⁷.

Le « Syndicat des étangs », qui regroupe exploitants et propriétaires, est l'intermédiaire principal entre les exploitants et l'autorité administrative chargée de la délivrance de ces

⁷²³ Code de l'environnement, art. R. 214-31-2.

⁷²⁴ Code de l'environnement, art. R. 214-31-3.

⁷²⁵ Voir sur ce point, Conseil d'Etat, *L'eau et son droit*, préc.

⁷²⁶ Cette nomenclature est annexée à l'article R. 214-1 du Code de l'environnement.

⁷²⁷ Son remplissage n'étant soumis à autorisation qu'à la création du plan d'eau, sa nature d'étang n'étant pas remise en cause par l'asselement cyclique assec/évolage. Concernant l'autorisation de remplissage, voir la rubrique 3.2.4.0. : « 1° Vidanges de plans d'eau issus de barrages de retenue, dont la hauteur est supérieure à 10 m ou dont le volume de la retenue est supérieur à 5 000 000 m³ (A) ;

2° Autres vidanges de plans d'eau, dont la superficie est supérieure à 0,1 ha, hors opération de chômage des voies navigables, hors piscicultures mentionnées à l'article L. 431-6, hors plans d'eau mentionnés à l'article L. 431-7 (D). Les vidanges périodiques des plans d'eau visés au 2° font l'objet d'une déclaration unique ».

autorisations. En effet, cette structure corporative accompagne l'ensemble de ses membres dans les démarches administratives nécessaires à l'exploitation des étangs, tant au titre du droit de l'eau que du droit des espèces protégées⁷²⁸. Dès lors, on peut se demander si le Syndicat des étangs qui participe activement à l'organisation de la gestion de l'eau et de l'environnement dans son périmètre, à la manière d'un organisme unique de gestion collective, ne pourrait bénéficier du statut d'un OUGCE renouvelé qui verrait sa compétence étendue à la gestion des étangs. En effet, il pourrait être envisagé d'élargir les compétences de ces organismes uniques de gestion, afin de gérer de façon collective la répartition de l'eau à l'échelle d'un territoire complexe comme celui de la Dombes, à des fins non pas d'irrigation, mais d'exploitation piscicole. Cette éventualité nécessiterait de modifier l'objet législatif des OUGCE déterminé par l'article L. 211-3 du Code de l'environnement en supprimant la mention des prélèvements d'eau à des fins d'irrigation, au profit d'une expression plus large telle que « prélèvements d'eau à des fins agricoles », et ce, sans nécessairement modifier le régime de ces organismes.

Dans ce cas, devenu OUGCE à compétence élargie, le Syndicat des étangs serait susceptible d'être destinataire d'une autorisation de vidange collective pluriannuelle et responsable d'un plan de gestion de l'eau sous le contrôle de l'autorité administrative. Adaptée à ce territoire, une telle structure pourrait ainsi se substituer aux usagers de la ressource dans leurs relations à l'administration, et garantirait ainsi une construction collective de la norme par le biais de la négociation du plan de gestion. L'institution d'un tel cadre juridique aurait pour conséquence une simplification certaine de la gestion locale de l'eau. La mise en œuvre du régime de gestion collective de la ressource correspondrait à une simplification des relations des usagers à l'administration, sans pour autant simplifier leur rapport juridique à la ressource en elle-même, en termes de propriété, d'usage et de police administrative. En outre, cette intermédiation de l'OUGCE entre l'utilisateur de la ressource et l'administration ne vaut que pour la délivrance de l'autorisation de prélèvement et les modalités de l'usage de l'eau, mais les éventuelles sanctions liées à la mise en œuvre de l'autorisation répondent au droit commun⁷²⁹. En effet, la loi n'a pas prévu que le préfet puisse déléguer son pouvoir de police administrative à cet organisme. Ainsi, l'action mais également la responsabilité de l'OUGCE restent limitées à la phase d'organisation des prélèvements de

⁷²⁸ Notamment pour ce qui concerne les autorisations dérogeant à l'interdiction de porter atteinte aux individus de cormorans (cf. *infra*).

⁷²⁹ L'article R. 214-31-4 du Code de l'environnement dispose en ce sens : « *Les prélèvements d'eau pour l'irrigation au sein du périmètre de gestion collective sont soumis aux contrôles et sanctions prévus à l'article L. 181-16 et au chapitre VI du titre Ier du livre II de la partie législative du présent code* ».

la ressource. L'élargissement de l'objet de cette institution pourrait également conduire à un élargissement de ses compétences dans le sens où elle pourrait être dotée d'un pouvoir de contrôle dans la gestion collective, et permettre l'adoption de mesures de gestion propre à résoudre un mauvais usage de la ressource ou un différend entre usagers. Une telle hypothèse tendrait à approfondir la gestion collective en instaurant une véritable responsabilité de l'usager envers les autres membres de l'organisme, mais également de ce dernier vis-à-vis de l'autorité administrative, en tant que garant de la bonne gestion de la ressource.

En tout état de cause, en l'état actuel du droit de l'environnement, si l'OUGCE n'est pas, un outil susceptible d'être mis en œuvre en Dombes, du fait de son objet, le modèle qu'il constitue, si son objet était étendu et adapté, au moins dans son aspect d'encadrement collectif des démarches administratives individuelles. De la simplification des rapports à l'administration en ce que l'autorisation de vidanges qui était individuelle, serait alors demandée de façon collective et répartie entre ces membres.

b. De la gestion collective aux nouveaux modes de gestion publique de l'eau

La gestion collective de la ressource en eau emporte plusieurs nécessités. D'abord, la nature du droit applicable doit être identifiée. Comme cela a été mentionné, le droit local parfois coutumier, et en tout cas parallèle au droit commun, est absorbé par le droit législatif.

Ce constat conduit à s'interroger sur la façon dont le droit positif tend à la transformer en une gestion publique. Se pose ensuite la question de la légitimité à intervenir pour les autorités publique et les personnes publiques, avant de savoir quelles sont celles qui produisent le droit applicable et qui en contrôle la mise en œuvre. D'abord essentiellement privé, le droit applicable à la gestion des ressources naturelles se mue en droit administratif avec la construction du droit de l'environnement fondé sur la préservation de l'intérêt général au sein duquel l'environnement est inclus⁷³⁰. Les compétences de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs groupements évoluent pour une gestion et une protection optimisée de l'environnement⁷³¹. Des perspectives de gestion collective sont offertes par d'autres institutions de gestion de l'eau et de l'environnement qui sont instituées afin d'intervenir à une échelle écologiquement cohérente, associant personnes publiques et personnes privées.

⁷³⁰ Sur la nature administrative du droit de l'environnement, cf. *infra*.

⁷³¹ NAIM-GESBERT E., *Droit général de l'environnement*, préc. p. 57.

La constitution des récents établissements publics de coopération environnementale (EPCE)⁷³², à la compétence environnementale très large, permet ainsi aux collectivités territoriales de mettre en commun leurs moyens, leurs compétences et leurs projets en faveur de l'aménagement de leur territoire dans une perspective d'efficacité opérationnelle et de sécurité juridique des projets. Créés par la loi dite « Biodiversité »⁷³³ de 2016, ils regroupent les collectivités territoriales, l'État et les organismes de protection et de gestion de l'environnement. Pour autant, leur régime et leur organisation, calqués sur ceux des établissements publics de coopération culturelle préexistants, démontrent qu'il s'agit essentiellement d'une voie de mutualisation des moyens des collectivités territoriales⁷³⁴.

Leur composition est critiquable dans le sens où, dans certains territoires, les filières professionnelles exploitant les ressources naturelles dans une perspective de développement durable pourraient être légitimes à prendre part à l'activité de ces établissements publics en tant qu'utilisateur et gestionnaire de la ressource en eau. On s'étonne ainsi du choix opéré par le législateur de recourir au modèle d'établissement public de coopération entre collectivité, qui exclu par nature la présence de personnes privées en son sein, et non pas d'une structure mixte qui aurait permis une telle cogérance permettant la représentation de l'ensemble des intérêts concernés, sur le modèle du Comité de bassin ou de la Commission locale de l'eau.

Volontairement dotés d'une compétence large, ces nouveaux organismes sont pourtant susceptibles de créer un concours de compétences avec les établissements publics sectoriels, au premier chef desquels l'on retrouve, en ce qui concerne la gestion de l'eau, les établissements publics territoriaux de bassin (EPTB). L'action de ces derniers a pour objet « à l'échelle d'un bassin ou d'un groupement de sous-bassins hydrographiques, la prévention des inondations et la défense contre la mer; la gestion équilibrée et durable de la ressource en eau, ainsi que la préservation, la gestion et la restauration de la biodiversité des écosystèmes aquatiques et des zones humides et de contribuer, s'il y a lieu, à l'élaboration et au suivi du schéma d'aménagement et de gestion des eaux »⁷³⁵. De leur côté, les EPCE sont dotés d'un champ de compétences large susceptible, en ce qui concerne la gestion de l'eau, d'intégrer celle des EPTB. L'évolution du droit public de l'environnement conduit à constater l'existence d'organismes publics différents dont les fonctions peuvent être similaires dans le

⁷³² Décret n° 2017-402 du 27 mars 2017 relatif aux établissements publics de coopération environnementale, JORF du 29 mars 2017, texte n° 3.

⁷³³ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, préc.

⁷³⁴ Code général des collectivités territoriales, art. L. 1431-1 et s.

⁷³⁵ Code de l'environnement, art. L. 213-12.

sens où, EPCE comme EPTB ont pour objet, à une échelle écologique pertinente – le bassin versant d'un cours d'eau – la gestion durable de la ressource en eau et des milieux aquatiques.

La complexité de l'organisation publique de la gestion de l'eau est d'autant plus importante que les actions de ces EPTB peuvent également être relayées à une échelle inférieure, à travers l'adoption d'un « contrat de rivière » et la création de syndicats mixtes chargés de les mettre en œuvre et d'assurer la gestion de l'eau et des milieux aquatiques : entretien des cours, des ouvrages hydrauliques publics, éventuellement des fossés. On en compte deux en Dombes dont les agents apportent une compétence technique importante aux structures professionnelles locales en ce qui concerne la compréhension et la gestion des bassins versants, il s'agit du Syndicat mixte la Veyle et celui de la Chalaronne. Dotés de compétences principalement techniques, les acteurs publics locaux sont pourtant à l'origine de la création d'un certain nombre d'initiatives, à commencer par les « contrats de rivière », qui sont des engagements conventionnels pris par les collectivités territoriales pour une durée déterminée et qui mettent en exergue le phénomène de « co-élaboration » du droit local de la gestion et des protections de l'eau et des milieux aquatiques⁷³⁶. Néanmoins, Philippe Billet a pu démontrer que l'effet juridique des contrats de rivière est assez faible puisque le fait d'y contrevenir n'entraînerait pas de sanction en tant que telle, tout au plus, un tel manquement pourrait être sanctionné d'une absence de subvention pour la réalisation de travaux sur les milieux aquatiques⁷³⁷. La responsabilité de la gestion incombe donc à la structure chargée du contrat de rivière pour le compte des collectivités adhérentes.

On observe donc une multiplication des structures et des outils de gestion publique de l'eau, sans pour autant garantir une véritable gestion collective de la ressource. Quoi qu'il en soit, ces outils sont propres à une gestion écosystémique de la ressource en eau puisque fondée sur une logique de bassin. L'idée est donc d'harmoniser la gestion de l'eau en instituant un organisme unique. Paradoxalement, cette logique semble profondément remise en cause à la fois par les potentielles compétences attribuées aux EPCE, ainsi que par les compétences élargies en matière de gestion de l'eau et de l'environnement aux collectivités territoriales⁷³⁸. L'on distingue donc clairement la constitution d'établissements publics aux prérogatives de plus en plus étendues, en charge d'exercer des compétences de plus en plus

⁷³⁶ GAZZANIGA J.-L. et a., *Le droit de l'eau*, préc., p. 226.

⁷³⁷ BILLET Ph., Les approches volontaires et les principes en droit de l'environnement, préc., p. 108 ; et BILLET Ph., La protection contractuelle de l'environnement. A propos de certaines conventions de gestion des espaces naturels, in HAUTEREAU-BOUTONNET M. (dir.), *Les contrats et l'environnement*, préc., p. 251 et s.

⁷³⁸ DROBENKO B., Droit de l'eau (2015-2017), *RJE* 2017, n° 4, p. 200.

larges, sans pour autant opérer une véritable rationalité dans la gestion juridique de la ressource en eau.

II. Un droit territorialisé d'une efficacité relative

Le droit, quelle que soit sa source, a nécessairement un champ d'application, lequel champ connaît deux limites : une limite territoriale d'une part, et une limite matérielle d'autre part⁷³⁹. Ces limites sont territoriales d'abord (*ratione loci*) dans le sens où il convient de définir sur quel espace géographique la norme considérée doit être mise en œuvre, matérielles (*ratione materiae*) ensuite, puisqu'il s'agit de définir son champ d'application : à quelles activités s'impose telle règle par exemple. Et enfin, ces limites sont organiques (*ratione personae*), dans le sens où il suppose d'identifier l'autorité qui édicte la norme.

A priori, l'édiction de la règle de droit repose sur le principe selon lequel la France est une République indivisible⁷⁴⁰, ce qui suppose que la règle de droit s'impose sur l'ensemble du territoire national afin d'exclure les inégalités devant la loi. Pour autant, le territoire est « fractionnable »⁷⁴¹, et le droit n'exclut pas les différenciations lorsque cela est nécessaire et justifié, sous réserve de garantir l'effectivité du principe d'égalité : égalité catégorielle. L'uniformité des principes juridiques du droit commun n'interdit pas la différenciation de leur mise en œuvre, puisque chaque territoire présente des caractéristiques et des problématiques différentes, et qui n'implique pas la même réponse en droit. L'application de la norme est véritablement conditionnée par le territoire. Ce conditionnement est double et traduit l'impératif selon lequel le contenu de la norme est lié au territoire sur lequel elle produit ses effets⁷⁴². D'une part, la même règle est susceptible de connaître une application différenciée sur le territoire ; et d'autre part, les spécificités du territoire nécessitent l'adoption de règles propres. Indéniablement, un territoire particulier nécessite une norme adaptée selon le principe « *according to discretion* » développé par Locke⁷⁴³, et qui permet la mise en œuvre d'une même norme mais au gré des adaptations par le règlement local. La décentralisation,

⁷³⁹ JANIN P., *L'espace en droit public interne*, Lyon 3, thèse dactyl., 1996, p. 25.

⁷⁴⁰ Ainsi que le proclame la Constitution du 4 octobre 1958 en son article 1.

⁷⁴¹ MADIOT Y., Vers une territorialisation du droit, *RFDA* 1995, p. 946.

⁷⁴² BILLET Ph., Le formatage juridique des zones exposées à un risque naturel majeur, in *Mélanges offerts à Hélin J.- C.*, Litec, 2004, p. 99.

⁷⁴³ Second traité du gouvernement civil, préc.

débutée en 1982 avec l'adoption des lois dites « Defferre »⁷⁴⁴ sont le plus bel exemple de territorialisation en droit public, les collectivités étant dotées de compétences dans divers domaines leur permettant d'adopter des normes adaptées aux spécificités leurs territoires, sans remettre en cause le régime général constitué de règles générales.

En ce qui concerne la norme environnementale, Yves Jégouzo considère le territoire comme le substrat de la règle applicable : « *la nécessité de territorialiser la norme environnementale est une évidence. Pour une part importante, le droit de l'environnement repose sur la délimitation de territoires spécifiques qui serviront de cadre à l'application de la règle adaptée à la gestion de tel ou tel milieu* ». Il rappelle que « *ces territoires peuvent être conçus comme devant définir le champ d'application de règles définie de manière uniforme au niveau national ou maintenant communautaire* »⁷⁴⁵. Le droit de l'environnement a longtemps été guidé pas une vaine « *obsession du territoire* » qui « *ne crée que des obligations de moyen* » : les périmètres de protection n'étaient alors pas déterminés en fonction de résultats escomptés, mais uniquement selon des opportunités socio-politiques locales, selon Chantal Cans⁷⁴⁶. Cette dernière estime que la définition de ces périmètres de protection n'est pas toujours guidée par des critères scientifiques, à l'image des parcs naturels régionaux et des cœurs de parcs nationaux. L'auteur remarque cependant que le droit intègre peu à peu des critères scientifiques dans la détermination de périmètres à protéger, à l'image des zones humides⁷⁴⁷. La définition d'un certain nombre de critères techniques et scientifiques et la prise en compte des particularités socio-économiques locales permettent au droit de s'appliquer de façon adaptée et spécialisée. L'exemple de la Dombes comme un objet particulier d'une loi est à cet égard particulièrement évocateur (A). Pour autant, cette démarche nécessite de définir le territoire de la Dombes afin d'en déterminer les limites (B).

A. *L'adoption d'une loi territorialisée par le législateur*

Le droit édicté à l'échelle national n'a pas uniquement pour objectif d'harmoniser sur l'ensemble du territoire des modalités d'usages de l'eau ou des étangs. Ainsi certaines lois ont

⁷⁴⁴ Lois n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, JORF du 3 mars 1982, p. 730 ; et n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les départements, les régions et l'Etat, JORF du 9 janv. 1983, p. 215.

⁷⁴⁵ JEGOUZO Y., Existe-t-il un territoire pertinent ?, in FOUCHER K. et ROMI R., *La décentralisation de l'environnement : Territoires et gouvernance*, PUAM, 2006, p. 122.

⁷⁴⁶ CANS Ch., Du milieu à la zone protégée : la territorialisation de la protection des milieux naturels, in CAMPROUX-DUFRENE et M.-P. DUROUSSEAU M. (dir.), *30 ans de protection de la nature, bilan et perspectives*, 2007, p. 89.

⁷⁴⁷ En application de l'article L. 211-1 du Code de l'environnement.

pu être adoptées par le législateur afin de réglementer certaines pratiques à l'échelle locale. Une telle démarche permet à la loi de revenir sur des usages passés, d'enterrer des coutumes anciennes et persistantes, sa légitimité étant considérée comme plus importante (de droit divin sous l'ancien régime, ou déduite de la représentation nationale). C'est une légitimité nouvelle ainsi qu'un moyen juridique permettant de supplanter les usages locaux que sont venus requérir auprès de la toute jeune République certains représentants de la Dombes à la fin du XVIII^{ème} siècle qui prétendaient assécher les étangs (2).

1. *L'adoption de lois de territoire*

La territorialisation de la norme juridique est une notion particulièrement ambiguë. En effet, elle suppose soit, d'énoncer une évidence, à savoir le fait qu'une norme s'applique sur un territoire donné, soit de sous-entendre que sur tel ou tel territoire, au sein de l'ordre juridique global (national par exemple), la norme s'applique de manière différenciée⁷⁴⁸. Cette dernière hypothèse ne semble pouvoir être admise si l'on considère le droit comme un système normatif strictement ordonné et fondé sur l'uniformisation de sa mise en œuvre. En outre, la territorialisation doit essentiellement être envisagée dans une perspective publiciste du droit puisqu'elle «*découle de l'existence de découpages territoriaux à l'intérieurs desquels ont été instituées des structures et des autorités disposant d'une compétence territoriale*»⁷⁴⁹. De ce point de vue, l'idée de territorialisation est consubstantielle au droit contemporain eu égard, d'une part à son internationalisation et son européanisation, et d'autre part à la décentralisation⁷⁵⁰. La territorialisation suppose alors la prise en compte la spécificité et la diversité des territoires dans l'application de règles de droit édictées par la loi⁷⁵¹.

Ce concept de territorialisation semble aujourd'hui être en passe d'arriver à son paroxysme puisqu'un projet de réforme de la Constitution de 1958 a été soumis au Conseil d'Etat et envisagerait d'attribuer des compétences différenciées à des collectivités territoriales d'un même échelon⁷⁵². Ce phénomène conduirait ainsi à la territorialisation du droit à la

⁷⁴⁸ PONTIER J.-M., La problématique du territoire et du droit, in M. Doat, J. Le Goff et Ph. Pédrot (Dir.), *Droit et complexité, pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, PUR, 2007, p. 42.

⁷⁴⁹ Idem.

⁷⁵⁰ MADIOT Y., Vers une « territorialisation » du droit, *préc.*

⁷⁵¹ AUBY J.-B., Réflexion sur la territorialisation du droit, in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de J.-C. Douence*, Dalloz, 2006, p. 1.

⁷⁵² Avis de l'assemblée générale du Conseil d'Etat du 7 décembre 2017, n° 393651, *AJDA* 2018, p. 468, note Montecler ; également Cons. Constit., 26 janvier 1995, DC n° 94-358, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF du 1^{er} janv. 1995, p. 1706.

différenciation territoriale. Cette expression suppose de proposer aux collectivités territoriales et autorités administratives locales de faire l'objet ou de prendre des décisions administratives conduisant à leur voir appliquer un statut ou un régime juridique particulier. A cet égard, le droit commun des collectivités territoriales pourrait se voir marginaliser face au pouvoir d'initiative et d'innovation juridique des personnes publiques locales. Dans le même esprit, l'expérimentation d'un pouvoir de dérogation accordé au préfet de département répond également à un objectif de différenciation territoriale, ou en tout cas d'une application asymétrique des principes juridiques communs. En effet, le décret du 29 décembre 2017 permet à l'autorité administrative de déroger aux normes édictées par l'autorité étatique, par l'application de décisions non réglementaires⁷⁵³. Cette faculté peut être exercée notamment en matière d'environnement, d'aménagement du territoire et d'urbanisme, et doit notamment être justifiée par un intérêt général et des circonstances locales. En ce sens, une décision individuelle telle qu'une autorisation environnementale pourra être adaptée aux particularités d'un territoire, sans pour autant porter une atteinte disproportionnée aux objectifs de la norme à laquelle il est dérogé. Cette expérimentation correspond à une volonté politique de mener une action publique différenciée en fonction des territoires, et cette tendance se traduit au sein du droit réglementaire⁷⁵⁴.

Pour autant, la différenciation territoriale ne semble pas être une réelle nouveauté, au regard notamment du droit des collectivités d'outre-mer, des statuts particuliers de collectivités telles que la ville de Paris ou la Métropole de Lyon, ou encore la Corse⁷⁵⁵.

Ce phénomène de spécialisation territoriale du droit se traduit donc par une application différenciée de principes communs. Il trouve également une traduction dans l'édition, à l'échelle nationale, de normes propres à des territoires particuliers. En effet, les lois, dans leur généralité, ne concernent pas nécessairement à l'ensemble du territoire français : d'une part, l'application de certaines n'est pas requise par certains territoires d'une part, alors que d'autres sont spécifiquement adaptées afin de réglementer une situation locale spécifique. Ce type de situation représente un intérêt tel qu'il impose au législateur de s'en emparer. Le droit national organise donc lui-même le droit applicable à certains territoires lorsque les caractéristiques qui leurs sont propres le justifient : la fragilité de certains espaces nécessite

⁷⁵³ Décret n°2017-1845 du 29 décembre 2017 relatif à l'expérimentation territoriale d'un droit de dérogation reconnu au préfet, JORF du 31 déc. 2017.

⁷⁵⁴ DIDRICHE O. et GUILLOU M., Une expérimentation sur le thème de l'expérimentation, *AJCT* 2018, p. 3.

⁷⁵⁵ CE, avis, 7 déc. 2017, n° 393651, *JCPA* 2018, act. 236, *AJCT* 2018, p. 207, obs. Le Chatelier ; *JCPA* 2018, n° 2138, note Pauliat.

que le législateur organise leur protection comme c'est le cas, par exemple, avec la loi « Montagne » et la loi « Littoral ». Dans un autre exemple, à propos de la protection des forêts, Philippe Billet montre qu'en la matière également, le législateur est à l'origine de réglementations plus sectorielles parallèles aux réglementations générales applicables sur l'ensemble du territoire, et ce, « *pour tenir compte des sensibilités particulières de certaines forêts aux incendies* »⁷⁵⁶. Ainsi, des lois générales souvent anciennes et issues du droit de l'Ancien Régime⁷⁵⁷, sont complétées ponctuellement par des législations spécifiques et propres à certains territoires.

La Dombes n'échappe pas à cette règle et ce, pour deux raisons. D'abord, la nationalisation de la politique locale de la Dombes est due à l'incertitude quant à l'effet néfaste ou non des étangs pendant la période révolutionnaire. Face aux querelles entre hygiénistes et « carpistes », certains nobles et notables locaux en appellent au pouvoir central⁷⁵⁸. Ensuite, la nationalisation du débat dombiste résulte de l'intérêt jugé supérieur du progrès économique et technologique symbolisé par le chemin de fer.

2. *La Dombes des étangs, objet spécifique de la loi*

Le cas de la Dombes témoigne de la façon dont l'outil législatif produit des effets sur une seule partie du territoire puisque des lois spécifiques aux étangs de la Dombes ont été adoptées. Si la loi du 11 septembre 1792 sur l'assèchement des étangs marécageux était une disposition nationale, elle n'a pas été suivie d'effets concrets, du fait de son champ d'application trop général⁷⁵⁹. En revanche, la loi du 21 juillet 1856 sur la licitation des étangs dans le département de l'Ain a été spécifique à un territoire et fondée sur des éléments factuels et actuels qui lui ont permis d'être véritablement mise en application. Contrairement à ce que pourrait laisser entendre sa dénomination, la loi sur les « étangs du département de l'Ain » a spécifiquement visé les étangs de la Dombes formant un obstacle à la construction d'une voie de chemin de fer entre Lyon et Bourg-en-Bresse.

⁷⁵⁶ BILLET Ph., La forêt fonctionnelle. La formalisation juridique de l'instrumentalisation de la forêt, *préc.*, p. 105.

⁷⁵⁷ MORIN G.-A., La continuité de la gestion des forêts françaises de l'ancien régime à nos jours, ou comment l'Etat a-t-il pris en compte le long terme, *Revue française d'administration publique* 2010, n° 2, p. 233.

⁷⁵⁸ Cf. introduction générale.

⁷⁵⁹ DEREIX J.-M., Le décret du 14 frimaire an II sur l'assèchement des étangs : folles espérances et piètres résultats. L'application du décret en Brie, *Annales historiques de la révolution française* 2001, n° 325, p. 77.

Enfin, les dispositions législatives de 1901 sur la remise en eau des étangs de la Dombes⁷⁶⁰ a également produit des effets juridiques et pratiques importants avec la remise en eau d'une partie des étangs asséchés depuis la moitié du XIX^{ème} siècle. Quels qu'aient pu être les fondements juridiques, économiques, politiques ou sociaux de ces réformes, leur efficacité a été indéniablement liée à la spécificité de leur objet comme au territoire d'application.

L'étude de ces lois particulières interrogent quant à leur efficacité dans la perspective d'une gestion optimale de l'eau et des étangs en Dombes, et sur les territoires aussi spécifiques que les régions d'étangs piscicoles, en se demandant si, finalement, la légitimité recherchée dans l'œuvre législative a véritablement permis une évolution pragmatique et efficiente vers un meilleur usage de la ressource aquatique et un meilleur aménagement du territoire de la Dombes ou d'autres régions d'étangs⁷⁶¹. Néanmoins, plus que les circonstances naturelles des régions objets de la loi, ce sont les perspectives économiques qui commandent la mise en œuvre d'importantes politiques d'aménagement ayant pour effet de remodeler profondément les paysages ruraux⁷⁶². L'effectivité de la norme est conditionnée par les outils développés pour faciliter la réalisation de l'objectif qui lui est assigné. Ainsi, contrairement aux tentatives d'assèchement des marais de 1792 et 1793, la loi de 1856 sur la licitation des étangs du département de l'Ain a instauré un régime réglementaire et fiscal fortement incitatif fondé sur la poursuite d'un but considéré comme d'intérêt général⁷⁶³.

C'est la combinaison de ces facteurs qui font observer la réussite de la loi portant exclusivement sur les étangs de la Dombes, et dont les dispositions étaient territorialisées dans le sens où ce n'est que dans cette région, avec ses caractéristiques et les projets qui y étaient alors envisagés qu'une telle loi a pu être effectivement appliquée. Effectivement, cette loi de 1856 a entraîné tant l'assèchement et la licitation d'un bon nombre d'étangs que la réalisation effective de la ligne de chemin de fer entre Lyon et Bourg-en-Bresse.

La norme est territorialisée par nature puisqu'elle ne peut exister sans être associée à un espace sur lequel elle s'applique, quel que soit son étendue. Elle émane d'un auteur dont le pouvoir normatif dépend de la compétence *ratione loci*, c'est-à-dire la circonscription de sa

⁷⁶⁰ Préc., cf. Introduction générale.

⁷⁶¹ DEREK J.-M., Le décret du 14 frimaire an II sur l'assèchement des étangs : folles espérances et piètres résultats. L'application du décret en Brie, préc.

⁷⁶² LEVREL H., et MISSEMER A., La mise en économie de la nature, contrepoints historiques et contemporains, *Revue économique* 2018, n° 0, p. 22.

⁷⁶³ Des compagnies d'assèchement ont ainsi été créées et sont devenues de « véritables entreprises capitalistes imposant une nouvelle logique sur [les] espaces et sur les populations » (DEREK J.-M., Pour une histoire des zones humides, préc.).

compétence et dont dépend l'application du droit ainsi créé. De façon corollaire, le territoire constitue le « *support indispensable de l'application des règles de droit* »⁷⁶⁴. Ce territoire doit nécessairement être identifié, sur le fondement de critères spécifiques, faute de quoi la règle de droit n'a plus de support.

B. *La recherche d'un « territoire de la Dombes » support du droit*

Le territoire est un concept à la croisée de disciplines qui s'accordent autour de l'idée selon laquelle il s'agit d'une construction humaine qui traduit une façon de s'approprier l'espace de façon très diverse⁷⁶⁵. La discipline juridique puise d'ailleurs sa terminologie dans le vocabulaire propre de la géographie⁷⁶⁶. En droit, le territoire constitue l'espace géographique délimité au sein duquel la règle de droit produit ses effets. Sa délimitation démontre que le territoire traduit une pensée humaine et ne correspond pas nécessairement à un ensemble d'éléments naturels⁷⁶⁷. En ce sens, il s'agit essentiellement d'un « *produit culturel, né de la réflexion de l'Homme, un espace qui ne vaut que par celui qui le conçoit* »⁷⁶⁸. La difficulté réside dans la diversité de conceptions de territoires. Dans sa quête d'un champ géographique d'application de la règle de droit, le juriste puise parmi les outils du droit public, et spécifiquement la matérialisation locale de la déconcentration d'une part, et de la décentralisation d'autre part. Pour autant, certains espaces sont le support de droits inédits, sans pour autant correspondre à une circonscription ou à une collectivité territoriale (1). S'impose alors un exercice d'identification d'un territoire à partir d'outils juridiques qui n'étaient pas destinés à cet objectif (2).

1. *Le « territoire perdu » de la Dombes*

Quel territoire pour une mise en œuvre déconcentrée ou décentralisée du droit ? Il convient d'envisager ce qu'on entend par territoire. Selon Jean-Marie Pontier, le territoire est avant tout l'expression d'une domination politique et ainsi, cette notion relève de l'ordre du public. Un individu possède des terres et en est maître dans le sens où il bénéficie des attributs

⁷⁶⁴ MADIOT Y., Vers une « territorialisation » du droit, *préc.*

⁷⁶⁵ DARCY G., Variations sur le concept de territoire, in *Mélanges Jacques Moreau*, Ed. Economica, 2003, p. 72.

⁷⁶⁶ KOUBI G., Construire des espaces en droit. Des vocables empruntés à la géographie, *Développement durable et territoires* 2015, n° 1 [en ligne].

⁷⁶⁷ JOLIVET S., *La conservation de la nature transfrontalière*, Mare et Martin, 2016.

⁷⁶⁸ J. MORAND-DEVILLER, « Le cadre juridique de la territorialisation de l'environnement », *La Décentralisation de l'Environnement : Territoire et Gouvernance*, PUAM, 2006, p. 13.

de la propriété privée (*usus, fructus, abusus*). D'un autre côté, le pouvoir politique gouverne sur un espace délimité dont les occupants reconnaissent la légitimité⁷⁶⁹. La traduction de cette domination politique se fait au travers des limites administratives qu'on y fixe. Dans ce domaine, il est particulièrement difficile d'identifier l'espace géographique sur lequel le droit coutumier de la Dombes, et ce qui fait donc son identité, trouve à s'appliquer (a). La gouvernance de ce « territoire » se révèle tout autant complexe à identifier (b).

a. Une difficulté sémantique dans l'identification du territoire concerné

« *La référence au territoire établit l'existence de liens objectifs entre individus et communautés situés sur une zone en continu* »⁷⁷⁰. Finalement, dès lors qu'il est possible d'identifier un territoire, ou de parler de l'existence d'un territoire, cela témoigne de la présence d'une occupation humaine plus ou moins organisée. En ce sens, comprendre ce qu'est le territoire et plus particulièrement ce que l'on peut désigner comme le « territoire de la Dombes » dépasse le seul lien entre un espace géographique et son organisation juridique. La géographie et le droit ont d'ailleurs des approches scientifiques qui paraissent différentes de prime abord, qui opposent l'analyse du réel par le géographe à sa traduction en droit, on peut avoir en effet des territoires juridiques dont les frontières ne reposent pas sur des critères géographiques⁷⁷¹.

Il existe une importante difficulté pour la Dombes comme tous les « *territoires d'identification* »⁷⁷² : celle-ci est liée au fait qu'ils correspondent à des réalités géologiques, naturelles et paysagères, mais également à des réalités sociales et économiques. Tout ceci pousse leurs habitants, ou du moins une partie d'entre eux, à s'y identifier, s'y attacher. Une telle identification évoque la notion de « pays ». Il n'est d'ailleurs pas rare d'entendre ou de lire l'expression « pays de Dombes »⁷⁷³ puisqu'il s'agit de l'un des quatre pays du département de l'Ain aux côtés de la Bresse, du Bugey et du Pays de Gex, et qu'il s'agissait de son appellation officielle au moment du rattachement de la Dombes à la France⁷⁷⁴. La notion de « pays », en sciences sociales, révèle pour les habitants du territoire concerné, une

⁷⁶⁹ PONTIER J.-M., La problématique du territoire et du droit, *préc.*, p. 39

⁷⁷⁰ BIOY X, Territoires et identité de la personne, *préc.*, p. 874.

⁷⁷¹ PERRET J.-M., Pour une géographie juridique, *Annales de géographie* 1994, p. 520.

⁷⁷² BIOY X, Territoires et identité de la personne, *préc.*, p. 873.

⁷⁷³ Par exemple, MANCERON V., Le pays de Dombes et ses mises en images, *Ruralia* 2006, n° 18-19 [en ligne].

⁷⁷⁴ En témoigne le Décret du 27 septembre 1791 portant réunion à la France du pays de Dombes et dépendances

recherche de reconnaissance et témoigne de la construction d'une identité locale⁷⁷⁵. Le pays, en ce sens, est lié à une identité territoriale et l'existence d'une culture propre dans laquelle les occupants de la région considérée se retrouvent. Cette notion a connu une concrétisation en droit puisque la loi dite « Pasqua » de 1995⁷⁷⁶ a créé la possibilité d'instaurer des pays, prenant ainsi la forme d'un outil d'aménagement du territoire. Ainsi, « *lorsqu'un territoire présente une cohésion géographique, culturelle, économique ou sociale, la commission départementale de la coopération intercommunale constate qu'il peut former un pays* », le pays exprime « *la communauté d'intérêts économiques et sociaux ainsi que, le cas échéant, les solidarités réciproques entre la ville et l'espace rural* ». La loi du 16 décembre 2010 a supprimé la possibilité de créer de nouveaux pays⁷⁷⁷.

Pour autant, ce pays de Dombes n'est pas un territoire dans le sens où l'entend véritablement le droit public, et il n'a d'ailleurs pas été institué en pays au sens de la loi de 1995 précitée. Le territoire d'un Etat, en droit international, est identifié grâce à ses frontières et, plus encore, est un élément constitutif de l'Etat lui-même. En droit des collectivités territoriales, le territoire d'une commune (et a fortiori des autres collectivités ou groupements de collectivités) est constitué de ses limites administratives. Quoi qu'il en soit, pour le juriste, le territoire est l'espace délimité et reconnu sur lequel s'exerce la juridiction d'une entité légitime à qui l'on a confié le pouvoir de l'administrer.

Il semble donc exister un décalage entre les réalités juridiques et géographiques⁷⁷⁸, ce qui est susceptible de créer une confusion dans la détermination du territoire, emportant notamment une confusion entre deux « pays d'étangs » voisins, dès lors qu'il n'existe pas de frontières matérialisées : la Dombes et la Bresse. Les rivières qui bordent le territoire de la Dombes ont toujours eu un rôle majeur dans son développement et celui des étangs. C'est notamment le cas de la Saône, qui longe le plateau de la Dombes à l'ouest. L'apparence d'isolement de la Dombes est donc toute relative du fait de la connexion avec la Saône, qui jouxte à la fois les étangs de la Dombes et ceux de la Bresse. Ces deux régions géographiques⁷⁷⁹ appartiennent au bassin versant de la Saône, c'est-à-dire que l'eau qui y

⁷⁷⁵ MANCERON V., Le pays de Dombes et ses mises en images, préc.

⁷⁷⁶ Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF du 5 février 1995, p. 1973.

⁷⁷⁷ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, JORF du 17 déc. 2010, p. 22146.

⁷⁷⁸ MELE P. Pour une géographie du droit en action. Géographie et cultures, L'Harmattan, 2009, p. 25.

⁷⁷⁹ Et non administratives : la Dombes est comprise dans le département de l'Ain et la Bresse s'étend sur le territoire de la Saône-et-Loire et de l'Ain.

ruisselle se jette dans cette dernière ou ses affluents. Leur proximité géographique et leur connexité hydrologique en font deux territoires irrémédiablement liés.

La Dombes et la Bresse correspondent à deux territoires contigus mais aux destins historiques parsemés de difficultés, en faisant des régions si proches mais si éloignées à la fois. En effet, il s'agit là de territoires de « confins »⁷⁸⁰, en marge des royaumes féodaux puisque situés aux frontières de ceux-ci, notamment à l'époque de la dislocation de l'empire carolingien⁷⁸¹. Alors que localement, les dombistes d'aujourd'hui s'attachent à se distinguer des bressans voisins, des confusions concernant cette différence persistent longtemps parmi les historiens du XIX^{ème} siècle⁷⁸². Cette confusion est entretenue par l'apparente unité dans le champ d'application des usages locaux de la Dombes et de la Bresse. On en veut pour preuve, l'ouvrage de référence du droit coutumier dombiste, le « Truchelut », démontre la mise en œuvre d'un régime juridique coutumier uniforme pour ces deux régions d'étangs fortement liées. D'après le titre de l'ouvrage, il est ainsi question des « *usages et coutumes des étangs de la Dombes et de la Bresse* »⁷⁸³. De façon plus ancienne encore, les ouvrages de Revel⁷⁸⁴ et de Collet⁷⁸⁵ mentionnent pour leur part les « *statuts de Bresse* » ou les usages « *des pays de Bresse* ». Néanmoins, bien qu'il existe une indéniable proximité entre l'exploitation traditionnelle des étangs piscicoles en Dombes et en Bresse⁷⁸⁶, le Truchelut ainsi que les œuvres de référence qui l'ont précédé, s'appuient majoritairement sur des exemples et des faits propres au territoire de la Dombes. Du point de vue du droit coutumier, et plus exactement des usages locaux, contemporain, il existe une véritable différenciation dans le régime applicable aux étangs de la Bresse et de la Dombes. En effet, le recueil des usages locaux du département de la Saône-et-Loire très récemment modifiés ont acté cette différence de régime⁷⁸⁷. La version de 2006 de ces usages locaux énonçait : « *Tout exploitant d'un étang est tenu de creuser ou de curer, à ses frais, son fossé de vidange, quand le besoin s'en fait sentir. Ce fossé sera creusé sur une longueur de 50 m, sauf si les terrains inférieurs ont une faible pente, cette longueur sera de 100 m. La distance est mesurée à partir de la levée* ».

⁷⁸⁰ Selon l'expression de l'archéologue André Buisson : La Dombes avant la Dombes !, in BAILLY G. et BILLET Ph. (dir.), *Aspects contemporains du droit coutumier en Dombes*, actes du colloque éponyme du 7 octobre 2017, à paraître aux éditions L'Harmattan.

⁷⁸¹ Voir les développements consacrés par Vanessa Manceron au « flou territorial » entre Bresse et Dombes dans sa thèse (préc., pp. 35 et s.).

⁷⁸² *Idem*, spéc. p. 37.

⁷⁸³ TRUCHELUT A., préc.

⁷⁸⁴ Daté de 1665.

⁷⁸⁵ Daté de 1698.

⁷⁸⁶ Notamment en ce qui concerne leur pêche. Encore aujourd'hui, les étangs de Bresse sont vidés et pêchés à l'aide de filets tirés à bras d'homme de la même manière qu'en Dombes.

⁷⁸⁷ Voir Rapport et avis du Conseil Départemental de Saône-et-Loire du 31 mars 2017, n° 302, p. 10 et suiv., et plus spé. art. 42-43, p. 23, et p. 30 pour le détail des évolutions concernant la gestion des étangs.

Dorénavant, « *Tout exploitant d'un étang est tenu d'entretenir, à ses frais, son fossé de vidange, selon le cadre d'intervention de la charte Zones Humides, quand le besoin s'en fait sentir* ». Ainsi, on observe la similitude avec les indications de Truchelut concernant la longueur des fossés de vidange. Jusqu'en 2006, le même régime était donc applicable à la création des fossés de vidange des étangs en Bresse et en Dombes. Aujourd'hui, l'impératif de préservation des zones humides l'emporte sur le respect de règles multiséculaires édictées dans un contexte technique particulier et dont l'absence de mise en œuvre sur le territoire de la Bresse ne permet plus de la qualifier de coutumière. En outre, le recueil des usages locaux s'appuie sur un outil conventionnel particulier : la Charte départementale « Zones humides et travaux hydrauliques ruraux »⁷⁸⁸. La gestion, même traditionnelle, des étangs en Bresse bourguignonne intègre donc aujourd'hui les impératifs environnementaux. Dès lors, l'attention portée aux étangs de la Bresse qui demeurent est d'avantage patrimonial : un patrimoine culturel caractérisé par l'attachement de certains villages notamment aux pêches traditionnelles des étangs en Bresse bourguignonne.

Il est toutefois nécessaire de mentionner que la filière piscicole sur le territoire de la Bresse n'est pas aussi emblématique ou importante qu'elle peut l'être en Dombes. Ainsi, c'est l'importance économique de la filière qui « porte » le modèle de la Dombes contrairement à celui de la Bresse qui, les pratiques agricoles évoluant, a périclité pour ne voir subsister qu'un attachement culturel à l'exploitation de certains étangs. Quoi qu'il en soit, Dombes comme Bresse demeurent des « régions » du département de l'Ain dépourvues d'autonomie institutionnelle, rendant d'autant plus difficile leur identification, et partant, leur distinction.

b. L'absence d'une administration territoriale de la Dombes

La perception du droit public commun conduit à imaginer que la reconnaissance d'un territoire passe impérativement par l'existence d'une entité qui l'administre. Pour autant, a question de savoir si le territoire est nécessairement animé par un organisme disposant d'une personnalité juridique, a fortiori une personnalité de droit public, se pose légitimement. Le territoire ne peut-il être « qu'administré » ? Cette logique voudrait alors ne déceler l'existence juridique du territoire qu'au travers de des collectivités territoriales et de leurs groupements. La lecture de l'article L. 101-1 du Code de l'urbanisme conduit à cette interprétation. Celui-ci

⁷⁸⁸ Elaborée par la Chambre départementale d'agriculture et la Direction départementale des territoires et qui références les méthodes et moyens d'identification du régime juridique applicable à certaines parcelles (zone humide, cours d'eau...).

dispose en effet : « *Le territoire français est le patrimoine commun de la nation. Les collectivités publiques en sont les gestionnaires et les garantes dans le cadre de leurs compétences. En vue de la réalisation des objectifs définis à l'article L. 101-2, elles harmonisent leurs prévisions et leurs décisions d'utilisation de l'espace dans le respect réciproque de leur autonomie* ». On sait que le territoire peut faire l'objet de découpages multiples, voire faire l'objet d'appropriation publique ou privée. Pour autant, par cet article à portée essentiellement déclaratoire⁷⁸⁹, le législateur démontre une volonté unificatrice du territoire français et érige « la Nation » comme « *gérante obligée du patrimoine* »⁷⁹⁰. Pour autant, immédiatement après la proclamation de la patrimonialisation nationale du territoire, et donc en identifiant la Nation comme entité protectrice de celui-ci, il en délègue la gestion aux collectivités publiques. Cette expression de collectivités publiques est volontairement large. Toutefois, il est admis que l'expression « collectivités publiques », qui n'est pas des plus heureuses mais le législateur use régulièrement de notion ambiguës, désigne les collectivités territoriales⁷⁹¹, les établissements publics, ainsi que l'Etat et ses émanations. Aux collectivités locales⁷⁹² correspondent des territoires qui sont identifiés par la définition de limites administratives. Une partie du territoire « patrimoine commun de la nation » est donc confiée à chacune de ces collectivités qui a alors la charge d'en assurer la gestion en fonction des compétences que lui accordent la Constitution et la loi.

En tout état de cause, la rédaction de cette disposition suppose que la gestion, la protection et la valorisation du territoire, si elles doivent être opérées dans une perspective durable, peuvent être déléguée. La question est alors de savoir si elle peut l'être à d'autres entités collectives que les collectivités territoriales telles que les conçoit traditionnellement le droit administratif. En d'autres termes, un territoire peut-il être géré par une entité qui ne serait pas une collectivité publique ? De cette question découle l'existence même du territoire de la Dombes.

Juridiquement, il est difficilement concevable de reconnaître l'existence d'un territoire de la Dombes en tant que tel puisqu'aucune entité administrative de gestion ne peut être identifiée à cette région. Néanmoins, le mouvement de rationalisation des territoires

⁷⁸⁹ GROULIER C., Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ?, *AJDA* 2005, p. 1034.

⁷⁹⁰ SAVARIT I., Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ?, *RFDA* 1998, p. 305.

⁷⁹¹ Au sens de l'article 72 de la Constitution.

⁷⁹² Correspondant aux collectivités territoriales et leurs groupements, et plus largement, cette expression désigne les autorités investies d'un pouvoir décentralisé. Voir en ce sens AUBY J.-B., AUBY J.-F. et NÔGUELLOU R., *Droit des collectivités territoriales*, 3^{ème} éd., PUF, 2004, p. 34.

(regroupements de communes, fusions d'établissements publics à fiscalité propre) dont le but est de déterminer une échelle territoriale d'action publique la plus cohérente possible en fonction des situations locales, voit naître des regroupements de collectivités plus importants. Ainsi, la Communauté de Communes de la Dombes est née au 1^{er} janvier de la fusion de trois anciennes intercommunalités⁷⁹³. Cet établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre regroupe désormais la majorité des communes de la région géographique de la Dombes et sur lesquelles l'on trouve la plupart des « étangs de la Dombes ». Est alors identifié un territoire de coopération locale de la Dombes, mais il est également possible d'identifier un territoire d'aménagement de la Dombes à travers le territoire du futur schéma de cohérence territoriale (SCoT) de la Dombes et de la Vallée de la Saône⁷⁹⁴. Pour autant, la définition de cette nouvelle circonscription administrative semble encore difficile d'affirmer catégoriquement que ces regroupements d'EPCI et l'élargissement territorial des politiques publiques d'aménagement conduisent à identifier un véritable territoire de la Dombes. En effet, bon nombre de communes reconnues et revendiquées comme dombistes, ne figurent pas parmi les membres de cette nouvelle communauté de communes, ni ne sont pas soumises au SCoT de la Dombes. Il apparaît ainsi que, dans le cas présent, la mise en œuvre du droit des collectivités territoriales n'a pas permis de consacrer juridiquement une réalité géographique, sauf à ce que la circonscription de cette collectivité ait pris en compte cette réalité. Ce constat démontre les limites de la géographie juridique : la reconnaissance géographique d'un territoire n'implique pas sa reconnaissance juridique⁷⁹⁵.

Si la Dombes n'est pas un territoire administré en tant que tel, s'il ne constitue pas une circonscription territoriale, elle n'en demeure pas moins « animée » juridiquement par d'autres biais que le droit des collectivités.

2. Approches innovantes de la définition du territoire de la Dombes

Il est pourtant possible d'envisager plusieurs moyens juridiques pour pallier les limites du droit public général dans la définition d'un territoire. En ce qui concerne la Dombes, plusieurs éléments de droit permettent de délimiter les contours d'un territoire servant de support à la mise en œuvre du droit local, et ce, à partir de ce qui la caractérise. Cette zone géographique

⁷⁹³ Arrêté n° 01-2016-12-01-019 portant fusion des Communautés de communes Chalaronne centre, Centre Dombes et canton de Chalaronne, du 1^{er} déc. 2016.

⁷⁹⁴ Voir sur le droit local saisi par le droit de l'aménagement du territoire : Partie II, Titre I, Chapitre I.

⁷⁹⁵ BOUDET J.-F., La géographie juridique. Recherche et limite d'une définition, *Développement durable et territoires* 2015, n° 1 [En ligne].

étant considérée comme un espace naturel, il apparaît possible alors de mobiliser le droit de l'environnement à cette fin (a). En outre, l'exploitation des étangs a fait sa renommée et c'est dans un cadre associatif particulier qu'on peut déceler l'existence d'un territoire de production (b).

a. L'identification d'un territoire écologique de la Dombes

L'identification juridique d'un territoire peut aujourd'hui s'effectuer de différentes manières, et certains mécanismes du droit de l'environnement sont de ces outils. La Dombes, dans sa naturalité constitue un écosystème doté d'une importante richesse écologique. Ce constat pourrait conduire à identifier un territoire propre dans la mesure où « *la reconnaissance juridique – manifeste ou sous-jacente- de l'écosystème mène à une véritable spatialisation écologique du droit de l'environnement* »⁷⁹⁶. Ce dernier prend l'écosystème comme cadre de référence en fixant des limites d'application des normes permettant sa gestion. L'application de ce droit à cet espace délimité permet donc de déterminer la reconnaissance juridique de ce territoire naturel. La Dombes ne constitue néanmoins pas un territoire institué dans le sens où elle ne correspond pas à la délimitation d'une collectivité territoriale. Pourtant, ce type de régions existe au-delà du droit de l'administration territoriale. Plus encore, les communautés qui les font vivre s'approprient un certain nombre de mécanismes juridiques issus du droit de l'environnement afin de les structurer. Les objectifs ainsi affichés peuvent être diverses : l'aménagement du territoire (SCOT), son développement durable (PNR), la protection de ses éléments naturels distinctifs (Réserves naturelles, Parcs nationaux, sites Natura 2000), la gestion d'une ressource à une échelle cohérente (SAGE). Cependant, la mobilisation des outils du droit de l'environnement peut permettre une institutionnalisation d'un territoire écologique identifié.

Le caractère naturel de la Dombes a été consacré par la définition d'une zone naturelle d'intérêt faunistique et floristique (ZNIEFF) de type II⁷⁹⁷ qui intègre un large espace uniforme et cohérent sur lequel l'on trouve les caractéristiques naturelles identiques et qui constitue la « Dombes des étangs ». Cette région naturelle ainsi déterminée par la ZNIEFF, qui repose sur

⁷⁹⁶ NAIM-GESBERT E., *Droit général de l'environnement*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2014, p. 235.

⁷⁹⁷ ZNIEFF de type II n° 820003786 dénommée « *Ensemble formé par la Dombes des étangs et sa bordure orientale forestière* ». Voir les développements consacrés à la réponse du droit local aux objectifs du droit de l'environnement, Partie II, Titre I, Chapitre II.

la réalisation d'un inventaire du patrimoine naturel, permet de révéler l'existence d'un territoire écologiquement cohérent.

La Dombes comme territoire naturel est également consacrée par la désignation d'un « site Natura 2000 » au titre de la Directive dite « Habitats »⁷⁹⁸, identifié au sein du périmètre de la ZNIEFF de la Dombes. Cette superposition démontre la cohérence de l'identification écologique du périmètre de protection, et ce en dépit des difficultés politiques et techniques que peut faire apparaître la mise en œuvre d'un tel outil⁷⁹⁹. Bien que la désignation de la Dombes en site Natura 2000 a fait l'objet de nombreuses oppositions et réticences de la part des usagers du territoire, ce périmètre fait désormais office de référence lorsque l'on mentionne la Dombes. C'est donc à cet espace naturel qu'il est fait référence lorsqu'est évoqué le territoire de la Dombes au cours de la présente recherche.

Cependant, ces territoires fonctionnels issus de l'application du droit de l'environnement nécessitent une administration, et une gestion, généralement effectuées par une personne publique (EPCI, Syndicat mixte, Etat...). Eu égard à ces constats, on peut donc douter de la capacité du droit positif à permettre l'émergence et la reconnaissance d'un territoire indépendamment de l'existence d'une « collectivité publique ». Concernant la Dombes, la gestion du site Natura 2000 a récemment été confiée à la nouvelle Communauté de commune de la Dombes⁸⁰⁰, ce qui complexifie sa mise en œuvre puisque le périmètre de protection environnementale déborde du territoire de cet EPCI. Cette particularité amène les collectivités territoriales et leurs groupements à s'accorder sur le transfert d'une partie de leurs compétences à ce seul EPCI chargé de la gestion de l'ensemble du site. Même si on observe l'existence d'un territoire écologique cohérent, il doit être mis en lien avec le territoire administratif, qui lui ne présente pas cette cohérence écologique.

Bien que désormais, un groupement de collectivités territoriales s'est vu confier la gestion du site Natura 2000, il n'en demeure pas moins que ces outils (ZNIEFF et Natura 2000) sont initiés par l'Etat. Toutefois, il existe une forme de décentralisation du droit de l'environnement à travers un outil beaucoup plus intégré et à la disposition des collectivités territoriales : le Parc naturel régional (PNR). Cet outil semble pouvoir être mobilisé en Dombes puisqu'un PNR a été institué dans une autre région d'étang, la Brenne. Un exemple

⁷⁹⁸ Il s'agit plus exactement de deux sites puisque la Dombes fait à la fois l'objet d'une Zone de protection spéciale (ZPS n° FR8212016), et d'une Zone spéciale de conservation (ZSC n° FR8201635), en application des directives « Oiseaux » et « Habitats ».

⁷⁹⁹ DUBOIS J., Quels périmètres à protéger ? Les formes d'arbitrages territoriaux, in DUBOIS J. et MALJEAN-DUBOIS S., *Natura 2000. De l'injonction européenne aux négociations locales*, La documentation française, 2005, p. 107.

⁸⁰⁰ Voir l'information en ce sens, *Journal de la communauté de communes de la Dombes*, n° 1, juin 2018, p. 13.

de PNR autour d'étangs qu'est celui de la Brenne. La Charte du Parc Naturel Régional de la Brenne peut être étudiée à ce titre. Cette dernière identifie avec précision l'espace géographique sur lequel s'étend le parc dans le département de l'Indre⁸⁰¹. Le PNR est un projet de territoire porté par les collectivités territoriales et qui caractérise une identité particulière, un attachement à une culture locale, qui se traduit dans une démarche que l'on qualifie de développement durable. Ce projet de territoire vise en effet, la préservation d'un espace naturel remarquable, la valorisation d'une identité locale et le développement d'une activité économique liée à la mise en valeur du territoire⁸⁰². En effet, le grand avantage du PNR est de constituer une véritable institution faisant l'objet d'une gouvernance spécifique et dont le projet est animé par un syndicat mixte dont la compétence s'étend sur l'ensemble du territoire identifié. Grâce à cet outil, la Brenne par exemple, est parfaitement identifiable d'un point de vue tant géographique qu'administratif et donc juridique.

De tels « projets de territoires » imposent donc avant tout d'identifier leur assiette territoriale, qui fait l'objet d'un projet commun. Ils ne reposent pas nécessairement sur les circonscriptions administratives imposées par le droit public, mais peuvent être construits par les acteurs locaux dans un cadre juridique spécifique, de façon à redonner au territoire sa dimension culturelle en plus d'une assise géographique, révélant ainsi une identité propre. L'aspect écologique et social de ces territoires permet de renouer avec leurs « *réalités concrètes, charnelles* »⁸⁰³. A l'inverse, les nouveaux territoires administratifs (que sont les nouveaux EPCI ou les nouvelles collectivités territoriales : pôle métropolitain, métropoles...) seraient des « *concepts abstraits nés de calculs à partir d'échanges économiques, de raisonnements spéculatifs sur la rationalisation des équipements ; et la prétendue valorisation des situations se dissout dans l'artificialisation* »⁸⁰⁴.

Face à cette conception pessimiste des nouveaux territoires du droit public, il est possible de s'appuyer à la fois sur les champs géographiques d'application du droit de l'environnement, mais également de certains outils issus du droit privé afin de renouveler la notion de territoire. Finalement, la Dombes fonde son identité sur la culture d'étangs ainsi que sur le paysage que ces derniers composent, et qui en font un environnement remarquable à

⁸⁰¹ PNR de la Brenne, *Charte 2010-2022*, p. 9 [en ligne].

⁸⁰² L'article L. 333-1 du Code de l'environnement dispose en ce sens : « *Un parc naturel régional peut être créé sur un territoire dont le patrimoine naturel et culturel ainsi que les paysages présentent un intérêt particulier* ».

⁸⁰³ PONTIER J.-M., *Identité territoriale ?*, *AJDA* 2018, p. 1513.

⁸⁰⁴ *Ibid.*

plusieurs égards. La présence des étangs permet donc de caractériser son territoire, de l'identifier, de le délimiter, tant d'un point de vue environnemental qu'économique.

b. Renouveau de l'identification d'un territoire par l'analyse du droit privé

Si le droit des collectivités territoriales ne s'est pas véritablement emparé de l'institutionnalisation du « Pays de Dombes », cette région n'en est pas moins structurée juridiquement. La Dombes trouve une matérialisation dans la mobilisation du droit privé, et plus précisément du droit des associations et du droit des marques. Le droit permet d'identifier la Dombes comme un territoire, alors même qu'elle n'est pas délimitée administrativement. En effet, la recherche d'un territoire ne correspond pas nécessairement aux limites d'une collectivité territoriale, mais à un territoire implicite répondant non pas à une logique de droit public, mais à une gestion et une animation juridiques fondées sur l'application du droit privé : il s'agit, en somme, de voir comment le territoire de la Dombes découle de la mise en œuvre de contrats. En ce sens, la Dombes constitue l'assiette territoriale d'un contrat, ce qui permettra de la qualifier de territoire contractuel.

Contrat d'association et territoire. La production de la norme n'est pas l'apanage de la puissance publique, comme le démontre la logique ascendante de la création du droit spontané. La constitution d'une association sur le fondement d'un contrat et tous les actes subséquents (règlement intérieur, délibérations...) constitue un exemple de production de normes spontanées à caractère contractuel, lesquelles peuvent déborder du cadre associatif et, ainsi, permettre au droit spontané de rencontrer le droit commun⁸⁰⁵. Ces normes, en raison de leur origine, ont un territoire d'application comme elles sont un territoire de production.

L'organisation corporatiste des filières professionnelles en constitue l'illustration, qui peut prendre la forme d'association syndicale ou d'association loi 1901⁸⁰⁶ qui vont être réceptrices de la norme coutumière, et productrices de normes spontanées. Ainsi, en Dombes l'organisation d'une filière piscicole repose sur deux principales entités que sont le Syndicat des étangs institué en association syndicale autorisée, et l'Association de promotion des

⁸⁰⁵ Par exemple dans le cadre de la recevabilité de la requête devant le juge administratif.

⁸⁰⁶ L'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 dispose : « *L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations* ».

poissons de la Dombes (APPED)⁸⁰⁷. Si l'on admet qu'une personne privée de gestion collective puisse être dotée d'un territoire, alors celui de la Dombes des étangs pourrait être déduit de la « compétence géographique » de l'APPED, et du « périmètre » du Syndicat des étangs.

L'APPED s'est donné pour objet, d'une part, la promotion commerciale des poissons produits dans les étangs de la Dombes, et d'autre part de « fédérer les acteurs de la filière piscicole de la Dombes » et d'« assurer la coordination entre les acteurs de la filière piscicole de la Dombes et les parties prenantes ayant un lien avec la filière »⁸⁰⁸. Le « territoire » de l'APPED correspond donc essentiellement aux espaces sur lesquels se trouvent des étangs exploités selon les pratiques traditionnelles, puisque la majorité des membres sont les propriétaires et exploitants d'étangs⁸⁰⁹. Cependant, les conditions d'adhésion à cette association ne permettent pas de dessiner un territoire de la Dombes de façon satisfaisante : en effet, peuvent également en être membres l'ensemble des acteurs de la filière de valorisation du poisson de Dombes, de l'écluseur qui fournit les alevins aux propriétaires et exploitants, aux restaurateurs partenaires. Ceux-ci n'exercent pas nécessairement leur activité dans l'aire géographique et écologique qui définit généralement la Dombes des étangs selon le périmètre « ZNIEFF » précédemment évoqué.

Le Syndicat des étangs, au contraire, connaît des conditions d'adhésion plus restrictives, lequel n'admet en son sein que les personnes morales ou physiques qui sont propriétaires ou exploitent des étangs de la Dombes en mettant en œuvre les pratiques traditionnelles et en faisant application des principes de droit qui les encadrent⁸¹⁰. En outre, en tant qu'associations syndicales, le Syndicat des étangs est soumis à la disposition selon laquelle : « les droits et obligations qui dérivent de la constitution d'une association syndicale de propriétaires sont attachés aux immeubles compris dans le périmètre de l'association et les suivent, en quelque main qu'ils passent, jusqu'à la dissolution de l'association ou la réduction de son périmètre »⁸¹¹. Dès lors, les immeubles qui sont liés à la constitution de l'association syndicale participent de la délimitation de son périmètre, et donc, de son territoire. La présence des étangs en Dombes constitue de fait un élément consubstantiel de son territoire, tout comme la production du poisson dans ces étangs bénéficie d'une protection au titre du droit des marques, qui participe également à la manifestation de ce territoire.

⁸⁰⁷ Sont également présentes sur le territoire des associations culturelles telles que l'Académie de la Dombes qui contribue à la mise en valeur culturelle et touristique du territoire.

⁸⁰⁸ APPED, Statuts 2014, art. 2.

⁸⁰⁹ APPED, Statuts 2014, art. 5.

⁸¹⁰ Syndicat des Etangs, Statuts.

⁸¹¹ Ordonnance du 1^{er} juillet 2004, préc., art. 3.

Territoire et marques collectives. La reconnaissance de la qualité ou de l'origine d'un produit en vue de sa promotion dans un but commercial peut faire l'objet d'une protection juridique. A ce titre, la mise en œuvre du droit de la propriété intellectuelle est susceptible de donner de précieux indices quant à la détermination d'un territoire dombiste. L'APPED, dans son rôle de structure « animatrice » de la filière, est à l'initiative du dépôt d'une marque collective ancrée territorialement et dont elle est titulaire : « Poisson de Dombes »⁸¹². Cela caractérise un lien entre Dombes des étangs et « poissons de Dombes », marque dont l'assiette repose sur une aire géographique de production bien identifiée. S'inspirant du modèle du droit applicable aux signes d'identification de l'origine⁸¹³, l'APPED, par le dépôt de la marque, a déterminé une « aire géographique de production » au sein de laquelle les producteurs de poissons peuvent prétendre au bénéfice de la marque collective « Poisson de Dombes »⁸¹⁴. En effet, l'utilisation de la marque collective repose sur le respect d'un règlement d'usage pouvant prendre la forme d'un cahier des charges particulièrement restrictif⁸¹⁵. Le régime juridique des marques collectives impose d'identifier les personnes susceptibles d'utiliser le signe distinctif, les conditions de cet usage et les sanctions prévues en cas de manquement à ces conditions⁸¹⁶. Au nombre de ces critères, la zone de production du poisson est d'une importance prioritaire. Le cahier des charges dresse une liste de communes dont les limites administratives forment un territoire sur lequel les droits et obligations liés à l'utilisation de cette marque tendent à s'appliquer : l'espace ainsi identifié en constitue le support. Dès lors, sur ce fondement, se dessine le territoire de la Dombes des étangs. On observe par ailleurs une corrélation entre l'aire géographique de production de poisson et le territoire écologique, puisqu'elle correspond aux limites naturelles de la Dombes telles qu'identifiées par les dispositifs ZNIEFF et Natura 2000.

In fine, les deux hypothèses soulevées, écologiques et économiques, pour identifier un territoire indépendamment des limites administratives des collectivités territoriales, se recoupent en ce qui concerne la Dombes. Le déterminant commun à la mise en œuvre du droit de l'environnement et à l'activité des groupements professionnels est la présence d'étangs

⁸¹² Marque n° 05 3 362 893, déposée auprès de l'INPI le 30 mai 2005, BOPI 05/27, vol. 1, p. 309.

⁸¹³ On compte parmi ces modèles, l'appellation d'origine (art. L. 641-5 et s. CRPM), et l'indication géographique (art. L. 641-11 et s. CRPM).

⁸¹⁴ Cahier des charges « Poisson de Dombes », 2017, p. 6.

⁸¹⁵ Code de la propriété intellectuelle, art. L. 715-1.

⁸¹⁶ BINCTIN N., *Droit de la propriété intellectuelle. Droits d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, 4^{ème} éd., JGDJ, 2016, p.509.

piscicoles exploités de façon traditionnelle. Il n'est donc pas surprenant que le « Pays de Dombes » corresponde au paysage naturel à la richesse écologique fragile mis en valeur par une exploitation agricole durable et extensive.

Il découle de l'ensemble de ces éléments que la Dombes repose sur un territoire difficilement appréhendable par le droit et aux limites poreuses du fait de son support naturel : un étang au nord de Bourg-en-Bresse, et donc hors limites de la Dombes Natura 2000, est-il soumis au droit local de la Dombes dès lors qu'il répond aux caractéristiques des « étangs de la Dombes » ? Des indices prégnants de l'existence d'un territoire juridique sont exploitables, sans pour autant que soient exclues toute exception.

Néanmoins, ainsi dotée d'un territoire, la Dombes peut constituer le support du droit spontané local.

Section 2. La conservation de règles autonomes justifiée par les spécificités territoriales

Ainsi que l'a remarqué Alain Supiot, « *La personnalité des lois, s'éroda du fait du brassage des populations et de l'essor de la féodalité, qui conduisit à imposer les mêmes coutumes locales ou régionales, la même loi du territoire (lex loci), à tous les habitants d'une même seigneurie. S'affirma ainsi le principe dit de la territorialité des lois, dont l'essor accompagna celui des États nations* »⁸¹⁷.

La façon dont le territoire est habité par une population génère un sentiment d'appartenance, un ancrage territorial⁸¹⁸, lui-même intimement lié à une « identité territoriale ». Le droit public organise implicitement la façon de vivre le territoire en offrant une multitude d'outils qui permettent son aménagement et son administration. Cependant, il est nécessaire d'avoir une approche plurielle car : « *au cœur de la question de l'identité [territoriale], se situe la question du pluralisme juridique* »⁸¹⁹. Si, la spécificité territoriale s'inscrit dans le droit des collectivités territoriales, cette idée suppose l'intégration d'exceptions juridiques locales dans un système normatif uniformisé. L'Etat est également garant des identités locales, la République étant « *fidèle à ses traditions* »⁸²⁰. Ces dernières

⁸¹⁷ SUPIOT A., préc.

⁸¹⁸ BANOS V. et CANDAU J., L'appartenance au territoire, une ressource convoitée ?, *POUR* 2015/4, n° 228, p. 272.

⁸¹⁹ BIOY X, Territoires et identité de la personne, *RDJ* 2017, n° 4, p. 876.

⁸²⁰ Le préambule à la Constitution de 1946, auquel un renvoi est effectué par le préambule de la Constitution de

doivent pouvoir trouver leur expression au sein de l'organisation juridique nationale. La généralisation de règles nationales, applicables en tous points du territoire, ne semble laisser qu'une infime place à l'expression des savoirs faire locaux, à l'initiative des exploitants et aménageurs de l'espace rural ou à l'empirisme des pratiques traditionnelles. Pour autant, il convient de dépasser ce constat, voire cet *a priori*, et se concentrer les interstices qui permettent l'épanouissement du droit local. Une opposition, si ce n'est une résistance du monde rural face à l'inexorable marche en avant du droit national (I), est à conjuguer avec la marge de manœuvre délibérément laissée à la réalisation de normes locales par l'Etat (II).

I. L'expression contrariée des identités territoriales confrontée à la recherche de l'unité de l'Etat

La recherche des modalités de l'appréhension des identités territoriales au sein du droit tant interne qu'europpéen permet de considérer la façon dont se développent des systèmes normatifs parallèles qui peinent à interagir les uns avec les autres.

La résistance du monde rural à l'époque des codifications du droit s'est manifestée par l'intégration du droit local, des règlements amiables locaux anciens et des organisations traditionnelles de gestion de l'environnement rural au sein de régimes juridiques uniformisés, conçus à l'échelle de la nation. Ainsi, la doctrine constate qu'il « *s'agit simplement de spécificités juridiques locales par rapport aux règles qui s'appliquent sur le territoire national* »⁸²¹. Le droit national est donc venu englober les particularismes locaux, les laissant ainsi subsister tout en les assimilant, c'est-à-dire en les fondant dans des régimes juridiques uniformisés qui finiront par les marginaliser. Cette expression des spécificités juridiques locales se traduit par une certaine reconnaissance, en droit, des identités territoriales (A), tout en étant de plus en plus contrainte par l'accroissement des réglementations sectorielles issues des droits interne et européens (B).

1958 en vigueur, mentionne par deux fois la fidélité aux traditions françaises. Ainsi, « *la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international* », et « *fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes* ».

⁸²¹ HOUSER M., Les droits incorporels des collectivités territoriales, *RDP* 2014, n° 4, p. 945.

A. La reconnaissance d'identités juridiques locales par un système juridique global

Le droit commun, dont l'objet est d'organiser les relations entre personnes (physiques ou morales) et entre les personnes et les choses (matérielles ou immatérielles, naturelles ou artificielles...) de façon sinon uniforme, du moins harmonisée, n'écarte pour autant pas la considération de l'expression des spécificités des entités infra-étatiques. Il s'agit d'abord d'analyser la façon dont l'ordre juridique uniformisé au sein des systèmes juridiques interne et européen admet l'existence de systèmes juridiques locaux plus ou moins complets (1). A l'échelle du droit interne, l'histoire du droit permet de montrer comment ont été tolérés puis reconnus par la loi, des organismes de gestion de biens collectifs inédits sur des territoires identifiés (2).

1. L'expression juridique des identités territoriales à l'échelle de l'Europe

L'échelle continentale peut constituer le terrain d'expression de particularités propres à certains territoires. Le recours aux mécanismes tant du droit de l'Union que du droit du Conseil de l'Europe est un moyen, pour ces territoires, de revendiquer la possibilité d'exercer ces particularités. Ainsi, les spécificités territoriales, qu'elles soient culturelles, linguistiques, ou juridiques, trouvent dans le droit les moyens de s'exprimer dans le cadre de politiques sectorielles de l'Union européenne (a), ou bien dans la reconnaissance d'identités régionales à l'échelle européenne (b).

a. L'expression des identités régionales en droit de l'Union européenne

Il existe des spécificités juridiques au sein des régions de chaque Etats membres de l'Union, et, potentiellement, autant de coutumes, d'usages et de traditions juridiques. Néanmoins, la seule entité infra-étatique connue du droit de l'Union est la région. Les spécificités territoriales sont donc limitées dans ce cadre juridique, et ne sont prise en compte que dans le cadre de l'objectif d'une égalité territoriale au sein des politiques européennes.

Si les Etats sont les membres de l'Union qu'ils instituent⁸²², les entités infra-étatiques que sont les régions participent à la construction du droit de l'Union européenne d'au moins deux manières. D'abord, elles constituent un relais de sa mise en œuvre sur leur territoire dans le sens où elles concrétisent les politiques de l'Union et bénéficient des programmes d'aides constitués à l'échelle européenne. Ensuite, elles participent à la construction de la norme européenne en se réunissant au sein du Comité des régions qui a pour rôle de représenter leurs intérêts, de formuler des observations et avis dans le cadre de l'élaboration des politiques communes. A cette fin, le Comité assiste le Parlement, la Commission et le Conseil⁸²³ et est ainsi associé à la construction de la politique de cohésion économique, sociale et territoriale⁸²⁴.

Plus que la participation des régions aux politiques communes, les spécificités régionales sont reconnues en droit de l'Union Européenne. En effet, le droit primaire⁸²⁵ de l'Union démontre le souci d'une action publique territorialisée et donc adaptée à chaque situation puisque le préambule du traité sur l'Union européenne affirme la poursuite du : « *processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens, conformément au principe de subsidiarité* ». Dès lors, la mise en œuvre du principe de subsidiarité offre un terrain favorable à la décentralisation et donc l'expression politique et normative des territoires locaux⁸²⁶.

L'objectif de la politique de cohésion économique, sociale et territoriale de l'Union est décrit à l'article 174 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁸²⁷ : « *Afin de promouvoir un développement harmonieux de l'ensemble de l'Union, celle-ci développe et poursuit son action tendant au renforcement de sa cohésion économique, sociale et territoriale. En particulier, l'Union vise à réduire l'écart entre les niveaux de développement des diverses régions et le retard des régions les moins favorisées. Parmi les régions concernées, une attention particulière est accordée aux zones rurales, aux zones où s'opère une transition industrielle et aux régions qui souffrent de handicaps naturels ou démographiques graves et permanents telles que les régions les plus septentrionales à très faible densité de population et les régions insulaires, transfrontalières et de montagne* ».

⁸²² Article 1^{er} du Traité sur l'Union européenne (TUE), JOUE du 26 oct. 2012, n° C 326/13.

⁸²³ TUE, art. 13.

⁸²⁴ TFUE, art. 175.

⁸²⁵ Le droit primaire désigne le droit des traités, par opposition au droit dérivé qui désigne les traités et règlements.

⁸²⁶ OBERDORFF Th., Territoires, collectivités et Union européenne, *RDP* 2015, n° 5, p. 1217.

⁸²⁷ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE du 26 oct. 2012, n° C 326.

Deux constats peuvent être tirés de cette disposition. D’abord, le droit de l’Union européenne est adaptable aux territoires infra-étatiques dans le sens où chaque caractéristique de ces régions doit pouvoir être prises en compte dans le cadre de cette « politique régionale »⁸²⁸. Ensuite, d’un autre côté, cette attention particulière aux territoires vise à renforcer la cohésion européenne et à réduire les inégalités entre elles et, en somme, à uniformiser ces régions, notamment d’un point de vue économique et social. En effet, cette politique de cohésion constitue l’un des piliers de la construction de l’Union européenne traduite par une solidarité économique mise en pratique par la création du Fonds européen de développement régional (FEDER), en 1975⁸²⁹.

Malgré cette perspective principalement économique de la prise en compte des territoires régionaux par les politiques de l’Union, son droit ne méconnaît pas totalement les spécificités territoriales et les traditions de certains peuples qualifiés d’autochtones. Ainsi, le droit de l’Union intègre par exemple la particularité du commerce des produits issus de la chasse traditionnelle du phoque : « *La mise sur le marché de produits dérivés du phoque est autorisée uniquement pour les produits dérivés du phoque provenant de formes de chasse traditionnellement pratiquées par les communautés inuites et d’autres communautés indigènes à des fins de subsistance* »⁸³⁰. Par ce biais, une exception est reconnue en faveur de certains peuples pour lesquelles la chasse traditionnelle constitue un moyen de subsistance. Les contours de la mise en œuvre de ce règlement ont pu être précisés par la Cour de justice de l’Union (CJUE)⁸³¹. Elle précise ainsi que cette exception est fondée sur le pacte des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, sans pour autant reconnaître l’opposabilité de ce pacte aux institutions ou au droit de l’Union⁸³². La préservation des droits des peuples autochtones par le droit de l’Union européenne repose donc exclusivement sur les dispositions législatives adoptées par les institutions de l’Union.

Nonobstant le fait que les particularités de chaque territoire régional soient intégrées aux politiques de cohésion de l’Union, il semble difficile d’y déceler un moyen de mettre en valeur ce qui fait leurs caractéristiques et leurs identités propres. Les particularités culturelles

⁸²⁸ DREVET J.-F., Histoire de la politique régionale de l’Union européenne, in BAUELLE G. et CHARLES-LE-BIHAN D. (dir.), *Les régions et la politique de cohésion de l’Union européenne*, PUR, 2017, p. 19.

⁸²⁹ Règl. CEE n° 24/75, 18 mars 1975, JOCE du 21 mars 1975, n° L. 73, p. 1

⁸³⁰ Règlement (CE) n° 1007/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur le commerce des produits dérivés du phoque, *OJ L 286, 31.10.2009, p. 36–39*

⁸³¹ CJUE, 3 sept. 2015, n° C-398/13 P.

⁸³² BELLIER I., Les droits des peuples autochtones. Entre reconnaissance internationale, visibilité nouvelle et violations ordinaires, *L’Homme et la société* 2018, n° 1, p. 137.

trouvent néanmoins un moyen d'expression et de mise en valeur au sein du droit du Conseil de l'Europe.

b. La reconnaissance des spécificités culturelles par le droit du Conseil de l'Europe

De plus, par le biais de l'Union européenne membre du Conseil de l'Europe, c'est l'ensemble de ses États membres qui se voit opposer la Charte européenne de l'autonomie locale de 1985 qui fixe en quelque sorte un standard européen en matière de décentralisation. Etant précisé que : « *Par autonomie locale, on entend le droit et la capacité effective pour les collectivités locales de régler et de gérer, dans le cadre de la loi, sous leur propre responsabilité et au profit de leurs populations, une part importante des affaires publiques* »⁸³³.

Le Conseil de l'Europe contribue à la reconnaissance de l'identité juridique et culturelle des entités infra-étatiques. La Charte européenne des langues régionales⁸³⁴ participe de cette reconnaissance dans le sens où l'expression de particularités locales est susceptible de se manifester par la langue. Cependant, l'ordre juridique interne français peine à l'intégrer pleinement et, ce faisant, le Conseil Constitutionnel refuse de lui accorder une effectivité juridique⁸³⁵. Cette charte, adoptée le 5 novembre 1992, est entrée en application le 1^{er} mars 1998, et signée par la France qui l'a assortie d'une déclaration interprétative. Néanmoins, elle ne l'a pas ratifiée, ce qui la rend inopposable au sein de l'ordre juridique interne puisque la reconnaissance de langues et d'identités territoriales est contraire à la rédaction actuelle de la Constitution. En ce sens, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 15 juin 1999 a estimé : « *qu'il résulte de ces dispositions combinées que la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, en ce qu'elle confère des droits spécifiques à des "groupes" de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de territoires dans lesquels ces langues sont pratiquées, porte atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français* »⁸³⁶. Dès lors, la ratification de cette charte est partiellement contraire à la Constitution et nécessite une révision de cette dernière, démarche qui a été engagée en 2015 par un projet de loi constitutionnelle, rejeté par

⁸³³ Charte de l'autonomie locale, date.

⁸³⁴ Charte européenne des langues régionales et minoritaires adoptée par le Conseil de l'Europe à Strasbourg, le 5 novembre 1992.

⁸³⁵ BONNET B., La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Une menace pour le pacte social français ? L'avis du Conseil d'Etat du 30 juillet 2015, *AJDA* 2015, p. 2246.

⁸³⁶ Cons. Constit., 15 juin 1999, n° 99-412 DC, Charte européenne des langues régionales et minoritaires.

le Sénat et qui n'a pas fait l'objet d'une inscription à l'ordre du jour de l'Assemblée Nationale⁸³⁷. L'interprétation du Conseil constitutionnel est particulièrement intéressante dans le sens où il met en corrélation l'identification de groupements d'individus, de territoires qui leurs sont spécifiques, et de droits qu'ils seraient susceptibles d'exercer. Pour autant, la reconnaissance par le droit de « territoires linguistiques », remet en cause le principe d'indivisibilité de la République, ce qui rend impossible la définition de territoires spécifiques, dotés de particularités culturelles et juridiques. En revanche, une évolution du texte constitutionnel serait de nature à permettre une telle reconnaissance, au même titre qu'il permet l'expression de particularités juridiques au sein de systèmes de droit coutumier, particulièrement en outre-mer.

2. *La reconnaissance restreinte de systèmes coutumiers en droit français*

L'histoire de France, et notamment son passé colonial a conduit à la construction d'un territoire pluriel dont chaque collectivité, située dans ou en dehors de la métropole et qui le constitue, peuvent exprimer leur propre identité. Ainsi, des spécificités culturelles territoriales peuvent être reconnues par le droit : des particularités juridiques propres à certains territoires coexistent avec le droit commun. Leur expression est néanmoins limitée en ce qui concerne la mise en œuvre du droit commun (a). Les spécificités des collectivités d'outre-mer, par exemple, justifient que leur identité juridique et non seulement culturelle soit reconnue par le droit, et notamment de façon préalable par le droit constitutionnel (b).

a. La consécration d'identités territoriales par le droit législatif commun

La consécration de la reconnaissance d'une identité propre de certains territoires contribue à la mise en exergue de spécificités juridiques. L'idée de consacrer la particularité de certains territoires n'est pas absente du droit commun, notamment au sein du droit des collectivités territoriales. Pour autant, cette identité est essentiellement liée à la région, qui ne correspond pas nécessairement à l'échelle d'un sentiment d'appartenance local. En effet, « *si les identités régionales françaises ont été reconnues dès la loi du 2 mars 1982 (art. L. 4221-1 CGCT), elles n'ont pas spontanément généré un sentiment d'appartenance chez leurs habitants (à*

⁸³⁷ Projet de loi constitutionnelle n° 3184 enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 octobre 2015.

l'exception notable des régions historiques de la Corse, de la Bretagne ou de l'Alsace) »⁸³⁸. Ce constat renforce l'idée selon laquelle l'identité collective d'un territoire se construit à l'échelle d'un espace qui ne correspond pas à une circonscription administrative. Néanmoins, des originalités et des conflits législatifs territoriaux existent au sein de l'ordre juridique interne, à l'image des dispositions législatives propre au territoire de l'Alsace-Moselle⁸³⁹.

Malgré les garanties présentées par le principe de libre administration des collectivités territoriales, ces dernières ne disposent pas de la faculté de reconnaître unilatéralement l'application de règles de droit découlant de pratiques traditionnellement exercées sur leur territoire. L'action des collectivités territoriales repose sur la mise en œuvre du principe de libre administration⁸⁴⁰, mais cette liberté dans la gestion des affaires locales s'exprime essentiellement par la marge d'appréciation dont elles bénéficient dans l'application de certaines dispositions législatives. En effet, après avoir affirmé que les collectivités territoriales « *s'administrent librement par des conseils élus* »⁸⁴¹, le Code général des collectivités territoriales précise que « *les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence* »⁸⁴². Les compétences et prérogatives attribuées aux collectivités territoriales et les autorités locales ne permettent pas de reconnaître des spécificités juridiques locales, mais seulement l'expression d'une culture locale. Ces collectivités sont d'ailleurs chargées d'aménager durablement leur territoire et de promouvoir le développement culturel⁸⁴³, la culture pouvant ici être entendue de différentes manières : le développement des activités culturelles et leur accessibilité pour tous, et la promotion des cultures locales. La promotion de la culture et des traditions locales peut passer par l'exercice de pouvoir traditionnellement accordés au Maire, telle que la gestion du domaine public communal ou la police de la circulation. Ainsi, « *le maire peut, dans la limite de deux fois par an, soumettre au paiement d'un droit l'accès des personnes à certaines voies ou à certaines portions de voies ou à certains secteurs de la commune à l'occasion de manifestations culturelles organisées sur la voie publique, sous réserve de la desserte des immeubles riverains* ». Par la mise en œuvre de cette compétence, le maire peut permettre la manifestation et la promotion du patrimoine culturel local⁸⁴⁴, y compris la mise en valeur de

⁸³⁸ BOUDET J.-F., La géographie juridique. Recherche et limite d'une définition, art. *préc.*

⁸³⁹ PARISOT V., Conflits internes de lois, *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2015.

⁸⁴⁰ Consacré par l'article 72 de la Constitution.

⁸⁴¹ Code général des collectivités territoriales, art. L. 1111-1.

⁸⁴² Code général des collectivités territoriales, art. L. 1111-2.

⁸⁴³ *Ibid.*

⁸⁴⁴ Code général des collectivités territoriales, art. L. 2213-6-1.

traditions et coutumes locales⁸⁴⁵. Cette disposition démontre l'importance du patrimoine culturel local. C'est donc dans le sens patrimonial, voire folklorique, que les traditions et coutumes locales doivent être entendue ici. L'expression d'une identité locale peut donc transparaître dans la mise en œuvre de certaines décisions législatives qui, malgré tout, ne permettent pas la reconnaissance de spécificités juridiques.

De façon générale, le droit public, hormis dans le cadre des anciens « pays » et, dans une moindre mesure des parcs naturels régionaux, ne laisse que peu de place à l'expression des particularités territoriales. Pour autant, cette idée n'est pas absente du droit dans le sens où l'ordre juridique national accepte de connaître des systèmes normatifs propres à certains territoires.

b. La consécration constitutionnelle des coutumes ultra-marines

Le droit constitutionnel est riche en ce qui concerne l'existence de particularités juridiques territoriales au sein de l'ordre juridique interne, consacrant à la fois l'unicité et la diversité de la République⁸⁴⁶. Ainsi, chacune des collectivités d'outre-mer dispose d'un statut juridique, organisé par une loi organique ou directement par la Constitution, et qui tient compte de ses intérêts propres⁸⁴⁷. Les coutumes ultra-marines peuvent être considérées comme l'expression juridique d'identités locales garanties par la constitution et la loi. En ce sens, l'article 72-3 de la Constitution affirme que « *la République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité* ».

Il est dès lors possible de dresser un bref panorama de la reconnaissance des coutumes au sein de l'ordre juridique français. Ces ordres juridiques infra-étatiques permettent de constater leur diversité, et qu'il est permis d'identifier tant un système juridique particulier, complet et complexe en Nouvelle-Calédonie⁸⁴⁸ ou en Guyane (le droit coutumier en Guyane qui a récemment fait l'objet d'un texte législatif), qu'un système coutumier « partiel » mais légitime dans une région métropolitaine comme la Dombes. Le droit français opère une

⁸⁴⁵ Réponse ministérielle, n° 57673, JOAN Q, 9 mars 2010, p. 2274 ; *JCPA* 2010, n° 11-12, act. 205.

⁸⁴⁶ VERPEAUX M., L'unité et la diversité de la République, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2014, n° 42, p. 7.

⁸⁴⁷ Constitution, art. 74.

⁸⁴⁸ Voir DEUMIER P. et CORNUT E. (dir.), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie, Rapport de recherche*, Mission de recherche Droit et justice, décembre 2016.

différenciation dans l'appréhension des coutumes locales en fonction des spécificités territoriales et juridiques de chacune des régions ou collectivités considérées.

La Nouvelle-Calédonie jouit d'un statut particulier puisqu'elle est le seul territoire d'outre-mer dont le régime juridique est notamment organisé par un titre entier de la Constitution⁸⁴⁹. Y coexistent deux systèmes normatifs complémentaires, dont l'un, le droit coutumier local, est doté d'une institution de reconnaissance de la norme coutumière : le Sénat coutumier. La notion de pluralisme juridique prend ici toute sa dimension dans la mesure où deux modes de production et d'exécution des normes fonctionnent en parallèle, la loi organique délimitant strictement leur champ d'application.

Un autre exemple de reconnaissance d'entités coutumières locales est celui de la Guyane qui fait, depuis 2011⁸⁵⁰, l'objet de dispositions spécifiques au sein du droit des collectivités territoriales⁸⁵¹. Cette collectivité a fait l'objet, plus récemment⁸⁵², de dispositions particulières créant une nouvelle institution guyanaise appelée « Grand conseil coutumier » dont l'organisation est désormais régie par le Code général des collectivités territoriales⁸⁵³. Ce dernier est placé auprès du représentant de l'Etat sur le territoire et « *a pour objet d'assurer la représentation des populations amérindiennes et bushinenges de Guyane et de défendre leurs intérêts juridiques, économiques, sociaux, culturels, éducatifs et environnementaux* »⁸⁵⁴. Les populations, terme préféré à celui de « peuple » pour des raisons constitutionnelles, et leur identité propre, sont donc reconnues par la loi qui leur permet de préserver leurs spécificités juridiques dans la mise en œuvre des politiques publiques menées sur ce territoire.

Aux côtés de la Nouvelle-Calédonie et de la Guyane, une autre particularité dans la gouvernance des territoires d'outre-mer français est celle des Iles Wallis et Futuna. D'abord protectorat français, le territoire a choisi par référendum de devenir un territoire d'outre-mer. La loi du 29 juillet 1961 fixe l'organisation et le régime juridique de ce territoire⁸⁵⁵. Elle y précise que « *La République garantit aux populations du territoire des îles Wallis et Futuna le libre exercice de leur religion, ainsi que le respect de leurs croyances et de leurs coutumes en*

⁸⁴⁹ Ainsi l'article 72-3 de la Constitution dispose que : Le statut de la Nouvelle-Calédonie est régi par le titre XIII.

⁸⁵⁰ Loi n° 2011-884 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique JORF du 28 juillet 2011, p. 12821.

⁸⁵¹ Et constituant désormais le Livre premier de la septième partie du Code général des collectivités territoriales Art. L. 7111-1 et s. CGCT. De la même manière, la collectivité de Martinique fait l'objet du Livre suivant (art. L. 7211-1 et s. CGCT), sans pour autant qu'une institution coutumière soit instaurée par la loi.

⁸⁵² Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, JORF du 1er mars 2017, texte n° 1.

⁸⁵³ Art. L. 7124-11 et s. CGCT.

⁸⁵⁴ Art. L. 7124-11 CGCT.

⁸⁵⁵ Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer, JORF 30 juil. 1961, p. 7019.

tant qu'elles ne sont pas contraires aux principes généraux du droit et aux dispositions de la présente loi ». Une décision récente de la Cour administrative d'appel de Paris apporte un éclairage intéressant quant à l'organisation juridique de ce territoire, divisé en trois entités appelées royaumes dont les chefs, ou rois, sont reconnus par la République. Pour autant, si chacun de ces trois territoires est doté d'un conseil en vertu de la loi de 1961, cette décision montre les velléités locales de créer un territoire supplémentaire, avec son conseil et son roi⁸⁵⁶. Malgré la reconnaissance des systèmes juridiques coutumiers locaux, la coexistence avec l'ordre législatif français n'est donc pas des plus aisée. On observe ainsi une différence d'approche entre un modèle dit « coutumier » dont l'organisation est imposée par le droit délibéré, et la volonté des populations dites « autochtones », de revendiquer leur identité et leurs particularités y compris juridiques et administratives. Ainsi, le droit français organise ce qu'il considère comme étant coutumier, ce qui ne correspond pourtant pas nécessairement à la réalité de la culture et des traditions locales.

In fine, ces exemples constituent des modèles qui permettent reconnaître l'existence d'une identité juridique territoriale propre. Ces modélisations de la reconnaissance de l'identité territoriale pourraient être appliquées à la Dombes, moyennant des ajustements tenant compte des spécificités locales. Néanmoins, les différences existantes entre le régime de la Dombes et les institutions coutumières précitées sont d'une importance telle qu'une transposition de ces régimes juridiques n'est pas envisageable. La Dombes constitue plus que jamais un territoire mixte, entre singularités juridiques et droit commun.

B. L'expression normative d'entités traditionnelles contrainte par le droit commun

L'appréhension du droit de l'eau dans une perspective de spécialité territoriale impose de s'intéresser aux « territoires de l'eau »⁸⁵⁷, c'est-à-dire la manière dont le droit global appréhende la gestion de l'eau. Comme le relève Stéphane Duroy, l'eau est intimement liée aux territoires, et plus encore à l'identité de ceux-ci. L'auteur en veut pour preuve le fait que la majorité des dénominations départementales intègrent le nom d'un cours d'eau⁸⁵⁸. La gestion locale de l'eau repose aujourd'hui sur la mise en œuvre d'outils multiples, qu'ils

⁸⁵⁶ CAA Paris, 13 mars 2018, n° 16PA03499, à propos de l'intronisation du roi de Wallis-et-Futuna et du premier ministre coutumier. Se conformant à la loi de 1961, le représentant de l'Etat, en ne publiant pas les délibérations instituant ces institutions n'a pas excédé ses pouvoirs.

⁸⁵⁷ DUROY S., Approche territoriale de l'eau, in DROBENKO B. (Dir.), *La loi sur l'eau de 1964, Bilans et perspectives*, Ed. Johanet, 2015, p. 155. Sur

⁸⁵⁸ *Idem*.

soient réglementaires ou volontaires. Issus tant du droit de l'eau que du droit de l'urbanisme et de l'aménagement ou du droit rural, la complexité de leur articulation induit une instabilité dans la gouvernance de ces territoires de l'eau⁸⁵⁹. De façon plus globale, il est important de comprendre le sort que réserve le droit commun aux organisations de la gestion de ressources ou de propriétés partagées. Les groupements d'exploitants voient ainsi leurs pratiques intégrées dans un cadre réglementaire uniformisé, et sont forcés en cela par la suppression légale de leur modèle traditionnel (1). Pour autant, quelques exceptions subsistent (2).

1. Reconnaissances législatives d'organismes de gestion de biens collectifs

Les associations syndicales constituent un outil, offert par le droit commun, dans le but de permettre à un groupement de propriétaires d'exploiter et de gérer un bien en commun, ou bien de les y contraindre. Ont ainsi pu être observées des tentatives de structuration de la gestion locale de l'eau par la mobilisation des outils du droit commun. Il s'agit ainsi d'institutions dont les dénominations et les modalités de constitution sont identiques, mais qui recouvrent des réalités variables selon les territoires sur lesquels on se trouve. En effet, le territoire est déterminé par les éléments qui le composent, et essentiellement ses éléments naturels. A ce titre, les territoires administratifs de l'eau sont remarquables dans le sens où ils sont construits autour de bassins hydrographiques, indépendamment des circonscriptions administratives⁸⁶⁰. A l'instar des parcs naturels régionaux (PNR), l'objectif poursuivi par l'institutionnalisation d'un groupement d'acteurs ou de collectivités locales pourra être adapté à chaque territoire. Les PNR sont dotés d'une structure uniforme pour l'ensemble des parcs en France mais recouvrent des réalités bien différentes selon ce qui est choisi d'inclure dans la charte et le niveau d'intégration choisie par les membres constituants. En effet, ils « *ont vocation à être des territoires d'expérimentation locale pour l'innovation au service du développement durable des territoires ruraux* »⁸⁶¹. Il s'agit donc d'un outil de gouvernance mis à disposition par le droit national, et dont les élus locaux peuvent se saisir et s'approprier en y intégrant des objectifs et les règles y afférents qu'ils auront fixées librement, adaptées au plus près de leur territoire. Les règles applicables sur ce territoire peuvent alors être

⁸⁵⁹ BARATAUD F., La rencontre entre agriculture et politique de l'eau : une épreuve mutuelle, in GOELDNER-GIANELLA L. et a, *Concilier la gestion de l'eau et des territoires*, Ed. Johanet, 2016.

⁸⁶⁰ Cette observation est valable pour les bassins et sous-bassins hydrographiques à l'échelle desquels les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE) et les schémas d'aménagement et de gestion des eaux sont institués. Toutefois, elle ne vaut plus pour la GEMAPI : EPIC / EPTB

⁸⁶¹ Code de l'environnement, art. L 333-1.

coutumières ou non, écrites ou non, mais, quoi qu'il en soit, peuvent s'intégrer au droit propre à ce type de structures standardisées. Le Parc Naturel Régional de la Brenne est à ce titre un exemple. La perspective d'une construction collective et locale d'un cadre réglementaire de gouvernance semble plus adéquate que celle d'une législation spécifique à un territoire, issue du législateur national. Toutefois, le droit national offre une palette d'outils souples en ce qu'ils sont appropriables par les communautés locales et adaptables aux spécificités des territoires auxquels il s'applique, par une autonomie relative, mais nécessaire des structures de gestion de l'eau.

Ces mécanismes tendent à permettre d'envisager des solutions juridiques à la difficulté issue de la coexistence d'ordres normatifs concurrents en fonction de leurs sources, de leurs origines historiques et de leurs liens avec un territoire. L'opposition entre les ordres normatifs distincts se traduit par la mise en avant de régimes juridiques traditionnels et locaux qui fondent les communautés locales (paysannes, professionnelles...) et intègrent pleinement le sentiment d'appartenance à un groupe à l'identité commune. Ainsi, « *c'est en évoquant des droits d'usage datant de 1310 que les habitants du pays [Haute-Lozère] résistent au contrôle que cherche à imposer l'administration forestière : ainsi de très anciennes concessions coutumières servent ici très fructueusement de revendication d'identité collective* »⁸⁶². Cet exemple historique permet de montrer la manière dont le droit coutumier constitue une expression de l'attachement d'une communauté à un territoire, et comment ce lien se concrétise juridiquement en une norme *contra legem* susceptible de contrecarrer la volonté uniformisatrice du législateur national.

Afin de pallier cette difficulté, le législateur a institué un certain nombre de dispositifs permettant d'intégrer les modalités traditionnelles de gestion propre à certains biens ou certaines communautés. L'unité de l'Etat légitimement recherchée, et constitutionnellement reconnue⁸⁶³, n'est pourtant pas un obstacle à l'expression des identités particulières. Ainsi, l'on trouve reconnues par la loi, des exceptions locales tant pratiques que juridiques qui ont subsisté malgré l'interventionnisme structurel de l'Etat, à l'image des biens communaux⁸⁶⁴. Il s'agit d'un reliquat des anciens modes de partage et de jouissance de biens fonciers dont le régime est inscrit au sein du Code civil⁸⁶⁵ et n'a pas subi d'évolution majeure et demeure encore aujourd'hui en droit positif. A l'inverse, le législateur intervient également afin de faire

⁸⁶² PINGAUD M.-C., Appropriation et utilisation de l'espace rural. Loi et coutume, *préc.*, p. 315.

⁸⁶³ La République étant indivisible selon l'article premier de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁸⁶⁴ Voir, pour une étude complète, l'ouvrage de M. Bourjol précité.

⁸⁶⁵ Code civil, art. 542 : « *Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis* ».

disparaître ce type de structure juridique qui met en difficulté la mise en œuvre des principes du Code civil sur la propriété, notamment. Un bon exemple de ce phénomène est la suppression des « droits de bandites », dans la région de Nice⁸⁶⁶, qui ont subsisté jusqu'aux années 1960 et l'adoption de la loi du 3 juillet 1963⁸⁶⁷, du fait des droit de propriété et d'usages exercés sur les terrains considérés, et dont le modèle de jouissance ne correspond pas à celui promu par le droit civil⁸⁶⁸. D'autres structures subsistent de façon résiduelle, à l'image des sections de communes⁸⁶⁹, malgré une mort annoncée par la loi de ces structures puisqu'aucune ne peut plus être créée depuis la promulgation de la loi du 27 mai 2013⁸⁷⁰. De façon moins brutale, mais tout aussi irrévocable, le législateur élimine donc peu à peu les particularités juridiques issues de l'ancien droit.

Finalement, le droit positif ne laisse que peu de place à des régimes juridiques originaux qui permettent de comprendre la façon dont le droit si spécifique de la gestion des étangs en Dombes peut être mis en œuvre aujourd'hui, et inséré au sein d'un ordre juridique complexe. Néanmoins, une institution particulière permet encore d'organiser une filière professionnelle en réunissant les membres, demeurant à la fois, une organisation professionnelle et une juridiction.

2. Des structures propres à des territoires à l'identité historique forte et à des activités gérées en collectivité : l'expérience des Prud'homies de pêcheurs

Des identités territoriales et professionnelles fortes peuvent trouver une traduction concrète en droit. Les prud'homies de pêcheurs se situant sur le littoral méditerranéen, principalement en région Provence-Alpes-Côte d'Azur, constituent un bon exemple d'une institution à la fois traditionnelle et complexe régissant encore aujourd'hui les usages d'une profession. Il s'agit de structures séculaires toujours en vigueur aujourd'hui. Régies et

⁸⁶⁶ Cf. *supra*.

⁸⁶⁷ Loi n° 63-645 du 8 juillet 1963, portant suppression des droits dits « de bandite », JORF du 9 juillet 1963, p. 6131.

⁸⁶⁸ Cette particularité tient également au fait qu'une partie du comté de Nice n'a été rattachée à la France qu'en 1947, v. BARGEL L., Une carte, trois communes et deux États. Conflits pour l'appropriation institutionnelle de pâturages alpins frontaliers, *Noréis* 2016, no. 1, p. 85.

⁸⁶⁹ L'article L. 2411-1 du Code général des collectivités territoriales dispose : « I. Constitue une section de commune toute partie d'une commune possédant à titre permanent et exclusif des biens ou des droits distincts de ceux de la commune. La section de commune est une personne morale de droit public. Sont membres de la section de commune les habitants ayant leur domicile réel et fixe sur son territoire. II. Aucune section de commune ne peut être constituée à compter de la promulgation de la loi n° 2013-428 du 27 mai 2013 modernisant le régime des sections de commune ».

⁸⁷⁰ VANUXEM S., Les sections de communes, nos derniers communaux, in ALIX N., BANCEL J.-L., CORIAT B., SULTAN Fr. (dir.), *Vers une république des biens communs ?*, Les liens qui libèrent, 2018, p. 261.

reconnues par le droit national dès l’Ancien Régime, elles ont été « sauvées par la Révolution »⁸⁷¹, puis organisées par le décret du 19 novembre 1859⁸⁷² portant règlement sur la pêche côtière dans le cinquième arrondissement maritime et modifié par un nouveau décret en 1990⁸⁷³. Toutefois, la reconnaissance des compétences réglementaires et juridictionnelles des prud’homies est limitée à l’échelle de l’État français. En effet, la Cour de Justice des Communautés européennes ne reconnaît pas les prud’homies comme des « juridictions » au sens du droit de l’Union⁸⁷⁴. Cette interprétation découle directement de la nature juridique de ces institutions. La Cour de Cassation a notamment rappelé que « *les prud’homies de pêcheurs constituent des établissements publics dont les compétences sont strictement définies par le décret du 19 novembre 1859, conformément à la spécialité de la mission de service public qui leur est attribuée* »⁸⁷⁵. Cette nature d’établissement public est caractérisée par son rattachement à l’administration des affaires maritimes. D’un autre côté, les juridictions administratives sont compétentes pour connaître des litiges entre les prud’homies et leurs membres, ce qui tend à montrer que les décisions qu’elles rendent doivent être considérées comme des actes administratifs⁸⁷⁶. Les prud’homies de pêcheurs constituent donc un établissement public spécialisé, et sont considérées comme une institution corporative « *dont l’existence est fondée sur celle d’un groupe humain particulier* »⁸⁷⁷.

Une activité juridique complète est reconnue par le droit national aux prud’homies, puisque ces institutions exercent un véritable rôle réglementaire qui est attribué par la loi. Ces institutions sont dotées de compétences juridiques relativement étendues : les prud’homies de pêcheurs sont garantes des bons usages de la pêche dans leur ressort géographique. Au-delà de cette dimension d’autorégulation collective, ces institutions disposent d’un pouvoir de police⁸⁷⁸, d’un véritable pouvoir réglementaire⁸⁷⁹, mais également d’un pouvoir de règlement interne des contentieux liés à la pêche dans leur ressort territorial. En effet, leur rôle est

⁸⁷¹ BEDRY-PIERCHON B., La remarquable continuité d’une juridiction d’ancien régime : les prud’hommes pêcheurs en méditerranée, in SIMONIAN-GINESTE H. (dir), *La (dis)continuité en droit*, Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Editions, 2014, p. 39.

⁸⁷² Décret du 19 nov. 1859 portant règlement sur la pêche côtière dans le cinquième arrondissement maritime, Bull. lois, 11e S., B. 617, n° 9222.

⁸⁷³ Décret n° 90-95, du 25 janvier 1990, JORF du 27 janvier 1990, p. 1155.

⁸⁷⁴ CJUE, 14 mai 2008, n° C – 109/07.

⁸⁷⁵ Cass., 2^{ème} civ., 21 déc. 2000, n° 98-17.403.

⁸⁷⁶ CAA Marseille, 4 nov. 2010, n° 08MA03937.

⁸⁷⁷ MABILE S., *L’institution prud’homale en Méditerranée, Analyse juridique, Etude pour la Prud’homie de Pêche de Saint-Raphaël*, 2007, p. 4 [en ligne].

⁸⁷⁸ « *Les gardes jurés et les prud’hommes pêcheurs assermentés sont habilités à rechercher et constater les infractions prévues et réprimées par le présent livre dans le ressort territorial dont ils relèvent* » (Code de l’environnement, art. L. 942-2). Les infractions pouvant ainsi être constatées relèvent essentiellement de la police de la pêche maritime.

⁸⁷⁹ Leurs décisions étant des actes administratifs, opposables et contestables devant les juridictions administratives.

d'établir un règlement de pêche et de veiller à son application et son respect, afin de permettre d'établir des règles d'accès à une ressource exploitée de façon collective. Imposer le respect de cet ensemble de règles nécessite de construire un des « *systèmes de discipline communautaire dont la durabilité n'est plus à prouver* »⁸⁸⁰.

Ces institutions sont généralement traitées par la doctrine comme des objets juridiques anachroniques⁸⁸¹, même si elles font l'objet d'un regain d'intérêt de la doctrine juridique dans le cadre des recherches concernant tant le recours à des sources de droit spontanées, et l'exploitation des « communs ». En effet, les Prud'homies illustrent parfaitement la capacité de groupements de professionnels à établir un règlement d'usages spontané lié à la gestion des communs. Il est en outre remarquable que le droit de l'UE semble représenter un obstacle à l'épanouissement de ce type de norme, le libéralisme juridique et économique semblant entrer en contradiction avec l'intérêt de ces structures⁸⁸². Leur rôle est donc désormais circonscrit par la mise en œuvre du droit de l'Union européenne et de la politique commune de la pêche qui réglementent cette activité et imposent une libre concurrence et des quotas. Le droit de l'Union est, là encore, vécu par les structures professionnelles comme une véritable contrainte sur leurs activités traditionnelles. Pour autant, cette anomalie juridique qu'est la juridiction civile des prud'homies de pêcheur tend à s'insérer au sein de l'ordre juridique de l'Union en se prévalant de l'organisation collective et durable de l'activité de pêche⁸⁸³.

En définitive, une prud'homie de pêcheurs constitue un groupement d'exploitants qui a déterminé des règles communes dans l'exercice de l'exploitation d'une ressource partagée. Ses membres se sont entendus pour faire appliquer ces règles et reconnaissent la légitimité de leurs pairs pour ce qui concerne le règlement interne des différends. Il s'agit d'aspects qu'on retrouve en Dombes et de façon non formalisée.

II. La réception des normes traditionnelles locales par le droit commun

La plupart des mentions de droits traditionnels dans la littérature juridique (droit délibéré, jurisprudence et doctrine) se fait sous la forme des « usages locaux » ou des « usages en

⁸⁸⁰ CAZALET B., Les droits d'usage territoriaux, de la reconnaissance formelle à la garantie juridique. Le cas des aires marines protégées ouest-africaines, *Mondes en développement* 2007, n° 2, p. 61.

⁸⁸¹ FERAL Fr., *La prud'homie des pêcheurs de Palavas : étude de la mort d'une institution*, Publications périodiques spécialisées, 1980.

⁸⁸² FERAL Fr., Un hiatus dans l'administration et la politique des pêches maritimes : les prud'homies de pêcheurs de Méditerranée, *Noréis* 1987, n° 133-135, p. 355.

⁸⁸³ PIERCHON-BEDRY B., Les prud'hommes pêcheurs en Méditerranée, in GAVEN J.-Ch. Et KRYNEN J., *Les désunions de la magistrature*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2012, p. 249.

vigueur ». Il faut cependant signaler l'exception du droit de vaine pâture, mentionné par le Code rural en ces termes : « *le droit de vaine pâture appartenant à la généralité des habitants et s'appliquant en même temps à la généralité d'une commune ou d'une section de commune, en vertu d'une ancienne loi ou coutume, d'un usage immémorial ou d'un titre, n'est reconnu que s'il a fait l'objet avant le 9 juillet 1890 d'une demande de maintien non rejetée par le conseil départemental ou par un décret en Conseil d'Etat* »⁸⁸⁴. Comme en témoigne la lettre de cet article, le droit de vaine pâture institue un usage ancien qui peut être issu de sources de droit traditionnel diverses, mais le législateur a très tôt entamé une entreprise de marginalisation de ce type d'usage traditionnel⁸⁸⁵. Demeurent des mentions éparses des usages locaux ayant fait l'objet d'une validation ou d'une codification. La mention de ces usages par le droit délibéré a essentiellement pour fonction de renvoyer à leur application, leur conférant ainsi un rôle de complément de la loi ou du règlement, c'est-à-dire une réception dans l'ordre juridique délibéré, par délégation⁸⁸⁶ (A). La réception du droit spontané par le droit délibéré peut également s'effectuer via la consécration législative, c'est à dire par incorporation, d'autre part⁸⁸⁷. Des dispositifs originaux sont créés par le droit afin de consacrer, en fonction d'objectifs politiques qui sont parfois bien éloignés du droit, des spécificités culturelles et sociétales locales (B).

A. Le renvoi aux « usages » par le droit commun

Cela a été démontré, les usages, au sens juridique du terme, ont une définition précise. Pour autant, il est parfois difficile de différencier les « usages » dont il est question, à savoir les usages au sens de règles ayant fait l'objet d'une généralisation et d'une légitimité sur un espace donné, ou bien seulement aux usages codifiés au sein de recueils d'usages locaux à vocation agricole. Le droit positif reconnaît, tant à travers la jurisprudence que dans les textes législatifs, l'existence de normes traditionnelles locales. On parle volontiers d'« usages locaux » bien que cette expression recouvre parfois des réalités juridiques différentes. Quoiqu'il en soit, il faut entendre l'adjectif « local » comme la circonscription de l'application de la norme soit d'un point de vue organique (relativement à certaines personnes ou à certains

⁸⁸⁴ Code rural et de la pêche maritime, art. L. 651-1.

⁸⁸⁵ JANIN P., La prairie et son droit, *R.J.E.* 1985, p. 154.

⁸⁸⁶ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., p. 400.

⁸⁸⁷ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., p. 406.

lieux), soit d'un point de vue matériel (relativement à une filière ou un domaine d'activité)⁸⁸⁸. Si la « *référence aux usages en droit positif est foisonnante* »⁸⁸⁹, il convient dans le cadre de la présente recherche de se concentrer essentiellement sur les « usages locaux », c'est-à-dire ceux qui font référence à des pratiques souvent anciennes et dont le champ géographique est circonscrit (1). Une partie de ces usages ruraux, lorsqu'ils ont une vocation agricole, font l'objet d'une procédure de codification menée par les chambres d'agriculture (2).

1. Les « usages locaux » dans la législation applicable en milieu rural

Les usages locaux entretiennent une relation contrastée avec la loi. Pour autant, le législateur les intègre parfois au sein des dispositions législatives afin de leur reconnaître leur rôle *secundum legem*, c'est-à-dire de suppléance à la loi qui leur reste supérieure⁸⁹⁰. Plusieurs mentions peuvent ainsi être relevées de l'utilisation de l'expression « usages locaux » en matière de gestion de l'eau et des milieux aquatiques⁸⁹¹. Il faut être cependant prudent quant à ce qu'ils ont pour objet de représenter, de signifier juridiquement. En effet, on les trouve cités dans le Code rural et de la pêche maritime, le Code de l'environnement, et le Code civil.

Pour l'essentiel, le Code rural mentionne les usages locaux à de nombreuses reprises⁸⁹². On en retrouve ainsi la mention notamment, en premier lieu lorsqu'il s'agit d'organiser la codification lorsqu'ils ont une vocation agricole⁸⁹³ ; en ce qui concerne les chemins ruraux⁸⁹⁴ ;

⁸⁸⁸ COLIN Fr., Les usages locaux, source du droit administratif, *RFDA* 2007, p. 466.

⁸⁸⁹ DEUMIER P., Coutume et usages, *Rep. Droit Civil*, Dalloz, mars 2014 (mise à jour juin 2016).

⁸⁹⁰ PERMINGEAT F., *La coutume et le droit de l'environnement*, préc., pp. 301 et s.

⁸⁹¹ L'ensemble du droit de l'environnement étant par ailleurs émaillé de références aux usages locaux ; *Ibid.*

⁸⁹² LAGARDE M., Usages ruraux, *Rép. Droit civil*, sept. 2007 (actualisation, mars 2011), n° 18 et s.

⁸⁹³ Code rural et de la pêche maritime, art. L. 511-3, cf. infra.

⁸⁹⁴ Code rural et de la pêche maritime, art. L. 161-7 : « *Lorsque, antérieurement à son incorporation dans la voirie rurale, un chemin a été créé ou entretenu par une association foncière, une association syndicale autorisée, créée au titre du c de l'article 1er de l'ordonnance du 1er juillet 2004 précitée, ou lorsque le chemin est créé en application de l'article L. 121-17, les travaux et l'entretien sont financés au moyen d'une taxe répartie à raison de l'intérêt de chaque propriété aux travaux.*

Il en est de même lorsqu'il s'agit d'un chemin rural dont l'ouverture, le redressement, l'élargissement, la réparation ou l'entretien incombait à une association syndicale avant le 1er janvier 1959.

Dans les autres cas, le conseil municipal pourra instituer la taxe prévue aux alinéas précédents, si le chemin est utilisé pour l'exploitation d'un ou de plusieurs fonds.

Sont applicables à cette taxe les dispositions de l'article L. 2331-11 du code général des collectivités territoriales, ci-après reproduites :

"Art. L. 2331-11 : Les taxes particulières dues par les habitants ou propriétaires en vertu des lois et usages locaux sont réparties par délibération du conseil municipal.

"Ces taxes sont recouvrées comme en matière d'impôts directs ».

à propos de la résiliation du bail à métayage⁸⁹⁵ ; ou bien des usages locaux homologués par la Commission consultative des baux ruraux⁸⁹⁶ ; l'article L. 441-3 sur les contreparties dans le bail à complant⁸⁹⁷ ; ou encore, l'article R. 751-49 sur les indemnités journalières des métayers⁸⁹⁸. Le code rural n'est cependant pas le seul à faire référence aux usages locaux. Dans le Code général des collectivités territoriales, on retrouve également la mention des usages locaux, de façon intéressante en ce qui concerne la gestion, la jouissance, des biens de sections de communes qui constituent le reliquat de pratiques anciennes liées au partage communautaire d'une ressource agricole/naturelle/pastorale⁸⁹⁹. Par ce type de dispositions, le CGCT lie à la fois les modes de gestion collective particuliers et la préservation de règles inhérentes à l'exploitation traditionnelle de biens fonciers.

En ce qui concerne l'entretien des cours d'eau, les usages locaux ont toujours joué un rôle primordial et leur mention par le législateur démontre la manière dont le droit commun réceptionne ces règles locales. En effet, il est explicitement renvoyé à leur application pour encadrer l'obligation de curage des cours d'eau⁹⁰⁰ : *« il sera pourvu au curage des canaux et rivières non navigables, et à l'entretien des digues et ouvrages d'art qui y correspondent, de la manière prescrite par les anciens règlements, ou d'après les usages locaux »*⁹⁰¹. Ce principe a été repris par la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux, avant d'être codifié désormais à l'article L. 215-15 du Code l'environnement⁹⁰². Jusqu'à l'adoption de la loi sur l'eau et les milieux aquatiques (LEMA) en 2006, le principe selon lequel l'entretien et le curage des cours d'eau non domaniaux s'effectue en respectant les usages locaux est

⁸⁹⁵ Code rural et de la pêche maritime, art. L. 417-2 : *« Le bail à métayage est résiliable tous les trois ans à la volonté du preneur qui doit donner préavis dans les délais conformes aux usages locaux avant l'expiration de chaque période triennale »*.

⁸⁹⁶ Code rural et de la pêche maritime, art. L. 417-12 : *« A défaut d'accord entre les parties sur le prix et les conditions du nouveau bail, jouissance du cheptel comprise, ou sur le prix d'acquisition au comptant du cheptel, le tribunal paritaire statue, compte tenu, s'il y a lieu, des usages locaux homologués par la commission consultative des baux ruraux »*.

⁸⁹⁷ PRINGENT S., Bail rural, *Rep. Droit civil*, oct. 2013 (actualisation avr. 2018), n° 836.

⁸⁹⁸ Code rural et de la pêche maritime, art. R. 751-49 : *« [...] Ce nombre est fixé d'accord entre les parties compte tenu des usages locaux. »*

⁸⁹⁹ Code général des collectivités territoriales art. L. 2411-10 : *« Les membres de la section ont, dans les conditions résultant soit des décisions des autorités municipales, soit des usages locaux, la jouissance de ceux des biens de la section dont les fruits sont perçus en nature, à l'exclusion de tout revenu en espèces. [...] L'ensemble de ces dispositions, qui concerne les usages agricoles et pastoraux des biens de section, ne fait pas obstacle au maintien, pour les membres de la section non agriculteurs, des droits et usages traditionnels tels que l'affouage, la cueillette ou la chasse »*.

⁹⁰⁰ PERMINGEAT Fr. et LELAY Y.-Fr., Spécificités territoriales et petits arrangements avec la loi, art. préc.

⁹⁰¹ Loi du 14 floréal an XI (4 mai 1803) relative au curage des canaux et rivières non navigables, et à l'entretien des digues qui y correspondent.

⁹⁰² *« Il est pourvu au curage et à l'entretien des cours d'eau non domaniaux ainsi qu'à l'entretien des ouvrages qui s'y rattachent de la manière prescrite par les anciens règlements ou d'après les usages locaux »*. Si la qualification juridique des cours d'eau a été modernisée, le principe est resté identique.

conservé, la loi déléguant ainsi une partie du droit applicable à cette source de droit, sous le contrôle du préfet alors chargé de la mise en œuvre de ces anciens règlements et usages locaux. Ce principe a été remis en cause par la LEMA de 2006 dans le sens où il est donné un cadre législatif et réglementaire à l'entretien des cours d'eau en imposant qu'il soit effectué en application d'un plan pluriannuel de gestion établi à une échelle hydrographique cohérente⁹⁰³. Les anciens règlements et usages locaux sont alors fortement marginalisés. Le projet de LEMA avait prévu de le supprimer, toutefois, un amendement sénatorial⁹⁰⁴ a permis d'insérer, au cours de l'examen du projet de loi sur l'eau, un article L. 215-15-1 qui intègre une disposition transitoire dans le sens de leur préservation : « *L'entretien régulier peut être effectué selon les anciens règlements et usages locaux relatifs à l'entretien des milieux aquatiques pour autant qu'ils soient compatibles avec les objectifs mentionnés aux articles L. 215-14 et L. 215-15. Dans le cas contraire, l'autorité administrative met à jour ces anciens règlements ou usages locaux en les validant, en les adaptant ou, le cas échéant, en les abrogeant en tout ou partie. A compter du 1er janvier 2014, les anciens règlements et usages locaux qui n'ont pas été mis à jour cessent d'être en vigueur* ». Ainsi, la mise en œuvre des règles traditionnelles locales est soumise à une double condition : qu'ils soient compatibles avec les objectifs restrictifs de gestion de l'eau et des milieux aquatiques, et qu'ils soient validés et, à défaut, mis à jour par le préfet de département avant 2014⁹⁰⁵. Le renvoi aux usages locaux n'est dès lors plus automatique en la matière et la loi, sous l'influence du développement du droit de l'environnement interne et européen, affirme son pouvoir normatif là où elle laissait encore une place au droit traditionnel.

On relèvera par ailleurs que l'article 645 du Code civil qui précise les modalités de contestation relatives aux servitudes d'usages des eaux courantes⁹⁰⁶ ne mentionne pas les « usages locaux ». Au contraire, il fait référence aux « *règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux* » qui doivent « *dans tous les cas* » être observés par les juridictions lorsque s'élève un conflit entre l'usage des eaux courantes et l'exercice des droits attachés à la

⁹⁰³ L'article L. 215-15 du Code de l'environnement dispose désormais notamment : « *Les opérations groupées d'entretien régulier d'un cours d'eau, canal ou plan d'eau et celles qu'impose en montagne la sécurisation des torrents sont menées dans le cadre d'un plan de gestion établi à l'échelle d'une unité hydrographique cohérente et compatible avec les objectifs du schéma d'aménagement et de gestion des eaux lorsqu'il existe. L'autorisation d'exécution de ce plan de gestion au titre des articles L. 214-1 à L. 214-6 a une validité pluriannuelle* ».

⁹⁰⁴ JO Sénat CR séance du 6 avril 2005, amendement n° 355.

⁹⁰⁵ Cette date ayant été choisie par rapport à l'objectif porté par la Directive cadre 2000/60/CE sur l'eau de parvenir à un bon état écologique des masses d'eau à l'horizon.

⁹⁰⁶ « *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* ».

propriété privée. A cet égard encore, cette disposition, inchangée depuis l'adoption du Code civil en 1804, renvoie à l'application de règles locales, y compris devant les juridictions de droit commun.

Plus intéressante encore est la façon dont est intégrée la notion d'« usages locaux » dans le droit de la consommation en ce qui concerne les appellations d'origine. En application de l'article L. 431-1 du Code de la consommation, « *constitue une appellation d'origine la dénomination d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus au milieu géographique, comprenant des facteurs naturels et des facteurs humains* ». Le lien entre un produit agricole et une localité est particulièrement difficile à appréhender, et c'est aux rédacteurs de chaque cahier des charges de l'appellation de l'établir. Quoi qu'il en soit, l'appellation d'origine doit pouvoir permettre de prendre en considération les « savoirs locaux », c'est-à-dire un savoir-faire unique, des pratiques propres à un territoire. Pour ce faire, le Conseil d'Etat a reconnu que le comité de défense d'une appellation pouvait se fonder sur des « *usages locaux, loyaux et constants* », sans pour autant être tenu par le respect strict de ceux-ci⁹⁰⁷. Une telle jurisprudence est alors de nature à réduire considérablement la portée des usages locaux⁹⁰⁸, en tous cas en ce qui concerne les appellations d'origine.

De manière générale, la portée des usages locaux est remise en cause par les évolutions de la loi, à l'image de l'ancien article L. 441-3 du Code de l'urbanisme qui disposait : « *L'autorité compétente en matière de permis de construire peut faire opposition à l'édification d'une clôture lorsque celle-ci fait obstacle à la libre circulation des piétons admise par les usages locaux* ». Néanmoins, cette disposition a été abrogée en 2007⁹⁰⁹, rendant désormais le droit de l'urbanisme presque hermétique aux particularités juridiques locales non réglementaires, contrairement aux usages locaux à vocation agricole qui font l'objet d'une codification.

2. L'organisation de la codification des usages locaux par le droit commun

Le rôle et l'impact des usages locaux peuvent être différents selon le cadre juridique dans lequel on se situe. D'abord, il est régulièrement rappelé par la Cour de Cassation que

⁹⁰⁷ CE, 9 févr. 2012, n° 335041, *Sté coopérative vinicole Les Vignerons de Latour de France c/ INAO*, RD rur. 2012, n° 403, comm. 54, note Biagini-Girard.

⁹⁰⁸ DEUMIER P., Coutume et usages locaux, préc.

⁹⁰⁹ Ordonnance n° 2005-1527 du 8 décembre 2005 relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme, JORF du 9 déc. 2005, p. 18997.

l'opposabilité des usages locaux – si leur existence est démontrée – est conditionnée à l'exigence d'un renvoi à ces usages par une disposition législative. Ainsi, la Haute juridiction a énoncé, concernant les règles *contra legem* de gestion des étangs de la Dombes : « *sans préciser le fondement légal de l'application de coutumes et usages locaux prévalant sur les dispositions de l'article 641 du Code civil, auxquelles, selon ses propres constatations ils dérogeaient, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »⁹¹⁰. Cette interprétation particulièrement restrictive consacre ainsi le mécanisme de réception de la coutume dans le droit commun, par délégation. En effet, il est exigé qu'une disposition légale renvoie explicitement à l'application de ces coutumes ou usages. A ce titre diverses dispositions fondent la mise en œuvre des usages locaux.

La rédaction de ces usages est relativement ancienne. Outre les ouvrages publiés par des « sachants » locaux à la manière de ce qui a été observé en Dombes⁹¹¹, une circulaire du ministre de l'Intérieur du 26 juillet 1844 invita les conseillers généraux de tous les départements à entreprendre la codification de tous les usages constants, à caractère agricole, industriel, commercial ou civil, puis des commissions cantonales chargées de recueillir les usages locaux ont été constituées dès 1855 sur instruction du Ministre de l'Agriculture, du Commerce et de l'Industrie⁹¹². Le législateur a organisé en 1924 la façon dont est organisée la codification des usages locaux dans la loi sur les chambres d'agriculture. Cette loi donne à ces institutions la compétence pour « *grouper, coordonner, codifier les coutumes et usages locaux à caractère agricole qui servent ordinairement de base aux décisions judiciaires* »⁹¹³. Depuis, le Code rural et de la pêche maritime énonce, dans une rédaction quasiment identique que : « *les chambres départementales d'agriculture sont appelées par l'autorité administrative à grouper, coordonner, codifier les coutumes et usages locaux à caractère agricole qui servent ordinairement de base aux décisions judiciaires. Les usages codifiés sont soumis à l'approbation des départements* »⁹¹⁴. Dès lors se pose la question du champ d'application de ces recueils d'usages locaux. En la matière, le cas particulier de la Dombes a permis de préciser le champ d'application de ces usages ainsi codifiés. A l'occasion d'un différend en Dombes concernant la propriété d'un chemin rural qui, selon le Code rural, lorsqu'il est « *affecté à l'usage du public est présumé, jusqu'à preuve du contraire, appartenir à la*

⁹¹⁰ Cass., 3^{ème} civ., 16 juin 1999, préc.

⁹¹¹ Cf. Introduction générale.

⁹¹² PERMINGEAT Fr. et LELAY Y.-Fr., Spécificité territoriale et petits arrangements avec la loi, préc., p. 45.

⁹¹³ Loi du 3 janvier 1924 relative aux Chambres d'agriculture, art. 24.

⁹¹⁴ Code rural et de la pêche maritime, art. L. 511-3.

commune sur le territoire de laquelle il est situé »⁹¹⁵, la Haute juridiction a dégagé le principe selon lequel il appartient aux juges du fond de décider souverainement qu'une situation de fait est soumise ou non aux dispositions des usages locaux codifiés par la chambre d'agriculture⁹¹⁶. Pour ce faire, le juge impose aux requérants de démontrer l'existence et la consistance de l'usage dont l'application est invoquée. La mise par écrit de ces usages à caractère agricole est donc particulièrement décisive dans la reconnaissance de leur existence. La démonstration de la double preuve, de l'existence et de la consistance de l'usage est donc facilitée lorsqu'il existe un recueil ou un code des usages locaux⁹¹⁷.

La codification des usages locaux à caractère agricole est issue d'une procédure administrative qui fait intervenir deux autorités, le Préfet et le Conseil départemental, et qui conduit à l'adoption d'actes administratifs, qui sont susceptibles de recours devant le juge administratif. Le Préfet invite la chambre d'agriculture à codifier les usages locaux qui sont par la suite approuvés par délibération du Conseil départemental. De ce point de vue, c'est bien l'autorité administrative qui détient un pouvoir d'initiative et qui valide ou non le recours à la codification des usages locaux et une collectivité territoriale qui approuve la codification à la suite d'une procédure relativement stricte.

Le dernier alinéa de l'article L. 511-3 du Code rural porte en lui tant le principe de la codification que, de façon succincte, la procédure à suivre pour réaliser cette codification. Pour autant, cette procédure, rarement mise en œuvre, peut conduire les institutions départementales dans l'embarras lorsqu'est portée à leur connaissance l'éventuelle nécessité de procéder à une actualisation de ce recueil des usages locaux.

Cette procédure ne saurait être mise en œuvre sans le constat de sa nécessité. Dans ce cadre, les organisations professionnelles, quel que soit leur forme, sont essentielles puisqu'elles regroupent les « usagers » de ces règles de droit particulières. Dans le cas de la Dombes, le Syndicat des Etangs, l'APPED, mais également la Chambre d'agriculture jouent un rôle important de collecteur d'informations concernant à la fois la teneur et la mise en œuvre des usages locaux. Le constat de la nécessité de l'évolution de la rédaction des usages est alors rapporté par ces institutions aux services de l'Etat qui peut alors procéder au déclenchement de la procédure de la codification des usages locaux. Le préfet invite alors formellement, la chambre d'agriculture, par courrier, à procéder à cette codification en application de l'article L. 511-3 précité. Le travail d'écriture étant par la suite achevé, la

⁹¹⁵ Code rural et de la pêche maritime, art. L. 161-3.

⁹¹⁶ Cass. 3^{ème} civ., 14 juin 1994, n° 92-20.943.

⁹¹⁷ Cour de Cassation, *Rapport annuel 2012. La preuve*, La documentation française, 2012, p. 108.

nouvelle version des usages locaux fait l'objet d'une délibération de la Chambre d'agriculture, et d'une délibération d'approbation du Conseil départemental.

Une fois rédigés, ces recueils des usages locaux jouent un rôle particulier dans la vie pratique et juridique des exploitants locaux, et ce, y compris lorsque ce recueil n'a pas (encore) pris la forme de la codification effectuée par la Chambre d'agriculture, puisqu'une telle rédaction peut être le fruit d'une initiative privée ou résulter d'une longue maturation issue des apports tant des juristes locaux que des décisions des juridictions. Les institutions juridictionnelles anciennes participaient ainsi à la rédaction de ces recueils. Dans le cas de la Dombes, M.-C. Pingaud met en relation les usages locaux et le rôle des juges de paix cantonaux au XIX^{ème} siècle en ce qui concerne l'application du droit rural, ces juges étant alors considérés comme les garants de l'équilibre des pratiques rurales dans le cadre de « l'empire des usages », et de la mise en œuvre des conventions établies de longue date, mentionnés par le Code civil. Ils contribuent alors à la rédaction et à la publication des usages locaux qui « ordonnent tout système qui, au sein du groupe localisé, ajuste structures foncières, procès de production et règles de société »⁹¹⁸. Dans certains territoires ruraux, à l'image de la Dombes, l'empire des usages n'a pas régressé. Ce constat peut être interprété comme une démonstration de la stabilité des pratiques ancestrales et de leur utilité à la fois agronomique et environnementale. Cette utilité explique en outre l'attachement des habitants, exploitants, usagers à ces règles traditionnelles, leur conférant une importante légitimité largement reconnue encore aujourd'hui, en droit et sur le terrain. Les recueils d'usages représentant ainsi une assise juridique utilisée par les praticiens du droit, plus que la recherche du fondement du recours à la coutume, pour ce qui concerne les contentieux portés devant les juridictions judiciaires.

La rédaction des usages locaux applicables à la gestion et l'aménagement de l'espace rural et l'environnement n'est pas uniquement l'apanage des chambres d'agriculture. En effet, dans certains cas, l'autorité administrative est amenée à valider et mettre à jour les usages locaux, comme l'illustre l'article L. 215-15-1 du code de l'environnement précité. Pour autant, bien que qu'apparemment susceptible d'offrir un fondement possible de l'utilisation de la coutume écrite dombiste, cette disposition ne peut pas être mise en application en ce qui concerne l'usage de l'eau en Dombes. Ainsi, sauf à considérer les étangs et leurs fossés

⁹¹⁸ PINGAUD M.-C., préc., p. 310.

comme des cours d'eau, cette disposition est inapplicable, le recours à la catégorie des cours d'eau ayant été écarté ainsi que nous l'avons démontré.

Enfin, cette évolution du droit démontre le recul de ces exceptions juridiques locales, fondées ici sur la nécessité de faire application du droit propre à préserver la ressource en eau et les milieux aquatiques. L'intérêt général environnemental conduit donc irrémédiablement à éliminer peu à peu les spécificités juridiques locales lorsqu'elles touchent à la gestion d'une ressource naturelle qui n'offre pas les garanties nécessaires à une gestion durable et équilibrée.

B. La reconnaissance d'exceptions juridiques territoriales fondées sur la tradition

Bien qu'étroitement liées, la coutume et la tradition sont deux concepts qui diffèrent l'un de l'autre, le premier pouvant être considéré comme la matérialisation juridique du second⁹¹⁹. Alors que la coutume est la source de l'obligation juridique, la tradition peut constituer un objet du droit afin de l'encadrer, la bannir ou au contraire la préserver, voire en faire une exception (1). Néanmoins, un tel intérêt du droit pour ces pratiques tend à révéler une certaine résurgence d'usages et, potentiellement, de coutumes (2).

1. La consécration de régimes dérogatoires fondés sur les traditions locales

Alors qu'il est question, tout au long de nos réflexions, d'usages traditionnels, il pourrait être envisagé d'adopter une qualification juridique issue du droit commun afin de caractériser ce système normatif particulier afin de l'insérer dans le droit positif. En effet, la filière piscicole de la Dombes ne peut-elle pas se targuer de préserver une « tradition locale ininterrompue » ? Cette qualification permet de consacrer une particularité culturelle locale traduite dans le droit. La reconnaissance des spécificités culturelles territoriales s'inscrit toutefois dans des limites restrictives posées par la loi. On peut par ailleurs s'étonner de retrouver la notion de tradition dans la loi puisqu'elle fait écho à un phénomène social et culturel plus que juridique, là où la coutume constitue une véritable source de droit. Cependant, il existe bien un lien entre coutume et tradition puisque pour certains auteurs, la

⁹¹⁹ MOURY J., Regard d'un juriste sur la tradition : la coutume, *L'Autre* 2009, n° 1, p. 122

coutume est l'incarnation juridique de la tradition⁹²⁰, et qui justifie un régime dérogatoire au droit pénal (a) et au droit de l'environnement (b).

a. L'expression juridique des « traditions locales ininterrompues »

Le concept de coutume, au sens large du terme, intègre à la fois les usages hérités de pratiques pluriséculaires et les règles qui les encadrent, présente des similarités avec la notion de tradition locale ininterrompue, qui permet d'autoriser sur certaines pratiques sur des territoires identifiés (corrida, combat de coq⁹²¹...). L'article 521-1 du Code pénal prescrit une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende afin de réprimer « *le fait, publiquement ou non, d'exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité* ». Toutefois, ce délit de sévices graves envers les animaux domestiques a été tempéré par le législateur par le fait que « *les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie* ». La qualification de « courses de taureaux » attribuée aux corridas est matériellement discutable⁹²². On peut également s'interroger sur le respect du principe de légalité des délits et des peines dans la mesure où l'activité incriminée repose « sur une tradition ou une coutume », par nature évolutive et alors même qu'en procédant de la sorte, le législateur trahit une incompétence négative au profit de la coutume, sur laquelle il n'a, par définition, aucune prise⁹²³. Pour autant, le Conseil Constitutionnel admet que l'on puisse laisser à l'appréciation des juridictions la reconnaissance d'une telle tradition⁹²⁴. Ainsi, à propos des traditions tauromachiques, il a considéré que : « *L'exclusion de responsabilité pénale instituée par les dispositions contestées n'est applicable que dans les parties du*

⁹²⁰ MOURY J., préc.

⁹²¹ Bien que les deux pratiques soient exonérées de responsabilité pénale à condition de démontrer une « tradition ininterrompue », le législateur a souhaité encadrer les combats de coq plus strictement que les courses de taureaux en interdisant la construction de nouveaux gallodromes alors que la construction d'arène est permise. Cette distinction est justifiée par l'objectif de la loi qui, en ce qui concerne les combats de coq, vise à « accompagner et favoriser l'abandon de ces pratiques » (Cons. Const., 31 juillet 2015, déc. n° 2015-477 QPC, JCP G 2015, n° 37, note SEUBE).

⁹²² MONREDON E., Animaux – Définition de la course de taureaux, *JCP G* 2012, Comm. 10016. L'auteur y conclut que « la course de taureaux est ainsi définie comme un ensemble de gestes imposés et de codes traditionnels, dont le respect permet de bénéficier de l'immunité légale ».

⁹²³ MARECHAL J.-Y., La tradition tauromachique devant le Conseil Constitutionnel : la réponse contestable à une question mal posée, *Droit Pénal*, 2012, étude 25.

⁹²⁴ COLLARD F., Corrida : le fait justificatif de l'article 521-1, alinéa 7, du Code pénal est constitutionnel, *RD rur.* 2013, comm. 71.

territoire national où l'existence d'une telle tradition ininterrompue est établie et pour les seuls actes qui relèvent de cette tradition. Par suite, la différence de traitement instaurée par le législateur entre agissements de même nature accomplis dans des zones géographiques différentes est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. En outre, s'il appartient aux juridictions compétentes d'apprécier les situations de fait répondant à la tradition locale ininterrompue, cette notion, qui ne revêt pas un caractère équivoque, est suffisamment précise pour garantir contre le risque d'arbitraire »⁹²⁵. Cette appréciation du Conseil Constitutionnel permet d'envisager l'application de la notion de tradition locale ininterrompue à la situation factuelle et juridique des étangs de la Dombes. Bien que cette notion doive être interprétée strictement, les pratiques multiséculaires dombistes ont bien été ininterrompues. Par ailleurs, cette notion renvoie à « une forme d'identité régionale »⁹²⁶ qui se trouve donc consacrée par le droit par le biais d'une exception locale à un régime juridique national. Une telle identité renvoie aux pratiques perpétuées à l'échelle d'un territoire mais également à un sentiment d'appartenance à une communauté régionale. Les dombistes sont attachés tant à leurs pratiques qu'à leur histoire commune construite autour de la culture d'étangs. Cette particularité n'est observable que sur cette partie du territoire national et pourrait ainsi justifier qu'une différence de traitement soit instaurée par le législateur, sans pour autant contrarier le principe d'égalité devant la loi : « si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes »⁹²⁷. Ainsi, ce territoire sur lequel s'épanouit une « tradition locale ininterrompue » pourrait légitimement faire l'objet d'une reconnaissance par le droit commun qui instaurerait alors une exception, faisant entrer une particularité factuelle et juridique dans l'ordre juridique législatif. Un alinéa pourrait par exemple être ajouté à l'article 641 du Code civil sur l'usage des eaux pluviales en ces termes : « Le droit d'usage et de disposition accordé à un propriétaire sur les eaux pluviales tombées sur son fonds peut être restreint pour les besoins de l'exploitation d'étangs à vocation piscicole lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée ».

⁹²⁵ Cons. const., 21 septembre 2012, *Association Comité radicalement anti-corrída Europe et autre*, décision QPC n°2012-271, note ABADIE P., La tradition taumachique devant le Conseil Constitutionnel, *Revue Constitutions*, 2012, p. 616. Le Conseil Constitutionnel déclare les dispositions contestées conformes à la Constitution.

⁹²⁶ MOLFESSIS N., La tradition locale et la force de la règle de droit, *RTD civ.*, 2002, p.181.

⁹²⁷ Cons. Const., 12 juillet 1979, n° 79-107, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, *Rec.*, p. 31 ; *RDJ* 1979, p. 1691, chron. Favoreu.

Ainsi, la reconnaissance par la loi d'une tradition locale peut être le moyen de faire entrer une exception juridique dans le droit commun, comme on peut le retrouver également dans l'application du droit de l'environnement.

b. Les dérogations au droit de l'environnement fondées sur la tradition

Les pratiques dites traditionnelles sont également intégrées, de façon de toute aussi polémique mais peut-être moins passionnée, au sein du Code de l'environnement. Ainsi, l'autorité administrative détermine les conditions dans lesquelles peuvent s'exercer certains modes de chasse traditionnels. Peut ainsi être autorisée « *dans des conditions strictement contrôlées et de manière sélective, la chasse de certains oiseaux de passage en petites quantités* »⁹²⁸. Pour ce faire, « *le ministre chargé de la chasse autorise, dans les conditions qu'il détermine, l'utilisation des modes et moyens de chasse consacrés par les usages traditionnels, dérogatoires* » aux règles générales de la chasse. Ainsi, une série d'arrêtés du 17 avril 1989 déterminent les conditions de mise en œuvre de ces « usages traditionnels », sans pour autant apporter de définition à cette notion⁹²⁹. L'ensemble de ces dispositions doivent être mises en perspective avec la directive « Oiseaux » codifiée en 2009, et notamment son article 9 déterminant les conditions de dérogations aux mesures de protection des oiseaux. L'un des motifs de dérogation est le fait de « *permettre, dans des conditions strictement contrôlées et de manière sélective, la capture, la détention ou toute autre exploitation judiciaire de certains oiseaux en petites quantités* »⁹³⁰. Ces dispositions constituent un régime d'exception d'interprétation stricte, la charge de la preuve de l'existence des conditions requises incombe aux autorités de l'Etat membre qui prend la décision de dérogation, les autorisations d'interventions sur les espèces protégées devant faire l'objet d'une motivation précise et adéquate⁹³¹. Il ressort de la jurisprudence de la Cour de Justice que l'existence

⁹²⁸ Code de l'environnement, art. L. 424-4.

⁹²⁹ V. Arr. du 17 août 1989 relatif à la capture de l'alouette des champs au moyen de pantes dans les départements de la Gironde, des Landes, du Lot-et-Garonne et des Pyrénées-Atlantiques (JO 13 sept.); Arr. du 17 août 1989 relatif à la capture de l'alouette des champs au moyen de matoles dans les départements des Landes, du Lot-et-Garonne et du Tarn-et-Garonne (JO 15 sept.); Arr. du 17 août 1989 relatif à la tenderie aux grives dans le département des Ardennes (JO 13 sept.); Arr. du 17 août 1989 relatif à la tenderie aux vanneaux dans le département des Ardennes (JO 13 sept.); Arr. du 17 août 1989 relatif à l'emploi des gluaux pour la capture des grives et des merles destinés à servir d'appelants dans les départements des Alpes-de-Haute-Provence, des Alpes-Maritimes, des Bouches-du-Rhône, du Var et du Vaucluse (JO 13 sept.); Arr. du 7 nov. 2005 relatif à l'emploi de tendelles dans les départements de l'Aveyron et de la Lozère (JO 15 nov.).

⁹³⁰ Directive 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 nov. 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages, JOUE du 26 janv. 2010, L 20/7, art. 9 1§ c.

⁹³¹ Voir notamment CJCE, 8 juin 2006, *WWF Italia et a. c/ Regione Lombardia*, C-60/05 (n° 34).

d'une « tradition fortement ancrée » ne se révèle pas suffisante pour justifier le recours à la dérogation de l'article 9 de la Directive. A notamment été sanctionnée l'autorisation de l'utilisation de gluaux en Espagne⁹³² et conduit à conclure que ces pratiques, dans les conditions dans lesquelles elles étaient autorisées, devaient être interdites. Il découle, en outre, de l'interprétation de l'avocat général de la Cour de Justice dans une affaire de 1996 que le seul « *fait que de telles activités soient ancestrales ou participent d'une tradition historique et culturelle ne suffit pas à justifier que l'on déroge à la directive* »⁹³³. Une telle dérogation doit reposer sur la démonstration de l'inexistence d'autre solution satisfaisante, que la seule existence d'une tradition ne suffit pas à démontrer⁹³⁴.

Les débats autour d'arrêtés concernant les quotas de prélèvement d'individus appartenant à des espèces d'oiseaux protégées dans le cadre de chasses traditionnelles témoignent de la difficulté de cet arbitrage⁹³⁵. Les défenseurs de ces modes de chasse arguent du caractère traditionnel, voir ancestral de ces modes de chasses remontant « à l'antiquité »⁹³⁶, alors que leurs détracteurs dénoncent l'absence de sélectivité de ces méthodes et la remise en cause du maintien de population des espèces considérées⁹³⁷. Ce régime illustre le fait que le caractère traditionnel d'une pratique, bien qu'elle puisse bénéficier d'une exception juridique, n'en demeure pas moins soumis à une mise en balance des intérêts en présence lorsque l'autorité administrative accorde cette dérogation.

Enfin, si l'existence d'une tradition locale justifie la création d'une exception juridique, la coutume pourrait également en bénéficier, nécessitant à cette fin de réinterroger les rapports entre coutume et tradition. La coutume est en effet constituée d'une ou plusieurs règles de droit nées de pratiques généralisées, répétées et rendues obligatoires, alors que la tradition est une pratique culturelle facultative mais propre à un territoire et un héritage historique donnés.

⁹³² CJCE, 9 déc. 2004, *Commission c/ Espagne*, n° C-79/03, Rec. 2006, p. 11619.

⁹³³ CJCE, 12 décembre 1996, *Ligue royale belge pour la protection des oiseaux et Société d'études ornithologiques AVES c/ Région wallonne*, n° C-10/96, Rec.1996, p. 6775.

⁹³⁴ Commission européenne, *Guide sur la chasse en application de la directive 79/409/CEE du Conseil concernant la conservation des oiseaux sauvages "La directive Oiseaux"*, 2009 [en ligne].

⁹³⁵ Voir sur ce point, les projets d'arrêtés relatifs à la capture de l'alouette des champs (*Alauda arvensis*) au moyen de pantès et de matoles http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/spip.php?page=article&id_article=1850; ainsi que les projets d'arrêtés relatifs à Chasses traditionnelles et détermination des quotas de prélèvements pour la campagne 2018-2019 dans le département des Ardennes d'une part (http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/chasses-traditionnelles-et-determination-des-a1856.html?id_rubrique=2), et à l'emploi des gluaux pour la capture des grives et des merles noirs destinés à servir d'appelants d'autre part (http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/chasses-traditionnelles-et-determination-des-a1855.html?id_rubrique=2) pour la campagne 2018-2019.

⁹³⁶ Rép. Min. n° 30808, 2 juillet 2013, JOAN Q. 2013, p. 2583.

⁹³⁷ Voir. Rép. min. n° 915, 23 févr. 2016, JOAN Q. 2016, p. 1646 ; *RD. Rur.* 2016, n° 442, alerte 42.

La coutume, étant une source de droit à part entière, n'est-elle pas légitime, au même titre que la tradition, à consacrer une particularité juridique territorialisée permettant de reléguer au second plan le droit délibéré ? Cette interprétation serait motivée par l'objectif de l'effectivité de la norme, étant donné que la règle locale est issue des pratiques traditionnelles et, partant, la mieux adaptée aux spécificités territoriales. L'attention donnée à la tradition par le droit positif traduit un regain d'intérêt pour la coutume en tant que source alternative de droit.

2. *La résurgence des usages et des coutumes dans les modes de production du droit*

Jérôme Fromageau note, en droit de l'environnement, un regain d'intérêt pour les normes traditionnelles entendues au sens large, et notamment des coutumes et des usages locaux, et plus exactement, une rémanence des modes de gestion traditionnels des espaces qualifiés, à tort ou à raison, de naturels⁹³⁸. En d'autres termes, on observe une persistance au moins partielle de régimes juridiques issus de « l'ancien droit »⁹³⁹ qui se manifestent dans le droit de l'environnement comme dans les aspirations sociales et environnementales, et y trouvent une résonance toute particulière appelant à repenser la façon dont le droit appréhende la gestion juridiques de biens environnementaux⁹⁴⁰.

En outre, il est remarquable d'observer un certain regain d'intérêt pour la coutume et les usages en tant que mode original de production normative. En effet, l'étude des droits traditionnels n'est plus l'apanage des historiens du droit dès lors qu'elle permet de renouveler la manière dont le droit appréhende les relations entre personnes comme entre les personnes et les choses. Cette résurgence marque surtout un regain d'intérêt pour la doctrine qui observe attentivement les pratiques juridiques dans tous les domaines, et repose essentiellement sur le recours à l'usage qui offrirait, dans certains cas, une liberté d'action rendue impossible par la multiplication des législations⁹⁴¹.

Plus localement, le recours aux usages locaux ou à la règle coutumière offre la possibilité de s'affranchir, à la marge, de certaines règles non impératives contenues dans le droit législatif et ce, avec le sentiment d'une légitimité culturelle et historique qui autoriserait de

⁹³⁸ FROMAGEAU J., Le droit de l'environnement, l'exemple des zones humides, art. préc., p. 179.

⁹³⁹ FROMAGEAU J., Rémanence de l'Ancien droit : les droits fondés en titre, in *Mélanges de Malafosse*, préc., p. 33.

⁹⁴⁰ FROMAGEAU J., La rémanence des usages et coutumes dans les zones humides, in VANUXEM S. (dir.), *Repenser la propriété*, préc., p. 71.

⁹⁴¹ MOUSSERON P., La France : une république coutumière ? *D.* 2016, p. 305.

« *petits arrangements avec la loi* »⁹⁴². Sans aller jusque-là, savoirs traditionnels et usages locaux semblent désormais constituer une source de droit concurrente, ou plus exactement complémentaire, de la loi et ce, dans toutes les branches du droit. Les fondements juridiques de la force normative des usages font ainsi l'objet d'une attention nouvelle dès lors que se manifeste une « *volonté collective d'adhérer à une pratique généralisée au sein d'une communauté* »⁹⁴³.

Dans cette perspective, la doctrine participe à la construction d'un pluralisme juridique au sein duquel les ordres normatifs infra-étatiques et parallèles au droit commun trouvent un terrain d'expression. Les particularités juridiques propres à certains territoires trouvent ainsi, dans ce pluralisme des sources du droit, une reconnaissance liée à leur insertion dans l'ordre normatif.

Conclusion du Chapitre 1

L'ensemble de ces éléments permet de conclure que le système juridique dombiste, si tant est que l'on puisse en identifier un, constitue un système complexe. On observe en effet ici que les normes s'ajoutent, se superposent, s'entrecroisent, exercent entre elles des rapports de supériorité desquelles certaines sont extraites. Le droit que l'on peut qualifier de commun, et notamment sa branche administrative, constitue lui-même un système complexe fait d'autorités compétentes, de territorialisation, de généralités et d'exceptions⁹⁴⁴. Un système complexe peut être défini comme tel « *dès lors qu'échappent à l'observateur, un certain nombre d'informations décisives quant à sa nature et à son fonctionnement bien qu'il en ait une idée générale* ». Néanmoins, un tel système ne se limite pas au désordre apparent, mais se révèle complexe dès lors que « *l'on a des raisons de supposer un ordre caché* »⁹⁴⁵.

L'enchevêtrement des normes telles qu'elles sont applicables en Dombes, entre loi civile, réglementation environnementale, droit rural et droit coutumier, fait naître chez l'observateur extérieur un sentiment de désordre normatif, tout en créant la conviction que leur mise en œuvre repose sur un subtil équilibre que seule une analyse précise permet de déceler.

⁹⁴² LELAY Y.-F. et PERMINGEAT, Spécificité territoriale et petits arrangements avec la loi, *préc.*

⁹⁴³ BRES A., Le fondement de la force des usages, *AJ Contrats* 2018, p. 352.

⁹⁴⁴ CAILLOSSE J., *Droit et complexité*, *préc.*, p. 176.

⁹⁴⁵ OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des facultés Universitaires Saint-Louis, 1987, p. 211.

Chapitre 2. La pérennisation de pratiques durables par la préservation de l'usage

Selon Portalis, « *l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière* ». Ce principe affirme tant la légitimité uniformisatrice de l'œuvre législative que son plus grand défaut dans l'accueil des particularismes locaux. Il se justifie par le fait que, au lendemain de la Révolution Française, le rôle de la loi était de poser les principes inhérents à l'application des droits et libertés des citoyens. L'inflation législative contemporaine conduit à s'interroger sur la postérité de ce principe. Certains l'évoquent pour appuyer une idéologie libérale inspirée de la pensée économique fondée sur la lutte contre la régulation juridique jugée contraire à la liberté d'entreprendre et au droit de la propriété privée⁹⁴⁶. Au-delà de cette posture, ce principe rappelle surtout que la loi n'a pas vocation à régler l'ensemble des situations juridiques particulières mais de leur donner un cadre commun. En effet, les rédacteurs du Code civil se sont « *préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir* »⁹⁴⁷. Ce point de vue laisse donc une large marge de manœuvre à d'autres modes de régulation juridique et préconise, en filigrane, l'expression d'un pluralisme juridique. Pour autant, certains auteurs déplorent la vaine tentative de reconnaître l'existence d'un système juridique pluriel « *en raison de la place, intellectuellement tyrannique, que la loi et l'Etat continuent d'occuper* »⁹⁴⁸. Dans le même temps, d'autres affirment qu'une partie du droit positif est fondé sur des pratiques, par essence non juridiques, caractérisant ainsi l'existence, certes limitée, d'un pluralisme juridique⁹⁴⁹.

Cela étant posé, et considérant plus spécifiquement les liens qui unissent ou désunissent les normes législatives et les règles de droit spontané comme les coutumes, il faut rappeler qu'elles diffèrent tant par leur genèse que par leur utilité sociale. En effet, alors que la loi peut être considérée comme un « *mécanisme d'État* »⁹⁵⁰, tel n'est pas le cas de la

⁹⁴⁶ Ce point de vue est d'ailleurs particulièrement présent en ce qui concerne la liberté d'entreprendre en matière agricole. Pour un exemple, voir l'analyse critique de la loi n° 2017-348 du 20 mars 2017, BOSSE-PLATIERE H. et TRAVELY B., La loi relative à la lutte contre l'accaparement des terres agricoles réduite à sa plus simple expression par le Conseil Constitutionnel, *JCP N.* 2017 n°12, act. 368.

⁹⁴⁷ PORTALIS J.-E.-M., Discours préliminaire sur le projet de Code civil, 1^{er} pluviôse an IX, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, 1844, p. 12 ; publ. in *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, 2017, p. 692.

⁹⁴⁸ JESTAZ Ph., *Les sources du droit*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2015.

⁹⁴⁹ TERRE Fr., *Introduction générale au droit*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2015, p. 291.

⁹⁵⁰ CARBONNIER J., *Droit civil- 1. Introduction. Les personnes*, 10^{ème} éd., PUF, 1974, p. 20.

coutume ou plus largement des droits spontanés locaux. Là où le Doyen Carbonnier remettait en cause cette affirmation, nous considérerons aujourd'hui que la nature du droit spontané exclut qu'il puisse être considéré comme un mécanisme d'État. Carbonnier, au contraire, considérait que les gouvernants et les gouvernés ne peuvent être séparés en démocratie, la coutume venant de « la masse », émanant donc de l'État puisqu'elle ne procède pas d'une volonté individuelle. Force est de constater aujourd'hui que les droits spontanés (contractuels, coutumiers...) ne découlent ni d'une volonté proprement individuelle, ni de l'État lui-même bien que le droit étatique crée les conditions de leur émergence.

Quoi qu'il en soit, ces deux normes distinctes ne sont pas nécessairement créées pour s'opposer l'une à l'autre mais plus généralement se compléter l'une l'autre, eu égard à leurs objectifs différents voire divergents. Cette coexistence ne se fait pourtant pas sans heurts puisqu'elle s'impose à l'issue d'un rapport de forces complexe entre l'impératif moderne d'unicité du droit pour l'affirmation d'un Etat unitaire, et la préservation d'identités juridiques et sociales locales issues de pratiques et de traditions séculaires que leurs représentants s'évertuent à préserver. A cet égard, l'étude du droit local applicable au territoire de la Dombes est particulièrement édifiante puisqu'il s'agit là de constater - voire de consacrer - l'existence d'un pluralisme juridique inédit dans le droit contemporain occidental. D'après Etienne Le Roy, « *le pluralisme juridique est une expérience étrangère aux sociétés occidentales modernes qui ont opté le point de vue de l'individualisme et du positivisme comme deux ruptures essentielles de la modernité depuis le XVIII^{ème} siècle en Europe* »⁹⁵¹. Et pourtant, cela a été démontré, l'exploitation collective d'une ressource naturelle partagée a permis l'émergence, non seulement d'une communauté dont les membres sont solidaires dans l'usage de la ressource, mais également d'un ensemble de normes sociales et juridiques gouvernant cet usage. Cet ordre normatif résiste encore aujourd'hui tant bien que mal à un environnement juridique pour le moins contraignant voire hostile à sa survie : l'œuvre législative ne cesse de s'étendre à tous les pans de la société et affecte de diverses manières l'exploitation traditionnelle de l'eau. Entre droit civil et droit de l'environnement en passant par le droit rural, d'origine interne ou européenne, il reste peu de place au droit spontané local pour qu'il continue à s'affirmer. Pour autant, il apparaît nécessaire de le préserver dans une perspective de pluralisme juridique (Section 1). En ce sens, il est possible, d'un point de vue théorique comme pratique, de recourir à un certain nombre de mécanismes juridiques

⁹⁵¹ Le ROY E., Pluralisme juridique, in CORNU M., ORSI F., ROCHFELD J. (Dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 933.

permettant la pérennisation d'un tel pluralisme afin de garantir l'effectivité du droit et la perpétuation de pratiques durables (Section 2).

Section 1 : La nécessité théorique d'une pluralité juridique dans la gestion des biens communs

« Prolifération et instabilité sont deux caractéristiques aussi marquantes que regrettables de l'édifice normatif »⁹⁵². La diversification des sources et des champs du droit, ainsi que celle de la variété des autorités qui produisent ou appliquent la norme, conduit à une irrémédiable fuite en avant vers la complexité de l'ordonnancement juridique. Pourtant, le droit coutumier et plus globalement le droit spontané sont une source de droit à préserver en tant qu'elles assurent tant la stabilité et l'adaptabilité des normes. En ce sens, il contraste largement avec la versatilité de la loi, source d'insécurité juridique. Loin de vouloir les opposer, il est proposé de pérenniser une forme de pluralisme juridique garant de la stabilité du droit local et de la nécessaire adaptation aux contraintes normatives et environnementales globales. A un ordre juridique affirmé et uniformisé dans lequel les coutumes et autres normes locales peinent à trouver leur place, on peut opposer le pluralisme juridique qui octroie à la communauté un certain pouvoir de création du droit.

Le pluralisme des sources de droit est considéré comme l'une des causes du « désordre dans la pyramide des normes »⁹⁵³. A cet égard, le droit spontané est susceptible de bousculer véritablement l'ordre juridique entendu classiquement. Le Doyen Carbonnier énonçait que « ce pourrait être un progrès que de réintroduire dans le droit des biens, une vision concrète des choses »⁹⁵⁴. La nécessité de préserver un droit traditionnel dans une perspective de pluralité juridique et de cohérence de l'effectivité normative se justifie par son objet. Dans le cas du territoire de la Dombes, il s'agit de la gestion traditionnelle de la ressource en eau. Le droit local qui a ainsi été forgé au fil du temps est certainement le mieux à même de pouvoir appréhender une situation juridique et pratique locale spécifique (I). Au-delà de son objet, la nature même de ce droit spontané, en tant qu'il est essentiellement un droit des acteurs locaux, nécessite d'être préservé puisqu'il permet une dynamique normative que ne peut garantir le droit dit « délibéré » (II).

⁹⁵² STIRN B., La dispersion des normes, *RDJ* 2017, n° 1, p. 5.

⁹⁵³ LASSERRE-KIESOW V., L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit, préc.

⁹⁵⁴ Cité par J. DE MALAFOSSE, Droit d'usage et usages locaux, in Collectif, *L'environnement et la forêt*, Publications périodiques spécialisées, 1984, p. 66.

I. Des situations juridiques locales inédites inconnues du droit « global »

« Il n'est pas rare de voir la loi courir en vain après des usages dont elle voudrait entériner les principes, modifier les équilibres ou nuancer la portée »⁹⁵⁵. L'auteur démontre par cette phrase l'incapacité de la loi à anticiper les usages – au sens de pratiques – en vigueur dans bien des domaines, et de ce fait, procède en réaction à l'apparition de ces pratiques. Néanmoins, l'œuvre législative n'est pas nécessairement vouée à être enfermée dans cette course perpétuelle si l'on considère qu'elle puisse être complétée par des règles spécifiques à telle ou telle matière et issue de pratiques propres à un territoire ou une communauté. L'insuffisance de la loi pour répondre à des situations spécifiques (A) met en évidence la nécessité d'un droit local spécifique, spécialisé et adapté aux enjeux locaux, à l'initiative des collectivités et communautés d'usagers ou d'acteurs locaux (B).

A. L'insuffisance de la loi dans l'appréhension des spécificités techniques et juridiques locales

« Il existe d'innombrables centres générateurs de droit, d'innombrables foyers autonomes de droit, qui viennent rivaliser avec le foyer proprement étatique »⁹⁵⁶. Du fait de l'existence d'un pluralisme juridique, ou plus exactement de phénomènes de pluralisme juridique, « le droit étatique devra subir la concurrence d'ordres juridiques indépendants de lui »⁹⁵⁷. Malgré cette affirmation déjà ancienne, il n'en demeure pas moins que l'unité du droit conserve toute sa vigueur dans le sens où l'ensemble de la production du droit est permis et encadré par l'ordre normatif étatique – Constitution, loi, règlement – et émane ainsi largement d'un mouvement normatif descendant. Pour autant, le droit local de la gestion de l'eau en Dombes semble indépendant de la volonté législative étatique et deux éléments permettent d'analyser cette concurrence normative. D'abord, le droit coutumier dombiste s'est développé parallèlement à la création des étangs sur ce territoire dès le XII^{ème} siècle et est donc largement préexistant à l'État français et donc au droit étatique (1). Ensuite, la loi nationale telle qu'elle a largement évolué depuis les premières publications de Codes (civil et rural

⁹⁵⁵ DANET D., Entre droit spontané et droit légiféré : la production de droit par la normalisation, *Economie publique*, 2001/1, p. 83.

⁹⁵⁶ CARBONNIER J., *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2014, p. 19.

⁹⁵⁷ *Idem*.

notamment), n'a pu achever son ambition de régler l'ensemble des situations sur l'ensemble du territoire (2).

1. *L'hégémonie originare de la coutume locale garante de sa légitimité*

L'antériorité de la norme coutumière lui confère une légitimité supérieure par rapport au droit savant et à la loi en particulier. Evidemment, il existe du droit général, d'origine royale ou plus généralement féodale. Pour autant, ce dernier n'a pas pour objet de régler les situations particulières des régions d'étangs (a). Il est même possible d'identifier, dans cette norme, l'expression d'un droit naturel, cela étant par ailleurs encouragé par le vocabulaire juridictionnel (b).

a. Le droit local préexistant à la loi

L'ensemble du corpus normatif actuel n'a pas pour seul origine la loi, le droit n'apparaissant pas avec l'apparition de la loi. Il est ainsi « possible d'affirmer qu'avant qu'il n'y eût du « national », il y eut du « local » »⁹⁵⁸. La norme juridique s'est d'abord développée à une échelle où elle constituait une réponse pragmatique à une problématique concrète et généralement locale. Ce n'est que par la centralisation du pouvoir normatif que le droit a fait l'objet d'une harmonisation à l'échelle d'un vaste territoire.

Cette affirmation générale ne fait toutefois pas l'unanimité au sein de la doctrine, et particulièrement chez les historiens du droit issus de la doctrine positiviste dont les travaux tendent à remettre en cause l'ordre naturel de la création des normes traditionnellement présent dans l'esprit des juristes. Jean-Louis Halpérin évoque ainsi la difficulté que représente une telle affirmation, notamment du fait que les sources attestant de l'existence d'un droit coutumier sont contemporaines de l'émergence d'un droit dit « savant »⁹⁵⁹. Il n'en demeure pas moins que le droit local coutumier dont l'objet est de régler les relations entre propriétaires d'étangs, et entre ces derniers et les propriétaires voisins, présente une complexité et est effective particulièrement tôt dans l'histoire, bien avant la généralisation de droits savants⁹⁶⁰, et même avant la mise par écrit de la Coutume de Villars en 1524. En effet,

⁹⁵⁸ PONTIER J.-M., Qu'est-ce que le « local » ?, *AJDA* 2017, p. 1093.

⁹⁵⁹ HALPERIN J.-L., La détermination du champ juridique à la lumière de récents travaux d'histoire du droit, *Droit et société* 2012, n° 81, p. 256.

⁹⁶⁰ V. Introduction générale à la présente étude.

la documentation historique témoigne des méandres juridiques caractérisant la mise en œuvre de la coutume locale lorsqu'il s'agit de respecter les droits de chaque propriétaire ou ayant droit au moment de la création d'un étang⁹⁶¹. Cette construction singulière du droit est fondée sur l'expérience et le pragmatisme tant des usagers de la ressource que des institutions qui ont participé à l'organisation de cet usage, constituant peu à peu un véritable ordre juridique coutumier. Selon Charles Leben, « *on appelle ordre juridique l'ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine* »⁹⁶². *L'ensemble des relations juridiques animant les membres de la communauté des exploitants d'étangs sont fondées sur leur lien à leur terre et leurs pratiques dont découle une organisation sociale particulière, et font de la coutume locale un ordre coutumier complexe dépassant la seule « collection de règles »*⁹⁶³. *La constitution spontanée de ce système juridique a rendu possible sa légitimité et sa pérennité.*

b. La légitimité d'un « droit naturel »

La construction progressive du droit spontané semble être l'expression du droit naturel à travers la communauté d'usagers. John Locke développe, au XVII^{ème}, la théorie des droits naturels dont jouissent les hommes et qui leurs sont intrinsèques. Ces droits naturels viennent avant la loi qui ne fait qu'en exprimer les modalités d'application en quelque sorte. La notion de droit naturel de propriété a été fondatrice dans l'histoire du droit et notamment à l'époque des premières codifications⁹⁶⁴. Le recours à la pensée de Locke et sa théorisation des droits naturels, et plus largement de la loi naturelle est particulièrement intéressant lorsque l'on étudie la jurisprudence concernant la gestion de l'eau en Dombes. La Cour de Cassation énonce ainsi en 1999 que « *la solution de ce litige concernant le ruissellement des eaux, doit être recherchée non pas en application des dispositions de l'article 641 du Code civil, mais selon les coutumes et usages locaux qui dérogent aux dispositions du Code civil, en raison de l'exploitation spécifique des étangs de la Dombes, que la situation particulière des étangs de la Dombes et de la Bresse est régie par la loi naturelle décrite par le manuel de Truchelut édité pour la première fois en 1881* ». Cette décision doit dès lors être analysée au regard de

⁹⁶¹ MARTIN J.-C., La Dombes et ses étangs, *Le Globe. Revue genevoise de géographie* 1977, n° 117, pp. 35-55.

⁹⁶² LEBEN Ch., De quelques doctrines de l'ordre juridique, *Droits* 2001, n° 33, p. 19.

⁹⁶³ DEUMIER P., La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques, *RTD civ.* 2006, p. 516.

⁹⁶⁴ HALPERIN J.-L., Droit naturel de propriété in CORNU M., ORSI F., ROCHFELD J. (Dir.), *Dictionnaire des communs*, PUF, 2017, pp. 421 et suiv.

ce qui peut être considéré comme la « loi naturelle ». Cette expression doit-elle être interprétée dans le sens de la philosophie de Locke en considérant la coutume dombiste comme précédant la loi contemporaine, ou bien dans le sens où l'eau, l'objet de ce droit est un élément naturel difficile à maîtriser. La première interprétation est d'autant plus intéressante étant donné que pour Locke, la philosophie du droit naturel part du principe selon lequel l'Homme est propriétaire par nature. Dès lors, la propriété de l'Homme en tant qu'il se rend maître et possesseur des éléments naturels constitueraient le fondement du droit coutumier en Dombes. Toutefois, dans cette dimension philosophique du droit naturel, émanant de la nature humaine elle-même, la nature au sens d'environnement global disparaît de la pensée philosophique et juridique⁹⁶⁵. De ce point de vue, la décision de 1999 rendue par la Cour de Cassation paraît particulièrement passéiste et surprenante. Pourtant, cette interprétation n'est pas exempte d'intérêt puisqu'elle met en évidence la nature spontanée de ce droit applicable en un territoire si particulier, puisqu'il découle directement des activités humaines et au fait que l'homme, en ces lieux, ait « fait société ».

Enfin, l'idée soulevée par la juridiction suprême de l'ordre judiciaire en 1999 selon laquelle le droit local constitue une « loi naturelle », permet à elle seule d'affirmer son caractère préexistant au droit positif. On pourrait parler d'un droit originaire. La distinction entre loi naturelle et loi positive a occupé une partie de la doctrine pendant de nombreuses années. A cet égard, les réflexions de Demolombe sont éloquentes. Il affirme ainsi que : « *le droit naturel préexistant et obligatoire, indépendamment de toute promulgation* »⁹⁶⁶. Néanmoins, il est important de préciser qu'est entendu par droit naturel, celui qui est attaché à la personne humaine et en ce qu'il est invariable et universel. L'autre interprétation de cette décision permet de mettre en avant la contrainte naturelle des lieux sur le droit applicable, ce dernier venant entériner un fait matériel objectivement observé. De ce point de vue, le droit découle non pas de l'activité collective de l'homme mais de la situation des lieux qui impose ses propres règles à la communauté d'usagers de la ressource, d'abord de se constituer en communauté et ensuite d'organiser les rapports entre ses membres. Dans cette conception, ce « droit naturel », tel qu'il est ainsi pensé, se place par essence en parallèle du droit des hommes, du droit légiféré. Il est le droit de la nature des lieux et précède nécessairement toute création législative.

⁹⁶⁵ SERRES M., *Le contrat naturel*, Ed. Françoise Bourin, 1990, p. 62.

⁹⁶⁶ DEMOLOMBE C., *Cours de Code Napoléon*, éd. A. Durand, 1854. Extraits dans *Les grands discours de la pensée juridique*, Dalloz, 2017, p. 709.

2. La nécessaire diversité des sources du droit

« *La connaissance des règles traditionnelles est indispensable à une bonne politique* »⁹⁶⁷. Ainsi Ripert a analysé l'apport du droit traditionnel issu des pratiques juridiques d'Ancien Régime au droit moderne. Bien qu'aujourd'hui prédominants dans les sources de droit, la loi et le Code civil ne sont pas des créations juridiques mais reposent sur un héritage complexe de droits féodaux et coutumiers ayant fait l'objet d'une harmonisation et d'une adaptation à l'ère nouvelle suivant l'abolition des privilèges⁹⁶⁸. Il résulte de cette évolution du droit un pluralisme des sources et leur nécessaire complémentarité. Bien que l'ordre juridique législatif a été présenté comme complet et se suffisant à lui-même. Cette affirmation doit donc être relativisée (a), les lacunes liées à cette incomplétude étant comblées par le droit spontané dont la diversité des sources le rend difficile à catégoriser (b).

a. La discutabile complétude de l'ordre législatif

De ce constat, Locke développe, dans son *Second traité du gouvernement civil*, l'idée selon laquelle la loi ne peut régler toutes les situations et prendre en compte l'ensemble des éléments locaux. Ainsi, la loi ne peut tout régir mais fixe des grands principes permettant l'unité de la réglementation, tout en permettant l'expression de réglementations locales. D'un point de vue plus pragmatique, Portalis, dans son « Discours préliminaire » à la présentation du Code civil, a souligné l'utilité des sources de droits complémentaires à la loi : « *Il serait sans doute désirable que toutes les matières pussent être réglées par des lois. Mais à défaut de textes précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables tiennent lieu de loi* »⁹⁶⁹. En ce sens, Portalis précisa qu'il n'avait pas été envisagé de faire de la loi la seule source de droit. Ce discours avait trouvé un écho au sein du Livre préliminaire au projet de Code civil présenté le 24 Thermidor an VIII. Son article 1^{er} énonçait en effet en ses points 4 et 5 : « *4. Le droit intérieur ou particulier de chaque peuple se compose en partie du droit universel, en partie des lois qui lui sont propres, et en partie de ses coutumes ou usages, qui sont le supplément des lois. 5. La coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés, qui ont acquis la force d'une convention*

⁹⁶⁷ RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 24.

⁹⁶⁸ LECA A., *Les métamorphoses du droit français: histoire d'un système juridique des origines au XXI^e siècle*, LexisNexis, 2011, p. 56.

⁹⁶⁹ PORTALIS J.-E.-M., Discours préliminaire sur le projet de Code civil, 1^{er} pluviôse an IX, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, 1844, p. 24 ; publ. in *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, 2017, p. 692.

tacite et commune »⁹⁷⁰. Évidemment, ce discours est prononcé à une époque où la grande œuvre législative républicaine se limite au Code civil et traduit la volonté des rédacteurs du projet de Code civil d'opérer une « *combinaison entre la Tradition et la Révolution, entre la Raison et l'Histoire* »⁹⁷¹. Aujourd'hui, la loi est présente partout où il existe des interactions entre individus, voire entre individus et entités non humaines. Pour autant, demeurent des interrogations quant à son caractère suffisant pour régler toutes les situations de fait ou de droit. Cette question est sujette au débat au sein de la doctrine, notamment eu égard au légalisme et à la reconnaissance problématique des lacunes de la loi. En effet, cette idée est contraire au dogme de la complétude du droit législatif, et à la théorie explicitée par Michel Troper de la « *norme générale exclusive* », selon laquelle « *tout ordre ou système juridique règle nécessairement la totalité des conduites humaines* »⁹⁷². L'auteur démontre les limites de cette théorie et questionne les raisons de son existence même à travers la discussion du principe kelsénien sur lequel elle repose : « *ce qui n'est pas interdit est permis* »⁹⁷³. Dans cette perspective, la norme de référence est la loi, monopole de la production normative, et le rôle producteur de droit du juge est remis en cause, celui-ci devant toujours s'y référer. Pour autant, les critiques de cette théorie discutées par l'auteur sont réfutées et lui permette de conclure que, quelle que soit la conception de la théorie des lacunes, elle peut toujours être utilisée pour nier ou bien révéler le pouvoir du juge⁹⁷⁴. Kelsen a décrié la théorie des lacunes de l'ordre juridique, adoptant une conception descriptive et formelle de la complétude du droit, qui serait « *une thèse logique qui procède de ce que les comportements libres le sont en vertu du droit, lequel peut permettre positivement ou négativement* »⁹⁷⁵. Indépendamment des positions contradictoires de la doctrine à cet égard, il n'en demeure pas moins que ces réflexions ne laissent que peu de place à l'expression d'un droit complémentaire à la loi et au pouvoir d'interprétation du juge. Plus encore, le droit spontané, sous ses nombreuses formes, semble être un impensé dans ces débats doctrinaux sur le positivisme juridique. Quant à la théorie des lacunes de la loi, Michel Troper souligne qu'elle peut également être justifiée, non pas pour affirmer le pouvoir créateur du juge, mais pour « *le dissimuler en le présentant*

⁹⁷⁰ Le Livre premier du projet de Code civil est annexé à GAUTIER P.-Y., Pour le rétablissement du livre préliminaire du Code civil, *Droits* 2005, n°41, pp. 37-52.

⁹⁷¹ SAFATIAN S., La rédaction du Code civil, *Napoleonica. La Revue*, 2013/1 (N° 16), pp. 49-63.

⁹⁷² TROPER M., Sur le dogme de la complétude et la théorie de norme générale exclusive, *Droits* 2008, n° 1, p. 285.

⁹⁷³ Plus exactement, « *lorsque l'ordre juridique n'établit pas l'obligation d'un individu d'adopter une certaine conduite, il permet la conduite contraire* », KELSEN H., *Théorie pure du droit*, 1960, trad. et publ. française : Dalloz, 1962, p. 330.

⁹⁷⁴ TROPER M., *op. cit.*

⁹⁷⁵ BRUNET P., Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation, FRYDMAN B. et MEYER M. (dir), *Chaim Perelman : De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, PUF, 2012, pp. 189-202.

comme l'application du droit naturel »⁹⁷⁶. Et l'auteur de convoquer Portalis qui affirmait : « *si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives* »⁹⁷⁷. Ni l'auteur, ni la citation mise en abîme ne s'attardent à définir le droit naturel, et Michel Troper ne mentionne pas plus les usages comme complément à la loi potentiellement lacunaire. Certains des premiers juristes modernes ont pourtant énoncé que « *la connaissance du droit naturel est même d'utilité générale* » en ce qu'il sert de boussole au législateur, ou indique au publiciste les moyens d'atteindre l'intérêt général⁹⁷⁸.

De toute évidence, le droit légiféré ne peut être considéré comme représentant tout le droit, l'ensemble des rapports de droit privé ou public échappant nécessairement au législateur ou l'ayant utilement précédé. Cette limite est consubstantielle à la loi qui est nécessairement générale, abstraite et impersonnelle⁹⁷⁹. De ces critères, la doctrine a dégagé le caractère abstrait de la loi « *qui ne vise ni un cas particulier et actuel, ni telles personnes déterminées mais qui est édictée d'avance pour s'appliquer à tous les cas et à toutes les personnes entrant dans les prévisions abstraites du législateur* »⁹⁸⁰. Pour autant, la pratique du droit démontre la nécessité et l'effectivité du droit à appréhender des situations factuelles et particulières, et d'y apporter la réponse juridique la plus adéquate possible. Il en résulte que les normes applicables sont de sources et de natures plurielles, le droit répondant aux besoins de chaque situation. En effet, « *le droit est une création continue. Il vient de partout et pas seulement des organes officiellement chargés de le produire* »⁹⁸¹. Au nombre des sources de droit, les normes spontanées ont donc leur place.

Désormais, il est indéniable que « *la loi n'est pas tout le droit et le progrès juridique passe avant tout par les tensions constantes et créatrices qu'entretiennent le législateur, les juges et les mœurs* »⁹⁸². Au-delà des mœurs, on peut considérer l'ensemble des pratiques, des usages qui donnent un cadre d'application au droit, voire créent une forme de droit qui se trouve alors confrontée à l'appréciation juges puis, éventuellement, au législateur. En tout état de cause, se pose la question du rapport entre la loi « globale » et la réglementation locale. Il est admis que la loi ne pouvant, à elle-seule, régler l'ensemble des situations de droit ou de

⁹⁷⁶ TROPER M., *op. cit.*

⁹⁷⁷ PORTALIS J.-E.-M., *Discours et rapports sur le Code civil*, Presses universitaires de Caen, 2010, p. 126.

⁹⁷⁸ ESCHBACH P., *Cours d'introduction générale à l'étude du droit*, 1845, p. 23.

⁹⁷⁹ UNTERMAIER E., *Les règles générales en droit public*, LGDJ, 2011, p. 35.

⁹⁸⁰ BECANE J.-C., COUDERC M. et HERIN J.-L., *La loi*, 2^{ème} éd., 2010, p. 45.

⁹⁸¹ JESTAZ Ph., *Le droit*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2016, p. 61.

⁹⁸² AUDREN F., Jean Cruet, La vie du droit et l'impuissance des lois, *RTD civ.* 2013, p. 917.

fait, le juge comme le législateur ont recours à des sources de droit subsidiaires afin de pallier les lacunes de la loi. Ces sources complémentaires du droit sont fondées sur l'observation de pratiques.

b. La complexité de la classification des sources spontanées du droit : un droit du réel

Kelsen a développé⁹⁸³ une théorie du droit fondée sur l'ordonnement de ses sources, et sa vision a été relayée comme « *l'image pyramidale parfaite d'un ordre juridique tout entier prévisible parce que déductible, sans contradiction ni lacune* »⁹⁸⁴. Au sommet de cette pyramide se trouvent les lois fondamentales, constitutionnelles, et à sa base, la coutume, comme écrasées par la loi et le règlement. Pour autant, cette théorie pyramidale est en crise, notamment du fait du foisonnement des sources du droit⁹⁸⁵. Le droit spontané semble véritablement bousculer l'ordre juridique fondé sur la hiérarchisation kelsénienne des normes. Néanmoins, il demeure une source subsidiaire du droit. Le droit spontané pourrait être considéré comme une manière de s'affranchir de cette hiérarchie et du carcan imposé par le droit ordonné et attaché à monopole étatique de la création normative. De façon générale, l'ordre des sources est largement remis en cause. Ainsi, « *la vocation de l'ordre juridique à la hiérarchie est mise à l'épreuve non seulement par la multiplication et l'inflation des sources du droit et par le développement de nouvelles transcendances, mais aussi par l'interactivité et la concurrence entre les sources du droit* »⁹⁸⁶. Cette appréhension doctrinale de l'ordonnement des sources du droit semble nécessairement bouleversée par leur multiplicité. Dès lors, la doctrine a cherché à développer une autre typologie des sources de droit que celle de Kelsen, notamment à travers un triptyque de sources formelles, réelles et idéales⁹⁸⁷.

Le droit spontané tel qu'il se développe localement tire indubitablement sa source dans le réel. Son étude offre l'occasion de considérer une nouvelle approche de ce que la doctrine a pu qualifier de « renouvellement des sources du droit »⁹⁸⁸. Loin de s'attacher à la théorie du

⁹⁸³ Notamment dans sa *Théorie pure du droit*, précitée.

⁹⁸⁴ PUIG P., Hiérarchie des normes : du système au principe, *RTD civ.* 2001, p. 749.

⁹⁸⁵ *Ibid.*

⁹⁸⁶ LASSERRE-KIESOW V., L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit, *D.* 2006, p. 2279.

⁹⁸⁷ *Ibid.*

⁹⁸⁸ BEHAR-TOUCHAIS M., MARTIAL-BRAZ N. et RIFFARD J.-F. (dir.), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2010. Voir également, BARRAUD B., *Le renouvellement des sources du droit. Illustrations en droit de la communication par internet*, Thèse, Aix-Marseille Université, 2016,

réalisme juridique chère à Michel Troper, et qui relève du positivisme juridique⁹⁸⁹, il s'agit plus ici de montrer que la construction du droit spontané repose sur une vision pragmatique du droit fondée sur l'expérience (en s'appuyant sur les antécédents), mais également sur l'expérimentation qui découle de l'observation et de l'analyse de l'état antérieur des choses. C'est donc du point de vue de la sociologie du droit qu'un réalisme juridique peut ainsi être développé à partir de sources réelles du droit, complémentaires d'autres sources telles que la loi, qualifiées de sources formelles⁹⁹⁰. Ce réalisme du droit serait fondé sur la réalité des activités sociales, économiques, culturelles. Dans cette perspective, « *les sources réelles sont caractérisées par la réalité de la vie sociale, de la culture et des comportements collectifs qui sont dictés par des besoins temporels* »⁹⁹¹. La société elle-même est plurielle, ce qui justifie le pluralisme le pluralisme du droit qui l'organise. Le droit spontané local peut être considéré comme une « *source réelle du droit* », fondée sur le réalisme et l'empirisme, à la même manière que la jurisprudence⁹⁹².

Quelle que soit la théorie doctrinale mobilisée, le droit puise indéniablement sa source dans l'appréhension du réel, et l'on retrouve encore dans le droit positif la trace de ces sources réalistes de droit essentiellement traduites au sein des usages. La volonté des rédacteurs du Code civil de faire primer la loi sur les autres sources de droit ne s'est véritablement concrétiser que sur le long terme et doit aujourd'hui être relativisée. En effet, force est de constater que ces usages locaux conservent indéniablement une force obligatoire importante puisqu'à partir des années 1920, un nouveau mouvement de codification des usages locaux par les chambres d'agriculture est amorcé⁹⁹³. On observe par ailleurs à cette époque, une évolution du vocabulaire juridique, sous l'impulsion de la rédaction du Code civil qui ne mentionne pas les « coutumes », mais les « usages locaux ». Si les premières semblent s'effacer des mots du droit, les seconds persistent et permettent la perpétuation de particularismes locaux face à l'uniformité de la loi civile⁹⁹⁴.

dactyl.

⁹⁸⁹ TROPER M., Le réalisme et le juge constitutionnel, *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2007, n° 22.

⁹⁹⁰ JESTAZ Ph., « Doctrine » vs sociologie. Le refus des juristes, *Droit et société* 2016, n° 92, p. 139.

⁹⁹¹ LASSERRE-KIESOW, article préc.

⁹⁹² FORRAY V., La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes, *RTD civ.* 2009, p. 463.

⁹⁹³ HALPERIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, préc., p. 249.

⁹⁹⁴ POUMAREDE J., De la fin des coutumes à la survie des usages locaux, *Histoire de la justice* 2009, n° 1, p. 173.

B. Les spécificités territoriales sources d'un droit endogène

Le champ d'application *ratione loci* du droit local de la Dombes est déterminé par l'existence d'un ensemble de facteurs sociaux et économiques qui font de ce territoire une véritable structure. De toute évidence, le droit global, ou délibéré, ne peut intégrer l'ensemble des particularismes locaux, surtout lorsque l'on les analyse à la lumière de leurs sources. Les conditions de fait qui conduisent à la construction d'une norme de droit sont multiples, et les pratiques propres à certaines catégories de personnes peuvent conduire à l'apparition d'éléments constitutifs de la norme spontanée, et particulièrement coutumière, caractérisant l'émergence de la règle de droit. Cette dernière est donc susceptible d'être issue d'un besoin lié à une activité ou une communauté, le droit revêtant alors un caractère spontané. C'est là le premier qualificatif que l'on peut attribuer au droit local de la Dombes et qui le fait échapper à la grille d'analyse du droit légiféré. Toutefois, il est également le fruit d'un territoire sur lequel est sise une structure sociale et économique. Cette structure génère le besoin de normativité qui conduit à « l'apparition » du droit spontané (1), qui s'en trouve également être un « droit endogène » (2).

1. Une nécessité née de l'existence d'un « système territorial »

La Dombes est un territoire non institutionnalisé mais pourtant animé par une identité commune à ses habitants. Evidemment, il serait idéaliste de prétendre aujourd'hui que ce territoire est uniforme et ses habitants tous solidaires les uns les autres. La croissance démographique de la région et de certaines communes telles que Villars-les-Dombes ne le permet plus. Il subsiste pourtant en Dombes une histoire commune, et un paysage façonné par les pratiques ancestrales et solidaires les uns les autres qui agissent comme un liant global et qui imprègnent ce territoire. Peuvent alors être identifiés un ensemble d'interactions propres à ce territoire, qui tissent un « système territorial », structuré notamment autour de la filière agro-piscicole et qui permettent l'émergence d'un droit inédit (a), qui ne peut exercer sa « *juridicio* » qu'en son sein (b).

a. Une structure économique et sociale productrice de droit

La Dombes constitue un système social qui s'apparente à un « écosystème », tel qu'il est défini en écologie et en biologie : il s'agit d'un ensemble complexe d'interactions entre un milieu, un territoire, un paysage et les communautés d'individus qui l'habitent. Ces interactions conduisent à la construction d'une identité territoriale, source d'organisation des comportements en collectivité et donc source de normativité⁹⁹⁵. Malgré l'évolution des pratiques et la modernisation globale de la société, on perçoit en Dombes, un sentiment latent d'appartenance à une histoire et à une identité commune. Il suffit de constater la place que prennent d'une part la filière agro-piscicole, et d'autre part la volonté de préserver les paysages d'étangs caractéristiques dans les planifications locales de l'urbanisme, ou encore la place qu'occupent le tourisme culturel et le tissu associatif local qui préservent et perpétuent cette culture dombiste. Plus encore, au sein même de la communauté des propriétaires et des exploitants d'étangs, la perpétuation des pratiques piscicoles et hydrauliques constitue aujourd'hui encore, un moyen de « *s'ancrer dans une identité héritée* »⁹⁹⁶.

Il ne faut ici pas négliger le facteur commun à ces communautés du vivant qu'est le mode si particulier d'exploitation agricole des terres. La qualification de ce système se révèle problématique : s'agit-il d'un « écosystème » au sens des sciences du vivant, ou d'un ensemble plus complexe fondé sur la multifonctionnalité des milieux et des usages qualifié d'« agro-écosystème » ? Nous pouvons nous ranger derrière l'analyse de Jean Untermaier qui opte pour cette dernière appellation d'« agro-écosystème ». Cette expression nous semble notamment préférable à celle de « *système agro-piscicole* » utilisée par Laurence Bérard et qui ne reflète que le volet exploitation de la gestion des étangs dombistes⁹⁹⁷. Non seulement la terminologie retenue présente « *l'avantage de souligner, tout à la fois, l'intérêt écologique de la région concernée et la place qu'y occupe l'agriculture* »⁹⁹⁸, mais elle permet en outre de rendre compte de la complexité des interactions locales entre natures et cultures. Le pluriel est ici utilisé volontairement pour signifier la diversité de ce que recouvre localement les idées de nature (composée d'espaces naturels, d'espaces artificiels « naturalisés », et d'espaces ruraux

⁹⁹⁵ BIOY X, Territoires et identité de la personne, *RDP* 2017, n° 4, p. 873.

⁹⁹⁶ MANCERON V., Discordes territoriales : les logiques rivales de la gestion de l'eau dans une région d'étang française, préc.

⁹⁹⁷ BERARD L., *Terre et eau en Dombes, technologie et droit coutumier*, thèse préc. ; BERARD L. et MARCHENAY Ph., *Ethnologie et écologie d'un système agro-piscicole : les étangs de la Dombes*, préc.

⁹⁹⁸ UNTERMAIER J., *Droit coutumier et environnement, une mise en valeur originale de l'écosystème local*, in BAILLY G. et BILLET Ph., *Aspects contemporains du droit coutumier en Dombes*, L'Harmattan (à paraître).

soumis à la maîtrise de l'homme), et de culture qui, comme cela a été mentionné, dépasse la seule culture dombiste traditionnelle. Il s'agit donc là de reconnaître un « système Dombes » : une structure génératrice de normativité, sous toutes ses formes. C'est ce système qui ordonne les comportements et les activités et qui se trouve à la source du droit qui permet de les encadrer, et qui fonde ainsi une originalité et une spécificité territoriale.

b. L'extériorité au système comme facteur d'exclusion de l'application du droit local

Une personne tierce, extérieure au « système Dombes », ne peut y être intégrée et ne peut donc pas prétendre à la mise en œuvre du droit qui lui est propre. Le droit local de la Dombes, de ce point de vue n'est pas susceptible de produire des effets exogènes dans le sens où il ne fait que réguler des rapports entre individus identifiés et consacre ainsi des relations « entre soi ». On peut toutefois constater une certaine porosité juridique : bien qu'elle soit le théâtre de l'expression d'un droit inédit, la Dombes n'échappe pas à la mise en œuvre du droit délibéré. Et ce, dès lors qu'un individu extérieur à la communauté des étangs de la Dombes entretient des rapports juridiques avec l'un de ses membres. Un visiteur occasionnel qui subirait le dommage lié à un défaut d'entretien spécifique des étangs, ne peut ainsi pas se prévaloir des régimes de responsabilités qui lui sont propres, et ne pourra demander qu'une réparation au titre du préjudice civil et ne saurait réclamer le respect de ses obligations coutumières par un propriétaire dombiste⁹⁹⁹.

Un mécanisme de droit *ratione personae* qui se superpose à un mécanisme *ratione loci* : la loi du lieu n'est donc pas universelle, mais propre à certaine catégorie de personnes identifiées au sein d'une communauté locale. Une différenciation est alors opérée et une solution juridique s'impose dans telle circonstance et non dans telle autre. Cependant, les différents protagonistes ne se trouvent pas dans la même situation.

2. Un droit local inédit répondant aux besoins d'un territoire

A l'originalité d'un système économique, social et hydraulique tel que celui de l'exploitation des étangs de la Dombes, doit nécessairement répondre un cadre normatif inédit et qui soit propre à ce territoire hors du commun. « Hors du commun » car il procède d'un paysage spécifique, il constitue le support d'un ensemble de pratiques inédites, et qui en font

⁹⁹⁹ Responsabilité civile de l'article 1240 du Code civil.

un territoire dynamique fait d'échanges mutuels entre les réalités naturelles et les activités humaines. Le droit local constitue en somme l'un des rouages d'un écosystème à part entière, organisé sur le fondement d'un ordre juridique endogène (a), lui-même fondé sur les pratiques inédites perpétuées par les habitants de ce territoire (b).

a. Les caractères juridiques et sociologiques d'un droit « endogène »

Il s'agit d'un droit original par nature qui ne peut trouver à s'appliquer que dans l'environnement dans lequel il a été créé. Le qualificatif « endogène » est généralement utilisé par les juristes et anthropologues du droit pour qualifier le droit préexistant dans certains territoires africains notamment, et qui ne correspondent pas au droit coutumier strictement entendu. Cet adjectif est ainsi préféré à l'expression de « droit traditionnel » puisqu'il s'agit généralement d'innovations juridiques indépendantes de l'action de l'Etat, sans pour autant faire écho à une tradition locale¹⁰⁰⁰. Le caractère endogène de certains ordres juridiques a notamment été analysé par Olivier Barrière afin de qualifier la nature des normes qui commandent l'exploitation du foncier en Afrique¹⁰⁰¹. Le même auteur explique grâce à cette théorie du droit endogène l'articulation des normes en Afrique et qui est intimement liée à l'analyse du fait social : « *une fois que l'on a compris que le droit ne se cantonne pas dans l'espace de la légalité qu'arbore le pouvoir central, il faut décrypter la façon dont le groupe social génère, construit, exprime et fait appliquer son propre mode de régulation endogène* »¹⁰⁰². Dès lors, ce groupe social, les actions de ses membres et globalement les activités qui y sont menées sont productrices de droit. Cette structure sociale génère donc en elle-même une source de droit¹⁰⁰³.

b. Un espace local de régulation juridique des usages autour de principes pragmatiques

Le territoire de la Dombes a été aménagé et adapté en fonction des activités pastorales qui y étaient, et y sont encore exercées, mais qui ne peinent à trouver leur place au sein des

¹⁰⁰⁰ LE ROY E., La décentralisation en Afrique noire et le droit. Nouveaux outils et contraintes pérennes, in M. LECLERC-OLIVE (Dir.), *Affaires locales, De l'espace social communautaire à l'espace public politique*, Ed. Karthala, 2006, p. 23.

¹⁰⁰¹ BARRIERE O., *Gestion des ressources naturelles renouvelables et conservation des écosystèmes au Sahel : le foncier-environnement*, Thèse Droit, Univ. Paris I., 1996.

¹⁰⁰² BARRIERE O., Le droit sous l'emprise de la concertation et de la négociation pour une gouvernance territoriale, in BARRIERE O et BARRIERE C., *Foncier et environnement en Afrique. Des acteurs au droit*, Ed. Karthala, 2009, p. 313.

¹⁰⁰³ Sur la notion de source de droit, voir LASSERRE-KIESOW V., article préc.

catégories juridiques du droit moderne tel qu'elles ont été conçues depuis la Révolution. De façon concomitante, la société rurale locale s'est construite sur des fondements historiques propres aux réalités régionales que sont le développement d'une exploitation foncière originale tant d'un point de vue juridique que pratique, et l'essor d'une communauté professionnelle fondée sur des usages particuliers.

Finalement, ce droit spontané local est le seul ordre normatif adéquat qui permette de répondre aux préoccupations locales et aux enjeux sociaux, économiques et environnementaux. Il s'agit, ni plus ni moins, de la démonstration de la capacité du droit spontané à s'adapter de façon ingénieuse aux spécificités territoriales¹⁰⁰⁴. Uniformisé, le droit ne permet pas cette adaptation puisqu'il n'a pas vocation à régler les situations particulières. Cela justifie la nécessité de la consécration d'une forme de pluralité du droit : la société étant plurielle, le droit qui l'accompagne doit l'être également¹⁰⁰⁵.

II. Les caractéristiques du droit spontané à préserver dans une perspective dynamique du droit

Sans être strictement assimilable à un « droit souple »¹⁰⁰⁶, le droit spontané, et plus particulièrement le droit coutumier offre une adaptabilité certaine face aux évolutions des pratiques agricoles ou environnementales. Cette spécificité est liée à une certaine appropriation de la norme par les usagers de la ressource en eau (A). Toutefois, la recherche d'une effectivité normative et d'une légitimité sociale conduit à s'interroger sur la nécessité d'en assurer la transcription écrite et d'envisager les éventuels inconvénients de cette mise par écrit (B).

¹⁰⁰⁴ BARRIERE O., L'empire de l'appropriation face au sens du commun : un enjeu de paradigmes juridiques, in DE MARI E. et TAURISSON-MOURET D., *L'empire de la propriété, L'impact de la norme en milieu contraint III*, 2016, Victoires Editions, notamment p. 245 et suiv.

¹⁰⁰⁵ BARRIERE O., De l'émergence d'un droit de l'environnement africain face au pluralisme juridique, in EBERHARD Ch., VERNICOS G. (Dir.), *La quête anthropologique du droit, autour de la démarche d'Etienne Le Roy*, Ed. Karthala, 2006, p. 147.

¹⁰⁰⁶ Défini comme un instrument ayant pour objet de modifier ou d'orienter les comportements, ne créant pas de droit ou d'obligation et présentant un degré de formalisme qui l'apparente aux règles de droit, Conseil d'Etat, *Le droit souple*, préc., p. 61.

A. *La communauté locale génératrice d'un ordre juridique territorial spécifique*

Le droit spontané naissant nécessairement des pratiques des membres des communautés locales rurales, confère à ces derniers la possibilité de s'en approprier les principes. En effet, la nécessité pratique permet d'adapter leurs comportements, lesquels, par leur répétition, génèrent la norme. Cette appropriation l'adaptation de cette norme à l'évolution des pratiques (1), et, de manière plus symbolique, de s'imposer comme un « commun » pour les sociétés rurales (2).

1. *L'adaptabilité du droit local aux usages et aux usagers de la ressource*

Flexibilité, adaptabilité et souplesse sont les maîtres mots dans l'analyse qui doit être conduite sur le droit local de la gestion de l'eau. Il constitue en effet un ordre normatif original, complexe, pluriel et malléable au gré des circonstances avec l'objectif de garantir son application et donc, *in fine*, la meilleure gestion possible de la ressource commune. Sans pouvoir être qualifié de *soft law*, ce droit local bénéficie d'une grande souplesse (a), ce qui lui permet de s'adapter à l'évolution des objectifs que l'on veut lui assigner (b).

a. Le droit local dombiste, ordre normatif spontané source de droit « souple » ?

Le droit spontané est un concept incluant des normes juridiques de différentes natures telles que la coutume ou les usages, mais également des normes « instituées », conventionnelles par exemple. Ici, les travaux du Professeur Pascale Deumier sont indispensables pour rappeler ce que l'on doit entendre par « droit spontané » et pour permettre définitivement d'intégrer le droit local de la Dombes en son sein¹⁰⁰⁷. Selon l'auteure, il s'agit du « *droit qui, sans avoir été imposé et sans volonté délibérée, se dégage de la répétition constante et générale d'un comportement juridique par les membres d'un groupe* »¹⁰⁰⁸. Il ne fait pas de doute que le droit propre à la gestion de l'eau et des étangs en Dombes est le fruit d'un tel processus puisqu'il est essentiellement composé de normes coutumières, et d'usages généralisés au sein d'une catégorie de personnes, les propriétaires et exploitants d'étangs, afin de répondre à leurs besoins. De façon générale, le développement du droit spontané marque le

¹⁰⁰⁷ Voir précédemment, Titre I., Chap. 2.

¹⁰⁰⁸ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., p. 441.

recul du caractère principalement étatique et légaliste du droit¹⁰⁰⁹, et se développe parallèlement avec celui du droit dit « souple » qui se caractérise par une absence de précision concernant son contenu, une absence d'obligation et une absence de sanction¹⁰¹⁰. La constitution de droits souples s'est répandue en droit positif et connaît désormais de nombreuses formes, qu'il s'agisse de nouveaux modes d'actions des personnes publiques¹⁰¹¹, ou d'actes ou de comportements des personnes privées entre elles¹⁰¹². Le droit souple tel qu'entendu par la doctrine est un ensemble de normes qui permet d'influencer, d'orienter les comportements sans pour autant être doté d'une force contraignante (telle que celle de la loi ou du règlement) tout en ayant une forme juridique¹⁰¹³. En d'autres termes, il s'agit d'un ensemble de normes permettant l'accompagnement et l'orientation des changements sociaux ou économique, plutôt que de les contraindre : un droit fluide¹⁰¹⁴. Comme cela a été étudié précédemment, la souplesse de la contrainte du droit spontané dombiste pourrait être discutée. Cet ensemble normatif contient tant des règles contraignantes, éventuellement contractuelles et sanctionnables, que des dispositions assimilables à un guide de bonnes pratiques. Toutefois, dans une approche analytique de l'ensemble des normes locales, seules certaines règles répondent à la définition du droit souple. En effet, la mise en œuvre des coutumes et autres usages s'impose dès lors que leur existence et leur substance est démontrée. Ainsi, la souplesse du droit spontané de la Dombes réside plus dans les conditions dans lesquelles il est édicté que dans son effet normatif. En effet, adaptable aux enjeux locaux, le droit local de la gestion de l'eau est flexible dans son contenu compte tenu de la souplesse dont il bénéficie dans les conditions de son élaboration. Il en est ainsi du droit coutumier en général « *qui s'élabore au gré du nombre et de la constance des précédents de la vie sociale et juridique et qui repose sur un consensus général, épouse la plasticité des faits et absorbe la fluidité des rapports sociaux* »¹⁰¹⁵. La capacité du droit coutumier, et plus largement du droit spontané, à suivre immédiatement le fait social, traduisant automatiquement la pratique généralisée en fait juridique, constitue un ordre juridique particulièrement flexible.

¹⁰⁰⁹ BRES A., Le fondement de la force des usages, *AJ contrats* 2018, p. 352.

¹⁰¹⁰ THIBIERGE C., Le droit souple, réflexion sur les textures du droit, *RTD civ.* 2003, p. 599. Selon l'auteur, le droit souple est donc à la fois un droit flou, un droit doux et un droit mou.

¹⁰¹¹ Ainsi, un acte adopté par une personne publique peut être susceptible de recours lorsqu'il est « *de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou lorsqu'il a pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles il s'adresse* » (CE, 21 mars 2016, *Sté Numéricable*, n° 390023).

¹⁰¹² Idem, voir précédemment, Titre I., Chap. 2.

¹⁰¹³ Voir Conseil d'État, Étude annuelle 2013 préc.

¹⁰¹⁴ EMERIC N., Droit souple + droit fluide = droit liquide. Réflexion sur les mutations de la normativité juridique à l'ère des flux, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2017, n° 2, p. 5.

¹⁰¹⁵ BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2012, p. 64.

Plus qu'un droit souple, le droit spontané pourrait donc être caractérisé par sa flexibilité. Le Doyen Carbonnier a consacré une importante partie de ses travaux à analyser la nature même du droit, qu'il a qualifié de « flexible »¹⁰¹⁶. Cette flexibilité attribuée au droit est fondée sur l'un des théorèmes développés par l'auteur et qui veut que « *le droit est plus grand que les sources formelles du droit* »¹⁰¹⁷. Ainsi, indépendamment de la loi, la coutume et les pratiques sont susceptibles de porter une force normative, quand bien même ces sources de droit informelles seraient difficiles à appréhender du fait de leur apparente versatilité. De ce point de vue, la flexibilité est une des caractéristiques qui permet le mieux de dépeindre le droit local applicable à la gestion de l'eau en Dombes.

Certains auteurs critiquent les réflexions de Carbonnier, à l'image de Sarfati¹⁰¹⁸, pour qui, on ne peut concevoir une notion sans en apprécier les limites (c'est-à-dire ses contours et ses failles). L'idée selon laquelle le droit est flexible connaît donc des limites. On peut, *a priori*, d'ores et déjà penser que l'une de ces limites tient dans les modalités de création du droit, le formalisme juridique qui obéit à une certaine rigueur, voire une certaine rigidité. *A priori* toujours, le droit spontané pourrait donc offrir une perspective de dépassement de cette limite à travers son adaptabilité.

Le Professeur Fulchiron résume la question de la flexibilité et de la souplesse du droit ainsi, en mettant en perspective les travaux du doyen Carbonnier avec les enjeux contemporains, le droit positif et le rôle d'interprétation octroyé aux juges par le jeu du contrôle de proportionnalité. « *La question de la flexibilité de la règle de droit revient aujourd'hui dans un tout autre contexte et d'une manière qui eût peut-être choqué Jean Carbonnier : celle du contrôle de proportionnalité. Au cœur du problème, on retrouve le rôle du juge. Mais il ne s'agit plus d'adapter la règle grâce aux instruments qu'offre la règle elle-même : il s'agit de confier au juge une mission infiniment plus complexe, celle d'apprécier in casu le juste équilibre à réaliser entre l'impérativité d'une règle générale et obligatoire et les droits et intérêts particuliers des personnes auxquelles s'applique cette règle. Plus que de flexibilité, on pourrait parler de « souplesse » du droit, non dans sa source (la soft law) mais sa mise en œuvre : une souplesse qui n'est plus appelée seulement par un souci d'équité,*

¹⁰¹⁶ CARBONNIER J., *Flexible droit, textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 5^{ème} éd., LGDJ, 1983, et 10^{ème} éd., LGDJ, 2014.

¹⁰¹⁷ Voir également ici GUERLAIN L., Observations sous l'extrait de « Flexible droit », in *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, 2017, p. 837.

¹⁰¹⁸ SARFATI J.-J., Des limites de l'idée du droit flexible, *Le philosophe*, 2012/02, n° 38.

mais par la nécessité de respecter les droits et libertés garantis à l'individu »¹⁰¹⁹. C'est donc de cette souplesse dans la mise en œuvre de la règle de droit qu'est doté le droit spontané en général, et le droit local appliqué à la gestion de l'eau en Dombes en particulier.

b. La souplesse du droit spontané garante de son adaptabilité

Par nature, les systèmes juridiques locaux destinés à réglementer les usages des zones humides sont multiples et diffèrent fortement en fonction des espaces considérés, des régions géographiques et juridiques. Ainsi, l'histoire du droit nous apprend que « *chaque zone humide dispose d'un corps de règles cohérentes, qui correspondent à la spécificité du milieu physique et qui peuvent varier à l'infini dans le détail, pour s'adapter avec plus de précision et d'efficacité à chaque situation particulière* »¹⁰²⁰. Le droit local applicable à ces espaces s'adapte donc en permanence, puisant dans l'ensemble des outils offerts par le droit global, mais également en créant spontanément un certain nombre de règles inédites, attachées à un territoire particulier. Cette adaptabilité nécessaire de la règle spontanée est autant spatiale que temporelle.

« *Ce qui s'immobilise meurt* ». Pour Éric Naim-Gesbert, la visée finaliste du droit le pousse à évoluer en permanence au gré des évolutions de la société¹⁰²¹. La nécessité de consacrer non seulement des règles particulières, mais également leur caractère spontané (un caractère pérenne mais néanmoins évolutif, indispensable). Afin de pouvoir pleinement s'adapter aux pratiques rurales par essence évolutives (au gré des évolutions technologiques notamment), le droit doit pouvoir évoluer dans sa forme autant que dans son contenu. « *Tout l'intérêt de l'usage [agricole] réside dans sa souplesse : fruit de l'expérience du passé mais constamment accru et adapté par celle du présent, il épouse l'évolution des techniques* »¹⁰²². Une souplesse normative synonyme d'adaptation, de simplification et de légitimité¹⁰²³. Le droit spontané, en tant que norme juridique directe issue des pratiques des usagers de l'eau, s'adapte nécessairement au gré de leurs évolutions. Cette spécificité est garante d'une simplicité de mise en œuvre du droit dans la mesure où les usagers de la ressource en connaissent la teneur. En outre, le droit spontané constitue un ensemble de règles de source

¹⁰¹⁹ FULCHIRON H., Flexibilité de la règle, souplesse du droit, *D.* 2016, p. 1376.

¹⁰²⁰ FROMAGEAU J., Le droit de l'environnement, l'exemple des zones humides, *Bibliothèque de l'école des Chartes* 1998, t. 156, p. 176.

¹⁰²¹ NAIM-GESBERT E., S'adapter ou mourir, *R.J.E.* 2013, n° 1, p. 5.

¹⁰²² LOCHOUARN D., *L'actualité des usages agricoles*, *RD. rur.* 1996.397.

¹⁰²³ VAN LANG A., Le rôle du droit souple dans la simplification du droit de l'environnement, in Doussan I., *Les futurs du droit de l'environnement*, 2016, p. 81.

directe, c'est-à-dire qu'il n'existe pas d'intermédiaire entre la source du droit et son récepteur, puisque, dans le cas de la coutume notamment, le « créateur » de la norme est également celui à qui elle s'applique. De plus, le droit spontané évince le caractère vertical du droit légiféré qui suppose la reconnaissance d'une autorité hiérarchiquement supérieure qui impose le respect de cette norme. Au contraire, la coutume est une norme fondamentalement horizontale, qui naît de la pratique en même temps qu'elle l'encadre.

Ce caractère horizontal du droit spontané a l'avantage de permettre à ceux à qui il s'applique de se l'approprier, voire de s'y identifier et donc de l'intégrer comme une composante à part entière d'une identité locale partagée. La question de la privatisation de la norme peut de ce point de vue être posée dans la mesure où l'application de ce droit spécifique ne fait intervenir aucune autorité publique extérieure aux membres d'une communauté identifiée, pas même le juge. En effet, le droit coutumier applicable au territoire de la Dombes par exemple promeut le règlement amiable des conflits et donc une internalisation des contentieux. Dès lors, ce droit qui règle les rapports entre personnes privées¹⁰²⁴, conserve un caractère privé, voire confidentiel dans le règlement des éventuels conflits.

2. L'identification d'un ordre juridique propre à la Dombes

Pascale Deumier identifie les critères permettant de déceler l'existence d'un ordre juridique autonome : il doit inclure « *tous les éléments qui, par leur agencement, permettent la production d'un corps de règles complet et en assure l'obéissance* »¹⁰²⁵. Les ordres juridiques se révèlent grandement dépendant les uns des autres, notamment en ce qui concerne des ordres infra-étatiques¹⁰²⁶. Le droit spontané local de la Dombes ne fait pas exception à ce principe, mais il conserve une forte authenticité puisqu'il organise les activités de l'ensemble d'une communauté de professionnels (a), et structure l'ensemble des règles applicables à la gestion de la ressource en eau (b).

¹⁰²⁴ Bien que puissent y être soumises des personnes publiques qui sont reconnues à cette occasion comme gestionnaire de leur domaine privé.

¹⁰²⁵ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., p. 349.

¹⁰²⁶ MOUSSERON P., Valoriser les usages en valorisant les savoir-faire traditionnels, *Séminaire « Valoriser les usages »*, Montpellier, 10 juillet 2018.

a. Les usagers de la ressource au cœur de la production et de la mise en œuvre du droit local

Bien qu'il ait été précédemment défendu que la coutume et le droit spontané en général ne constituent pas une source de « droit souple »¹⁰²⁷, il est nécessaire de s'intéresser à la souplesse qu'il permet dans sa mise en œuvre. Dans une dimension qui opposerait strictement le droit réglementaire (qui s'applique à tous) et le droit souple (qui reposerait sur les volontés individuelles de chacun à se soumettre à certaines obligations), le droit spontané constitue un droit d'application souple. Quoiqu'il en soit, les obligations découlant du droit spontané sont juridiquement opposables à un individu dès lors qu'il y a adhéré. En effet, la mise en œuvre de la norme se révèle grandement dépendante de la pratique des sujets de droit. En ce sens, la communauté d'usagers constitue à la fois l'émetteur et le récepteur de la norme locale. Le caractère endogène du droit applicable à l'exploitation des étangs de la Dombes se retrouve également lorsque l'on analyse le parcours de la règle de droit. L'« approche logistique »¹⁰²⁸ du droit local met en lumière l'omniprésence de l'utilisateur de la ressource à chaque étape de la vie de la norme juridique. On peut toutefois nuancer ce propos : s'il en est l'émetteur c'est en tant que membre de la communauté qui permet l'apparition de la règle de droit. En ce sens, cet aspect collectif de la création de la norme coutumière est ici primordial, puisque celle-ci doit être partagée et être considérée comme obligatoire par tous. S'il en est récepteur, c'est au contraire, en tant qu'individu exploitant un étang et la ressource en eau qui y stagne.

Plus encore, les usagers de la ressource sont les émetteurs de la norme par une création continue de droit spontané, qui perpétue d'autant plus la solidarité qui forge leur communauté. Il existe ainsi une continuité dans la construction de la norme qui se développe et s'affine parallèlement au développement de pratiques nouvelles. On en voudra pour exemple, la lente construction de règles autour du développement des fossés de ceinture en Dombes à partir de la fin du XIX^{ème} siècle¹⁰²⁹. En effet, la coutume évolue sans cesse au gré des pratiques qui sont généralisées et perpétuées dans le temps, mais des éléments nouveaux peuvent venir accélérer le processus de création de la norme. En ce sens, de nouveaux usages peuvent acquérir rapidement une force normative du fait de la prompte adhésion des usagers. C'est notamment le cas face à un bouleversement soudain des habitudes par des éléments exogènes qui peuvent être d'ordre juridique (les lois d'assèchement en 1856, puis de remise en eau des

¹⁰²⁷ Cf. *supra*.

¹⁰²⁸ JEANCLOS Y., Coutume et loi, une approche logistique du droit, *préc.*, p. 429.

¹⁰²⁹ Absents de la littérature locale jusqu'à une courte mention par Rivoire en 1881, ces ouvrages font l'objet d'une description précise, tant d'un point de vue technique que juridique, par Truchelut en 1904.

étangs en 1901), ou environnemental (apparition et colonisation d'espèces invasives). De la capacité de réaction et d'adaptation des acteurs locaux dépendra l'adaptation de la norme.

b. Un ordre juridique « imparfait » mais indispensable à la gestion locale de l'eau

Selon les critères de l'ordre juridique autonome, celui-ci peut être qualifié de « parfait » que lorsque l'on y retrouve des moyens de production d'un ensemble complet de normes et des outils permettant la sanction de ces dernières. L'ordre juridique de la Dombes se révèle nécessairement incomplet. Si l'échelon infra-étatique est le plus propice à l'apparition de droit spontané, en particulier des usages qui en sont la manifestation la plus significative, le pouvoir normatif des communautés locales demeure limité à leurs particularités¹⁰³⁰. En ce qui concerne le droit local de la Dombes, il a pour objet essentiel la gestion partagée de l'eau en vue de l'exploitation piscicole des étangs et est constitué d'un ensemble complexe de règles à cette fin.

Le droit spontané local permet l'unification du droit applicable à la gestion piscicole de l'eau sur le territoire de la Dombes en un vecteur normatif unique. En effet, il est constitué de normes coutumières, d'usages¹⁰³¹, mais également d'adaptations ou de rappels des normes légale ou réglementaires. Peu importe que la règle mise en œuvre soit d'origine coutumière, législative ou même contractuelle, l'objectif est de perpétuer les principes d'utilisation de la ressource en eau et de garantir ainsi l'usage partagé de cette dernière. Finalement, le récepteur de la norme, celui à qui elle s'applique, ne s'inquiète guère de savoir quelle est son origine et quelle est sa nature juridique : il parlera de « droits d'eau » de façon générale, ou fera référence très globalement au « Truchelut ». Pour autant, il en connaît les contours, les limites et les principes dans le sens où il connaît ses prérogatives et ses obligations dans la gestion de l'eau et l'exploitation des étangs.

Le droit spontané local a donc un champ d'application relativement restreint : *ratione loci* d'une part, puisqu'il ne s'applique que sur le territoire de la Dombes des étangs, et *ratione materiae* d'autre part, dans le sens où il ne concerne que la gestion, l'exploitation et la préservation des étangs de cette région. A cet effet, les sujets de droits sont également limités dans le sens où ne sont susceptibles de demander son application que les exploitants, propriétaires d'étangs et globalement l'ensemble des membres de la filière piscicole locale. Néanmoins, une personne tierce qui aurait un intérêt à l'invoquer (s'il s'agit d'un voisin

¹⁰³⁰ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., p. 355.

¹⁰³¹ Selon la distinction opérée précédemment.

notamment) peut demander sa mise en œuvre à l'encontre d'un membre de cette filière. A ce titre, une personne voisine publique ou privée qui subit un dommage du fait d'une inondation trouvant sa cause dans l'étang peut engager la responsabilité coutumière du propriétaire.

Ainsi, cet ensemble juridique devrait pouvoir être considéré comme une « norme privée », puisque ce sont les comportements de personnes privées pris collectivement qui en sont à l'origine. Quelle que soit sa nature, il n'en demeure pas moins la démonstration de son existence et de son contenu reste dépendante de son caractère écrit ou non.

B. L'écriture de la coutume, entre nécessité pratique et frein à la spontanéité

La mise en œuvre du droit coutumier localement et l'appréhension de cette norme particulière par le droit national nécessite de s'interroger sur sa forme. Ainsi, se pose légitimement la question de l'écriture de la coutume, à la suite de Danièle Bourcier qui démontre que cette question met en lumière les rapports entre coutume et droit étatique¹⁰³². Cette interrogation est d'ailleurs récurrente et suscite des réactions diverses, entre la crainte d'un droit figé et l'attente d'une sécurité juridique renforcée par un droit fixé¹⁰³³. Au-delà de ces appréhensions, il convient de se pencher sur les conséquences d'une mise par écrit du droit coutumier. En d'autres termes, il s'agit ici de s'interroger sur les liens entre « *la lettre et l'âme de la coutume* »¹⁰³⁴. D'une part, la lettre permet de donner corps à l'âme de la coutume (1), mais risque, d'autre part, de la lui faire perdre par une impossibilité d'évoluer ultérieurement (2).

1. La nécessité d'une écriture de la coutume

La doctrine a pu énoncer une nécessité d'écrire le droit, notamment en matière d'application du droit de l'environnement en milieu rural et agricole et ce, dans une perspective de simplification du droit¹⁰³⁵. Ce « plaidoyer » peut être appliqué à la norme coutumière. En effet, une mise par écrit du droit local permet de contribuer à atteindre

¹⁰³² BOURCIER D., Faut-il écrire la coutume, in MAYER N. et DAVID C. (Dir.), *L'intégration de la coutume dans la norme environnementale*, Bruylant, 2012, p. 165.

¹⁰³³ BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2012, p. 65.

¹⁰³⁴ GRINBERG M., *Ecrire les coutumes*, préc., p. 113.

¹⁰³⁵ HERMON C., Plaidoyer pour une simplification du droit relatif à la protection de l'environnement dans le secteur agricole, in DOUSSAN I. (Dir.), *Le futurs du droit de l'environnement*, préc., p. 239.

l'objectif d'intelligibilité de la loi (a). Au-delà de cette nécessité de l'application quotidienne de ce droit, son écriture peut permettre également d'en assurer la pérennité (b).

a. La contrainte de l'intelligibilité de la norme

L'objectif d'intelligibilité est généralement confronté à un acte imposé par les autorités étatiques centralisées. Ainsi, Mireille Delmas-Marty énonce que l'écriture de la norme constitue une façon pour le pouvoir central de « *penser le multiple* »¹⁰³⁶.

L'intelligibilité de la loi constitue un objectif à valeur constitutionnelle, comme a pu l'énoncer le Conseil constitutionnel¹⁰³⁷ qui a enjoint le législateur à respecter « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi* » découlant des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, en adoptant « *des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* »¹⁰³⁸. Selon Jacqueline Morand-Deville, l'intelligibilité « *c'est au premier sens du terme la lisibilité c'est-à-dire la compréhension par le vulgaire à partir d'une rédaction claire de la norme* »¹⁰³⁹. La connaissance suffisante des normes applicables aux citoyens peut en effet entraîner une atteinte à la garantie de leurs droits et, partant, une atteinte à l'article 16¹⁰⁴⁰ de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789¹⁰⁴¹. A ce titre, l'écriture du droit et sa structuration qui suppose la codification, permet de répondre à l'objectif d'intelligibilité de la norme¹⁰⁴². Eric Naim-Gesbert précise les contours du « *principe d'intelligibilité de la loi, lequel oscille, tel le funambule au-dessus du néant, entre la sécurité juridique (une forme de stabilité de l'ordre ; pensée de Parménide) et l'adhésion à la norme (une forme d'adaptation intrinsèque à ce qui change ; pensée d'Héraclite)* »¹⁰⁴³. En d'autres termes, la bonne compréhension des normes applicables par ses sujets constitue le corolaire de son acceptation et donc de sa légitimité, et conditionne ainsi la stabilité de l'ordonnement juridique.

¹⁰³⁶ DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994.

¹⁰³⁷ Cons. Constit., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC.

¹⁰³⁸ Cons. Constit., 24 juill. 2008, n° 2008-567 DC, cons. 39.

¹⁰³⁹ MORAND-DEVILLER J., Vous avez-dit intelligibilité ?, in *D'urbanisme et d'environnement, Liber Amicorum Francis Haumont*, p. 983.

¹⁰⁴⁰ « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

¹⁰⁴¹ Voir en ce sens le commentaire de la décision Cons. Const., 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 17^{ème} éd., Dalloz, 2013, p. 284.

¹⁰⁴² Cons. Constit., 16 dé. 1999, n° 99-421 DC relative à la loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes.

¹⁰⁴³ NAIM-GESBERT E., Théorie pour une norme environnementale acclimatée à l'outre-mer, in FALL B. A. (Dir.), *Itinéraire du droit et terres des hommes, Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Breton*, Ed. Mare et Martin, 2017, p. 763.

D'ailleurs, de cet objectif découle l'obligation pour la norme considérée, de revêtir une véritable portée normative¹⁰⁴⁴. Quoi qu'il en soit, le principe d'intelligibilité constitue l'une des conditions de l'existence de la sécurité juridique telle qu'elle a pu être définie par la jurisprudence administrative.

Ce principe, bien que n'ayant pas été reconnu par le Conseil constitutionnel, l'a été expressément par le Conseil d'Etat par son arrêt de 2006, KPMG¹⁰⁴⁵ par lequel il enjoint notamment le pouvoir réglementaire de prévoir des règles transitoires dans le contexte d'une évolution de la réglementation. Le même Conseil d'Etat, dans son rapport annuel de 2006, a précisé que le principe de sécurité juridique « *implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles* »¹⁰⁴⁶. En tout état de cause, les tenants de la règle coutumière cherchent à l'intégrer et à lui faire produire ses effets dans un environnement juridique plutôt hostile. Comment trouver sa place dans un ordonnancement juridique dont les normes sont toujours plus foisonnantes, entre boulimie législative et explosion du droit dit « souple » ? Dans ce contexte de « *dispersion des normes* »¹⁰⁴⁷, la coutume a pour effet d'apporter un ancrage juridique fort aux pratiques traditionnelles ou, au contraire, participerait-elle au bavardage du droit¹⁰⁴⁸ et nuirait à son appréhension par ces récepteurs.

Du point de vue général dans l'histoire du droit, de l'application, l'objectif de la mise par écrit du droit local issu des coutumes, des usages et des pratiques est essentiellement la clarification du droit pour la bonne administration de la justice, et donc l'appréhension des principes coutumiers locaux par les juges. Toutefois, l'intelligibilité locale de la norme constitue un des objectifs de cette écriture, à travers la reconnaissance de la légitimité de la langue vernaculaire pour dire le droit, là où le latin était auparavant privilégié¹⁰⁴⁹. La problématique de l'intelligibilité du droit se pose encore aujourd'hui et repose sur le fait que

¹⁰⁴⁴ Cons. Constit., 21 juin 2018, n° 2018-766 DC, *Loi relative à l'élection des représentants au Parlement européen*.

¹⁰⁴⁵ CE Ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*, n° 288460 et s., *RFDA* 2006, p. 463, concl. Aguila, note Moderne ; *BJCP* 2006, p. 173, note Terneyre.

¹⁰⁴⁶ CONSEIL D'ETAT, Rapport public 2006, p. 281.

¹⁰⁴⁷ Sur l'explication de ce contexte de dispersion, v. STIRN B., *La dispersion des normes*, *RDP* 2017, n° 1, p. 5.

¹⁰⁴⁸ Le Conseil d'Etat, dans son étude annuelle de 1991 sur la sécurité juridique énonçait, dans une formule qui devint célèbre dans le monde juridique : « *Quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête qu'une oreille distraite* ».

¹⁰⁴⁹ GRINBERG M., *Écrire les coutumes. Les droits seigneuriaux en France*, préc., p. 4. La clarté et l'intelligibilité des normes coutumières ainsi mises par écrit seront renforcées à partir de 1539 avec l'adoption de l'ordonnance de Villers-Cotteret qui généralise l'utilisation du français dans les jugements et actes notariés.

le droit doit pouvoir être saisi par tous, et notamment par tous ceux à qui il s'applique. Cette intelligibilité conditionne la qualité du droit et de son application, ainsi que sa légitimité.

En Dombes, la difficulté concernant l'appréhension de la norme demeure notamment le langage de la coutume. D'une part, bon nombre de textes anciens permettant d'éclairer les origines et les conditions d'application de la coutume sont écrits en ancien français. D'autre part, la majorité de ces textes n'est pas rédigée sous forme de règles claires dont on peut se saisir indépendamment de leur contexte textuel : il est ainsi nécessaire de consulter l'ensemble du chapitre du « Truchelut » sur les étangs pour être certain de la règle à appliquer, l'auteur procédant à d'innombrables renvois et construisant ainsi un ensemble de règles et de principes imbriqués les uns dans les autres. L'absence d'un ordonnancement clair du droit local tel qu'il nous parvient aujourd'hui met en péril son intelligibilité ainsi que son appréhension par les générations successives d'usagers de la norme.

b. L'assurance d'un acquis juridique transmissible de génération en génération

Même les faits, les pratiques, les usages historiques qui apparaissent aux yeux du lecteur contemporain comme insignifiants, ont été considérés, à une époque comme étant suffisamment importants par certains groupes d'individus, au point qu'ils en laissent une trace écrite. Ce seul constat mérite l'intérêt de l'historien ou de l'historien du droit, d'autant plus que le rédacteur de la règle de droit traditionnelle n'a pas nécessairement toujours conscience des effets historiques et juridiques de ses écrits¹⁰⁵⁰. L'écriture est nécessaire pour pallier « l'oubli » parfois constaté sur le terrain, et l'absence de transmission de la coutume dans une société globale où ce mode de régulation est devenu marginal. L'exercice de la mise par écrit permet également de se saisir d'un objet juridique et donc de renouveler tant le sentiment d'attachement (patrimoine) que le sentiment d'obligation (*opinio juris*). À cet égard, l'effet du temps sur le droit spontané est indépassable mais également paradoxal.

D'une part, l'écoulement du temps constitue l'une des conditions de la constitution de la règle coutumière, bien que dorénavant, il soit possible de reconnaître l'existence d'une coutume, ou d'un usage, après une période de répétition suffisante mais relativement courte¹⁰⁵¹. En effet, la coutume est constituée dès lors que l'on peut constater un usage général et prolongé (*repetitio*)¹⁰⁵². En ce sens, la constitution d'une norme par l'écoulement d'un

¹⁰⁵⁰ GRINBERG M., *Écrire les coutumes. Les droits seigneuriaux en France*, préc., p. 3.

¹⁰⁵¹ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., p. 126.

¹⁰⁵² *Lexique des termes juridiques*, 9^{ème} éd., Dalloz, 1993, « Coutume », p. 165.

temps plus ou moins long contribue à la « *mise en mots* »¹⁰⁵³, ou plus exactement à la mise en droit du temps, lui donnant un sens social, politique, et donc juridique.

D'autre part, le temps est un facteur d'effacement du droit au regard du risque d'oubli jusqu'à son existence même. L'action du temps conduit donc à la fois à créer du droit, mais également à le détruire, en supprimant de la coutume son élément psychologique, c'est-à-dire la conviction du caractère obligatoire de la règle (*opinio necessitatis*)¹⁰⁵⁴. C'est notamment pour pallier ce risque, et assurer la sécurité juridique, que la codification des coutumes et usages locaux à caractère agricole, est organisée par la loi. Le pouvoir étatique a, depuis l'Ancien Régime, organisé la mise par écrit des coutumes locales, et ce pour différentes raisons : en garantir l'intelligibilité et assurer leur force probante (leur effectivité) d'une part, et d'autre part en faciliter l'utilisation devant les juridictions en les intégrant plus largement dans le droit général, et plus spécifiquement le droit rural.

Le législateur a instauré un régime spécifique de rédaction des usages afin de concrétiser cet objectif d'intelligibilité. En effet, il a imposé, via le Code rural et de la pêche maritime, une obligation de codification des coutumes et usages locaux¹⁰⁵⁵, qui ne concerne donc de ce fait uniquement que les usages qui ont un rapport avec l'exploitation agricole du territoire. Il en va ainsi de la pisciculture et de l'exploitation de l'eau et des étangs en Dombes, activité agricole à part entière. Cette qualification permet d'intégrer au recueil ainsi constitué, les usages, écrits ou non, qui coordonne, la mise en valeur des étangs.

Jusqu'en 2018, la version en vigueur des usages locaux du département de l'Ain, en ce qui concerne la culture d'étangs¹⁰⁵⁶, reposait sur une rédaction datant de 1953 non révisée lors de la republication des usages locaux du département de l'Ain en 1987¹⁰⁵⁷. Ils avaient cependant été actualisés dans les années 1920. L'objectif de cette codification est double : garantir la connaissance et l'actualisation des usages locaux applicables sur un territoire, et surtout de permettre leur application devant les juridictions de droit commun. Il y est régulièrement fait référence dans le cas de litiges entre propriétaires, mais assez peu entre propriétaires et exploitants dès lors que leurs rapports sont réglés par les baux qui les lient. Toutefois, les règles écrites comme orales qui sont reprises dans ces recueils doivent nécessairement

¹⁰⁵³ OST F., Le temps, construction sociale, in Van CAUTER J. et De RAUGLAUDRE N. (Dir.), *Apprivoiser le temps, approche plurielle sur le temps et le développement durable*, Editions Charles Léopold Mayer, 2003, p. 32.

¹⁰⁵⁴ CORNU G., préc., « Coutume », p. 280.

¹⁰⁵⁵ Selon la procédure décrite précédemment et fondée sur l'article L. 511-3 du Code rural et de la pêche maritime.

¹⁰⁵⁶ A laquelle est consacré un Titre IV : « Les étangs de la Dombes ».

¹⁰⁵⁷ Chambre d'agriculture de l'Ain, Usages locaux à caractère agricole, approuvé par délibération du Conseil Général de l'Ain par délibération du 16 juin 1987.

répondre aux critères juridiques de l'identification de la coutume ou des usages. Il est à noter que, dans ce cadre, aucune distinction ne semble être opérée entre ces deux sources de droit. Il est ainsi question indistinctement des « usages locaux », alors même que les dispositions du Code rural et de la pêche maritime précitées mentionnent les « coutumes et usages locaux ». Comme le souligne Pascale Deumier, la distinction entre usages et coutume semble être progressivement abandonnée, les juges, le législateur et la doctrine délaissant peu à peu l'examen du critère de l'élément psychologique propre à la coutume¹⁰⁵⁸.

En ce qui concerne le recueil des usages locaux de la Dombes, les usages et leur interprétation s'appuient essentiellement sur les définitions issues de l'ouvrage de Truchelut de 1904 et y renvoient pour le détail de ses dispositions, ne reprenant que la description des ouvrages constituant l'étang et les principes généraux du droit traditionnel local ; et ce, sans véritablement s'interroger sur l'actualité de tels usages, c'est-à-dire leur persistance en pratique. Pourtant, c'est bien cette actualité pratique qui donne aux usages leur force juridique. Par exemple, l'abreuvement des animaux était, dans le recueil de 1987, encore inscrit au titre des « usages divers »¹⁰⁵⁹, alors même que l'élevage bovin est désormais marginal sur ce territoire, et que le fait de faire paître le bétail dans les étangs est une pratique abandonnée depuis de nombreuses années.

Néanmoins, la Chambre d'agriculture et le Conseil départemental de l'Ain, à la suite d'une initiative de la filière piscicole locale, se sont emparés de cette problématique en proposant la révision de la rédaction de ces usages. Cette initiative repose notamment sur le fait que « *les évolutions constatées par des acteurs de la filière piscicole montrent des écarts, des imprécisions et des éléments obsolètes par rapport aux dispositions figurant dans le recueil, largement inspirées de l'ouvrage dit « le Truchelut », datant de 1904* »¹⁰⁶⁰. Cette situation justifie la révision engagée à la demande du Préfet de l'Ain¹⁰⁶¹ par la Chambre d'agriculture¹⁰⁶², et approuvée par la suite par le Conseil départemental.

Ainsi, la mise par écrit de la coutume permet d'identifier les éléments de la coutume, de prendre en compte ses évolutions et de formaliser ainsi un acquis juridique. Ces règles désormais écrites deviennent transmissibles par une nouvelle voie juridique. L'écriture de la coutume engage ses récepteurs à veiller à sa constante évolution, et réaliser régulièrement une actualisation de ce recueil afin de garantir sa résilience et sa transmission entre générations,

¹⁰⁵⁸ DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2015, p. 336.

¹⁰⁵⁹ Recueil précité, p. 45.

¹⁰⁶⁰ Conseil départemental de l'Ain, délibération du 16 mai 2018.

¹⁰⁶¹ Lettre du Préfet de l'Ain au Président de la Chambre d'agriculture du département de l'Ain du 8 sept. 2017.

¹⁰⁶² Délibération de la Chambre d'Agriculture du département de l'Ain du 24 nov. 2017.

l'inscrivant ainsi dans le temps long¹⁰⁶³. La rédaction de normes traditionnelles, originellement transmises oralement, présente néanmoins le risque d'en figer les termes et les principes, risque d'autant plus avéré que la révision de ces recueils nécessite d'étudier de façon systémique l'ensemble de ses dispositions.

2. *Le risque relatif de cristallisation de la coutume*

Le formalisme du droit induit par l'écriture de la coutume a toujours subi de nombreuses critiques. Ainsi, Rabelais faisait dire à l'un de ses personnages : « *vous savez trop mieux que souvent en procédures judiciaires les formalités détruisent les matérialités et substances* »¹⁰⁶⁴. Pourtant, le mouvement d'écriture des coutumes est ancien et s'est poursuivi tout au long des XV^{ème} et XVI^{ème} siècles. Ainsi, dès l'adoption de l'ordonnance de Montils-les-Tours d'avril 1454, « *le dessein royal, dans sa formulation première, a été d'améliorer le fonctionnement de la justice et de faire de la coutume une loi perpétuelle* »¹⁰⁶⁵. Ainsi sont posés les objectifs mais également les conséquences d'un tel exercice : l'effacement de la norme coutumière au profit d'une « loi perpétuelle » et donc intangible. A cet égard, Etienne Cornut affirme que la codification de la coutume est « *contre nature* »¹⁰⁶⁶. Malgré les craintes légitimes de l'auteur, il semble que l'écriture des coutumes et autres usages locaux n'a pas nécessairement pour effet de nuire à leur nature juridique ou à leur effectivité. Et le Doyen Carbonnier d'assurer que les coutumes, même « *rédigées, elles n'en restaient pas moins coutumes (car elles pouvaient disparaître par désuétude et se compléter de nouvelles coutumes, ce qui eût été impossible si elles étaient devenues lois)* »¹⁰⁶⁷. Si elle garde son caractère coutumier quelle que soit sa forme (b), la norme est toutefois potentiellement soumise à des évolutions de fond induites par sa mise par écrit (a).

¹⁰⁶³ REMOND-GOUILLOUD M., A la recherche du futur. La prise en compte du long terme par le droit de l'environnement, *R.J.E.* 1992, n° 1, p. 5.

¹⁰⁶⁴ RABELAIS F., *Tiers livre des faits et dictz héroïques du bon Pantagruel* (1546), Flammarion, 2013.

¹⁰⁶⁵ GRINBERG M., GEOFFROY-POISSON S., LACLAU A., Rédaction des coutumes et territoires au XVI^e siècle : Paris et Montfort-L'Amaury, *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2012/2 (n° 59-2), p. 7-55.

¹⁰⁶⁶ CORNUT E., La non-codification de la coutume kanak, in MEYER N. et DAVID C., *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale*, préc., p. 150.

¹⁰⁶⁷ CARBONNIER J., préc., p. 20.

- a. De la mise par écrit à la mise en sens : les impacts de fond induits par l'écriture de la coutume

En Dombes comme ailleurs¹⁰⁶⁸, l'hypothèse de la mise par écrit des usages locaux suscite la méfiance de ses destinataires. Cette réserve n'est pas sans fondement puisque, la forme écrite suppose a priori, une plus grande rigidité, mais nécessite également un arbitrage sur les mots employés qui, eux-mêmes, seront sujets à interprétation. Le premier effet de l'écriture de la coutume est sa reconnaissance par le droit commun et donc son intégration dans l'ordre juridique. Cela est particulièrement prégnant en ce qui concerne les recueils des usages locaux à caractère agricole rédigés par les Chambres d'agriculture : ces recueils constituent alors une forme de réglementation générale qui s'impose sur le territoire départemental. En ce sens, la Cour d'Appel de Poitiers a énoncé que « *dès lors qu'une Chambre d'agriculture a codifié les usages locaux il s'agit d'un règlement particulier sans qu'il soit besoin que ces usages et coutumes soient constants et reconnus; qu'ainsi le code des usages agricoles, pris après une procédure régulière et homologué par le conseil général s'applique dans tous le département concerné en se substituant à la réglementation générale en vigueur* »¹⁰⁶⁹. Dès lors, c'est bien la coutume écrite qui fait foi quant à la règle applicable, quitte à interroger le caractère actuel de la règle ainsi mise en œuvre¹⁰⁷⁰.

L'opposition que l'on retrouve parfois entre coutume et droit écrit semble stérile, dès lors qu'ils ne s'excluent pas l'un l'autre¹⁰⁷¹, et les critiques formulées à l'encontre de l'une de ces sources de droit peut se révéler valable pour l'autre. En effet, le droit réglementaire ou contractuel a souvent pour résultat de cristalliser une situation juridique, alors que le droit spontané permet d'adapter spontanément la règle de droit en fonction de l'évolution des faits¹⁰⁷². Les nombreuses études menées sur la rédaction des coutumes dans l'Ancien Régime, tant sur la forme que sur le fond, révèlent les contestations formées à l'encontre des modifications ainsi induites. N'est cependant pas abordé le sujet du statut de la coutume ainsi remaniée. Comme le précise M. Grinberg, « *la mise par écrit est plus qu'une écriture du droit,*

¹⁰⁶⁸ A Madagascar par exemple, les affaires sont traditionnellement réglées à l'oral, « *l'écrit étant un signe de défiance* » (PRIEUR J., Coutume, pratique et droit positif à travers la protection des ressources naturelles renouvelables de Madagascar, *Droit de l'environnement* 2017, n° 262, p. 403).

¹⁰⁶⁹ CA Poitiers, 6 juil. 2006, n° 03/02586.

¹⁰⁷⁰ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., p. 136.

¹⁰⁷¹ ALBERGONI G., Ecrire la coutume. Une tribu bédouine de Cyrénaïque face à la modernité, *Etudes rurales* 2000, n° 155-156, p. 25.

¹⁰⁷² GRINBERG M., La rédaction des coutumes et les droits seigneuriaux : nommer, classer, exclure, *Annales* 1997, n° 5, p. 1017.

elle n'est pas qu'une mise en forme mais une mise en sens »¹⁰⁷³. Le droit est ainsi amené, par sa rédaction, à modifier les pratiques transmises et acceptées. Se pose ainsi légitimement la question de savoir si ce droit demeure alors coutumier au sens strictement juridique. Outre les interrogations formelles sur la nature de ce droit mis par écrit, l'écriture de droits coutumiers ou plus généralement de droits spontanés oraux se heurte à un écueil matériel. Ecrire des règles spontanées revient à les généraliser et les systématiser, au risque d'en caricaturer les principes. Ainsi, Olivier Barrière affirme que : « *la normalisation des coutumes conduit à un résultat caricatural, notamment lorsqu'elle est faite au moyen d'une lecture ethnocentrique des usages locaux* »¹⁰⁷⁴. Cette insertion doit naturellement être relativisée, et rapportée aux terrains d'études considérés, la Dombes ne présentant pas les mêmes enjeux ethniques ou sociaux que certaines régions d'Afrique.

En tout état de cause, une question juridique demeure d'une importance capitale : quel serait le statut d'une coutume (écrite) dont on modifierait les dispositions et les principes. Il semble de prime abord qu'elle ne peut recevoir la qualification de « coutume » qui suppose un élément matériel (des pratiques anciennes et répétées de façon ininterrompue), et un élément psychologique (le sentiment de son caractère obligatoire)¹⁰⁷⁵. Pour autant, son écriture ne reviendrait, pour une grande partie, qu'à formaliser des pratiques ayant évolué au gré des circonstances techniques ou environnementales. Cette question reste donc largement ouverte. Au-delà du statut de la « coutume réécrite », la réécriture, ou la codification de la coutume, présente une pluralité de causes, de volontés, et de modalités. Elle peut d'ailleurs être matérialisée à l'initiative des pouvoirs publics ou par des « pouvoirs privés »¹⁰⁷⁶. Dans le cas de la Dombes, l'objectif est justement de consacrer le caractère spontané de la réglementation applicable à l'exploitation de l'eau et des terres dombistes, ainsi qu'aux relations entre « usagers » de ces ressources. Ainsi, ce sont eux, les usagers, qui ont toujours été et sont encore, de par leurs pratiques en perpétuelle adaptation, les façonneurs de cette réglementation.

Il s'agit donc de rester extrêmement vigilant dans l'écriture des normes coutumières puisque les fixer, à l'encontre de leur caractère flexible, adaptable et évolutif par nature,

¹⁰⁷³ GRINBERG M., *Ecrire les coutumes*, préc.

¹⁰⁷⁴ BARRIERE O., Repenser le droit de l'environnement dans une conception renouvelée du développement durable. Prospective d'un « droit de coviabilité » des systèmes sociaux et écologiques, in BLAISE S., DAVID C., et DAVID V., *Le développement durable en Océanie : vers une éthique nouvelle ?*, 2015, p. 217.

¹⁰⁷⁵ DEUMIER P., *Coutumes et usages*, préc.

¹⁰⁷⁶ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., p. 389.

risque de les dénaturer¹⁰⁷⁷. Cette dénaturation peut prendre au moins deux formes : le maintien, au moment de l'écriture, de règles inusitées, et l'intégration, au moment de sa mise à jour, de règles qui ne relevait pas de la coutume¹⁰⁷⁸. Ces craintes quant aux dangers normatifs de la rédaction des coutumes semblent légitimes, notamment lorsqu'elle est imposée par une autorité extérieure à la communauté coutumière. Elles doivent cependant être nuancées à plusieurs égards en ce qui concerne la coutume dombiste. D'abord, cette dernière a fait l'objet d'écriture et d'actualisation à plusieurs reprises au cours de son histoire par des « sachants » locaux. De plus, cette mise par écrit peut intégrer le principe selon lequel la rédaction ne constitue qu'une « photographie », à un instant « t », du fait coutumier dont la règle tire sa source : intégrer, en somme, une « *clause de réserve d'effectivité coutumière* »¹⁰⁷⁹. Ainsi, la rédaction des « usages des étangs de la Dombes » publiée en 2017 précise en préambule : « *Le présent document s'attache à constater les règles applicables à la gestion de l'eau et des étangs en Dombes et n'a pas, comme tel, d'effet créateur de normes : il est déclaratif, révèle et met en forme, sans autre ambition* ». Le principe de l'indépendance normative de la coutume et des usages demeure ainsi préservée.

- b. L'autosuffisance de la coutume, une garantie de la spontanéité et de l'actualisation de la norme locale

La mise par écrit de la coutume contribue à modifier profondément les rapports entre norme et temps¹⁰⁸⁰ puisqu'elle risque de freiner sa capacité d'adaptation aux évolutions de pratiques. Les rapports entre temps et droit sont complexes, mais les deux notions entretiennent indéniablement des relations dialectiques profondes¹⁰⁸¹. Si l'on voulait l'exprimer simplement, le droit qui tire les leçons du passé éclaire une situation présente tout en offrant des perspectives d'évolution pour l'avenir.

Originellement, le droit coutumier, non écrit, puise sa force normative dans sa période de formation au cours de laquelle il est peu à peu généralisé, transmis entre générations et ainsi accepté par les sujets de droit. Du fait de son mode particulier de formation, la coutume est « *probablement la meilleure manifestation du rôle créateur de droit que l'on peut reconnaître*

¹⁰⁷⁷ BARRIERE O., *op. cit.*, p. 239.

¹⁰⁷⁸ CORNUT E., La non-codification de la coutume kanak, in MEYER N. et DAVID C., *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale*, préc., p. 153.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*

¹⁰⁸⁰ GRINBERG M., *Écrire les coutumes*, préc., p. 74.

¹⁰⁸¹ OST F., *Le temps du droit*, Ed. Odile Jacob, 1999, p. 13.

au temps »¹⁰⁸². Aussi, elle obéit ainsi à une temporalité qui lui est propre, pouvant même être interprétée comme « *une négation du temps, puisque fondée sur la répétition de l'identique* »¹⁰⁸³. Néanmoins, la coutume peut également être interprétée comme une norme en constante évolution tout en restant ancrée dans des principes fondamentaux immuables. L'écrire, de ce point de vue, interrompt brutalement cette longue et progressive gestation normative pour l'imposer définitivement et durablement dans les esprits et les pratiques.

Pour autant, et c'est là sa grande force, la coutume se suffit à elle-même et est, par nature, un droit vivant et évolutif au gré des mutations sociales ou techniques. Son écriture ne fait que constater, à un instant « t », les règles de droit applicables. Elle est un droit historique qui s'est construit au fil des siècles et qui s'enrichit constamment. La coutume représente une forme de droit stable, s'affinant longuement et perpétuellement, ce qui permet de garantir une effectivité dans le temps des règles écrites à tel ou tel moment. Cette effectivité temporelle est toutefois limitée et contrainte par les évolutions sociales, politiques ou techniques, ce qui la conduit à évoluer en fonction d'une dynamique qui lui est propre.

« *La nature même de l'usage s'oppose à sa disparition* »¹⁰⁸⁴, du fait du pragmatisme qui est attaché à cette source de droit vivante. Cette source de droit tire de son caractère spontané une autonomie certaine par rapport aux autres normes bien que sa mise en œuvre puisse être largement compromise ou contrainte par l'application de la loi. Cette indépendance normative consacre le fait que la coutume avance par elle-même, quelle que soit la forme à travers laquelle les sujets de droit l'abordent. Les mécanismes de règlement des conflits propres aux droits coutumiers permettent notamment de mettre au jour l'éventualité d'une actualisation de la norme. Néanmoins, cette autonomie est susceptible d'être remise en question du fait de son caractère extra-légal, lequel supposerait reconnaissance et application pour avoir de véritables effets juridiques, la règle coutumière devenant alors une « *règle jurisprudentielle fécondée par l'usage* »¹⁰⁸⁵. Cette interprétation ferme ainsi la porte à tout pluralisme juridique, mais nie surtout la force normative « interne » de la coutume, c'est-à-dire indépendamment de toute interaction avec le droit commun.

Le droit local de la Dombes constitue une originalité dans le paysage juridique puisqu'il est issu d'un système complexe fait d'interactions et de jeu d'interdépendances entre nature et

¹⁰⁸² BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2012, p. 126.

¹⁰⁸³ SOLEILHAC Th., *Le temps et le droit de l'environnement*, Thèse droit 2006, Lyon 3, T. 1, p. 247.

¹⁰⁸⁴ LOCHOUARN D., *Actualité des usages locaux*, *RD rur.* 1996, p. 409.

¹⁰⁸⁵ PRES X., *Les sources complémentaires du droit d'auteur*, PUAM, 2015, n° 362.

culture ; entre environnement et production agricole ; entre continuité de pratiques ancestrales et modernité. En ce sens, ce droit, qui émerge de l'ensemble des pratiques locales, est spontané mais est également directement issu de ce système territorial particulier, ce qui en fait aussi un droit endogène. L'interdépendance entre droit et pratiques relève alors de l'évidence, au même titre que la nécessité de le préserver, dans son contenu comme dans sa forme afin de permettre une adaptabilité constante. Indéniablement, ce droit local perdure, la Dombes formant une véritable exception juridique. Plus encore, sa perpétuation s'impose, et avec elle la nécessité d'un pluralisme juridique. L'ensemble normatif alors applicable sur ce territoire est donc à la fois pluriel et complexe : dans son contenu, dans ses sources et dans sa sanction. Le principe de sécurité juridique impose donc alors de tenter d'apporter un cadre à cette complexité en vue de tendre vers un « *pluralisme ordonné* »¹⁰⁸⁶.

Section 2 : La consécration d'un droit local négocié grâce aux outils du droit contemporain

« *La négociation semble bien être devenue le modèle dominant de régulation des rapports sociaux. Le phénomène juridique n'est pas épargné : pas une de ses branches qui ne témoigne de l'irrésistible ascension du droit négocié* »¹⁰⁸⁷. L'extension de la négociation offre la possibilité à différentes parties prenantes de s'emparer d'un nouveau mode de production normative, offrant un cadre juridique sécurisé. La notion de droit négocié telle qu'entendue par Olivier Barrière met en évidence un droit de tensions entre les différents acteurs, les différents enjeux qui parfois s'entrechoquent. L'avènement d'un droit négocié est finalement la concrétisation du principe de conciliation que font apparaître les règles traditionnelles locales depuis le début de leur construction. Il s'agit de « *négocier pour territorialiser* », comme le résume Olivier Barrière, soulignant l'importance de la démarche de création normative locale. Une telle création conduit à « *définir un entre-deux : une combinaison entre régulation endogène et droit positif* »¹⁰⁸⁸. Un cadre est alors donné au pluralisme juridique nécessaire à la préservation d'une identité juridique particulière.

Le droit local de la Dombes est particulièrement original et doit faire l'objet d'une adaptation à un contexte unique. Il s'agit d'abord de garantir l'existence de pratiques agricoles

¹⁰⁸⁶ DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

¹⁰⁸⁷ GERARD P., OST F. et Van de KERCHOVE M. (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, 1996, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, p. 18.

¹⁰⁸⁸ BARRIERE O., *L'empire de l'appropriation face au sens du commun : un enjeu de paradigmes juridiques, préc.*

extensives conformément aux identités locales, et ensuite de préserver l'environnement par la mise en œuvre de ces pratiques respectueuses des milieux naturels. Cette adaptation peut être concrétisée par un certain nombre de truchements non moins originaux afin d'atteindre leur préservation : une certaine variété d'outils juridiques peut être mobilisée afin de permettre la pérennisation des pratiques traditionnelles locales. L'incorporation du droit spontané dans l'ordre juridique interne est complexe. Bien qu'elle soit rendue possible par consécration législative¹⁰⁸⁹, il n'en demeure pas moins que la règle spontanée et la loi entretiennent des relations tumultueuses. Néanmoins, les liens entre les ordres normatifs peuvent être constitués d'interdépendances permettant la mise en œuvre d'un véritable pluralisme juridique. Dans cette perspective, la règle de droit spontané doit pouvoir faire l'objet d'une protection fondée sur l'intérêt patrimonial qu'elle représente en tant que commun (I), et concrétisée par la mobilisation d'outils et de mécanismes juridiques divers (II).

I. La préservation d'un ordre juridique spontané local par la reconnaissance d'un « commun »

Il a été démontré que l'eau en Dombes, en tant qu'objet d'un usage solidaire au sein d'une communauté d'usagers identifiée, constitue un « commun » particulier du fait des liens qui unissent ses usagers entre eux et ses usagers avec elle. Ce rapport solidaire à la ressource et la place qu'elle occupe dans la société rurale en fait un élément de patrimoine qu'il convient de préserver dans l'objectif de le transmettre afin d'en perpétuer la gestion traditionnelle. Ce patrimoine naturel, matériel, n'est pourtant pas le seul élément du patrimoine local. L'organisation juridique qui permet la gestion durable et la préservation de cette ressource naturelle est déterminante dans le sens où elle cimente cette communauté et fluidifie les relations juridiques¹⁰⁹⁰. Faisant partie intégrante de l'identité du groupement des exploitants et propriétaires d'étangs, le droit local et ses principes ancestraux peuvent être envisagés comme constituant un commun (A). Au-delà de l'aspect coutumier de cet ensemble normatif, la communauté dombiste recherche de façon permanente à affirmer l'existence de « son droit » et sa préservation (B).

¹⁰⁸⁹ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., p. 406.

¹⁰⁹⁰ En ce sens, le droit spontané local correspond à l'idée que Nicolas Emeric développe sur « le droit fluide » (EMERIC N., *Penser les flux normatifs*, Mare et Martin, 2018).

A. La caractérisation du droit spontané local comme « commun »

Le droit spontané local ne constitue-t-il pas lui-même un commun ? L'eau, comme élément physique et indispensable à l'organisation géographique, sociale et économique du territoire constitue un « commun foncier » au sens de Benjamin Coriat et correspond à l'idée d'Ostrom lorsqu'elle développe sa théorie des communs. Toutefois, il existe aujourd'hui des communs immatériels dont la qualification peut être attribuée au droit traditionnel propre à un territoire donné et dont le régime peut être appliqué à la gestion d'une ressource matérielle (1). A cet égard, communs matériel et immatériel constituent les deux éléments d'un même patrimoine collectif local à préserver (2).

1. Un commun immatériel constitué d'un ensemble de règles spontanées

L'identification d'un commun nécessite la réunion d'au moins trois éléments¹⁰⁹¹. D'abord, l'objet du commun doit être constitué d'une ressource – au sens large – partagée et à laquelle les bénéficiaires ont un libre accès. Dans le cas de la Dombes, outre l'eau partagée, le droit spontané lui-même peut constituer cette ressource objet d'un commun. Deuxièmement, la gestion et l'accès de cet objet partagé reposent nécessairement sur l'élaboration d'un ensemble de droits, obligations et responsabilités qui lient les usagers à cet objet, cet ensemble constituant le deuxième élément du commun. Enfin, un commun nécessite la constitution d'un mode de gouvernance qui permet aux « participants au commun », de faire respecter cet ensemble de droits et d'obligations. En l'espèce, cette gouvernance est constituée par le recours à la connaissance des sachants, et l'expertise locale. Ces modalités de gouvernance garantissent l'application du droit spontané permettant un usage responsable de l'eau, mais également la connaissance et la perpétuation de ce droit bien spécifique. Dès lors, le droit spontané de la Dombes semble pouvoir intégrer la catégorie des communs.

Cependant, cette qualification ne permet pas, à elle seule, de déterminer de quel commun il s'agit. Les communs sont, en effet, de différentes natures et, bien que les travaux originaux d'Ostrom traitent essentiellement des communs fonciers, et donc matériels, il est désormais possible d'élargir cette catégorie aux communs immatériels. Par sa nature, le droit, et notamment le droit spontané de la Dombes, ne peut être rangé au sein des communs matériels. Il convient par conséquent de s'interroger sur le point de savoir s'il peut constituer un

¹⁰⁹¹ CORIAT B., *Le retour des communs*, préc., p. 24.

commun immatériel. A propos de cette catégorie, Benjamin Coriat propose de parler de « *communs informationnels ou intellectuels* »¹⁰⁹² et y inclut le partage de la connaissance et de l'information, ou encore le vivant en tant qu'objet non brevetable. L'exemple par lequel il illustre sa définition des communs informationnels est celui des logiciels libres. Ces communs « intangibles » sont construits autour de l'objectif d'une extension de la connaissance, et non pas nécessairement sur sa protection comme c'est le cas des communs fonciers. En outre, les « *communs informationnels traitent d'ensembles de ressources constitués de bien non rivaux et généralement non exclusif* »¹⁰⁹³ dans le sens où l'usage du bien en question ne connaît pas de limite.

Bien que séduisante, cette théorie seule ne semble pas permettre de considérer le droit local comme un « commun informationnel » tel que strictement entendu par Coriat. L'obstacle réside essentiellement dans la difficulté d'identifier les deuxièmes et troisièmes éléments du commun : les droits et obligation dans l'usage de la ressource et la gouvernance du commun. Il s'agit en effet de rechercher les droits et obligations liant les usagers de la ressource normative, autrement dit, les règles juridiques qui conditionne le recours et l'accès au droit. Dans le même temps, l'accès à la norme coutumière ne constitue-t-il pas un enjeu réglé en lui-même par le droit spontané ? D'une part, la saisine d'une Commission d'expertise et de règlement des différends¹⁰⁹⁴ instaurée en Dombes par ce dernier conditionne l'accès à la connaissance de la règle applicable à la gestion de l'eau et ses modalités d'application. D'autre part, le principe coutumier selon laquelle la gestion territoriale de l'eau s'effectue grâce à la recherche perpétuelle d'une entente amiable entre les usages de l'eau constitue un mode d'application adaptable de la norme, et donc un modèle de gouvernance. Les trois éléments du commun semblent donc concrétisés pour ce qui concerne le commun immatériel que serait le droit spontané local. Plus spécialement, il est possible d'envisager le droit spontané local comme un « commun organisationnel », puisqu'il structure le fonctionnement d'une société identifiée, d'un point de vue social et juridique. Intimement lié à un commun matériel, sa pérennité est la condition de la préservation de ce dernier. Il s'agirait ainsi d'un commun immatériel considéré comme une ressource et dont l'objet est centré sur la préservation.

¹⁰⁹² *Ibid.*, p. 39.

¹⁰⁹³ *Ibid.*, p. 40.

¹⁰⁹⁴ Cf. *infra*.

Commun et droit spontané sont irrémédiablement liés, l'un pouvant constituer un mécanisme juridique de valorisation de l'autre¹⁰⁹⁵. L'identification d'un commun peut donc se réaliser par la reconnaissance et la pérennisation du droit coutumier. On l'a vu, le droit local applicable en Dombes de manière ininterrompue depuis le XIII^{ème} siècle est des plus originaux puisqu'il représente l'ensemble de règles propres à gouverner les usages de la ressource en eaux issues de pratiques traditionnelles. En fonction de la définition des communs explicitée précédemment, il est nécessaire d'appliquer à l'usage de la ressource partagée une série de droits et d'obligations originaux qui supposent la mise en œuvre d'une gouvernance particulière à cet objet. Cela a été démontré, l'eau en Dombes, quel que soit le statut juridique qui lui est accordé, constitue un commun en tant que ressource partagée au sein d'une communauté identifiée. La deuxième « composante » du commun est la réglementation propre à son usage. C'est ce rôle que remplit le droit spontané local. En ce sens, il constitue l'élément indispensable pour l'identification d'un « commun ».

En définitive, commun et élément constitutif du commun se confondent comme se confondent le matériel et l'immatériel. De toute évidence, le droit local permettant de régir la gestion de l'eau n'est pas un élément tangible, saisissable comme peut l'être son objet : l'eau. Pour autant, le droit et son objet sont irrémédiablement liés, le droit n'ayant pas d'autre raison d'exister que pour doter son objet d'un régime juridique sans lequel il ne pourrait subsister.

On peut donc voir dans ce droit, un commun matériel « réel »¹⁰⁹⁶ par destination¹⁰⁹⁷. En effet, ce savoir juridique partagé n'est pas autonome puisqu'il est rattaché au commun matériel qu'est l'eau. Dans cette perspective, il peut être considéré comme un démembrement immatériel d'un commun matériel dont il est le constituant intrinsèque, ce que révèle par ailleurs la théorie générale des communs. Ce caractère indissociable montre que l'un de ces éléments ne peut exister sans l'autre.

Ainsi, et bien que le droit lui-même semble pouvoir être considéré comme un commun, il est indissociable d'un commun principal. Ce dernier ne pouvant exister sans être adossé à un régime juridique qui se révèle être indispensable, il en devient un « commun par accessoire », à la manière d'un accessoire du domaine public¹⁰⁹⁸. Poussant le parallèle avec le droit administratif, il est possible d'appréhender l'eau partagée en Dombes, le droit qui régit sa gestion et le mode d'organisation sociale qu'il induit, comme un ensemble d'éléments qui

¹⁰⁹⁵ CHIARINY A.-C., Valoriser les usages par le recours au commun, *Séminaire « Valoriser les usages »*, préc.

¹⁰⁹⁶ Dans le sens où il se rapporte à une chose : *res*.

¹⁰⁹⁷ A la manière d'un immeuble par destination, voir Code civil, art. 524.

¹⁰⁹⁸ Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 2111-2 : « Font également partie du domaine public les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable ».

font qu'existe le commun, autrement dit : un commun « global »¹⁰⁹⁹. De cette façon, la qualification de « commun » de l'eau est étendue à son accessoire, quelle que puisse être la nature de ce dernier. La chose immatérielle qu'est le droit devient ainsi matériel par destination en tant qu'elle est consubstantielle au commun matériel. Si l'eau partagée en Dombes est un commun, les règles de partage de l'eau en constituent un également.

Un parallèle peut être effectué avec les savoirs traditionnels qui peuvent être définis de la manière suivante : « *Tout savoir traditionnel se trouve étroitement associé à la culture d'une communauté et puise son essence au cœur des usages, des pratiques usuelles, de l'histoire, des croyances, de l'esthétique ou des valeurs morales de cette communauté* »¹¹⁰⁰. A cela s'ajoute le fait que ces savoirs traditionnels sont transmis de générations en générations au sein d'une communauté identifiée. Ces objets culturels immatériels sont donc en réalité composés de deux éléments : les pratiques d'une part, et d'autre part, la connaissance partagée au sein d'une communauté et sur laquelle la perpétuation et la transmission des pratiques reposent nécessairement. Sans ce savoir-là, il est impossible de faire usage de la chose. Sans le droit et la connaissance partagée qui le fonde, la chose n'est plus rien de commun, et excluant la communauté, redevient personnelle.

À ce titre, la préservation de la singularité du droit local se révèle nécessaire face à un droit global qui peine à admettre une particularité dont l'existence remettrait en cause sa nature uniformisatrice. Le phénomène de patrimonialisation de la règle de droit est susceptible d'apporter une telle protection.

2. *La patrimonialisation des règles de droit traditionnel local*

Le patrimoine est une notion complexe à appréhender d'un point de vue juridique. S'il fait originellement référence à une notion d'héritage familial et à sa transmissibilité, il occupe désormais une place dans de nombreuses branches du droit. Dépasant le cadre de la sphère privée, il se rapporte désormais à toute personne publique ou privée, ainsi qu'à la Nation ou à l'Humanité. La nature et la consistance du patrimoine ont également évolué. Un groupement d'individus peut devenir titulaire d'un patrimoine, qu'il soit matériel ou immatériel, dès lors

¹⁰⁹⁹ La théorie du domaine public global, ne valant évidemment que pour un ensemble immobilier indivisible et dont toutes les composantes concourent à l'utilité de l'une d'elle préalablement intégrée au domaine public.

¹¹⁰⁰ COLLOT P.-A., La protection des savoirs traditionnels, du droit international de la propriété intellectuelle au système de protection *sui generis*, *Droit et cultures*, 2007 n° 53, p. 181.

qu'il contribue à définir son identité culturelle. Il est dès lors possible d'envisager le droit spontané local comme un élément immatériel d'un patrimoine communautaire (a), ce qui permettrait potentiellement de lui attacher une protection au titre du patrimoine culturel immatériel (b).

a. Le droit spontané comme composante immatérielle d'un patrimoine communautaire local

Les membres d'une communauté locale se trouvent au cœur de la construction du commun autour duquel ils sont liés et, dès lors, ils constituent leur propre patrimoine. Exploitée collectivement, la ressource en eau devient l'objet d'un commun devenant indispensable à l'identification de la communauté elle-même. La communauté locale des propriétaires et exploitants d'étangs de la Dombes est indissociable de l'eau et des étangs qui façonnent le territoire sur lequel elle vit. Par la maîtrise de l'eau et surtout l'organisation qu'ils ont constituée pour son partage, les membres de cette communauté ont progressivement construit leur propre culture sociale et juridique. Ainsi, « *les utilisateurs directs des ressources sont en mesure d'élaborer des institutions de gestion efficaces à même de garantir un usage durable dans le temps* »¹¹⁰¹. Les usagers de l'eau sont à la fois les constructeurs et les bénéficiaires de la norme. En étant au cœur du processus de construction de la norme, les sujets du droit spontané en sont également les garants en tant qu'ils constituent une communauté par le jeu de la perpétuation de leurs pratiques traditionnelles. Dès lors, l'existence de ce commun immatériel emporte une responsabilité morale pesant sur chacun de ses bénéficiaires : se détacher du droit coutumier, spontané, c'est perdre l'élément psychologique qui l'anime, l'oublier et le voir périr, de même que les pratiques qu'il encadre. Finalement, l'exploitation collective de la ressource est fondée sur la construction d'un mode de gouvernance propre à une communauté d'usagers de cette ressource. Dans une perspective de préservation du patrimoine local, cette gouvernance spécifique peut être considérée comme un élément du patrimoine collectif.

Ainsi, il est possible d'envisager l'hypothèse selon laquelle le patrimoine collectif de la communauté d'exploitants et de propriétaires d'étangs de la Dombes a deux composantes consubstantielles. Sa première composante est constituée de l'eau en tant qu'elle est l'élément qui circule au sein du système hydraulique composés d'étangs et de fossés¹¹⁰². Néanmoins,

¹¹⁰¹ ROCHFELD J., Entre propriété et accès : la résurgence du commun, in BELLIVIER F. et NOIVILLE Ch., *La bioéthique*, Ed. Autrement, 2009, p. 69.

¹¹⁰² Cf. *supra*, Partie I – Titre I – Chap. I.

elle ne saurait faire patrimoine sans un ensemble de règles, spontanées et endogènes, qui assoient la collectivité de son usage. Dès lors, ces règles constituent la deuxième composante du patrimoine collectif local, immatériel par nature. Ces règles sont donc intimement liées à la communauté d'utilisateurs qui en sont les créateurs et les récepteurs, ce qui contribue à la construction de l'identité de cette communauté et de ce territoire. En ce sens, éléments matériels et immatériels s'agrègent au sein du patrimoine collectif qui constitue un ensemble indissociable¹¹⁰³.

Une fois identifiée l'idée théorique du patrimoine local immatériel, il convient d'en rechercher les éléments de sa reconnaissance par le droit, celle-ci pouvant assise notamment sur le droit international.

b. La préservation de la coutume par la protection du patrimoine culturel immatériel

Le renouvellement des moyens de préserver une situation juridique inédite peut être opéré par la mobilisation des outils juridiques internationaux. En effet, le droit international permet de reconnaître l'existence de savoirs traditionnels. Au-delà de cette seule reconnaissance, le but est surtout d'organiser la gestion et d'envisager les moyens juridiques de la préservation de ces savoirs traditionnels. Frédérique Permingeat a bien démontré la possibilité d'inclure « les activités coutumières » dans le patrimoine culturel national et international¹¹⁰⁴.

La place de la coutume en droit international du patrimoine culturel peut paraître ambiguë dans notre approche. Traditionnellement, elle est reconnue comme étant une source de l'ordre international, y compris en ce qui concerne la protection du patrimoine culturel¹¹⁰⁵. C'est d'ailleurs généralement à cette échelle qu'elle est le mieux appréhendée par les ordres juridictionnels internes. Dans un exercice de recensement de l'occurrence « coutume » effectué dans les jurisprudences administrative, judiciaire et constitutionnelle¹¹⁰⁶, à la suite de celui réalisé par Pascale Deumier¹¹⁰⁷, une conclusion est évidente : ce terme fait la plupart du temps référence à la coutume internationale permettant dans régler les relations bilatérales ou multilatérales entre Etats souverains. Toutefois, la coutume peut également constituer un objet de protection par le droit, y compris du droit international. En ce sens, les règles

¹¹⁰³ La distinction entre patrimoine immatériel et patrimoine matériel peut ainsi être relativisée, comme le démontre Juliette El-Abiad (*Le patrimoine culturel immatériel*, L'Harmattan, 2014, p. 175 et s.).

¹¹⁰⁴ PERMINGEAT F., préc., p. 475.

¹¹⁰⁵ FRANCIANI Fr., *Au-delà des traités : l'émergence d'un nouveau droit coutumier pour la protection du patrimoine culturel*, Ed. European University Institute, 2008.

¹¹⁰⁶ A l'aide du site Legifrance.

¹¹⁰⁷ DEUMIER P., Existe-t-il une notion uniforme de la coutume, préc., p. 223 et s.

traditionnelles et locales sont susceptibles de faire l'objet de droit, protégé en tant que tel par le droit international, notamment dans la mesure où elles constituent un objet de propriété intellectuelle¹¹⁰⁸, ou peuvent être considérées comme un élément de l'identité culturelle des peuples¹¹⁰⁹, et plus spécialement de certaines populations identifiées comme des « peuples autochtones »¹¹¹⁰ et la façon dont le droit international traite la coutume locale¹¹¹¹. Plus globalement, les règles coutumières peuvent être appréhendées par le droit international comme une composante du patrimoine culturel immatériel (PCI), tel qu'il fait l'objet d'une protection par le classement au sein d'un inventaire spécifique de l'UNESCO.

Il est ainsi possible d'envisager le classement dans cet inventaire de l'ensemble des pratiques traditionnelles et des savoirs locaux de la Dombes concernant l'exploitation des étangs et de la ressource en eau. A ce titre, la coutume est l'une des composantes de ce système traditionnel, indissociable des pratiques et des savoirs locaux, et donc de ce patrimoine local. En effet, la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel a pour objet la préservation des « *pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire - ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés - que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine* »¹¹¹². Ce dispositif permet de reconnaître d'un point de vue juridique, et à l'échelle mondiale, l'existence d'un patrimoine existant préalablement. L'émergence du droit international du PCI n'a pas eu pour effet que de consacrer et d'offrir une protection juridique à un ensemble biens immatériels fondant l'identité d'une communauté locale : le concept de patrimoine culturel immatériel « *opère une synthèse entre l'intimité de la famille, la reconnaissance locale de la pratique et*

¹¹⁰⁸ SAMBUC H.-Ph., *La protection internationale des savoirs traditionnels. La nouvelle frontière de la propriété intellectuelle*, L'Harmattan, 2003, p. 111.

¹¹⁰⁹ Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels adopté le 16 décembre 1966.

¹¹¹⁰ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones adoptée par l'Assemblée Générale le 13 septembre 2007. Son article 11 énonce notamment : « *Les peuples autochtones ont le droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes* ».

¹¹¹¹ BURELLI Th., Le droit de l'environnement face à l'intégration des savoirs autochtones, Le défi d'une révolution épistémologique radicale, in MILON P. et SAMSON D. (Dir.), *Révolution scientifique, Révolution juridique*, PUAM, 2014, p. 79.

¹¹¹² Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel signée le 17 octobre 2003 à Paris, ratifiée par la France par la Loi n° 2006-791 du 5 juillet 2006 autorisant l'approbation de la convention internationale pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, JORF du 6 juillet 2006, texte 9.

l'identité collective qu'il représente »¹¹¹³. Il permet donc de reconnaître, la diffusion, à l'échelle d'une communauté, de l'attachement intime d'un individu à un certain nombre d'éléments immatériels qui constituent son identité et l'attachement à son environnement. L'identité culturelle passe ainsi de l'intime au collectif et conduit à la construction d'un patrimoine communautaire.

Afin d'envisager la mobilisation du droit international de la protection du patrimoine culturel, il s'agit de définir ce qui peut constituer ce patrimoine culturel immatériel. La protection de la source du droit et non de l'objet de droit au titre du patrimoine culturel immatériel. Des exemples de classement au titre du PCI font office de précédents. Ainsi, le *Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia*¹¹¹⁴, et le *Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia*¹¹¹⁵ ont été consacrés à ce titre par l'UNESCO en 2009¹¹¹⁶. La décision de classement du comité intergouvernemental retient notamment que ces institutions « *assurent la cohésion des communautés traditionnelles, veillent à la complémentarité des métiers (gardiens, inspecteurs, émondeurs...), et contribuent à la transmission orale des savoir-faire d'irrigation qui sont issus d'échanges culturels anciens ainsi que d'un lexique spécialisé riche en arabismes. Ils sont les dépositaires d'une identité locale et régionale de longue durée et de grande importance pour les habitants* »¹¹¹⁷. L'inscription sur la liste représentative du patrimoine culturel immatériel par l'UNESCO consacre cependant autant voire d'avantage le rôle social de ces institutions que leur rôle juridictionnel. Néanmoins, cette inscription a pour effet de reconnaître le rôle déterminant du droit et des juridictions locales pour l'identité culturelle d'un territoire.

Il s'agit d'institutions héritées d'une culture millénaire, parmi les plus anciennes juridictions d'Europe mais qui, du fait de la réduction de la surface agricole exploitable et la multiplication des règlements amiables des différends, ont de moins en moins à connaître de litige¹¹¹⁸. Ainsi, et malgré la légitimité et l'efficacité de ces institutions reconnues depuis des siècles, celles-ci font désormais figure de reliquat d'une autre époque. Leur statut de désormais « patrimoine culturel immatériel » mondial tend presque à les reléguer aux manuels d'histoire du droit, dans le sens où elle pourrait comprise comme une fossilisation de pratiques d'un autre âge. En ce sens, le terme de « patrimoine » prend un sens presque

¹¹¹³ El-ABIAD J., *Le patrimoine culturel immatériel*, L'Harmattan, 2014, p. 19.

¹¹¹⁴ Conseil des bons hommes de la plaine de Murcie.

¹¹¹⁵ Tribunal des eaux de Valence.

¹¹¹⁶ <https://ich.unesco.org/en/d%C3%A9cisions/4.COM/13.70>

¹¹¹⁷ Décision du comité intergouvernemental du 28 sept. 2009, n° 4.COM 13.70.

¹¹¹⁸ <http://www.francesoir.fr/actualites-monde/en-espagne-un-tribunal-millenaire-resout-les-conflits-dirrigation>

péjoratif : il s'agit de protéger ce qui a toujours existé mais dont on doute désormais de l'utilité et qui intègre finalement un folklore local. Pour autant, la reconnaissance attribuée par l'intégration d'une institution ou d'un ensemble de règles coutumières au sein du patrimoine mondial culturel immatériel peut revêtir une dimension dynamique. On peut y voir, ainsi, une opportunité de reconnaître une réelle légitimité à la coutume et donc, potentiellement, une nouvelle force normative.

Le classement des pratiques, savoir-faire et règles traditionnelles de la gestion de l'eau et des étangs de la Dombes, en tant que patrimoine culturel immatériel de l'UNESCO a été, et est toujours envisagé. En effet, le patrimoine culturel immatériel tel que conçu au sein de la Convention de 2003 se manifeste notamment par « *les connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers* », ainsi que par « *les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel* »¹¹¹⁹. Au vu de ces critères, et notamment de l'opportunité de voir reconnaître à la Dombes la nécessité d'une « *meilleure visibilité* »¹¹²⁰, du système social, économique et juridique traditionnel d'exploitation des étangs, la constitution d'un dossier de candidature à l'inscription sur la liste représentative du PCI est actuellement à l'étude. A cet effet, un classement préalable a été effectué au sein de la liste des éléments de l'Inventaire national du patrimoine culturel immatériel de la France¹¹²¹. Cette inscription constitue, eu égard à l'article 11 de la Convention précitée, un préalable indispensable à la candidature à l'inscription au titre du PCI de l'humanité par l'UNESCO.

Un tel classement aurait un double effet. D'une part, la consécration de la conviction des membres de la communauté des exploitants d'étangs de la Dombes de l'existence d'un patrimoine qui leur est commun. D'autre part, l'intégration au patrimoine mondial qui dépasserait le seul patrimoine local et intégrerait le patrimoine mondial. Ainsi, il serait reconnu que la culture et l'identité collectives locales sont propres à ce territoire, et dans le même temps, cette spécificité si particulière dépasserait à cette communauté pour intégrer la communauté bien plus large que constitue l'humanité.

¹¹¹⁹ Article 2 de la Convention précitée.

¹¹²⁰ Article 16 de la Convention précitée.

¹¹²¹ Inscription sous le nom « *La pêche aux poissons d'eau douce des étangs de la Dombes* », n° 2017_67717_INV_PCI_FRANCE_00380.

B. L'appropriation collective d'un ensemble règles et de connaissances par l'exercice de droits spécifiques sur les savoirs locaux et leurs règles spontanées

Dès lors que cet ensemble de biens immatériels constitue un patrimoine collectif, il s'agit désormais d'envisager les moyens juridiques par lesquels les membres de la communauté des exploitants d'étangs en Dombes sont susceptibles de le préserver. Un des moyens d'appropriation mobilisé localement est la création volontaire d'une protection de l'ensemble de règles traditionnelles à l'aide d'un mécanisme issu du droit de la propriété intellectuelle : la marque collective sous la dénomination « Poissons de Dombes ». Cette marque collective peut être confrontée aux signes officiels de qualité et d'origine afin d'analyser en quoi elle en constitue une alternative. Elle représente une réponse pragmatique à plusieurs enjeux : une démarche de promotion économique, une valorisation de méthodes traditionnelles dans une démarche de développement durable et une protection collective de ces savoir-faire traditionnels. Cette démarche contribue à internaliser cette protection au sein de la communauté locale coutumière dont les membres ont formalisé leur regroupement par la constitution d'une association (1). La création d'une marque collective par cette dernière permet l'exercice de droits d'usage spécifiques sur les règles et les savoir-faire traditionnels qui s'en trouvent protégés (2).

1. L'internalisation du régime juridique de la protection des savoir-faire locaux

La protection juridique collective des pratiques locales et des règles spontanées qu'elles induisent peut découler de la mise œuvre d'un régime réglementaire ou volontaire, faisant intervenir tour à tour le droit public et le droit privé. Cette protection peut se révéler indirecte du fait de la valorisation et de l'identification des productions agricoles typiques d'un territoire. S'est ainsi posée la question de construire un régime juridique spécifique de valorisation des poissons des étangs de la Dombes (a). L'objectif étant de permettre d'ériger un certain nombre de critères restrictifs de conditions d'exploitation, plusieurs hypothèses s'offraient à la communauté locale dont la plupart des membres se sont regroupés en association. Leur choix s'est arrêté sur le régime juridique garantissant la plus grande liberté dans l'édiction des conditions de sa mise en œuvre (b).

a. La recherche d'un régime juridique d'identification des spécificités juridiques et pratiques locales

La protection collective des savoir-faire traditionnels de la Dombes trouve une concrétisation dans la recherche de la mise en valeur de l'origine des productions agricoles que l'on y cultive, notamment par le biais d'une « labellisation ». Cette démarche consiste à permettre l'identification de ce qui fait la spécificité d'un territoire et des produits qui y sont produits¹¹²². Il est difficile d'appréhender juridiquement ce que le terme de « label » regroupe, du fait de la multiplication des occurrences de cette terminologie pour désigner des mécanismes aux natures juridiques variables, entre nouvelles modalités d'intervention publique et démarche volontaire d'origine privée¹¹²³.

La reconnaissance de la particularité des modalités territoriales se manifeste par la mise en valeur de « productions typiques »¹¹²⁴. Le concept de « territoire de productions typiques » permet de théoriser un lien entre la valorisation économique d'un territoire, la pérennisation de traditions locales et la protection des milieux locaux. Un tel lien est évidemment dépendant de l'identité et de la culture locales. La reconnaissance d'une protection juridique de l'origine de certains produits serait susceptible de remplir ces trois objectifs correspondant à une certaine considération du développement durable. Il s'agit là d'identifier une méthode de reconnaissance de territoires dont la culture et l'identité des communautés qui le font vivre sont fondées sur une production agricole ou artisanale traditionnelle, et de créer un lien juridique concrétisant la relation d'identification entre le territoire et la production¹¹²⁵. Surtout, les territoires de productions typiques constituent une catégorie regroupant l'ensemble des mécanismes de protection de productions spécifiques reposant sur le lien à un territoire et la mise en œuvre de savoirs traditionnels dans une démarche respectueuse des ressources¹¹²⁶. Il s'agit donc de concrétiser juridiquement l'appropriation économique, sociale et écologique du territoire des groupes qui l'occupent par le biais d'un « *droit de propriété intellectuelle dont les droits d'application ne sont que des droits d'usage dépendant du*

¹¹²² FOURNIER M. (dir.), *Labellisation et mise en marque des territoires*, Presses universitaires Blaise Pascal, 2015.

¹¹²³ PRIET F., Labels : une typologie incertaine, *Juris art etc.* 2016, p. 21. Voir également ABRIUOUX F., La multiplication de l'offre et de la demande de labels : une densification normative quantitative, in THIBIERGE C. (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Mare et Martin, 2014, p. 77.

¹¹²⁴ BOYER-PAILLARD D., *Essai sur les notions d'origine et de provenance en droit du commerce : la reconnaissance juridique des « territoires de productions typiques »*, Thèse en droit soutenue le 25 sept. 2012, Univ. de Perpignan Via Domitia.

¹¹²⁵ LE GOFFIC C., L'appellation d'origine, reconnaissance juridique du concept géographique de terroir, *RD. rur.* 2007, n° 358, étude 37.

¹¹²⁶ BOYER-PAILLARD D., La protection de l'origine et de la provenance peut-elle servir de protection de la tradition ? in ALTWEGG-BOUSSAC M. et al. (Dir.), *Les usages de la tradition dans le droit*, Mare et Martin, 2015, p. 191, spéc. p. 196 et 197.

contenu des politiques publiques étatiques ou internationales »¹¹²⁷. Ce droit global de protection des productions typiques trouvent alors une concrétisation à la fois dans le droit des marques que dans le droit des appellations d'origine ou le droit commercial selon les choix opérés par les acteurs concernés¹¹²⁸. Ces derniers, membres d'une communauté informelle d'utilisateurs d'une ressource en eau, ont nécessairement dû se regrouper au sein d'une structure juridique effective afin de pouvoir être à l'origine de la mise en œuvre d'un régime protecteur de leurs savoir-faire et des règles afférentes. Il s'agit donc d'analyser le choix qui a été opéré, ou qui aurait pu l'être, dans le cas de la valorisation du territoire de la Dombes.

b. Le choix collectif du régime de protection des modalités de production locales

Indépendamment des mécanismes réglementaires des signes de la qualité et de l'origine¹¹²⁹, la communauté des exploitants et propriétaires d'étangs a trouvé, par la mise en œuvre du droit des marques, une protection de l'origine des poissons qu'ils produisent. Ce choix repose sur la liberté dans la détermination des conditions de l'usage de la marque au bénéfice de l'ensemble de la communauté locale. Ainsi, chacun des membres de cette communauté coutumière a la possibilité de bénéficier de l'usage de la marque collective.

Pourtant, les caractéristiques du territoire spécifique de la Dombes et des produits piscicoles qui y sont produits semblaient permettre de mobiliser d'autres outils, contraignants, issus du droit commun des appellations d'origine. En effet, tant les conditions d'obtention d'une appellation d'origine que les critères retenus se révèlent particulièrement proches de ceux des signes officiels. Ainsi, et quoi qu'il en soit de l'application du droit commun, il serait possible de déceler dans le droit spontané et les pratiques locales, la réalisation d'une « appellation d'origine de fait ». Au sens du Code de la consommation, « *constitue une appellation d'origine la dénomination d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus au milieu géographique, comprenant des facteurs naturels et des facteurs humains* »¹¹³⁰. En ce sens, l'idée de valoriser les spécificités du poisson de Dombes, intègre une dénomination géographique identifiable, afin de désigner une production agricole propre à ce territoire en ce

¹¹²⁷ BOYER-PAILLARD D., Essai sur les notions d'origine et de provenance en droit du commerce : la reconnaissance juridique des « territoires des productions typiques », *RD rur.* 2015, n° 435, étude 16.

¹¹²⁸ BOYER-PAILLARD D., *op. cit.*

¹¹²⁹ Selon la typologie des modes de valorisation des produits agricoles issus de l'article L. 640-2 du Code rural et de la pêche maritime, constituent des signes de qualité ou de l'origine l'appellation d'origine (AOP), l'indication géographique protégée (IGP), le Label Rouge et la spécialité traditionnelle garantie.

¹¹³⁰ Code de la consommation, art. L. 431-1.

qui concerne tant les caractéristiques du milieu, que les conditions de production qui traduisent l'identité culturelle du territoire.

En l'occurrence, il semble évident que les productions piscicoles de la Dombes, dont les qualités sont directement liées à un savoir-faire et aux caractéristiques naturelles propres de ce territoire, puissent faire l'objet d'une démarche tendant à la reconnaissance et à l'enregistrement d'une appellation d'origine. La reconnaissance d'un tel statut pourrait intervenir sous la forme de protection administrative au profit de chacun des membres de la communauté locale qui se revendiquerait bénéficiaire d'une appellation d'origine. En effet, l'autorité administrative aurait la possibilité de « *délimiter l'aire géographique de production et déterminer les qualités ou caractères d'un produit portant une appellation d'origine en se fondant sur des usages locaux, loyaux et constants* »¹¹³¹. Effectivement, les usages de la Dombes doivent être considérés comme « *locaux, loyaux et constants* », au sens de la jurisprudence propre à la mise en œuvre du caractère traditionnel de l'appellation d'origine¹¹³². Du reste, il est nécessaire de savoir quel serait ce produit qui bénéficierait de l'appellation d'origine : il s'agirait du poisson de la Dombes en général, c'est-à-dire l'ensemble de la production piscicole, et particulièrement la carpe. En outre, les produits dérivés et manufacturés de ces poissons pourraient également bénéficier d'une protection : depuis l'adoption de la loi dite « Loi Hamon » de 2014¹¹³³, une indication géographique protégée spécifique permet également de protéger les produits artisanaux sur lesquels l'indication géographique protégée ou l'appellation d'origine protégée sont inopérantes¹¹³⁴. Aussi, même les produits dérivés de l'exploitation piscicole, à l'image du cuir de carpe peuvent être soumis à une telle réglementation. Les usages ainsi consacrés comme nécessaires, et non plus comme simplement existants, trouveraient une nouvelle légitimité. Pour autant, la mise en œuvre de ce régime repose sur l'édiction d'un cahier des charges approuvé par l'autorité administrative à l'issue d'une procédure complexe¹¹³⁵. La complexité du système juridique et administratif des signes officiels de la qualité et de l'origine repose

¹¹³¹ Code de la consommation, art. L. 431-4.

¹¹³² Voir not. CE, 9 fév. 2012, *Sté coop. vinicole « Les vigneron de Latour de France »*, n° 335041, *RD rur.* 2012, n° 54, obs. Biagini-Girard.

¹¹³³ Un mécanisme similaire a été instauré par la loi dite « Loi Hamon » de 2014, qui consacre une indication géographique appliquée aux produits industriels ou artisanaux (Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF du 18 mars 2014, p. 5400).

¹¹³⁴ BINEAU L., Une extension attendue de l'indication géographique protégée aux produits manufacturés, *Contrats concurrence consommation* 2013, n° 2, étude 3.

¹¹³⁵ D'un point de vue pratique, la lourdeur de la procédure de création et de contrôle des signes officiels de la qualité et de l'origine est régulièrement critiquées (BERARD L., Contrôler la typicité par les tiers : l'AOP volaille de Bresse, in BONNAUD L., JOLY N. (dir.), *L'alimentation sous contrôle. Tracer, auditer, conseiller*, Quae éd., 2012, p. 155).

tant sur la rédaction du cahier des charges soumis au contrôle du juge administratif¹¹³⁶, que sur l'ensemble de la procédure préalable à l'enregistrement du label.

Au début des années 2000¹¹³⁷, une procédure de reconnaissance d'une indication géographique protégée pour la carpe de la Dombes a d'abord été envisagée par les opérateurs économiques locaux¹¹³⁸. Le but de cette entreprise était uniquement de valoriser d'un point de vue commercial, l'origine de la carpe produite localement, en vue notamment d'intégrer des filières agro-industrielles et d'être couplé à un Label Rouge¹¹³⁹. De façon surprenante, ce projet de cahier des charges d'indication géographique n'incluait pas les pratiques spécifiques locales (assolement particulier, organisation de la circulation de l'eau...) car, une telle mention aurait, selon Laurence Bérard et Philippe Marchenay, été jugée comme dévalorisante pour l'image commerciale du poisson¹¹⁴⁰. Au contraire, la tradition est désormais considérée comme un gage de qualité, une marque de savoir-faire et un motif légitime de confiance du consommateur. La démarche de l'IGP a été abandonnée au profit d'un mécanisme plus souple et moins coûteux dans sa mise en place comme dans sa mise en œuvre : celui de la marque collective simple.

On peut distinguer les marques collectives simples et les marques collectives de certification¹¹⁴¹. Concrètement, la personne privée ou publique déposant la marque collective simple auprès de l'Institut national de la propriété intellectuelle en est la titulaire et organise son usage par l'ensemble des personnes susceptibles d'en réclamer le bénéfice. Elle demeure également chargée de contrôler et sanctionner un mauvais usage en fonction des critères intégrés au sein du règlement d'usage, et est soumise au régime général des marques. Sa dénomination particulière est justifiée par son objet et les conditions dans lesquelles un groupement d'opérateurs économique y a recours¹¹⁴². La marque de certification nécessite l'intervention d'un organisme certificateur extérieur, et non vendeur de produits dont fait l'objet la marque, pour délivrer ce label privé et en contrôler l'usage. Le régime de la marque

¹¹³⁶ ROBBE Fr., Le cahier des charges, support juridique des signes de qualité, *RD rur.* 2011, n° 396, dossier 18.

¹¹³⁷ AGROSYNERGIE, Etude de marché des produits transformés à partir du poisson des étangs de Dombes. Rapport final pour l'Association de promotion des poissons des étangs de la Dombes, 23 déc. 2002 [en ligne].

¹¹³⁸ BERARD L. et MARCHENAY Ph., Productions localisées et indications géographiques : prendre en compte les savoirs locaux et la biodiversité, *Revue internationale des sciences sociales*, 2006, n° 1 p. 115.

¹¹³⁹ BERARD L. et MARCHENAY Ph., L'activité piscicole dans les étangs de la Dombes, 2006 [en ligne].

¹¹⁴⁰ *Ibid.*

¹¹⁴¹ Les premières sont issues de l'alinéa 1er de l'article L. 715-1 du Code de la propriété intellectuelle : « la marque est dite collective lorsqu'elle peut être exploitée par toute personne respectant un règlement d'usage établi par le titulaire de l'enregistrement ». Le même article précise ce qu'il faut entendre par marque collective de certification : « La marque collective de certification est appliquée au produit ou au service qui présente notamment, quant à sa nature, ses propriétés ou ses qualités, des caractères précisés dans son règlement ». Voir, sur leur régime, TAUDOU-MIQUELARD M.-E., Les marques collectives, *Gaz. Pal.*, 2010, n° 352, p. 22.

¹¹⁴² TAUDOU-MIQUELARD M.-E., préc.

collective simple est relativement souple et, contrairement à la marque collective de certification, permet à son titulaire de faire usage de la marque, condition indispensable à la réalisation des actions de promotion menée par l'APPED, titulaire de la marque « Poissons de Dombes ».

Malgré le choix d'un outil de droit privé, la démarche collective locale est proche de celle poursuivie à l'occasion de la création d'une indication géographique issue d'une procédure réglementaire. On en veut pour preuve la définition d'une aire géographique de production¹¹⁴³, et l'indication de provenance explicite de la marque « Poissons de Dombes ». Cette mention pourrait être la cause d'un conflit de régime juridique entre signe officiel de l'origine et marque collective. En droit de l'Union européenne, il est prévu qu'une marque collective puisse intégrer une indication de provenance. En effet, une indication de provenance peut être enregistrée comme une marque collective¹¹⁴⁴ afin de permettre de distinguer les produits ou services faisant l'objet de la marque, sans que la fonction de cette dernière ne soit modifiée¹¹⁴⁵ : elle « *reste une garantie de provenance commerciale, nullement une garantie de provenance géographique* »¹¹⁴⁶. Elle n'offre donc pas, en elle-même, de garantie de provenance géographique¹¹⁴⁷. Pour autant, rien n'interdit, pour une association, de déposer une marque collective simple dotée d'un règlement d'usage plus ou moins élaboré et dressant l'ensemble des conditions de l'usage de la marque¹¹⁴⁸. Ce dernier peut ainsi être particulièrement restrictif en intégrant tant des conditions pratiques de production, que des règles juridiques à respecter dans le cadre de cette production.

L'inscription dans le droit local de l'appropriation des savoirs faire locaux permet en outre et, évidemment, la protection des traditions, et ce, notamment par le biais de la protection de l'origine des produits issus de ce savoir-faire¹¹⁴⁹. À ce titre, la marque « Poisson de Dombes » est un marqueur social, économique et juridique particulièrement important puisqu'il met en avant la valeur des pratiques traditionnelles. Dès lors, cette marque locale, issue de l'initiative

¹¹⁴³ Cahier des charges « Poissons de Dombes », 2017, p. 6. Cf. *supra*, les développements concernant le territoire de la Dombes.

¹¹⁴⁴ Au titre du Règlement UE 2015/2424 sur la marque de l'Union européenne du 16 déc. 2015, JOUE n° L 341 du 24 déc. 2015, p. 21.

¹¹⁴⁵ CJUE, 20 sept. 2017, *The Tea Board/Euipo*, aff. C-673/15.

¹¹⁴⁶ CLAVIER J.-P. et MARTIAL-BRAZ N., *Droit des marques*, D. 2018, p. 479.

¹¹⁴⁷ LEFRANC D., De la marque collective composée d'un signe géographique, *L'Essentiel. Droit de la propriété intellectuelle* 2018, n° 10, p. 3.

¹¹⁴⁸ TAUDOU-MIQUELARD, préc.

¹¹⁴⁹ BOYER-PAILLARD D., La protection de l'origine et de la provenance peut-elle servir à la protection de la tradition, in ALTWEGG-BOUSSAC M., BASSET A., RICHARD G. (Dir.), *Les Usages de la tradition dans le droit*, Mare et Martin, 2015, p. 191-216.

des membres d'une communauté professionnelle, permet de s'affranchir du contrôle administratif lié à sa constitution¹¹⁵⁰, et constitue une norme volontaire, protectrice d'une « production typique » territoriale¹¹⁵¹.

Quoi qu'il en soit, il sera toujours possible, pour la communauté d'exploitants d'étangs en Dombes d'entamer une démarche de création d'une appellation d'origine ou d'une indication géographique visant à rendre plus contraignant encore et « teinter *de droit public* »¹¹⁵² la protection juridique accordée à la dénomination « Poisson de Dombes ». En effet, l'existence d'une marque collective portant sur un produit n'est pas nécessairement de nature à empêcher une telle création¹¹⁵³.

2. *Les modalités d'exercice de droits sur une marque collective dans un contexte communautaire singulier*

Sur le modèle des signes officiels de la reconnaissance de l'origine et de la qualité de productions agricoles ou artisanales, la communauté, regroupée en association et qui se rend titulaire d'une marque collective, s'assure la maîtrise de l'appellation et des conditions de l'attribution de la marque, autrement dit, les modalités pratiques et juridiques de la production (a). Une telle maîtrise permet dès lors une certaine liberté dans la détermination du cahier des charges de la marque collective, ouvrant la possibilité d'y intégrer les règles juridiques traditionnelles organisant la gestion de l'eau et des étangs, et la production piscicole (b).

a. Les modalités d'exercice de droits sur un signe de reconnaissance de l'origine

Le Code de la propriété intellectuelle dispose que « *la marque est dite collective lorsqu'elle peut être exploitée par toute personne respectant un règlement d'usage établi par le titulaire de l'enregistrement* »¹¹⁵⁴. La création d'une marque collective nécessite l'identification d'une personne qui en est titulaire. Elle peut prendre la forme, comme pour une appellation d'origine ou une indication géographique, d'un groupement de

¹¹⁵⁰ PONTIER J.-M., La certification, outil de la modernité normative, *D.* 1996, p. 355.

¹¹⁵¹ BOYER-PAILLARD D., Essai sur les notions d'origine et de provenance en droit du commerce : la reconnaissance de « territoires de productions typiques », *RD rur.* 2015, n° 435, Etude 16.

¹¹⁵² MARIE-VIVIEN D., *La protection des indications géographiques*, préc. , p. 211.

¹¹⁵³ CE, 26 mai 2008, *Syndicat des mytiliculteurs de la Baie du Mont Saint-Michel*, n° 297326.

¹¹⁵⁴ Code de la propriété intellectuelle, art. L. 715-1.

défense de la dénomination¹¹⁵⁵. Ce groupement joue un rôle de fédérateur au sein d'une communauté professionnelle. En effet, une marque collective est « *une marque utilisée simultanément par différentes entreprises (producteurs, transformateurs) sans qu'elle soit nécessairement leur propriété. Elle permet de fédérer l'ensemble de ces entreprises en les dotant d'une notoriété et d'une image commune dans l'esprit du consommateur* »¹¹⁵⁶. En l'occurrence, une association loi 1901, l'Association de promotion des poissons des étangs de la Dombes (APPED), constitue l'opérateur de valorisation des productions typiques locales. Transcendant la communauté coutumière, l'association en est une émanation afin de donner une forme juridique au regroupement des opérateurs locaux membres de cette communauté¹¹⁵⁷, et de lui permettre d'exercer un certain nombre de prérogatives, telle que la création et le contrôle d'une marque collective. Elle constitue l'avatar de la communauté coutumière, intangible, et reçoit sa légitimité de l'adhésion de ses membres. Elle est un outil juridique, un avatar institutionnel, au service de la filière piscicole locale et de ses différents acteurs qui choisissent ou non d'y prendre part. L'adhésion à l'association, et plus particulièrement encore, l'usage de la marque collective, permettent à chaque exploitant d'étang adhérent de manifester son appartenance à une communauté ancrée à un territoire. Ainsi, dans sa philosophie comme dans l'exercice de droits intellectuels, la marque « Poissons de Dombes » peut être rapprochée du régime de l'indication géographique protégée.

Une indication géographique peut être considérée comme un droit (ou des droits) de nature intellectuelle, à défaut de représenter un véritable droit de propriété. À ce titre, la doctrine a pu considérer qu'il existait un « droit sur l'indication géographique » attribué au demandeur de l'indication, et un « droit à l'indication géographique » attribué aux producteurs¹¹⁵⁸. Ce démembrement des droits intellectuels suppose une entité extérieure dont la fonction est de délivrer le label, l'indication géographique, en France il s'agit d'une autorité administrative. Dans le cas de la Dombes, il n'existe pas d'autorité extérieure mais la délivrance du label, et plus exactement d'un droit d'usage sur la marque collective s'effectue d'un point de vue interne. Cela traduit une appropriation collective des pratiques, des savoir-

¹¹⁵⁵ En ce qui concerne l'appellation d'origine, l'article L. 641-6 du Code rural et de la pêche maritime dispose que « *La reconnaissance d'une appellation d'origine contrôlée est proposée par l'Institut national de l'origine et de la qualité, après avis du groupement d'opérateurs qui sollicite la reconnaissance en qualité d'organisme de défense et de gestion* ».

¹¹⁵⁶ FORT F., Produits traditionnels méditerranéens : marchés et grande distribution », *MediTERRA 2012. La diète méditerranéenne pour un développement régional durable*, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), 2012, p. 321.

¹¹⁵⁷ A ce jour, nonobstant la différence qui existe entre les deux structures, la communauté coutumière informelle et l'association, l'APPED regroupe l'immense majorité des propriétaires et exploitants de Dombes.

¹¹⁵⁸ Voir sur ce point, les développements de MARIE-VIVIEN D., *La protection des indications géographiques. France, Europe, Inde*. Quae Ed., 2012, p. 206.

faire, mais également des processus de protection de ces pratiques traditionnelles. En ce sens, Laurence Bérard énonce que les « *savoirs transmis, réinterprétés, modifiés au fil des générations constituent une forme de propriété intellectuelle collective* »¹¹⁵⁹. Pour la chercheuse, cette dimension collective n'est pas institutionnalisée mais comporte une dimension consciente spontanée dans le sens où les détenteurs de ces savoirs ont conscience de leur intérêt et de leur importance pour l'ensemble d'une communauté locale structurée autour d'une filière professionnelle agricole. La doctrine a également pu déceler dans le droit international des appellations d'origine, un « *droit à l'organisation collective* » dans la gestion d'une ressource faisant l'objet de l'indication géographique¹¹⁶⁰.

b. L'intégration des usages locaux au sein du cahier des charges de la marque collective

Si l'association qu'est l'APPED constitue une émanation de la communauté coutumière des usagers de l'eau et sujets du droit local, les règles incluses au sein du cahier des charges de la marque collective sont l'émanation du droit coutumier. Ainsi, l'essentiel des principes juridiques commandant l'exploitation des étangs et de l'eau en Dombes sont intégrés au sein des conditions impératives de l'usage de la marque collective. En ce qui concerne la marque « Poissons de Dombes », il s'agit d'une marque simple, dont l'usage demeure sous le contrôle exclusif de l'APPED et donc, implicitement, des personnes qui la composent, autrement dit les membres de la communauté qui y adhèrent des exploitants d'étangs. Ainsi, cette maîtrise de la marque, et les choix de régime juridique opérés, caractérisent un mouvement collectif de préservation et de mise en valeur de spécificités techniques et juridiques. Bien que son régime juridique n'offre pas de garantie de qualité au consommateur¹¹⁶¹, les membres de la filière piscicole de la Dombes ont fait le choix d'établir un règlement d'usage sous forme de cahier des charges restrictif.

L'intégration de la réglementation coutumière et des pratiques spécifiques au territoire de la Dombes dans le régime juridique applicable à la marque collective « Poissons de Dombes » repose sur la rédaction d'un cahier des charges précis, établi sur le modèle de celui d'une

¹¹⁵⁹ BERARD L., Place de la culture technique locale dans la construction des AOC, in WOLIOW S. et HUMBER F. (Dir.), *Une histoire des vins et des produits AOC, L'INAO de 1935 à nos jours*, Editions Universitaires de Dijon, 2015.

¹¹⁶⁰ BAGAL M., *La protection des indications géographiques dans un contexte global : essai sur un droit fondamental*, thèse de droit, Lyon, soutenue le 15 déc. 2016, p. 222.

¹¹⁶¹ Le règlement d'usage, dont le dépôt n'est d'ailleurs pas une obligation, ne contient pas nécessairement de critères de production du produit sur lequel la marque est apposée.

indication géographique, et tenant lieu de règlement d'usage de la marque. Cette intégration du droit local se matérialise selon deux modalités dans le cahier des charges de la marque collective. D'une part, sont reprises des pratiques qui ont conduit à l'avènement de règles coutumières : il est ainsi notamment imposé de « réaliser des assecs au plus tard après 4 années d'eau », ou encore d' « entretenir ses étangs lors de l'assec la pêcherie, les grilles, le bief, chauler et travailler le sol »¹¹⁶². Elles constituent un ensemble de clauses conditionnant l'usage de la marque. D'autre part, une clause à part entière tend à imposer le respect du droit spontané local. Ainsi, depuis une actualisation à laquelle l'APPED a procédé en 2017, le cahier des charges de la marque collective a explicitement intégré l'obligation pour l'ensemble des acteurs de la filière piscicole dombiste de « respecter les usages de la Dombes (références 2016) notamment celui de laisser circuler l'eau, bien collectif en Dombes »¹¹⁶³. Dès lors, et indépendamment des techniques de production des poissons susceptibles de faire l'objet de la marque collective, le seul fait de contrevenir au droit spontané local, entendu au sens large (coutume ancestrale, usages plus récents) constitue potentiellement un motif de sanction, et notamment du retrait du droit d'usage de la marque qui lui interdit alors de l'apposer sur ses produits. Une telle sanction est prévue par le cahier des charges de la marque qui précise que l'APPED « déterminera la sanction à prononcer, soit : avertissement simple, retrait du droit d'utiliser la marque avec suppression de toute mention ou support où elle apparaît, actions en justice »¹¹⁶⁴. Il est encore précisé que les « sanctions seront prises par l'APPED à la majorité absolue de ses membres, le contrevenant ne prenant pas part au vote, et appliquées dans un délai d'un mois après notification par LRAR ». Malgré une notification écrite de la sanction, la mise en œuvre du principe du contradictoire, qui suppose la possibilité pour une personne d'exposer ses arguments en défense¹¹⁶⁵, ne semble pas idéale.

Du point de vue de l'atteinte aux principes coutumiers inscrits au sein du cahier des charges de la marque collective, un même comportement est susceptible d'entraîner deux types de sanctions correspondant à deux qualifications juridiques différentes : l'une au titre du droit des marques et correspondant à l'absence de respect du règlement d'usage, l'autre constituant une « infraction » au droit coutumier. La première de ces sanctions est infligée par la personne morale titulaire de la marque, voire par le juge commercial, tandis que la seconde résulte soit d'un règlement amiable du conflit, soit d'une décision juridictionnelle rendue par

¹¹⁶² Cahier des charges « Poissons de Dombes », 2017, p. 8-9.

¹¹⁶³ Cahier des charges « Poissons de Dombes », 2017, p. 10.

¹¹⁶⁴ Cahier des charges « Poissons de Dombes », 2017, p. 15.

¹¹⁶⁵ FRISON-ROCHE M.-A., *Généralités sur le principe du contradictoire. Droit processuel*, LGDJ, 2014.

le juge civil. Chacune des sanctions a donc son propre fondement, et chacune protège un intérêt différent : pour la première, les droits intellectuels sur une marque, et pour la seconde, la continuité des pratiques agricoles traditionnelles. Cette dualité de sanctions n'est donc pas de nature à porter atteinte au principe *non bis in idem*¹¹⁶⁶. Ainsi, le droit spontané fait l'objet d'une véritable sanction et donc d'un ancrage juridique du fait de son rattachement au droit de la propriété intellectuelle. Quoi qu'il en soit, l'interdiction de l'usage de la marque n'emporte pas mise à l'écart de la communauté : l'appartenance à la communauté est un fait qui repose sur l'application du droit coutumier local, tandis que l'usage de la marque repose sur l'adhésion volontaire à une communauté de droit intellectuel.

Par essence, ce cahier des charges de marque collective a essentiellement des effets sur les pratiques d'un exploitant¹¹⁶⁷ pris individuellement puisqu'il s'agit pour lui d'adhérer à un certain nombre de critères de production par voie contractuelle (traçabilité, qualités organoleptiques, préservation des milieux...). Ces obligations s'ajoutent à celles du droit coutumier qu'il applique simultanément tant de façon contractuelle que de façon naturelle. Cette norme contractuelle est susceptible de varier en fonction de l'évolution du cahier des charges et se diffuse progressivement dans l'ensemble de la communauté des usagers de l'eau et d'exploitants d'étangs, au fur et à mesure de leur adhésion à la marque¹¹⁶⁸.

Néanmoins, les effets relatifs du règlement d'usage remettent potentiellement en cause l'effectivité du droit coutumier dont le respect constitue une des clauses. En effet, le fait d'établir un règlement d'usage d'une marque collective n'emporte l'obligation d'établir un contrat individuel pour chaque bénéficiaire de la marque. Ce règlement d'usage « *confère simplement un droit d'exploitation de la marque à celui qui remplit les conditions fixées aux termes du règlement [...] S'il remplit les conditions objectives posées, l'utilisateur de la marque ne pourra pas se voir refuser cette utilisation par le titulaire* »¹¹⁶⁹. Toutefois, le titulaire de l'enregistrement de la marque reste compétent pour contrôler son usage dans les conditions établies par le règlement. Y contrevenir expose le bénéficiaire de la marque aux sanctions prévues dans le règlement d'usage, voire à des sanctions judiciaires si l'usage de la marque peut être qualifié de contrefaisant.

¹¹⁶⁶ Lequel suppose, pour le contrevenant à une règle de droit, de ne pas être sanctionné deux fois pour le même fait.

¹¹⁶⁷ Qu'il soit propriétaire ou non.

¹¹⁶⁸ Sur un bref bilan de cette contractualisation, voir le Livre Blanc de la filière piscicole 2017-2021, p. 19.

¹¹⁶⁹ TAUDOU-MIQUELARD M.-E., préc.

En pratique, en Dombes, l'usage de la marque n'est pas automatique : bien qu'aucun contrat n'est exigé par le législateur dans l'usage d'une marque collective, les choix de la filière piscicole de la Dombes ont été, en cette matière encore, particulièrement restrictifs. En effet, un bénéficiaire potentiel de la marque « Poissons de Dombes » doit soumettre un dossier de demande au bureau de l'APPED qui examine le respect, par le postulant, des conditions posées par le cahier des charges et statue en conséquences. L'usage de la marque, selon les cas, pourra lui être refusé ou au contraire accordé. En cas d'acceptation, le bénéfice de la marque sera formalisé par l'acceptation par écrit du règlement d'usage de la marque¹¹⁷⁰. Indéniablement, cet acte s'apparente à un contrat par lequel deux parties échangent leur consentement.

En tout état de cause, les sujets du droit spontané disposent d'un outil permettant sa perpétuation. En effet, ce droit aux mains des membres d'une communauté locale est susceptible de s'ancrer dans le réel juridique à travers des innovations contractuelles telles que la création d'une marque dont l'utilisation et le bénéfice sont soumis au respect d'un cahier des charges. Le recours au droit des marques revient à consacrer l'intégration du droit spontané dans un véhicule juridique contraignant, une forme de droit ascendant consacrant un système de règles traditionnelles spontanées. Il serait tentant d'intégrer cet ensemble de mécanismes juridiques, incluant la marque collective, au sein d'un vaste ensemble complexe qualifié de système juridique spontané local. Pour autant, le droit spontané est notamment caractérisé par le fait, pour une communauté, de constater l'émergence d'un ensemble de règles sans pour autant qu'il y ait eu l'intention de créer du droit contraignant. Or, établir une marque collective procède justement de la volonté de la communauté locale, sous l'égide de l'Association de promotion des poissons des étangs de la Dombes, de donner une force contraignante nouvelle aux pratiques traditionnelles locales. La reconnaissance contractuelle de la coutume par le biais du droit des marques présente néanmoins un risque dans la nature même du droit applicable. La nature coutumière des règles de droit locales, évolutives par essence, semble menacée par une potentielle cristallisation du fait de son incorporation dans un cahier des charges. Cependant, la coutume est indépendante de ce dernier. En tout état de cause, les évolutions des normes locales (usages et coutumes) sont rarement brusques. De plus, seuls les principes généraux de la coutume sont repris au sein du cahier des charges, lesquels principes demeurent invariables depuis les prémices du droit local en Dombes. Il

¹¹⁷⁰ Cahier des charges « Poissons de Dombes », 2017, p. 5.

n'existe ainsi pas de contradiction à faire application, selon les circonstances de fait et de droit, de la coutume directement, ou du cahier des charges de la marque collective.

En tout état de cause, des mises à jours régulières du cahier des charges sont effectuées afin de prendre en compte les évolutions des pratiques et des enjeux. La dernière en date a eu lieu en 2017, et a justement eu pour objet d'intégrer l'évolution de l'écriture des usages et coutumes, ainsi que la publication d'un recueil par l'APPED et la mise à jour du recueil des usages locaux par la Chambre d'agriculture. Le droit spontané se révèle donc être une norme vivante, trouvant dans la forme juridique du contrat, une voie d'expression au sein d'un environnement juridique contraignant.

II. La garantie de la pérennisation du droit spontané par sa contractualisation

De manière générale, la contractualisation est un mécanisme juridique qui prend une ampleur croissante dans la construction des normes¹¹⁷¹. Pallier les manquements de la loi, garantir un pouvoir d'initiative au profit des acteurs de la « société civile », ou encore pallier les difficultés de la puissance publique dans la réalisation de ses missions d'intérêt général, sont autant de raisons qui permettent d'expliquer le développement de cette technique juridique. Le droit de l'environnement n'échappe pas à cette tendance et la doctrine y voit un enrichissement indispensable¹¹⁷². En effet, « *il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde et de contribuer à la protection de l'environnement, y compris nocturne. Les personnes publiques et privées doivent, dans toutes leurs activités, se conformer aux mêmes exigences* »¹¹⁷³. La doctrine a décelé, dans l'énoncé de ce principe, une incitation à l'institution, par les personnes publiques ou privées, d'outils conventionnels dans le cadre de la préservation de l'environnement¹¹⁷⁴.

Quelles que soient les formes que peuvent prendre les normes contractualisées (individuelles ou collectives), ces dernières restent très largement entre les mains de la société civile qui dispose ainsi d'un important pouvoir d'initiative dans la construction du droit¹¹⁷⁵. Les parties contractantes s'engageant les unes envers les autres, il est possible d'envisager le

¹¹⁷¹ CHASSAGNARD-PINET C. et HIEZ D. (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008.

¹¹⁷² MONTEILLET V., *La contractualisation du droit de l'environnement*, Dalloz, 2017, p. 557.

¹¹⁷³ Code de l'environnement, art. L. 110-2.

¹¹⁷⁴ GIRAUDEL C., Un phénomène nouveau : le développement des conventions et du partenariat privé, in GIRAUDEL C. (dir.), *La protection conventionnelle des espaces naturels*, PULIM, 2000, p. 14.

¹¹⁷⁵ Sur le rôle de la société civile dans la construction du droit de l'environnement, voir POMADE A., *La société civile et le droit de l'environnement. Contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*, LGDJ, 2010 (spéc., p. 591 et s. en ce qui concerne les normes coutumières).

contrat comme un vecteur de droit spontané, qu'il s'agisse de contrats synallagmatiques simples (A), ou de la recherche de la conclusion d'une convention à titre collectif (B).

A. Les conventions particulières entre personnes privées comme vecteurs de droit spontané

Il s'agit ici d'envisager les possibilités offertes par la contractualisation pour l'intégration d'engagements volontaires de la part des propriétaires, des exploitants d'étangs de respecter les principes de gestion issus des pratiques traditionnelles d'exploitation. Les usages à préserver ayant pour objet l'exploitation durable d'une ressource naturelle, la solution contractuelle trouve une concrétisation au sein du droit privé de l'environnement. En effet, et bien que cela ait pu être vivement critiqué¹¹⁷⁶, la référence au contrat trouve une place toujours plus importante dans le droit de l'environnement¹¹⁷⁷ (1). La préservation contractuelle des modes coutumiers de gestion d'espaces naturels s'effectue également par le biais de la mobilisation d'outils juridiques mis à disposition par le droit commun (2).

1. L'engagement volontaire en faveur du respect des usages locaux à caractère environnemental

L'engagement contractuel peut être motivé à bien des égards et se réalise dans tous les domaines de la vie sociale. Les obligations auxquelles les parties au contrat se soumettent et les formes du contrat sont diverses¹¹⁷⁸, mais elles ont en commun le nécessaire échange de consentement qui oblige les cocontractants les uns envers les autres. Dès lors, cette forme de production de droit présente d'indéniables avantages quant à la préservation d'usages traditionnels et durables (a). Ces potentialités s'expriment également dans la mise en œuvre du droit de l'environnement, et notamment par le biais de la conclusion de « contrats Natura 2000 » (b).

¹¹⁷⁶ BILLET Ph., La protection contractuelle de l'environnement. A propos de certaines conventions de gestion des espaces naturels, préc.

¹¹⁷⁷ MONTEILLET V., *La contractualisation du droit de l'environnement*, préc., p. 289 et s.

¹¹⁷⁸ L'article 1109 du Code civil dispose ainsi : « *Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression. Le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi. Le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose* ».

a. Justification de l'hypothèse contractuelle

L'idée de faire référence au droit spontané au sein de dispositions contractuelles entre membres se trouvant dans le champ d'application de ce droit semble superflue¹¹⁷⁹. En effet, les usages et les coutumes constituent des ordres juridiques autonomes ne nécessitant pas de faire l'objet d'un accord explicite et exprès pour trouver à s'appliquer. Pour autant, la reconnaissance, la stabilité et la préservation des caractères de ce droit en tant qu'ensemble de règles évolutives peuvent trouver une concrétisation à travers l'outil contractuel. Ainsi, loin d'être superfétatoire, la mobilisation du contrat constitue potentiellement un vecteur de protection et de perpétuation des usages et coutumes locaux.

Les possibilités offertes par la contractualisation sont nombreuses. Le contrat est d'abord l'expression d'une volonté qui confère sa légitimité au contenu de l'acte contractuel, le Code civil le définissant comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* »¹¹⁸⁰. La démarche contractuelle traduit nécessairement un consentement¹¹⁸¹, et donc l'acceptation des obligations auxquelles l'on se soumet. Ainsi, imposer le respect d'une norme extracontractuelle, coutumière par exemple, par le biais d'une clause contractuelle, donne à cette norme une force juridique nouvelle.

Ensuite, l'outil contractuel permet, dans une certaine mesure, de déroger partiellement à la loi. En effet, le Code civil énonce que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »¹¹⁸², dans la limite selon laquelle « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* »¹¹⁸³. Résulte de ces dispositions, la possibilité pour les cocontractants d'intégrer des règles qui sont susceptibles d'aller à l'encontre de certaines dispositions législatives. Dans le cas de la Dombes, l'application de dispositions coutumières *contra legem* semble pouvoir être garantie à travers la mise en œuvre d'une convention.

Toutefois, il est nécessaire de se demander si les règles coutumières applicables à la gestion des étangs de la Dombes entrent en contradiction avec des règles qui intéressent

¹¹⁷⁹ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., p. 223.

¹¹⁸⁰ Code civil, art. 1101.

¹¹⁸¹ En matière contractuelle, « partout, le consentement revient en scène » (LOKIEC P., Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale, in CHASSAGNARD-PINET C. et HIEZ D. (dir.), *La contractualisation de la production normative*, préc., p. 98).

¹¹⁸² Code civil, art. 1103.

¹¹⁸³ Code civil, art. 1102. Ce principe est rappelé avec force par l'article 1162 du même code qui énonce que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ».

l'ordre public. Cette interrogation n'est pas fortuite étant donné l'objet de la coutume en Dombes qui a pour fonction de régler la gestion et le partage de la ressource en eau. La protection, la mise en valeur et le développement de la ressource en eau étant d'intérêt général¹¹⁸⁴, la question de sa participation à l'ordre public se pose, notamment à l'heure où la doctrine tente d'identifier un « *ordre public écologique* »¹¹⁸⁵. La Dombes est identifiée comme une vaste zone humide d'une importance particulière pour le bassin hydrographique Rhône-Méditerranée et son intérêt hydrologique comme biologique justifie qu'elle fasse l'objet d'importants dispositifs de protections à commencer par le régime Natura 2000. Sa préservation participe donc à la préservation de l'ordre public écologique.

Dans le même sens, les dispositions coutumières de la Dombes organisent un système territorialisé de gestion de l'eau à l'échelle d'un territoire identifié dans le but de la mettre en valeur à travers l'exploitation piscicole. La préservation de la ressource est un impératif de premier ordre dans la région et ces dispositions ne sont, dès lors, pas de nature à porter atteinte à cet ordre public environnemental. Par ailleurs, tout manquement aux obligations contractuelles liées à l'absence de respect du droit coutumier permet d'engager la responsabilité de son auteur, renforçant ainsi, la préservation de cet ordre public.

b. Les potentialités de l'intégration de règles spontanées dans le droit contractuel de l'environnement

Les terres agricoles intégrant des étangs constituent des biens fonciers ruraux dont l'exploitation peut être contrainte de façon contractuelle de manière à intégrer des objectifs environnementaux et à intégrer les pratiques traditionnelles respectueuses de l'environnement. A cette fin, la contractualisation et la mobilisation des outils juridiques du droit de l'environnement et du droit rural peuvent s'effectuer par la signature d'un bail rural dit « environnemental », ou par la contractualisation de mesures agro-environnementales et climatiques (MAEC), voire de mesures aqua-environnementales. Il s'agit d'outils incitatifs issus du droit de l'Union européenne, et notamment de la politique agricole commune (PAC), et qui visent à infléchir les pratiques agricoles en faveur de comportements vertueux et respectueux des milieux et des ressources, moyennant une contrepartie financière ou fiscale. Néanmoins, il existe également des outils incitatifs directement issus du droit de

¹¹⁸⁴ Article L. 210-1 du code de l'environnement.

¹¹⁸⁵ BELAIDI N., *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique*, Bruylant, 2014.

l'environnement et non destinés exclusivement aux exploitants agricoles. A ce titre, l'analyse de la mise en œuvre des objectifs de protection des sites « Natura 2000 » se révèle riche d'enseignement, notamment en ce qui concerne le site Natura 2000 de la Dombes.

Les contrats que l'on qualifie « d'environnementaux » ont pour objet d'imposer des obligations écologiques à un opérateur économique qui y consent volontairement, et ce, au bénéfice d'une contrepartie financière. Bien que ces contrats aient un objet bien spécifique, il est cependant possible de les considérer comme les véhicules de normes extralégales telles que les coutumes¹¹⁸⁶.

Nous nous attacherons plus particulièrement à l'étude du dispositif des contrats « Natura 2000 » qui présente ici de nombreux intérêts. D'abord, il s'agit d'un outil issu du droit de l'environnement d'origine européenne et qui mêle mécanismes incitatifs volontaires et mécanismes réglementaires¹¹⁸⁷. Ensuite, la façon dont il a pu être utilisé en ce qui concerne le site Natura 2000 de la Dombes permet d'envisager la généralisation d'une contractualisation des règles et des pratiques traditionnelles de la gestion de l'eau et des milieux propres aux étangs de ce territoire. Ces contrats permettent à des opérateurs économiques de prendre des engagements vertueux d'un point de vue écologique auprès de la personne publique ou privée chargée de la gestion d'un site Natura 2000. Conclus pour une durée minimum de cinq ans, ces contrats donnent droit à rémunération pour l'opérateur qui s'engage à opérer des aménagements spécifiques ou adapter ses pratiques pour une meilleure prise en compte des problématiques environnementales locales. Ils sont une mise en œuvre du document d'objectif (DOCOB) qui donne les orientations de gestion du site, et peuvent être la conséquence de l'adhésion à une charte Natura 2000 ou non¹¹⁸⁸. Il s'agit là d'un système complexe à la fois réglementaire¹¹⁸⁹ et contractuel de gestion d'espaces protégés¹¹⁹⁰. De ce point de vue, l'outil contractuel est complémentaire à l'outil réglementaire, et indispensable à sa complète effectivité¹¹⁹¹.

L'article L. 414-3 I. du code de l'environnement définit le « contrat Natura 2000 » et permet d'identifier différents types de contrats en fonction du bénéficiaire et du milieu considéré : « *Pour l'application du document d'objectifs, les titulaires de droits réels et*

¹¹⁸⁶ INSERGUET BRISSET V., *Droit de l'environnement*, PUR, 2005, p. 226.

¹¹⁸⁷ Voir les dispositions des articles L. 414-3 et R. 414-13 du Code de l'environnement sur les Contrats Natura 2000.

¹¹⁸⁸ MOLINER DUBOST, *Droit de l'environnement*, préc., p. 206.

¹¹⁸⁹ Le Document d'objectifs dispose en effet d'une valeur réglementaire (CE, 16 juin 2006, *Féd. Départementale des syndicats d'exploitants agricoles de la Vendée*, n° 26435, *AJDA* 2006, p. 2015, note Braud).

¹¹⁹⁰ ROMI R., *Droit général de l'environnement*, LGDJ, 2018, p. 462.

¹¹⁹¹ MONTEILLET V., *La contractualisation en droit de l'environnement*, Dalloz, 2017, p. 221.

personnels portant sur les terrains inclus dans le site [...] peuvent conclure avec l'autorité administrative des contrats, dénommés 'contrats Natura 2000'. Les contrats Natura 2000 conclus par les exploitants agricoles peuvent prendre la forme de contrats portant sur des engagements agro-environnementaux. Le contrat Natura 2000 comporte un ensemble d'engagements conformes aux orientations et aux mesures définies par le document d'objectifs, portant sur la conservation et, le cas échéant, le rétablissement des habitats naturels et des espèces qui ont justifié la création du site Natura 2000. [...] ». Ce mécanisme juridique repose uniquement sur l'engagement volontaire des ayants droit de biens fonciers se trouvant dans le périmètre du site Natura 2000 considéré. Ainsi, « *cette aide ne constitue en aucun cas la contrepartie d'une contrainte imposée mais est la contrepartie d'engagements volontaires assumés par le titulaire de droits réels et personnels* »¹¹⁹². Dans cet objectif, des mécanismes particulièrement incitatifs sont prévus par le législateur. La plus importante de ces incitations est d'ordre fiscale puisqu'une exonération de taxe foncière sur les propriétés non bâties en faveur des terrains situés dans un site Natura 2000 est prévue¹¹⁹³. Cette exonération de plein droit, accordée pour une durée de cinq ans, est toutefois subordonnée à l'inscription des terrains sur une liste arrêtée par le Préfet à l'issue de l'approbation du documents d'objectifs du site Natura 2000, et à un engagement de gestion défini à l'article L. 414-3 du code de l'environnement, souscrit pour cinq ans par le propriétaire ou son ayant droit. En l'occurrence, en ce qui concerne la Dombes, les dispositions propres aux modalités de mise en œuvre de contrats Natura 2000 quinquennaux se trouvent dans le document d'objectifs¹¹⁹⁴. Il y est notamment prévu que ces contrats puissent servir aux propriétaires et/ou exploitants d'étangs à respecter les us et coutumes locaux en souscrivant à un code de bonne pratique, et ce, contre rémunération.

A notre connaissance¹¹⁹⁵, très peu de contrats ont été conclus entre les administrations étatiques et les opérateurs locaux sur le fondement du document d'objectifs du site Natura 2000 de la Dombes. Selon le propriétaire de l'étang Grospire qui a fait l'objet de l'un de ces contrats¹¹⁹⁶, les contraintes de ce régime sont relativement faibles. Comme précisé ci-avant, l'objectif principal de ces contrats est d'imposer le respect du code de bonne conduite inclus

¹¹⁹² Circulaire du 27 avril 2012 relative à la gestion contractuelle des sites Natura 2000 majoritairement terrestres en application des articles R414-8 à 18 du Code de l'Environnement, p. 65.

¹¹⁹³ Code général des impôts, article 1395 E.

¹¹⁹⁴ Notamment DOCOB 2004, site FR 820 1635, p. 243.

¹¹⁹⁵ D'après nos investigations de terrain menées de mai 2015 à juin 2017.

¹¹⁹⁶ Qui nous ont été rapportés, et qui se révèlent concordants avec les détails de l'article : DUBAELE H., Seuls dans la Dombes, *Espaces Naturels* 2006, n° 16, p. 23.

dans le document d'objectifs. Or, ce dernier intègre les pratiques et les principales règles traditionnelles de la gestion de l'eau et des étangs en Dombes. D'un point de vue juridique, ce contrat avait donc pour objet d'imposer le respect d'une norme coutumière et des pratiques inhérentes. A ce titre, l'objet de contractualisation du droit coutumier est rempli et, dans le meilleur des cas, les exploitants sont « *sensés agir comme par le passé* »¹¹⁹⁷. En outre, le code de bonnes pratiques prévu par le DOCOB impose notamment la « *réalisation d'un diagnostic économique et environnemental de l'étang* »¹¹⁹⁸, ainsi qu'un suivi strict de la gestion de l'étang qui suppose un entretien régulier de ses éléments, l'interdiction de l'utilisation de produits phytopharmaceutiques, ou encore la gestion des « *espèces à problèmes* »¹¹⁹⁹.

Ce constat interroge quant à la pertinence de l'outil contractuel. En effet, ce dernier n'a pour objet que d'inciter financièrement les exploitants qui y adhèrent, à poursuivre la mise en œuvre les pratiques traditionnelles qu'ils suivaient jusqu'alors sans contrat : la seule différence tient à son objectif environnemental. L'outil contractuel occupe pourtant aujourd'hui une place de plus en plus importante au sein du droit de l'environnement, lui donnant ainsi « *un véritable coup de fouet* »¹²⁰⁰. Dès lors, l'utilité relative du contrat Natura 2000 dans le cas de la Dombes ne doit pas remettre en cause la pertinence générale du contrat en droit de l'environnement. Par exemple, le site Natura 2000 Val de Saône¹²⁰¹, proche de la Dombes et traditionnellement support d'une agriculture extensive¹²⁰², fait l'objet de plusieurs contrats Natura 2000¹²⁰³. La multiplication de ces contrats dans un environnement rural comparable démontre l'avantage autant économique qu'écologique de la mise en œuvre de cet outil. Les causes du délaissement de cet outil en Dombes seraient plutôt de nature sociologiques et politiques que juridiques. En effet, l'engagement contractuel suscite une certaine méfiance de la part des opérateurs privés, ce qui tient notamment au fait qu'il instaure un lien de subordination pour celui qui en dépend, exacerbant ainsi les tensions locales qui peuvent exister du fait d'un rapport de force estimé inégal entre le propriétaire des terres et

¹¹⁹⁷ *Ibid.*

¹¹⁹⁸ DOCOB, préc., p. 244.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 245.

¹²⁰⁰ MARTIN G., Préface à HAUTEREAU-BOUTONNET M. (Dir.), *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014, p. 10.

¹²⁰¹ Site Natura 2000 du Val de Saône, n° FR8211017. Arrêté du 24 avril 2006 portant désignation du site Natura 2000 Val de Saône, JORF du 26 avril 2006, texte 69.

¹²⁰² Le Professeur Jean Untermaier a d'ailleurs livré une analyse conjointe de ces deux territoires : UNTERMAIER J., La protection implicite de la Nature : le cas du Val de Saône et de la Dombes, in *La Saône-Trévoux* ; éd. Patrimoine du Pays de l'Ain, 1984, p. 17.

¹²⁰³ Voir notamment, EPTB SAONE-DOUBS, Lettre Natura 2000 n° 2, mai 2013 [en ligne].

des étangs et son fermier qui les exploite¹²⁰⁴. A cet égard, la filière agro-piscicole dombiste se montre particulièrement réfractaire au développement d'un outil qui constitue pourtant un moyen pour elle de participer à l'élaboration des normes agro-environnementales locales en concertation avec l'Etat¹²⁰⁵. La relation contractuelle en Dombes serait en effet vécue par certains exploitants comme un véritable asservissement, et ce notamment à travers le bail à ferme¹²⁰⁶. En outre, le dispositif contractuel offert par la réglementation Natura 2000 impose un lien juridique entre un propriétaire et/ou exploitant d'étang avec les services de l'Etat ou une autre personne morale de droit public chargée de l'animation, du suivi et de l'exécution du document d'objectif. Si l'on observe une méfiance envers le contrat en général, la contractualisation avec l'Etat en particulier la renforce d'autant plus. On retrouve ce sentiment en Dombes envers la majorité des outils juridiques émanant de l'autorité publique.

D'autre part, le suivi et le bénéfice des dispositifs offerts par le classement de la Dombes en zone Natura 2000 nécessite un portage institutionnel. Or, depuis le classement opéré en 2006, les interlocuteurs des opérateurs dombistes ont été peu présents¹²⁰⁷. Jusqu'en 2017, le portage était, par défaut, assuré par les services de l'Etat, avant que la nouvelle Communauté de communes de la Dombes ne se porte candidate à l'animation du site, et relance les activités liées à la protection et la valorisation du site Natura 2000 en recourant notamment à la contractualisation¹²⁰⁸. Les enjeux contemporains, tant économiques qu'environnementaux poussent d'un côté les exploitants d'étangs à intégrer des objectifs écologiques dans leur gestion quotidienne de l'eau, et de l'autre, les collectivités à organiser un véritable soutien institutionnel pour la mise en œuvre du document d'objectifs Natura 2000.

La réception difficile du dispositif « Natura 2000 » en Dombes ne constitue pas totalement un échec puisque les objectifs du document d'objectifs ont été intégrés dans d'autres instruments, via les mesures aqua-environnementales notamment, à l'initiative principalement de l'ONCFS. D'une façon générale on observe une complémentarité entre la contractualisation de mesures agro-environnementales et les contrats Natura 2000, les premiers étant privilégiés sur les parcelles agricoles, et les seconds sur les terrains non agricoles¹²⁰⁹. Ainsi, le peu d'intérêt pour ce dispositif exclusivement issu du droit de

¹²⁰⁴ MANCERON V., préc.

¹²⁰⁵ AUBIN-BROUTE R.-J., *Le contrat en agriculture. Contribution à l'étude du contrat comme instrument de l'action publique*, LGDJ, 2013, p. 356.

¹²⁰⁶ MANCERON V., *Une terre en partage*, préc., p. 132.

¹²⁰⁷ DUBAELE H., *Seuls dans la Dombes*, préc., p. 24.

¹²⁰⁸ Compte-rendu du Conseil communautaire du 22 juin 2017, p. 5 [en ligne].

¹²⁰⁹ On voit par exemple cette complémentarité dans les actions menées par l'EPTB Saône-Doubs dans la gestion

l'environnement peut s'analyser également par la préférence des exploitants pour les mécanismes issus du droit rural. En effet, les étangs de la Dombes sont considérés comme des espaces de production agricoles et sont, dès lors, éligibles à l'ensemble des mécanismes et aides publiques en faveur des milieux agricoles. Pour autant, ceux-ci peuvent se révéler particulièrement utiles pour mettre en œuvre des pratiques plus respectueuses de l'environnement¹²¹⁰, mais ne permettent pas, en pratique, d'imposer une obligation de respect du droit coutumier local.

Les démarches environnementales volontaire telles que l'outil contractuel, et notamment les contrats dits « Natura 2000 », présentent un intérêt indéniable du point de vue de l'institutionnalisation des règles coutumières locales puisqu'elles permettent de concrétiser des obligations issues d'une norme non écrite au sein d'un instrument juridique liant deux parties. Néanmoins, le principal écueil réside dans une discordance temporelle entre le contrat et la coutume. En d'autres termes, il existe un contraste entre la période de mise en œuvre du contrat, nécessairement limitée, et la perpétuité, le long terme, que suppose la coutume. Cette dernière doit pouvoir produire des effets juridiques par-delà la durée d'une convention qui n'impose des obligations que pendant quelques années. Or, on l'a vu, les obligations découlant de la mise en application du régime protecteur Natura 2000 ont des effets extrêmement limités dans le temps, la plupart de ces contrats étant quinquennaux, et tous n'étant pas reconduits faute de moyens. Dès lors, ce type de mesure contractuelle et incitative n'apporte qu'une réponse conjoncturelle au problème de la consécration juridique de la coutume nécessairement atemporelle.

Le recours à la contractualisation pour la préservation et la pérennisation des spécificités tant juridiques que pratiques de la gestion de l'eau et des étangs en Dombes présente donc une certaine utilité. Pour autant, il convient de définir un outil contractuel qui puisse s'affranchir des contingences politiques dont les contrats Natura 2000 sont grandement dépendants.

2. Le recours aux outils contractuels de droit commun

Dans le cadre du phénomène grandissant de « contractualisation », le contrat peut être utilisé comme outil de création d'une norme entre personnes privées¹²¹¹ et, à ce titre donner

du site Natura 2000 Val de Saône.

¹²¹⁰ Cf *infra*, Partie II, Titre II, Chap. II.

¹²¹¹ CHANTEPIE G., préc.

une force normative effective à la norme coutumière locale. En ce qui concerne les étangs de la Dombes, la mise en œuvre du droit local par le contrat peut s'effectuer principalement à deux moments : lors de l'exploitation du bien foncier sur lequel se trouve l'étang (a), et au moment de sa vente (b).

a. Les contrats liés à l'exploitation de biens fonciers constitués d'étangs

Le contrat est un acte juridique¹²¹² qui matérialise un échange de consentement entre deux ou plusieurs parties qui s'obligent réciproquement. Il produit ainsi des effets de droit et constitue une source d'obligations¹²¹³. La contractualisation telle qu'elle est conçue par le droit civil présente certains avantages pour la pérennisation de règles de droit coutumières. Le vecteur de la contractualisation peut être utilisé dans son aspect le plus commun : l'engagement réciproque entre deux personnes privées. Dans sa définition la plus générale telle qu'elle est donnée par le Code civil, le contrat est désormais « *accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* »¹²¹⁴. Ces contrats, lorsqu'ils sont « légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »¹²¹⁵. Dès lors, il est possible d'en déduire que l'on peut déroger aux lois qui ne sont pas d'ordre public¹²¹⁶. De ce fait, en matière contractuelle, « *la dérogation à une loi facultative est chose normale* »¹²¹⁷. Les différentes clauses d'un contrat doivent donc être appréciées au regard de la notion d'ordre public contractuel. Doit ainsi être opérée une analyse des différents intérêts en présence au moment de la conclusion du contrat, l'ordre public contractuel et l'intérêt de la clause du contrat devant être hiérarchisés¹²¹⁸. Ainsi, l'intérêt communautaire ou collectif de la préservation des règles coutumières peut ainsi justifier l'intégration de clauses particulières au sein d'un contrat de droit privé, aux fins de le préserver.

¹²¹² En application de l'article 1100-1 du Code civil.

¹²¹³ Code civil, art. 1101.

¹²¹⁴ Code civil, art. 1101 issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF du 11 févr. 2016, texte n° 26.

¹²¹⁵ Code civil, art. 1103. Avant la réforme de 2016, l'article 1134 du Code civil énonçait que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui y ont consenti* ».

¹²¹⁶ Code civil, art. 6, et art. 1102. Ce dernier dispose « *La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ».

¹²¹⁷ BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, préc., p. 86.

¹²¹⁸ MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004.

De plus, le Code civil tel qu'il résulte de la dernière réforme du droit des obligations¹²¹⁹ contient toujours certaines dispositions qui permettent de déroger aux règles de passation des contrats du fait de l'application d'un usage¹²²⁰. Il est ainsi possible, pour les propriétaires et exploitants d'étangs, de s'obliger réciproquement à respecter un certain nombre de règles issues du droit coutumier ou des usages spontanés, à l'échelle d'une chaîne d'étangs par exemple. Plus encore, « *les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* »¹²²¹. Ainsi, dès lors qu'un usage est reconnu et applicable aux parties au contrat, et malgré le silence de celui-ci¹²²², il trouve une application dans la réalisation des obligations contractuelles. Ces règles « *permettent donc de compléter les carences du contrat ce qui diffère de l'interprétation de la volonté des parties* »¹²²³. Les usages locaux connaissent donc un terrain d'expression par le biais d'un contrat conclu entre deux personnes privées ayant pour objet un étang de la Dombes.

La contractualisation présente néanmoins certaines limites quant à la mise en œuvre du droit coutumier. D'abord, la dérogation potentielle induite par le contrat ne permet d'intégrer qu'une partie du droit coutumier. Cela a été montré, le droit coutumier en Dombes est multiforme puisqu'il a tantôt pour objet de compléter la loi, tantôt de remplir les vides qu'elle a laissés, ou de lui apporter une contradiction. Si les deux premières qualifications de la norme coutumière ne posent pas de difficulté, la mise en œuvre contractuelle de la coutume *contra legem* est plus complexe. En effet, il est généralement admis que lorsqu'une disposition coutumière est contraire à la loi, la reconnaissance de son application est soumise au caractère impératif ou non de la norme législative¹²²⁴. Etant donné que la majeure partie des dispositions coutumières locales *contra legem*, le sont par rapport à des règles civiles non impératives, elles pourront trouver une application sur le terrain contractuel. Quoi qu'il en soit, admettre l'opposabilité d'une règle *contra legem* à une disposition impérative revient à

¹²¹⁹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF du 11 février 2016, texte n° 26.

¹²²⁰ Voir notamment l'article 1120 CC ; DEUMIER P., La coutume d'hier à aujourd'hui..., in BAILLY G. et BILLET Ph., préc.

¹²²¹ Code civil, art. 1194.

¹²²² L'usage a alors un caractère supplétif. Cass. 1^{ère} Civ., 4 juin 2014, n° 13-17.077, D. 2014. p. 2508, note Ansaloni; JCP 2014, n° 922, note François; RDC 2014, p. 618, obs. Libchaber; *ibid.* 750, note Berlioz.

¹²²³ GRAS N., *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse droit, Université d'Auvergne – Clermont-Ferrand 1, 2014, dactyl., p. 205.

¹²²⁴ Voir par exemple, DEROUSSIN D., La coutume dans la doctrine civiliste après l'exégèse, in GARNIER F. et VENDRAND-VOYER J., *La coutume dans tous ses états*, préc., p. 207.

défendre une conception pluraliste de l'organisation des sources de droit¹²²⁵, ce qui participe de notre démonstration.

En outre, et de toute évidence, si une convention entre propriétaires peut être le moyen de garantir la bonne application des usages locaux ou d'en conserver les principes tout en adaptant les règles strictement applicables à une situation particulière, il n'en demeure pas moins qu'une telle convention peut aller à l'encontre de ce droit particulier.

Enfin, l'analyse de la contractualisation ayant pour objet l'exploitation d'un bien foncier agricole, l'exploitation d'un étang étant considérée comme une activité agricole en assec comme en évologie¹²²⁶, ne peut pas ignorer la possible qualification de contrat de bail rural. En effet, « toute mise à disposition à titre onéreux d'un immeuble à usage agricole en vue de l'exploiter pour y exercer une activité agricole [...] »¹²²⁷ est régie par ce statut d'ordre public, y compris lorsque l'immeuble à usage agricole est un étang¹²²⁸. Les droits et obligations des parties, le bailleur (généralement le propriétaire) et le preneur (exploitant) sont décrits par le régime légal de ces baux. Un certain nombre de clauses doivent obligatoirement figurer au contrat (désignation du bien loué, durée et prix du bail...), mais certaines clauses, facultatives peuvent y être ajoutées. Ces dernières peuvent, par exemple, avoir pour objet les modalités d'exploitation du bien¹²²⁹. A ce titre, il est donc envisageable pour un propriétaire d'imposer le respect des usages locaux, dans la limite où ils ne contrediraient pas le statut du bail rural¹²³⁰. Ce bail spécifique répond à des conditions précises et restrictives : durée générale de 9 ans qui s'oppose à l'exploitation agricole (au sens stricte) des parcelles se trouvant en assec seulement une année sur quatre ou cinq. La problématique du bail rural en pratique réside dans le fait qu'il est doté d'une « grande force d'attraction »¹²³¹, dans le sens toute convention d'exploitation d'un bien rural de longue durée est susceptible d'être requalifiée par le juge judiciaire en bail rural et soumis à son régime d'ordre public¹²³². Deux possibilités sont alors mises en œuvre en Dombes : l'exploitant est à la fois pisciculteur et agriculteur et

¹²²⁵ OPETIT B., La survie de la coutume et du droit spontané, in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 41 et s.

¹²²⁶ L'article L. 311-1 du Code rural et de la pêche maritime dispose ainsi notamment : « Sont réputées agricoles toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation ».

¹²²⁷ Code rural et de la pêche maritime, art. L. 411-1.

¹²²⁸ Code rural et de la pêche maritime, art. L. 415-10.

¹²²⁹ MANTEAU L., Les contrats en agriculture, 2^{ème} éd., Editions France Agricole, 2015, p. 52.

¹²³⁰ MOREAU J.-P. et GRIMONPREZ B., Baux ruraux. Formation du bail, *JurisClass. Baux ruraux*, Fasc. n° 210, 2018.

¹²³¹ CREVEL S., Un bail rural sinon rien ? *RD rur.* 2016, n° 447, dossier 10.

¹²³² GAIN M.-O., *Le droit rural, l'exploitant et les terres*, 4^{ème} éd., LexisNexis, 2017, p. 20.

bénéficie d'un bail rural et exploite le bien en *évolage* et en *assec* ; un exploitant bénéficie pour la seule année *d'assec* d'une convention précaire annuelle, tandis qu'un autre bénéficie d'un bail pour la période *d'évolage*. Cette dernière possibilité est validée par la jurisprudence de la Cour de Cassation qui voit dans « la mise à disposition » que suppose le bail rural, un droit de jouissance exclusif¹²³³, ouvrant la porte à un mode d'exploitation « collectiviste » de la parcelle louée¹²³⁴. Cette solution permet à un propriétaire bailleur de consentir deux conventions d'occupation *ad hoc* distinctes dans lesquelles peuvent être intégrées des clauses propres à imposer le respect du droit coutumier et des éventuelles conventions particulières entre exploitants d'étangs. Si toutefois l'existence d'un bail rural est retenue, un certain nombre de clauses peuvent être intégrées au bail afin d'orienter les pratiques du preneur. Il s'agit notamment des clauses environnementales¹²³⁵ qui peuvent concerner : « *Les modalités de submersion des parcelles et de gestion des niveaux d'eau; La diversification de l'assolement; La création, le maintien et les modalités d'entretien de haies, talus, bosquets, arbres isolés, arbres alignés, bandes tampons le long des cours d'eau ou le long des forêts, mares, fossés, terrasses, murets* »¹²³⁶. Ainsi, les pratiques traditionnelles, et par incidence les règles coutumières qu'elles supposent, peuvent trouver une mise en œuvre au sein du bail rural. Elles le peuvent également par le fait que, nonobstant l'hypothèse où elles ne seraient pas mentionnées dans le bail, le preneur serait contraint de faire application des règles coutumières, indépendamment de l'existence de tout bail, la coutume étant indépendante par nature des clauses contractuelles. Cependant, il faut réserver l'hypothèse où la pratique coutumière, non intégrée dans le bail, irait à l'encontre d'une de ses stipulations d'ordre public. Le caractère d'ordre public du bail rural s'oppose ainsi à l'expression de la coutume, et crée une situation de conflit normatif : d'un côté le non-respect du bail emporte violation de l'ordre public contractuel pouvant alors relever du tribunal paritaire des baux ruraux, de l'autre, le non-respect de la coutume contrevient à l'intérêt général communautaire et peut engendrer des différends dont aura à connaître la Commission d'expertise et de conciliation. Cette situation, qui ne constitue qu'une hypothèse d'école, aboutit à une impasse dans la résolution de ce conflit normatif. Néanmoins, cette situation inextricable causée par la mise en œuvre du bail rural, explique la volonté des acteurs locaux de s'extraire de ce cadre contraignant, dès lors qu'il est inadapté notamment en ce qui concerne l'assolement.

¹²³³ Cass. 3^{ème} civ., 18 juin 2013, n° 12-19.084.

¹²³⁴ CREVEL S., Un bail rural sinon rien ? *préc.*

¹²³⁵ Code rural et de la pêche maritime, art. L. 411-27. V. FRIEL L., Les clauses environnementales des baux ruraux soumis au statut du fermage, in HAUTEREAU-BOUTONNET M., *Les contrats et l'environnement*, *préc.* p. 271.

¹²³⁶ Code rural et de la pêche maritime, art. R. 411-9-11-1.

La technique contractuelle ne peut pour autant pas être rejetée globalement dans le cadre des relations entre coutume et contrat. Ce, d'autant moins que la cession d'étang passe nécessairement par le contrat et qu'à cette occasion, la question des relations avec la coutume se pose de nouveau.

b. Les contrats de cession des biens fonciers

Indépendamment des développements précédents applicables à l'ensemble des contrats conclus entre personnes privées, certaines particularités tiennent à la cession de biens immobiliers, notamment en ce qui concerne les biens fonciers à vocation agricole.

Il est possible d'envisager l'intégration du respect des coutumes et usages locaux au sein des obligations imposables lors de la vente du bien foncier agricole sous la forme de clauses environnementales dans la mesure où la coutume a pour objet essentiel la gestion de l'eau et l'exploitation du milieu. L'intégration d'objectifs environnementaux au sein des contrats de vente immobilière peut prendre la forme d'une gestion conventionnelle du risque environnemental, et notamment du risque de cession de terres à vocation agricole qui se révéleraient polluées. Il est possible d'intégrer un certain nombre de clauses environnementales à l'occasion d'une vente immobilière¹²³⁷. Ainsi, une obligation environnementale peut peser sur le vendeur, au profit de l'acquéreur, d'une remise en état avant cession sous la forme d'une obligation civile contractuelle, ou bien « *en jouant sur l'obligation de délivrance conforme* » qui suppose que si le contrat mentionne par exemple qu'un terrain est dépollué, sa dépollution doit être effective¹²³⁸. A ce même titre, l'acquisition d'un étang en Dombes peut être subordonnée à l'absence de pollution de l'eau d'un étang ou des parcelles agricoles incluses dans la propriété, qualité qui constitue la détermination à l'acte de l'acquéreur, et son exploitation traditionnelle.

Au-delà des obligations légales ou contractuelles pesant sur le vendeur et permettant une gestion conventionnelle du risque environnemental, il est relativement complexe d'imposer au sein du contrat, la continuité de la mise en œuvre du régime juridique coutumier à un étang, et son respect. L'usage du bien acquis étant conditionné par le respect de la coutume, il est

¹²³⁷ LAMOUREUX M., La vente immobilière, in HAUTEREAU-BOUTONNET M., *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014, p. 48.

¹²³⁸ *Ibid.*, p. 53.

impératif que le vendeur informe de son existence l'acquéreur, faute de quoi, serait remise en cause la condition substantielle de l'usage du bien qui a déterminé l'achat. Cette information à de l'obligation de respecter les usages locaux peut être envisagée en une annexe au contrat, l'acquéreur informé faisant alors son affaire du respect de ces usages, le vendeur ayant alors exécuté son obligation contractuelle en l'informant de cette existence. Il faut cependant réserver l'hypothèse où le respect des usages constituerait une clause impérative du contrat. Dès lors, le non-respect de ces usages constituerait un non-respect des obligations contractuelles dont la sanction se révèle d'une particulière complexité qui imposerait au vendeur un contrôle régulier de cette bonne exécution, et poserait la question des suites à donner à ce manquement au contrat : résolution du contrat ? obligation d'exécution moyennant clause pénale ?...

La première de ces hypothèses consisterait en la remise d'un exemplaire du recueil des usages de la Dombes tels qu'ils ont été recodifiés en 2017, et aurait essentiellement un rôle informatif, et ce, de la même manière que sont annexés aux contrats de vente l'ensemble des servitudes, l'ensemble des obligations, des conventions et des titres qui ont été concédés par les propriétaires antérieurs successifs. En ce sens, un tel devoir d'information se révèle à notre sens indispensable dans la mesure où il garantit les conditions de jouissance du bien ainsi acquis¹²³⁹. Dans cette perspective, les notaires, comme la SAFER¹²⁴⁰, peuvent jouer un rôle d'information important. Un usage au sein de la profession notariale en Dombes pourrait être développé, consistant, en cas de cession notariée d'un bien immobilier comportant un étang en Dombes, en la délivrance d'un ensemble de documents relatifs à la mise en œuvre des usages locaux et les modalités d'organisation communautaire de la filière piscicole locale.

Une autre hypothèse d'intégration d'obligation coutumière dans le contrat de vente est celle de l'institution d'une servitude préalable et conditionnant la vente. En ce sens, la servitude, qualifiée alors « du fait de l'homme » est créée par la volonté de ceux qui l'instituent, et elle a un caractère *propter rem*, c'est à dire qu'elle « pèse sur la propriété et non la personne, grève le bien et non le propriétaire du fonds servant », elle est donc une « charge réelle et non personnelle »¹²⁴¹. Dans ce registre, une servitude peut être environnementale, avec l'obligation, pour le preneur, de ne pas utiliser de produits phytopharmaceutiques par

¹²³⁹ L'existence des obligations coutumières pesant sur l'étang en Dombes est en effet susceptible d'être interprétée comme un « trouble de jouissance » du bien acquis.

¹²⁴⁰ Les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER) exercent un certain nombre de prérogatives en matière d'aménagement rural (Voir not. GRIMONPREZ B., *Le droit de préemption de la SAFER*, LexisNexis, 2016). Au titre de ses missions, elle peut constituer un intermédiaire entre le cédant et l'acquéreur d'un bien rural (Art. L. 141-1 et s. CRPM).

¹²⁴¹ HAUTEREAU-BOUTONNET M., in HAUTEREAU-BOUTONNET M. (dir.), *Le contrat et l'environnement*, préc., p. 271.

exemple. Une telle servitude propre à la chose exploitée pourrait, de la même manière, imposer le respect, en Dombes, des pratiques traditionnelles telles que les modalités particulières d'entretien des ouvrages hydrauliques.

On peut également s'interroger sur la mise en œuvre du droit coutumier dans le cadre des cessions de biens fonciers sous la tutelle de la SAFER s'agissant notamment de la vente d'un étang. Outre le choix de l'attributaire du bien par la SAFER en fonction de ses missions légales (préservation des terres agricoles, diversité des paysages, développement durable des espaces ruraux...), elle est susceptible de lui imposer le « *respect d'un cahier des charges* »¹²⁴². En cas de non-respect de celui-ci, dont les clauses peuvent varier, l'acquéreur pourra être contraint au délaissement du bien. Ainsi, le cahier des charges mentionné par le Code rural est susceptible de contenir, en Dombes, un certain nombre de clauses imposant la pérennité des pratiques traditionnelles et le respect du droit spontané local.

En tout état de cause, l'ensemble de ces moyens contractuels doivent avoir pour but de lier contractuellement tout nouvel acquéreur d'un étang en Dombes au régime spécifique de ce territoire. L'achat d'une propriété d'étang en Dombes engage tout nouvel acquéreur dans le sens où il intègre une communauté coutumière à l'identité collective particulièrement forte. Ce lien juridique entre tout membre de la communauté locale et l'impératif de respect du droit coutumier peut être concrétisé par le biais d'une convention globale conclue à l'échelle de ce territoire.

B. L'hypothèse d'une contractualisation généralisée des usages traditionnels

Afin de concrétiser une plus grande intégration des propriétaires d'étangs et leurs ayant droits dans la communauté juridique de la Dombes des étangs, il est possible d'envisager une contractualisation à l'échelle de ce territoire. Cette contractualisation collective des usages doit être entendue dans un sens large. Si le contrat est généralement conclu entre une ou plusieurs personnes cocontractantes identifiées, la contractualisation procède d'un phénomène de prise de décision négociée, que l'acte final prenne la forme juridique d'un contrat ou d'un acte unilatéral¹²⁴³. En règle générale, « *le contrat serait le fruit d'un dialogue harmonieux,*

¹²⁴² Code rural et de la pêche maritime, art. L. 141-1.

¹²⁴³ AMILHAT M., Contractualisation, négociation, consensualisme : nouvelles approches du droit public, *RFDA* 2018, p. 1.

fondé sur la négociation et l'accord »¹²⁴⁴. Ainsi, la contractualisation désigne une action plus large que la seule conclusion d'un contrat, et il faut éviter toute confusion entre les deux. Le contrat relève de la qualification de convention, l'inverse n'étant pas vrai¹²⁴⁵. Dans le cadre de sa recherche sur les conventions d'administration, Sébastien Hourson relève, ainsi, que « *au sein des acteurs juridiques, de multiples expressions renvoient à l'idée de contrat sans qu'il soit toujours possible d'identifier facilement la nature du phénomène visé* »¹²⁴⁶. La notion de convention renvoie en tout cas à la définition volontaire et négociée, entre plusieurs parties, de clauses entraînant des effets de droit.

Il s'agira donc ici d'adopter une conception souple de la notion de contrat, qui sera entendue comme l'adhésion à un système juridique territorial, dans le but de matérialiser juridiquement l'existence de l'ensemble des normes spontanées locales et des conditions de leur mise en œuvre. La constitution d'une convention générale, impliquant indistinctement l'ensemble des membres de la communauté coutumière peut être envisagée (1), de même que la formalisation individuelle de l'adhésion à un système normatif global (2).

1. Une contractualisation collective généralisée à effet direct

L'objectif est ici d'étudier la possibilité de contracter à grande échelle des règles communes à l'ensemble des étangs de la Dombes. Ces règles étant évidemment d'origines juridiques potentiellement diverses, la première des difficultés est celle du choix d'un vecteur juridique pouvant leur donner une force normative probante (a). La question de l'emprise territoriale d'un tel outil se pose ensuite logiquement (b).

a. L'opportunité d'une charte territoriale dombiste

Par nature, le contrat est doté d'une portée juridique limitée aux parties qui y ont souscrit. Toutefois, lorsque le recours au contrat est généralisé au sein d'un groupe afin de régler ses relations avec ses membres, et les relations des membres entre eux, il peut faire naître des obligations générales, et voir ainsi sa fonction normative étendue bien au-delà de son objet initial. La doctrine y voit là une « législation privée », tirant sa force juridique et sa légitimité

¹²⁴⁴ CHANTEPIE G., La contractualisation en droit privé, *RFDA* 2018, p. 10.

¹²⁴⁵ Et ce bien que l'article 1110 du Code civil ne mentionne le fait que « *le contrat est une convention* », mais désormais « *le contrat est un accord de volonté* ».

¹²⁴⁶ HOURSON S., *Les conventions d'administration*, LGDJ, 2014, p. 16.

de l'autorité même de la loi¹²⁴⁷. Cette « législation parallèle » nécessite l'établissement d'un cadre juridique général permettant d'organiser l'ensemble, sous la forme d'une convention globale à l'échelle de ce groupe.

Cette convention peut prendre la forme d'une charte territoriale, dont il convient de préciser la nature juridique et, partant, les contraintes qu'elle peut imposer. Ayant « *glissé du discours politique au langage juridique* »¹²⁴⁸, le terme « charte » est aujourd'hui employé de diverses manières dans le droit et il est parfois difficile d'en distinguer l'essence, le statut et le régime juridique, sauf à ce qu'elle soit explicitement prévue et organisée par la loi. En tout état de cause, cette notion renvoie à l'adoption d'un acte, public ou privé, ayant fait l'objet d'une négociation¹²⁴⁹. A ce titre, les chartes sont nombreuses en droit de l'environnement. Elles permettent, par exemple, la mise en œuvre des documents d'objectifs des sites Natura 2000, en définissant les actions envisageables pour réaliser les objectifs de conservation ou de restauration des milieux naturels¹²⁵⁰. Ces actions, identifiées à l'échelle du site, nécessitent néanmoins l'adhésion individuelle des propriétaires ou ayants droits concernés pour que la charte acquiert une véritable force juridique¹²⁵¹. La charte est également l'outil central de la gestion des parcs naturels régionaux¹²⁵², et désormais des parcs nationaux¹²⁵³, opposable aux documents de planification locaux¹²⁵⁴ ainsi qu'aux actes administratifs individuels. Elle revêt alors un caractère réglementaire¹²⁵⁵. De manière générale, les chartes « *expriment une recherche de normativité plus élastique, plus souple, plus flexible* »¹²⁵⁶. Il s'agit

¹²⁴⁷ PUIG P., Le transfert au contrat des exigences de formalisation d'une source normative, in CHASSAGNARD-PINET S. et HIEZ D. (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 292.

¹²⁴⁸ RIVERO J., Etat de droit, état du droit, in L'Etat de droit, Mél. En l'honneur de G. BRAIBANT, Dalloz, 1996, p. 611.

¹²⁴⁹ En ce sens, elle peut intégrer la multitude d'outils conventionnels et se rapprocher du contrat qui doit faire l'objet d'une négociation par les parties qui l'adoptent en application de l'article 1104 du Code civil.

¹²⁵⁰ Code de l'environnement, art. R. 414-12 : « *La charte Natura 2000 d'un site est constituée d'une liste d'engagements contribuant à la réalisation des objectifs de conservation ou de restauration des habitats naturels et des espèces définis dans le document d'objectifs [...]* ».

¹²⁵¹ Code de l'environnement, art. L. 414-3 II : « *Les titulaires de droits réels et personnels portant sur les terrains inclus dans le site ainsi que les professionnels et utilisateurs des espaces situés dans le site peuvent adhérer à une charte Natura 2000. La charte Natura 2000 comporte un ensemble d'engagements définis par le document d'objectifs et pour lesquels le document d'objectifs ne prévoit aucune disposition financière d'accompagnement. [...]* ».

¹²⁵² Code de l'environnement, art. L. 333-1. Celui-ci énonce notamment que « *la charte constitue le projet du parc naturel régional* ».

¹²⁵³ Code de l'environnement, art. L. 331-3 aux termes duquel notamment : « *La charte du parc national définit un projet de territoire traduisant la solidarité écologique entre le cœur du parc et ses espaces environnants* ».

¹²⁵⁴ L'article L. 333-1 V du Code de l'environnement dispose notamment : « *Les schémas de cohérence territoriale, les schémas de secteurs, les plans locaux d'urbanisme et les documents d'urbanisme en tenant lieu ainsi que les cartes communales doivent être compatibles avec les chartes* ».

¹²⁵⁵ CE, 29 avr. 2009, *Cne de Manzat*, n° 293896 ; JCP A 2009, n°40-41, 2231, note Billet ; RJEP 2009, n° 669, comm. 48, note GUIHAL.

¹²⁵⁶ KOUBI G., La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit ?, in CLAM J. et MARTIN G., *Les*

principalement de définir, à une échelle temporelle et spatiale déterminée, les grandes orientations et principes auxquels chaque individu pourra adhérer afin de réaliser un projet collectif ou territorial.

Dans le cas de la Dombes, une charte de territoire aurait pour objet d'entériner la coutume telle qu'elle a évolué jusqu'à aujourd'hui, les usages nouveaux et les usages en formation (tels que l'objectif collectif de lutte contre les espèces dites « indésirables »). En outre, la charte rappellerait à chaque opérateur, privé ou public, ses obligations et ses droits en ce qui concerne la gestion de l'eau et des étangs, que ces obligations découlent du droit « endogène », ou du droit commun. Enfin, elle pourrait constituer un support juridique nouveau pour la Commission de Conciliation créée en 2017 sur le territoire, et intégrerait les conditions de l'actualisation des usages en fonction de l'évolution des pratiques. Il s'agirait d'un document complet, constitué d'un droit souple, mais qui participerait à garantir l'effectivité des normes (traditionnelles, légales ou réglementaires) qui y seraient rappelées.

Rattachée à un territoire, la notion de charte traduit « *une dynamique de solidarité, de liens et de rapports sociaux autour de valeurs partagées par les différents participants au territoire* »¹²⁵⁷. C'est ce modèle qui est utilisé pour définir le projet de territoire que constitue un parc naturel régional¹²⁵⁸. Cet outil tire sa légitimité de son élaboration collaborative à l'échelle du territoire concerné, à l'initiative de la région, et qui se traduit par une étroite concertation entre les collectivités territoriales associées, et par l'organisation d'une enquête publique associant les populations intéressées¹²⁵⁹. De la même façon, sa révision conduite sous l'égide d'un syndicat mixte repose sur une concertation associant collectivités territoriales, établissements publics et « *partenaires intéressés* »¹²⁶⁰. Cette élaboration concertée d'un projet territorial et de règles communes permet d'adapter le cadre normatif aux activités économiques, sociales, environnementales qui façonnent l'identité dudit territoire. L'assentiment de l'ensemble des parties prenantes se révèle alors indispensable, chacune s'engageant, en ce qui la concerne, à garantir le succès de ce projet territorial commun.

Cet engagement collectif en faveur d'un projet et d'un ensemble d'obligations communes pourrait également se concrétiser sous la forme d'un « pacte territorial ». Cette dernière hypothèse est intéressante et paraît plus adaptée qu'une charte qui, bien qu'étant un outil plus connu du juriste, s'attache d'une part à un territoire administrativement identifiable (parcs

transformations de la régulation juridique, LGDJ, 1998, p. 179.

¹²⁵⁷ BARRIERE O., Charte de territoire, in CORNU M., ORSI F. et ROCHFELD J., *Dictionnaire des biens communs*, préc., p. 166.

¹²⁵⁸ Code de l'environnement, art. L. 331-1.

¹²⁵⁹ *Idem.*

¹²⁶⁰ *Idem.*

nationaux, parcs naturels régionaux...) et, d'autre part, à l'appropriation territoriale d'un modèle organisé par le législateur¹²⁶¹. Le pacte présente l'avantage d'être un outil juridique malléable, dont ses concepteurs sont libres sur la forme juridique comme sur le fond. L'hypothèse d'un « pacte territorial » offre de nombreuses possibilités d'intégration des normes coutumières collectives. Les expérimentations locales ont démontré le caractère novateur de ce type de démarche. Néanmoins, elles s'appliquent sur des territoires qui ne connaissent plus aujourd'hui l'application de règles issues du droit coutumier et, l'on peut s'interroger sur la possibilité pour cet outil de trouver à s'appliquer sur un territoire régit, aujourd'hui encore, par le droit coutumier, qui pourrait trouver là une matérialisation juridique nouvelle.

L'hypothèse du recours à un pacte territorial rencontre d'importantes difficultés. La première est d'ordre sociologique et découle du risque de non acceptation par les acteurs locaux qui pourraient se considérer comme dépossédés de leur « patrimoine ». La seconde est de nature juridique et interroge quant au consentement de chacun des membres de la communauté locale qui seraient alors considérés comme des cocontractants. De fait, la contractualisation suppose l'accord réciproque de chacune des parties. D'un point de vue de la pratique et de la psychologie des acteurs, et donc dans un sens plus commun, la question déterminante est celle de l'adhésion volontaire au contenu de ce pacte ou celle de l'obligation de le faire. La question n'est pas sans fondement dès lors qu'en Dombes, il existe une suspicion récurrente à l'égard du contrat qui est perçu comme traduisant un rapport de domination. En ce sens, « *le consentement constitue un produit dérivé de la volonté* »¹²⁶² et il est nécessaire que cette volonté soit affirmée. Cette volonté s'exprime au moment de l'élaboration de l'énoncé conventionnel, alors que le consentement est donné à la conclusion de la convention¹²⁶³. En Dombes, la volonté de chacun des propriétaires d'étangs et leurs ayant droit participant à la création du droit spontané endogène s'exprime par la mise en œuvre de leurs pratiques (maîtriser l'eau, produire du poisson, entretenir les milieux). Dans un tel contexte, reste à savoir s'ils consentiront à conclure une convention territoriale formalisant juridiquement les usages, consentement essentiel à la formation d'un tel contrat. Enfin, le consentement accordé par l'ensemble de la communauté des exploitants d'étangs de la Dombes est intimement lié aux effets juridiques d'un tel pacte territorial qui est un outil

¹²⁶¹ BARRIERE O., art. préc.

¹²⁶² HOURSON S., préc., p. 45.

¹²⁶³ HOURSON S., préc., p. 46.

conventionnel traduisant une volonté collective. Ce pacte revêt un statut de droit public si son approbation relève d'une autorité administrative ou d'une instance territoriale, ou de droit privé si son approbation résulte de la décision d'une personne morale de droit privé (une association par exemple). La question de l'adoption de cette charte est fortement conditionnée par son ancrage territorial.

b. L'échelle pertinente de la contractualisation en question

Un exemple peut être tiré de l'expérience d'Olivier Barrière qui est à l'origine d'une « charte de territoire » dont l'objet est de réglementer les usages des espaces pastoraux sur un territoire donné. Issu d'une longue gestation, cet ensemble de règles constitue un modèle possible de l'élaboration d'un droit négocié sous la forme d'un « pacte pastoral »¹²⁶⁴. Il s'agit d'un recueil de « règles du jeu », négociées entre les différents acteurs de manière horizontale¹²⁶⁵. Ce pacte local est par ailleurs ancré dans l'ordre juridique puisqu'il a été adopté par un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) et qu'il constitue à ce titre un acte administratif.

Cette démarche inédite et intéressante dans la perspective des innovations juridiques locales, que peuvent constituer un pacte ou une charte, semble toutefois devoir nécessiter un portage administratif, c'est-à-dire, une assise institutionnelle qui permette de délimiter son champ territorial d'application. Une première option consiste à envisager de confier à une personne publique la charge d'animer la construction et la mise en œuvre de ce document. Il est cependant difficile d'identifier en Dombes, la personne publique idoine. Il existe bien une Communauté de Communes de la Dombes mais, contrairement à ce que sa dénomination pourrait laisser penser, son territoire de compétence ne couvre pas l'ensemble de la Dombes des étangs. Il conviendrait, dans la perspective d'un portage par cet EPCI, de lui associer les quelques communes manquantes, avec la difficulté que celles-ci relèvent d'autres intercommunalités. Cette solution impose de s'interroger sur le degré de liberté de ces communes au regard des compétences qu'elles ont transféré à leurs EPCI respectifs. Il convient dès lors d'identifier la compétence dont il s'agit en rapport avec l'objet du pacte,

¹²⁶⁴ Pacte pastoral intercommunal Causses Aigoual Cévennes Terres solidaires, adopté par délibération de l'EPCI du 13 mai 2015.

¹²⁶⁵ BARRIERE O., article préc., p. 259.

identification compliquée par le fait que le Code général des collectivités territoriales n'en connaît pas les termes.

Le premier point d'achoppement est que la Dombes des étangs n'est pas identifiée comme territoire administratif, ainsi qu'en témoigne le périmètre réduit de la Communauté de Communes de la Dombes, qui ne permet pas d'unifier l'unification institutionnelle de la Dombes des étangs. Or, la Communauté de Communes de la Dombes est animatrice du site Natura 2000 de la Dombes dont le périmètre dépasse son territoire, sans que cette situation ait constitué un obstacle d'ordre juridique et institutionnel, puisque les autres EPCI dont une partie du territoire est incluse dans ce périmètre Natura 2000 ont expressément consenti à cette gestion. Ce précédent illustre la possibilité de recourir à un tel montage dans la perspective de l'adoption d'un pacte ou d'une charte. Ainsi, la Communauté de Communes de la Dombes deviendrait la collectivité de référence en matière de gestion de l'environnement lié à l'exploitation des étangs. Ce faisant, pourrait lui être confiée, avec l'accord des institutions partenaires, la mission d'établir et de garantir l'application d'un tel document, en étroite collaboration avec les structures associatives et professionnelles de la filière piscicole (APPED, Syndicat des Etangs), ainsi qu'avec les collectivités territoriales intéressées (communes, département) et les structures associatives ayant pour objet l'étude et la participation à l'aménagement du territoire de la Dombes. Une telle démarche entrerait par ailleurs au sein des compétences exercées de plein droit par les communautés de communes, à savoir notamment l'aménagement de l'espace, le développement économique et la gestion de l'eau et des milieux aquatiques¹²⁶⁶.

Une autre hypothèse de travail consisterait à s'affranchir du portage administratif de la charte territoriale, en s'appuyant uniquement sur le champ de compétence des organismes professionnels concernés et d'identifier ainsi un nouveau « territoire fonctionnel ». Associée à l'ensemble des parties prenantes, publiques et privées, une des structures associatives ou syndicales locales pourrait établir cette charte et en assurer l'animation. A cet égard, cette démarche se rapprocherait de celle qu'a menée l'APPED en engageant le travail de réorganisation, de réécriture, de diffusion et de publication des usages applicables à la gestion de l'eau et des étangs de la Dombes entre 2015 et 2017. L'adhésion à cette structure favorise la diffusion juridique des usages de la Dombes par le biais d'une contractualisation individuelle de principes auxquels l'ensemble de la communauté coutumière adhère.

¹²⁶⁶ Code général des collectivités territoriales, art. L. 5214-16.

2. L'adhésion générale à la norme par la contractualisation individuelle

L'effectivité juridique du droit coutumier s'affranchit naturellement de la nécessité de son intégration au sein d'une convention générale, comme il peut la développer parallèlement dans un cadre contractuel, que celui-ci soit global tel que cela a été envisagé précédemment, ou individuel. Dans ce cas, il est nécessaire, pour chaque membre de la communauté, de s'engager formellement à respecter le droit local.

L'acceptation collective de la norme qui s'applique à tous, peut être renforcée par le biais d'une acceptation individuelle formalisée par un lien juridique personnel, comme c'est le cas dans le cadre de l'adhésion des propriétaires et exploitants d'étangs à l'APPED et/ou au Syndicat des Etangs. Une telle démarche, nécessairement contractuelle, permet, en plus de réaffirmer la puissance normative de la coutume, d'intégrer à ce contrat des règles spontanées nouvelles, c'est-à-dire des usages en cours de construction. Ainsi, une contractualisation individuelle du droit spontané local est garante de l'acceptation globale des règles qu'il contient, et plus exactement, le consentement indispensable à la contractualisation impose l'application de la coutume telle qu'elle est au jour de la conclusion du contrat et en tant qu'elle est évolutive. En d'autres termes, il s'agit, pour un propriétaire ou exploitant d'étangs, de consentir contractuellement au respect du droit spontané, et plus particulièrement de la coutume, quelles que puissent être ses évolutions ultérieures. Cette démarche permet à la fois de révéler l'existence du droit spontané appliqué « inconsciemment » par les membres de la communauté, et de renforcer l'acceptation de ce droit par l'ensemble de la communauté prise en chacun de ses membres. En tout état de cause, c'est ce à quoi tend le mécanisme contractuel qui a été développé en Dombes.

Cette démarche doit d'autant plus être renforcée dans cet objectif de respect généralisé du droit spontané. Les structures professionnelles, qu'il s'agisse du Syndicat des étangs ou de l'APPED, regroupent une majorité de propriétaires et d'exploitants d'étangs. Ces institutions apparaissent donc comme une interface permettant, par un biais contractuel d'imposer à leurs adhérents, l'obligation du respect des usages codifiés et mis par écrit.

Finalement, il s'agirait d'individualiser juridiquement ce qui s'impose à tous et reconnaître individuellement les mêmes obligations, ainsi que les mêmes droits, qui pèsent sur chacun des acteurs locaux. L'important avantage de cette contractualisation individuelle est l'effectivité de sa mise en œuvre. Contrairement à la loi qui fait reposer sur l'ensemble des

citoyens les mêmes obligations, la contractualisation individuelle fait que, dès lors que les clauses contractuelles ne sont pas respectées, des clauses pénales peuvent trouver à s'appliquer, sans recourir à une autorité « supérieure » qui imposerait un contrôle de l'effectivité de l'engagement contractuel. Par ailleurs, la violation des termes de ce contrat est susceptible d'engager la responsabilité contractuelle du contrevenant à l'égard de ses pairs comme de l'institution de rattachement.

Conclusion du Chapitre 2

Le droit offre une multitude d'outils aux objets et aux fondements très divers. Pour autant, chacun d'entre eux peut être mobilisé, indépendamment de son objectif initial, dans le but de servir un objet différent de ce à quoi il est destiné. L'ensemble des branches du droit et des ordres juridiques peuvent ainsi être mobilisés, afin d'intégrer le droit local coutumier dans une perspective de préservation d'une source du droit aujourd'hui marginalisée, mais dont la survivance assure un pluralisme juridique nécessaire à l'équilibre des relations de droit entre les acteurs locaux, et entre la communauté socio-économique et son environnement.

L'hypothèse de la contractualisation du droit local révèle de nombreux avantages. Elle permet indéniablement de donner une assise juridique contemporaine aux dispositions coutumières applicables sur le territoire de la Dombes. Cette assise juridique permet notamment de garantir une application des clauses incluses dans cette convention, y compris devant le juge du contrat. Il sera notamment plus aisé de réclamer le respect d'un contrat que de démontrer l'existence et l'applicabilité de la norme coutumière.

L'outil contractuel permet en outre d'intégrer l'ensemble des normes coutumières d'ores et déjà appliquées sur le territoire. Le contrat se « contente » de relayer la coutume et non de la substituer, ce qui suppose qu'un manquement à ladite coutume est susceptible d'entraîner des poursuites tant contractuelles au titre de la violation des stipulations, que délictuelles au titre de la violation de la coutume, sous réserve de démontrer son existence et son applicabilité au cas considéré. En outre, les cocontractants sont libres d'intégrer dans cette convention, toute obligation qu'ils jugent utile de faire respecter dans le cadre de l'objectif qu'ils se fixent, en l'occurrence la pérennisation des règles gouvernant les usages de l'eau en Dombes. Ainsi, il est possible d'intégrer des règles non coutumières, et donc de créer du droit « spontané », dès lors que ces obligations résultent de l'échange de consentement entre les cocontractants. D'autre part, il est également possible d'intégrer un certain nombre de rappels

à la loi, rappelant ainsi les obligations législatives pesant sur les propriétaires et exploitants d'étangs. Le non-respect de ces obligations législatives exposerait le contrevenant aux sanctions législatives, mais également à de possibles sanctions contractuelles du fait de l'inexécution de ses obligations contractuelles¹²⁶⁷. Les règles ainsi intégrées à une convention deviennent obligatoires et opposables à l'ensemble des parties à ladite convention, y compris devant les juridictions judiciaires.

Conclusion du Titre 2

Un tel pluralisme juridique n'est évidemment pas aisé à reconnaître ni à préserver au sein d'un ordre normatif dont la loi constitue l'épicentre. Pour autant, l'harmonisation de la gestion de l'eau à l'échelle nationale voire européenne, guidée par l'impérieuse nécessité de la préservation tant quantitative que qualitative de l'eau, n'exclut pas nécessairement les systèmes de gestion locaux. Ces derniers apportent aux lois et règlements fondés sur le respect de l'intérêt général environnemental, un complément fondé sur la gestion pragmatique de la ressource en eau tout aussi nécessaire eu égard à la disparité de la nature et de la quantité d'eau disponible à l'échelle du territoire. D'abord facteur de marginalisation voire de complète disparition de tout ordre juridique local inédit du droit commun, le droit législatif a peu à peu reconnu la spécificité juridique de certains territoires. Plus encore, une analyse fine de ces mécanismes permet d'identifier les opportunités offertes à la continuité de ces ordres juridiques locaux traditionnels.

¹²⁶⁷ Pour un exemple de sanction de l'inexécution d'une obligation environnementale contractuelle, v. Cass. 3^{ème} civ., 13 déc. 2011, n° 10-2735, note BOUTONNET M., *D.* 2012, p.790.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

L'aspect traditionnel du droit local de la Dombes – bien que le raisonnement puisse être généralisé à d'autres régions –, constitue sans doute l'un des premiers remparts à leur reconnaissance au sein d'un ordre normatif contemporain. La coutume et la loi sont en effet souvent présentées comme étant « en conflit ». Dépassant ce clivage, il apparaît nécessaire de dépasser également la notion de coutume afin d'en préserver l'essence. Apparemment paradoxale, cette démarche n'en est pas moins salutaire pour la préservation d'usages fondés sur une observation pragmatique de la nature et qui contribuent massivement à l'entretien des milieux dits naturels et donc à la production de biodiversité. Un tel dépassement nécessite la mobilisation de concepts issus de la théorie du droit, le droit spontané, ou encore de l'anthropologie juridique, le droit endogène. Ces deux concepts, dotés de similitudes mais aussi de différences permettent de donner une réalité juridique à une réalité pratique. Par cette démarche, le théoricien du droit façonne le réel pour lui donner une consistance juridique et permettre son appréhension : par le droit en général, par les praticiens en particuliers et surtout les juridictions qui en donnent une interprétation et donc une nouvelle réalité. Tous deux, droit spontané et droit endogène, permettent de caractériser une norme, apparemment indépendante du processus de création du droit commun, issu de pratiques localisées, et donc à la fois indépendante et originale. Ils donnent également aux usages juridiques traditionnels un aspect résolument contemporain traduisant la capacité d'innovation juridique des communautés locales, donnant ainsi une coloration juridique à la notion de « *bottom-up* ».

2^{NDE} PARTIE. LA CONSTRUCTION D'UN PLURALISME JURIDIQUE FONDE SUR LA PROTECTION DE L'EAU

« Dans un monde pluriel, la force et la légitimité du droit ne tiendront plus uniquement à son unité »¹²⁶⁸. Ce constat, des plus contemporains, souligne la nécessité d'appréhender, voire de créer un système juridique pluriel tout en conservant sa cohérence. La doctrine juridique est parfois réticente à voir dans les droits traditionnels un objet d'étude juridique contemporain du fait que « les droits traditionnels sont des énigmes qui laissent perplexes, parce qu'ils ne se rapportent pas clairement à nos catégories juridiques : ils sont « méconnaissables » par la science juridique étatiste »¹²⁶⁹. Toutefois, certains ordres juridiques territoriaux, dont les pratiques traditionnelles sont encore d'actualité, méritent une analyse juridique approfondie qui dépasse le champ de la sociologie et de l'histoire du droit pour s'ancrer dans une doctrine plus généraliste.

Cette analyse juridique, du fait de l'objet des pratiques traditionnelles, nécessite une approche par le droit de l'environnement. L'exemple de la Dombes est à ce titre prégnant puisqu'il est l'objet d'une confrontation entre droit commun de l'eau et droit coutumier. Il n'apparaît plus nécessaire à ce titre, de chercher à définir un statut juridique unique de l'eau par le droit de l'environnement dès lors que cette question a fait l'objet de nombreuses études¹²⁷⁰. Nous inscrivant dans la continuité de ces recherches, aux résultats desquels nous souscrivons, nous attacherons à démontrer que les normes spontanées identifiées précédemment coexistent avec un système juridique global. Cette cohabitation juridique est nécessaire à la survie des usages traditionnels de l'eau, que ceux-ci soient intégrés par la norme « globale » ou persistante en tant que norme *praeter legem*¹²⁷¹. A notre sens, c'est la coexistence d'un droit étatisé et d'un droit spontané, le second étant complémentaire du premier, qui assure la meilleure préservation de la ressource. Cette complémentarité des ordres juridiques, local et national, au travers du pluralisme juridique, est la condition de l'effectivité de la norme environnementale qui, aujourd'hui tend à préserver les ressources

¹²⁶⁸ MEHDI R., 3 questions à Rostane Mehdi, *JCP G* 2017, n° 4, p. 96.

¹²⁶⁹ FERAL F., Forme, contenu et mode de production de la norme juridique. L'intégration des règles traditionnelles en droit positif : l'exemple des prud'homies des pêcheurs de Méditerranée, in MAYER N. et DAVID C. (Dir.), *L'intégration de la coutume dans la norme environnementale*, Bruylant, 2012, p. 88.

¹²⁷⁰ GUDEFIN J., *Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, préc. ; FARINETTI A., *La protection juridique des cours d'eau*, préc.

¹²⁷¹ PERMINGEAT F., *La coutume et le droit de l'environnement*, préc.

dans une démarche de développement respectueux des territoires ruraux. La gestion spontanée des éléments de l'environnement, considérés comme des communs, et plus particulièrement l'eau qui circule en Dombes, pose nécessairement la question du pluralisme juridique qui fait suite à un pluralisme sociétal¹²⁷². De ce fait, la gestion juridique des communs environnementaux conduit à envisager de dépasser l'analyse classique du droit selon le « *dogme de la loi* »¹²⁷³. Cette tentative de dépasser la dimension légale du droit conduit une partie de la doctrine à réhabiliter la coutume comme source de droit, et ce malgré le constat impuissant de la perte de force normative de la coutume en général : « *prescriptive, la règle coutumière devient indicative. Sous cette acception, le juridique ne règle pas l'ordre social, il est le témoin neutre de la distribution séculaire de communautés culturelles sur un espace* »¹²⁷⁴. Néanmoins, l'étude du cas singulier de la Dombes démontre la vitalité de cette source de droit et permet de réfuter cette analyse puisqu'il y existe un ensemble de règles organisant les relations entre membres d'une communauté de propriétaires et d'exploitants d'étangs, structurant donc l'ordre social propre à cette communauté. Indépendamment du droit commun, la coutume subsiste et évolue. En outre, le pluralisme juridique ne peut se limiter à accepter la coexistence de deux ordres normatifs qui subsistent parallèlement et tant bien que mal sur un même territoire. Au contraire, la consécration et la pérennisation du pluralisme juridique appliqué à la gestion collective d'un milieu ne sont possibles que s'il est appréhendé par l'idée de conciliation, inhérente aujourd'hui au concept de développement durable, et qui suppose de mettre en rapport les objectifs généraux imposés par le droit commun et les pratiques territoriales. Ainsi « *émerge ce qu'on nomme gouvernance, à la confluence du droit posé, du droit voulu, des pratiques et des valeurs sur un territoire donné, et qui distribue au sein d'une organisation d'hommes ce qui procède de la validité et de la légitimité* »¹²⁷⁵.

L'étude de la gouvernance locale de la ressource en eau nécessite dès lors d'analyser d'abord la conciliation des usages *a priori* contradictoires mais qui se révèlent finalement mutuellement bénéfiques (Titre 1), et ensuite, des mécanismes juridiques qui n'ont pas été pensés de manière à atteindre les mêmes objectifs (Titre 2).

¹²⁷² Le ROY E., Sous les pavés du monologisme juridique. Prolégomènes anthropologiques, in PARANCE B. et SAINT-VICTOR J., *Repenser les biens communs*, préc., p. 92.

¹²⁷³ BARRIERE O., L'empire de l'appropriation face au sens du commun : un enjeu de paradigme juridique, in TAURISSON-MOURET D. et De MARI E. (dir.), *L'empire de la propriété*, préc., p. 241.

¹²⁷⁴ ASSIER-ANDRIEU L., Penser le temps culturel du droit. Le destin anthropologique du concept de coutume, *L'Homme* 2001, n° 160, p. 82.

¹²⁷⁵ NAIM-GESBERT E., *Droit de l'environnement*, préc., p. 146.

Titre 1. La réponse de la gestion traditionnelle de l'eau aux objectifs du droit positif

L'avènement des principes écologiques dans le droit de l'environnement modifie considérablement l'ordonnancement juridique lié à l'exploitation de la ressource en eau. Ils sont susceptibles d'avoir pour effet, d'une part, de remettre en cause l'ensemble des pratiques et des règles juridiques spontanées qui les organisent et, d'autre part, de consacrer dans le droit commun, les principes que l'on peut qualifier d'écologiques et qui guident l'organisation de la gestion traditionnelle de l'eau à l'échelle d'un territoire comme celui de la Dombes. A ce titre, le principe de complémentarité tel qu'il est inséré au sein du Code de l'environnement mérite une attention toute particulière. Il est désormais inscrit dans la loi : « *Le principe de complémentarité entre l'environnement, l'agriculture, l'aquaculture et la gestion durable des forêts, selon lequel les surfaces agricoles, aquacoles et forestières sont porteuses d'une biodiversité spécifique et variée et les activités agricoles, aquacoles et forestières peuvent être vecteurs d'interactions écosystémiques garantissant, d'une part, la préservation des continuités écologiques et, d'autre part, des services environnementaux qui utilisent les fonctions écologiques d'un écosystème pour restaurer, maintenir ou créer de la biodiversité* »¹²⁷⁶. La « *formulation particulièrement indigeste* »¹²⁷⁷ de cette disposition interpelle à plusieurs égards. D'abord, la doctrine a émis des doutes quant à sa valeur de principe du droit de l'environnement, n'y percevant qu'un objectif de politique publique¹²⁷⁸, témoignant ainsi de la difficulté d'identifier les principes du droit de l'environnement désormais au premier article du Code concerné. Ensuite, cet objectif témoigne surtout de l'interdépendance des activités agricoles et de la protection de l'environnement, et donne une dimension législative à la complémentarité des activités exercées sur un territoire rural à l'image de la Dombes : pisciculture, agriculture, chasse et tourisme s'intègrent dans un milieu naturel à nécessairement préserver. Le régime d'utilisation du sol alternant *assec* et *évolage* traduit d'ailleurs, à lui seul la conciliation entre exploitation de la ressource hydraulique et de la terre¹²⁷⁹. Enfin, la complémentarité à laquelle incite désormais le droit de l'environnement est entendue vis-à-vis des pratiques, mais elle sous-entend, lorsque l'on s'attarde à l'étude de la protection de l'environnement en Dombes, une complémentarité de droits. L'étude des liens

¹²⁷⁶ Code de l'environnement, art. L. 110-1.

¹²⁷⁷ CANS Ch. et CIZEL O., *Loi Biodiversité, ce qui change en pratique*, Editions législatives, 2017, p. 76.

¹²⁷⁸ DOUSSAN I., Point de vue, in CANS Ch. et CIZEL O., *Loi Biodiversité, ce qui change en pratique*, préc., p. 78.

¹²⁷⁹ GAZZANIGA J.-L. et a., *Le droit de l'eau*, préc., p. 11.

entre droit de l'environnement et droit spontané local suppose d'abord donc d'analyser la manière dont ils sont conciliés par l'emprunt du droit local de certains mécanismes du droit législatif (Chapitre I). Ensuite, la réalisation de certains objectifs du droit de l'environnement traduit une complémentarité entre ces deux ordres normatifs pour la préservation des milieux (Chapitre 2).

Chapitre 1. L'interprétation du droit local à l'aune du droit de l'eau

En règle générale, l'ensemble des pratiques agricoles locales fondées sur l'exploitation collective de « communs » ont pour objet la gestion et la mise en valeur d'éléments de nature, qu'il s'agisse de plans d'eau, de forêts, de prairies, de pâturages ou de cours d'eau. Cet état de fait impose l'évolution des pratiques en fonction de l'état physique de ces éléments de nature dans un but de conservation et de pérennité des pratiques. Ces dernières doivent ainsi être conciliées avec l'objectif de protection des ressources, et notamment en ce qui concerne la ressource en eau dont l'usage induit un certain nombre de pressions, qualitatives et quantitatives¹²⁸⁰. La place qu'occupe l'eau dans son environnement rural est d'ailleurs toujours le fruit d'une conciliation entre différents intérêts et qui traduisent l'existence d'un double équilibre¹²⁸¹ fragile, entre usage et préservation¹²⁸², ainsi qu'entre utilisation privative et préservation des intérêts des tiers¹²⁸³. Cette conciliation d'intérêts transparait dès les origines du traitement juridique de l'eau et traduit une volonté de maîtrise et de préservation des ressources¹²⁸⁴. Inséparable du milieu dans lequel elle évolue, l'eau est désormais appréhendée en droit par le prisme de la science et doit être traitée comme l'élément fondamental d'un ensemble plus large qualifié d'écosystème : eau et milieu aquatique ne peuvent être qualifiés indépendamment l'un de l'autre¹²⁸⁵. Intégré explicitement au sein du droit de l'environnement positif, la notion d'écosystème aquatique n'en est pas moins implicitement présente au sein du droit spontané local (Section 1). L'étang en Dombes, envisagé comme un écosystème aquatique complexe, et les règles juridiques qui l'accompagnent, se révèlent omniprésents dans les politiques publiques d'aménagement du territoire (Section 2).

¹²⁸⁰ Conseil d'Etat, *L'eau et son droit*, préc., p. 32-33.

¹²⁸¹ En ce sens, BILLET Ph., *L'usage de l'eau mis en règle : entre droit des équilibres et équilibre des droits*, préc.

¹²⁸² GUDEFIN J., *Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, préc., p. 82.

¹²⁸³ GAZZANIGA J.-L. et a., *Le droit de l'eau*, préc., p. 11.

¹²⁸⁴ UNTERMAIER J., *Le droit de l'environnement, réflexion pour un premier bilan*, PUF, 1981, p. 2.

¹²⁸⁵ FARINETTI A., *La protection juridique des cours d'eau*, préc., p. 215.

Section 1 : Le traitement juridique de l'eau comme élément d'un écosystème

De façon générale, Eric Naim-Gesbert énonce, à propos du droit de l'environnement que « *pour s'adapter au réel écologique, par nature complexe, ce droit l'épouse* »¹²⁸⁶. Le droit de l'eau, comme le droit de l'environnement général, ou toute autre branche de la science juridique, retranscrit le plus fidèlement possible les interactions entre l'homme et son milieu ainsi qu'entre les hommes eux-mêmes. La connaissance scientifique de l'objet d'une réglementation est dès lors indispensable, plus encore lorsque cet objet est l'environnement ou un milieu naturel spécifique avec des processus biologiques propres. Dès lors, droit de l'environnement et sciences sont dorénavant indissociables¹²⁸⁷. Inversement, et de toute évidence, le droit spontané en Dombes, essentiellement d'origine coutumière, ne s'est pas fondé sur des considérations scientifiques. Il en résulte une confrontation des ordres normatifs dans leur rapport à la science pour appréhender la ressource naturelle (I). Pour autant, le droit spontané intègre les préceptes scientifiques de la gestion de l'eau puisqu'il intègre une dimension écologique de la réglementation de ses usages (II).

I. La confrontation des ordres normatifs dans l'appréhension des réalités scientifiques

L'apport de la science dans le droit de l'environnement est indéniable. C'est l'alerte donnée par certains scientifiques dans les années 1960 et 1970 qui ont permis l'émergence d'une conscience écologique ou du moins, de la conscience des limites de la Nature. Pour appréhender le réel écologique, le droit de l'environnement a dû intégrer des notions scientifiques spécifiques, ce qui donne à cet ensemble normatif original, son caractère technique. Selon le Professeur Prieur, la science et le droit, en matière de protection de l'environnement, se rejoignent dans l'incertitude, poussant « *la société à une autre pratique sociale du droit et de la science* »¹²⁸⁸, aboutissant au droit de l'environnement moderne issu notamment de la loi Barnier de 1995 et de la codification de 2000. Si le fait scientifique inspire la régulation juridique en faveur de la protection des ressources naturelles (A), le

¹²⁸⁶ NAIM-GESBERT E., *Droit général de l'environnement*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2014, p. 30.

¹²⁸⁷ Voir notamment, CHARBONNEAU S., Les rapports du droit et de la biologie dans l'encadrement juridique de la gestion des espèces animales, *Natures Sciences Sociétés* 2006, NS, p. 43.

¹²⁸⁸ PRIEUR M., Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement, in *Incertitude juridique, Incertitude Scientifique*, Les Cahiers du CRIDEAU n° 3, PULIM, 2001.

pragmatisme technique des individus dont les pratiques ont conduit à l'émergence du droit coutumier qui ignore l'urgence écologique (B).

A. La promotion scientifique de la nécessité de préserver la ressource

Saisir le réel, saisir le savoir scientifique, est conditionné, pour le droit, à l'exigence d'intelligibilité, en posant dans la loi, la réglementation ou plus largement dans toute norme, des mots et des expressions qui font sens et qui restent fidèles à la réalité du terrain. Ainsi, le droit de l'environnement s'adonne à cet exercice, et pour s'adapter aux processus écologiques, crée son propre vocabulaire¹²⁸⁹. En ce sens, « *le droit de l'environnement est à part dans le monde juridique : il doit, pour satisfaire sa finalité, allier la fiction juridique et le réel écologique en un rapport d'adéquation le plus juste et le plus objectif possible* »¹²⁹⁰. Le droit de l'environnement, selon le Professeur Naim-Gesbert, « *crée, par des signes intelligibles, du sens pour saisir la réalité écologique –écologiquement* »¹²⁹¹. Ainsi, cette branche du droit s'imprègne des concepts venus des sciences dites dures (1), afin de mettre en évidence et de légitimer la nécessité d'adopter une vision écologique de la gestion des ressources naturelles (2).

1. La création d'un vocabulaire propre au droit de l'environnement à travers les concepts scientifiques

Cela est une évidence, la préservation de la biodiversité et des ressources naturelles, notamment de la ressource en eau, relève de l'absolue nécessité. Cette nécessité est affirmée par les chercheurs en sciences de la nature, et notamment François Ramade. Ce dernier prédit d'ailleurs l'éventualité d'une « guerre de l'eau »¹²⁹², expression que l'on retrouve chez nombre d'auteurs en sciences de la terre, mais également en sciences sociales, et qui traduit l'inquiétude des chercheurs quant à la capacité de l'humanité à préserver tant qualitativement que quantitativement la ressource¹²⁹³. Dès lors, la doctrine scientifique a agi à la façon de donneurs d'alerte, en ce qui concerne les préoccupations concernant l'eau, mais aussi

¹²⁸⁹ NAIM-GESBERT E., La maturité du droit de l'environnement, *RJE* 2010, n° 2, p. 231.

¹²⁹⁰ NAIM-GESBERT E., La science et le principe de non-retour, in PRIEUR M. (dir.), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012, p. 127.

¹²⁹¹ NAIM-GESBERT E., L'écosystème saisi par le droit, *RJE* 2015, n° 1, p. 5.

¹²⁹² RAMADE F., *Eléments d'écologie*, préc., p. 701.

¹²⁹³ TIEN-DUC N., *La guerre de l'eau aura-t-elle lieu ?*, Johanet, 2004.

concernant l'environnement en général. Les débuts de la prise de conscience écologique sont généralement datés des années 1960 et plus particulièrement en 1962, année de la publication de l'ouvrage de Rachel Carson, *Silent spring*¹²⁹⁴.

François Ost l'affirme, « *juristes et scientifiques, pareillement mobilisés par l'urgence écologique, sont condamnés à s'entendre* »¹²⁹⁵. La doctrine juridique, et plus particulièrement le professeur Naim-Gesbert, s'est appliqué à mettre en œuvre cette injonction en analysant la genèse scientifique du droit de l'environnement¹²⁹⁶ et ce que cette discipline emprunte aux sciences¹²⁹⁷. L'observation scientifique du réel écologique est le fondement du droit de l'environnement dans le sens où ce sont les scientifiques qui ont alerté sur l'impérieuse nécessité de préserver la nature, les espèces, et qui ont ainsi conduit à l'élaboration d'un arsenal juridique complet et complexe à cet effet. Pour autant, la science ne résout pas tous les problèmes environnementaux et en ce sens, le droit la rejoint « *dans le brouillard de l'incertitude* »¹²⁹⁸. Quoi qu'il en soit, le langage scientifique imprègne le droit de l'environnement général et fait apparaître dans la norme, des expressions nouvelles, inconnues jusqu'alors, mais pourtant indispensables pour appréhender le réel environnemental¹²⁹⁹.

En matière de droit de l'environnement, et *a fortiori* en ce qui concerne le droit de l'eau, la réglementation intègre des concepts scientifiques qui tendent à devenir des principes juridiques au statut variable¹³⁰⁰. Ces principes issus des sciences dites « dures » viennent combler certaines lacunes conceptuelles du droit de l'environnement¹³⁰¹, ou plus généralement du droit en ce qu'il appréhende le fait environnemental dans sa dimension scientifique.

L'étude écologique de la ressource aboutie à son appréhension globale par le droit, l'eau étant sans nul doute l'élément naturel le mieux appréhendé par le droit¹³⁰². Ce constat est permis

¹²⁹⁴ CARSON R., *Printemps silencieux (Silent spring, 1962)*, Wildproject Editions, 2014.

¹²⁹⁵ OST F., *La nature hors la loi*, Ed. La Découverte, 2003, p. 89.

¹²⁹⁶ NAIM-GESBERT E., *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruylant, 1999.

¹²⁹⁷ NAIM-GESBERT E., *Droit général de l'environnement*, préc., p. 15.

¹²⁹⁸ PRIEUR M., Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement, *préc.*, p. 11.

¹²⁹⁹ DELHOSTE M.-F., Le langage scientifique dans la norme juridique, in *Incertitude juridique, Incertitude Scientifique*, p. 58.

¹³⁰⁰ Le Professeur Untermaier distingue les concepts descriptifs des principes techniques, tous issus des sciences de la vie. Le principe de gestion équilibrée et durable constitue ainsi un principe technique. V. UNTERMAIER J., *Les principes du droit de l'environnement*, op. cit., p. 207. Adeline Meynier pour sa part distingue les concepts descriptifs de l'environnement des concepts prescriptifs visant à la protection des milieux. V. MEYNIER A., *Les concepts en droit de l'environnement*, Thèse de droit, Lyon 3, 2017, dactyl.

¹³⁰¹ UNTERMAIER J., *Le droit de l'environnement. Réflexions pour un premier bilan*, 1981, PUF.

¹³⁰² Elle fait en effet l'objet d'une infraction pénale spécifique en cas de pollution des cours d'eau, d'une

par la dimension fortement scientifique des régimes juridiques dont elle fait l'objet, dimension traduite par le vocabulaire utilisé par les législations sur l'eau depuis 1964 et le choix d'organiser sa gestion à une échelle écologiquement cohérente : le bassin hydrographique. La dimension scientifique du droit de l'eau est également appréciable au sein des dispositions relatives aux continuités écologiques¹³⁰³, ou des zones humides¹³⁰⁴ dont les critères d'identification sont particulièrement techniques par exemple. Ainsi, les notions scientifiques deviennent des critères de qualifications juridiques. Les analyses techniques de l'environnement sont traduites en droit et la façon dont les sciences décrivent les interactions naturelles est insérée dans la réglementation. De cette manière, le « *réel écologique se transforme alors en norme juridique* »¹³⁰⁵. La mutation de la science en droit a pour objectif de parvenir à déterminer un régime juridique propre à préserver la ressource.

2. *L'enjeu de la gestion de l'eau commandé par la nécessité de préservation de la ressource*

« *Aujourd'hui, qu'il s'agisse du domaine de l'eau ou des installations classées, les conditions d'intervention de la décision publique sont essentiellement relatives à la valorisation des découvertes scientifiques* »¹³⁰⁶. Il s'agit, en ce qui concerne la ressource en eau, d'en permettre une préservation efficace, et d'en favoriser un usage respectueux des impératifs écologiques. En ce sens, le droit « traduit » juridiquement, les exigences de l'écologie¹³⁰⁷. Ce phénomène de la traduction du fait scientifique en droit, est explicite en droit de l'environnement, et implicite mais bien présent dans les droits coutumiers.

La traduction de l'impératif de la préservation de l'eau par le droit nécessite de l'appréhender d'un point de vue écosystémique, c'est-à-dire comme élément d'un écosystème. Cette notion peut être définie comme une unité écologique composée d'un environnement abiotique (le biotope) et d'une communauté vivante (la biocénose) en constante

planification spécifique et d'une échelle géographique de gestion qui lui est propre, ainsi que d'une police administrative qui lui est dédiée.

¹³⁰³ Définies à l'article L. 371-1 du Code de l'environnement, et qui tendent notamment à « *diminuer la fragmentation et la vulnérabilité des habitats naturels et habitats d'espèces et prendre en compte leur déplacement* ».

¹³⁰⁴ « *On entend par zone humide les terrains, exploités ou non, habituellement inondés ou gorgés d'eau douce, salée ou saumâtre de façon permanente ou temporaire* » (art. L. 211-1 C. env.).

¹³⁰⁵ MAKOWIAK J., Les continuités écologiques : des dynamiques urbaines aux normatives, *RJE* 2015, NS, p. 40.

¹³⁰⁶ DROBENKO B., La prise en compte de l'incertitude dans l'élaboration des textes sur l'environnement, *in Incertitude juridique, incertitude scientifique*, préc., p. 43.

¹³⁰⁷ GUDEFIN J., Le cycle de l'eau traduit par le droit, *RJE* 2016, n° 3, p. 224.

interaction¹³⁰⁸. La ressource qui fait l'objet d'un prélèvement ou d'un usage est ainsi indissociable d'un ensemble de relations naturelles entre les éléments qui composent le biotope dans lequel elle se trouve. Il est ainsi nécessaire de penser l'exploitation de l'eau vis-à-vis de l'écosystème dans lequel on la prélève car le prélèvement de la ressource induit des conséquences sur l'ensemble du biotope. L'exploitation de l'eau induit un impact tant sur sa qualité que sur sa quantité, et le droit de l'environnement a notamment pour objet de limiter les impacts sur la ressource et les milieux attenants, contraignant ainsi l'usage qui en est fait¹³⁰⁹. Cet objectif a été déterminant dans la définition du régime juridique appliqué à l'eau depuis la première grande loi sur l'eau de 1964¹³¹⁰ qui a amorcé la constitution d'une « *panoplie de compétences* » de police administrative visant l'encadrement public des usages de l'eau¹³¹¹. La directive-cadre sur l'eau du 30 octobre 2000¹³¹² a imposé l'objectif du « bon état écologique » des masses d'eau afin de guider les politiques publiques en la matière. Il s'agit d'une notion qui « *irradie l'ensemble des dispositions relatives à l'eau dans le Code de l'environnement* »¹³¹³, et qui permet de classer l'état écologique de l'eau en cinq catégories de « très bon », à « mauvais » à l'aide de critères écologiques. Le recours à des indicateurs scientifiques permet donc d'orienter les actions en faveur de la protection de l'eau en fonction de leur dégradation. L'ensemble du droit de l'eau est orienté par l'objectif d'atteindre le « bon état écologique »¹³¹⁴, et donc pour résorber les pollutions et limiter le risque de leur survenance.

De toute évidence, la gestion de l'eau ne se pose pas en ces termes sur le territoire de la Dombes, ni plus généralement dans le droit coutumier. Pour autant, certains coutumiers d'Ancien Régime ont intégré la nécessité de préserver les biens communs naturels en prévoyant la mise au ban de l'un des membres de la communauté d'exploitants d'une prairie, d'une forêt, d'une zone humide pour l'avoir surexploitée ou causé sa dégradation¹³¹⁵. Ainsi, la conciliation des activités menées sur un bien commun environnemental conduit la plupart des

¹³⁰⁸ RAMADE F., *Dictionnaire encyclopédique des sciences de la nature et de la biodiversité*, Ed. Dunod, 2008, p. 193.

¹³⁰⁹ GAZZANIGA J.-L. et a., *Le droit de l'eau*, préc., p. 53.

¹³¹⁰ Loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution, JORF du 18 décembre 1964, p. 11258.

¹³¹¹ ROMI R., *Droit de l'environnement*, 9^{ème} éd., LGDJ, 2016, p. 552.

¹³¹² Directive-cadre sur l'eau (DCE), n° 2000/60, préc.

¹³¹³ GUDEFIN J., *Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, préc., p. 229.

¹³¹⁴ Initialement, la DCE avait fixé l'année 2015 la date limite pour atteindre cet objectif. Force est de constater que cette ambition s'est soldée par un échec, le bon état écologique des masses d'eau n'étant pas encore atteint. V. par ex : BARTOUT P., L'incompréhension de la place prise par les plans d'eau dans l'Union européenne et ses conséquences réglementaires, *Noréis* 2015, n° 2, p. 17.

¹³¹⁵ FROMAGEAU J., L'histoire du droit. L'évolution des concepts juridiques qui servent de fondement au droit de l'environnement, in KISS A. (dir.), *L'écologie et la loi*, L'Harmattan, 1989, p. 27.

coutumes à développer des règles visant à préserver leurs qualités intrinsèques¹³¹⁶, les « *lois coutumières* »¹³¹⁷ étant plus adaptées à une gestion locale et favorables à un « *bon usage de l'eau* »¹³¹⁸.

Comme dans les anciens pays coutumiers, l'observation du fait scientifique et écologique n'est pas absente en Dombes où la construction de la norme repose justement sur la compréhension du milieu sur laquelle elle aura une incidence. Ainsi, par exemple, l'obligation d'entretien des fossés de vidange des étangs s'étend matériellement sur une distance plus ou moins longue en fonction de la pente du terrain¹³¹⁹. Bien qu'il soit imprégné d'une importante dimension technique et scientifique, et malgré son caractère pragmatique et empirique, le droit coutumier en Dombes n'a pas intégré l'impératif écologique.

B. *L'ignorance de l'urgence écologique dans le droit coutumier*

A l'image d'autres ordres juridiques que l'on peut qualifier de traditionnels, le droit de la gestion locale de l'eau en Dombes intègre les éléments de la nature et produit nécessairement des effets sur ces derniers, sans avoir pour objet leur préservation telle que l'on peut l'entendre au sens du droit de l'environnement moderne. Il s'agit, comme par exemple en droit coutumier malgache¹³²⁰, d'organiser une gestion traditionnelle de la nature. Le droit spontané, au sens large, présente une relation paradoxale à l'urgence écologique. D'une part, l'usage répond à un besoin exprimé par ses destinataires¹³²¹ qui peuvent être éloignés des préoccupations environnementales, et nécessite d'autre part l'écoulement d'une période plus ou moins longue pour se formaliser. Dès lors, se pose indéniablement la « *question de la capacité de la coutume à répondre à l'urgence écologique* »¹³²². On peut définir l'urgence écologique comme l'impératif contemporain de prendre conscience des limites de la nature et des capacités de résilience de l'environnement, qui impose d'adapter le droit en conséquence. Des dissonances apparaissent logiquement entre la temporalité du droit coutumier et l'urgence

¹³¹⁶ OST F., *La nature hors la loi*, préc., p. 47.

¹³¹⁷ JAUBERT DE PASSA F., *Recherches sur les arrosages chez les peuples anciens*, Ed. V^{ve} Bouchard-Huzard, 1846-1847, 5 tomes.

¹³¹⁸ INGOLD A., Gouverner les eaux courantes en France au XIX^e siècle Administration, droits et savoirs. *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 2011, n° 1, p. 69.

¹³¹⁹ TRUCHELUT A., préc., p. 247.

¹³²⁰ Voir, sur les difficultés d'articulation entre droit coutumier et droit étatique malgache : PRIEUR J., Coutume, pratique et droit positif à travers la protection des ressources naturelles renouvelables de Madagascar, *Droit de l'environnement* 2017, n° 262, p. 403.

¹³²¹ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., p. 39.

¹³²² PERMINGEAT F., *La coutume et le droit de l'environnement*, thèse préc., p. 246.

écologique (1), malgré une lente évolution tendant à intégrer la seconde au sein du premier (2).

1. *Pluralisme des vérités scientifiques et des temporalités entre science et droit*

Olivier Barrière démontre les enjeux liés à l'appréhension par le droit de l'urgence écologique induite par l'impact du développement des activités humaines, au détriment de la préservation des écosystèmes. A ce titre, « *l'impact de l'humanité sur la planète érige les sociétés humaines en acteurs majeurs de la transformation et la pérennisation des écosystèmes* »¹³²³. Dès lors, le droit doit avoir pour objet d'intégrer cet enjeu et de s'y adapter en créant les outils juridiques et en donnant les moyens aux communautés humaines d'endiguer l'irréversible dégradation des milieux naturels. Le droit français a d'ailleurs embrassé cet enjeu par l'intégration de la Charte de l'environnement au sein du bloc de constitutionnalité en 2005¹³²⁴, dont les considérants affirment notamment que la « *préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation* »¹³²⁵. Le droit commun, sous ce fondement et du fait des nombreuses ramifications du droit de l'environnement, ainsi que la mise en œuvre du principe d'intégration dans d'autres branches du droit, absorbe désormais pleinement le défi que représente la préservation des écosystèmes. L'urgence signifie une nécessité d'agir sans délai, dans les pratiques et les représentations que les sociétés humaines se font de l'environnement. Pour le législateur, cette action se traduit par la promotion d'un développement durable, mais se révèle insuffisante à bien des égards¹³²⁶. Pour autant, le champ du droit de l'environnement ne cesse de croître et d'influencer l'ensemble de la matière juridique, au point que la doctrine pense désormais « *l'environnementalisation du droit* »¹³²⁷, réaffirmant que « *le droit s'est enrichi avec la protection d'un objet inédit* »¹³²⁸. La prise de conscience écologique entraîne donc le droit à évoluer, étant entendu qu'est essentiellement visé ici le droit commun,

¹³²³ BARRIERE O., *Eléments d'une socio-écologie juridique : le droit face à l'urgence écologique, essai d'une anthropologie juridique de l'environnement*, Mémoire d'habilitation à diriger des recherches, mai 2012 [en ligne].

¹³²⁴ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005, JORF du 2 mars 2005, p. 3697.

¹³²⁵ Charte de l'environnement, 2004, Considérants, al. 6.

¹³²⁶ BARRIERE O., *Eléments d'une socio-écologie juridique*, préc., p. 12.

¹³²⁷ Colloque de l'Université Jean Moulin Lyon 3, 1^{er} juin 2018, actes à paraître. Evènement en l'honneur du professeur Sylvie Caudal et réflexions à partir de ses travaux, et notamment de sa thèse sur le principe d'intégration (préc.).

¹³²⁸ UNTERMAIER J., *Le droit de l'environnement : réflexions pour un premier bilan*, *Année de l'environnement. Volume I.*, PUF, 1981, p. 5.

principalement issu de la loi. En effet, d'un autre côté, le droit coutumier semble relativement hermétique à ces enjeux. La dimension environnementale de la gestion des étangs de la Dombes en droit intervient presque uniquement à travers son aspect sanitaire, la question écologique étant absente de l'examen de l'utilité sociale des étangs¹³²⁹. Des critiques ont pour autant été formulées à l'encontre de ce droit local, et notamment des anciens droits d'usage tels que le droit de rouissage du chanvre dans l'eau des étangs, en Dombes comme dans d'autres régions humides¹³³⁰. Toutefois, ces critiques restent focalisées sur les questions sanitaires et donc anthropocentrées.

Le droit révèle une certaine conception des enjeux sociaux et environnementaux. Une partie de la doctrine voit dans le droit une façon de produire du réel. Il serait alors producteur d'une vérité, ou plus exactement, il serait la source « *de la production juridico-scientifique de la vérité* »¹³³¹. En tout état de cause, la norme juridique intègre les données du réel et influence les comportements des individus. En ce sens, le droit commun, essentiellement d'origine législative, contribue à façonner le réel, y compris en matière environnementale, en intégrant la fragilité des écosystèmes et en en faisant des objets de protection. L'environnement est donc, de cette façon, appréhendé de façon subjective parce que perçu à travers le prisme de la volonté du législateur. Il ne semble pas que ce raisonnement puisse être tenu en ce qui concerne le droit coutumier, et plus largement le droit spontané qui ne semble être que le reflet des réalités territoriales, puisqu'il répond nécessairement aux pratiques locales. Dans ce cas, le droit coutumier en Dombes, en ce qu'il règle les relations entre individus par rapport à l'usage des ouvrages hydrauliques, permet la perpétuation des pratiques locales et la préservation de la ressource en eau nécessaire à l'exploitation de ces ouvrages.

La coutume se construit dans le temps long et peut, de prime abord, présenter un caractère désuet « *inadapté aux contraintes qu'impose la sauvegarde de la biosphère, laquelle s'inscrit dans l'urgence* »¹³³². Les coutumes, en général, « *parlent peu du droit de l'eau* »¹³³³. On observe donc une asynchronie dans l'approche de la gestion des ressources entre droit coutumier et droit de l'environnement, et plus généralement, entre droit coutumier et constats

¹³²⁹ PERMINGEAT F., *La coutume et le droit de l'environnement*, préc. p. 251.

¹³³⁰ *Ibid.*

¹³³¹ SAMSON D., Le droit comme fabrique du réel, in SAMSON D. et MILON P., *Révolution scientifique, révolution juridique, vers une fondamentalisation du droit de l'environnement*, PUAM, 2014, p.3 13.

¹³³² PERMINGEAT F., *La coutume et le droit de l'environnement*, préc., p. 246.

¹³³³ GAZZANIGA et a., *Le droit de l'eau*, préc., p. 11.

scientifiques, ainsi qu'entre le temps de construction de la norme spontanée et l'urgence environnementale. Ce décalage tient à l'accélération des considérations environnementales et la lente adaptation du droit coutumier à ces enjeux. En outre, le lien entre protection de l'environnement et droit est essentiellement établi par le biais de décisions administratives en matière de gestion des ressources naturelles et, *a fortiori*, en matière de gestion de l'eau¹³³⁴. Or, évidemment, le droit local applicable à la gestion de l'eau des étangs de la Dombes ne fait traditionnellement pas intervenir la décision publique, en dehors de la police de l'eau qui a nécessairement un impact sur les décisions de mettre ou remettre en eau un plan d'eau¹³³⁵, alors même que la production de l'acte est sans commune mesure en termes de temporalité avec la production coutumière. Cela est susceptible d'expliquer le fait que le droit local est traditionnellement éloigné des préoccupations scientifiques, puisque la « validation » du savoir scientifique transparait essentiellement au travers des politiques publiques et décisions administratives. De ce point de vue, les thèses défendues par les scientifiques, que cela concerne l'hygiénisme ou l'écologie, ont pénétré le droit local que de façon indirecte¹³³⁶ : à la croyance en l'insalubrité des étangs a désormais succédé la conscience de l'étang comme un milieu producteur de services écosystémiques. L'adaptation des droits locaux aux enjeux écologiques induit la nécessité d'envisager de recourir à une autre forme de norme, tant il semble *a priori* inapproprié de recourir à la coutume afin d'y apporter des réponses opportunes¹³³⁷. En effet, le droit coutumier semble *a priori* inadapté à apporter une réponse aux enjeux environnementaux, et nécessite, en outre, un temps relativement important avant de pouvoir être constitué. Le temps long de la construction de la coutume semble, là encore, constituer un obstacle à la résolution des enjeux causés par l'urgence écologique. En tout état de cause, cette prise en compte de l'urgence écologique dans le droit coutumier doit passer par une nouvelle façon d'appréhender la ressource en eau.

¹³³⁴ GAZZANIGA et a., *Le droit de l'eau*, préc., p. 19.

¹³³⁵ Cette exigence était d'ailleurs déjà présente sous l'Ancien Régime, seul le seigneur pouvait autoriser l'érection d'une chaussée (digue) dans le but de créer un étang (cf. *infra*).

¹³³⁶ Bien qu'elles aient, au cours de l'histoire de la Dombes, eu une grande influence sur le sort qu'a été réservé aux étangs.

¹³³⁷ BARRIERE O., Repenser le droit de l'environnement dans une conception renouvelée du développement durable. Prospective d'un « droit de la coviabilité » des systèmes sociaux et écologiques, in BLAISE S. et a. (Dir.), *Le développement durable en Océanie. Vers une éthique nouvelle ?*, PUAM, 2015, p. 240.

2. *Un lent changement de paradigme dans l'appréhension de la ressource par le droit coutumier*

De façon paradoxale, le fait écologique est pourtant omniprésent en Dombes puisque les éléments naturels, et plus précisément l'eau, façonnent le territoire et en font une région unique de ce point de vue. Les protections juridiques dont elle bénéficie en tant qu'espace naturel en témoignent. Eric Naim-Gesbert affirme que l'existence même du droit de l'environnement dépend de sa capacité d'adéquation au réel écologique¹³³⁸. De la même manière, l'adaptabilité de la norme coutumière permet d'appréhender l'ensemble des éléments de l'environnement, et ainsi, de se perpétuer au prix de son adaptation.

D'un point de vue du droit local contemporain, c'est-à-dire du droit territorialisé, le plan local d'urbanisme (PLU) d'Ambérieux-en-Dombes définit les caractéristiques hydrologiques de la commune comme une « *hydrographie typiquement dombiste* », qui se traduit par « *une faible dénivelée ; un grand réseau de fossés en lien avec les étangs ; de rares ruisseaux : ruisseaux de l'Orme et de la Pierre (affluent du ruisseau du Formans)* »¹³³⁹. Ainsi, la ressource en eau est particulièrement abondante mais demeure considérée comme rare dans le sens où l'accès à l'eau se révèle parfois complexe. Gérer la rareté a été l'objectif principal des occupants de la Dombes des étangs, et c'est d'ailleurs ce phénomène qui a créé l'interaction solidaire qui existe entre les différents propriétaires et exploitants d'étangs : une interdépendance de fait que le droit a permis de consolider et de garantir.

La rareté de l'eau en Dombes a été prise en considération dans le droit coutumier et ses écritures successives. Son exploitation entraîne la constitution de communautés d'usagers¹³⁴⁰ liées à la ressource dont la gestion se révèle utilitariste et n'a pas de finalité écologique. L'objectif de la réglementation de l'usage de l'eau en Dombes est de garantir son égal accès à tous. La gestion de la rareté de l'eau (bien identifiée dans le droit coutumier) est orientée de façon à permettre son exploitation, et donc à garantir une gestion économe mais utilitariste de la ressource. En ce sens, la coutume demeure la concrétisation juridique des besoins de ceux dont les comportements la forgent et à qui elle s'applique. Ces besoins sont, au même titre que les pratiques, susceptibles de connaître des évolutions.

¹³³⁸ NAIM-GESBERT E., *Théorie pour une norme environnementale acclimatée à l'outre-mer*, préc., p. 768.

¹³³⁹ PLU d'Ambérieux-en-Dombes, approuvé le 20 février 2014 et modifié le 19 mai 2016 et le 20 juillet 2017, Rapport de présentation, p. 39.

¹³⁴⁰ Cf. *supra.*, Partie I – Titre I – Chap. II.

A cet égard, « *la règle coutumière doit donc constamment être appréciée, pour son application, à l'aune de son environnement social immédiat et actuel* »¹³⁴¹. Ce constat conduit à la nécessité constante de « mettre à jour » le droit coutumier dans son caractère écrit afin de prendre en compte l'évolution des pratiques, mais également les évolutions politiques et sociales qui commandent à l'évolution de ces pratiques. Les enjeux environnementaux ont été portés à la connaissance du public dans les années 1970 par la communauté scientifique et ont, dès lors, peu à peu pénétré les pratiques agricoles et le droit. En comparaison, la coutume écrite de la Dombes réside essentiellement dans le « Truchelut », dont la deuxième édition date de 1904, à une période où les problématiques écologiques n'imprégnaient pas l'ensemble des pratiques humaines.

La limite de la nature non écologique de la coutume et des pratiques locales, réside dans la place qu'a prise, depuis le XIX^{ème} siècle, la décision publique dans la gestion de l'eau et des étangs en Dombes. En effet, dès le milieu du XIX^{ème} siècle, les autorisations de licitation des étangs faisaient intervenir un certain nombre d'avis de commission, et apportant dès lors un point de vue sanitaire, autrement dit, scientifique¹³⁴². L'étude de ce régime juridique évolutif permet de constater l'évolution des considérations scientifiques en ce qui concerne les espaces naturels et plus spécialement les zones humides. Là où l'on décèle aujourd'hui une incroyable richesse en termes de biodiversité, l'on regrettait la présence de nuisibles, bactéries et autres organismes dont l'homme devait se méfier, s'éloigner, voire détruire. Les nouveaux rapports à l'environnement influencent alors une nouvelle conception de l'intérêt général¹³⁴³ dont l'environnement n'est plus absent.

II. L'exploitation écologiquement cohérente de l'eau en Dombes

Les pratiques multiséculaires que l'on peut observer en Dombes n'ont pas été pensées dans une démarche écologique au sens où on peut l'entendre de nos jours. Pourtant, il a fallu prendre en compte les caractéristiques naturelles des lieux et de la ressource que l'on a entendu exploiter. La constitution de chaînes d'étangs n'a pas été réalisée au hasard puisque la disposition des étangs dépend de leur alimentation en eau¹³⁴⁴, et donc de la situation naturelle

¹³⁴¹ CORNUT E., La non-codification de la coutume kanak, in MEYER N. et DAVID C., *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale*, préc., p. 152.

¹³⁴² Voir sur ce point les développements consacrés à la place des procédures administratives dans le droit local.

¹³⁴³ Voir sur ce point les développements consacrés à l'intérêt général évolutif attaché aux étangs de la Dombes.

¹³⁴⁴ En ce sens, Collet décrivait : « *Nos étangs sont un amas des eaux qui tombent du ciel dans les champs, qu'on assemble et qu'on retient, par une levée de terre, ou chaussée ; laquelle par conséquent est élevée dans le lieu le*

des lieux. Dans cette démarche, il n'est pas fait de distinction de régime juridique dans l'appréhension de l'eau (A). Par ailleurs, l'exploitation piscicole, agricole et cynégétique de la vaste zone humide que constitue la Dombes a nécessité d'intégrer les connexions naturelles, autrement dit, ce que le droit de l'environnement caractérise aujourd'hui comme étant les continuités écologiques (B).

A. L'appréhension de l'eau dans l'unicité de la ressource

Le traitement juridique de la gestion de l'eau jouit d'un statut particulier au sein du droit de l'environnement dans le sens où il s'agit de la principale ressource naturelle dont l'exploitation, la gestion et la préservation sont appréhendées de façon écologique. En effet, d'un point de vue territorial, cela a déjà été abordé, une échelle administrative spécifique a été créée, s'inspirant directement de la réalité scientifique : le bassin hydrographique¹³⁴⁵. Ignorante du réel écologique, la coutume de la Dombes, en adoptant une gestion fondée sur une appréhension pragmatique de l'eau, consacre indirectement l'unicité juridique de l'eau (1), et parvient à retranscrire en droit les caractéristiques écologiques de l'eau et des milieux aquatiques (2).

1. La traduction de l'unité de la ressource en eau dans le droit spontané local

L'eau constitue un élément multiforme dont les multiples aspects sont appréhendés par des régimes juridiques différents¹³⁴⁶. La gestion de l'eau sur le territoire de la Dombes est spécifique du fait de son ancienneté et de la permanence des règles juridiques qu'elle induit. Bien avant la construction du droit de l'environnement, le droit coutumier a établi un régime consacrant sa dimension naturelle en la traitant de façon unitaire (a), et en adaptant sa gestion à une échelle cohérente (b).

plus bas du champ qu'on veut inonder et où on veut conserver l'eau » (COLLET Ph., *Explication des statuts et coutumes et usages observés dans la province de Bresse*, 1698).

¹³⁴⁵ GUDEFIN J., *Le statut juridique de l'eau*, préc., p. 618.

¹³⁴⁶ *Ibid.*, p. 471.

a. L'unité du régime juridique de l'eau dans le droit coutumier de la Dombes

La spécificité du droit coutumier de la Dombes est qu'il s'inscrit dans une appréhension unitaire de la ressource en eau. Contrairement aux dispositions de droit commun des articles 640¹³⁴⁷ et 641¹³⁴⁸ du Code civil qui établissent des servitudes et distinguent les droits de propriété et d'usage des eaux de ruissellement d'une part, et des eaux pluviales d'autre part, il n'existe pas, dans le droit coutumier, de statuts différents attribués aux eaux en fonction de leur origine. La distinction entre les eaux pluviales et les eaux de ruissellement en application du droit civil permet à un propriétaire d'accaparer les eaux qui tombent sur son fonds, ce qui n'est pas autorisé par le droit local. De son côté en effet, la coutume telle qu'elle a été présentée par Truchelut, intègre une véritable unité dans le régime juridique applicable à la ressource en eau. L'un des principes majeurs de cette réglementation coutumière est celui du partage de la ressource. Dans ce but, en présence d'étangs dépendants, le propriétaire inférieur ne peut opposer d'obstacle à l'écoulement des eaux provenant de l'étang situé sur le fond supérieur. Ainsi, le propriétaire ou l'exploitant de l'étang a « l'obligation de recevoir l'eau en amont et de la rétrocéder en aval »¹³⁴⁹. Il est ici question de « l'eau », sans effectuer de distinction de régime juridique en fonction de son origine : pluviale ou ruissellement. Dans le même esprit, Truchelut évoquait « les eaux » destinées à alimenter les étangs en aval selon « la pente naturelle des lieux » : « *Les propriétaires de fonds contigus et supérieurs à un étang ne doivent, sous aucun prétexte, détourner de cet étang, les eaux qui peuvent y arriver par la pente naturelle des lieux* »¹³⁵⁰. En ce sens « *il leur est interdit de faire sur leur propre fond et à leur profit un travail quelconque qui pourrait avoir pour but ou pour résultat d'empêcher les eaux de s'écouler dans l'étang contigu inférieur* »¹³⁵¹. Toutes les eaux doivent donc être gérées de façon identique et ne font pas naître de droits réels spécifiques selon leur provenance. La ressource en eau est donc appréhendée de façon globale : les étangs sont les réceptacles à la fois des eaux qui tombent du ciel, et des eaux qui ruissellent. D'une manière générale, l'égal accès de tous à la ressource en eau est considéré dans une conception unitaire de cette ressource. En ce sens, l'appréhension juridique de l'eau dans le droit local de la

¹³⁴⁷ « *Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué. Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement. Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur* ».

¹³⁴⁸ « *Tout propriétaire a le droit d'user et de disposer des eaux pluviales qui tombent sur son fonds [...]* ».

¹³⁴⁹ Chambre d'agriculture de l'Ain, *Recueil des usages locaux*, 1987, préc. p. 42. Ce principe a été repris de la même manière au sein de l'actualisation du Recueil des usages locaux effectuée en 2017.

¹³⁵⁰ TRUCHELUT A., 1904 préc., p. 285.

¹³⁵¹ *Idem*. P. 286.

Dombes est écologiquement cohérente puisqu'elle prend en compte cet élément naturel dans tous ses éléments. Cela induit une meilleure cohérence écologique, à l'échelle d'une chaîne d'étangs et, plus largement, d'un bassin versant, échelle plus cohérente écologiquement de la gestion de l'eau¹³⁵².

Le droit coutumier local tel qu'il est encore mis en œuvre intègre donc des servitudes coutumières cohérentes du point de vue de la nature de la ressource. Toute l'eau est gérée de la même façon et doit entrer dans le circuit de la chaîne d'étangs. En ce sens, la coutume dombiste répond aux exigences de la loi sur l'eau de 1992 consacrant l'unité physique de l'eau et qui lui applique un régime de police unifié¹³⁵³, ainsi que de la directive cadre sur l'eau de 2000 qui consacre cette unité physique de la ressource¹³⁵⁴. La contradiction apparente entre ce droit coutumier local et les articles 640 et 641 du Code civil interroge quant à la cohérence de ces mêmes dispositions au regard du droit de l'environnement tant interne qu'europpéen. Néanmoins, les objets différents de ces normes d'origines diverses expliquent ces apparentes incohérences : d'une part, le droit coutumier a pour objet d'organiser les rapports solidaires des usagers quant à la ressource dans un contexte géographique et social particulier, d'autre part le Code civil tend à régler le régime de propriété de l'eau de façon générale¹³⁵⁵, et enfin le droit de l'environnement vise à doter la ressource, considérée de façon unitaire, d'une protection juridique propre à assurer sa préservation.

b. Une unité hydrographique spécifique support de la gestion locale de l'eau

A l'unité du régime juridique de l'eau répond l'identification d'une appréhension écosystémique. En effet, sa gestion s'effectue à l'échelle d'une unité hydraulique particulière, traduisant l'adaptation locale du concept de bassin versant. De manière générale, l'unité du statut juridique de l'eau dépend de la conception unitaire que le droit présente de cette ressource¹³⁵⁶. Au sein du bassin versant d'un cours d'eau qui rassemble les eaux drainées par ce cours d'eau et ses affluents¹³⁵⁷, on identifie des sous bassins qui caractérisent la circulation de l'eau à une plus petite échelle géographique. Ainsi, « *le ruissellement, la convergence des*

¹³⁵² GUDEFIN J., *Le cycle de l'eau traduit par le droit*, préc.

¹³⁵³ *Ibid.*

¹³⁵⁴ GUDEFIN J., *Le statut de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, préc., p. 393.

¹³⁵⁵ De MALAFOSSE J., *L'eau qui endort*, Economica, 1989, p. 29.

¹³⁵⁶ *Ibid.*, p. 619.

¹³⁵⁷ Cf. infra, les développements concernant l'appréhension de la Dombes des étangs par la gestion de l'eau à l'échelle du bassin hydrographique Rhône-Méditerranée.

eaux puis leur déversement caractérisent le mouvement de l'eau qui fait le sous-bassin »¹³⁵⁸. Les notions de bassins versants, ou de sous-bassin sont primordiales pour la gestion de l'eau en Dombes, ses étangs pouvant être qualifiés « d'étangs de bassin versant », définis comme ceux « construits en fonction de la topographie pour récupérer les eaux de ruissellement d'un bassin versant »¹³⁵⁹. La notion de bassin versant, récurrente dans le discours sur les étangs en Dombes est ambiguë d'un point de vue du droit qui ne connaît que les bassins hydrographiques ou les sous-bassins¹³⁶⁰, et qui correspondent aux unités hydrauliques à l'échelle desquelles sont adoptées des règles de gestion de la ressource. En ce qui concerne la Dombes, le bassin versant est entendu comme l'espace géographique sur lequel s'écoule l'eau qui alimente une chaîne d'étangs¹³⁶¹. Ainsi, les plans d'eau qui forment une chaîne partagent un même bassin versant. Dès lors, la chaîne d'étangs, ou un groupe de chaînes partageant un même bassin versant, peut être considérée comme la traduction, en Dombes, d'une unité hydraulique adaptée aux spécificités de ce territoire et établie à une échelle écologiquement cohérente. Il est à préciser que ce bassin versant, contrairement à la définition juridique, n'est pas nécessairement constitué autour d'un cours d'eau, mais, du fait de l'aménagement particulier de la Dombes, autour d'eaux closes (fossés et étangs) qui sont les principaux réceptacles des eaux de ruissellement. Dans ce cadre, on observe, à la suite de Vanessa Manceron¹³⁶², que certains propriétaires dombistes, pragmatiques, ont cherché à optimiser la gestion de l'eau à l'échelle d'un bassin versant en faisant l'acquisition de l'ensemble des

¹³⁵⁸ GUDEFIN J., Le cycle de l'eau traduit par le droit, préc.

¹³⁵⁹ BILLARD R., *Les carpes : biologie et élevage*, INRA Editions, 1995, p. 250.

¹³⁶⁰ A l'échelle desquels sont adoptés les schémas d'aménagement et de gestion des eaux (SAGE, art. L. 212-3 C. Env.).

¹³⁶¹ Ou bien un groupe d'étangs rendus indépendants par le creusement de fossés de ceinture.

¹³⁶² MANCERON V., Être maître de l'étang, préc. L'auteur décrit comment une famille s'est rendue « maître » de la chaîne d'étangs : « À l'instar de bien d'autres propriétaires d'étangs, les Villeneuve ont œuvré dans le sens d'une unité foncière fondée sur l'unité hydraulique que constitue un bassin versant. Pour pallier la seule alimentation des étangs par les eaux de pluie, ces derniers sont reliés en chaîne afin que ceux qui se trouvent en aval récupèrent l'eau de l'amont quand les étangs supérieurs sont vidés pour être pêchés. « Pour un propriétaire dombiste, perdre de l'eau équivaut à lui arracher le cœur », me dit la descendante des Villeneuve. Sur la propriété, près de 8 kilomètres de rivières sont créés, redressés ou nivelés, avec une série de vannes permettant de répartir l'eau à volonté entre les différents étangs. Édouard Villeneuve (fils de Jean-Baptiste) décrit ce qu'il appelle ses « travaux d'eau » comme suit : Les travaux ont été entrepris dans deux petites ondulations de terrain formant vallées et créent deux régimes d'eau distincts. Dans la première vallée de Mezeray, le régime d'eau comprend une longueur de 7 000 mètres, le réservoir supérieur, l'étang Planche, inclus. Ces eaux remplissent 116 hectares d'étangs et irriguent 34 hectares de prés. [...] De sorte que dans cette vallée 170 hectares sont ou seront admis à bénéficier de mon aménagement. Dans la deuxième vallée, dite de Chapelier, mes travaux se développent sur une longueur de 3 000 mètres. J'ai des eaux supérieures très bonnes qui m'assurent le fonctionnement de 75 hectares d'étangs et l'irrigation d'environ 28 hectares de prés. La carte de circulation de l'eau associée à celle de l'évolution de la propriété des étangs des Villeneuve au cours du XIX siècle montre que, pour parfaire l'autonomie de la propriété en matière de gestion de l'eau, les Villeneuve acquièrent huit étangs qui font partie soit du bassin de Chapelier soit du bassin versant de Mezeray déjà possédé en grande partie ».

étangs de plusieurs chaînes d'étangs, afin de s'assurer la maîtrise hydraulique de ces dernières, et de « *réduire le puzzle des étangs* »¹³⁶³.

2. *La traduction du réel écologique dans un droit local et pragmatique*

Le droit, tel qu'il a été pensé par Gény par exemple, est une « *pratique fondée sur une connaissance* »¹³⁶⁴, et donc un moyen d'organiser les rapports humains en appréhendant de façon spécifique les faits sociaux. Dans ce sens, le droit spontané local, tel que cela a pu être exposé précédemment, n'est pas une création *ex nihilo*, en dehors du réel. L'exploitation de l'eau et le régime juridique qui l'encadre sont nécessairement adaptés au territoire (a) et, guidés par une conception utilitariste de la ressource, n'en induisent pas moins sa préservation (b).

a. L'observation de la nature comme source de la construction du droit coutumier

Le droit coutumier local est avant toute chose fondé sur une démarche empirique. Bien qu'il soit difficile de savoir comment ont pu être réalisés des ouvrages hydrauliques d'une telle ampleur à une époque où la règle et le cordeau étaient les principaux instruments des ouvriers, il n'en demeure pas moins que les ouvriers monacaux ou seigneuriaux ont dompté la topologie capricieuse du plateau dombiste pour en tirer une exploitation optimale. Les travaux d'aménagement des étangs, dont nombre d'auteurs s'accordent sur le fait qu'ils remontent au XII^{ème} siècle¹³⁶⁵, sont le fruit de l'adaptation au terrain dombiste ainsi qu'à sa pente particulièrement faible, ce qui conduit à observer des étangs de taille et de forme bien différents les uns des autres¹³⁶⁶. En ce sens, le droit coutumier local applicable encore aujourd'hui en Dombes a su intégrer les caractéristiques naturelles substantielles de la ressource en eau, alors même que le droit moderne de l'eau ne semble pas y parvenir tant les statuts juridiques attribués à cette ressource sont divers. La complexité du droit de l'eau, du fait de la multiplicité de ses sources et des objectifs de chacune de ses branches, est telle qu'il est difficile d'y déceler une véritable cohérence : la fragmentation du régime de l'eau exprime

¹³⁶³ *Ibid.*

¹³⁶⁴ GENY F., *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1914, Tome 1, p. 1.

¹³⁶⁵ Voir l'introduction générale à la présente étude.

¹³⁶⁶ MARTIN J.-C., La Dombes et ses étangs, *Le Globe, revue genevoise de géographie*, 1977, tome 117, p. 35.

en ce sens la multiplicité de ses usages¹³⁶⁷. Ainsi, « *s'il existe une unité et une homogénéité du milieu, le droit n'est pas encore parvenu à les traduire dans un corpus de règles entièrement cohérent* »¹³⁶⁸. Pour autant, le droit spontané local, et l'ensemble des usages traditionnels de l'eau et de la pêche tirent une véritable cohérence environnementale de son caractère empirique et pragmatique. Laurent Fonbaustier conclut ainsi à propos du droit de la pêche : « *l'équation paraît donc simple : la pêche consiste en la capture de représentants de la faune aquatique dont la vie et la survie dans le milieu supposent que celui-ci présente certaines qualités qu'exige par ailleurs plus généralement la protection de l'environnement* »¹³⁶⁹. Cette observation convient également à la pisciculture en Dombes dont les règles coutumières « *découlent du bon sens* »¹³⁷⁰. Le droit coutumier, la mise en œuvre pratique de ses principes et les usages nouveaux en cours de formation que l'on peut identifier en Dombes sont le résultat d'une observation méticuleuse de la nature, du territoire et des pratiques de chacun des usagers de la ressource. De ce pragmatisme dans l'usage de l'eau découle une véritable prise de conscience quant à la nécessité de la préservation de la qualité de l'eau.

b. La recherche d'une bonne qualité de l'eau dans la gestion traditionnelle

La volonté locale de préserver la qualité de l'eau est explicite dans le discours des usagers, bien qu'elle ne transparaît que très indirectement dans le droit coutumier. La bonne qualité de la ressource est d'ailleurs parfois un sujet de crispation localement. Si chacun des acteurs locaux s'accorde sur le fait que la pisciculture et l'exploitation des étangs nécessite une eau et des milieux préservés, il est difficile d'observer un consensus quant aux comportements à adopter. Il s'agit là d'un sujet de crispation du fait de l'origine principale du risque de pollution : l'agriculture.

¹³⁶⁷ GUDEFIN J., *Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, préc., p. 55.

¹³⁶⁸ F. TIBERGHIEU, Le droit n'est pas encore parvenu à traduire l'unité de l'eau dans des règles cohérentes, *Dalloz actualité*, 7 juin 2010.

¹³⁶⁹ FONBAUSTIER L., Vers une pêche en eau douce durable : les instances de la pêche, miroir des préoccupations environnementales, in FROMAGEAU J., HUGLO Ch. et TREBULLE Fr.-G. (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Jehan de Malaufosse. Entre nature et humanité*, LexisNexis, 2016, p. 145.

¹³⁷⁰ Cette expression a été utilisée à de nombreuses reprises dans le discours des interlocuteurs rencontrés sur le terrain entre 2015 et 2017. Cette expression est parfois utilisée également par la doctrine pour qualifier une coutume de droit internationale (v. par ex : DEUMIER P., Règle recherche source désespérément (histoire d'un transfert normatif de l'ordonnance royale de 1681 vers la coutume internationale), *RTD civ.* 2009, p. 490) ou les adages mobilisés par le droit (v. par ex : BLANC Ph., Les adages et la jurisprudence, *RFDA* 2014, p. 14 ; PLESSIX B., Les adages propres au droit public, *RFDA* 2014, p. 211).

Les études contemporaines mettent au jour les pratiques actuellement à l'œuvre pour limiter la pollution des eaux et garantir - ou en tout cas contribuer à garantir leur qualité¹³⁷¹. Il s'agit des pratiques dont le but est d'atteindre une bonne qualité de l'eau : « *pratiques phytosanitaires raisonnées en vue de limiter le risque de pollution de l'eau des étangs* », contrats agri-environnementaux issus de la mise en œuvre de la politique agricole commune : « *semi d'avoine sans intrants pour les cultures d'assec* », « *entretien des roselières conforme aux intérêts cynégétiques et faunistiques* » ; création de « *zones tampons* » ; « *surveillance des pratiques polluantes en amont* » nécessitant une profonde « *coopération avec les exploitants de la chaîne d'étangs* ». Ces pratiques démontrent les interactions entre les différentes activités domestiques que sont l'agriculture, la pisciculture et la chasse, et sont perçues à travers la multifonctionnalité territoriale qui « *joue ici un rôle d'ouverture et d'innovation* »¹³⁷². Néanmoins, il convient de se montrer critique face à cette affirmation. Ces pratiques, certes peu communes eu égard aux standards modernes de l'agriculture intensive, industrialisée et chimique, ne sont que l'héritage des usages qui ont fait leur preuve pendant de longs siècles et de l'adhésion au droit coutumier qui en a résulté. Effectivement, certains mécanismes sont toutefois relativement innovants dans le sens où les exploitants intègrent leurs pratiques dans des outils du droit contemporain puisqu'ils mobilisent les contrats liés à la politique agricole commune (PAC). Toutefois, ce n'est là que la traduction juridique moderne de ce droit coutumier. Par ailleurs, cette traduction juridique doit justement être approfondie et largement diversifiée pour garantir la pérennité des pratiques locales et du droit qui les accompagne.

On retrouve de façon indirecte, la mention de la recherche d'une bonne qualité de l'eau dans le droit coutumier local bien que l'idée de conserver la qualité de l'eau en Dombes affleure à peine au sein des dispositions écrites du droit coutumier. Il est toutefois à mentionner que certains usages, ainsi donc que les droits les encadrant, étaient limités dans le but de préserver la qualité de l'eau. Par exemple, le droit de rouissage, qui consistait à faire rouir le chanvre dans l'eau des étangs faisait l'objet d'une restriction ainsi que le mentionnait sans ambages Rivoire : « *il est défendu de faire rouir du chanvre dans un étang dont les eaux seraient réduites, par l'effet des sécheresses et autres incidents, de manière à faire craindre la mortalité du poisson, suite à la corruption occasionnée par le séjour du chanvre* »¹³⁷³. Plusieurs remarques peuvent être formulées. D'abord, à nouveau, la qualité de l'eau n'est

¹³⁷¹ Notamment TOUSSAINT-SOULARD Ch., La multifonctionnalité de l'agriculture en pratique : étude des relations entre exploitations agricoles et étangs de la Dombes, *Cybergéo : European Journal of Geography* [en ligne], doc. 319, mis en ligne le 9 sept. 2005.

¹³⁷² *Ibid.*

¹³⁷³ RIVOIRE Ch., *Coutumes et usages des étangs de la Dombes et de la Bresse*, préc., p. 76.

qu'un support permettant la production de poisson et sa qualité n'est donc qu'accessoire. Dans le même sens, l'auteur précise qu'il est interdit d'exercer le droit de rouissage dans la pêcherie ou le bief afin de ne pas risquer de porter préjudice à la pêche ultérieure¹³⁷⁴. Ensuite, dès 1881, une certaine idée de la pollution intégrait les usages et les droits coutumiers, à travers le terme de corruption des eaux, celle-ci étant analysée eu égard à un usage donné de la ressource : la pisciculture. Cette expression de « corruption » de la ressource est assez présente dans l'histoire du droit de l'eau et des représentations collectives de l'eau, et sous-entend une prise de conscience latente de l'importance de la qualité de l'eau¹³⁷⁵.

En outre, la rédaction 2017 des usages locaux a donné lieu à d'importantes réflexions quant à la place juridique accordée à l'objectif d'origine communautaire du « bon état écologique » de l'eau¹³⁷⁶. Indéniablement, la problématique de la qualité de l'eau est présente dans le débat et les consciences locales. Pour autant, les pratiques des agriculteurs et pisciculteurs ne révèlent pas une intention de faire évoluer certains comportements, bien que certains exploitants d'étangs aient, depuis longtemps intégré dans leurs modes d'exploitation la limitation des sources de pollutions. Malgré la volonté de la majorité des propriétaires et exploitants de faire répondre le droit local à cette préoccupation, la transcription juridique de ces nouveaux usages a fait débat. La rédaction retenue est finalement la suivante : « *Il incombe à chaque propriétaire de restituer l'eau qu'il a reçue, dans un état physique et chimique permettant son usage tant en agriculture qu'en pisciculture, qu'elles soient biologiques ou conventionnelles. Dans ce but, l'utilisateur de la ressource ne doit pas la restituer dans un moins bon état qu'il l'a reçue, et doit alerter les autorités compétentes en cas de détérioration de la qualité de l'eau. Les propriétaires n'ont le droit d'user des eaux qu'ils reçoivent sur leur fonds que sous réserve de ne pas porter atteinte à l'intérêt général ou aux droits des propriétaires inférieurs* »¹³⁷⁷. La mention ainsi faite de la qualité de l'eau présente plusieurs intérêts. D'abord, cette disposition pose comme principe général du droit local dombiste l'obligation de préserver la qualité de l'eau. Ensuite, elle instaure un régime protecteur fondé sur une interdiction, celle de ne pas altérer la qualité de la ressource. A cette interdiction est adjointe une obligation d'alerte en présence d'une éventuelle altération. Enfin, à ces mécanismes s'ajoutent une disposition qui lie le droit local et le droit commun à travers

¹³⁷⁴ *Ibid.*, p. 75.

¹³⁷⁵ FARINETTI A., La justice dans le débat démocratique - La protection de la qualité de l'eau : des valeurs sociales aux valeurs chiffrées, *Les cahiers de la justice* 2017, p. 143.

¹³⁷⁶ Cf. *supra*.

¹³⁷⁷ *Les usages des étangs de la Dombes*, 2017, art. 1-3, p. 15.

la notion d'intérêt général, ce qui suppose l'application du droit de l'eau du Code de l'environnement à savoir que « *sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général* »¹³⁷⁸.

En outre, cet objectif fondamental de la préservation de la qualité de l'eau émaille l'ensemble des usages locaux rédigés. Il est ainsi érigé en limite à de nombreux droits d'usage octroyés aux propriétaires et/ou aux exploitants d'étangs. Ainsi ces derniers sont-ils autorisés à utiliser des équipements additionnels (aérateurs, cages à poissons, etc.), dans la limite où un tel usage ne porte pas atteinte à la qualité de l'eau¹³⁷⁹. Le droit local tel qu'il est légitimé à l'échelle locale rejoint par ailleurs les pratiques multifonctionnelles mêlant agriculture, pisciculture et chasse. En effet, il a été choisi d'intégrer une disposition visant à établir une précaution dans l'usage des fossés de ceinture, et des fossés en général. Ceux-ci ne doivent pas avoir pour seul objet de drainer les parcelles cultivées, mais conservent leur fonction originaire d'alimentation et de vidange des étangs. Leur utilisation, là encore, ne doit pas porter atteinte à la qualité de l'eau¹³⁸⁰. Cette disposition a implicitement pour objet de reconnaître à nouveau en droit la multifonctionnalité de ce territoire rural en contraignant les différents usages à intégrer les enjeux écologiques liés aux autres. En tout état de cause, l'ensemble des règles de gestion des milieux attenants aux étangs du fait que la qualité de l'eau est dépendante de la qualité des milieux dans lesquels elle se trouve¹³⁸¹.

De ce point de vue, la gestion de l'eau en Dombes est une gestion que l'on peut qualifier d'intégrée dans le sens où on poursuit, à travers cette gestion, un objectif indépendant à la seule question de l'eau : l'exploitation économique, agricole, des étangs¹³⁸². Toujours est-il que l'objectif d'une bonne gestion de l'eau se heurte à l'objectif premier (qui a d'ailleurs permis de pérenniser ce système coutumier local) de la pisciculture et de l'agriculture. Le but des exploitants est de produire : du poisson pendant l'*évolage* et des céréales pendant l'*assec*. Jusqu'à récemment, le modèle agricole dominant en Dombes comme ailleurs en France et en Europe est celui d'un modèle productiviste, monocultural et gourmand en intrants. Evidemment, il s'agit là d'un modèle remettant en cause la bonne qualité de l'eau.

¹³⁷⁸ Code de l'environnement, art. L. 210-1.

¹³⁷⁹ *Les usages des étangs de la Dombes*, 2017, art. 5-6, p. 18.

¹³⁸⁰ L'article 6-5 (p. 18) du recueil précité dispose ainsi : « *Les fossés permettant la communication des étangs avec l'hydrosystème dans lequel ils s'insèrent ne doivent pas avoir pour fonction principale le drainage des terres agricoles. L'eau qui y circule doit être d'une qualité permettant l'exploitation piscicole des étangs* ».

¹³⁸¹ FARINETTI A., La protection juridique de la qualité du sol au prisme du droit de l'eau, *Env.* 2013, n° 6, étude 17.

¹³⁸² Voir, sur le principe d'intégration, les développements *infra*.

Néanmoins, la gestion utilitariste contemporaine des étangs tend à la recherche de débouchés pour le poisson produit en Dombes, et partant à la recherche d'une haute qualité gustative et environnementale. Dans les pratiques locales, la protection juridique de la qualité de l'eau est, à nouveau, fondée sur l'exploitation de la ressource en eau et la culture de ses fruits. Il se révèle donc complexe de parvenir à l'identification de principes juridiques coutumiers propres à garantir la préservation de la qualité de l'eau. La pollution de la ressource, comme le vol d'eau, est l'une des problématiques dombistes et entraîne des différends avec les exploitants agricoles ou avec les exploitants d'autres étangs. Pour autant, le travail des pisciculteurs dans leur recherche de la qualité de l'eau se rapporte à une gestion équilibrée de la ressource et une prise en compte certaine des objectifs du droit de l'environnement.

B. La prise en compte des continuités écologiques au cœur des usages traditionnels

Le droit traditionnel local de la Dombes intègre nécessairement une dimension écologique dans le sens où il est le cadre juridique d'activités qui émanent directement de l'exploitation des dynamiques naturelles locales. La création et l'exploitation des étangs dépendent directement de « la pente naturelle des lieux » qui permet la circulation des eaux au sein des bassins versants. L'appréhension par le droit local de la course de l'eau, naturelle ou maîtrisée, d'étangs en fossés, traduit le souci d'intégrer l'idée de connexions écologiques. En effet, le droit local découle de la prise en compte des contraintes naturelles induites par la dynamique de l'eau (1), et permet ainsi d'y déceler l'identification de continuités écologiques (2).

1. Le droit contraint par la dynamique naturelle de l'eau

« *La nature est une réalité mouvante, dont seules les limites extrêmes sont connues* »¹³⁸³. Le droit s'est toujours attaché à encadrer les activités de l'homme dans sa « conquête » (ou sa reconquête) de la nature¹³⁸⁴. Tout comme les pratiques qu'il encadre, le droit coutumier dépend de la configuration des lieux où s'écoulent les eaux alimentant les étangs. L'eau,

¹³⁸³ UNTERMAIER J., *La conservation de la nature et le droit public*, thèse Lyon, 1972, p. 5.

¹³⁸⁴ L'intitulé de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, est à cet égard particulièrement révélateur de la persistance d'une acception anthropocentrée du droit de l'environnement positif.

élément fluide par excellence, ne se laisse dompter qu'avec difficulté et les hommes, autant que leur droit, doivent composer avec sa nature insaisissable. C'est dans cet esprit que le Code civil, dès 1804, intègre les servitudes « *découlant de la situation des lieux* »¹³⁸⁵. Les pratiques, et après elles, le droit, doivent nécessairement s'adapter à ces caractéristiques naturelles. Dans ces conditions, il convient de s'interroger sur la capacité du droit à appréhender un élément naturel mobile qui échappe à sa nature immobilisatrice.

Malgré le déploiement d'un important dispositif technique qui a permis la création d'un réseau hydraulique particulièrement complexe dans lequel s'écoule l'eau, les hommes restent dépendants de cette dernière. La maîtrise de la ressource n'empêche pas certains phénomènes naturels de se produire : crues, inondations, sécheresse... La communauté locale a cherché à dompter la nature mais ils demeurent pourtant soumis à elle¹³⁸⁶. Il est en effet relativement aisé d'attribuer un statut et un régime juridique à un objet figé, un bien foncier par exemple, plutôt qu'à une partie de la ressource en eau constamment en mouvement. S'écoulant d'un fonds à l'autre, de terrain en terrain et d'étang en étang, la ressource dont l'essence est susceptible d'être altérée en fonction des milieux dans lesquels elle circule. Dans cette perspective, il convient de s'interroger sur les moyens pratiques mis en œuvre pour préserver sa qualité et sa capacité à permettre la production de poissons. D'un autre côté, si l'on peut s'inquiéter de l'eau qui est susceptible de changer de nature comme elle change de fonds, passant de ressource à nuisance, son caractère circulant permet justement à chaque propriétaire de profiter de ses bienfaits. Dès lors, les règles qui peu à peu encadrent les pratiques traditionnelles, conduisent à identifier un droit local de l'eau, et plus spécifiquement, un droit d'accès à l'eau. Un tel ensemble de règles ne peut se départir de l'observation de la nature, et s'impose à lui la nécessité d'intégrer les particularités de l'environnement local. Dans cette perspective, le droit coutumier local a permis d'identifier, de façon implicite, une certaine conception des continuités écologiques. La circulation de l'eau repose sur les liens entre les étangs et la continuité de ces liens. Un phénomène physique de la circulation de l'eau qui repose sur des continuités mais au-delà de la continuité physique assurée par les ouvrages techniques. Cette continuité technique à d'autres qualités dans le sens ou la circulation de l'eau induit une continuité écologique.

¹³⁸⁵ Code civil, art. 640 et s.

¹³⁸⁶ En ce sens, voir. DESROUSSEAU M., GUDEFIN J. et MAZABRARD D., La reconquête de la nature, in BILLET Ph. (dir.), « *Des petits oiseaux aux grands principes* », préc., p. 147.

2. L'identification de continuités écologiques dans le paysage et le droit dombistes

Ce que l'on nomme « corridors écologiques » ou, en droit français, les continuités écologiques, constitue un ensemble d'espaces naturels ou semi-naturels présentant une certaine continuité, linéaire ou non, et qui permet la circulation des éléments biotiques (faune, flore) ou abiotiques de l'environnement (l'eau). Ces espaces présentent une connectivité biologique qui favorise les flux des naturels de populations floristiques ou faunistiques au sein de « réseaux écologiques »¹³⁸⁷. Peuvent être distinguées plusieurs catégories de continuités écologiques : les réseaux de haies et de forêts, les milieux ouverts composés de bandes enherbées, ou encore des réseaux « *de type aquatique ou humide tels que les fossés, les petits canaux, les ruisseaux* »¹³⁸⁸. Au sein des classifications des corridors écologiques on peut également distinguer les corridors aquatiques d'eau douce des corridors aériens ou terrestres. Les écosystèmes fluviaux sont en bonne place au sein de ces corridors dans le sens où ils sont aisément identifiables¹³⁸⁹.

Il est dès lors envisageable de considérer que la gestion traditionnelle des étangs intègre les objectifs de préservation des continuités écologiques définies par la loi dite « Grenelle II » de 2010¹³⁹⁰ qui crée leurs avatars juridiques : les trames vertes et bleues (TVB). Ces dernières : « *ont pour objectif d'enrayer la perte de biodiversité en participant à la préservation, à la gestion et à la remise en bon état des milieux nécessaires aux continuités écologiques, tout en prenant en compte les activités humaines, et notamment agricoles, en milieu rural ainsi que la gestion de la lumière artificielle la nuit* »¹³⁹¹. Ces trames font l'objet d'une double prise en compte par le droit¹³⁹². D'une part, au sein des dispositions qui concernent le dressage d'une liste, par bassin ou sous-bassin hydrographique par l'autorité administrative, des cours d'eau sur lesquels aucune autorisation de construction créant un

¹³⁸⁷ BONNIN M., *Les corridors écologiques. Vers un troisième temps du droit de la conservation de la nature ?*, L'Harmattan, 2008, p. 28-29.

¹³⁸⁸ *Ibid.*

¹³⁸⁹ FARINETTI A., préc., p. 275.

¹³⁹⁰ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JORF 13 juillet 2010, p. 12905.

¹³⁹¹ Code de l'environnement, art. L. 371-1. Il est encore précisé que : « *A cette fin, ces trames contribuent à : 1° Diminuer la fragmentation et la vulnérabilité des habitats naturels et habitats d'espèces et prendre en compte leur déplacement dans le contexte du changement climatique ; 2° Identifier, préserver et relier les espaces importants pour la préservation de la biodiversité par des corridors écologiques ; 3° Mettre en œuvre les objectifs visés au IV de l'article L. 212-1 et préserver les zones humides visées aux 2° et 3° du III du présent article ; 4° Prendre en compte la biologie des espèces sauvages ; 5° Faciliter les échanges génétiques nécessaires à la survie des espèces de la faune et de la flore sauvages ; 6° Améliorer la qualité et la diversité des paysages* ».

¹³⁹² BILLET Ph., La trame verte et bleue, ou les solidarités écologiques saisies par le droit, in *L'eau et son droit*, Etudes et documents du Conseil d'Etat 2010, vol. 2, p. 551.

obstacle à la continuité écologique ne peut être délivrée¹³⁹³. Cette interdiction est justifiée par le fait que ces cours d'eau constituent un réservoir biologique contribuant au maintien du bon état écologique des cours d'eau, ou lorsqu'une protection des espèces de poissons migrateurs est nécessaire.

D'autre part, on trouve la notion de continuité écologique en ce qui concerne le règlement des Schémas d'aménagement et de gestion des eaux (SAGE) qui peut « *indiquer, parmi les ouvrages hydrauliques fonctionnant au fil de l'eau [...], ceux qui sont soumis, sauf raisons d'intérêt général, à une obligation d'ouverture régulière de leurs vannages afin d'améliorer le transport naturel des sédiments et d'assurer la continuité écologique* »¹³⁹⁴. Ces deux dispositions sont restées inchangées malgré les réformes successives des dispositions du Code de l'environnement. Il est à remarquer qu'elles concernent exclusivement les continuités écologiques des cours d'eau, lesquelles sont fondamentales pour la préservation du bon état écologique de la ressource en eau, la préservation des espèces aquatiques et pour la structuration des paysages ruraux¹³⁹⁵. Vertes ou bleues, ces trames offrent un modèle juridique qui permet « *d'affirmer des objectifs de protection cohérents avec les exigences propres aux fonctionnements naturels, et de développer pour les atteindre des outils particuliers de planification de l'espace* »¹³⁹⁶.

Les mécanismes de préservations des continuités écologiques, notamment des cours d'eau, n'est pas un objectif juridique nouveau, bien qu'il n'ait été exprimé comme tel que récemment¹³⁹⁷. La législation sur la pêche notamment a, depuis le XIX^{ème} siècle¹³⁹⁸, prévu des mécanismes juridique permettant de garantir le libre passage de la faune piscicole¹³⁹⁹. Pour autant, la continuité ne se réduit pas à la libre circulation des poissons qui sont évidemment contenus au sein des étangs, mais se caractérise par l'ensemble de la faune et de la flore liées aux milieux aquatiques (batraciens, insectes, plantes hygrophiles...).

Les circuits hydrauliques de la Dombes sont particuliers dans le sens où ils ne sont pas directement connectés aux cours d'eau principaux qui la bordent où qui la traversent. Dès lors, il semble compromis d'identifier une continuité écologique permettant la mise en œuvre

¹³⁹³ Code de l'environnement, art. L. 214-17.

¹³⁹⁴ Code de l'environnement, art. L. 212-5.

¹³⁹⁵ Pour une étude récente de la continuité écologique des cours d'eau et leurs enjeux sociaux et politiques, v. PERRIN J.-A., *Gouverner les cours d'eau par un concept : étude critique de la continuité écologique des cours d'eau et de ses traductions*, Thèse géographie [dactyl.], Limoges, 2018.

¹³⁹⁶ VAN LANG A., La protection des continuités écologiques : avancées et limites du droit, *RDI* 2013, p. 255.

¹³⁹⁷ BONNIN M., *Les corridors écologiques. Vers un troisième temps du droit de la conservation de la nature ?*, préc.

¹³⁹⁸ Loi du 31 mai 1865 relative à la pêche, *D.* 1865, p. 205.

¹³⁹⁹ BILLET Ph., Barrage et continuités écologiques, *Env.* 2010, n° 6, comm. 76.

des dispositions protectrices précitées. Pour autant, ces caractéristiques hydrographiques spécifiques permettent de penser une continuité écologique, et plus exactement hydraulique, au-delà du cours d'eau. En outre, le ruissellement est, à lui seul, l'expression d'une continuité hydrologique à travers la direction que lui donne les conditions géomorphologiques locales, les ouvrages hydrauliques qu'il alimente, ainsi que la biodiversité qu'il draine. En effet, un circuit, qui n'est pas en interconnexion, n'exclue pas la connectivité écologique.

Ces gestions traditionnelles utilisent le cours naturel des eaux, qu'il s'agisse principalement de maîtriser le ruissellement des eaux ou plus rarement de détourner des cours d'eau, en ayant toujours le souci de restituer de la ressource à son cours naturel. La distinction juridique entre eaux libres et eaux closes est ici susceptible d'avoir des incidences en termes de gestion de la ressource. Si la gestion dombitiste de l'eau ne connaît pas le bassin hydrographique au sens où on l'envisage pour le SAGE ou le SDAGE, les acteurs locaux ont une fine connaissance et une grande maîtrise du bassin versant du plateau de la Dombes dont les écoulements permettent l'alimentation des étangs au sein d'une chaîne. La continuité écologique aquatique trouve alors une traduction dans la chaîne d'étang. Chacun de ses maillons doit préserver le cours naturel de l'eau. Toutefois, la continuité écologique aquatique est néanmoins incomplète, dès lors qu'il existe peu de transferts de faune aquatique au sein des chaînes d'étangs. Pour autant, toute circulation de populations animales ou végétales n'est pas absente en Dombes puisque les étangs et leurs abords, ceints de haies et de forêts plus ou moins denses, offrent une importante diversité d'habitats, notamment pour la faune, aquatique ou terrestre. Quoi qu'il en soit, la circulation de l'eau sur ce territoire, et l'entretien des ouvrages¹⁴⁰⁰ rendu obligatoire par les dispositions du droit traditionnel, contribuent à la préservation des continuités écologiques locales. Ainsi, en droit de l'environnement comme en droit coutumier, l'identification des continuités écologiques n'est pas neutre puisque la dynamique écologique s'accompagne d'une dynamique normative¹⁴⁰¹. En ce qui concerne le droit commun de l'environnement, la place de la Dombes au sein des continuités écologiques est explicitée de façon précise par le SRCE Rhône-Alpes. Les enjeux liés à ce secteur concernent « *avant tout la Trame bleue, même si le développement linéaire de l'urbanisation le long de l'axe routier Lyon-Bourg-en-Bresse (RD 1083) et le niveau de trafic conséquent ont conduit à l'identification de corridors terrestres d'importance régionale, reconnus par le*

¹⁴⁰⁰ Il s'agit ici des différentes parties de l'étang mais également l'ensemble du réseau de fossés.

¹⁴⁰¹ MAKOWIAK J., Les continuités écologiques : des dynamiques urbaines aux dynamiques normatives, *RJE* 2015, NS, p. 37.

SCoT de la Dombes »¹⁴⁰². Le droit local, et principalement le droit coutumier, participent de la préservation de cette « trame bleue », alors même qu'elle semble être méconnue voire ignorée du droit commun. Ont toujours participé à la préservation des continuités écologiques, bien qu'elles n'aient pas été nommées et identifiées comme telles. Il n'existait d'individualisation juridique des continuités écologiques, mais il n'en demeure pas moins que le droit coutumier intègre et intègre toujours, cette réalité écologique.

La gestion des corridors au sein du Schéma régional de cohérence écologique (SRCE) induit la conclusion d'éventuelles conventions particulières pour pallier la rupture des continuités et garantir leur permanence physique et fonctionnelle, autrement dit, la fonctionnalité de ces continuités. En tout état de cause, l'effet juridique principal de la reconnaissance de ces continuités est relativement faible. En effet, le SRCE se contente de procéder à l'identification des trames vertes et bleues, de leur donner un effet juridique, et d'inclure de grandes orientations de gestion. Néanmoins, son opposabilité réglementaire est limitée à un rapport de prise en compte au sein des schémas de cohérence territoriale (SCoT)¹⁴⁰³ avec lesquels les plans locaux d'urbanisme (PLU) doivent être compatibles¹⁴⁰⁴. Ainsi, l'impact opérationnel de l'identification de ces continuités reste dépendant des orientations données aux politiques publiques locales en matière d'urbanisme et d'aménagement. Pour autant, continuité ou non, la présence d'étangs constitue en Dombes un élément déterminant de l'aménagement du territoire.

Section 2. La Dombes des étangs saisie par les instruments de gestion de l'eau et de l'aménagement du territoire

Le droit public et notamment les droit de l'environnement et de l'urbanisme, n'est pas constitué uniquement de règles de police administrative destinées à sauvegarder un certain nombre d'intérêts¹⁴⁰⁵. Il est également un guide de l'action publique dans sa dimension planificatrice. L'aménagement du territoire est ainsi principalement un droit de la planification dont les outils sont tirés tantôt du droit de l'environnement, et plus particulièrement du droit de l'eau qui en a été le précurseur¹⁴⁰⁶, tantôt du droit de l'urbanisme.

¹⁴⁰² Rapport SRCE Rhône-Alpes, p. 228.

¹⁴⁰³ Code de l'urbanisme, art. L. 131-2.

¹⁴⁰⁴ Code de l'urbanisme, art. L. 131-4.

¹⁴⁰⁵ NAIM-GESBERT E., *Droit général de l'environnement*, préc., p. 211.

¹⁴⁰⁶ Voir en ce sens, PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, préc., p. 51.

L'appréhension juridique de la place des étangs de la Dombes dans l'aménagement du territoire peut être abordée selon deux approches différentes. D'abord, d'un point de vue du droit de la planification de l'eau, ces étangs font l'objet d'une gestion globalisée pour une gestion écologique de la ressource en eau, à l'inverse d'une gestion traditionnelle locale des étangs. La Dombes des étangs, autant que le droit coutumier, n'ont pas été constitués de façon à s'intégrer au sein d'un plus vaste ensemble hydrographique. La question se pose donc de savoir comment les outils réglementant la gestion de l'eau à l'échelle du bassin Rhône-méditerranée, s'appliquent néanmoins sur ce territoire humide (I). Ensuite, et dans le prolongement de cette interrogation, la gestion des étangs, et plus globalement du réseau hydrographique de la Dombes, est dépendante de la planification de l'occupation du sol, ce qui impose d'analyser leur intégration au sein des documents locaux d'urbanisme (II).

I. L'intégration progressive de l'hydrosystème dombiste au sein de la gestion du bassin hydrographique rhodanien

Dans un premier temps, le circuit hydraulique de la Dombes était géré de façon isolée, la gestion de l'eau étant seulement pensée à l'échelle de bassins versants alimentant une, voire deux chaînes d'étangs seulement. Cette gestion, ordonnée au travers de la mise en œuvre des règles coutumières conduisant logiquement à un isolement de petits bassins versants sans adopter de vision globale du bassin hydrographique (A). Néanmoins, l'adoption progressive à l'échelle de l'Union européenne de la gestion intégrée de l'eau à l'échelle de districts hydrographiques a permis de reconnecter le plateau de la Dombes au bassin hydrographique du Rhône (B).

A. *L'isolement hydraulique initial du plateau de la Dombes par le droit coutumier*

La constitution du droit coutumier en général est animée par le pragmatisme des populations qui occupent le territoire considéré¹⁴⁰⁷ qui se soucient uniquement de la gestion de l'eau arrivant au sein d'une chaîne d'étangs dont elles détiennent la maîtrise. Ainsi, il ne semble pas exister de vision globale du bassin hydrographique dans lequel se trouve la Dombes des étangs qui en apparaît *a priori* déconnectée. Cet isolement peut s'expliquer

¹⁴⁰⁷ BARRIERE O. et FAURE J.-F., L'enjeu d'un droit négocié pour le Parc amazonien en Guyane, *Natures Sciences Sociétés* 2012, n° 2, p. 167.

notamment du fait d'une absence de connexion hydrologique avec les cours d'eaux sur le territoire (1), et l'on en retrouve une traduction juridique dans le droit local (2).

1. *Une absence de connexion hydrologique directe*

Les pratiques locales liées à l'exploitation de l'eau et des étangs en Dombes ne font, dans un premier temps, que s'adapter aux caractéristiques géographiques de ce territoire singulier. L'une des singularités de cette région est son régime hydraulique. Certes, il est organisé autour de fossés et d'étangs artificiels mais a également cela de particulier qu'il n'est traversé par aucun cours d'eau important. L'isolement écologique et hydrologique découle de l'absence de connexion avec les cours d'eau d'importance qui bordent le plateau dombiste, à savoir la Saône et la rivière Ain. Cet isolement fait de ce territoire une véritable curiosité d'un point de vue de la gestion hydraulique puisqu'il concerne uniquement la gestion et la circulation des eaux pluviales et de ruissellement. Seuls quelques petits cours d'eau sont dénombrés sur le territoire¹⁴⁰⁸ et, dès lors, la circulation de la ressource ne s'effectue par l'alimentation et la décharge des étangs liés les uns aux autres par un réseau parfois complexe de fossés.

Paradoxalement, cet isolement est ce qui permet à l'eau circulant sur le plateau de la Dombes d'être relativement protégée de la pollution des cours d'eau importants. En revanche, les étangs sont susceptibles de participer de la pollution de ces masses d'eau. Ainsi, l'eau contenue dans les étangs et drainant le territoire de la Dombes trouvent toujours un exécutoire dans des cours d'eau de moindre importance, que sont notamment la Chalaronne et la Veyle¹⁴⁰⁹, ce qui implique un risque de pollution trouvant son origine dans l'exploitation des parcelles agricoles. La Chalaronne est un cours d'eau particulier sur le territoire de la Dombes puisqu'elle ne possède pas de source naturelle, et qu'elle est alimentée principalement par le ruissellement des eaux pluviales, et par la vidange et l'ébie de l'étang du Petit Glareins au sud de Villars-les-Dombes¹⁴¹⁰. Dès lors, si les étangs ne sont pas eux-mêmes alimentés par les eaux courantes de ce territoire, ils constituent un réservoir et une source artificielle à un cours

¹⁴⁰⁸ PANDELAKIS T., *Etude sociologique des propriétaires et exploitants d'étangs de la Dombes en vue de la mise en place d'un guide de bonnes pratiques pour la gestion des étangs piscicoles dombistes*, Mémoire Master 1 Etudes Rurales – Géographie, Univ. Lumière Lyon 2, 2013.

¹⁴⁰⁹ Les bassins versants de ces deux cours d'eau font d'ailleurs l'objet d'une gestion animée par des syndicats mixtes chargés de l'animation de contrats de rivières. Ces organismes sont des partenaires privilégiés de la gestion concertée de ce territoire.

¹⁴¹⁰ Syndicat Mixte des Territoires de Chalaronne, *Etat des lieux du Contrat de rivière de la Chalaronne*, 2008, p. 23.

d'eau s'écoulant pourtant dans un lit naturel à l'origine. Dès lors, au sein du bassin versant de la Chalaronne, « *la Dombes représente la zone où le risque est le plus élevé car elle conjugue différents enjeux (pisciculture, zones humides et tourisme) avec un potentiel de contamination élevé* »¹⁴¹¹. On relève qu'effectivement, les transferts de produits phytopharmaceutiques et autres intrants utilisés sur les parcelles agricoles exploitées de façon intensive sont donc relativement importants¹⁴¹².

Ces enjeux liés à la pollution des masses d'eau sont apparus de façon concomitante à l'intensification de l'agriculture et le recours massif aux intrants. Néanmoins, avant cette période, les étangs de la Dombes faisaient l'objet d'une gestion isolée, sans considération pour ces enjeux. Le droit local participait alors de cet isolement.

2. *Un isolement traduit dans le droit local*

Le droit coutumier, issu de l'évolution historique, s'est principalement créé autour de droits féodaux et donc de propriétés seigneuriales, nécessairement localisées, ce qui en fait que cette réglementation est donc circonscrite à un territoire identifié. C'est d'ailleurs ce qui en fait une des caractéristiques de la coutume. De ce point de vue, le droit, même coutumier, s'est imposé comme un outil de circonscription juridique et écologique de la Dombes. En effet, il s'agit là d'un « *territoire de confins* », voire même d'un « *ancien territoire du vide* »¹⁴¹³, originellement peu propice à l'installation de communautés humaines et dont l'histoire débute véritablement avec son aménagement hydraulique et l'avènement de règles spécifiques¹⁴¹⁴.

Le système traditionnel de gestion des étangs de la Dombes repose donc sur des règles édictées dans le but d'une exploitation des dynamiques naturelles et des processus environnementaux en circuit fermé. Le plateau de la Dombes, gouverné par son droit coutumier particulier se trouve isolé des territoires voisins, tant du fait des pratiques qui y sont perpétuées que par le droit, endémique, qui gouvernent ces dernières. La définition du territoire sur lequel est applicable le droit coutumier dombiste procède de la présence de l'eau, celle-ci faisant l'objet d'une gestion territorialement cohérente, ce qui en fait une identité tant

¹⁴¹¹ Syndicat Mixte des Territoires de Chalaronne, *Etude des pollutions diffuses des eaux superficielles par les produits phytosanitaires*, 2007, p. 83.

¹⁴¹² *Ibid*, préc., p. 31.

¹⁴¹³ MANCERON V., Le pays de Dombes et ses mises en image : jeu sur les frontières et quête de reconnaissance, *Ruralia* 2006, n° 18-19 [en ligne].

¹⁴¹⁴ BUISSON A., préc.

paysagère que culturelle et sociale rendant ce territoire qui se différencie des territoires contigus. Ainsi, la ressource se trouve gérée et réglée à l'échelle d'un territoire géographique et écologique (bien que les créateurs des étangs et des fossés n'emploient évidemment pas cette expression) qui correspond à un bassin identifiable du point de vue hydraulique.

B. L'intégration des étangs de la Dombes dans la gestion du bassin Rhône-Méditerranée

La Dombes constitue une large zone humide, un bassin versant important au nord de la région lyonnaise. Malgré l'étendue de cette zone forte de plus de mille étangs, il est possible de s'interroger sur la particularité de ce territoire dans la globalité du bassin hydrographique. De prime abord, ce territoire est assez peu considéré dans le contenu de la réglementation induite par le schéma directeur d'aménagement et de gestion de l'eau (SDAGE) Rhône-Méditerranée¹⁴¹⁵. Les règles qui s'appliquent à la gestion des étangs ne sont pas spécifiques à la Dombes mais fondues au sein de dispositions générales. La mise en œuvre de cette réglementation conduit à donner une dimension naturaliste à l'appréhension des étangs de la Dombes par le droit applicable localement (1). La planification de la gestion de l'eau constitue une ouverture du territoire par l'insertion du droit commun, et notamment des dispositifs issus du droit de l'Union Européenne (2).

1. Une appréhension naturaliste des étangs de la Dombes

La région de la Dombes est aujourd'hui envisagée d'un point de vu plus environnementaliste, ce qui conduit à intégrer cette vaste zone humide dans un ensemble encore plus étendu, en interaction avec d'autres milieux (connexion écologique, continuité écologique). Cette appréhension naturaliste permet de percevoir l'étang, et plus encore, l'ensemble des étangs comme un milieu naturel. La question ne se pose d'ailleurs même plus aujourd'hui de considérer cet espace, aménagé par la main de l'homme, comme un ensemble naturel. On applique à ces espaces certains dispositifs du droit de l'environnement dont l'objectif est de préserver les milieux naturels (Natura 2000, espaces naturels sensible des départements...). Cette perception re-naturalisée d'un espace artificiel à l'origine n'est pas unique. Par exemple, « *Le lac de la Sorme est devenu un élément paysager requalifié au fil*

¹⁴¹⁵ Approuvé par arrêté du 3 décembre 2015, JORF du 20 déc. 2015, texte 18.

des années de réalité « naturelle », perçue comme telle par les personnes extérieures au territoire ou ignorantes de son histoire »¹⁴¹⁶. Le même phénomène est observable en ce qui concerne la Dombes, ce qui témoigne de l'évolution de la perception sociétale de cette région et des zones humides en général¹⁴¹⁷.

Généralement, la notion de « bassin versant » est utilisée pour identifier un ensemble de parcelles, de terrains, sur lesquels les eaux pluviales ruissellent et parcourent les fossés afin d'alimenter les différents étangs. Cette acception du terme est susceptible de différer de la définition scientifique de cette notion, et de la qualification juridique du bassin hydrographique. Les hydrologues définissent le bassin versant qui, d'un point de vue plus technique que réglementaire, est l'expression la plus couramment utilisée. C'est l'espace géographique sur lequel est collecté l'ensemble de l'eau qui transite par un cours d'eau et ses affluents, des sources vers un exécutoire unique. Plus précisément, il est défini comme « l'étendue drainée par un cours d'eau et ses affluents et limitée par une ligne de partage des eaux »¹⁴¹⁸. D'un point de vue écologique, le bassin versant correspond à un espace écosystémique complexe : « le bassin versant transforme la pluie en un flux de matières (eau, alluvions) et de biomasses (végétations, poissons, biocénoses, etc...). Toute modification d'une caractéristique du bassin versant provoque des modifications en aval et/ou en amont du cours d'eau : débit, pente, charge alluviale, écosystème, etc. Le bassin versant est donc caractérisé par la solidarité de ses divers éléments »¹⁴¹⁹. Reprenant des éléments scientifiques d'identification du bassin versant, la directive cadre 2000/60 qualifie le bassin hydrographique comme : « toute zone dans laquelle toutes les eaux de ruissellement convergent à travers un réseau de rivières, fleuves et éventuellement de lacs vers la mer, dans laquelle elles se déversent par une seule embouchure, estuaire ou delta »¹⁴²⁰. Il s'agit d'une unité naturelle des phénomènes hydrographiques¹⁴²¹ à appréhender dans le cadre de la gestion globale de la ressource en eau. La Directive cadre définit également le « sous-bassin » : « toute zone dans laquelle toutes les eaux de ruissellement convergent à travers un réseau de rivières, de fleuves et éventuellement de lacs vers un point particulier d'un cours d'eau

¹⁴¹⁶ PETIT S., Au fond de l'eau : histoires sociales et représentations environnementales d'un bassin versant agricole, *Territoire en mouvement Revue de géographie et aménagement* 2015, n° 25-26 [En ligne].

¹⁴¹⁷ DEREIX J.-M., L'histoire des zones humides, *Etudes rurales* 2006, n° 177, p. 167.

¹⁴¹⁸ LASSERRE Fr. et BRUN A., La gestion par bassin versant : un outil de résolution des conflits ?, *Lex Electronica* 2007, n° 2, vol. 12 [en ligne].

¹⁴¹⁹ BORDET J., *L'eau dans son environnement rural*, Ed. Johanet, 2007, p. 31.

¹⁴²⁰ Directive n° 2000/60/CE préc., art. 2.

¹⁴²¹ THIEFFRY P., *Manuel de droit européen de l'environnement*, 2^{ème} éd., Bruylant, 2017, p. 148.

(normalement un lac ou un confluent) »¹⁴²². On en déduit qu'il existe deux niveaux de territoires naturels de l'eau, à savoir le bassin hydrographique et le sous-bassin hydrographique. L'échelle de gestion retenue pour la politique de l'eau de droit commun en droit de l'Union est le district hydrographique qui est « *une zone terrestre et maritime, composée d'un ou plusieurs bassins hydrographiques ainsi que des eaux souterraines et eaux côtières associées, [...] comme principale unité aux fins de la gestion des bassins hydrographiques* »¹⁴²³. La notion de bassin versant est donc inconnue du droit de l'Union européenne. Ce n'est pourtant pas le cas du droit interne qui mentionne les bassins versants dans une perspective écosystémique et non administrative. Alors que les districts hydrographiques, les bassins et sous-bassins hydrographiques sont des espaces géographiques de gouvernance, le bassin versant est appréhendé comme une unité hydrogéologique. Il y est notamment fait référence au sein des dispositions visant à assurer le bon état écologique des cours d'eau, et de leurs bassins versants¹⁴²⁴, la circonscription administrative spécifique que représente le bassin-hydrographique correspondant généralement à un ou plusieurs bassins versants. Les deux expressions sont utilisées alternativement, et malgré la proximité de leur définition, la première fait référence au territoire administratif sur lequel s'exerce la compétence des différentes personnes publiques intervenant dans la gestion publique de l'eau¹⁴²⁵, tandis que la seconde fait référence à l'appréhension hydrologique de la ressource. A l'observation scientifique des phénomènes hydrologiques correspond donc une gestion administrative et un encadrement juridique. Ainsi, le bassin hydrographique recèle une dimension administrative et publique de la gestion de l'eau qui n'est pas présente dans la notion de bassin versant, plus neutre d'un point de vue juridique.

¹⁴²² Directive n° 2000/60/CE préc., art. 2.

¹⁴²³ *Ibid.*

¹⁴²⁴ L'article L. 214-17 I du Code de l'environnement dispose ainsi : « *Après avis des conseils départementaux intéressés, des établissements publics territoriaux de bassin concernés, des comités de bassin et, en Corse, de l'Assemblée de Corse, l'autorité administrative établit, pour chaque bassin ou sous-bassin : 1° Une liste de cours d'eau, parties de cours d'eau ou canaux parmi ceux qui sont en très bon état écologique ou identifiés par les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux comme jouant le rôle de réservoir biologique nécessaire au maintien ou à l'atteinte du bon état écologique des cours d'eau d'un bassin versant ou dans lesquels une protection complète des poissons migrateurs vivant alternativement en eau douce et en eau salée est nécessaire, sur lesquels aucune autorisation ou concession ne peut être accordée pour la construction de nouveaux ouvrages s'ils constituent un obstacle à la continuité écologique. Le renouvellement de la concession ou de l'autorisation des ouvrages existants, régulièrement installés sur ces cours d'eau, parties de cours d'eau ou canaux, est subordonné à des prescriptions permettant de maintenir le très bon état écologique des eaux, de maintenir ou d'atteindre le bon état écologique des cours d'eau d'un bassin versant ou d'assurer la protection des poissons migrateurs vivant alternativement en eau douce et en eau salée ; [...] ».*

¹⁴²⁵ Comités de bassin, agences de l'eau, établissements publics territoriaux de bassin.

En tout état de cause, la gestion à l'échelle de bassin versant a toujours existé dans l'histoire de l'exploitation de la ressource en eau, bien qu'elle ne fut pas l'échelle de gestion la plus répandue¹⁴²⁶, la ressource étant appréhendée à un échelon géographique généralement faible. La gestion locale de l'eau à l'échelle d'un « bassin versant » tel qu'entendu localement interroge quant à son insertion au sein de la gestion du bassin hydrographique dans lequel la zone humide s'intègre nécessairement.

2. *L'intégration de la Dombes dans la planification de la gestion de l'eau à une échelle écologiquement pertinente*

Le droit de l'Union européenne organise la gestion de l'eau à l'échelle des bassins et districts hydrographiques, ceux-ci offrant un socle territorial à l'adoption d'un plan de gestion¹⁴²⁷ et d'un programme de mesures¹⁴²⁸. Ces documents, prévus par ces dispositions de droit de l'Union européenne, trouvent un écho en droit interne au sein des schémas directeurs et d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE)¹⁴²⁹, et des schémas d'aménagement et de gestion des eaux (SAGE)¹⁴³⁰. Ces documents de planification de la gestion de l'eau sont issus de la loi sur l'eau du 3 janvier 1992, mais ont été profondément réformés à la suite de l'adoption de la Directive cadre sur l'eau 2000/60 transposée principalement par les lois de 2004¹⁴³¹ et de la loi sur l'eau et les milieux aquatiques de 2006¹⁴³².

Le SDAGE Rhône-Méditerranée intègre, de façon globale, l'ensemble des milieux humides et des masses d'eau¹⁴³³ qui composent le bassin hydrographique du fleuve Rhône et de ses affluents. Le secteur de la Dombes est particulièrement identifié dans le rapport d'évaluation environnementale comme étant un ensemble de zones humides et d'étangs

¹⁴²⁶ LASSERRE Fr. et BRUN A., La gestion par bassin versant : un outil de résolution des conflits ?, *préc.*

¹⁴²⁷ Dir. 2000/60/CE, art. 13.

¹⁴²⁸ Dir. 2000/60/CE, art. 11.

¹⁴²⁹ Le programme de mesures étant juridiquement distinct du SDAGE mais est « adossé » à ce dernier, et est adopté au terme d'une procédure identique et couvre une période identique également (v. art. L. 212-2-1 du Code de l'environnement ; GAZZANIGA J.-L. et a., *Droit de l'eau*, préc., p. 205).

¹⁴³⁰ GAZZANIGA J.-L. et a., *Droit de l'eau*, préc., p. 204.

¹⁴³¹ Loi n° 2004-338 du 21 avril 2004 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, JORF du 22 avril 2004, p. 7327.

¹⁴³² Loi sur l'eau et les milieux aquatiques, précitée.

¹⁴³³ Au sens de la directive-cadre, la notion de « masse d'eau » englobe celle de cours d'eau, GUDEFIN J., *Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, préc., p. 18.

particulièrement riches en biodiversité, et plus précisément en espèces d'oiseaux inféodés aux espaces humides¹⁴³⁴.

L'intégration de la Dombes comme un espace à enjeu met en exergue la promotion d'une gestion durable de la ressource en eau qui la parcourt à une échelle écologiquement cohérente. Le rapport d'évaluation du SDAGE présente la région comme l'illustration de l'un des types de milieux humides que l'on retrouve sur le bassin¹⁴³⁵, et comme l'une des plus riches en termes de biodiversité : « *Les régions d'étangs (val de Saône, Dombes), façonnées par l'homme, présentent de hauts niveaux de biodiversité, notamment par le grand nombre d'oiseaux (site d'hivernage) qu'elles accueillent. Les tourbières et zones humides, rares à l'échelle nationale et particulièrement riches du point de vue de la biodiversité* »¹⁴³⁶. De cette façon, la Dombes est replacée, par le droit de la planification de l'eau, dans un contexte naturel global qui permet la réalisation d'objectifs adaptés¹⁴³⁷. Cette échelle de référence de la gestion de l'eau est la consécration juridique du principe selon lequel on ne peut traiter l'eau que dans la globalité de son bassin hydrographique¹⁴³⁸.

Dans ce contexte, le programme de mesures du SDAGE Rhône-Méditerranée inclut des mesures propres à la gestion des étangs et notamment des étangs piscicoles, et notamment celle de « *concilier la gestion des étangs avec la qualité des cours d'eau à l'aval (afin de limiter par exemple l'impact des vidanges d'étangs à vocation piscicole)* »¹⁴³⁹. Du point de vue du SDAGE, le territoire de la Dombes constitue donc l'une des vastes zones humides présentes sur le bassin hydrographique (au même titre que la plaine du Forez par exemple), et est donc traité comme un espace fragile dont la gestion doit permettre sa préservation.

En ce qui concerne les dispositions applicables notamment aux étangs de la Dombes dans le SDAGE Rhône-Méditerranée et Corse, il est à noter que la gestion écologique des plans d'eau fait l'objet d'un ensemble de dispositions. L'une des plus contraignantes est celle qui impose la tenue d'un plan de gestion pour les plans d'eau de plus de trois hectares au sein duquel doivent être consignées les modalités d'entretien du plan d'eau et les modalités de vidange du plan d'eau notamment¹⁴⁴⁰. Les actes administratifs pris en application de la police

¹⁴³⁴ Rapport d'évaluation environnementale du SDAGE Rhône-Méditerranée 2016-2021, p. 128.

¹⁴³⁵ *Ibid.*, p. 118.

¹⁴³⁶ *Ibid.*, p. 119.

¹⁴³⁷ Voir dans ce sens, BILLET Ph. et DUROUSSEAU M., Les territoires de la biodiversité à la recherche de la collectivité compétente, *R.J.E.* 2013, NS, p. 123.

¹⁴³⁸ BILLAUDOT F., La planification des ressources en eau, *RFDA* 1993, p. 1152.

¹⁴³⁹ Programme de mesures 2016-2021, mesure n° MIA0401 visant à réduire l'impact d'un plan d'eau ou d'une carrière sur les eaux superficielles ou souterraines, p. 51.

¹⁴⁴⁰ Disposition 6A-15, SDAGE Rhône-Méditerranée 2016-2021, p. 205.

de l'eau¹⁴⁴¹ devant être compatibles avec les dispositions du SDAGE, il est prévu par ce dernier que les plans de gestion susmentionnés soient établis en concertation avec les services de l'eau. En ce qui concerne spécifiquement les étangs de la Dombes, la mise en œuvre de cette disposition ne semble pas rencontrer de problèmes du fait de l'existence du droit coutumier, ainsi que d'un droit d'origine privé propre à mettre en valeur les productions locales. D'abord, la coutume ancestrale comme les nouveaux usages locaux en formation imposent l'entretien des ouvrages¹⁴⁴², intégrant peu à peu l'enjeu de la préservation des milieux propres à l'étang¹⁴⁴³. Ensuite, la tenue du plan de gestion est également imposée dans le cadre de l'usage de la marque « Poissons de Dombes ». De ce point de vue, les dispositions du droit local sont complémentaires avec les objectifs de gestion durable de la planification de l'eau à l'échelle du bassin hydrographique.

L'opposabilité du SDAGE au droit coutumier n'est pas automatique. Les règles de droit local encadrent les activités liées à l'exploitation des étangs et ne nécessitent pas nécessairement la mise en œuvre de la police de l'eau, dans ce cadre, il n'existe pas de rapport de compatibilité qui n'intervient que dans le cadre d'une décision administrative. Par contre, si la police de l'eau intervient en amont de certains travaux liés aux étangs, alors la compatibilité avec les objectifs du SDAGE doit être recherchée. En effet, les règles locales, pour la plupart d'entre elles, encadrent la gestion des étangs mais pas l'intervention sur le milieu aquatique. En cas de travaux ou d'activité sur l'eau et les milieux aquatiques, alors ces interventions sont potentiellement soumises à déclaration ou autorisation (vidange, creusement de fossé, drainage de zone humide). Dans ce cadre, l'autorité administrative s'assure de la compatibilité du projet envisagé avec le SDAGE. Donc le rapport normatif entre la planification de l'eau et le droit coutumier local n'est qu'indirect et intervient par le truchement de la police administrative. En ce sens, ces normes n'ont pas le même objet, la mise en œuvre du droit local n'entraînant pas d'impact sur la répartition des masses d'eau, d'autant plus que la gestion des étangs ne requiert de prélèvement d'eau dans les cours d'eau. Par contre, il existe un impact du SDAGE sur la gestion locale de la ressource en eau dans le sens où les règles qui ont pour objet la limitation des pollutions trouvent toujours à s'appliquer.

¹⁴⁴¹ En application de L. 214-1 et suivant du Code de l'environnement

¹⁴⁴² Qu'il s'agisse des fossés, de la pêche, du bief de l'étang (v. TRUCHELUT A., préc., p. 297), mais également de la chaussée en intégrant l'importance de son rôle contre le risque d'inondation (*Usages locaux de la Dombes*, 2017, art. 29-1).

¹⁴⁴³ *Usages locaux de la Dombes*, 2017, art. 1-4.

A titre de comparaison, le SDAGE Loire-Bretagne semble plus restrictif en ce qui concerne la gestion des étangs de la Brenne puisqu'il ne permet pas la création de nouveaux plans d'eau, ce qui interdit également les éventuelles remises en eau. Dès lors, les régions d'étangs ne sont pas toutes appréhendées de la même manière dans les politiques publiques de la gestion de l'eau. La Dombes bénéficie-t-elle d'un traitement juridique plus favorable ? Il est possible d'envisager des hypothèses de réponses : la place économique de la filière agropiscicole sans doute. Une protection stricte des milieux aquatiques serait alors à confronter avec une dimension « développement durable » de certaines régions humides. Dans tous les cas, la Brenne est dans une situation réglementaire bien différente de celle de la Dombes puisque le SDAGE Loire-Bretagne¹⁴⁴⁴ contraint très fortement la création de nouveaux plans d'eau, ainsi que leur éventuelle remise en eau ou leur régularisation¹⁴⁴⁵.

L'ensemble de ces objectifs sont par ailleurs relayés à l'échelle des sous-bassins. En effet, le SAGE de la Basse Vallée de l'Ain¹⁴⁴⁶ intègre une petite partie du Sud-est de la Dombes dont les ressources aquatiques exercent une influence importante sur cette partie de la vallée de la rivière d'Ain. Cette influence peut être identifiée au sein de l'évaluation environnementale du SAGE¹⁴⁴⁷, mais également et surtout dans le plan d'aménagement et de gestion durable de la ressource en eau¹⁴⁴⁸. La présence d'étangs exploités de façon traditionnelle constitue ainsi un élément déterminant dans l'équilibre écologique de la répartition de la ressource sur le périmètre du SAGE.

En définitive, l'intégration au sein du bassin hydrographique Rhône-Méditerranée permet surtout de planifier la gestion quantitative et qualitative de la ressource en eau à grande échelle, ainsi qu'une mutualisation des moyens autant qu'une compréhension scientifique des réalités hydrologiques locales. La rupture de l'isolement du plateau dombiste demeure, en ce sens, essentiellement administrative.

¹⁴⁴⁴ SDAGE Loire-Bretagne, approuvé par arrêté du 18 novembre 2015.

¹⁴⁴⁵ SDAGE Loire-Bretagne, p. 43.

¹⁴⁴⁶ Approuvé par arrêté du 25 avril 2014.

¹⁴⁴⁷ Évaluation environnementale du SAGE de la Basse vallée de l'Ain, 2013, p. 25.

¹⁴⁴⁸ Projet d'aménagement et de gestion durable, du SAGE de la Basse vallée de l'Ain, 2013, p. 9.

II. L'omniprésence des étangs de la Dombes dans les instruments locaux d'aménagement du territoire

Plus de mille plans d'eau sont répartis à l'échelle de la « Dombes des étangs ». Ils constituent donc indéniablement un enjeu majeur de l'aménagement du territoire de cette région. En effet, ils font partie de l'identité du territoire et du paysage local. A ce titre, ils figurent généralement en bonne place dans le descriptif environnemental des rapports de présentation des documents locaux d'urbanisme. Au-delà de leur inévitable présence, se pose néanmoins la question de savoir si le droit de l'urbanisme et le droit de l'aménagement du territoire exercent une influence sur leur gestion ou si, au contraire, leur existence contraint les rédacteurs de ces règles. En tout état de cause, les terrains sur lesquels les étangs se situent présentent des particularités que le droit de l'urbanisme intègre, notamment en ce qui concerne l'élaboration et le contenu des documents d'urbanisme (A). De manière générale, l'objectif de préservation des espaces naturels et agricoles du droit de l'urbanisme incite les collectivités territoriales à penser l'aménagement de leur territoire en fonction de l'affectation environnementale et agricole des étangs (B).

A. La prise en compte des étangs de la Dombes dans la planification urbaine

Une première manière pour le droit de l'urbanisme de se saisir de la question des étangs et de l'eau est d'intégrer les objectifs précédemment dégagés lors de l'analyse du droit de la planification de l'eau (SDAGE, SAGE), ou plus largement des documents issus du droit de l'environnement (SRCE, DOCOB Natura 2000...). Cette intégration s'opère par un rapport d'opposabilité entre la planification écologique et la planification de l'environnement selon des rapports de compatibilité ou de prise en compte¹⁴⁴⁹. Le premier implique qu'un document ne méconnaisse pas manifestement les objectifs de la norme avec laquelle il doit être rendu compatible¹⁴⁵⁰, et s'apparente à un principe de non contrariété. La jurisprudence a précisé que lorsqu'une norme doit prendre en compte ou tenir compte d'une autre norme, cela signifie que la norme inférieure ne doit pas, en principe, s'écarter des orientations fondamentales de la norme supérieure sauf, sous le contrôle du juge, pour des motifs déterminés et dans la mesure

¹⁴⁴⁹ BONICHOT J.-C., Compatibilité, cohérence, prise en compte : jeux de mots ou jeu de rôle?, in *Mélanges Jacquot*, Presses Universitaires d'Orléans, 2006, p. 49.

¹⁴⁵⁰ V. CE, 15 mai 2013, *Cne de Gurmençon*, n°340554, *AJDA* 2013 1025 ; *ibid.* 1639, concl. Lallet ; *Constr.-Urb.* 2013, comm. n° 95, note Santoni.

où ces motifs le justifient¹⁴⁵¹. Les enjeux liés à la présence d'étangs peuvent également être appréhendés par le biais des outils propres au droit de l'urbanisme. Dans ce cadre, les étangs sont essentiellement saisis par le droit local de l'urbanisme du fait de leur qualité environnementale (1). En outre, il n'échappe pas aux rédacteurs des documents d'urbanisme locaux que leur présence s'accompagne de règles spécifiques qui sont susceptibles d'influencer la réglementation de l'occupation des sols (2).

1. La qualité environnementale des étangs saisi par le droit de l'urbanisme local

Le droit de l'urbanisme a pour objet d'organiser et d'encadrer les utilisations qui son fait des sols. Evidemment, la coutume, au moment de sa mise par écrit par Truchelut notamment, ne connaissait que le droit foncier, ou le droit immobilier¹⁴⁵², pour autant le droit applicable à la gestion des étangs influence également l'occupation des sols, ceux-ci changeant de destination au moment de la création de l'ouvrage. Néanmoins, il est difficile de déceler des règles d'urbanisme dans la coutume écrite, si ce n'est certaines règles de distances entre les limites séparatives de propriété. Ainsi, Truchelut « *présume que la chaussée a dû être construite un peu en arrière des limites du voisin* », afin de conserver une bande enherbée entre la chaussée de l'étang et la propriété voisine¹⁴⁵³. Désormais, les limites séparatives de propriétés liées aux étangs n'influencent guère l'élaboration des règles locales d'urbanisme. Cela n'est pas le cas du droit de l'environnement, et notamment du site Natura 2000 concernant la Dombes des étangs (a). En outre, la nature environnementale des étangs est parfois intégrée au zonage d'urbanisme de façon à prendre en compte les enjeux qui leur sont propres (b).

- a. L'influence des dispositifs locaux de protection de l'environnement dans l'élaboration des documents d'urbanisme

Le plan local d'urbanisme répond à une double fonction. Il a pour objet d' « *exprimer un projet urbain et déterminer la réglementation de l'utilisation du sol et de l'espace par*

¹⁴⁵¹ CE, 9 juin 2004, *Assoc. Alsace nature du Haut-Rhin*, n° 254174, *RDI* 2004, p. 436, obs. Donnat ; CE, 28 juill. 2004, *Assoc. défense de l'environnement et a.*, n° 256511.

¹⁴⁵² DAVIGNON J.-F., *Droit de l'urbanisme*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2013, p. 15.

¹⁴⁵³ TRUCHELUT A., préc., p. 287.

l'instauration de servitudes d'urbanisme »¹⁴⁵⁴. Ces fonctions nécessitent d'intégrer des objectifs dépassant le seul droit de l'urbanisme, un projet urbain et l'utilisation de l'espace étant irrémédiablement contraints par les autres règles qui y sont applicables, au premier chef desquelles se trouvent les prescriptions environnementales. Ainsi, le droit positif impose aux rédacteurs des documents d'urbanisme d'intégrer les objectifs déterminés à la fois par un niveau de planification territorialement supérieur, ou par un document de planification issue d'une autre législation, et notamment du droit de l'environnement. Cette intégration se traduit juridiquement par des rapports qui peuvent être de différentes natures et avoir des conséquences diverses entre les documents de planification. Du plus intégrateur au plus souple, ces rapports peuvent être la conformité, la compatibilité et la prise en compte. Ainsi, le plan local d'urbanisme doit être compatible avec le schéma de cohérence territoriale (SCoT) qui, lui-même est assujéti aux orientations fondamentales d'une gestion équilibrée de la ressource en eau définies au sein du SDAGE, ainsi qu'avec les objectifs de protection définis dans les SAGE. Le droit de l'occupation des sols entretient donc des relations étroites avec la planification de la gestion de l'eau, et ne doit pas, en ce sens, entrer en contradiction avec les mesures prévues par le SDAGE, et notamment remettre en cause l'obligation d'entretien des plans d'eau.

Le droit de la protection de la nature, en revanche, semble *a priori* exercer une contrainte de moindre importance dans le cadre de l'élaboration et de la mise en œuvre de la planification urbanistiques. En effet, aucun rapport de compatibilité ou de prise en compte n'est imposé. Dès lors, l'influence d'un site Natura 2000 peut paraître relativement restreinte dans la mesure où elle n'entraîne pas directement de restriction totale de certains usages pour autant qu'ils permettent le maintien dans un état de conservation favorable des milieux et des espèces qui ont justifié son institution. L'intérêt primordial du régime Natura 2000 est d'imposer une évaluation d'incidence dans le cadre de l'élaboration d'un « plan ou programme »¹⁴⁵⁵, ou bien en amont de la mise en œuvre d'un projet d'aménagement¹⁴⁵⁶. L'évaluation des incidences Natura 2000 présente « *un caractère structurant dans le choix du site et la conception du projet soumis à étude d'impact* »¹⁴⁵⁷. En effet, elle s'articule avec une évaluation environnementale en ce qui concerne les projets qui y sont soumis. Les

¹⁴⁵⁴ DROBENKO B., *Droit de l'urbanisme*, 12^e éd. 2017-2018, Gualino, 2017, p. 113.

¹⁴⁵⁵ Selon la qualification issue du droit de l'Union européenne et la Directive dite « Habitats », préc.

¹⁴⁵⁶ La dérogation éventuellement requise faisant suite à une étude d'incidences Natura 2000 est désormais intégrée au sein de l'autorisation environnementale (art. L. 181-2 C. env.).

¹⁴⁵⁷ GARANCHER Th., *Etudes d'impact environnemental*, Ed. Le Moniteur, 2013, p. 43 et s.

conséquences de cette évaluation sont déterminantes puisqu'une atteinte aux objectifs de conservation des sites Natura 2000 doit conduire l'autorité administrative à rejeter le projet en cause. La question de la soumission de l'élaboration des plans locaux d'urbanisme à l'évaluation d'incidence au titre de la directive « Habitats » a soulevé un certain nombre de difficultés¹⁴⁵⁸. D'abord, le PLU correspond-t-il la notion de plan issue de l'article 6 paragraphe 3 de ladite directive qui dispose : « *tout plan ou projet non directement lié ou nécessaire à la gestion du site mais susceptible d'affecter ce site de manière significative, individuellement ou en conjugaison avec d'autres plans et projets, fait l'objet d'une évaluation appropriée de ses incidences sur le site eu égard aux objectifs de conservation de ce site. Compte tenu des conclusions de l'évaluation des incidences sur le site et sous réserve des dispositions du paragraphe 4, les autorités nationales compétentes ne marquent leur accord sur ce plan ou projet qu'après s'être assurées qu'il ne portera pas atteinte à l'intégrité du site concerné et après avoir pris, le cas échéant, l'avis du public* » ? Cette question a été réglée par le Code de l'urbanisme qui range certains plans locaux d'urbanisme au nombre des documents soumis à une évaluation environnementale dès lors qu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur l'environnement¹⁴⁵⁹. Ce principe induit potentiellement les cas où le territoire est couvert par le périmètre d'un site Natura 2000 dans le sens où ce dispositif traduit une sensibilité particulière des milieux naturels et que la modification des règles d'occupation des sols est susceptible d'y porter atteinte¹⁴⁶⁰. Un décret de 2015 avait inséré une disposition réglementaire imposant l'évaluation environnementale l'élaboration et la révision du PLU dont tout ou partie du territoire était inclus dans le périmètre d'un site Natura 2000, mais ces dispositions, par trop restrictives, ont été annulées par le Conseil d'Etat¹⁴⁶¹, ce qui traduit la difficulté de l'application de la Directive dite « Plans et programmes »¹⁴⁶² au droit de l'urbanisme. Il n'en demeure pas moins que lorsque l'exécution d'un plan local d'urbanisme est susceptible d'affecter de façon notable un site Natura 2000 institué sur le territoire de la commune, la délibération qui l'approuve sans avoir fait l'objet d'une évaluation environnementale est illégale¹⁴⁶³.

Nonobstant ces difficultés, les conséquences d'une insuffisance dans la mise en œuvre du régime juridique propre aux sites Natura 2000 n'est pas sans conséquence sur la légalité du

¹⁴⁵⁸ HAUMONT Fr., L'évaluation appropriée des plans d'affectation des sols requise par la directive « habitats » préserve-t-elle les oiseaux ? in BILLET Ph. (dir.), *Mélanges Untermaier*, préc., p.467.

¹⁴⁵⁹ Code de l'urbanisme, art. L. 104-2.

¹⁴⁶⁰ GAUDRON V., L'évaluation environnementale des documents d'urbanisme français, *RFDA* 2008, p. 659.

¹⁴⁶¹ Code l'urbanisme, art. R. 104-9, annulé par CE, 19 juillet 2017, n° 400420.

¹⁴⁶² Directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, *JOUE* du 21 juin 2001, L 197, p. 30.

¹⁴⁶³ CAA Lyon, 18 janv. 2011, M. C., n° 09LY01992, *R.J.E.* 2011, p. 449, note Pérez.

document d'urbanisme lui-même. En effet, les juges administratifs du fond appliquent le principe dégagé en 2011¹⁴⁶⁴ par la jurisprudence Danthony¹⁴⁶⁵ aux vices de procédures issus d'insuffisances au sein des études d'impacts¹⁴⁶⁶. Ainsi, « *les inexactitudes, omissions ou insuffisances d'une étude des incidences Natura 2000 ne sont susceptibles de vicier la procédure et donc d'entraîner l'illégalité de la décision prise au vu de cette étude que si elles ont pu avoir pour effet de nuire à l'information complète de la population ou si elles ont été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative* »¹⁴⁶⁷. Pour autant, il reste à déterminer, au cas par cas, l'appréciation des « *inexactitudes, omissions ou insuffisances* » en la matière, le contrôle du juge administratif étant limité au constat de l'erreur manifeste d'appréciation.

En outre, les enjeux spécifiques aux étangs sont également intégrés dans l'élaboration des documents constitutifs du PLU. Les étangs y sont généralement pris en compte en tant que pourvoyeurs de biodiversité et éléments de l'environnement local. A ce titre, on peut constater l'importance des étangs sur le territoire des communes de la Dombes. Le PLU de Saint-André-de-Corcy, et particulièrement son rapport de présentation est assez complet sur les milieux naturels (ZNIEFF, Natura 2000, présence d'étangs...) : le terme « étang » apparaît ainsi 162 fois¹⁴⁶⁸. Le périmètre Natura 2000 fonde ainsi la nécessité d'identifier des zones naturelles (N) propres, recouvrant les étangs inclus dans ce périmètre de protection¹⁴⁶⁹. Le plan d'aménagement et de développement durable de ce même PLU identifie les étangs présents sur le territoire comme un fort enjeu environnemental de la commune, notamment leur mode de gestion traditionnelle puisque « *la rotation des périodes assec et évologe des étangs, crée un paysage en perpétuelle évolution* »¹⁴⁷⁰. Les étangs sont intégrés de manière à ce que soit prise en compte leur dimension environnementale, mise en évidence par le classement du site Natura 2000, mais également comme une entité paysagère forgeant l'identité du territoire.

¹⁴⁶⁴ FOURES M., L'influence de la jurisprudence Danthony en droit de l'environnement, *Energie-Environnement-Infrastructures* 2016, n° 5, étude 9.

¹⁴⁶⁵ CE, 23 déc. 2011, *Danthony*, n° 335033, *Lebon* 649; *AJDA* 2012, p. 7; *ibid.*, p. 195, chron. Domino et Bretonneau; *ibid.*, p. 1484, étude Mialot; *D.* 2013, p. 324, obs. Boskovic, Corneloup, Jault-Seseke, Joubert et Parrot; *RFDA* 2012, p. 284, concl. Dumortier; *ibid.*, p. 296, note Cassia; *ibid.*, p. 423, étude Hostiou.

¹⁴⁶⁶ CE, 14 oct. 2011, *Sté Océral*, n° 323257, *AJDA* 2011, p. 1985; *Dr. envir.* 2011, p. 195, note Cans et Delaunay.

¹⁴⁶⁷ CAA Marseille, 17 juin 2014, *SAS Sovatram*, n° 12MA02502, *Dr. envir.* 2015, p. 54.

¹⁴⁶⁸ PLU de Saint-André de Corcy approuvé le 10 mars 2014, Rapport de présentation,

¹⁴⁶⁹ PLU de Saint-André-de-Corcy, Règlement, p. 91.

¹⁴⁷⁰ PLU de Saint-André-de-Corcy, PADD, p. 7.

A ce titre, le droit de l'environnement, tel qu'il est mis en œuvre localement, constitue un fondement à l'orientation donnée au droit local de l'occupation des sols, notamment à travers son intégration au sein des plans locaux d'urbanisme.

- b. L'intégration du caractère environnemental des étangs dans le contenu des documents d'urbanisme

Le droit de l'urbanisme et le droit de l'environnement entretiennent des liens juridiques de plus en plus resserrés¹⁴⁷¹, conduisant à envisager une véritable fusion de ces réglementations au sein d'une planification de l'aménagement durable du territoire¹⁴⁷². Sans aller jusque-là, la doctrine¹⁴⁷³ a déjà déduit de la jurisprudence administrative un effritement certain du principe d'indépendance des législations, et ce notamment du fait de la constitutionnalisation de la Charte de l'environnement en 2005¹⁴⁷⁴ dont certains des principes sont dorénavant directement opposables aux actes administratifs pris en matière d'urbanisme¹⁴⁷⁵. En outre, la porosité entre droit de l'environnement et droit de l'urbanisme est manifeste au regard de la police administrative qu'ils induisent¹⁴⁷⁶, et notamment celle applicable à la construction de certaines installations qui ne nécessite qu'une autorisation unique environnementale ayant valeur d'autorisation d'urbanisme¹⁴⁷⁷. En outre, sans recourir au droit de l'environnement, le droit de l'urbanisme n'est plus hermétique aux enjeux environnementaux, comme en témoignent ces objectifs désormais guidés par le principe du développement durable¹⁴⁷⁸. La nouvelle dimension du principe d'indépendance des législations conduit à constater un véritable dialogue des systèmes de droit « *par un processus de circulation des solutions juridiques et de métissage normatif* »¹⁴⁷⁹.

¹⁴⁷¹ SOLER-COUTEAUX P., Précisions sur l'articulation entre les polices de l'urbanisme et des installations classées, *RDI* 2018, p. 112, note sous Conseil d'État, 6 décembre 2017, n° 398537, *Association Environnement et paysage en Haute-Bretagne*, *AJDA* 2017, p. 2440.

¹⁴⁷² PASTOR J.-M., Lier les autorisations d'urbanisme avec le droit de l'environnement, *Dalloz actualités*, 4 avril 2016.

¹⁴⁷³ PLANCHET P., Principe de précaution et indépendance des législations, *RFDA* 2017, p. 1074.

¹⁴⁷⁴ DENIZEAU Ch., Principe de précaution et droit de l'urbanisme, *RFDA* 2012, p. 864.

¹⁴⁷⁵ CE sect., 19 juillet 2010, *Association du quartier Les Hauts de Choiseul c/ Cne d'Amboise*, n° 328687, *Grands arrêts du droit de l'environnement*, Dalloz, 2017, p. 35, obs. Ph. Billet.

¹⁴⁷⁶ PLANCHET P., Quand les droits de l'environnement et de l'urbanisme font cause commune, *AJDA* 2015, p. 2193.

¹⁴⁷⁷ L'article R. 425-29-2 du Code de l'urbanisme dispose en ce sens que : « *lorsqu'un projet d'installation d'éoliennes terrestres est soumis à autorisation environnementale [...], cette autorisation dispense d'autorisation d'urbanisme* ».

¹⁴⁷⁸ Code de l'urbanisme, art. L. 101-2.

¹⁴⁷⁹ BONNET B., Le dialogue des normes et des juges et le principe de précaution, *RFDA* 2017, p. 1078.

Dans cette perspective, les documents d'urbanisme locaux intègrent directement les enjeux propres à la préservation des espaces naturels et agricoles. C'est par exemple le cas lorsque sont créés au sein du règlement du PLU des zonages propres à la protection de milieux particuliers. Il est intéressant, concernant l'appréhension environnementale des étangs d'observer les différents types de zonage et de réglementation qui sont susceptibles d'être utilisés par les rédacteurs de documents d'urbanisme. On remarque une absence d'harmonie dans l'appréhension des étangs par les PLU des différentes communes de la Dombes.

D'abord, les parcelles sur lesquelles se trouvent des étangs peuvent être classées comme des zones agricoles (zone A), sans autre forme de spécificité ni précision particulière dans le règlement. C'est par exemple le cas du PLU de Villars-les-Dombes qui classe la plupart des étangs de la commune en zone agricole, et où le terme « étang » n'apparaît pas une seule fois. On remarque cependant la création d'un zonage particulier en ce qui concerne le Parc des oiseaux qui se trouve sur le territoire de cette commune¹⁴⁸⁰, et l'on peut s'étonner de ne pas voir de zonage spécifique aux étangs. Nonobstant ce classement en zone agricole, les étangs et leurs caractéristiques écologiques ne sont pas dépourvus de protection puisque la « destination principale de la zone A est la mise en valeur et la protection des ressources agricoles et naturelles »¹⁴⁸¹. En outre, il est rappelé que « le long de certains [...] plans d'eau de plus de dix hectares, l'exploitant ou, à défaut, l'occupant ou le propriétaire de la parcelle riveraine est tenu de mettre en place et de maintenir une couverture végétale permanente composée d'espèces adaptées à l'écosystème naturel environnant sur le sol d'une largeur d'au moins cinq mètres à partir de la rive »¹⁴⁸². De ce point de vue, les dispositions de ce PLU applicables aux étangs sont cohérentes avec leur vocation agricole. Pour autant, les constructions autorisées sont plus importantes qu'en zone naturelle : peuvent ainsi être autorisées les extensions d'habitation propres à l'exploitation agricole, la construction de piscines... Dès lors, la dimension écologique et multifonctionnelle propre aux étangs de la Dombes semble relativisée.

D'autres plans locaux d'urbanisme font apparaître des choix totalement différents en ce qui concerne le traitement urbanistique des étangs. Ainsi, sur le territoire de la commune de Saint-André-de-Corcy, il est remarquable d'observer la création d'un zonage « Ne », qui

¹⁴⁸⁰ PLU de Villars-les-Dombes, approuvé le 7 nov. 2017, Règlement, p. 104. Une zone spécifique « No » est ainsi instaurée.

¹⁴⁸¹ PLU de Villars-les-Dombes, Règlement, p. 90.

¹⁴⁸² *Ibid.* Le règlement reproduit mot pour mot les dispositions de l'article L. 411-14 du Code de l'environnement.

désigne une zone naturelle (zone N) propre aux étangs. Il est d'autant plus intéressant de voir que ces zones « Ne » concernent essentiellement les étangs identifiés par le dispositif Natura 2000¹⁴⁸³. Ceux-ci sont grevés d'un périmètre de protection de « *plus ou moins deux cents mètres autour d'eux* »¹⁴⁸⁴.

Dans le même ordre d'idée, les étangs sont largement présents dans le PLU d'Ambérieux-en-Dombes (modifié en 2017), et plus spécialement dans le règlement qui y fait référence dans les dispositions de plusieurs types de zones. Ainsi, les activités sur les étangs sont réglementées, y compris en zone urbanisée (zone U¹⁴⁸⁵), concernant ceux identifiés par le PLU comme des « secteurs humides de type étang »¹⁴⁸⁶ en application des dispositions de l'article L. 151-23 du Code de l'urbanisme. Ce dernier dispose en effet : « *Le règlement peut identifier et localiser les éléments de paysage et délimiter les sites et secteurs à protéger pour des motifs d'ordre écologique, notamment pour la préservation, le maintien ou la remise en état des continuités écologiques et définir, le cas échéant, les prescriptions de nature à assurer leur préservation. Lorsqu'il s'agit d'espaces boisés, il est fait application du régime d'exception prévu à l'article L. 421-4 pour les coupes et abattages d'arbres. Il peut localiser, dans les zones urbaines, les terrains cultivés et les espaces non bâtis nécessaires au maintien des continuités écologiques à protéger et inconstructibles quels que soient les équipements qui, le cas échéant, les desservent* ».

En ce qui concerne le règlement de la zone « Nn », qui correspond aux étangs identifiés au sein de la zone Natura 2000 de la Dombes, une précision de taille est apportée, et qui démontre l'attachement des autorités locales pour les pratiques traditionnelles que l'on qualifie aujourd'hui de « durables ». En effet, il est inscrit : « *il est recommandé l'extensification des pratiques culturelles en périphérie immédiate des étangs (couronne de 200 m) favorisant le maintien des prairies de pâture et de fauche tardive (mode d'occupation du sol le plus déterminant pour la richesse ornithologique des surfaces agricoles et naturelles ouvertes) et limitant les pratiques d'ensilage. Une telle mesure de gestion préconisée par le Docob des sites Natura 2000 peut être mise en œuvre dans le cadre d'un volontariat contractuel à l'aide de l'outil Natura 2000 M.A.E* ». Cette disposition démontre la forte incitation du droit réglementaire de l'urbanisme à se saisir du droit « volontaire » pour des pratiques plus durables et plus conformes aux pratiques traditionnelles.

¹⁴⁸³ PLU de Saint-André-de-Corcy, Règlement, p. 91.

¹⁴⁸⁴ *Idem.*

¹⁴⁸⁵ On retrouve les mêmes dispositions dans les articles du règlement concernant les zones UB, UC, 1AU 1.

¹⁴⁸⁶ PLU d'Ambérieux-en-Dombes, préc., Règlement, p. 13.

Enfin, en ce qui concerne la zone « NL » (zone naturelle de loisirs ouverte au public), il est rappelé la même règle que précédemment concernant les secteurs humides. Il est toutefois ajouté que sont autorisés sous conditions : « *hors de toutes zones humides, quelles qu'elles soient, les cheminements piétons, cyclables et équestres, à condition de ne pas être imperméabilisés ainsi que les mobiliers destinés à l'accueil ou à l'information du public à condition que leur localisation et leur aspect ne perturbent pas l'avifaune des étangs (existante ou potentielle) dans sa reproduction et son alimentation* ». De même pour les aires de stationnement et les aires de jeu. La réglementation d'urbanisme révèle ici la nécessité d'une protection des milieux naturels tout en permettant un contrôle de l'ouverture au public. Cette disposition redonne toute sa place à la multifonctionnalité des étangs et de leurs milieux sur le territoire de la Dombes.

Sur la commune de Civrieux cette fois-ci, le règlement identifie une zone « Np ». Elle est définie comme « *une zone naturelle à protéger plus fortement et de ce fait inconstructible, notamment en raison de sa forte sensibilité environnementale (sites Natura 2000 et fondation valorisant les zones humides)* »¹⁴⁸⁷. Peuvent être autorisés sur cette zone notamment des « *affouillements et exhaussements du sol à condition qu'ils soient liés à l'entretien ou à la création des ouvrages strictement nécessaires à l'exploitation des étangs* »¹⁴⁸⁸. Là encore, la nature technique et écologique particulière des étangs est prise en considération à travers leur multifonctionnalité et la diversité des intérêts qu'ils représentent. Il s'agit d'espaces à « *protéger plus fortement* » du fait de leur « *forte sensibilité environnementale* »¹⁴⁸⁹, tout en permettant de perpétuer les pratiques traditionnelles qui donnent aux étangs leur intérêt économique et culturel à travers la pisciculture extensive.

Le PLU de Rignieux-le-Franc met lui aussi en avant le patrimoine naturel de la commune et de la Dombes en général, et fixe comme objectif de préserver les milieux naturels en classant en zone N « *les étangs et les milieux naturels associés ayant un lien fonctionnel direct avec ces derniers (pourtour des étangs)* »¹⁴⁹⁰. Par ailleurs, un zonage « Nn » est instauré pour l'ensemble des parcelles intégrées au dispositif Natura 2000, et qu'il est possible de voir classées en zone agricole une partie des parcelles relevées par la ZNIEFF de type II

¹⁴⁸⁷ PLU de Civrieux, approuvé le 4 mars 2015, rendu exécutoire le 26 mars 2015 et modifié le 29 septembre 2016, Règlement de la zone N, p. 65.

¹⁴⁸⁸ Règlement du PLU de Civrieux mentionné ci-dessus, art. N2, p. 65.

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*

¹⁴⁹⁰ Voir le rapport de présentation du PLU de Rignieux-le-Franc, p. 90.

qui couvre la Dombes des étangs dans son ensemble. Des règles différentes d'occupation des sols peuvent alors être applicables à différents milieux naturels mais les choix arrêtés par ce document d'urbanisme démontrent la volonté (somme toute logique) d'unifier le régime applicable aux étangs en limitant au maximum les activités à travers le classement en zone N.

En outre, on relèvera l'importance donnée aux « *milieux naturels associés ayant un lien fonctionnel* » avec les étangs, signe de la reconnaissance de ces ouvrages hydrauliques comme un support global et dynamique de biodiversité. Les étangs sont donc intégrés au sein d'un écosystème global avec des interactions réciproques. De ce point de vue, le droit de l'urbanisme tel qu'il est mis en œuvre sur le territoire de cette commune intègre cette dimension écosystémique, en écho au classement de l'ensemble de la Dombes en « site Natura 2000 », en tant qu'un milieu complexe à préserver.

Au-delà des étangs, il est également à souligner que certaines communes abordent plus largement les zones humides, que cela soit côté est avec les étangs de la Dombes ou côté ouest avec le Val de Saône. On peut mentionner à ce titre le règlement du PLU de la commune de Reyrieux par exemple¹⁴⁹¹, ainsi que son rapport de présentation qui analyse l'impact des règles locales d'urbanisme sur le site Natura 2000 des étangs de la Dombes¹⁴⁹².

En dépit de la prise en compte effective des étangs dans les documents d'urbanisme, il est difficile de contrôler l'effectivité de ces dispositifs au regard des usages locaux. Surtout, on peut s'interroger sur la façon dont le droit de l'urbanisme local intègre ces usages.

2. Les « usages locaux » saisis par le droit de l'urbanisme local

A l'instar de la majorité des textes de droit positif, le droit de l'urbanisme national ou local ne fait pas référence à la coutume. La jurisprudence administrative fait correspondre le droit de l'urbanisme, y compris d'un point de vue opérationnel, à l'identité juridique locale. En effet, les règles du droit traditionnel local sont susceptibles d'être intégrées dans les documents de planification et les autorisations individuelles peuvent être délivrées dans le respect de ces règles. Ainsi le Conseil d'Etat a assez récemment énoncé : « *qu'il appartient à l'administration, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, d'apprécier si le projet permet l'exercice d'une activité agricole, pastorale ou forestière significative sur le terrain d'implantation du projet, au regard des activités qui sont effectivement exercées dans la zone*

¹⁴⁹¹ Reyrieux, PLU adopté le 3 juillet 2017.

¹⁴⁹² *Ibid.*

concernée du plan local d'urbanisme ou, le cas échéant, auraient vocation à s'y développer; en tenant compte notamment de la superficie de la parcelle, de l'emprise du projet, de la nature des sols et des usages locaux »¹⁴⁹³. Si le Conseil d'Etat évoque là un rapport de prise en compte des usages locaux, les plans locaux d'urbanisme de la Dombes permettent à ces usages d'exercer une contrainte juridique bien plus importante. En conséquence, la faisabilité d'un projet au regard du droit de l'urbanisme, doit être analysée en fonction des documents d'urbanisme en vigueur, de la nature des parcelles considérées, mais également des usages locaux.

L'ensemble des plans locaux d'urbanisme précédemment évoqués font référence aux « usages locaux » en ce qui concerne la définition des règles liées à l'élévation de clôtures en bordure de propriété. Pour autant il ne s'agit là pas spécialement des usages locaux applicables aux étangs de la Dombes, mais d'une formulation générale (issue des dispositions générales de l'article 666 du Code civil). Néanmoins, certaines dispositions mentionnent les « usages locaux » en faisant référence aux règles de droit local applicables à la Dombes.

Les dispositions du PLU de Saint-André-de-Corcy concernant les usages du sol en zone naturelle mentionnent les usages locaux. Selon l'article N2 du règlement de ce PLU, sont autorisés sous conditions dans ces zones : « - *Les exhaussements et affouillements à condition que sur et à proximité immédiate des étangs, d'être liés à l'entretien ou à la création des ouvrages techniques strictement nécessaires à l'exploitation de ces étangs et conformes aux usages locaux* ». La zone en question peut donc être le support d'une exploitation piscicole des étangs conformément aux usages locaux. Cette disposition est d'autant plus importante qu'elle confère une véritable opposabilité au droit coutumier local. En effet, ce rapport de conformité imposé par le règlement de zone, suppose la réalisation par une norme des objectifs imposés par une autre, sans pouvoir y déroger. A ce titre, par le truchement du PLU le droit coutumier local s'impose aux autorisations d'urbanisme dans un rapport de conformité sur les parcelles occupées par un étang. L'intégration des usages dans le règlement du PLU confère un autre objet, et donc une force normative supplémentaire à ces usages.

De la même manière, le règlement de la zone N du PLU de Rignieux-le-Franc reprend la même formule que précédemment, également dans son article N2 : « *Les exhaussements et affouillements à condition que, sur et à proximité immédiate des étangs, d'être liés à*

¹⁴⁹³ CE, 8 févr. 2017, n° 395464, AJDA 2017, p. 321.

l'entretien ou à la création des ouvrages techniques strictement nécessaires à l'exploitation de ces étangs et conformes aux usages locaux »¹⁴⁹⁴. Cette disposition a pour but de permettre notamment l'entretien des ouvrages hydrauliques dans le strict respect des dispositions du droit local. Dès lors, le respect « des usages locaux », c'est-à-dire, plus globalement, du droit spontané local, constitue une des conditions de la mise en œuvre de la réglementation d'urbanisme sur le territoire soumis au PLU. En ce sens, le droit de l'urbanisme est complètement « territorialisé », tant d'un point de vue factuel (il s'agit d'aménager le territoire tel qu'il est) que juridique, du fait de la référence directe aux usages locaux.

Enfin, le même type de règle est également inclus dans le PLU d'Ambérieux-en-Dombes dont les dispositions sont rédigées comme suit : *« dans tous secteurs humides de type étangs délimités au titre du L123-1-5 (7') du Code de l'Urbanisme, tout affouillement et exhaussement du sol à condition qu'il soit lié à l'entretien ou à la création des ouvrages techniques strictement nécessaires à l'exploitation de ces étangs et conforme aux usages locaux. Comme le dispose le R421-23 (h) du Code de l'urbanisme, seront précédés d'une déclaration préalable au titre des travaux, installations et aménagements, les travaux ayant pour effet de modifier les secteurs humides délimités au titre du L123-1-5 (7') du Code de l'Urbanisme »*. Ces travaux sont soumis à une condition : les étangs doivent être identifiés par le zonage et délimités en tant que *« secteur humide de type étang »*. A notre connaissance, tous les étangs de la commune sont classés dans ce type de zonage. Ensuite, ils sont soumis à une triple contrainte juridique illustrant de manière explicite la coexistence de deux ordres normatifs : ces travaux doivent être strictement nécessaires à l'exploitation, doivent être conformes aux usages locaux, et sont soumis à la police de l'urbanisme par la procédure de déclaration préalable. Enfin, de la même manière que précédemment, les travaux d'entretien des ouvrages doivent respecter les usages locaux dans un rapport de conformité.

Ces dispositions réglementaires interrogent quant aux modalités d'évaluation de cette conformité, et surtout quant à la confrontation entre les dispositions d'urbanisme et les « usages locaux ». La mise en œuvre opérationnelle de ces règles nécessite de se reporter aux usages écrits, c'est-à-dire à la bibliographie ancienne des usages (ouvrages de Truchelut et autres), les usages locaux constatés par la Chambre d'Agriculture ainsi qu'au recueil des usages locaux dont la rédaction a été publiée en 2017.

¹⁴⁹⁴ Règlement, p. 54.

En définitive, on trouve dans les documents d'urbanisme locaux, l'intégration nécessaire des étangs et de leurs particularités sur le territoire de la Dombes. Au titre de ces particularités, l'appréhension de leur gestion traditionnelle qui induit le respect « des usages locaux » permet l'opposabilité indirecte du droit spontané local aux actes administratifs pris en matière d'urbanisme.

B. L'étang comme pièce maîtresse d'un projet d'aménagement du territoire

Les étangs de la Dombes constituent un élément caractéristique du paysage et du territoire de cette région. Si l'on s'en tient aux documents d'urbanisme locaux, l'on remarque qu'ils occupent une partie des plus importantes dans la description de l'état des lieux, notamment au sein des projets d'aménagement et de développement durable (PADD), qui intègrent la gestion et la mise en valeur des étangs au sein des politiques publiques locales d'aménagement (1). En outre, la présence d'étangs fonde la mise en œuvre de « projets de territoire » à une échelle supra-communale (2).

1. La mise en valeur de étangs dans les politiques publiques d'aménagement

Le Schéma de Cohérence territoriale (SCoT), est le document de planification qui permet d'arrêter des objectifs d'aménagement du territoire et d'urbanisme à une échelle cohérente, supra-communale, permettant ainsi d'intégrer des enjeux larges, notamment en ce qui concerne la gestion et la préservation des espaces naturels, mais aussi l'affectation agricole du foncier rural. C'est donc notamment à l'échelle du SCoT, qu'il convient de définir des objectifs de développement durable du territoire. A ce titre, c'est la dimension agricole des étangs qui se retrouve prise en compte en tant qu'activité économique.

Pour autant, les documents d'urbanismes communaux, voire intercommunaux, ne sont pas en reste puisque les plans locaux d'urbanisme sont soumis à un rapport de compatibilité avec le SCoT, adopté à une échelle géographique plus vaste¹⁴⁹⁵. Opposables aux PLU, les orientations d'aménagement déterminées par le SCoT doivent pouvoir y trouver les moyens de leur réalisation. La nature du rapport de compatibilité est issue d'une contradiction entre le

¹⁴⁹⁵ Code de l'urbanisme, art. L. 131-4.

nécessaire respect de l'intérêt général qui anime les décisions de l'Etat ou bien les normes jugées « supérieures » (c'est-à-dire adoptées à une échelle géographique plus vaste), et les principes de la décentralisation qui imposent de laisser une marge de manœuvre dans les décisions administratives prises par les autorités locales¹⁴⁹⁶. Il s'agit, en tout état de cause, d'un rapport d'opposabilité plus souple que celui de la conformité qui impose le strict respect de la norme supérieure, cette souplesse laissant une marge de manœuvre plus importante aux autorités locales pour adopter leurs décisions d'urbanisme ainsi qu'au juge du fond pour en apprécier la légalité¹⁴⁹⁷.

Le PADD du PLU de Saint-André-de-Corcy consacre ainsi un paragraphe entier à l'« *activité piscicole* », en faisant de la filière piscicole un pilier de l'identité de la commune, et ainsi un enjeu incontournable des politiques publiques d'urbanisme et d'aménagement du territoire. Il est ainsi rappelé que « *l'histoire de la Dombes est liée à la culture des étangs qui alternent entre une période d'assec et une période d'évolage. Avec plus de 1 000 étangs, la Dombes est une zone humide remarquable exceptionnelle. Le paysage dombiste résulte de l'étroite relation entre la pêche, l'agriculture et la chasse, et ce depuis le Moyen-Age. Cette pratique traditionnelle est fortement identitaire de la Dombes. C'est pourquoi, il est utile de préserver cette activité économique* ». Indéniablement, les enjeux patrimoniaux, écologiques et économiques se trouvent irrémédiablement liés. « *C'est l'ensemble de ce système qui permet à la Dombes d'affirmer sa qualité paysagère, et par là ces traits culturels. Il y a une volonté claire de préserver les étangs présents sur la commune. La Dombes a été façonnée au cours de l'histoire par une agriculture assurant la diversité du paysage. Si le Schéma de Cohérence Territoriale de la Dombes a prévu un développement urbain et démographique conséquent dans des secteurs, il intègre également la nécessité de préserver et constituer des territoires agricoles homogènes stratégiques pour cette activité mais aussi pour le patrimoine naturel lui-même* »¹⁴⁹⁸. En ce sens, la multifonctionnalité des étangs de la Dombes et leur régime agricole particulier constituent un élément déterminant dans l'aménagement des espaces ruraux parce que c'est l'identité même du territoire qui justifie une telle mise en valeur.

¹⁴⁹⁶ KALFLECHE G., *Droit de l'urbanisme*, 2^{ème} éd., PUF, 2018, p. 53.

¹⁴⁹⁷ LEBRETON J.-P., La compatibilité en droit de l'urbanisme, *AJDA* 1991, p. 791.

¹⁴⁹⁸ PADD préc., p. 23.

2. *La place centrale des étangs dans les projets contemporains d'aménagement du territoire*

L'aménagement du territoire de la Dombes s'établit de plus en plus à une échelle qui dépasse les seules communes, voire les seules intercommunalités puisque ces dernières ont tendance à se regrouper afin de mutualiser leurs compétences en matière d'aménagement. Ainsi, les SCoT en vigueur sur le territoire de la Dombes sont actuellement en cours de mutualisation : SCoT de la Dombes, et SCoT Val de Saône-Dombes se regroupent pour une révision conjointe afin de parvenir à l'adoption d'un Scot de la Dombes qui puisse intégrer la majeure partie du territoire. Un projet global de territoire à l'échelle géographique de la Dombes et couvre dès lors la majorité des espaces occupés par les étangs¹⁴⁹⁹. Une partie des étangs, sur les communes de Joyeux et Versailleux notamment (SCoT Bugey-Côtière-Plaine de l'Ain) et au nord dans l'agglomération de Bourg, n'est pourtant pas intégrée à ce territoire élargi. Au sein de cette démarche, la Dombes des étangs est rejointe par le Val de Saône. Ainsi, les projets de territoires distincts amputent la Dombes d'une partie de ses étangs et lui adjoignent un territoire « nouveau », bien que largement connecté avec elle d'un point de vue des enjeux environnementaux liés aux questions de biodiversité et de gestion de l'eau.

Au-delà de la planification de l'aménagement issue des dispositions du Code de l'urbanisme, un territoire est susceptible de faire l'objet d'une valorisation sociale, économique et environnementale à travers l'établissement d'un « projet de territoire » qui peut prendre des formes juridiques diverses. L'un des outils privilégié pour cela est le parc naturel régional (PNR) qui a été envisagé en Dombes et qui a été l'objet d'un vif débat local. Selon les dispositions applicables, « *un parc naturel régional peut être créé sur un territoire dont le patrimoine naturel et culturel ainsi que les paysages présentent un intérêt particulier* »¹⁵⁰⁰. Ainsi, le parc naturel régional suppose de déterminer des politiques publiques conjointes en matière d'aménagement durable, de conciliation des usages sur un espace géographique déterminé, de développement économique durable, et de valorisation d'une culture locale. La Dombes se prête indéniablement à ce modèle... et pourtant, plus qu'un outil de gestion du territoire, le PNR est un projet de politique locale qui nécessite l'approbation de l'ensemble des parties prenantes, à commencer par la Région. C'est du fait

¹⁴⁹⁹ SCoT Saône – Dombes, approuvé par le conseil syndical du Syndicat mixte Val de Saône-Dombes le 3 juillet 2014.

¹⁵⁰⁰ Code de l'environnement, art. L. 333-1.

de cette dernière notamment qu'en Dombes, le projet de détermination d'un périmètre et de rédaction d'une charte a été abandonné en 2016. A cette date, un « contrat de territoire » visant à essentiellement à financer des mesures économiques en faveur du développement de la Dombes, mais aux contours particulièrement flous, est envisagé, écartant définitivement l'hypothèse d'un développement durable structuré autour de la préservation des étangs et des pratiques traditionnelles qui les mettent en valeur.

Conclusion du Chapitre 1

Les usagers de la ressource ont été contraints de faire évoluer leurs pratiques en adéquation avec les transformations du droit positif. Lorsqu'il se penche sur le droit applicable à la Dombes et à la gestion locale de l'eau et des étangs, le juriste contemporain est d'abord dubitatif. En effet, globalement, le droit coutumier revêt un caractère anecdotique, à l'image d'une anomalie juridique issue des profondeurs de l'histoire du droit. Passé cet étonnement, il est passionnant de se pencher sur la confrontation des traitements juridiques des éléments de l'environnement par le droit contemporain et le droit local traditionnel. De toute évidence, ils ne relèvent pas de la même philosophie juridique : l'un a intégré la nécessité de préserver les ressources naturelles et a pour objet de permettre la protection de l'environnement et l'encadrement d'un développement durable, tandis que l'autre a traduit en droit l'exploitation pragmatique, rationnelle et raisonnable de la ressource en eau et des milieux naturels d'un territoire. Pourtant, l'un et l'autre ne sont pas irréconciliables. Les raisonnements de droit mis en œuvre en Dombes rappellent fortement les mécanismes aujourd'hui mise en œuvre au quotidien par le juriste. L'unicité de la ressource en eau et sa gestion à l'échelle d'un bassin versant ou l'omniprésence dans les textes locaux de la notion d'utilité publique éveillent nécessairement l'attention du fait de la mise en œuvre de ces notions par le droit coutumier local.

Plus encore, si la philosophie juridique du droit local traditionnel semble être compatible avec les objectifs du droit de l'environnement moderne, la mise en œuvre du droit spontané local peut également constituer une réponse aux exigences du droit de l'environnement.

Chapitre 2. Les usages traditionnels de l'eau et la satisfaction des objectifs du droit de l'environnement

Le droit de l'environnement a d'abord eu comme principal objet de doter les espaces naturels et l'ensemble des éléments de nature d'une protection juridique propre à garantir leur résilience¹⁵⁰¹. A cet égard, les lois de police ont longtemps constitué l'instrument privilégié de l'intervention publique en matière de protection de l'environnement¹⁵⁰². Néanmoins, les évolutions successives de cette matière en font désormais un ordre normatif transversal qui touche à l'ensemble des branches du droit, et donc l'ensemble des aspects de notre société. En ce sens, il s'agit d'un droit « *conquérant* »¹⁵⁰³. D'aucuns voient dans ce caractère transversal l'évolution du droit de l'environnement vers un droit flou, manquant désormais de substance¹⁵⁰⁴. Cette transversalité se traduit d'au moins deux manières : d'abord en faisant nécessairement naître des relations normatives avec les autres branches du droit, ensuite en imposant des principes et des objectifs à l'ensemble des ordres normatifs par le biais de sa constitutionnalisation.

Dans ce contexte, le droit spontané, et particulièrement la coutume environnementale, dispose de moins en moins d'espace juridique pour trouver à exprimer sa force normative. Pourtant, et cela a été démontré par ailleurs, des relations de complémentarité peuvent être identifiées entre la coutume et le droit de l'environnement¹⁵⁰⁵. En outre, il a été montré que le droit coutumier permet une protection juridique, au moins implicite, du milieu dans lequel ces pratiques traditionnelles s'insèrent.

Il s'agit de voir comment, dans cet esprit, il permet de répondre partiellement aux objectifs du droit de l'environnement contemporain, et ainsi de démontrer que le respect du droit spontané local permet de répondre aux objectifs posés par le droit de l'environnement et ses sources diverses (communautaires ou internes). Le caractère complémentaire du droit coutumier et du droit de l'environnement, qui fonde la nécessité d'une pérennisation du

¹⁵⁰¹ UNTERMAIER J., Le droit de l'environnement. Réflexions pour un premier bilan, , préc., p. 4.

¹⁵⁰² OST Fr., Le juste milieu. Pour une approche dialectique du rapport homme – nature, in GERARD Ph., OST Fr. et Van De KERCHOVE M., *Images et usages de la nature en droit*, préc., p. 23.

¹⁵⁰³ NAIM-GESBERT E., *Droit général de l'environnement*, préc., p. 3.

¹⁵⁰⁴ VAN LANG A., Les lois Grenelle : droit de l'environnement de crise ou droit de l'environnement en crise ?, *Droit administratif* 2011, n° 2, étude 3.

¹⁵⁰⁵ PERMINGEAT F., *La coutume et le droit de l'environnement*, préc., p. 491.

pluralisme juridique à l'échelle, démontre la reconnaissance par le droit applicable sur un territoire donné de la multifonctionnalité des pratiques agricoles¹⁵⁰⁶.

La complémentarité des ordres normatifs se manifeste par la réalisation, par le droit coutumier, de certains objectifs posés par le droit de l'environnement (Section 1), ainsi que par la mobilisation d'outils juridiques et de mécanismes issus du droit commun (Section 2).

Section 1. La réponse du droit coutumier aux principes du droit de l'environnement

Les principes du droit de l'environnement sont désormais légion¹⁵⁰⁷. Pour autant, s'ils sont inscrits au sein de la Charte constitutionnelle de l'environnement ou à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement, il est possible d'y trouver un écho dans d'autres branches du droit qui intègrent tout ou partie de ces principes. Nous étudierons la manière dont le droit local permet de satisfaire aux principes du droit de l'environnement d'abord à travers l'observation d'une mise en œuvre pragmatique du principe de l'utilisation durable de la ressource en eau (I). Dans un second temps le droit coutumier, évolutif par nature, intègre les enjeux contemporains de protection de l'environnement ainsi que les évolutions des pratiques commandées par l'évolution de la société dans son ensemble. En ce sens, l'intégration continue des contraintes environnementales conduit à l'affinement de la dimension écologique du droit coutumier et partant, au respect du principe de non-régression (II).

I. La durabilité d'utilisation de la ressource par l'exploitation traditionnelle

La réglementation de l'usage de l'eau, et en premier lieu la loi du 16 décembre 1964, a eu pour objectif de globaliser la gestion de l'eau en dotant les agences de l'eau et les comités de bassin d'importantes compétences afin d'organiser et de rationaliser les usages de la ressource à l'échelle des bassins hydrographiques dans le but, notamment, d'en limiter les pollutions. Pour ce faire, une fiscalité spécifique de l'eau fondée sur le principe dit « pollueur-payeur » est notamment créée, consacrant alors une véritable politique de l'eau est établie¹⁵⁰⁸. Consacrant les apports tant des lois de 1964, de 1992 et de 2006, inspirée pour cette dernière de la Directive cadre de 2000 précitées, le Code de l'environnement énonce désormais que ces

¹⁵⁰⁶ V. Collectif, *La multifonctionnalité de l'agriculture. Une dialectique entre marché et identité*, Ed. Quae., 2008, p. 47 et suiv.

¹⁵⁰⁷ Cf. *supra*.

¹⁵⁰⁸ GAZZANIGA J.-L. et a., *Le droit de l'eau*, préc., p. 22.

règles « ont pour objet une gestion équilibrée et durable de la ressource en eau ; cette gestion prend en compte les adaptations nécessaires au changement climatique »¹⁵⁰⁹. Cet objectif de gestion équilibrée et durable suppose une exploitation de la ressource en eau qui garantisse sa résilience ainsi que celle des milieux qui en dépendent. Dans cette perspective, le droit spontané local intègre cet objectif de façon sous-jacente (A), puisque l'ensemble de ces règles de droit s'articulent autour d'une démarche de développement durable (B).

A. La durabilité de l'usage de l'eau, un principe sous-jacent dans le droit coutumier en Dombes

L'usage durable de la ressource constitue désormais l'un des principes fondamentaux du droit de l'eau. Sa consécration dans le droit de l'eau et de l'environnement conduit nécessairement à repenser l'exploitation de la ressource en eau (1). Les usages traditionnels de l'eau en Dombes apparaissent comme respectant, depuis leur origine, le principe d'une utilisation durable (2).

1. Un principe désormais fondamental de la gestion de l'eau en droit

La mise en œuvre du droit de l'eau contemporain contribue à considérer la ressource comme l'élément d'un écosystème spécifique, et non plus seulement comme un élément dont le principal objet – et donc le principal objet du droit – était la pêche. En ce sens, l'eau dont l'usage était essentiellement encadré par la législation sur la pêche¹⁵¹⁰, fait désormais l'objet d'un régime juridique entièrement tourné vers la durabilité de son utilisation. En effet, l'objectif d'usage durable de la ressource en eau est consacré par le droit positif¹⁵¹¹ et s'intègre dans le principe plus général en droit de l'environnement d'utilisation durable des ressources¹⁵¹² trouvant à s'appliquer à l'ensemble des politiques publiques¹⁵¹³.

La notion de durabilité semble difficile à appréhender en ce qui concerne la gestion de l'eau. On en veut pour preuve l'absence de jurisprudence sur la mise en œuvre de ce principe,

¹⁵⁰⁹ Code de l'environnement, art. L. 211-1.

¹⁵¹⁰ De MALAFOSSE J., *L'eau qui endort*, préc., p. 11.

¹⁵¹¹ Code de l'environnement, art. L. 211-1.

¹⁵¹² Code de l'environnement, art. L. 110-1.

¹⁵¹³ Charte de l'environnement, art. 6.

contrairement à celui de gestion équilibrée de la ressource¹⁵¹⁴. Il est cependant possible d'affirmer que le principe d'usage durable fait intervenir une exigence de qualité de l'eau et des milieux aquatique, combinée à un facteur temporel. En ce sens, une action durable est celle qui suppose qu'elle puisse être reproduite dans les mêmes conditions. Dès lors, cette notion intègre, à notre sens, la notion de « résilience », c'est-à-dire la capacité des milieux naturels à se régénérer¹⁵¹⁵.

L'usage durable de la ressource en eau nécessite, selon Bernard Drobenko, l'établissement d'un cadre juridique et politique en mesure de définir le rôle dévolu aux autorités publiques et les droits et responsabilités des personnes privées. La définition d'une « gouvernance de l'eau » constituerait ainsi un préalable à sa gestion durable¹⁵¹⁶. En ce sens, les dispositions et objectifs des différents schémas de gestion de l'eau, SDAGE et SAGE, fondent les orientations à mener à l'échelle d'un sous-bassin, et sont notamment contenus au sein d'un « plan d'aménagement et de gestion durable de la ressource en eau et des milieux aquatiques »¹⁵¹⁷. Les objectifs de protection du SAGE imposent par ailleurs dans un rapport de compatibilité aux documents locaux d'urbanisme¹⁵¹⁸, de façon directe ou indirecte en fonction qu'il existe ou non un SCoT¹⁵¹⁹. Ce principe de gestion durable oriente donc l'ensemble des actions publiques en matière de gestion et de protection de la ressource, mais également plus généralement en termes d'aménagement du territoire.

Néanmoins, bien avant la consécration de ce principe en droit de l'environnement, les exploitants de la ressource en eau en milieu rural, et plus particulièrement en Dombes, faisaient nécessairement un usage de l'eau raisonné et inscrit dans le temps.

2. *Un droit local nécessairement protecteur de la ressource en eau*

Les règles qui régissent la gestion locale de la ressource en eau n'ont pas directement pour objet la préservation de la ressource ou des milieux naturels attenants. Pour autant, ils induisent indubitablement une certaine idée de la résilience de la ressource à travers l'obligation de l'exploiter en intégrant des objectifs tant quantitatifs que qualitatifs. Surtout, la

¹⁵¹⁴ Bien que ces deux principes paraissent pourtant difficilement dissociables, cf. *infra*.

¹⁵¹⁵ RAMADE F., *Eléments d'écologie*, préc.

¹⁵¹⁶ DROBENKO B., Eau et gouvernance, *Env.* 2005, n° 7, étude 23.

¹⁵¹⁷ Code de l'environnement, art. L.212-5-1.

¹⁵¹⁸ GUDEFIN J., *Le statut de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, préc., p. 205.

¹⁵¹⁹ Articles L. 131-1 et L. 131-7.

durabilité de la gestion de l'eau est fondée sur son exploitation multifonctionnelle reposant sur une valorisation tant agricole que piscicole ou cynégétique.

Par ailleurs, le caractère « circulant » de l'usage de la ressource en eau en Dombes participe nécessairement de la résilience de la ressource. En effet, les usages locaux imposent le partage de l'eau de propriétaire d'étang en propriétaire d'étang au sein d'une chaîne solidaire. Cette solidarité implique que l'ensemble des exploitants d'étangs bénéficient de la même qualité et de la même quantité d'eau, autrement dit des mêmes droits d'usage sur la ressource. L'usage de l'eau qui circule en « circuit fermé » induit ainsi une indéniable durabilité de son exploitation. En outre, le droit coutumier peut également être considéré comme la répétition adaptative d'une pratique ancestrale inspirée d'une observation pragmatique des milieux naturels. Cette gestion traditionnelle repose sur une utilisation économe de la ressource en vue de perpétuer les pratiques, ce qui a pour résultat de maintenir l'état de la ressource elle-même.

Une utilisation durable et une gestion équilibrée est donc garantie par les systèmes traditionnels d'exploitation de l'eau et correspondant aux objectifs fixés par les lois sur l'eau. En outre, il est possible d'identifier une réalisation des objectifs imposés par l'article L. 211-1 du code de l'environnement dans le droit local en ce qu'il respecte et utilise l'écoulement naturel de la ressource. Cet article énonce notamment que « *participe de la gestion équilibrée de l'eau la conservation et le libre écoulement des eaux* ». Ce principe trouve une mise en application directe dans les principes du droit coutumier qui impose une circulation de l'eau de pluie et de ruissellement au sein d'un bassin versant, et de rendre l'eau à son cours naturel après que chaque utilisateur en a fait usage.

Enfin, la responsabilisation des usagers à l'égard de la qualité de l'eau participe de ce circuit partagé de la Dombes, puisque la permanence de sa qualité garantit la pérennité de son usage piscicole et agricole. Ainsi, le principe local de préservation d'une qualité de l'eau permettant son usage ultérieur traduit également le principe d'utilisation durable tel qu'il est entendu en droit positif. En ce sens, le droit local dans sa globalité peut être considéré comme un droit du développement durable du territoire de la Dombes.

B. L'articulation du droit spontané local autour de la démarche de développement durable

Le développement durable constitue un objectif qui oriente la plupart des politiques publiques. A ce titre, l'article 6 de la Charte de l'environnement est rédigé de manière particulièrement générale : « *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ». Si ce principe a été consacré constitutionnellement en 2005, il n'en existait pas moins auparavant dans le droit puisque, né du sommet de Rio de 1991, il a été intégré dans le droit français par la loi du 2 février¹⁵²⁰. Il était alors défini comme un objectif transversal visant « *à satisfaire les besoins de développement des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs* »¹⁵²¹. Chantal Cans exprimait, dès 2003, une certaine réticence vis-à-vis de ce concept de développement durable qui constituerait, selon elle, un « *leurre juridique* », n'ayant finalement pas, en droit, une importance proportionnelle à l'utilisation de cette expression dans le langage politique ou économique, le droit ne permettant alors pas de déterminer les contours de cet objectif¹⁵²². Pourtant depuis, le concept de développement durable est devenu indissociable du droit de l'environnement et illustre, pour certains auteurs, sa modernité¹⁵²³. En tout état de cause, il offre une nouvelle clé de lecture du droit spontané local.

Si le développement durable constitue un principe aux contours juridiques flous¹⁵²⁴, il n'en irrigue pas moins l'ensemble du droit de l'environnement contemporain et permet d'observer une évolution dans les objectifs du droit de l'environnement. On passe progressivement d'un droit de la conservation de la nature (création des parcs nationaux 1960, loi de 1976 relative à la protection de la nature...) à un droit du développement durable. Ce constat est particulièrement évident à la lecture de la loi dite « Biodiversité » du 8 août 2016 en ce qu'elle modifie l'article L. 110-1 du Code de l'environnement au sein duquel est

¹⁵²⁰ Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, JORF du 3 février 1995 p. 1840.

¹⁵²¹ Cette définition du développement durable sous-entendant une solidarité intergénérationnelle est aujourd'hui incluse au sein de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement.

¹⁵²² CANS Ch., Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences, *AJDA* 2003, p. 210.

¹⁵²³ EDOUARD Th., La modernisation du droit de l'environnement : quelle(s) orientation(s) pour le fabricant de la norme ?, *Les Annales de droit* 2016, n° 10, p. 158.

¹⁵²⁴ MEYNIER A., *Les concepts en droit de l'environnement*, thèse préc.

reconnu un « *principe de l'utilisation durable, selon lequel la pratique des usages peut être un instrument qui contribue à la biodiversité* »¹⁵²⁵. Bien que ce principe « d'utilisation durable », dont on ne sait pas exactement à quoi il s'applique, peut être critiqué, il n'en demeure pas moins que les pratiques locales en Dombes semblent entrer directement en résonance avec lui. En effet, l'usage de l'eau tel qu'il est garanti par les pratiques et le droit local constitue en lui-même le moyen de la résilience de la ressource et des milieux naturels dans lesquels elle se trouve.

Le droit spontané local, pourrait constituer à cet égard, un droit du développement durable ou, en tout cas, un droit durable par nature. Tant que les pratiques durent, le droit d'origine coutumière perdure. Finalement, le droit du développement durable est-il un droit plus « libre » que le droit de l'environnement assez largement engoncé dans un carcan législatif et réglementaire ? En tout état de cause, le droit local a ceci de commun avec l'objectif de développement durable qu'il est doté d'une normativité confuse¹⁵²⁶. En effet, la portée normative de ses dispositions ne laisse pas d'interroger, du fait de leur nature coutumière et potentiellement *contra legem*.

Pour autant, le constat de l'intégration du droit local dans un cadre normatif plus large à travers le concept de développement durable ne doit pas masquer les risques qui en découlent. En effet, le droit de l'environnement a désormais tendance à être dilué au sein d'un nouveau droit du développement durable, ce concept ayant pour effet à long terme de « *neutraliser* » le droit de l'environnement¹⁵²⁷. En ce sens, le droit de l'environnement n'a plus la place qui était la sienne antérieurement mais constitue un élément d'un nouvel objectif : celui de concilier des intérêts divergents en limitant les impacts sur les milieux. On observe donc un profond changement de philosophie du droit de l'environnement, il ne s'agit plus du droit de la protection de la nature, mais le droit qui organise une conjonction d'objectifs qui met la protection de la nature au même rang que les autres. Si cette conception du droit correspond à la finalité des règles coutumières qui existent en Dombes, elle n'en suscite pas moins d'interrogations d'un point de vue du droit général. En effet, ce bouleversement peut être interprété comme un véritable recul de la protection de l'environnement, voire comme la manifestation d'une régression du droit environnemental. En ce qui concerne le droit spontané local en Dombes, la préoccupation de la préservation des ressources occupe une place non

¹⁵²⁵ Pour une analyse critique, voir A. Van Lang, La loi Biodiversité du 8 août 2016 : une ambivalence assumée, *AJDA* 2016, 2381

¹⁵²⁶ PRIEUR M., *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruylant, 2016, p. 21.

¹⁵²⁷ MOLINER-DUBOST M., *Droit de l'environnement*, préc., p. 19.

négligeable depuis son origine et s'accroît aujourd'hui, ce qui traduit une progression dans la prise en compte des milieux naturels.

II. La satisfaction du principe de non-régression par le droit coutumier local

Le droit spontané, et a fortiori le droit coutumier, est directement issu des pratiques, de la manière dont on utilise la ressource. Comme il vient d'être démontré, ce droit local aujourd'hui intègre pleinement les principes juridiques (et socio-économiques) du développement durable. Le développement durable repose néanmoins sur un équilibre entre les intérêts poursuivis, et doit écarter l'éventualité de la suprématie de l'un des trois piliers sur les deux autres. Cette crainte repose sur la primauté de l'intérêt du développement économique au détriment de la préservation de l'environnement. Afin de pallier ce risque, il est nécessaire de préserver les effets positifs du droit de l'environnement. A cette fin, l'absence de régression de cette branche du droit constitue un préalable à toute démarche de développement durable¹⁵²⁸. Le principe de non-régression tel qu'il a été introduit dans le droit positif par la loi dite « Biodiversité » du 8 août 2016 ne peut être opposé au droit coutumier puisqu'il ne s'impose qu'au seul pouvoir réglementaire¹⁵²⁹. Toutefois, ce principe, tel qu'il a été théorisé par Michel Prieur, peut être mis en rapport avec le droit coutumier applicable en Dombes. L'objet de ce droit coutumier local étant la gestion d'une ressource naturelle, il est possible de s'interroger quant à son rapport avec le principe de non-régression tel qu'il est pensé en droit de l'environnement, et on peut se demander s'il est possible qu'il régresse. Néanmoins, ce droit spécifique fait l'objet d'une évolution constante de façon à intégrer les préoccupations sociétales contemporaines (A). D'un autre côté, il est nécessaire d'analyser la possibilité d'une régression de la protection de l'environnement qui serait induite par un changement dans le contenu de la coutume, évolutive par nature (B).

A. La non-régression des préoccupations environnementales dans droit coutumier

Le principe de non-régression, inscrit dans la loi en 2016 a suscité beaucoup d'interrogations et de confusions, étant même l'objet d'une saisine du Conseil

¹⁵²⁸ PRIEUR M., La non-régression condition du développement durable, *Revue Vraiment durable* 2013, n° 3, p. 177.

¹⁵²⁹ MAKOWIAK J., Ce que non-régression veut dire, *Droit de l'environnement* 2017, n° 253, p. 55.

Constitutionnel¹⁵³⁰. Ce dernier a consacré la compatibilité de ce principe législatif avec les exigences constitutionnelles¹⁵³¹. L'objet de cette « non-régression » a été au cœur de ces interrogations : est-ce le droit de l'environnement qui est concerné par ce principe de non-régression au risque de porter atteinte à la liberté de légiférer, ou bien est-ce la protection de l'environnement elle-même ? Le législateur a tranché en faveur de la seconde hypothèse, étant donné que c'est la « *dégradation continue de l'environnement* » qui a justifié l'intégration de ce principe en droit¹⁵³². Ce principe s'en trouve donc consacré en droit de l'environnement général (1). Pour autant, la question de la régression ou de la non-régression du droit, et plus particulièrement du droit coutumier, peut légitimement se poser (2).

1. La consécration du principe de non-régression du droit de l'environnement

L'objet du principe de non-régression du droit de l'environnement tel qu'il a été théorisé par la doctrine¹⁵³³ est de permettre une amélioration constante des règles de protection de l'environnement. Il s'agit, pour Eric Naim-Gesbert, d'un principe de non-retour sur l'acquis juridique afin que le droit, s'appuyant sur la science de l'environnement, soit ancré au plus près du réel environnemental¹⁵³⁴. C'est principalement sous l'impulsion du professeur Prieur que ce principe est identifié¹⁵³⁵, analysé, puis introduit dans le droit positif de l'environnement dans le but d'une amélioration constante de la protection de l'environnement par le droit.

Deux facettes du principe de non-régression en droit de l'environnement peuvent être identifiées et distinguées : il existe d'une part un principe écrit et désormais inscrit dans la loi, et d'autre part, un principe essentiel du droit de l'environnement. Le droit commun de l'environnement n'étant pas opposable au droit local traditionnel, il ne sera pas ici question du principe de non-régression tel qu'il ressort de l'article L 110-1 : en effet, le droit coutumier n'étant ni d'origine législative, ni d'origine réglementaire, ce principe tel que consacré par la loi de 2016 ne peut lui être opposable. Quoi qu'il en soit, le principe de non-régression constitue un principe général du droit de l'environnement, du fait de son caractère finaliste et

¹⁵³⁰ Conseil Constit., 4 août 2016, n° 2016-737 DC, *R.J.E.* 2017, n° 4, p. 693, note Dellaux.

¹⁵³¹ DELLAUX J., La validation du principe de non-régression en matière environnementale par le Conseil constitutionnel au prix d'une redéfinition *a minima* de sa portée, *R.J.E.* 2017, n° 4, p. 693.

¹⁵³² BRETT R., Le principe de non-régression, *R.J.E.* 2018, n° 3, p. 631.

¹⁵³³ PRIEUR M. (Dir.), *La non-régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012.

¹⁵³⁴ NAIM-GESBERT E., La science et le principe de non-retour sur l'acquis juridique, in M. Prieur, *La non-régression en droit de l'environnement*, préc., p. 125.

¹⁵³⁵ PRIEUR M., Vers la reconnaissance du principe de non-régression, *R.J.E.* 2012, n° 4, p. 615.

de son objectif qui est de toujours « *améliorer la qualité de l'environnement, ce qui implique a contrario de ne pas prendre de mesures régressives* »¹⁵³⁶. Le droit de l'environnement intègre donc de façon intrinsèque l'interdiction morale de diminuer sa portée protectrice et ce, du fait de sa finalité¹⁵³⁷. Ainsi, ce principe existe indépendamment de la loi, comme l'explique A. Van Lang : il s'agit d'un droit permettant un niveau élevé de protection de l'environnement, autrement dit d'une évolution progressive et constante de la protection. Agathe Van Lang rappelle qu'en la matière, le droit interne n'innove pas réellement puisque « *le droit de l'Union européenne illustre déjà le principe de non régression en se référant à l'objectif d'un « niveau élevé de protection de l'environnement et d'amélioration de sa qualité » (TFUE, art. 191-1 et 191-2) et au « renforcement de la protection de l'environnement » (préambule (TUE) »*¹⁵³⁸.

Au regard de réflexions préliminaires, le droit spontané local constitué de règles traditionnelles auxquelles s'en agrègent de nouvelles en fonction des préoccupations sociétales du moment, est un droit évolutif. Il suppose, à chaque évolution, une meilleure adaptation aux enjeux que rencontrent les pratiques qui lui donnent naissance. Dans cette perspective, le droit spontané de la Dombes vise à une gestion de l'eau optimale et, dès lors, laisse à penser que, par essence, ce caractère évolutif implique une absence de régression.

D'un point de vue général, se pose la question de l'évaluation de la régression du droit (de l'environnement). A cet égard, il est possible de s'interroger sur le fait de savoir si la suppression, ou la simplification d'une procédure est nécessairement synonyme de régression. Répondre par l'affirmative reviendrait à évaluer la régression d'un point de vue quantitatif : plus les règles sont nombreuses plus la protection serait effective. À notre sens, la non-régression doit s'évaluer au regard de l'efficacité de la règle de droit dans sa capacité à répondre aux objectifs qui lui ont été assignés. Par exemple, le fait de déclasser une espèce protégée, eu égard aux dommages qu'elle fait subir à l'environnement, peut-il être qualifié de régression, ou au contraire, ce n'en serait pas une dès lors que ce déclassement aurait pour effet d'améliorer globalement la protection de l'environnement. Ainsi, la régression constatée d'un côté est contrebalancée par une progression de l'autre côté. Dans cette perspective, il ne

¹⁵³⁶ PRIEUR M., Vers la reconnaissance du principe de non-régression, préc.

¹⁵³⁷ PRIEUR M. Le nouveau principe de « non-régression », in PRIEUR M. et SOZZO G. (dir.), *La non régression en droit de l'environnement*, préc., p. 13. Le caractère inhérent de ce principe au droit de l'environnement découle également, selon l'auteur, de la proclamation d'un droit fondamental à l'environnement (*Idem.*, p. 22).

¹⁵³⁸ VAN LANG A., La loi biodiversité du 8 août 2016 une ambivalence assumée, *AJDA* 2016, p. 2381.

s'agirait sans doute pas d'une régression si le déclassement d'une espèce protégée est motivé par l'impératif de satisfaire l'objectif général de protection de l'environnement.

Le Conseil d'Etat interprète ce principe de non-régression¹⁵³⁹, l'arrêt étant éclairé par les conclusions du rapporteur public qui soutient qu'« *il résulte du texte que ce qui ne doit pas régresser, c'est la protection de l'environnement elle-même, et que celle-ci s'apprécie compte-tenu des connaissances scientifiques* »¹⁵⁴⁰. Les contours du principe étant fixés, on peut dès lors, se demander si le droit local de la gestion de l'eau est concerné par ce principe, et surtout s'il contribue, en ce sens, à une préservation constante et progressive des milieux naturels.

2. La confrontation de l'évolution de la coutume au principe de non-régression

Cela a été démontré, la coutume est évolutive par nature. Cette évolution s'effectue au gré des changements de pratiques. Ces dernières, centrées sur l'exploitation nécessairement durable de l'eau, vise l'efficacité de l'exploitation de l'eau et des étangs, le but étant de produire du poisson, de produire des céréales et de chasser dans de meilleures conditions possibles. L'évolution constante de la coutume tend a priori à une amélioration.

L'adaptabilité de la norme coutumière, et plus largement de la norme spontanée, constitue l'un des marqueurs de son absence de régression. Pour autant, il convient de veiller à l'objet auquel le droit s'adapte. S'il est porté par une gestion optimisée de la ressource naturelle, cette gestion n'implique pas nécessairement un bénéfice écologique dans le sens où les pratiques tendent, avant tout, à satisfaire les besoins de chaque usager et tend vers une efficacité économique. Dès lors, l'évolution du droit local n'exclut pas nécessairement une régression de la préservation de l'environnement. La coutume n'est pas une garantie intrinsèque d'une bonne qualité. On suppose que son évolution va vers une amélioration mais elle reste dépendante, en réalité, des préoccupations des usagers de la ressource dont les pratiques sont l'objet du droit coutumier. Néanmoins, en ce qui concerne la qualité de l'eau par exemple, s'engager vers plus de productivité, c'est aussi rechercher une meilleure qualité de la ressource. Sur cet aspect, il est donc possible que le droit local emporte une absence de régression. Il en découle un mouvement de progrès dans le sens où ce droit évolue de façon régulière. Le droit coutumier constitue finalement une évolution continue vers la recherche de

¹⁵³⁹ CE, 8 déc. 2017, n° 404391, *Féd. Allier Nature, Energie-Environnement-Infrastructures* 2018, n° 2, comm. 11, note Lepage.

¹⁵⁴⁰ DUTHELLET DE LAMOTHE L., Le principe de non-régression, *R.J.E.* 2018, n° 1, p. 212.

l'efficacité normative. Le droit local est en constante amélioration, en même temps que les pratiques elles-mêmes tendent à être de plus en plus efficaces. Toutefois, au-delà de non régression du droit, il s'agit d'analyser la possibilité de la régression de la protection de l'environnement.

B. L'absence de régression dans la prise en compte de l'environnement

La finalité du droit de l'environnement est de protéger des milieux naturels, des ressources naturelles, des écosystèmes et de la biodiversité. Ainsi, selon le Professeur Prieur, « *la protection de la nature et des ressources, la lutte contre les pollutions et les nuisances et l'amélioration de la qualité de la vie et de la santé publique* »¹⁵⁴¹. Cette branche du droit est donc imprégnée d'une dimension éthique et se donne des objectifs à atteindre, ce qui renforce sa cohérence selon Eric Naim-Gesbert qui affirme que le droit de l'environnement « *s'ordonne sur des valeurs à atteindre pour être plus persuasif* »¹⁵⁴².

À l'inverse, le droit local, dans sa dimension traditionnelle, est fondé sur l'exploitation économique des étangs et donc de la ressource en eau. Il est de ce point de vue difficile d'y déceler des valeurs protectrices à atteindre, et donc de le rapprocher de l'approche finaliste du droit de l'environnement. Son usage sur le long terme nécessite de le préserver, tant d'un point de vue qualitatif que quantitatif.

Ces meilleures conditions possibles dans lesquelles les pratiques locales visent à s'épanouir sont nécessairement influencées par les préoccupations contemporaines, et notamment la préservation de l'environnement. À ce titre, on observe que l'évolution des modes de culture céréalière tend vers la diminution de l'utilisation d'intrants, donc une meilleure prise en compte des enjeux environnementaux. L'étude du droit spontané local révèle que ce droit contient une « *branche environnementale* », c'est-à-dire un ensemble de dispositions qui ont pour objet ou pour effet de préserver les ressources et les milieux locaux. Il s'agit d'abord des règles qui encadrent l'entretien et la préservation des milieux. Il s'agit ensuite de l'intégration de la composante environnementale du développement durable dans les mécanismes volontaires tels que les labels, chartes et autres contrats.

Pourtant, il semble subsister certaines limites à l'absence de régression de la prise en compte de l'environnement du fait de la coexistence sur une même parcelle, et donc sur un

¹⁵⁴¹ PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, préc., p. 9.

¹⁵⁴² NAIM-GESBERT E., *Droit général de l'environnement*, préc., p. 8.

même sol, des pratiques agricoles et piscicoles. Une certaine résistance à la prise en compte de l'environnement demeure toutefois importante sur le territoire de la Dombes, et celle-ci est principalement le fait de la filière agricole. Bien que chacun des acteurs de la filière s'accorde sur l'importance de la préservation des ressources naturelles pour la production piscicole des étangs, les pratiques agricoles peuvent se révéler à cet égard en contradiction avec ce discours. En Dombes, l'étang côtoie le champ, ou noie le champ. Deux modes de cultures coexistent, d'un point de vue spatial comme temporel dans le sens où l'étang est alternativement le socle d'une production piscicole et agricole, et où il est soumis à l'influence des pratiques agricoles mises en œuvre sur les parcelles qui l'entourent. Dès lors, lorsqu'ils ne sont pas confondus en une seule et même personne ou qu'ils n'exercent pas sur le même étang, le pisciculteur est le voisin du cultivateur. Plus encore, le système d'assolement particulier à cette région fait se superposer ces deux activités sur une même parcelle, la culture céréalière succédant pour un an à la pisciculture. Cette particularité est d'une importance capitale pour la préservation de l'environnement puisqu'une grande part de la pollution des ressources naturelles est d'origine naturelle.

Dans ce cadre, l'un des moyens de prise de compte de l'environnement est le biais contractuel. Le droit privé écrit individuel prend alors le relais du droit coutumier général. Le cahier des charges de la marque « Poissons de Dombes » évoquée précédemment est alors susceptible d'intégrer des règles restrictives concernant l'activité agricole, dans une perspective environnementale. On notera néanmoins l'absence de toute contrainte concernant l'utilisation d'intrants agricoles pendant la phase d'assec dans le cahier des charges de la marque collective poisson de Dombes. La seule mention d'apport pendant la période d'assec est celle du calcium pour favoriser la production de phytoplancton : l'opérateur s'engage ainsi à « *épandre du carbonate de calcium (minimum préconisé une tonne par hectare) sur l'assec afin d'améliorer l'équilibre, la teneur en calcium et favoriser ainsi le développement du phytoplancton* »¹⁵⁴³.

En définitive, il existe une certaine confrontation des grandes orientations à l'échelle du droit interne de l'environnement avec les réalités pratiques locales qu'exprime le droit coutumier. Le droit législatif et réglementaire n'offre pas toujours les meilleures garanties dans le respect de ces principes. À cet égard, l'expérimentation du pouvoir de dérogation aux normes environnementales accordé aux représentants de l'État dans certains départements¹⁵⁴⁴

¹⁵⁴³ Cahier des charges marque collective « Poisson de Dombes », p. 9.

¹⁵⁴⁴ REF

interroge véritablement quant à la mise en œuvre du principe de non régression. L'extériorité et l'autonomie du droit local, qui suit sa propre temporalité et sa propre réalité, offre finalement une meilleure réponse à ce principe. Le pragmatisme qui conduit à la recherche d'une nécessaire durabilité des pratiques impose au droit spontané d'améliorer de façon constante la manière dont il intègre le fait environnemental.

Section 2. La mobilisation dans le droit coutumier de certains mécanismes du droit positif

Les usages de la ressource en eau et plus globalement les activités menées à travers la gestion de l'eau et des étangs en Dombes font l'objet d'une réglementation spécifique. C'est à dire que l'on ne peut procéder à des activités et des travaux sur l'eau, les milieux aquatiques et les milieux humides en échappant à toute contrainte. Cette contrainte est exercée par le biais de l'intervention d'un tiers dans le but de vérifier la conformité des activités exercées ou envisagées avec les règles de droit applicable. La façon dont ces usages sont réglementés est binaire : d'une part, cette réglementation nécessite l'intervention de l'autorité administrative dans le but d'autoriser certains travaux et activités de manière préalable via une police administrative de l'eau, ou *a posteriori* par un contrôle administratif (I). D'autre part, la réglementation des activités piscicoles peut être le fait de la communauté des exploitants d'étangs elle-même (II).

I. Confrontation du régime juridique traditionnel à la notion d'intérêt général

La question de l'intérêt général suppose de s'interroger sur le fondement de la création des étangs en Dombes, et plus exactement, sur les intérêts poursuivis, ce qui revient à se demander quel a été le rôle des étangs dans la constitution de la société dombiste. On l'a vu, leur exploitation et les pratiques particulières inhérentes ont permis d'établir un lien de solidarité entre les usagers de l'eau, lien traduit juridiquement par la mise en œuvre d'un droit coutumier complexe au fil du temps. Cet ensemble normatif rend compte de la place sociale, politique et juridique de l'étang en Dombes. Les étangs sont au cœur de la confrontation d'intérêts généraux contradictoire : la production piscicole, la préservation de la salubrité publique, l'aménagement du territoire, la protection des milieux naturels locaux. L'étude de l'évolution du droit local permet d'observer un glissement de l'intérêt général fondant la mise

en œuvre du droit public notamment. Cette notion d'intérêt général est nécessairement évolutive en fonction des besoins et des préoccupations sociales en fonction de l'époque à laquelle l'on se place.

L'intérêt général de la protection de l'eau a fondé, à l'échelle de l'Union européenne, le besoin d'établir des objectifs qualitatifs et quantitatifs de préservation des masses d'eau. La notion d'intérêt général, dans le domaine du droit de l'eau comme dans l'ensemble de droit est malléable et évolutive et surtout, doit constamment faire l'objet d'une appréciation concrète des différents intérêts en présence d'un projet ; le but étant de les mettre en balance de sorte que le juge administratif est amené à effectuer un « bilan coût-avantages »¹⁵⁴⁵ de ces intérêts. Le droit de l'Union européenne comme la jurisprudence interne ont conduit à identifier les intérêts environnementaux comme étant « supérieurs », uniquement contrebalancés par des « raisons impératives d'intérêt public majeur »¹⁵⁴⁶, ou un « intérêt général majeur »¹⁵⁴⁷. Ainsi, l'intérêt général revêt bien des formes selon les époques, et les domaines du droit dans lesquels l'on se place. D'un point de vue tant historique que contemporain, il est donc nécessaire de considérer l'intérêt accordé par le droit à la création des étangs (A), et du point de vue du droit de l'environnement positif, de s'interroger sur les fondements et les moyens juridiques de la préservation de l'ordre public écologique sur le territoire de la Dombes (B).

A. L'évolution de l'intérêt général attaché à la création des étangs

« L'intérêt public, donc l'intérêt public local, est variable au cours du temps [...] : ce qui n'est pas d'intérêt public peut le devenir, ce qui l'était peut ne plus l'être »¹⁵⁴⁸. Entre intérêt général et utilité publique, le droit local et l'exploitation des étangs ont fait émerger une sémantique évolutive parallèlement aux intérêts défendus. Comme cela a pu être mis en avant par d'anciens auteurs, dont notamment Guigue¹⁵⁴⁹, l'exploitation de ces ouvrages hydrauliques a eu pour objet, et pour effet, de drainer une partie de l'eau omniprésente sur ce territoire et de la réorienter vers les étangs qui y sont disséminés. Cet aménagement particulier du territoire en construisant un réseau hydraulique artificiel participait alors de la poursuite

¹⁵⁴⁵ De la même manière qu'en matière d'expropriation

¹⁵⁴⁶ Dans le cadre des dérogations à l'interdiction de porter atteinte aux espèces et habitats protégés, art. L. 411-2 C. Env.

¹⁵⁴⁷ Dans le cadre de la dérogation aux objectifs de préservation de la qualité et de la quantité des masses d'eau, art. L. 212-1 et R. 212-16 C. Env.

¹⁵⁴⁸ PONTIER J.-M., Qu'est-ce que le « local », *préc.*

¹⁵⁴⁹ GUIGUE M.-C., *Essai sur les causes de la dépopulation de la Dombes et l'origine des étangs*, *préc.*

d'une « utilité publique » de valorisation piscicole et agricole de cette vaste zone humide (1). Depuis, l'intérêt général attaché à la gestion de l'eau et des étangs a évolué en fonction des intérêts économiques des contemporains (2).

1. *L'intérêt de la valorisation piscicole d'une zone humide naturelle*

L'intérêt général recèle bien des mystères¹⁵⁵⁰. Il est certain que l'intérêt général, ce qui est considéré localement comme « l'utilité publique » attachée aux étangs, a subi d'importantes évolutions au cours de l'histoire juridique de la Dombes. Comparable aux autres grandes zones humides, ce territoire a eu une mauvaise réputation¹⁵⁵¹ malgré son utilité pour l'approvisionnement en poissons de la région lyonnaise proche. Cette utilité fonctionnelle découle de l'aménagement de la Dombes, fondé sur la recherche d'une mise en valeur de ce territoire par le creusement d'étangs, qui étaient alors considérés comme « d'utilité publique » (a). Leur sort dépend ainsi de l'ambiguïté et de la place que l'on octroie aux différents intérêts en présence, et notamment de la propriété privée (b).

a. Un territoire humide à la mauvaise réputation et aux interactions sociales complexes

Le droit applicable à la création et l'exploitation des étangs en Dombes est singulier depuis son origine. L'ensemble des auteurs ayant traité de la Dombes s'accordent pour constater que la construction des ouvrages hydrauliques a toujours été dotée d'une « utilité publique ». Le contenu de cette utilité publique et ses conséquences juridiques demeurent pourtant flous.

Une donnée est indiscutable, lorsque l'on étudie l'origine des étangs de la Dombes et leur traitement juridique, politique et pratique dans l'histoire, ce sont les caractéristiques des zones humides que l'on retrouve dans l'ensemble des discours qui correspondent aux critères scientifiques déterminants ce type de milieu. Tous les chercheurs, qu'ils soient historiens, géographes ou archéologues, s'accordent sur le fait qu'il s'agit là d'une zone humide naturelle : l'eau y est omniprésente et la végétation caractéristique de ce type de milieu (nombre d'écrits décrivent les étangs bordés de roselières). Au-delà de ce constat, les avis

¹⁵⁵⁰ ROCHFELD J. et a. (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, préc., p. 694 : « les mystères de l'intérêt général ».

¹⁵⁵¹ LELAY Y.-F., *Les hommes et le bois en rivière : représentations, pratiques et stratégies de gestion dans le cadre de l'entretien des cours d'eau*, thèse de géographie-aménagement, Lyon, 2007.

divergent, notamment lorsque l'on considère l'ensemble des écrits qui ont été produits à la fin du XVIII^{ème} siècle et jusqu'au début du XX^{ème}. Les polémiques sont rudes sur les influences de cette zone humide et plus précisément de ces étangs. Ceux-ci ont mauvaise presse¹⁵⁵², et posent un certain nombre de questions d'ordre sanitaire : sont-ils vecteurs de maladies, infestés de moustiques, dangereux et nauséabonds ? Ce point de vue a été largement instrumentalisé à des fins politiques, faisant régner en Dombes un véritable climat de « *peur sociale* »¹⁵⁵³. A l'inverse, les étangs ont-ils permis la maîtrise d'une terre difficilement cultivable, l'expansion d'une activité prospère au Moyen-âge, et de façonner un paysage que d'aucuns qualifient aujourd'hui de naturel ? Avec le recul, ces deux positions, qui ont fait l'objet d'importants développements¹⁵⁵⁴, ont sans aucun doute été plus ou moins fondées à différentes étapes de l'histoire de ce territoire.

A tout le moins, la décision d'aménager ce vaste territoire à la géologie particulièrement hydromorphe a permis de tirer parti de terres à l'origine non cultivées et non habitées. L'archéologie permet d'affirmer que l'histoire sociale de la Dombes centrale débute véritablement à l'époque à laquelle sont datées les premières créations d'étangs¹⁵⁵⁵, sous l'impulsion des communautés ecclésiastiques¹⁵⁵⁶. L'objectif est, là encore, sujet à controverses, puisque certains trouvent dans la création des étangs un moyen d'assainir un vaste marécage, là où d'autres y voient seulement un moyen d'obtenir de meilleurs rendements en termes de production agricole¹⁵⁵⁷, et où enfin Guigue y voit la conséquence des guerres féodales ayant dépeuplé la Dombes, ce qui nécessitait de trouver un système d'exploitation peu gourmand en main d'œuvre¹⁵⁵⁸.

¹⁵⁵² DUBY G. et WALLON A., *Histoire de la France rurale*, tome 3, Seuil, 1973, p. 193.

¹⁵⁵³ HAGHE J.-P., *Les eaux courantes et l'Etat en France (1789-1919). Du contrôle institutionnel à la fétichisation marchande*, Thèse de géographie, Ecole des hautes études en sciences sociales soutenue le 6 juillet 1998, [dactyl.], p. 99.

¹⁵⁵⁴ Ces polémiques sont résumées par Catherine Benoit dans son ouvrage (*Histoire de la Dombes au Moyen-Age*, préc., p. 19 et s.).

¹⁵⁵⁵ BUISSON A., *La Dombes avant la Dombes*, in BAILLY G. et BILLET Ph. (Dir.), *Aspects contemporains du droit coutumier en Dombes*, à paraître.

¹⁵⁵⁶ Le legs d'une propriété foncière contenant un étang piscicole à une communauté religieuse en 1229 est considéré comme fondateur de ce mouvement de création d'étangs et de leurs empoissonnements, v. l'introduction générale à la présente étude.

¹⁵⁵⁷ BENOIT C., *Histoire de la Dombes au Moyen-Age*, préc., p. 21.

¹⁵⁵⁸ GUIGUE M.-C., préc., p. 72.

b. La place ambiguë de la propriété dans l'échelle des intérêts préservés par le droit local

La propriété constitue un intérêt préservé par le droit coutumier dans le sens où c'est bien un propriétaire foncier qui jouit de la possibilité de demander l'autorisation d'élever une chaussée. Pour autant, la propriété fait paradoxalement l'objet d'importantes atteintes lorsqu'il s'agit d'autoriser l'inondation (et donc la destruction) des propriétés voisines. Cette ambiguïté n'est explicable qu'au regard de l'intérêt général qui permet de rétablir l'équilibre dans les relations juridiques entre propriétés.

L'équilibre juridique entre les différents intérêts reconnus par le droit repose sur les critères identifiés par le législateur ou le juge permettant de faire primer l'un de ces intérêts sur un autre en fonction des circonstances du cas d'espèce considéré. La propriété étant un « *droit inviolable est sacré* », seule la « *nécessité publique* »¹⁵⁵⁹ dans un premier temps, et désormais « *l'utilité publique légalement constatée* »¹⁵⁶⁰ justifie qu'y soit porté une atteinte, sous réserve d'une « *juste et préalable indemnité* ». La propriété est l'intérêt privé qui subit le plus d'atteinte et qui nécessite une justification fondée un intérêt général au sens large. Ce dernier revêt de multiples facettes en droit positif : la loi mentionne tour à tour l'intérêt général¹⁵⁶¹, la nécessité publique, l'utilité publique, l'intérêt public majeur¹⁵⁶². Il est alors possible de déceler dans le droit la construction d'une échelle des intérêts qui supportent plus ou moins d'atteintes et de dérogations¹⁵⁶³.

D'abord, l'inondation de terres voisines par l'élévation d'une chaussée pour la création d'un étang est considérée à partir du XIII^{ème} siècle¹⁵⁶⁴, comme d'« *utilité publique* ». Si les auteurs anciens tels que Revel, Collet, Rivoire et Truchelut s'accordent pour affirmer que les étangs étaient considérés sous l'Ancien Régime comme d'utilité publique, nul ne mentionne l'origine de ce statut privilégié. Bien qu'il permette de justifier l'atteinte à la propriété foncière par l'inondation, il est difficile de connaître la source juridique de cette utilité

¹⁵⁵⁹ Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, 1789, art. 17.

¹⁵⁶⁰ Code civil, art. 551, dans sa rédaction datant de la promulgation du Code civil en 1804 et toujours en vigueur aujourd'hui.

¹⁵⁶¹ De façon générale, l'intérêt général fonde l'action de l'administration (art. L. 100-2 du Code des relations entre le public et l'administration. De façon plus sectorielle l'intérêt général impose : la protection et la mise en valeur de l'eau (art. L. 210-1 du Code de l'environnement) ; la protection, la connaissance, la mise en valeur, la restauration, la gestion et la préservation de la biodiversité (art. L. 110-1 du Code de l'environnement) ; la préservation de certaines zones agricoles (art. L. 112-2 CRPM) ;

¹⁵⁶² Notion issue du droit de l'Union Européenne et constituant un des motifs possibles de dérogation aux interdictions de porter atteinte au patrimoine naturel (v. art. L. 411-1 du Code de l'environnement).

¹⁵⁶³ BAILLY G., *De l'utilité publique à l'intérêt public majeur*, Mémoire de Master 2 de Droit de l'environnement, Lyon 3, 2014.

¹⁵⁶⁴ REVEL Ch., *Usages des pays de Bresse*, préc.

publique, ni ses implications. Autrement dit, ni la source ni le régime juridique de ce statut ne sont aisément identifiables. Ce constat ne laisse pas d'interroger, au regard de l'utilité publique telle qu'elle peut être envisagée aujourd'hui du point de vue du droit public : c'est-à-dire la reconnaissance de l'intérêt général par une autorité administrative, justifiant qu'il soit porté atteinte à un autre intérêt en présence. L'utilité publique a une importance toute particulière en matière de protection de la propriété privée puisqu'elle permet de justifier et d'autoriser une opération qui nécessite une expropriation.

L'étude du droit coutumier en Dombes permet d'affirmer qu'il en a toujours été ainsi dans l'ordre juridique : certains droits méritent une protection, en premier lieu la propriété (d'abord ecclésiastique, seigneuriale, royale voire collective, puis privée ou publique). Cependant cette protection souffre d'exceptions qui sont susceptibles d'intervenir lorsque certaines conditions ou critères sont réunis. Ils sont généralement de deux ordres lorsqu'il s'agit de porter atteinte à la propriété : d'une part la justification par la caractérisation d'un intérêt général conférant à l'opération envisagée sa légitimité, et d'autre part, une compensation pour le préjudice ainsi subi. Cette compensation est traditionnellement en Dombes, l'octroi de droits qui ont déjà été mentionnés et dont la présence aboutit à la situation de double propriété si singulière en Dombes¹⁵⁶⁵. Il existe pourtant une ambiguïté dans les termes utilisés pour caractériser l'intérêt que comportent les étangs. Elle est due à l'existence de notions proches de l'intérêt général, sans pour autant revêtir le même régime juridique. On trouve en droit positif, l'utilité publique, intérêt public ou encore l'intérêt public local : ce dernier « *conditionne, détermine et limite les interventions des collectivités territoriales* »¹⁵⁶⁶. La création des étangs, puis leur préservation et leur mise en valeur sont-elles fondées sur un intérêt public local ? Cette notion est traditionnellement restreinte à l'activité des collectivités territoriales et plus spécialement la mise en œuvre d'un service public local. « *L'un des critères retenus par le juge est la satisfaction d'un besoin de la population : la collectivité ne peut intervenir que si cette intervention répond à un besoin de la population, et que l'intérêt poursuivi n'est pas un intérêt privé, fût-il collectif et étendu* »¹⁵⁶⁷. Selon cette approche, la satisfaction de l'intérêt public local ne peut être opérée qu'à travers les agissements des collectivités territoriales, et ne laisse donc que peu de place à l'initiative privée collective. En tout état de cause, il est

¹⁵⁶⁵ V. Partie I, Titre I, Chapitre 1 de la présente étude.

¹⁵⁶⁶ PONTIER J.-M., Qu'est-ce que le « local », *AJDA* 2017, p. 1093.

¹⁵⁶⁷ *Idem*.

difficile d'affirmer que l'une ou l'autre des notions renvoie au régime juridique alors appliqué aux zones humides et aux étangs.

Cette ambiguïté dans la terminologie et le régime juridique qu'elle implique n'empêche qu'elle soit au cœur des réflexions qui ont pour objet l'étang de Dombes. Récemment, Vanessa Manceron évoque le droit d'inondation « *légitimé par le statut spécifique des étangs, considérés alors d'utilité publique* »¹⁵⁶⁸, sans pour autant développer les éléments qui permettent d'attribuer ce statut particulier aux étangs. A l'image de Collet, les anciens auteurs énoncent que « *les étangs sont avantageux au public* » et que les propriétaires inondés n'ont pas à se plaindre de voir ainsi leur héritage rendu plus fertile et leur patrimoine accru par l'octroi de droit d'usages sur l'ouvrage¹⁵⁶⁹. En 1856, les rédacteurs du projet de loi sur la licitation des étangs de la Dombes fustigent, dans l'exposé des motifs, les auteurs qui affirmaient que « *ces étangs étaient avantageux au bien public, et doit faire céder la fantaisie des particuliers au bien général* »¹⁵⁷⁰. De son côté, Guigue évoque l'utilité des étangs du fait qu'ils représentent à l'époque féodale le seul moyen de mettre en valeur une terre réputée ingrate¹⁵⁷¹ sans toutefois permettre au juriste contemporain d'identifier la source juridique de ce statut. Plus encore, ce dernier signale que ce statut peut être contesté eu égard à la protection juridique que nécessite le droit de propriété. En outre, il mentionne les contestations auxquelles les propriétaires ont dû faire face par le passé et mentionne une charte et un arbitrage écrits datant respectivement du 12 avril 1388 et du 12 juillet 1425 dans lesquels est contesté le droit d'inondation des propriétés riveraines justifié par l'utilité publique des étangs¹⁵⁷².

Quoi qu'il en soit, tous s'accordent sur le fait que le « statut » d'utilité publique attribué aux étangs trouve son fondement opérationnel dans l'avantage agricole que présente la valorisation piscicole de l'eau stagnante en Dombes. L'utilité publique vient donc entériner un intérêt général légitime mais potentiellement évolutif. Dans un premier temps, l'utilité publique de la création d'étang est reconnue dès lors que l'objectif est la mise en valeur d'une terre jugée ingrate. En cela, la Dombes ne semble pas être une exception sous l'Ancien Régime puisque la Coutume d'Orléans a peu à peu vu ses principes étendus à tout le Royaume. Le principe selon lequel « *il est loisible à chacun de son autorité privée de faire en*

¹⁵⁶⁸ MANCERON V., *Etre maître de l'étang*, préc., n° 19.

¹⁵⁶⁹ COLLET Ph., préc., p. 87.

¹⁵⁷⁰ Loi du 21 juillet 1856, préc., *Gazette du Palais* du 21 juillet 1856, p. 210.

¹⁵⁷¹ GUIGUE M.-C., préc., spéc. pp. 6 et suiv.

¹⁵⁷² *Ibid.*

héritage étangs » devint peu à peu le droit commun¹⁵⁷³, et généralise la faculté de créer un étang en inondant éventuellement les propriétés voisines, et surtout à condition d'établir « *que la création de l'étang réponde à un motif d'utilité publique* »¹⁵⁷⁴.

Ces notions d'intérêt général et d'utilité publique doivent être prises avec précaution car elles renvoient à des réalités juridiques bien distinctes. En définitive, « *l'intérêt général est une notion dont l'emploi n'est pas neutre : elle a des conséquences importantes sur l'exercice du contrôle juridictionnel* »¹⁵⁷⁵. De la matérialisation de cette notion dépend le régime juridique applicable à son objet.

2. *Les mutations de l'intérêt général en fonction des bénéfices économiques et des attentes sociétales*

La survie des étangs de la Dombes et de leur réglementation si spécifique est principalement due à la structuration en filière professionnelle de leur exploitation. Le bénéfice économique qu'un propriétaire dombiste peut retirer n'est pas négligeable. Il est vrai qu'investir dans une propriété dombiste n'a généralement pas pour objet de faire fortune dans la production de carpes¹⁵⁷⁶. Toujours est-il que la pisciculture et l'exploitation du droit de chasse sont source de revenus qui permettent aux propriétaires de « rentrer dans leurs frais ». L'intérêt économique est donc omniprésent sur le territoire de la Dombes, et a entraîné de profondes évolutions au cours de l'histoire (a). De façon plus récente, la gestion des étangs correspond à une aspiration nouvelle de la société : valoriser durablement les espaces naturels (b).

- a. L'intérêt général inhérent aux grands projets d'aménagement ou l'écrasement de la tradition local par le progrès technique

Au cours de la période révolutionnaire, l'utilité publique attachée aux étangs et autres marais connaît une mutation en faveur de l'assèchement de ses étangs. Cette évolution est

¹⁵⁷³ FROMAGEAU J., La rémanence des usages et coutumes dans les zones humides, in VANUXEM S. et GUIBET-LAFAYE C. (dir.), préc., p. 73.

¹⁵⁷⁴ FROMAGEAU J., Le droit de l'environnement : l'exemple des zones humides, *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, 1998, t. 156, p. 175.

¹⁵⁷⁵ TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, 1977, p. 367.

¹⁵⁷⁶ Au contraire, cet investissement résulte le plus souvent d'un attachement particulier à ce territoire ou simplement d'une volonté liée à l'exercice de loisirs que sont la pêche et la chasse.

notamment confortée par thèses hygiénistes imputant à ces eaux stagnantes, l'origine des « miasmes », du paludisme et d'autres infections. Cet intérêt général est entériné par le législateur à plusieurs reprises. Même si la perception locale ne va pas dans le même sens, c'est la loi qui définit l'intérêt général et donc l'utilité publique que les politiques publiques devront poursuivre. L'État et l'administration locale dombiste (comme dans d'autres territoires tels que la Provence) expérimentent ce qui est considéré aujourd'hui comme une procédure d'expropriation fondée sur la reconnaissance d'un intérêt général supérieur. Son principe est affirmé en 1789 dans la Déclaration des droits de l'Homme et est alors fondé sur une « *nécessité publique légalement constatée* »¹⁵⁷⁷.

De façon générale, l'utilité publique des grandes infrastructures de transport a très souvent conduit à la destruction d'espaces naturels, les intérêts représentés par ceux-ci étant quasi-systématiquement jugés minoritaires par rapport à l'intérêt général des aménagements projetés¹⁵⁷⁸. Ou bien, les atteintes à ces espaces étaient équilibrées par des mesures compensatoires, celles-ci devenant alors de véritables facilitatrices de projets¹⁵⁷⁹. Rien ou presque ne permet alors de contrebalancer l'intérêt porté le progrès que convoient les projets autoroutiers ou ferroviaires. Néanmoins, ce type de projets n'est pas sans défaut et leur utilité publique peut être remise en cause par leur coût excessif, faisant désormais des projets autoroutiers des « *colosses aux pieds d'argiles* »¹⁵⁸⁰. Enfin, le Conseil d'Etat a parfois l'occasion de reconnaître l'intérêt environnemental exceptionnel d'un site naturel, de nature à retirer le caractère d'utilité publique de projets d'aménagements¹⁵⁸¹.

- b. La remise en eau des étangs : de l'intérêt économique agricole traditionnel à son intérêt écologique

En 1901, la querelle entre « carpistes » (ou évolagistes) et assécheurs n'est pas terminée que le législateur est intervenu pour modifier une fois encore l'utilité publique locale en permettant la remise en eau des étangs suite au constat du faible résultat de l'assèchement sur la santé publique du territoire.

¹⁵⁷⁷ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, art. 17.

¹⁵⁷⁸ V. pour un arrêt récent consacrant l'utilité publique d'un projet de construction d'une ligne TGV : CE, 11 avr. 2018, n° 401753, *Fédération Sepanso Aquitaine et a.*, JCP A 2018, n° 15, act. 361.

¹⁵⁷⁹ V. BAILLY G., Mémoire, préc.

¹⁵⁸⁰ IACONO G., Les projets d'autoroutes, des Colosses aux pieds d'argile, comm. sous CE, 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et a.*, n° 170856 et 170857, JCP G 1997, n° 38 II 22909.

¹⁵⁸¹ CE, 10 juillet 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Ste Croix, des lacs et sites du Verdon et autres*, n° 288108, JCP A 2006, n° 44-45, 1256, note Billet.

Aujourd'hui, l'utilité publique ou l'intérêt général pour objet de préserver l'environnement, ses composantes et ses fonctions. L'écosystème propre à l'étang dombiste est considéré comme un élément environnemental à part entière et justifie alors que l'on mette en œuvre des politiques publiques de préservation.

En droit positif, les politiques publiques en matière d'étangs et plus largement de zones humides sont motivées par l'utilité publique de la préservation d'écosystème fragilisés. Il s'agit principalement de l'actuelle politique des espaces naturels sensibles menée par le département de l'Ain¹⁵⁸². Cette évolution est notamment due à l'identification du territoire de la Dombes comme une vaste étendue naturelle principalement constituée de zones humides. Ainsi, on peut constater avec Benoit Grimonprez que « *la prise de conscience de l'intérêt écologique des milieux aquatiques a heureusement renversé l'idéologie de la destruction* »¹⁵⁸³.

Le sort juridique des étangs des régions humides est donc évolutif en fonction des intérêts du moment, avec une prédominance pour le développement économique et social territorial. L'intérêt économique de la production de poisson au Moyen Age, l'intérêt hygiéniste et les tentatives (peu probantes) d'institutionnalisation de l'assèchement des étangs au XVIII^{ème}, l'intérêt économique du chemin de fer et la licitation effective des étangs au XIX^{ème}. Et aujourd'hui, l'utilité conférée à l'exploitation des étangs intérêt économique : relance d'une filière, intérêt local et la réappropriation d'une culture traditionnelle, intérêt environnemental et la préservation de milieux spécifiques permettant la cohabitation de l'exploitation de la pisciculture et la mise en valeur des écosystèmes.

B. L'exploitation des étangs face à la notion d'ordre public en droit positif

L'ordre public écologique correspond à l'autonomisation de l'intérêt supérieur que représente la protection de l'environnement au sein de l'ensemble des intérêts généraux. Alexandre Kiss a défini l'ordre public écologique comme « *un ensemble de principes élaborés dans l'intérêt général de l'humanité et fondés sur la justice environnementale qui permet de sauvegarder les ressources naturelles et leurs équilibres entre elles et par rapport aux humains, ainsi que d'assurer l'accès équitable à ces ressources à toute personne et à toute*

¹⁵⁸² En application de l'article L. 142-1 du Code de l'environnement, le département a le pouvoir d'intervenir dans le marché foncier afin de sécuriser des parcelles de zones humides.

¹⁵⁸³ GRIMONPREZ B., Agriculture et zones humides: un droit entre deux eaux, *RDR* 2011 n°393, étude n°5.

autre espèce vivante »¹⁵⁸⁴. Une telle définition a une portée essentiellement internationaliste et dépeint les aspirations de son auteur de voir consacrer à l'échelle mondiale la solidarité et l'équité dans l'usage, la gestion et la préservation des ressources naturelles. Surtout, l'ordre public écologique est fondé sur l'alliance entre science et droit dans le but de préserver les dynamiques naturelles et leurs « équilibres ». Fort de ce constat, le Professeur Naim-Gesbert propose de définir l'ordre public écologique dans le sens où il « *vise, comme pensée juridique et éthique singulière, et par un système de normes appropriées – fondées sur l'adaptation harmonieuse de la loi juridique à la loi écologique- la sauvegarde de la biodiversité dans la durée et de manière équitable, y compris l'homme* »¹⁵⁸⁵. Dans cette perspective, les milieux écologiques de la Dombes sont susceptibles de faire l'objet d'une protection à ce titre, en raison de leur intérêt environnemental. Ce caractère fonde ainsi le recours à la police administrative.

Au cours de l'histoire de la Dombes, la place de l'étang a profondément fait évoluer le paysage local mais également les relations de voisinage entre propriétaires et exploitants d'étangs. Les conditions de création des étangs ont évolué en même temps que la justification de leur implantation et de l'intérêt qui conduit à l'autoriser. L'étang occupe donc une place ambivalente dans le paysage local si on le considère au prisme de l'ordre public. Il peut tout à la fois être une source de nuisance que l'autorité administrative peut faire cesser à travers son pouvoir de police (1), et faire partie des éléments environnementaux à préserver dans la perspective du maintien de « l'ordre public écologique » (2).

1. La police administrative de l'eau dans la réglementation des usages de la ressource en Dombes

La police administrative peut être définie comme « *l'ensemble des moyens juridiques et matériels mis en œuvre par les autorités administratives compétentes en vue d'assurer, de maintenir ou de rétablir l'ordre public* »¹⁵⁸⁶. Les moyens juridiques de la police administrative sont notamment les règles générale ou individuelles¹⁵⁸⁷. L'eau fait l'objet d'une police spéciale et « *englobe l'ensemble des règles imposées afin de garantir la protection et la*

¹⁵⁸⁴ KISS A., L'ordre public écologique, in BOUTELET M. et FRITZ J.-C. (Dir.), L'ordre public écologique, Bruylant, 2005, p. 167.

¹⁵⁸⁵ NAIM-GESBERT E., *Droit de l'environnement*, préc., p. 212.

¹⁵⁸⁶ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, p. 765.

¹⁵⁸⁷ GONOD P., MELLERAY F., YOLKA Ph., *Traité de droit administratif*, t. 2, Dalloz, 2011, p. 17.

qualité des ressources en eau »¹⁵⁸⁸. Les développements suivants tendent à démontrer l'ambivalence de la coutume dombiste (qui se veut volontairement préservatrice) et résolument moderne, se fondant notamment sur les principes révolutionnaires et les droits individuels issus du code civil de 1804. L'exploitation des étangs a toujours fait l'objet d'un contrôle de la part d'une autorité régulatrice (a), avant d'être définitivement soumise au droit administratif positif (b).

a. La Dombes et l'expérimentation d'une « police administrative » de l'eau

L'héritage historique de la Dombes est divers. Les usages de l'eau qui y sont exercés remontent au Moyen-âge et ont accompagné la création et la multiplication des étangs sur ce territoire. Ces usages, au sens de pratiques hydrauliques, ont revêtu d'une force normative à travers les usages au sens juridique, puis à travers la coutume, ensemble juridique complexe dont la mise en œuvre est acceptée par tous. Dès lors, les activités exercées grâce à la maîtrise de la ressource hydraulique est contrainte, ou du moins, encadrée. Cet encadrement, dont on ne peut douter de la nature juridique, peut alors être considéré comme une véritable police coutumière. En effet, la mise en eau des étangs, notamment, a toujours reposé sur la délivrance d'une autorisation préalable (α). Les relations entre cette réglementation et la police administrative telle qu'on l'entend en droit positif sont relativement complexes : alors que la coutume s'inspire des mécanismes de la police administrative, celle-ci peine à s'adapter à la première (β).

α . L'autorisation de la mise en eau des étangs dans l'histoire du droit

En droit médiéval, et dans son acception la plus large, la police désigne « *le gouvernement de la justice adapté aux exigences de la vie en communauté* »¹⁵⁸⁹. L'eau constitue un « bien commun »¹⁵⁹⁰ essentiel à la vie en collective et fait donc partie des objets de la police attribuée à l'autorité locale¹⁵⁹¹. Le droit tel qu'il a été mis en œuvre en Dombes semble véritablement précurseur des mécanismes de police qui constituent encore le cœur du

¹⁵⁸⁸ MERGEY A. et MYNARD F. (Dir.), *La police de l'eau, réglementer les usages de l'eau : un défi permanent*, Ed. Johanet, 2017, p. 9.

¹⁵⁸⁹ LEVASSEUR A., La police de l'eau dans la ville médiévale, in MERGEY A. et MYNARD Fr (dir.), *La police de l'eau*, préc., p. 48.

¹⁵⁹⁰ Entendu comme une forme particulière d'organisation visant à assurer la paix et l'ordre, et qui s'exerce « *au sein d'une communauté possédant une identité et une autonomie propre* » (*Ibid.*).

¹⁵⁹¹ En ce qui concerne la Dombes, nous parlerons largement de « seigneur ».

droit de l'environnement. Du pouvoir réglementaire seigneurial à la loi de 1901 sur la remise en eau des étangs, en passant par la loi de 1856 sur la licitation des étangs de la Dombes, les activités liées aux étangs ont toujours fait l'objet d'une attention toute particulière des autorités administratives locales¹⁵⁹².

Au Moyen-âge, la création des étangs n'était pas libre. Si le pouvoir d'inonder le terrain d'autrui a conduit à la distinction de propriété entre l'eau et le sol, la mise en œuvre de cette prérogative était soumise à l'autorisation de l'autorité seigneuriale. Cette dernière avait la possibilité d'octroyer une autorisation appelée « *abergeage* » et qui s'analyse généralement comme l'autorisation d'élever une chaussée, et non directement celle de construire l'étang¹⁵⁹³. Collet mentionne encore au XVIII^{ème} siècle la nécessité de requérir l'autorisation seigneuriale pour la construction d'un étang. A cette époque, l'autorisation est accordée contre la perception d'une somme d'argent appelée « *introge* ». Ainsi l'auteur explique que « *les seigneurs hauts justiciers veulent en vertu de leur droit de supériorité ou de régale qu'on ne puisse construire une chaussée sans leur permission. Je tiens qu'ils y sont mal fondés si ce n'est quand on fait les étangs sur des ruisseaux ou rivières qui appartiennent aux seigneurs, car les seigneurs ne peuvent empêcher la liberté que tous les hommes ont de faire ce qu'il plaît de leurs fonds* »¹⁵⁹⁴. Cette revendication de détenir la compétence de délivrer l'autorisation de créer un étang n'est pas désintéressée pour le seigneur puisque octroyée en contrepartie du versement d'une taxe spécifique¹⁵⁹⁵.

Les études historiques sur les différents systèmes coutumiers tendent à démontrer qu'il ne s'agit pas là d'un régime unique au Moyen-âge, puisque la plupart des activités et *a fortiori* des aménagements du territoire nécessitent l'approbation seigneuriale, telle que cela ressort notamment des coutumes d'Orléans et de Paris, qui ont largement inspiré la rédaction du Code civil. Néanmoins, la prérogative d'élever une chaussée en portant atteinte à l'intégrité de la propriété d'un tiers, tout en bouleversant le régime juridique des biens en cause, demeure une spécificité de la Dombes malgré la généralisation de la coutume d'Orléans. Toutefois, il semble difficile d'affirmer qu'il y ait eu uniformité dans la mise en œuvre de ce « droit administratif » de la création des étangs, notamment eu égard à la perte progressive d'influence des seigneurs et la montée en puissance, à la fin du Moyen-Age, de la propriété privée du fait de la multiplication des grands propriétaires. En tout état de cause, il demeure

¹⁵⁹² Le seigneur féodal peut être qualifié comme tel dans la mesure où il délivre des autorisations, quelles que soient leurs formes, ayant pour objet de réglementer localement les activités.

¹⁵⁹³ BENOIT C., Les étangs de la Dombes au Moyen-Age, préc., p. 59.

¹⁵⁹⁴ COLLET Ph., préc. p. 87.

¹⁵⁹⁵ RIVOIRE Ch., préc., p. 100.

que la possibilité d'ériger une chaussée constitue une prérogative rattachée à la propriété foncière, apanage d'une certaine partie de la population qui a les moyens d'être propriétaire et d'engager les frais de création de l'étang. Cet investissement incluait potentiellement le dédommagement des propriétaires « *expropriés* »¹⁵⁹⁶ par inondation, dont la principale conséquence pratique est le dédoublement de la propriété de l'étang¹⁵⁹⁷.

Ainsi, l'opportunité de créer un étang résulte d'une autorisation individuelle créatrice de droit, puisque découle de sa mise en œuvre l'extension de la propriété de son bénéficiaire et l'apparition de droits d'usage nouveaux sur un bien foncier qui a changé de nature. En outre, on peut estimer qu'une telle autorisation était délivrée sous réserve du droit des tiers dans la mesure où il existait un dispositif complexe de compensation liée au préjudice subi du fait de l'inondation des parcelles voisines : en argent, en droit de propriété « démembré », et en droit d'usage¹⁵⁹⁸. Peu à peu, cette procédure féodale a cédé la place à des procédures administratives manifestant l'affirmation du pouvoir normatif de l'Etat sur le territoire de la Dombes.

β. L'affirmation des prérogatives étatiques en Dombes sur la licitation puis remise en eau des étangs

Le droit traditionnel local révèle l'existence d'une police administrative d'origine coutumière. D'un point de vue très général, la police est l'ensemble des moyens juridiques mis en œuvre par une autorité publique afin de faire régner l'ordre. On retrouve ainsi dans le Code civil, la mention des « polices d'ordre et de sûreté ». Son article 3 a ainsi pour objet de définir le champ d'application de la loi française, le but étant d'établir le cadre juridique de l'organisation sociale de la Nation : il s'agit finalement des principes fondamentaux de la préservation de l'ordre public au sens le plus général du terme, c'est-à-dire les principes de droit qui forment l'unité de l'Etat¹⁵⁹⁹.

La police administrative est une activité de l'administration publique dont la finalité est le maintien de l'ordre public¹⁶⁰⁰ et recouvre la police générale et les polices spéciales. Cette

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*

¹⁵⁹⁷ Cf. *supra*, introduction générale.

¹⁵⁹⁸ TRUCHELUT A., préc., p. 245.

¹⁵⁹⁹ Dans ce sens, le droit de l'Union européenne définit les lois de polices de la manière suivante : « *Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement* » (Rég. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JOUE du 4 juil. 2008, p. 6).

¹⁶⁰⁰ Voir par exemple, VAUTROT-SCHWARZ C. (dir.), *La police administrative*, PUF, 2014.

notion révèle des contours ambigus, notamment eu égard à l'emploi devenu courant du terme de « régulation », issu du discours économique et qui ne recouvre évidemment pas les mêmes réalités juridiques¹⁶⁰¹. En tout état de cause, la police administrative constitue l'un des outils les plus classiques du droit de l'environnement¹⁶⁰² qui vise à préserver l'ordre public lié à l'environnement, et dont l'étude a permis d'identifier un « ordre public écologique »¹⁶⁰³. Ainsi, le droit spontané permet-il la préservation de l'eau, contribuant ainsi à la préservation de l'ordre public écologique¹⁶⁰⁴. La réglementation coutumière de la Dombes pourrait être considérée comme une police au sens de réglementation permettant de préserver l'ordre public, l'intérêt général, et a fortiori, l'ordre public écologique local. Il s'agit, au sens du droit public, de l'action de l'administration qui a pour objet de sauvegarder l'ordre public, légitimant ainsi la restriction de certaines activités menées par les personnes privées.

Une évolution majeure intervient à l'époque révolutionnaire avec la volonté d'assécher les étangs¹⁶⁰⁵, non suivie de véritables effets, pour des raisons tant pratiques que juridiques. En effet, la volonté politique et ainsi que le pouvoir de contrôle de l'exécution de cette loi se sont révélés bien insuffisants pour en assurer la mise en œuvre. En outre, la mise en vente, ou licitation des étangs, n'était pas rendue possible lorsqu'ils faisaient l'objet de droits de nature et de sujet aussi diverses que ceux exercés sur les ouvrages de la Dombes.

En tout état de cause, la mise en œuvre d'une police administrative de l'eau n'est pas un fait récent en Dombes. En effet, dès leur origine, les étangs devaient être autorisés par l'autorité féodale¹⁶⁰⁶. Puis, le mouvement législatif qui a conduit à l'assèchement puis à la remise en eau des étangs a mis en place des procédures administratives préalables à la « licitation des étangs »¹⁶⁰⁷, puis à leur remise en eau¹⁶⁰⁸. Ces procédures présupposaient de celles que nous connaissons aujourd'hui. En effet, la loi du 21 juillet 1856 relative à la licitation des étangs prévoyait que l'assèchement des étangs devait être prononcé par arrêté préfectoral suite à une enquête et après avoir recueilli différents avis, notamment celui du Comité départemental d'hygiène. Le Conseil d'État a eu l'occasion d'annuler pour excès de

¹⁶⁰¹ OCHOA N., La régulation, ersatz de police administrative spéciale. 2017 [en ligne].

¹⁶⁰² MOLINER-DUBOST M., *Droit de l'environnement*, préc., p. 127.

¹⁶⁰³ Voir. BELAÏDI N. (dir), *L'ordre public écologique. Du concept à la juridicité*, L'Harmattan, 2014.

¹⁶⁰⁴ VINCENT-LEGOUX M.-C., Conflits de valeurs et police(s) de l'eau : quelle place pour l'ordre public écologique ? *Droit et cultures* 2014, n° 2, p. 51.

¹⁶⁰⁵ Décrets loi de 1791 et 1792 préc.

¹⁶⁰⁶ GUIGUE M.-C., *Essai sur les causes de la dépopulation de la Dombes et l'origine de ses étangs*, préc.

¹⁶⁰⁷ Loi du 21 juillet 1856 relative à la licitation des étangs.

¹⁶⁰⁸ Loi de 1901 relative à la remise en eau des étangs de la Dombes.

pouvoir un arrêté qui commandait l'assèchement d'une série d'étangs sans avoir recueilli l'avis « *des gens de l'art* »¹⁶⁰⁹.

De la même manière que précédemment, la remise en eau rendue possible par l'évolution législative de 1901 nécessite la mise en œuvre d'une véritable procédure administrative et la délivrance d'une autorisation administrative semblables aux autorisations environnementales du droit positif de l'environnement. Cette procédure impliquait en effet une instruction, une enquête de voisinage, et résultait d'une autorisation préfectorale susceptible d'être déferée à la juridiction administrative¹⁶¹⁰. Ce principe, en dépit d'évolutions procédurales à la marge, demeurera jusqu'à la mise en œuvre d'une véritable police administrative de l'eau par la loi de 1964 généralisée à l'ensemble du territoire national et son intégration dans le Code de l'environnement.

b. L'étang objet d'une police de l'eau fondée sur la préservation d'intérêt général environnemental

Justifiant le recours à une police administrative d'Etat, le Code de l'environnement pose le principe selon lequel, l'eau, en tant que patrimoine commun de la nation, bénéficie d'une protection renforcée. En effet, « *sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général* »¹⁶¹¹. Il n'établit à ce titre aucune distinction entre les eaux, qu'elles soient courantes, souterraines, stagnantes, publiques ou privées, d'un point de vue quantitatif comme qualitatif¹⁶¹². L'intérêt général ainsi attaché à la préservation de la ressource en eau légitime l'action publique et justifie la mise en œuvre d'une police spéciale de l'eau. Les activités concernant les étangs de la Dombes sont susceptibles de faire l'objet de cette police spéciale (α), qui impose dès lors un certain nombre de conditions à leur exploitation (β).

α . La place de l'étang dans le champ matériel de la police administrative de l'eau

Malgré l'importance que prend le droit coutumier dans le paysage juridique de la Dombes, il n'en demeure pas moins que la réglementation environnementale étatique trouve à s'appliquer aux milieux aquatiques et cours d'eau dombistes. Depuis l'adoption de la grande loi sur l'eau de 1964, les organisations professionnelles locales s'interrogent et manifestent

¹⁶⁰⁹ CE, 15 avril 1857, n°1480. Arrêt relatif à l'assèchement de l'ensemble des étangs du Forez.

¹⁶¹⁰ BERARD A., Les étangs de la Dombes. La réforme législative, préc.

¹⁶¹¹ Code de l'environnement, art. L. 210-1.

¹⁶¹² PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, préc., p. 888.

leurs craintes concernant les implications de sa mise en œuvre sur les pratiques traditionnelles.

Au titre de la police spéciale de l'eau, la puissance publique dispose d'un pouvoir de police de conservation des cours d'eau¹⁶¹³, mais également d'un pouvoir de police spéciale sur les utilisations de la ressource, lesquels pouvoirs permettent de restreindre l'ensemble des usages de l'eau. Si la police de l'eau est fondée sur l'intérêt général que représente sa protection, elle repose également sur sa mise en valeur. A ce titre, cette police administrative ne vise pas seulement la protection de l'environnement, mais a vocation à permettre une certaine conciliation des usages de la ressource¹⁶¹⁴. Le droit de la gestion de l'eau a en effet autant pour objectif de garantir la préservation des ressources et des milieux aquatiques, que de permettre le déploiement de l'énergie hydroélectrique et plus largement la « *valorisation de l'eau comme ressource économique* »¹⁶¹⁵, tout en favorisant une « *utilisation efficace, économe et durable de la ressource en eau* »¹⁶¹⁶. Sur la base de cet équilibre parfois précaire entre intérêts à préserver, il s'agit de permettre l'exploitation piscicole des eaux stagnantes tout en garantissant l'intégrité de la ressource et des milieux naturels attenants.

La première question à envisager est le statut de l'étang en Dombes vis-à-vis de la police administrative de l'environnement, et plus précisément si la pisciculture en Dombes entre dans le champ de la législation sur l'eau et la nomenclature des installations ouvrages, travaux et aménagement dite « IOTA », ou bien dans le champ de la police des installations classées pour la protection de l'environnement dont relèvent les piscicultures d'eau douce¹⁶¹⁷. Toutefois, les plans d'eaux empoissonnés pour une pisciculture extensive avec un faible apport en aliments ne relèvent pas de cette dernière, mais uniquement des IOTA, ce qui est le cas des étangs de la Dombes.

Désormais, la police de l'eau intervient à toutes les étapes de la « vie » de l'étang : sa création, certains aspects de son entretien, et sa vidange. Actuellement, une autorisation pluriannuelle est délivrée individuellement à chacun des propriétaires d'étangs qui sont tenus d'en faire la demande, sous peine de se trouver en infraction à chaque vidange. Plus exactement, il est nécessaire de savoir quelles activités sont contraintes par le droit de l'eau, et

¹⁶¹³ Sur les cours d'eau non domaniaux, art. L. 215-1 du Code de l'environnement.

¹⁶¹⁴ FONBAUSTIER L., (L'efficacité de) la police administrative en matière environnementale, in BOSKOVIC O. (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement, mise en œuvre et sanctions*, Dalloz, 2010, p. 115.

¹⁶¹⁵ Code de l'environnement, art. L. 211-1 I 5°.

¹⁶¹⁶ Code de l'environnement, art. L. 211-1 I 6°.

¹⁶¹⁷ Rubrique 2130. Piscicultures.

donc de connaître la portée de la loi sur l'eau en Dombes au regard des rubriques de la nomenclature IOTA. Sont ainsi soumis à cette police « *les installations, les ouvrages, travaux et activités réalisés à des fins non domestiques par toute personne physique ou morale, publique ou privée, et entraînant des prélèvements sur les eaux superficielles ou souterraines, restitués ou non, une modification du niveau ou du mode d'écoulement des eaux, la destruction de frayères, de zones de croissance ou d'alimentation de la faune piscicole ou des déversements, écoulements, rejets ou dépôts directs ou indirects, chroniques ou épisodiques, même non polluants* »¹⁶¹⁸. Cette nomenclature¹⁶¹⁹ est fondée sur une ne hiérarchisation des impacts sur l'eau et les milieux aquatiques qu'elle traduit en droit et soumis à une intervention administrative adaptée à ceux-ci : l'autorisation administrative ou la déclaration préalable.

Cette nomenclature doit se lire à l'aune des interprétations qu'en a donné le Conseil d'Etat, ce qui permet de connaître le régime administratif auquel les opérations relatives aux étangs sont soumises. Il est vrai que certaines opérations ont pu interroger quant à leur soumission à cette nomenclature du fait de la généralité de ses termes au regard des particularités de leur réalisation. Ainsi, si la création de plans d'eau ne faisait pas débat en théorie quant à cet assujettissement, il était en pratique possible de s'interroger sur l'identification de l'opération soumise à ce régime. Le Conseil d'Etat a pu préciser que le régime de la déclaration au titre de la « loi sur l'eau » s'applique aux « *projets dont la réalisation est simultanée ou, le cas échéant, successive formant ensemble une seule et même opération, ce qui est le cas lorsque ces projets dépendent de la même personne, exploitation ou établissement et concernent le même milieu aquatique* »¹⁶²⁰. De plus, « *ces dispositions ne concernent que les projets nouveaux envisagés à la date du dépôt de la demande* », « *il n'y a dès lors pas lieu de tenir compte des ouvrages déjà réalisés, qu'ils aient été ou non autorisés* ». Sont dès lors soumis à autorisation ou déclaration, les seuls projets de travaux sur les milieux aquatiques actuellement envisagés, sans y intégrer l'ensemble des opérations qui auraient eu lieu par le passé sur le même milieu.

En Dombes, l'exploitation d'étangs repose sur une série d'opérations susceptibles d'être soumises à la police de l'eau à plus d'un titre. Il en va ainsi de la création du plan d'eau, qui d'ailleurs, peut être soumise à plusieurs rubriques de la nomenclature, cette création pouvant par exemple engendrer la destruction de zone humide, opération qui relève elle-même de la

¹⁶¹⁸ Code de l'environnement, art. L. 214-1.

¹⁶¹⁹ Code de l'environnement, art. R. 214-1.

¹⁶²⁰ CE, 11 avril 2018, *Ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer*, n° 405683, *AJDA* 2018, p. 1430.

nomenclature. De leur côté, les vidanges sont également soumises à autorisation ou à déclaration¹⁶²¹, et sont susceptibles de faire l'objet d'une évaluation d'incidence, imposant une importante contrainte administrative et financière à l'exploitation ordinaire de l'étang. Néanmoins, cette contrainte est restreinte par la possibilité de requérir une autorisation de vidange pluriannuelle, évitant à l'exploitant d'engager des démarches à chaque nouvelle période de pêche ou de mise en assec.

β. Les limites des contraintes imposées par la police de l'eau.

La police administrative de l'eau a une portée limitée s'agissant des travaux liés à l'exploitation des étangs. En effet, la grande majorité des étangs présents en Dombes ont été créés antérieurement à la promulgation de la loi sur l'eau du 3 janvier 1992, ce qui a conduit le législateur à écarter l'application du régime de police spéciale à ces ouvrages. Ainsi, « *les installations, ouvrages et activités déclarés ou autorisés en application d'une législation ou réglementation relative à l'eau antérieure au 4 janvier 1992 sont réputés déclarés ou autorisés en application des dispositions de la présente section. Il en est de même des installations et ouvrages fondés en titre* »¹⁶²². Ces dispositions ont essentiellement pour objet « *de permettre à leurs propriétaires de conserver leurs droits d'antériorité. Ces dispositions ne portent atteinte ni au droit de propriété ni aux situations légalement acquises* »¹⁶²³. Cette exception impose à celui qui s'en prévaut, de démontrer l'existence d'un titre¹⁶²⁴. De ce fait, les étangs créés ou remis en eau en application de la loi de 1901 précitée, ou même antérieurement sur une autorisation seigneuriale, sont réputés réguliers au regard de la loi sur l'eau. Pour autant, les travaux dont ils font l'objet depuis 1992 sont tenus de s'y conformer.

Bien que la police administrative de l'eau existe toujours au sein des polices environnementales sectorielles, sa concrétisation a été fondue au sein d'une procédure harmonisée qualifiée d'autorisation environnementale. Cette procédure unique est applicable aux installations, ouvrages, travaux et activités susceptibles de causer un impact sur la ressource en eau et les milieux aquatiques, mais également aux installations classées pour la

¹⁶²¹ Cf. Partie I – Titre II – Chapitre 1.

¹⁶²² Code de l'environnement, art. L. 214-6 II.

¹⁶²³ CE 8 juill. 2015, *Féd. des moulins de France et a.*, n° 384204, *Dr. envir.* 2015, p. 250; *EEI* 2016, n° 13, note Boda.

¹⁶²⁴ TA Dijon, 27 avr. 2011, *SCI de Chevigny*, n° 0902757, *R.J.E.* 2012, n°2, p. 175, obs. Sironneau.

protection de l'environnement, ainsi qu'aux projets soumis à étude d'impact et relevant de la compétence du préfet¹⁶²⁵.

La police administrative de l'eau présente donc un bénéfice pour la préservation de la ressource en eau et pour la protection de la biodiversité propre aux étangs qu'il convient de protéger. Il est également possible d'identifier un bénéfice normatif en faveur du droit coutumier du fait de la contrainte exercée par la police administrative de l'environnement. Plus précisément, il s'agit d'un bénéfice pour la coutume dombiste et ses principes. Lorsque l'on considère le principe fondamental de la circulation naturelle de l'eau en en permettant l'accès à tous, la loi sur l'eau et, a fortiori l'instruction (et donc l'expertise) des services de l'Etat, est un outil intéressant afin de voir perdurer ce principe coutumier. Notamment au regard de l'interdiction de prélèvement direct dans les nappes ou la limitation de l'utilisation des mécanismes de « relevage » de l'eau. En effet, si la création d'un étang nécessite une instruction administrative, c'est également le cas pour bien des travaux sur les milieux aquatiques (au titre des IOTA). À cette occasion, l'autorité administrative peut refuser d'autoriser des projets (ou s'opposer à déclaration) en considérant qu'ils ne respectent pas la loi sur l'eau, mais également qu'ils ne correspondent pas aux modes traditionnels d'exploitation de l'eau en Dombes (cela a été le cas dans un dossier d'autorisation de prélèvement pour créer un étang qui n'aurait pas été principalement alimenté par les eaux pluviales et de ruissellement). On observe donc une cohabitation nécessaire (non sans mal) de la police de l'eau et du droit coutumier, manifestation du pluralisme juridique dans la gestion de l'eau.

2. Le traitement juridique des troubles liés à l'exploitation des étangs

En milieu rural, l'existence d'un plan d'eau est susceptible de causer un trouble qui peut être de deux natures différentes. Il peut s'agir, d'une part, d'un trouble à l'ordre public appelant l'intervention de l'autorité titulaire du pouvoir de police administrative générale (a), ou d'autre part, d'un trouble de jouissance de la propriété qui fait intervenir des relations de droit privé entre voisins (b).

¹⁶²⁵ Code de l'environnement, art. L. 181-1.

a. La soumission des étangs à la police administrative générale

La police administrative générale vise à préserver l'ordre public, lequel recouvre le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique. C'est au titre de cette dernière que le maire est titulaire du pouvoir de police générale sur le territoire de sa commune¹⁶²⁶, qui comprend notamment la surveillance de la salubrité des eaux, et plus particulièrement des « *ruisseaux, rivières, étangs, mares ou amas d'eau* »¹⁶²⁷. Dans ce cadre, il peut prescrire les mesures nécessaires pour faire cesser « toute cause d'insalubrité ». Ces compétences sont fondées sur un texte qui a peu évolué, sauf à être précisé au gré de la jurisprudence, puisque sa rédaction est inchangée depuis la promulgation de la loi du 21 juin 1898 sur la pêche. A cette période, le maire pouvait imposer la suppression de plans d'eau, ou la mise en œuvre de travaux sur les étangs propres à faire cesser les causes d'insalubrité. Désormais, il est tenu de respecter une procédure administrative formelle qui lui impose une mise en demeure du propriétaire, d'alerter le préfet et de consulter le conseil d'hygiène¹⁶²⁸.

Les étangs de la Dombes se prêtent à la mise en œuvre de cette compétence dans la mesure où ils sont susceptibles de constituer une source d'insalubrité. Ce risque est cependant peu présent en Dombes en raison d'un régime des étangs qui impose la circulation de l'eau et limite ainsi sa stagnation.

La police du maire peut également trouver à s'appliquer sur les propriétés constituées d'étangs dans la mesure où ils peuvent être à l'origine d'un risque d'inondation. A ce titre, « *la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Elle comprend notamment : [...] 5° **Le soin de prévenir, par des précautions convenables, et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux ainsi que les pollutions de toute nature, tels que les incendies, les inondations, les ruptures de digues** [...]* »¹⁶²⁹. Le risque d'inondation en Dombes est bien connu, puisque la coutume écrite en fait état. Ainsi, l'ensemble des manipulations d'ouvrages hydrauliques liées à l'exploitation des étangs doit prendre en considération le risque d'inondation des parcelles agricoles voisines. Cette situation impose que, même en cas d'incident météorologique, le propriétaire d'un étang ne doit faire s'écouler les eaux de son

¹⁶²⁶ GONOD P., MELLERAY F. et YOLKA Ph., *Traité de droit administratif*, Tome 2, préc., p. 29.

¹⁶²⁷ Code général des collectivités territoriales, articles L. 2213-29 et s. tels qu'ils résultent de la loi du 21 juin 1898 sur la police rurale, art. 21 et 23

¹⁶²⁸ Code général des collectivités territoriales, art. L. 2213-31.

¹⁶²⁹ Code général des collectivités territoriales, art. L. 2212-2 5°.

ouvrage que progressivement « pour éviter aux fonds contigus tous dommages résultant d'inondation »¹⁶³⁰. De la même manière, le sens d'écoulement des eaux d'un étang ne doit pas être modifié puisqu'il pourrait en résulter un risque de perte de poisson ou d'inondation¹⁶³¹.

La police administrative n'est néanmoins pas le seul mode d'intervention de l'autorité publique pour prévenir l'inondation. De façon plus contemporaine, la gestion du risque d'inondation peut être appréhendée de deux manières : par le biais d'une planification spécifique du risque d'inondation mobilisant un plan de gestion des risques d'inondation (PRGI)¹⁶³² et un plan de prévention des risques d'inondation (PPRi)¹⁶³³, ou par la mise en œuvre de la compétence de gestion de l'eau, des milieux aquatiques et de la prévention des inondations, dite « GEMAPI »¹⁶³⁴. Nonobstant l'importance des ouvrages hydrauliques et des risques qu'ils peuvent engendrer, la Dombes ne fait l'objet d'aucun PPRi¹⁶³⁵, et n'est pas identifiée comme un territoire à risque important d'inondation par le PRGI applicable¹⁶³⁶. D'un autre côté, bien que le bloc communal (commune et intercommunalité) ait été doté de la compétence GEMAPI depuis le 1^{er} janvier 2017¹⁶³⁷, il est difficile pour l'heure, d'analyser les effets de cette compétence sur les étangs de la Dombes. En outre, sur ce territoire, il semble difficile d'identifier la source du risque d'inondation qui peut tenir autant de la mauvaise gestion des cours d'eau que de la mauvaise exploitation des étangs.

Le PLU peut servir de relais à ces plans de gestion du risque, soit par annexion, soit par intégration. A ce titre, le PLU de Villars les Dombes identifie des secteurs inondables qui sont tous exclusivement situés à proximité de la Chalaronne, et non, comme on aurait pu s'y attendre, à proximité des nombreux étangs qui sont eux, pour la plupart, classés en « zone humide »¹⁶³⁸.

Ces terres d'étangs sont à l'origine d'autres troubles qui tiennent non pas à la présence de l'eau, mais à celle de la biodiversité inhérente à leur qualité de zones humides.

¹⁶³⁰ TRUCHELUT A., préc., p. 284.

¹⁶³¹ *Ibid.*, p. 285.

¹⁶³² Code de l'environnement, art. L. 566-7. Ce document constitue « l'instrument de référence de la prévention des inondations » au niveau des bassins hydrographiques (DROBENKO B., *Introduction au droit de l'eau*, 2^{ème} éd., Johanet, 2018, p. 107).

¹⁶³³ Prévu à l'article L. 565-2 du Code de l'environnement.

¹⁶³⁴ Code de l'environnement, art. L. 211-7.

¹⁶³⁵ Les communes de la Dombes des étangs ne sont pas concernées par un PPRi.

¹⁶³⁶ PRGI du bassin Rhône-Méditerranée 2016-2021, p. 28.

¹⁶³⁷ MARC Ph., CHARLES C., La compétence « GEMAPI » : les tribulations du législateur en l'absence de définition légale du « grand cycle de l'eau », *Droit de l'environnement*, 2018, n° 264, p. 66.

¹⁶³⁸ PLU préc.

b. L'étang comme source de troubles anormaux de voisinages

La théorie des troubles anormaux du voisinage est déterminante en matière de préservation de l'environnement puisqu'elle a permis l'émergence d'un « principe de vigilance environnementale » qui impose à un propriétaire de prendre les mesures nécessaires à la prévention de toute atteinte aux milieux naturels¹⁶³⁹. Ce mécanisme a donc été l'un des premiers leviers du contentieux judiciaire de l'environnement puisqu'elle représentait la seule voie juridictionnelle vers la réparation d'une atteinte telle qu'une pollution. En ce qui concerne les zones humides, et plus particulièrement les étangs, la mise en œuvre du régime des troubles anormaux du voisinage est susceptible de représenter un moyen de réparation face à une atteinte n'ayant pu recevoir l'une des qualifications prévues par le code de l'environnement, mais également un moyen d'identifier une composante de l'environnement comme la source d'un trouble. Ce régime exclut également la mise en œuvre des règles de la responsabilité civile de droit commun¹⁶⁴⁰.

« Constitutif de l'atteinte à la jouissance d'un bien ou de la propriété, le trouble de voisinage est une situation de fait synonyme de désordre, d'anormalité contraire au principe des bonnes relations de voisinage »¹⁶⁴¹. Dans le cas de la Dombes, la source du trouble peut être un étang qui génère des mauvaises odeurs, favorise la prolifération des moustiques et constitue l'habitat de grenouilles qui coassent. Le juge peut constater une responsabilité, indemniser et enjoindre la cessation du trouble: les propriétaires d'une mare creusée à moins de dix mètres d'une habitation et causant des troubles sonores excédant les troubles normaux de voisinage, sont susceptibles d'être condamnés à combler leur plan d'eau¹⁶⁴².

La sanction est toutefois à double tranchant, tant pour le droit que pour le justiciable qui, si un trouble excédant la normalité est constaté par le juge judiciaire et que ce dernier condamne la partie perdante à combler son plan d'eau, mais ce faisant, ce dernier s'expose à des sanctions pénales du fait d'avoir détruit ce plan d'eau. D'abord, au regard de la police de l'eau, le remblai d'un plan d'eau, voire d'une zone humide, est soumis à déclaration ou autorisation en application de la nomenclature dite « IOTA ». Ce qui signifie que si l'autorité administrative refusait l'autorisation, le pétitionnaire se trouverait dans une situation insoluble, ne pouvant, pour raison administrative, exécuter une décision judiciaire, ce qui l'exposerait à la liquidation de l'astreinte, sans que la situation n'ait été résolue pour autant.

¹⁶³⁹ Cons. Constit., QPC, 8 avril 2011, n° 2011-116, *Michel Z. et a.*, préc.,

¹⁶⁴⁰ Cette réparation est fondée sur la mise en œuvre des articles 1240 et suivants du Code civil.

¹⁶⁴¹ BOULISSET Ph. et a., *Relations et conflits de voisinage*, 1^{ère} éd., Editions Delmas, 2010, p. 428.

¹⁶⁴² CA Bordeaux, 2 juin 2016, n° 14/02584.

Les voisins seraient alors fondés à la poursuivre en exécution de la décision, mais celle-ci se heurterait à la même impossibilité faute d'accord du préfet.

De la même façon, sans jamais mentionner le caractère protégé des Grenouilles vertes (*Rana esculenta*), la Cour de Cassation valide la position d'une Cour d'Appel qui a retenu que les coassements retentissant depuis une mare située à dix mètres d'une propriété voisine excède les troubles raisonnables résultant du voisinage et ainsi, ordonne sous astreinte, la destruction de leur habitat¹⁶⁴³. Cependant, la Grenouille verte est une espèce protégée dont la destruction requiert une autorisation administrative préalable. Ne serait-il pas alors possible pour le propriétaire de la mare, de soulever, en cours d'instance, le moyen selon lequel l'exécution de la décision civile serait susceptible d'enfreindre le régime protecteur de l'espèce considéré, au risque de sanctions pénales. Un tel obstacle à la mise en œuvre de la décision civile ne devrait-il pas être considéré comme un moyen d'ordre public, permettant au juge civil, de refuser de suivre la demande du requérant¹⁶⁴⁴? La solution devrait être conditionnée à l'octroi ou non de l'autorisation administrative idoine, et à défaut d'autorisation, s'en tenir une indemnisation. En effet, nonobstant le caractère juridictionnel de l'obligation de détruire cette espèce, cette destruction ne peut recevoir exécution sans autorisation préalable. Le propriétaire d'un plan d'eau se retrouve alors dans une impasse juridique entre l'obligation d'exécuter une décision juridictionnelle et la commission d'une infraction pénale dans l'hypothèse où ledit plan d'eau serait détruit sans autorisation¹⁶⁴⁵. Il se retrouve, de ce fait, devant une obligation quasi-impossible, la décision administrative tenant la décision juridictionnelle en l'état.

Cet exemple permet d'illustrer le risque contentieux qui pèse sur les propriétaires d'étangs en Dombes dont le territoire pullule de batraciens qui constituent autant un symbole d'identification collective¹⁶⁴⁶ qu'une source de nuisance pour le propriétaire voisin d'un étang. L'étang, qui occupe donc une place ambiguë au sein du territoire de la Dombes, est l'objet de bien des oppositions, entre propriétaires d'étangs et les voisins, tiers, mais également et surtout entre propriétaires d'étangs au sein de la communauté des exploitants piscicoles. Le droit coutumier tel qu'il est encore mis en œuvre aujourd'hui préconise de

¹⁶⁴³ Cass., 2^{ème} civ, 14 déc. 2017, n° 16-22509, *D.* 2018, p. 995.

¹⁶⁴⁴ LERAY G., Grenouilles et *jurisdictio* : quand la cessation du trouble anormal de voisinage expose à une condamnation pénale, note sous Cass., 2^{ème} civ, 14 déc. 2017, n° 16-22509, *D.* 2018, p. 995.

¹⁶⁴⁵ La dérogation à l'interdiction de destruction des habitats et d'espèces protégées ne peut être justifiée du seul fait de l'existence d'un trouble de voisinage, si anormal soit-il.

¹⁶⁴⁶ MANCERON V., Le pays de Dombes et ses mises en image : jeu sur les frontières et quête de reconnaissance, *Ruralia* 2006, n° 18-19 [en ligne].

régler tout conflit entre domobistes à l'amiable, évitant ainsi de confronter le juge de droit commun à la coutume et aux usages.

Enfin, cette situation illustre également la confrontation normative entre coutume et juridiction. L'obligation de comblement de l'étang se heurte à la coutume qui, au contraire, impose leur pérennité, sauf pour les propriétaires, à s'entendre amiablement quant à une éventuellement contrepartie en réparation du trouble subi sans que l'un puisse imposer à l'autre le comblement de l'étang. Là encore, la coutume qui devient ainsi *contra legem* se retrouve face à l'ordre juridique de droit commun et est contrainte de s'effacer devant la décision juridictionnelle.

II. Le recours aux modalités de résolution amiable des différends

Le droit de l'environnement est particulièrement technique du fait qu'il repose sur une multitude de réglementations, de seuils et de nomenclatures, qui a conduit certains à le qualifier de « droit d'ingénieur ». Pour d'autres raisons, la mise en œuvre de la coutume se révèle particulièrement ardue puisqu'elle a pour objet des éléments naturels et des ouvrages hydrauliques complexes et s'attache à déterminer les conditions de leur exploitation (sens d'écoulement des eaux, niveau de l'étang...). Afin de faciliter la compréhension du droit de l'environnement comme du droit coutumier, leur mise en œuvre peut nécessiter, pour le juge comme pour le propriétaire, de recourir à une expertise. Ce recours se manifeste particulièrement dans la coutume et sa mise en pratique contemporaine. Ainsi, lorsqu'il s'agit de surmonter les difficultés locales liées à l'utilisation de l'eau et l'exploitation des étangs, il est fait un recours systématique au « tiers sachant », une personnalité considérée comme légitime et qui dispose d'une parfaite connaissance des usages (A). L'objectif de cette intervention est d'anticiper les contentieux judiciaires et de résoudre les différends entre propriétaires et/ou exploitants d'étangs de façon amiable (B).

A. *La connaissance des usages locaux dans la résolution amiable des différends*

Les usages locaux constituent, sur un territoire, une particularité juridique dont seuls les usagers détiennent une parfaite maîtrise. En dépit de la publication de recueils d'usages, ces derniers demeurent difficilement appréhendables par des tiers à la communauté. De ce fait, la connaissance de ces usages mais également des pratiques qui ont abouti à leur constitution est

indispensable au règlement des conflits entre usagers de l'eau. Un éclairage technique peut être demandé dans le cadre d'une instance juridictionnelle par le biais de la nomination d'un expert¹⁶⁴⁷, mais la mise en œuvre du droit local en Dombes à privilégier un règlement amiable des différends. Cette résolution peut prendre des aspects différents selon les situations (1), et met en évidence une forme de pluralisme dans le règlement des contentieux (2).

1. La diversité des modalités de règlement interne des conflits

Le règlement amiable des conflits en ce qui concerne l'utilisation de l'eau et l'exploitation des étangs en Dombes est fondé sur deux principaux aspects. D'abord, la résolution des différends nécessite l'intervention d'une tierce personne qui connaît les pratiques et usages locaux, ce qui facilite ce règlement d'une part, et d'autre part le légitime parce qu'il repose sur une connaissance reconnue des usages (a). Ensuite, la mobilisation d'une expertise locale délivrée par un pair des propriétaires en cause, issus de la même communauté, a pour objectif de clarifier les règles applicables ainsi que les pratiques à mettre en œuvre, et constitue un précédent pour la résolution de différends de même nature (b).

- a. L'intervention d'un tiers conciliateur dans la résolution des différends liés à l'exploitation des étangs

Rivoire et Truchelut renvoient à plusieurs reprises à l'obligation de recourir à une expertise pour le règlement des différends. Paradoxalement, l'extériorité du regard apporté par cette intervention doit émaner d'un membre de la même communauté que les parties. La mise en pratique de ce principe n'est pourtant pas absolue dans la mesure où de nombreux différends sont réglés de façon interne, et que d'autres trouvent une issue juridictionnelle que ce soit devant les juridictions civiles de première instance¹⁶⁴⁸, que devant la Cour d'Appel de Lyon¹⁶⁴⁹, voire en cassation¹⁶⁵⁰.

Ce tiers conciliateur doit d'abord être un « tiers sachant », ainsi que l'impose la coutume, c'est-à-dire une personnalité locale connaissant les pratiques et usages locaux ainsi que l'ensemble des règles afférentes et qui, après avoir été sollicitée d'un commun accord par les

¹⁶⁴⁷ Voir LECLERC O., *Le juge et l'expert*, LGDJ, 2005.

¹⁶⁴⁸ Tribunal de Trévoux, voire de Bourg en Bresse.

¹⁶⁴⁹ Notamment l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon de 2012, préc.

¹⁶⁵⁰ Conseil d'Etat, 1973 préc., Cass. 3^{ème} civ., 1994, préc., et Cass. 3^{ème} civ., 1999, préc.

parties au litige, aide ces dernières à parvenir à une résolution. Il peut s'agir d'une personne reconnue localement par ses pairs pour son savoir et qui va généralement rechercher une solution *in situ*, sur la chaussée même de l'étang litigieux. Cette solution n'est généralement pas formalisée, mais peut faire l'objet d'un écrit, d'une convention entre les parties, sous la forme d'un acte sous seing privé. Les parties sont d'autant plus enclines à rechercher une solution que l'objet du différend aura préalablement fait l'objet d'un constat d'huissier, permettant d'attester l'existence de celui-ci, cette formalisation de l'existence du différend incitant les parties à rechercher une solution amiable, au lieu de contester la réalité des faits.

Le tiers conciliateur peut être également extérieur à cette communauté, généralement un géomètre-expert mandaté par l'une ou l'autre des parties lorsqu'il s'agit d'un conflit lié à la délimitation d'une propriété. Le notaire va également participer à la rédaction d'une convention¹⁶⁵¹ et sécuriser juridiquement un accord trouvé entre deux parties, afin par exemple d'organiser le partage de l'eau.

Enfin, il est possible de recourir à expertise judiciaire qui consiste en la désignation d'un expert par un juge civil afin de l'éclairer sur un litige spécifique qui fait intervenir des pratiques locales complexes et nécessite une véritable spécialisation¹⁶⁵². Il s'agit là, non plus d'une résolution interne du conflit, mais bien de sa juridictionnalisation, dans la mesure où les protagonistes n'ont pas su s'entendre à l'amiable. En Dombes, on voit également l'importance que ce rôle peut avoir lorsque l'on rencontre certains acteurs locaux, grands connaisseurs des usages, ou en tout cas, ceux qui ont fait l'objet d'une mise par écrit par ou d'une codification par les chambres d'agriculture. Experts près les juridictions ou arbitre local, il apparaît que ces personnalités appartiennent à une génération en déclin, comme en témoigne un arrêt de la Cour de cassation¹⁶⁵³ qui interdit l'accès à cette fonction à une personnalité dombiste qui, bien que reconnue comme « sachante » des usages locaux, a atteint la limite d'âge requis.

b. Les objectifs du règlement amiable des conflits locaux

La résolution des conflits qui ont trait à l'exploitation de la ressource en eau ont essentiellement pour objet de pacifier les relations entre deux exploitants et/ou propriétaires à

¹⁶⁵¹ Ce type de convention entre deux propriétaires d'étangs peut d'ailleurs se révéler problématique dans la mise en œuvre du droit coutumier généralisé au sein d'une chaîne d'étangs complète. En effet, à la suite d'une mauvaise interprétation du droit coutumier, cet accord peut entrer en contradiction avec lui et bouleverser l'organisation de la chaîne d'étangs.

¹⁶⁵² Sur le rôle et la normativité de l'expertise : voir LECLERC O., *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, 2005.

¹⁶⁵³ Cass. 2^{ème} civ., 28 juin 2012, n° 12-60042.

propos de la mise en œuvre des règles locales. D'un point de vue de l'analyse et de la construction du droit spontané local, cette « médiation » a également pour objet de définir ce qui doit être fait, et comment cela doit être fait, au regard de la réglementation (en général), et du droit coutumier pour ce qui est de la Dombes.

C'est le cas notamment de la définition du niveau de l'ébie d'un étang lors de sa création, ou lorsqu'un exploitant et/ou propriétaire souhaite en modifier le niveau. Ainsi, en ce qui concerne l'ébie¹⁶⁵⁴, un arbitrage est nécessaire et ses modalités ont pu être explicitées tour à tour par Rivoire et Truchelut. D'abord, Rivoire propose divers moyens pour établir le niveau d'un étang lorsque celui-ci est la source d'un différend entre propriétaires d'étangs contigus. Avec force détails, l'auteur propose de déterminer la hauteur de l'eau notamment au moyen de fixation de pierres servant de repères, allant jusqu'à préciser comment placer le mètre servant à la prise de mesures¹⁶⁵⁵. De façon plus sobre, Truchelut préconise, en 1901 : « *lorsqu'on est appelé, comme expert ou arbitre, à régler un différend relatif au niveau d'un étang, on étudie et on applique les titres s'il y en a, et quoi qu'il en soit, on se rend compte du niveau ordinaire de l'eau et du niveau le plus élevé ; on recherche les vestiges des anciens points de repères, s'il en existe [...]. Après toutes ses constatations, études et recherches, on place des points de repère fixes, immuables [...]* »¹⁶⁵⁶. L'objectif est alors de permettre d'établir, de façon certaine et durable, le niveau de l'étang afin de prévenir le risque de nouveau conflit entre les protagonistes. Enfin, d'un point de vue processuel, l'un et l'autre des auteurs mentionnent un certain nombre de garanties accordées aux protagonistes. Rivoire précise à ce titre que l'ensemble des parties doivent être présentes au moment de l'expertise, tandis que Truchelut réaffirme la nécessité d'acter la détermination du niveau de l'étang litigieux dans un acte juridique : « *on dresse un procès-verbal signé, en autant d'originaux que de parties* »¹⁶⁵⁷. On trouve donc, dans le droit coutumier, la réalisation du principe du contradictoire et la garantie d'une certaine sécurité juridique.

Au-delà des moyens techniques à mobiliser pendant l'expertise, Rivoire précise la nature des arbitres à solliciter dans le cadre d'un conflit concernant la hauteur d'eau d'un étang : « *en cas de désaccord, ils nommeront un ou trois arbitres parmi les plus expérimentés du pays* »¹⁶⁵⁸. Cette expertise est donc nécessairement menée par des spécialistes locaux non seulement techniques mais également juridiques, pour ce qui est de l'application du droit

¹⁶⁵⁴ RIVOIRE Ch., préc., p. 22.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 22 à 27.

¹⁶⁵⁶ TRUCHELUT A., préc., p. 251-252.

¹⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 252. Pour sa part, Rivoire se montrant sceptique quant à la nécessité d'un procès-verbal, les parties se fiant plus généralement aux repères apposés sur l'étang pour en déterminer le niveau.

¹⁶⁵⁸ RIVOIRE Ch., préc., p. 22-23.

coutumier. Se pose alors la question de l'accès à cette connaissance et de qui la détient, question qui met en lumière la nécessité de clarifier et de permettre la perpétuation des principes coutumiers, et de rendre compte de leur évolution. C'est à cette fin qu'a été créée une commission d'expertise et de règlement des conflits en Dombes, permettant l'adaptation des pratiques contemporaines aux principes du droit coutumier parfois oubliés.

2. Une résolution des conflits internalisée

La résolution amiable internalisée des conflits en Dombes n'est pas en tant que telle une particularité dès lors qu'on la retrouve dans de nombreuses structures, comme les associations syndicales, les prud'homies de pêcheurs etc... Comme dans ces situations, la résolution des différends en Dombes a une forte connotation communautaire puisqu'elle ne permet l'intervention que de membres de la communauté des propriétaires et exploitants d'étangs. Dans un certain sens, cette résolution amiable des conflits en Dombes s'inscrit dans une certaine conception de la participation sans pour autant se confondre avec le « principe de participation ». Il s'agit en effet de participer à cette résolution et non de participer à un processus décisionnel (a). Par ailleurs, si le principe débat contradictoire est respecté, il s'inscrit dans un huis clos nécessité par la confiance légitime qui existe au sein de la communauté, sans regard extérieur. Cette internationalisation est conduite à son terme par le fait que le résultat de cet arbitrage ne sera pas rendu public (b).

a. Le recours au pairage pour la résolution des litiges

Le système de droit coutumier dombiste n'intègre traditionnellement pas une institution formalisée de règlement des différends, contrairement aux consortages suisses par exemple. Pour autant, la création d'une commission de conciliation a fait évoluer cet état de fait. La légitimité de la proposition de conciliation constitue un préalable fondamental au règlement collégial des différends et peut être trouvée dans le recours aux « sachants » locaux, et la participation de membres de la communauté. La collégialité dans l'expertise et le règlement des conflits en Dombes est nécessaire et transparait dans les recommandations de Truchelut en 1904 qui préconisait le concours de plusieurs personnalités locales à l'expertise demandée.

Cette collégialité dans l'expertise et la conciliation intéresse potentiellement tout membre de la communauté qui peut être appelé à participer à cette procédure, et favorise donc les relations intracommunautaires dans la résolution de tout conflit susceptible de survenir dans le cadre de l'exploitation des étangs en Dombes. Dans cette perspective, le règlement amiable des conflits ne doit pas être perçu uniquement dans sa dimension contentieuse, mais également et surtout comme un mode de gouvernance et d'organisation de la gestion d'une ressource naturelle à une échelle locale cohérente. En ce sens, et notamment lorsqu'une expertise amène la communauté des usagers à préciser la mise en œuvre des règles spontanées de gestion de l'eau, cette interprétation des pratiques et usages peut être considérée comme une décision dans le domaine de l'environnement. Cette décision nécessite alors une participation des personnes concernées¹⁶⁵⁹, et qui prend la forme d'une participation communautaire à la décision. Une telle décision peut alors être considérée comme une extension du droit spontané dans le sens où, au gré des pratiques qui mènent à des conflits entre usagers, ces pratiques sont adaptées de façon collective et interne. Il s'agit d'un mécanisme permettant la participation de l'ensemble de la communauté et potentiellement de la concertation avec chacun de ses membres¹⁶⁶⁰, par la voie de ses représentants dans la construction de la norme.

La construction collective de la norme à l'occasion du règlement d'un litige conduit à envisager le concept de « justice collaborative » à propos des mécanismes mis en œuvre dans le cadre d'un conflit entre propriétaires d'étangs en Dombes. La justice collaborative est essentiellement entendue comme les prérogatives du juge – essentiellement le juge judiciaire – dans le but de mettre en œuvre le mécanisme le plus adéquat aux parties et au litige qui lui est présenté. Dans cette perspective, le juge est perçu comme un médiateur ou un conciliateur¹⁶⁶¹. Le mécanisme local de résolution amiable des différends contribue à la construction collective du droit et de la réponse pratique et juridique à apporter à une situation donnée. Cette collaboration amène à une construction des pratiques et du droit « entre pairs », renforçant encore la qualification de « commun » attachée à la norme spontanée locale¹⁶⁶². Pour autant, la dimension collective de ces procédures est limitée en ce qu'elles ne permettent pas une véritable publicité des débats et de la solution apportée au litige.

¹⁶⁵⁹ PRIEUR M., La Convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale, *R.J.E.* 1999, NS, p. 9.

¹⁶⁶⁰ Les deux principes correspondants à ces concepts sont d'ailleurs difficiles à distinguer (PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, préc., p. 158).

¹⁶⁶¹ VERT F., L'expert judiciaire : auxiliaire du juge pacificateur, garant de la paix sociale, *Gaz. Pal.* 2016, n° 37, p. 12

¹⁶⁶² BAUWEN M. et DEREVA M., Pair à pair, in *Dictionnaire des biens communs*, préc., p. 873.

b. L'absence de publicité des débats

Un des avantages à la résolution amiable des différends est d'abord l'effectivité de la réponse apportée au litige, d'un point de vue de sa rapidité et de son pragmatisme, mais surtout, elle évite aux protagonistes une solution publique à leur différend. Il existe en Dombes une forme de culture du secret qui tire sa source d'une certaine pudeur, mais aussi de la crainte de ce qui n'est pas « propre à la Dombes », et qui justifie, pour les acteurs locaux, un règlement des conflits « entre-soi ». Cette crainte est inhérente à l'urgence qu'il y a de protéger à tout prix sa propriété privée et qui impose à des usagers de l'eau « rivaux » de s'entendre pour le partage de la ressource¹⁶⁶³, et l'arbitrage contribue à cette entente, qui demeure un principe cardinal dans la gestion de l'eau en Dombes. Une conciliation joue alors le rôle de facilitateur d'échanges et de débats¹⁶⁶⁴. Paradoxalement, c'est cette absence de publicité des débats qui donne aussi la confiance en l'arbitrage pour les parties et qui présente donc un avantage certain par rapport aux juridictions de droit commun. La confidentialité des débats rendue est par ailleurs explicable du fait de la spécificité de chaque situation de fait.

Mais alors, ce droit fondé sur le pragmatisme et la réalité du terrain peut-il véritablement tirer une expérience de ces résolutions de conflits ? Le recours systématique à la conciliation dans la résolution des conflits est né de la nécessité d'instaurer une culture du « précédent » tout en garantissant à la fois une discrétion concernant les intérêts des protagonistes et une sécurité juridique. En effet, le règlement amiable des conflits n'a pas qu'une portée *inter partes*. Bien qu'il s'agisse d'abord d'éclairer et de trancher une situation de fait, la solution proposée et adoptée implique également des effets de droit vis-à-vis des parties en litige, de la communauté au sein duquel le différend a éclaté, mais également vis-à-vis de l'extérieur de cette communauté locale. Le principe du précédent participe donc ainsi à la création et à l'évolution de la coutume du fait de son interprétation au gré des conflits qui se trouvent ainsi réglés. Le règlement amiable des conflits dépasse donc le seul différent qui existe entre deux protagonistes et fait finalement « jurisprudence » du fait de la croyance en l'effet direct de la norme spontanée ainsi interprétée.

Dans la perspective de systématiser et de rendre plus efficiente la résolution amiable des conflits tout en garantissant ce mécanisme comme alternative à la saisine de juridictions judiciaires, la communauté des exploitants d'étangs participe de la construction d'usages

¹⁶⁶³ MANCERON V., *Une terre en partage*, préc. 117.

¹⁶⁶⁴ Les premières saisines de la Commission de conciliation étudiée ci-après démontrent que les conflits résident essentiellement dans l'absence de dialogue entre propriétaires et/ou exploitants d'étangs voisins, qui sont pourtant solidaires l'un de l'autre dans le partage de la ressource.

procéduraux en la matière. La création d'une Commission de conciliation est l'aboutissement de ces usages visant à garantir une institutionnalisation privée du règlement des litiges afin de répondre au mieux aux particularités sociales, juridiques et pratiques de ce territoire.

B. La résolution privée des conflits dans un contexte local singulier

La question de la légitimité actuelle du règlement amiable et privé des conflits autour de l'usage de la ressource en eau à l'échelle locale se pose nécessairement dans un contexte où le droit tend à se globaliser. Le règlement interne des conflits est-il alors un « entre-soi » suranné ou la garantie de la meilleure application possible d'un droit extrêmement spécifique ? Quoiqu'il en soit, la mise par écrit des usages et de la coutume de la Dombes met en évidence la recherche constante d'une alternative à la saisine des juridictions de droit commun (1). Dans la perspective d'une mise en œuvre effective du droit spontané local et afin de traduire l'obligation coutumière de recourir à l'arbitrage, une commission d'expertise et de règlement amiable des conflits a été créée en 2017 sous la dénomination de Commission de conciliation (2).

1. La recherche nécessaire d'une alternative à la juridiction de droit commun

Les juges de droit commun sont généralement peu à l'aise avec la coutume. Dès lors, la recherche d'une alternative aux juridictions de droit commun se révèle être un impératif, et fait figure de principe fondamental du droit traditionnel local. Bien que la coutume dombiste n'institue pas de tribunaux spécifiques et renvoie à l'application du droit national ainsi qu'à la souveraineté du juge civil, elle institue un ensemble juridique organisé, y compris dans les modes de règlement des conflits. Ainsi, le recours à des experts et des médiateurs est privilégié. À ce titre, l'ouvrage de Truchelut fait notamment mention de la nomination d'experts ou d'arbitre dans le cadre du règlement de différends liés au niveau d'un étang¹⁶⁶⁵. Plus qu'une simple règle à appliquer, ce chapitre est un véritable guide pratique et détaillé de la recherche du véritable niveau de l'*ébie* (il est question de placer des points de repères, les constatations devant être faites devant l'ensemble des parties et la tenue d'un procès-verbal étant imposée...). Dès lors, la coutume, écrite ou non, consacre des règles auxquelles les acteurs ne peuvent déroger, ainsi que les moyens de régler les différends survenant à

¹⁶⁶⁵ TRUCHELUT A., 1904, préc., p.251.

l'occasion de leur application. Cette pratique est rendue nécessaire eu égard au traitement juridictionnel des usages locaux qui ne sont généralement pas mis en œuvre par les juridictions de droit commun (a), ou bien qui voient leur portée réduite par ces dernières (b).

a. La difficile application du droit coutumier devant les juridictions de droit commun

Le recours à la règle coutumière n'est pas toujours couronné de succès devant les juridictions de droit commun. Ce constat est général dès lors que, devant les juridictions de premier et second degré, notamment en matière civile, le juge du fond écarte le plus souvent l'examen de la teneur des « usages locaux », s'évitant ainsi l'épineuse question de leur articulation avec des titres particuliers (contrats, convention, actes notariés), ni même avec le droit législatif ou réglementaire. Ainsi, par exemple, la Cour d'Appel de Nîmes écarte l'éventualité de l'application des usages locaux du Gard au motif que les constatations d'un expert judiciaire permettent de faire état de la responsabilité d'un propriétaire dont les travaux ont eu pour effet de modifier l'écoulement naturel des eaux, et ainsi, de faire application des dispositions du Code civil¹⁶⁶⁶.

Dès lors, la résolution interne des contentieux serait de nature à permettre de garantir l'effectivité de la norme coutumière. Cela suscite également l'acceptation sociale du « jugement » (au sens d'apporter un jugement, un éclairage, une appréciation) qui est fait de la situation litigieuse, et pose le problème du fondement du recours à la norme coutumière comme source de droit et moyen de règlement d'un différend : les usages locaux et le Code rural.

A quelques rares reprises, la Cour de Cassation a statué en matière d'application des coutumes et usages locaux, qu'ils soient ou non codifiés. Dans la première partie du XIX^{ème} siècle, la Cour a éprouvé d'importantes difficultés à établir tant l'existence de coutumes que leur contenu¹⁶⁶⁷. Désormais, la même juridiction impose d'importantes restrictions au recours aux coutumes et usages locaux. Ainsi, arguer de leur applicabilité à un contentieux porté devant une juridiction de droit commun relève de la gageure pour les requérants. En effet, la Haute Juridiction a dégagé un certain nombre de critères à remplir pour appliquer les usages que l'on porte à sa connaissance. Il ressort de la décision du 14 juin 1994 précitée qu'il revient au requérant qui en fait la demande d'apporter la preuve à la fois de l'existence d'un

¹⁶⁶⁶ CA Nîmes, 18 avril 2013, n° 12/01417 : « Ces constatations permettent d'établir que les travaux exécutés par M. C... en modifiant le cours d'écoulement des eaux ont aggravé la servitude du fonds inférieur, sans qu'il y ait lieu d'examiner la teneur des usages locaux du département du Gard ».

¹⁶⁶⁷ GAU-CABEE C., *Droits d'usage et Code civil*, préc. p. 284.

usage et de sa consistance¹⁶⁶⁸. Contrairement au droit processuel commun, il incombe donc au justiciable de justifier de l'existence et de la légitimité du droit qu'il souhaite voir appliquer. Ainsi qu'en convient la Cour de Cassation : « *Compte tenu de la nature particulière de cette norme impalpable et rétive à l'écrit, la troisième chambre civile déroge, conformément à une jurisprudence bien établie, à cette règle selon laquelle les parties sont dispensées de prouver le droit* »¹⁶⁶⁹. Il en résulte donc pour le requérant la charge d'une double preuve : l'existence et le contenu de l'usage invoqué, auxquelles s'ajoute l'obligation de démontrer l'existence d'un fondement légal justifiant le recours à l'application de l'usage. S'il revient bien au juge du fond d'apprécier l'applicabilité d'un tel usage, il lui incombe de préciser le fondement légal d'un tel recours. La Cour de Cassation précise ainsi, concernant les dispositions *contra legem* du droit coutumier de la Dombes : « *Qu'en statuant par ces seuls motifs, sans préciser le fondement légal de l'application de coutumes et usages locaux prévalant sur les dispositions de l'article 641 du Code civil, auxquelles, selon ses propres constatations ils dérogeaient, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision de ce chef* »¹⁶⁷⁰. Il ressort de la jurisprudence de la Cour de Cassation qu'il est possible d'identifier des usages dérogeant aux dispositions non impératives du droit commun, mais que leur application au litige est soumise à une triple condition : que l'existence de l'usage soit démontrée (par la production d'écrits principalement), que, matériellement, les règles qu'elle contient soient applicable au cas d'espèce, et que son application soit fondée sur une disposition législative. Au vu de ces éléments de jurisprudence, il apparaît donc que le recours aux usages locaux, en Dombes comme dans d'autres territoires, semble particulièrement périlleux pour le requérant qui en souhaite voir l'application à son bénéfice devant le juge de droit commun.

Pourtant, les juridictions, notamment administrative, admettent parfois, avec des réserves, de recourir à des solutions non logiques d'un point de vue juridique poussées par l'objectif de préservation de la sécurité juridique des justiciables. Ce pouvoir de création du droit dont font preuve les juridictions de droit commun trouvent un bon exemple dans la théorie jurisprudentielle du « fonctionnaire de fait »¹⁶⁷¹. Cette théorie qui « *ne repose pas sur une construction logique mais sur un objectif assumé de sécurité juridique* »¹⁶⁷² démontre la force d'innovation du juge administratif lorsqu'il s'agit de valider juridiquement une situation de

¹⁶⁶⁸ Cf. *supra*.

¹⁶⁶⁹ Cour de Cassation, *Rapport annuel 2012*, préc., p. 108.

¹⁶⁷⁰ Cour de Cassation, 16 juin 1999, préc.

¹⁶⁷¹ CE, 2 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et télégraphes, Lebon*, p. 699.

¹⁶⁷² DUTHEILLET DE LAMOTHE L. et ODINET G., *Exciper d'une nomination illégale*, *AJDA* 2017, p. 517.

fait. La doctrine a affirmé à plusieurs reprises les conditions de la mise en œuvre de cette théorie : « *dès lors que sont réunies deux conditions, nous rappelle Edmond Jouve, « la bonne foi de l'ayant cause du titulaire apparent et l'erreur commune et invincible du public », la théorie est susceptible de s'appliquer* »¹⁶⁷³.

Dès lors, cet exemple illustre que les juridictions font preuve d'une importante créativité juridique pour faire entrer dans le droit commun une situation pratique et juridique qui semble illégale ou, à tout le moins, *contra legem*. Néanmoins, l'interprétation de ces pratiques inédites dans le cas de la Dombes tend à dénaturer les particularités juridiques de ce territoire.

b. L'interprétation juridictionnelle tronquée des principes du droit coutumier

Comme le relève Jean Untermaier, « *face à un problème inédit, on utilise les outils dont on dispose, les mécanismes qui ont fait leurs preuves. On adapte, on bricole* »¹⁶⁷⁴. C'est cette démarche que doit adopter le juge de droit commun lorsqu'il est confronté aujourd'hui à la mise en œuvre d'une règle coutumière inédite. En témoigne le recours de la Cour de cassation, suivi du Conseil d'Etat, à une notion juridique connue (l'indivision), dans un contexte qu'elle ne pouvait saisir, celui de l'assolement en Dombes : la double propriété assec/évolage constitue, selon les juridictions de droit commun, une indivision particulière¹⁶⁷⁵. Le recours à cette notion tend à interpréter les principes coutumiers au risque de le dénaturer. Ainsi, la Cour d'Appel de Lyon a rendu une décision en 2012 à propos d'un différend concernant le partage de l'eau entre deux propriétaires d'étangs et à l'occasion de laquelle elle rappelle que la Dombes est « *parfois considérée comme une propriété collective* »¹⁶⁷⁶. La Cour de Lyon conclut de ce caractère de « propriété collective », que l'établissement de règles permettant une bonne gestion des étangs repose sur la bonne entente et le règlement amiable entre propriétaires : « *Il en résulte que chaque propriétaire doit réguler la hauteur d'eau de son étang selon les usages en vigueur en Dombes sauf à répondre des conséquences dommageables de ses erreurs et négligences* ». Ainsi, conformément aux usages dombistes, la bonne entente et le règlement amiable des conflits priment. L'appréciation, par la Cour d'Appel de Lyon, de la Dombes, ou à notre sens des étangs de la Dombes, comme propriété

¹⁶⁷³ LEGRAND A., Autorité compétente, *AJDA* 2001, p. 672.

¹⁶⁷⁴ UNTERMAIER J., Préface, in DE MARI E. et TAURISSON-MOURET D., *L'impact environnemental de la norme en milieu contraint*, Victoires Editions, 2012, p.8.

¹⁶⁷⁵ V. les arrêts précités de la Cour de Cassation de 1835 et du Conseil d'Etat de 1977 concernant le caractère indivis des étangs en Dombes.

¹⁶⁷⁶ Cf. Chapitre 1 de la présente recherche.

collective est particulièrement intéressante du point de vue de la marge de manœuvre qui est laissée à la réglementation coutumière spécifique à ce territoire. Les relations entre propriétaires ont, de plus, une place particulièrement importante pour suppléer aux éventuels oublis de cette coutume. Il repose d'ailleurs sur eux une responsabilité quant aux perturbations que pourrait entraîner l'exploitation de leurs étangs : « *Il appartient en premier lieu au propriétaire de l'étang de Verdat de prendre toute mesure pour empêcher le débordement de son étang* ». Sans être explicite, le juge judiciaire instaure donc, à la charge du propriétaire d'étang, une obligation de prévenir tout trouble à l'ordre public qu'entraînerait une mauvaise gestion de son bien privé. Ce faisant, cette interprétation de la Cour fait reposer la résolution des différends sur les accords amiables répond directement aux explications de Truchelut dans ses ouvrages de 1881 et 1904 dans lesquels, comme nous l'avons vu, préconise le recours aux arbitrages et aux expertises, ne sollicitant l'autorité judiciaire qu'en dernier recours.

2. La réalisation de l'objectif de règlement amiable des contentieux

L'institutionnalisation du règlement amiable des différends est aujourd'hui rendue nécessaire à plusieurs égards. D'abord, le droit de la procédure civile impose désormais de démontrer qu'une tentative de règlement amiable du conflit a été recherchée par les requérants avant toute saisine du juge judiciaire (a). Ensuite, la définition des conditions de ce règlement interne des conflits permettra de contribuer à garantir un certain nombre de droits fondamentaux (b).

a. La réalisation d'une obligation légale préalable à toute saisine juridictionnelle

Si les réformes contemporaines du droit civil des obligations, des modes de résolution des conflits entre particuliers ou dans le monde de l'entreprise, font la part belle à l'arbitrage, considéré comme un moyen moderne de règlement des conflits, ce moyen est très largement recommandé depuis plusieurs siècles par le droit coutumier en Dombes. Le Truchelut notamment donne une grande importance au règlement des différends par l'entremise d'experts et de conciliations arbitrées par les « sachants » locaux.

On peut voir dans ces modalités de règlement des conflits, la réalisation de la réforme de la procédure civile obligeant à rechercher l'accord amiable préalable à la saisine du juge¹⁶⁷⁷. En ce sens également, le droit coutumier dombiste paraît précéder les avancées juridiques du droit commun. La proposition contemporaine de création d'une commission d'expertise et de résolution des différends constituerait le moyen de répondre à l'impératif de la conciliation préalable à la saisine du juge, répondant ainsi à l'exigence de l'article 56 du Code de procédure civile.

Désormais, les modalités de résolution amiable des différends sont généralisées. A cet effet, le code de procédure civile énonce que l'assignation devant le juge civil doit être accompagnée : « *Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* »¹⁶⁷⁸. Si le terme n'est pas employé dans la lettre du décret du 11 mars 2015, ces obligations sont présentées dans la notice dudit décret, comme « *le recours aux modes alternatifs de résolution des litiges* »¹⁶⁷⁹. Si de telles diligences ne sont pas entreprises, le juge peut pourvoir au besoin de conciliation en cours d'instance en proposant aux parties une mesure de conciliation ou de médiation¹⁶⁸⁰.

Une telle pratique met en évidence la problématique de l'éviction du juge dans le règlement des différends, en application du droit coutumier en Dombes mais également en droit contemporain, au regard de la multiplication des mécanismes de droit privé dans la protection et la restauration de l'environnement (contractualisation privée et tendance contemporaine à recourir aux arbitrages entre personnes morales de droit privé).

Le principe qui veut qu'en matière de contentieux civil la preuve soit apportée d'avoir recherché une conciliation préalable à la saisine du juge ordinaire, peut trouver son pendant en matière de contentieux administratif. En effet, la « médiation » doit trouver à s'appliquer en toute matière depuis l'adoption de la loi du 18 novembre 2016¹⁶⁸¹ de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle organisant la médiation, qui tend à redéfinir le rôle du juge

¹⁶⁷⁷ Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, JORF du 14 mars 2015, p. 4851.

¹⁶⁷⁸ Code de procédure civile, art. 56 dans le cadre d'une assignation judiciaire. Voir également la formulation identique de l'article 58 du même code concernant une requête directe auprès d'une juridiction civile de premier degré.

¹⁶⁷⁹ Notice du décret du 11 mars 2015 préc.

¹⁶⁸⁰ Code de procédure civile, art. 127.

¹⁶⁸¹ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF 19 nov. 2016, texte n° 1.

administratif¹⁶⁸². Ce dernier est amené à délivrer des « solutions discutées »¹⁶⁸³. Pour un exemple, le Tribunal administratif de Lyon a conclu une convention avec le Barreau de Lyon afin de mettre en place des dispositifs de médiation sur le territoire du ressort de sa juridiction¹⁶⁸⁴.

D'ailleurs, en ce sens, l'article L. 213-1 du code de justice administrative¹⁶⁸⁵ dispose que : « *La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction* ». Cette disposition tente de mettre fin à une certaine confusion qui pouvait exister au sein du droit du contentieux administratif autour des notions de médiation et de conciliation que la doctrine a permis d'éclairer. Il est ainsi possible d'affirmer que la médiation est un mode alternatif de règlement des conflits administratif faisant intervenir un tiers : le médiateur. Cette procédure est un sous-ensemble d'une « *famille plus large correspondant à la conciliation qui ne suppose pas toujours l'intervention d'un tiers* »¹⁶⁸⁶. La doctrine avait ainsi envisagé une réforme de la médiation administrative sur le modèle de la médiation civile, avec la possibilité de recourir à une procédure alternative au procès administratif dès lors qu'aucune prérogative de puissance publique ne serait en jeu¹⁶⁸⁷.

Les mesures alternatives de règlement des différends se révèlent donc utiles pour les requérants, mais il ne paraît pas pertinent d'en abuser, ni en faire un mode obligatoire, encore moins lorsqu'il s'agirait de « *les traiter « en ligne », sans contact physique ; elles supposent des parties éclairées, maîtresses de leurs droits, pouvant discuter de vive voix ; autrement, en fait d'alternative, il s'agit en pratique de se « débarrasser » d'un maximum de cas* »¹⁶⁸⁸. La privatisation de fait de la justice, consistant à se délester, par délégation ou une sorte de sous-traitance, comme en matière économique et de services, sur un certain nombre d'organismes participant au service public et non composés de magistrats, peut conduire, d'une part, à une «

¹⁶⁸² SAISON-DEMARS J., Contractualisation et règlement des conflits administratifs, *RFDA* 2018, p. 230.

¹⁶⁸³ *Ibid.*

¹⁶⁸⁴ V. en ligne, <http://lyon.tribunal-administratif.fr/A-savoir/Communiqués/La-médiation-une-alternative-efficace-a-un-contentieux-juridictionnel>

¹⁶⁸⁵ Créé par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF 19 nov. 2016, texte n° 1.

¹⁶⁸⁶ GONOD P., MELLERAY F., YOLKA Ph., *Traité de droit administratif*, t. 2, Dalloz, 2011, p. 590.

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 593.

¹⁶⁸⁸ CARBONNIER J., *Droit civil*, PUF, t. 1, 2004, § 89.

déshumanisation », et d'autre part, à des risques d'injustice¹⁶⁸⁹. Loin des craintes exprimées par la doctrine, le droit local s'applique à préserver un modèle traditionnel de règlement amiable des conflits, et trouve dans cette tendance actuelle de la justice à être externalisée, un fondement au recours systématique à la Commission de conciliation.

b. Les garanties juridiques apportées par la création d'une Commission de conciliation

Un besoin de sécurité juridique et de solution alternative de règlement des conflits se faisait sentir au sein de la communauté dombiste. La preuve en est, que depuis la mise en place de la Commission de conciliation en Dombes au 1^{er} janvier 2018¹⁶⁹⁰, cette dernière a été saisie à nombreuses reprises¹⁶⁹¹, principalement pour des litiges liés au droit d'accès à l'eau. Cette situation révèle une attente pour la résolution interne des différends, d'impartialité et de sécurité juridique.

Le droit local tel que celui applicable à la gestion des étangs de la Dombes peut être qualifié d'endogène en raison de son caractère inédit et propre à une structure sociale identifiée. Il est également, dans le cas de la Dombes, d'essence coutumière dans le sens où ce sont les pratiques des usagers de la ressource en eau qui, à force de répétition et de généralisation, muent en véritable règle de droit. Quoiqu'il en soit, le droit n'apparaît pas de lui-même ni n'est imposé par aucune autorité tutélaire. Il est le fruit d'une construction sociale, et donc juridique, collective. Dans ce contexte, la résolution amiable des conflits et son institutionnalisation nouvelle participe de cette structure juridique et sociale locale.

Il en a résulté logiquement la nécessité de l'expression d'un « droit collaboratif » par une résolution amiable des conflits liée à l'usage de l'eau à l'échelle de la Dombes. En règle générale, le droit collaboratif « *ne consiste pas seulement à appliquer le droit mais aussi à donner aux parties en conflit la maîtrise de leur dossier et les moyens de parvenir à un règlement amiable* »¹⁶⁹². Alors que ce mécanisme privé de règlement des différends alternatif au procès se développe dans les systèmes de *common law*, il n'a pas été consacré par le droit français qui donne la part belle à la médiation et la conciliation, faisant donc intervenir un tiers, mandaté par les institutions judiciaires. Du point de vue du droit français, le droit collaboratif s'apparente, plus qu'à une alternative à la juridictionnalisation, à un préalable à la

¹⁶⁸⁹ FERRAND Fr., GAUTIER P.-Y., Honneur et devoir de juger, *D.* 2018, p. 951.

¹⁶⁹⁰ APPED, *Rapport d'activité*, juin 2018, feuille n° 10, p. 20.

¹⁶⁹¹ En 6 mois (juin 2018), six procès-verbaux de conciliation ou de non-conciliation ont été rédigés sur l'ensemble des litiges portés à la connaissance de ladite commission.

¹⁶⁹² RIVIERE-MARIETTE S., MOLLARD-COURTAU Ch., Le droit collaboratif : une alternative efficace à l'intervention d'un tiers impartial dans le règlement amiable d'un litige ?, *Gaz. Pal.* 2013, n° 190, p. 15.

saisine d'une juridiction. Pour autant, les « niches normatives territoriales » telles que celle de la Dombes semble se prêter idéalement à ce type de mécanisme.

Il est évident qu'il ne s'agit pas, en créant une instance de résolution des conflits *ad hoc*, d'instituer un organe juridictionnel, cette compétence relevant exclusivement du pouvoir législatif. Il est possible de s'interroger sur ce que l'on peut entendre par « procès » afin de trancher sur l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme offrant les garanties procédurales fondamentales aux parties à une instance et instaurant le droit à un procès équitable¹⁶⁹³. Le professeur Sudre précise que cet article est applicable « à toute procédure devant des organes qui décident soit en matière civile, soit en matière pénale, quand bien même ces organes ne sont pas des juridictions au sens du droit interne »¹⁶⁹⁴. Or, force est de constater que la Commission de conciliation, en Dombes, n'as pas pour objet de « décider » dans la mesure où elle ne rend pas de décision mais dresse un constat de conciliation ou de non conciliation selon les cas. Ainsi, son rôle consiste « 1°- à favoriser le règlement amiable des différends entre toutes personnes intéressées par la gestion d'un étang de Dombes, 2°- à rendre des expertises concernant la gestion des étangs de la Dombes [...] »¹⁶⁹⁵. En d'autre terme, elle apporte une expertise extérieure aux parties au litige et vise à permettre ces dernières à trouver un accord amiable pour régler leur différent. Ainsi, elle « propose une interprétation de la situation litigieuse après avoir entendu l'ensemble des parties concernées dans le cadre d'un débat contradictoire »¹⁶⁹⁶.

Si l'on ne se trouve pas, dans la résolution privée des différends en Dombes, face à une instance juridictionnelle, il convient de se demander si les « sachants » locaux peuvent être considérés comme des juges. A l'évidence la réponse à apporter semble négative. Ces derniers ne relèvent pas du pouvoir judiciaire tel qu'il est institué par la Constitution et la loi, et ne sont pas même juristes – bien que ce critère ne soient pas suffisants pour éliminer cette possibilité au regard de la composition des Conseils de Prud'hommes ou du Tribunal paritaire des baux ruraux¹⁶⁹⁷ –, surtout, aucun texte législatif ne prévoit de leur attribuer quelque compétence que ce soit, ni même leur accorder la moindre reconnaissance. Dès lors, « qu'est-ce qu'un juge ? Un homme ou une femme qui traite impartialement, avec intelligence

¹⁶⁹³ L'article 6 de la Convention dispose notamment : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle [...] ».

¹⁶⁹⁴ SUDRE Fr., Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis. Droits à un procès équitable, *JurisCl. Europe Traité*, Fasc. n° 6526.

¹⁶⁹⁵ Commission de conciliation, Règlement intérieur, 2018, p. 1.

¹⁶⁹⁶ *Les usages des étangs de la Dombes*, 2017, préc., p. 32, art. 43-3.

¹⁶⁹⁷ Ces instances spécialisées sont composées de juges professionnels et de juges non professionnels.

naturelle et fermeté, des cas, petits ou grands, tous importants parce qu'ils sont portés devant lui, mettant en cause des personnes qui s'opposent et lui font confiance »¹⁶⁹⁸. Cette affirmation démontre le rôle social et philosophique attribué par la société à la fonction de juger. Cette fonction, qu'elle soit formelle ou non, reconnue légalement ou non, répond à des impératifs philosophiques immuables que sont l'impartialité, et la confiance que placent les requérants dans les personnes qu'ils saisissent pour régler le litige qui les oppose. Sans parler de déontologie, toute personne devant trancher un litige ou du moins orienter les protagonistes vers une résolution pacifique de leur différend, est animée par une certaine éthique dont l'impartialité et la confiance sont les pierres angulaires. Ces principes sont partagés par les membres de la Commission de conciliation en Dombes qui sont désignés par la communauté locale « *en fonction de leur compétence, de leur connaissance des techniques et usages locaux, ainsi que pour leur légitimité et leur impartialité* »¹⁶⁹⁹. Les garanties essentielles inhérentes aux principes généraux du droit trouvent ainsi une application dans un contexte local inédit.

Conclusion du chapitre 2

Les usages traditionnels de la ressource en eau ne constituent plus aujourd'hui la seule source normative gouvernant l'exploitation des étangs en Dombes. Cette situation est identique pour l'ensemble des territoires ayant connu ou connaissant encore la mise en œuvre de droits traditionnels. Le droit de l'environnement s'instille dans chaque action liée à l'exploitation des ressources naturelles. Alors qu'il eut été possible de penser que le développement de cette branche du droit annihilerait le droit local, l'analyse se doit d'être plus approfondie. Les objectifs de préservation des ressources ne sont pas nés du droit de l'environnement, mais celui-ci s'en est nourri. Ces impératifs sont inhérents à l'utilisation extensive des ressources, a fortiori de la ressource en eau. Le droit spontané local tel qu'il s'est longuement construit porte en son essence les obligations liées à la réalisation de cet objectif de protection de l'eau, tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif. Plus globalement, les usages traditionnels ont intégré des mécanismes du droit public moderne, au point d'en être l'un des premiers laboratoires. Cet aspect est particulièrement prégnant lorsque l'on considère la matérialisation de la notion d'intérêt général ou la création de procédures administratives dès la fin du XVIII^{ème} siècle, participant de la concrétisation des procédures

¹⁶⁹⁸ FERRAND Fr., GAUTIER P.-Y., Honneur et devoir de juger, *préc.*

¹⁶⁹⁹ *Les usages des étangs de la Dombes*, 2017, *préc.*, p. 33, art. 44-1.

que nous connaissons en droit positif. L'histoire juridique de la Dombes et du traitement des étangs permet ainsi d'éclairer les notions d'intérêt général et d'ordre public, et tout particulièrement en droit de l'environnement, contribue à illustrer les éléments environnementaux qui justifient une protection au nom de l'ordre public écologique.

Le droit coutumier, fondé sur le concept de droit spontané, exprime l'originalité normative des communautés rurales dans les réponses juridiques qu'elles apportent à des situations pratiques rendues complexes par un environnement réglementaire contraignant. A cet égard, la constitution de modalités spécifiques de règlement des différends retient l'attention. Elle illustre la nécessité de certaines communautés rurales de mettre en œuvre une forme de justice privée caractérisant une alternative à la saisine des juridictions de droit commun. Le règlement amiable des différends met en évidence l'existence de relations personnelles et collectives privilégiées et qui conduisent à la perpétuation d'un entre-soi juridique fondé sur le besoin de l'internalisation de la résolution des conflits. Une telle internalisation, bien qu'elle ne ferme pas pour autant la porte à une juridictionnalisation des différends, peut être considérée comme un mode de sauvegarde de la coutume. S'éloignant des standards juridiques du droit processuel, cette internalisation écarte toute publicité, alors même qu'elle est considérée en droit commun comme la garantie de l'effectivité de sanction juridictionnelle. Ce permet de préserver le droit spontané local dans un cadre confidentiel, garantissant sa pérennité puisque dès qu'il est extrait de ce cadre, son interprétation par les juridictions de droit commun est susceptible de le dénaturer.

Conclusion du titre premier

La mise en œuvre et l'analyse du droit spontané sont le fruit d'incessants allers-retours entre les spécificités juridiques locales propres à une communauté et le droit global. Indéniablement, l'analyse de droit local applicable à la gestion de l'eau en Dombes est indissociable de la mise en œuvre du droit que l'on peut qualifier de « commun », à savoir le droit délibéré, issu de la loi et du règlement. L'un renvoie à l'autre de manière incessante, bien que souvent implicitement. La gestion traditionnelle de l'eau et des étangs fait l'objet du droit commun, et notamment du droit public lorsque l'étang est considéré comme un élément du territoire à aménager de façon durable ou lorsque la création de ces plans d'eau est soumise à une procédure administrative spécifique. Parallèlement, les règles locales de gestion de l'eau font partie intégrante de l'ordre normatif dans la façon dont elles donnent naissance à un ensemble de règles singulières, insufflant ainsi une force normative nouvelle au droit applicable, permettant la réalisation des objectifs impérieux définis par le législateur.

Néanmoins, ces interactions normatives ne sont pas sans poser un certain nombre de difficultés, sources de conflits entre le droit de l'environnement et le droit spontané local qui encadre les pratiques traditionnelles. Ces relations paradoxales entre les deux droits peuvent toutefois trouver un équilibre afin de réaliser pleinement le pluralisme juridique nécessaire à la préservation et la mise en valeur de l'environnement.

Titre 2. Les interactions entre les usages traditionnels de l'eau et la préservation des milieux

L'exploitation d'une ressource naturelle aussi primordiale que l'eau ne peut se départir aujourd'hui d'une réflexion quant à sa préservation, cet impératif ayant été révélé par le constat d'un mauvais état écologique des masses d'eau à l'échelle de l'Union européenne. Ce constat a conduit à l'élaboration d'une législation spécifique européenne, guidée par l'impératif de la préservation de la ressource d'un point de vue quantitatif comme qualitatif, l'objectif du bon état écologique imposé par l'Union n'étant pas atteint¹⁷⁰⁰. Plus généralement une importante pression est exercée sur la ressource en eau et les milieux aquatiques, étant donné que le prélèvement et l'exploitation de la ressource entraînent nécessairement des conséquences sur les milieux naturels. Ces incidences ne sont pour autant pas nécessairement négatives dans le sens où l'apparition des législations environnementales entraîne la recherche d'un nouvel équilibre écologique à l'échelle locale. Ce nouvel équilibre est imposé par l'existence d'usages traditionnels de l'eau tels que l'activité piscicole, combinés à la nécessité de préservation de la ressource pour la pérennisation de ces modes d'exploitation. Cette recherche d'un équilibre juridique et pratique, entre la préservation des milieux et la pérennité de la filière piscicole locale illustre à la fois le principe de complémentarité défini comme un en principe du droit de l'environnement au sens de l'article L. 110-1 du code correspondant, ainsi que le principe de conciliation, fondamental en matière de droit de l'environnement. In fine, la combinaison de ces deux principes et des apports entre les différents objectifs (apparemment contradictoires) qui guident les activités locales, contribue à ériger une véritable valorisation durable du territoire de la Dombes.

Une composante fondamentale du droit local de la Dombes est donc la recherche de la conciliation entre les intérêts qui sont parfois contradictoires. Ils répondent à des objectifs encadrés par des législations dont les buts sont souvent à l'opposé les uns des autres : le droit civil et la protection de la propriété, le droit rural et l'encadrement de la recherche d'une production agricole toujours meilleure, et le droit de l'environnement visant à préserver les ressources naturelles. Ces législations, pour ne citer que celles-ci, trouvent toutes une application en Dombes, comme sur l'ensemble des territoires ruraux. Mais, la particularité de la région étudiée tend à ce que, l'esprit, plus que la lettre de ces réglementations, soit intégré,

¹⁷⁰⁰ European Waters Assessment of status and pressures 2018, EEA Report n° 7/2018.

pêle-mêle, au sein du droit local qui s'est patiemment construit au gré des pratiques nouvelles, des bouleversements sociaux et de l'apparition de droits nouveaux.

La combinaison et l'harmonisation des objectifs des différentes branches du droit dans le droit local de la Dombes participent donc à la mise en œuvre du principe d'intégration tel qu'il a été analysé par Sylvie Caudal¹⁷⁰¹ et qui constitue l'un des principes fondamentaux de l'effectivité et de l'évolution du droit de l'environnement vers une protection écologique pérenne¹⁷⁰², à l'échelle nationale comme européenne¹⁷⁰³. Ce principe suppose que l'enjeu de la préservation de l'environnement soit pris en compte dans tous les domaines de l'action publique¹⁷⁰⁴.

La place de l'eau dans le droit applicable au territoire de la Dombes permet de distinguer une illustration certaine du principe d'intégration par l'utilisation durable de la ressource¹⁷⁰⁵. Mais au-delà de l'intégration par le droit ou la mise en place d'une politique publique d'un enjeu environnementale, est-il possible d'envisager l'intégration d'une réglementation au sein d'un système normatif qui répond à une autre nature juridique ? Il s'agit là d'envisager l'articulation des différentes législations au sein même d'un corpus de règles traditionnellement informels de façon à envisager les oppositions entre les règles locales organisant la gestion et la répartition de l'eau et le droit propre à protéger les intérêts de l'environnement (Chapitre 1). Des points d'équilibre et de rencontre peuvent être identifiés entre ces deux ordres normatifs dont les finalités diffèrent, l'un pouvant se nourrir de l'autre et inversement dans leur application à un territoire donné. Dans cette perspective, le droit de l'environnement peut constituer un outil indispensable à la valorisation des étangs objets du droit local (Chapitre 2).

¹⁷⁰¹ CAUDAL-SIZARET S., *La protection intégrée de l'environnement en droit public français*, Thèse Lyon, 1993.

¹⁷⁰² VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, préc., p. 201 et s.

¹⁷⁰³ L'article 11 du TFUE dispose : « *Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable* ».

¹⁷⁰⁴ DEHARBE D., Le principe d'intégration ou une méthodologie juridique pour le développement durable, *Env.* 2005, n° 4, comm. 34.

¹⁷⁰⁵ Le principe d'intégration constitue en effet le corolaire du développement durable (MEYNIER A., *Les concepts en droit de l'environnement*, préc., p. 593).

Chapitre 1. Les conflits entre usages locaux et le droit de la protection de la nature

D'un point de vue général, l'opposition entre le droit coutumier et le droit législatif, issu de l'action de l'Etat, repose essentiellement sur deux conceptions du droit différentes. Classiquement, cette opposition est renvoyée à la différence des conceptions du droit de propriété qu'induisent ces sources de droit¹⁷⁰⁶. Bien que les questions de propriété, des pratiques rurales et de la gestion des ressources naturelles soient liées et fassent l'objet de traitements juridiques bien différents, il convient également de différencier l'objectif de ces différents ordres normatifs. Le droit spontané local a pour objet d'assurer une gestion optimale des ressources, alors que le droit de l'environnement, a pour fonction de garantir leur préservation.

D'abord, il s'agit de voir que la première démarche des autorités étatiques, au milieu du XX^{ème} siècle, a été d'inventorier les usages locaux, souvent ruraux, grâce aux recueils dressés par les chambres d'agriculture de chaque département. Ensuite, il est essentiel de montrer que la protection contemporaine des milieux aquatiques (lois sur l'eau et directive cadre sur l'eau) ainsi que celles de la faune et de la flore (loi de 1976, directives « oiseaux » et « habitats »...) entraînent un déséquilibre dans les communautés dont les règles séculaires étaient jusqu'alors immuables. Ainsi, l'apparition d'obligations, pesant sur les acteurs locaux, de préserver les milieux et la biodiversité a entraîné une mutation d'une gestion utilitariste à une gestion protectrice de la ressource en eau. Le respect du milieu naturel dans lequel s'insère l'usage de la ressource comme nouvel objectif des structures traditionnelles conduit à l'édiction de nouvelles règles, d'un nouveau « cahier des charges » à suivre pour le tissu des acteurs locaux.

Les découvertes scientifiques, les alertes environnementales et les effets des changements climatiques, conduisent le droit local à s'adapter aux impératifs de la protection de l'environnement en même temps que les pratiques qui s'en trouvent bouleversées (Section 1). En dépit de réticences, voire de résistance au changement, un équilibre précaire est trouvé par le jeu de cette adaptation, entre la nécessité sociale de perpétuer des pratiques traditionnelles et l'impératif de la préservation de l'environnement. Pourtant, ce même

¹⁷⁰⁶ JOURNES C. (Dir.), *La coutume et la loi*, préc., p. 8.

objectif conduit à l'adoption d'un système normatif global spécifique, le droit de l'environnement, dont la mise en œuvre conduit à perturber cet équilibre local (Section 2).

Section 1. La nécessaire adaptation des usages traditionnels aux impératifs de la protection de la nature

L'exploitation traditionnelle de l'eau repose sur l'usage raisonné d'une ressource dont les usagers retirent un profit, qu'il s'agisse de la pisciculture d'eau douce ou l'irrigation agricole. La résilience du milieu et de la ressource constituent les conditions de pérennité des activités liées à cette exploitation, tout en permettant une exploitation agricole diversifiée soumise aux règles spontanées locales. Ces dernières doivent également respecter un impératif d'équilibre interne. Ainsi, aucune des activités rurales, telles que la pisciculture, l'agriculture ou la chasse, ne doit prendre le pas sur les autres. Dès lors, le droit spontané local permet l'expression de cet équilibre tout en intégrant la nécessité d'une évolution justifiée par des impératifs de préservation d'un tel équilibre.

Les pratiques étant l'essence même de la réglementation coutumière locale, cette dernière évolue au rythme des changements de comportement des usagers de la ressource en eau. L'évolution des pratiques agricoles est induite par les impératifs économiques qui pèsent sur la filière piscicole locale à la recherche de dynamisme¹⁷⁰⁷. Il s'agit d'évolutions volontaires, parfois incitées par des mécanismes juridiques contractuels (tels que la labellisation, ou l'intégration de réseaux permettant des retombées économiques). Cette progression du droit spontané se produit selon des modalités immuables, en fonction des pratiques qui se généralisent et poussent à l'évolution lente du droit coutumier. Mais cette progression conduit également à une « mise à jour » plus brutale de cette réglementation afin de la diffuser (I). Une telle évolution est d'autant plus rapide qu'elle peut être le fruit d'un changement de pratique provoqué par des éléments environnementaux exogènes, difficilement maîtrisables mais auxquels la communauté d'usagers s'efforce de s'adapter, comme c'est le cas en matière de changements climatiques (II).

¹⁷⁰⁷ L'importante activité de promotion et de publicité mise en œuvre par l'APPED en est l'expression la plus évidente.

I. D'un équilibre écologique à l'adaptation des pratiques

L'équilibre est une notion omniprésente dans le droit. Qu'il s'agisse de l'équilibre des droits et devoirs d'une personne, ou de la recherche d'un équilibre dans la satisfaction d'intérêts divergents ou contradictoires, dans la recherche d'une proportionnalité ou dans la mise en balance d'intérêts. L'équilibre du droit applicable à une ressource naturelle peut également découler des mécanismes mis en œuvre afin d'utiliser leurs finalités de façon complémentaire dans le but d'atteindre un objectif de protection. Cette dernière peut être facilitée par la mise en œuvre d'une fiscalité propre, de règles de polices, et de dispositifs contractuels incitatifs par exemple. En ce sens, le droit de l'eau concilie l'utilisation de ces outils pour garantir l'équilibre des milieux naturels en prenant en considération l'ensemble de ses composantes et l'ensemble de ses usages (A). L'équilibre écologique est par ailleurs évolutif et nécessite une constante adaptation des pratiques locales d'exploitation des ressources (B).

A. *La concrétisation d'un équilibre écologique, économique et social par le droit*

Le droit coutumier local est l'expression juridique d'un équilibre que l'on peut qualifier de naturel et qui a permis, au fil des expériences et de la découverte de nouveaux enjeux locaux, la conciliation entre les différents intérêts en présence. Le droit ne peut se départir de la considération des enjeux économiques et sociaux. Au contraire, il agit comme un conciliateur et permet également d'harmoniser les relations entre les personnes entre elles (physiques ou morales à l'image des sociétés), et les relations entre les personnes et leur environnement : les choses et les milieux. A ce titre, le droit de l'environnement offre une grille de lecture tout à fait intéressante de la notion d'équilibre du point de vue du droit commun, et plus particulièrement de son usage en droit de l'environnement (1). Cette appréhension de la notion d'équilibre trouve un écho certain au sein du droit local dombiste tel qu'il nous est présenté (2).

1. La notion d'équilibre en droit commun de l'eau

Du fait de sa finalité protectrice, le droit de l'environnement « se révèle être étroitement lié à la recherche de l'équilibre »¹⁷⁰⁸. En ce sens, la Charte de l'environnement proclame le « droit à vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé »¹⁷⁰⁹. Il en résulte que l'environnement en lui-même doit être « équilibré », cette notion renvoyant aux « équilibres naturels » et la « diversité biologique »¹⁷¹⁰, mais également à « l'impératif de ne pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs besoins »¹⁷¹¹. Il s'agit donc d'une notion multidimensionnelle de l'environnement qui se traduit par la recherche d'un équilibre écologique, ainsi qu'un équilibre juridique qui doit être à même de concilier l'ensemble des enjeux liés à l'utilisation et la protection du patrimoine naturel¹⁷¹². Le concept d'équilibre en droit de l'environnement peut alors être considéré comme étant un principe fonctionnel offrant une grille de lecture que l'on peut mobiliser au sein de chaque législation et réglementation environnementale¹⁷¹³.

Au sein même du droit de l'environnement, le droit de l'eau a pour objet de régler les usages de la ressource qui font peser sur elle des pressions antagonistes. Cette ressource constitue un élément vital, et ce caractère justifie de puiser dans la ressource, mais impose également de préserver cette dernière. Le droit de l'eau a donc pour objet de concilier l'intérêt de la préservation de la ressource et de garantir son accès pour l'ensemble des usagers¹⁷¹⁴, depuis l'adoption de la Directive-cadre 2000/60 sur l'eau et la loi sur l'eau et les milieux aquatiques de 2006, l'usage de l'eau tend à satisfaire l'objectif d'une gestion durable et équilibrée de la ressource¹⁷¹⁵. D'un point de vue juridique, l'équilibre de la gestion de l'eau est recherché notamment par la mise en œuvre d'une planification ordonnée à l'échelle écologiquement cohérente du bassin hydrographique, ainsi que par la mise en œuvre du principe pollueur-payeur¹⁷¹⁶. L'impératif de gestion équilibrée de l'eau nécessite également une conciliation entre les différents droits sectoriels régissant des activités qui ont un impact

¹⁷⁰⁸ BALLANDRAS-ROZET Ch., Regards croisés sur l'équilibre en finances publiques et en droit de l'environnement, in *Mélanges Untermaier*, préc., p. 308.

¹⁷⁰⁹ Charte de l'environnement, art. 1^{er}.

¹⁷¹⁰ *Ibid.*, considérants 1 et 5.

¹⁷¹¹ DEMEESTER M.-L. et NEYRET L., Environnement, *Rep. Droit civil* (actu. avril 2017).

¹⁷¹² BILLET Ph., Le « juste équilibre » des droits au service de la protection de la nature, *Env.* 2010, n° 6, alerte 63.

¹⁷¹³ BALLANDRAS-ROZET Ch., préc.

¹⁷¹⁴ BILLET Ph., L'usage de l'eau mis en règle : entre droit des équilibres et équilibre des droits, préc.

¹⁷¹⁵ CAUDAL S. et JANIN P., La loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques entre volontarisme et renoncements, *Droit administratif* 2007, n° 4, étude 5.

¹⁷¹⁶ ROMI R., Rapport d'ouverture : Du risque de l'équilibrisme en droit de l'eau, brèves considérations sur le concept de gestion équilibrée, *Env.* 2005, n° 7, étude 11.

sur la ressource, à commencer par la pêche et la l'exploitation de l'énergie hydroélectrique¹⁷¹⁷. Le Code de l'environnement et les objectifs qu'il induit offrent un cadre global de la gestion de la ressource en opérant l'intégration nécessaire des impératifs écologiques de protection dans l'ensemble des réglementations sectorielles qui lui sont connexes.

La notion d'équilibre est donc omniprésente en matière de droit de l'eau puisque la gestion de la ressource doit impérativement être « durable et équilibrée ». Les usages traditionnels de l'eau et le droit local qui les encadrent en Dombes participent de cet objectif pour au moins deux aspects : en permettant la multifonctionnalité des milieux écologiques et en étant particulièrement adaptables à ces milieux.

2. Traduction juridique de la multifonctionnalité rurale en Dombes

Outre la pisciculture, les étangs de la Dombes font l'objet d'autres usages, directement liés à la qualité du sol, de l'eau et de l'écosystème environnant : l'agriculture et la chasse. Les interrelations entre ces trois « cultures » sont parfaitement démontrées dans la thèse de Vanessa Manceron intitulée « *La carpe, l'épi et le canard* »¹⁷¹⁸, notamment en ce qui concerne les interrelations sociales entre les membres de la communauté locale et les participants à chacune des activités. Antérieurement à ces travaux, Laurence Bérard a pu constater que « *agriculture, pisciculture et chasse ont trouvé un modus vivendi relativement satisfaisant en Dombes* »¹⁷¹⁹. A une saine concurrence¹⁷²⁰ entre ces activités, s'ajoute une coviabilité technique, écologique et agronomique par le biais de la multifonctionnalité des étangs¹⁷²¹. Ainsi, la multifonctionnalité en Dombes démontre véritablement les liens pratiques et sociaux entre les différentes activités. Dès lors, il s'agit de composer avec les législations évolutives attachées à ces autres activités, ces législations étant complétées localement par des usages et des règles spécifiques.

¹⁷¹⁷ VERNIER E., Une conciliation réussie : la législation sur l'eau et la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, *RJEP* 2012, n° 693, 4.

¹⁷¹⁸ Thèse d'ethnologie, Paris, 2003 [dactyl.]. La version publiée de ces travaux est l'ouvrage *Une terre en partage*, préc.

¹⁷¹⁹ BERARD L., Chasse, agriculture et pêche en Dombes, *Études rurales*, 1982 n° 87-88, p. 153.

¹⁷²⁰ *Ibid.*

¹⁷²¹ TOUSSAINT-SOULARD Ch., La multifonctionnalité de l'agriculture en pratique : étude des relations entre exploitations agricoles et étangs de la Dombes, *Espace, société, territoire* 2005, n° 319.

Cette multifonctionnalité est traduite dans le droit local de plusieurs manières. D'abord, de façon évidente par la consécration coutumière de l'assolement spécifique de la Dombes et l'usage alternatif du sol entre *assec* et *évolage* au cours d'un cycle de cinq années maximum¹⁷²². Cet assolement est traditionnellement fondé sur les amendements apportés par la pratique de *l'évolage* pour la culture céréalière effectuée pendant *l'assec*¹⁷²³. Ensuite, cette coviabilité des pratiques exercées sur les étangs a été caractérisée dans le droit traditionnel par la création de droits d'usages spécifiques, aujourd'hui révolus à l'image du droit de brouillage, qui mettaient en évidence les relations ténues entre pisciculture et élevage notamment. De ce point de vue, les usages « concurrents » de la pisciculture que sont l'agriculture et la chasse, exercent une contrainte sur la gestion de l'eau elle-même. Les pratiques liées à ces activités ont d'ailleurs contribué, de façon importante, à l'évolution des techniques locales et donc du droit spontané mis en œuvre sur ce territoire.

B. Les modalités d'une lente adaptation des pratiques locales

Au cours de ses travaux de terrains effectués dans les années 1970, Laurence Bérard a eu l'occasion d'étudier les évolutions techniques de l'exploitation des biens fonciers en Dombes¹⁷²⁴. L'adaptation constante des pratiques est fluctuante, en fonction des avancées technologiques au sens le plus large. Les techniques d'exploitation des étangs restent fondées sur des principes fondamentaux inchangés bien que certaines pratiques évoluent lentement voire sont abandonnées (a). Parallèlement, on observe une forte croissance de l'évolution des techniques culturelles depuis les années 1970 et la généralisation de l'utilisation de la chimie en agriculture (b).

1. Le constat d'évolutions pratiques

Ces évolutions techniques se retrouvent par exemple dans les modifications dans les matériaux utilisés pour construire les différents ouvrages de l'étang, et notamment le thou. D'une complexe construction en bois¹⁷²⁵, ce système de vidange est devenu une pièce de

¹⁷²² *Les usages des étangs de la Dombes*, 2017, préc., p. 20, art. 11.

¹⁷²³ TRUCHELUT A. préc., p. 247.

¹⁷²⁴ BERARD L., *Terre et eau en Dombes*, préc.

¹⁷²⁵ TRUCHELUT A., *Ouvrage préc.*, 1904, p. 235.

maçonnerie assez simple à partir de la moitié du XX^{ème} siècle¹⁷²⁶. La modernisation des pratiques agricoles coïncidait avec le début de « l'oubli » des usages traditionnels. Cet oubli est notamment expliqué par les mutations démographiques et l'absence d'actualisation de la coutume écrite depuis les ouvrages de Rivoire en 1881 et de Truchelut en 1904. L'évolution des pratiques locales dans le temps est, en outre, favorisée par la capacité d'adaptation spatiale du système combiste. En effet, au cours du cycle d'exploitation de l'étang, « *chaque opération comporte plusieurs solutions possibles et l'exploitant pourra choisir la mieux adaptée aux conditions* » que connaît son étang¹⁷²⁷. Ces possibilités se caractérisent par exemple à travers le choix de la quantité d'alevins intégrés au milieu, de la nature du filet au moment de la pêche, de l'espèce de céréale à cultiver en assec. Il s'agit finalement d'un système complexe mais qui n'est pas dépourvu de liberté d'action pour les exploitants.

Un bel exemple des évolutions techniques de l'exploitation des étangs de la Dombes est l'apparition progressive des fossés de ceinture. Cette infrastructure est mentionnée au détour des développements de Rivoire en 1881, et intègre la description des « parties de l'étang » dans l'ouvrage de Truchelut en 1904¹⁷²⁸ : il s'agit d'une « *partie importante de quelques étangs [et] est de construction récente due au progrès d'une culture moderne et améliorante* ». Selon l'auteur, le grand avantage de ce qu'il nomme « rivière de ceinture » ou « rivière de détourne »¹⁷²⁹, est de donner plus d'indépendance à un étang au sein d'une chaîne. Cette évolution entraîne une mutation dans la solidarité des exploitants d'étangs qui, s'extrayant de façon artificielle de la chaîne d'étangs, demeurent solidaires dans le partage de la ressource à l'échelle d'un bassin versant dans lequel ruisselle l'eau. Le principe coutumier du partage de l'eau pour la satisfaction des besoins de chacun reste inchangé dans la mesure où la création de fossés de ceinture ne doit pas avoir pour conséquence de bouleverser l'accès à la ressource au sein d'une chaîne d'étangs.

2. Une période de transition dans les pratiques accompagnées par le droit

Depuis le début de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, l'utilisation d'intrants chimiques en Dombes est répandue et la quantité d'engrais utilisés est particulièrement élevée, les

¹⁷²⁶ BERARD L., Thèse préc., 1979, p. 76.

¹⁷²⁷ BERARD L. et MARCHENAY Ph., Ethnologie et écologie d'un système agro-piscicole : les étangs de la Dombes, *Le Monde alpin et rhodanien* 1981, n° 2-3, p. 76.

¹⁷²⁸ TRUCHELUT A., préc., p. 246.

¹⁷²⁹ S'agissant techniquement et juridiquement d'un fossé, et afin de ne pas confondre son régime avec celui des cours d'eau, l'expression traditionnelle de « rivière de ceinture » a été délaissée au cours de nos travaux au profit de celle de « fossé de ceinture ».

exploitants d'étangs n'hésitant pas à en faire usage pendant la culture de l'assec, convaincus des bénéfices potentiels sur le rendement de leur exploitation¹⁷³⁰. Les traitements fongicides et pesticides sont cependant utilisés avec plus de précaution sur les étangs en assec en prévision de la période d'évolage à venir, sans pour autant l'exclure complètement¹⁷³¹. Néanmoins, les études sur l'impact des produits phytopharmaceutiques et leur transfert dans les eaux de ruissellement alimentant les étangs¹⁷³², ainsi que les mesures incitatives de type MAEC, ont conduit à une certaine prise de conscience de la vulnérabilité des milieux producteurs que sont les étangs. Cette prise de conscience n'est pourtant pas généralisée et l'étang, dont la filière piscicole souhaite qu'il soit un modèle de production durable, reste un réceptacle particulièrement vulnérable de produits phytopharmaceutiques¹⁷³³. L'usage massif de ces intrants a ainsi été identifié comme un facteur humain de nature à contrarier le maintien des écosystèmes dans un état de conservation favorable par le document d'objectifs élaboré en 2004 dans le cadre de l'institutionnalisation de la zone Natura 2000 en Dombes¹⁷³⁴. Le ruissellement des substances actives émanant des parcelles agricoles vers les étangs piscicoles est indéniable¹⁷³⁵, et influence la qualité physico-chimique de l'eau¹⁷³⁶. Pour autant, le lien entre la qualité de la production piscicole et la pollution diffuse d'origine agricole semble difficile à établir, notamment du fait d'un temps de présence relativement court du poisson dans l'étang. Les études menées jusqu'à présent concluent à ce que « *la contamination du poisson apparaît très limitée, car les tissus musculaires ne sont pas touchés* »¹⁷³⁷. Dans ce sens, si la ressource en eau est affectée par les transferts de micropolluants, il n'en est pas de même pour les sédiments présents dans les étangs et qui demeurent d'une bonne qualité nutritive pour la biodiversité aquatique. En effet, « *les teneurs en phosphates (PO4) et à un degré moindre en nitrates (NO3) dans l'eau des étangs sont corrélées à la présence de surfaces dominantes en cultures dans le bassin versant ; des transferts de nitrates et de phosphates en provenance de parcelles agricoles cultivées ont ainsi été observés lors d'épisodes pluvieux* » et ce, alors même que « *la qualité des sédiments des étangs confirme une disponibilité élevée en éléments nutritifs caractéristique de milieux riches. L'occupation*

¹⁷³⁰ BERARD L., Thèse préc., 1979, p. 305.

¹⁷³¹ *Ibid.*, p. 306.

¹⁷³² VALLOD D. et a., Etude des facteurs de transfert des produits phytosanitaires vers des étangs piscicoles en Dombes, zone humide continentale associant prairies et cultures, *Fourrages* 2008, n° 193, p. 51.

¹⁷³³ *Idem.*

¹⁷³⁴ *Document d'objectifs Natura 2000*, « Etangs de la Dombes », préc., p. 22.

¹⁷³⁵ SARRAZIN B. et a., De la parcelle au poisson d'étang. Recherche de résidus de pesticides dans l'agroécosystème piscicole, *TSM* 2011, n° 12, p. 49.

¹⁷³⁶ WEZEL et a.,

¹⁷³⁷ SARRAZIN B. et a., préc., p. 57.

du sol dans le bassin versant n'est pas corrélée de manière significative avec les caractéristiques des sédiments d'étangs »¹⁷³⁸. La question de la pollution d'origine agricole constitue donc une problématique non négligeable pour le territoire dont les productions risquent d'en être affectées.

Au moment de ses recherches, Laurence Bérard décrit donc une génération de transition, tiraillée entre un attachement viscéral aux racines de la communauté locale, et le besoin d'embrasser les nouvelles techniques agricoles que sont la chimie et la motorisation, perçues comme le signe d'un incomparable progrès. Un indice de ce changement se trouve dans l'abandon de certaines pratiques correspondant à certains usages consacrés par les usages écrits (brouillage par exemple). Plus précisément, ces pratiques, abandonnées peu à peu ont entraîné des mutations dans le droit local puisque, inconsciemment, les propriétaires et exploitants d'étangs ont ainsi fait disparaître des droits qu'ils tenaient, acquis, depuis de nombreux siècles. Il s'agit là de la manifestation du principe selon lequel « *si la coutume n'est plus appliquée, elle disparaît* »¹⁷³⁹.

L'innovation constante des pratiques agricoles doit donc être accompagnée par le droit, quelle que soit sa nature. Mais la coutume, elle-même, est-elle une source de droit dont la formation est assez « rapide » pour intégrer de telles évolutions ? Le Professeur Deumier l'a démontré¹⁷⁴⁰, un laps de temps relativement rapide suffit parfois à constituer un usage, voire une coutume, dès lors qu'une pratique s'est généralisée et est considérée comme obligatoire par ceux à qui elle s'adresse. Le droit local est ainsi confronté à de nombreux motifs d'évolution, du changement volontaire de pratiques aux changements externes à la communauté contraignant ses membres à faire évoluer leurs techniques et le droit qui les accompagne.

II. La provocation d'une accélération de l'évolution du droit local par de nouveaux défis environnementaux

Les bouleversements environnementaux conduisent à s'interroger quant à la place de l'étang en Dombes, au sein d'un environnement connaissant de profonds changements, à

¹⁷³⁸ WEZEL A. et a., préc.

¹⁷³⁹ VIRALLY M., *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. 158.

¹⁷⁴⁰ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc.

l'image des sécheresses à répétition que connaît la région. Mais plus important encore, comment le changement climatique peut-il être géré dans un cadre normatif peu adapté et né dans un contexte propice à la circulation de l'eau ? Globalement, la question de l'urgence environnementale pose un certain nombre de difficultés en droit¹⁷⁴¹, notamment quant à la capacité de ceux qui le génèrent à s'adapter à une telle urgence. Le droit local d'origine coutumière ne paraît pas, a priori, être la norme la mieux adaptée à un tel bouleversement. En effet, ce système normatif fait face à une évolution brutale des pratiques dont il est issu et à la raréfaction de son objet : la ressource en eau (A). Pour autant, ce bouleversement permet de mettre en lumière la capacité d'adaptation du droit spontané (B).

A. Le droit local face aux changements climatiques et la pénurie d'eau

Qu'elles résultent directement de ce qu'il convient de nommer le changement climatique ou non, les sécheresses successives que connaît le département de l'Ain et la Dombes en particulier ont un impact indéniable sur l'exploitation des étangs. Une telle sécheresse bouleverse leur équilibre biologique, et les biologistes, naturalistes et autres géographes ont alertés à plusieurs reprises sur les conséquences de l'élévation de la température sur les étangs (1). Ce constat pousse indubitablement les acteurs locaux à faire évoluer leurs pratiques et, par là même, le droit applicable à la gestion de l'eau (2).

1. Les conséquences tangibles de l'élévation des températures sur l'environnement en Dombes

Les impacts du changement climatique s'observent désormais dans tous les domaines des études environnementales. Les changements climatiques peuvent être de différentes natures et avoir différents effets sur l'environnement, d'un point de vue tant global que local. Tout dépend alors des conditions géographiques, hydrauliques et météorologiques d'un territoire. Les estimations scientifiques tendent à démontrer que globalement, le réchauffement climatique aura pour conséquence une importante diminution du débit des cours d'eau en France. Si le sud du bassin Rhône-Méditerranée semble plutôt préservée eu égard aux prévisions à l'horizon 2050, ce n'est pas le cas du nord de ce bassin¹⁷⁴².

¹⁷⁴¹ SOLEILHAC Th., *Le temps et le droit de l'environnement*, préc. p. 975.

¹⁷⁴² HABETS Fl., *Le changement climatique et l'eau*, in DROBENKO B. (Dir.), *La loi sur l'eau de 1964*, préc., p. 178.

Globalement, le Rhône est voué à voir son débit drastiquement diminué du fait de l'apport moindre des fontes estivales des glaciers alpins¹⁷⁴³. La Saône, de son côté, plus « sauvage » que le fleuve, va continuer à connaître d'importants phénomènes de crues qui vont s'intensifier et deviendront de plus en plus fréquent. A proximité de ces deux gigantesques cours d'eau, le plateau de la Dombes est en proie depuis plusieurs années à un stress hydrique majeur. Au moment où les cours d'eau sortent de leurs lits et inondent les villes qui peinent à leur faire face, les précipitations diluviennes ne suffisent pas à régénérer les réserves hydrauliques de la Dombes. La sécheresse se poursuit depuis 2014 dans la région¹⁷⁴⁴.

En tout état de cause, si les impacts du changement climatiques sont nécessairement globaux, ils ont des conséquences locales, et notamment sur la qualité et la répartition des masses d'eau. A ce titre, l'Agence de l'eau Rhône-Méditerranée a publié une étude sur les conséquences du changement climatique sur les ressources en eau¹⁷⁴⁵. Est particulièrement mise en avant « *la vulnérabilité de la plaine intérieure de la Dombes. La principale menace identifiée et étudiée est l'assèchement* »¹⁷⁴⁶. Ainsi, une corrélation claire est établie entre le changement climatique et la situation des étangs de la Dombes qui souffrent de l'augmentation inexorable et continue des températures et dont les exploitants et propriétaires endurent de plus en plus difficilement les épisodes de sécheresse. Ces derniers ont toujours émaillé l'histoire de la Dombes des étangs et ont toujours été envisagés avec appréhension par les exploitants et propriétaires d'étangs.

Il faut ici rappeler la dépendance quasi-totale des étangs de la Dombes à la pluviométrie, la source de leur approvisionnement étant principalement l'eau d'origine météorique. C'est donc fort logiquement que « *les effets les plus évidents de l'augmentation de la température en été sont d'une part la baisse du niveau des eaux par évaporation, d'autre part l'échauffement de toute la masse d'eau, les étangs de pisciculture étant peu profonds* »¹⁷⁴⁷. De toute évidence, à travers le manque d'eau, c'est l'équilibre biologique des étangs, leur productivité en termes de pisciculture et donc leur existence même qui est menacée par les bouleversements climatiques. Plus encore, la raréfaction des épisodes pluvieux entraîne une intensification des épisodes orageux, ce qui est susceptible d'entraîner un risque accru

¹⁷⁴³ SCHITTLY R., Climat : le Rhône pourrait baisser de moitié d'ici un siècle, *Le Monde*, 1^{er} fév. 2018 [en ligne]

¹⁷⁴⁴ ROUSSEL I., Le changement climatique et les étangs, l'urgence d'une adaptation, *Revue La Dombes* 2018, n° 40, p. 38.

¹⁷⁴⁵ AUBE D., Impacts du changement climatique dans le domaine de l'eau sur les bassins Rhône-Méditerranée et Corse - Bilan actualisé des connaissances, Agence de l'eau Rhône-Méditerranée, 2016.

¹⁷⁴⁶ AUBE D., préc., p. 77.

¹⁷⁴⁷ RICHOUX P., LEBRETON Ph., L'évolution climatique et son impact en Dombes, *Les cahiers de la Fondation Vérots*, 2008.

d'inondation du fait de l'accélération du ruissellement des eaux pluviales¹⁷⁴⁸. Ces évènements ne sont évidemment pas neutres sur les comportements des propriétaires et exploitants d'étangs qui, face à de tels obstacles dans la production piscicole, doivent rechercher des moyens d'adaptation.

2. La recherche d'une adaptation pratique et juridique aux bouleversements climatiques

De façon générale, les changements climatiques imposent de repenser le droit de l'environnement, de l'adapter à des enjeux globaux¹⁷⁴⁹. Cette prise de conscience est désormais prégnante au sein de la doctrine juridique dont les réflexions et études sont désormais nombreuses, et occupent principalement le droit international¹⁷⁵⁰. En effet, il s'agit de proposer une réponse collective et internationale aux enjeux du changement climatique¹⁷⁵¹, enjeux auxquels un début de réponse a tenté d'être apporté à l'occasion de la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations-Unies sur le Changement climatique, dite « COP 21 », de 2015¹⁷⁵².

Pour autant, le droit local n'a pas vocation à rester neutre face aux défis du changement climatique, et peut représenter une réponse juridique territorialisée aux bouleversements en cours et à venir. Tout en s'intégrant dans les ordres normatifs supérieurs que sont les droits nationaux, régionaux et internationaux, les règles spécifiques à certains territoires peuvent s'inscrire dans une démarche de lutte contre les changements climatiques¹⁷⁵³. De toute évidence, malgré l'adaptation des pratiques et donc du droit local spontané, le territoire de la Dombes est également récepteur du droit national et européen en faveur de la lutte contre les changements climatiques. A ce titre, le droit de l'Union européenne entend faire peser l'enjeu climatique sur les pratiques agricoles en imposant à la fois un cadre juridique contraignant, ainsi que des outils incitatifs¹⁷⁵⁴, et ce, à travers les mécanismes incitatifs de nature contractuelle dont l'objet est de parvenir à une modification des pratiques.

¹⁷⁴⁸ ROUSSEL I., Le changement climatique et les étangs, l'urgence d'une adaptation, préc., p. 40.

¹⁷⁴⁹ HAUTEREAU-BOUTONNET M., MALJEAN-DUBOIS S., Après l'accord de Paris, quels droits face au changement climatique, Introduction, *RJE* 2017, NS, p. 9.

¹⁷⁵⁰ MALJEAN-DUBOIS S., Quel droit international face au changement climatique ?, *D.* 2015, p. 2263.

¹⁷⁵¹ MICHELOT A. (Dir.), *Justice climatique : enjeux et perspectives*, Bruylant, 2016, p. 20.

¹⁷⁵² TORRE-SCHAUB M. (Dir.), *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris (COP 21) : regards croisés : actes de la Journée d'études Bilan et perspective post Cop 21 du 31 mai 2016*, IRJS Editions, 2017.

¹⁷⁵³ BEERENS-BETTEX S., Le droit de la montagne face aux changements climatiques, *RJE* 2017, NS, p. 187.

¹⁷⁵⁴ BODIGUEL L., Lutte contre le changement climatique : le nouveau leitmotiv de la politique agricole commune, *Revue de l'Union européenne* 2014, p. 414.

La gestion d'une ressource rare et difficilement maîtrisable est la raison d'être des usages locaux, de la coutume, du droit local en somme. Pour autant, ces usages se sont construits dans un contexte de potentiel hydrique satisfaisant pour l'alimentation des quelques 1100 étangs que l'on trouve aujourd'hui sur le territoire de la Dombes. Pour autant, quelle est la capacité de la coutume pour faire face à une sécheresse persistante et donc une véritable pénurie d'eau ? Le constat est sans appel, les étangs ne sont pas remplis, sauf lorsqu'ils sont situés le plus en amont, qu'ils sont alimentés par un ruisseau ou une source naturelle. Autrement dit, la majorité des étangs sont en grande difficulté puisqu'ils dépendent essentiellement de la pluviométrie et de la circulation de l'eau d'un étang à l'autre.

Ces évolutions, dans un tel contexte environnemental, entraînent un renforcement des règles fondamentales de la coutume. En d'autres termes, les principes fondamentaux du droit local imposant un partage de l'eau trouvent localement une mise en œuvre plus stricte du fait des comportements individuels des exploitants dont l'objectif est d'optimiser la gestion de l'eau. Le droit local est alors perçu et mis en œuvre avec plus d'acuité que qu'antérieurement où ils étaient parfois oubliés. Par exemple, le principe du dialogue et de l'entente amiable des exploitants trouve une force normative nouvelle, notamment par le biais de la coordination des périodes de pêche et de vidange au sein d'une chaîne ou d'un bassin versant¹⁷⁵⁵. Les techniques mises en œuvre évoluent également à la marge, à l'image des vidanges d'étangs qui sont désormais opérées de façon progressive afin de limiter le risque d'inondation, et donc de perte d'eau. Le bon entretien des ouvrages hydrauliques (fossés, digues, thou, grilles etc...) permet de limiter ce risque de déperdition de la ressource. Cette obligation d'entretien a d'ailleurs été rappelée avec force dans la nouvelle publication des usages locaux. La filière piscicole locale s'applique donc à prendre en compte le manque d'eau récurrent depuis quelques années. Le respect scrupuleux des règles traditionnelles locales est perçu, par l'ensemble de la communauté des usagers, comme le moyen permettant d'optimiser la gestion de l'eau. Se pose toutefois la question de savoir si la mise en œuvre optimale du droit coutumier, qui n'a pas été conçu dans un contexte environnemental similaire, se révélera suffisant à endiguer les inconvénients dus aux effets des changements climatiques.

¹⁷⁵⁵ *Les usages des étangs de la Dombes*, 2017, préc., p. 20, art. 12-1.

B. Une accélération brutale des évolutions du droit local

Les changements climatiques poussent indubitablement à des changements de pratiques et, donc des évolutions du droit. Du point de vue de la gestion de la ressource en eau organisée juridiquement, il apparaît alors nécessaire de penser un nouveau modèle de partage de l'eau (1), mais également de s'interroger sur le potentiel retour de pratiques dont les droits d'usages associés ont périclité (2).

1. Penser de nouvelles modalités de partage de l'eau

La mise par écrit du droit local, bien que cette démarche avait pour seul but de formaliser les pratiques existantes généralisées ou en voie de l'être ainsi que les règles qui les accompagnent nécessairement, a permis d'acter certaines évolutions contemporaines. Cette seule écriture est donc, socialement (dans la perception) plus que juridiquement (dans la nature du droit), une accélération dans l'évolution des règles locales. Les mutations induites par les bouleversements climatiques sont, elles, bien plus substantielles, et accentuent encore cette période d'émulation et d'évolution du contexte juridique local.

Dans un contexte de stress hydraulique permanent, où les sécheresses récurrentes rendent plus difficiles le remplissage et l'exploitation des étangs, les modalités de la répartition de l'eau sont susceptibles d'évoluer de façon rapide et généralisée. Il n'en demeure pas moins que l'ensemble des règles locales sont fondées sur le principe de solidarité qui implique de partager la ressource et ses bénéfices, et donc nécessairement d'adapter l'usage qui en est fait dans un environnement rendu plus contraignant.

Plusieurs pistes de réflexion peuvent être envisagées pour garantir le partage de l'eau dans ce nouveau contexte tout en s'inscrivant dans la pérennité des principes fondamentaux du droit local. Il convient donc de s'interroger sur le rapport quantitatif entre ressource en eau et propriété privée dans le sens où la raréfaction de l'eau pousse à repenser les modalités de son usage collectif. Cette question suppose de s'interroger sur la forme juridique à adopter et d'identifier le changement de chacune des solutions proposées. En d'autres termes, doit-on privilégier le bénéfice individuel de l'exploitation de la propriété privée à la l'exploitation communautariste dans le partage de la ressource fondé sur la solidarité ? Deux hypothèses seront ici envisagées : d'une part, celle du partage strict d'une ressource raréfiée et la continuité dans son accès au bénéfice de tous les étangs (a), et d'autre part, celle de

l'optimisation de l'usage de la ressource en optant pour la sélection des étangs bénéficiaires (b).

a. Le partage égalitaire de la ressource disponible

La première remédiation possible pour garantir la pérennité de l'usage de l'eau dans un contexte de raréfaction est celle d'un partage strict de la ressource disponible. Il s'agit de l'hypothèse la plus proche du système actuel de répartition de l'eau. Ce dernier suppose, en cas de déficit d'eau, que l'étang le plus en amont puisse être rempli selon ses besoins et en fonction de l'eau disponible, le propriétaire de l'étang amont devant laisser s'écouler les eaux superflues qui pourront alors remplir l'étang situé en aval. Il en résulte qu'en bout de chaîne, si la ressource est insuffisante en amont, l'étang situé le plus en aval est pénalisé puisque son propriétaire devra se contenter de l'eau résiduelle. De toute évidence, ce modèle traditionnel, n'est équitable que dans un contexte d'abondance de la ressource, n'est donc pas de nature à répondre aux enjeux liés à un déficit hydrique important, et suppose alors d'envisager une nouvelle solution du partage de l'eau. Il s'agit-là d'un mécanisme proche de la « préoccupation » où le propriétaire amont est privilégié par rapport au propriétaire aval. Cette potentielle solution repose essentiellement sur le principe d'équité. D'un strict point de vue juridique, autant que d'un point de vue pratique, elle serait relativement simple à mettre en œuvre. Elle suppose en effet, une application stricte du droit local et de son principe fondamental du partage équitable de l'eau disponible. Néanmoins, une telle proposition nécessite de connaître de façon précise, à l'échelle d'un bassin versant bénéficiant aux étangs qui y sont situés, la quantité d'eau disponible afin de la répartir équitablement.

Le principal écueil de cette proposition est le respect de l'équité dans un contexte environnemental contraint par la raréfaction de la ressource, qui suppose de mesurer le caractère équitable de son partage, et le principe qui le sous-tend. En effet, l'équité suppose un partage de la ressource en fonction des besoins de chacun, alors que l'égalité repose sur un partage quantitativement équivalent de la ressource disponible entre les usagers¹⁷⁵⁶. Autrement dit, il s'agit de savoir si les mêmes moyens doivent pouvoir être donnés à chaque propriétaire pour exploiter son bien, ou bien si la quantité d'eau dont ils bénéficient doit être équivalente. La première hypothèse peut reposer sur une autorégulation des propriétaires dans la mesure où ils peuvent limiter leur consommation à leurs besoins propres, alors que la

¹⁷⁵⁶ V. MICHELOT A. (dir.), *Équité et environnement, quel(s) modèle(s) de justice environnemental?*, Larcier 2012.

seconde semble nécessiter un arbitrage afin de garantir la répartition de la ressource, et de fixer des quotas dont chaque exploitant d'étang pourra bénéficier dans une perspective d'équivalence.

Toutefois, dans ce même esprit, il est possible d'envisager la possibilité, en application des principes de solidarité et d'équité, de répartir l'eau au moment de sa moindre disponibilité, en été principalement. En période de sécheresse, le propriétaire d'un étang correctement rempli devrait alors laisser s'écouler une partie de son eau, sans remettre en cause l'équilibre piscicole de son exploitation, afin de permettre aux propriétaires d'étangs en aval de bénéficier de l'eau et ainsi, de « sauver » leur production.

De façon plus pragmatique, cette perspective suppose donc que chacun des exploitants bénéficie d'une moindre ressource en, la quantité d'eau disponible diminuant, ce qui permet de laisser inchangé le nombre d'étangs. Cette situation pourrait avoir pour conséquence d'augmenter le risque de « vol d'eau », par le détournement d'un ouvrage notamment, afin de profiter d'une quantité d'eau plus importante. Néanmoins, ce risque ne suffit pas à écarter cette solution, puisqu'elle permet une mise en commun de la ressource fondée sur des quotas équivalents. L'instauration de tels quotas suppose qu'au sein de la ressource globale affectée à l'ensemble de la communauté puissent être identifiées des unités de ressource. Dès lors, la consommation de chaque unité de ressource amputerait la ressource globale profitant à l'ensemble des usagers. Cette hypothèse des plus individualistes peut être confrontée à une seconde, plus communautariste, et reposant sur une autre acception de la solidarité hydraulique.

b. L'exploitation collective des étangs les plus productifs

La seconde hypothèse serait de privilégier l'exploitation des étangs les plus productifs en abandonnant celle des étangs qui le sont moins, permettant ainsi de concentrer la ressource en eau afin d'optimiser son bénéfice. Une telle solution conduirait à organiser un partage, non plus de la ressource en eau, mais de la production issue de l'usage de la ressource. La contrepartie du sacrifice de certains étangs est l'acceptation de l'exploitation en commun d'un même bien.

L'exploitation collective d'une partie seulement des étangs en Dombes, du fait de la raréfaction de l'eau, aurait pour effet de diminuer le nombre d'étangs piscicoles mais d'en partager le bénéfice. Pour ce faire, il serait nécessaire de concentrer la ressource disponible en

quelques points seulement, afin de l'affecter à une exploitation au bénéfice de la communauté. Cette solution imposerait de sélectionner les étangs les plus productifs, en termes non seulement de pisciculture, mais également de chasse et de diversité biologique. Une telle sélection interroge quant à ses modalités. A cette fin, une large concertation peut être envisagée au sein de la communauté des propriétaires et exploitants, éclairée par des études et expertises détaillant le potentiel écologique, piscicole et cynégétique de chaque étang. L'adhésion à ce principe pourrait reposer sur un vote au sein de cette communauté dont chacun des membres s'engagerait à respecter le choix collectif. Dans ce cadre, se pose la question du sort des exploitants non propriétaires, qui seraient alors subordonnés à la décision du propriétaire. Le régime du bail rural peut faire l'objet de modalités culturelles imposées par le propriétaire bailleur, et ce dernier pourrait donc adhérer à cette solution collective d'exploitation tout en imposant ce nouveau mode d'exploitation au preneur à bail¹⁷⁵⁷.

Il s'agirait ainsi d'opérer une mise en commun des fruits issus de l'exploitation de la ressource en eau concentrée sur quelques étangs seulement, ce qui conduirait à opérer une modification de l'objet même du droit. En effet, le droit local changerait de perspective en prenant pour objet de partage collectif, non plus la ressource en eau, mais les revenus piscicoles des étangs restant en activité. Une telle hypothèse pourrait reposer sur un mécanisme de fiducie permettant de garantir la meilleure gestion possible des étangs exploités dans l'intérêt de l'ensemble des opérateurs qui attendent une rémunération après avoir « sacrifié » l'exploitation de leur propre bien au profit d'une production au bénéfice de la communauté.

Dans la perspective d'une mise en commun, peut également être envisagée une communautarisation, non plus de l'eau qui est nécessairement partagée à l'échelle de la Dombes et de chaque bassin versant, mais de l'étang en lui-même. Un certain nombre d'étangs en Dombes serait alors le support de communs que serait les fruits de ces étangs, dans la mesure où leur gestion serait organisée selon les règles locales également aussi selon les besoins des individus qui l'exploiteraient. Tout en restant appropriés, les étangs deviennent, dès lors, le support de la communauté organisé autour de la production piscicole.

En termes de gouvernance ce partage de l'exploitation et des fruits d'un bien foncier peut faire l'objet d'une « convention collective » dans laquelle chacun des propriétaires qui ayant abandonné leur droit d'usage de l'eau au profit de la communauté, accepterait de participer à

¹⁷⁵⁷ Sur le modèle des clauses environnementales pouvant être incluses dans le bail rural, v. Code rural et de la pêche maritime, art. L. 411-27.

l'exploitation commune. Cette convention devra alors fixer les modalités de répartition des fruits et donc procéder à l'évaluation de la quotité de fruits reçu par chacun des membres de la communauté d'exploitant de ou des étangs de façon proportionnelle au droit d'eau délaissé.

Cette hypothèse favorise indéniablement l'angle économique de la productivité des étangs, au détriment de leur richesse biologique, le seul objectif poursuivi étant alors d'assurer la pérennité de la filière piscicole en dépit de la raréfaction de la ressource en eau. L'étang producteur ne serait alors plus considéré que sous l'angle de la production piscicole au bénéfice du groupe, donnant une importance nouvelle à cette production, et lui donnant un intérêt supérieur à l'intérêt écologique. En outre, la sélection et le partage de l'exploitation des étangs les plus productifs du territoire interrogeraient quant à l'équilibre écologique global de la Dombes en cas d'abandon de la pisciculture sur un nombre relativement important d'étangs.

En tout état de cause, le partage d'une ressource devenue de plus en plus rare sera indéniablement la source de plus en plus de différends, de contentieux et de conflits d'usages et de voisinage. Néanmoins, les solutions proposées ont pour objet de fluidifier les relations entre propriétaires et exploitants afin de limiter le risque de différends dans un contexte nouveau de raréfaction de la ressource et donc des fruits qui peuvent être tirés de son exploitation.

Ces deux approches permettent de confronter deux visions radicalement différentes de l'exploitation d'une ressource, l'une individualiste, l'autre communautariste. L'individualisme conduit à la ruine face à l'indisponibilité de la ressource, mais la gouvernance d'un commun non approprié¹⁷⁵⁸ n'est pas non plus adéquate dans le cadre de l'exploitation communautaire d'un ou de plusieurs étangs. Mais une solution intermédiaire peut être intéressante dans le sens où les biens restent appropriés, de façon collective ou individuelle, mais les fruits en sont partagés. Cette « troisième voie » permet le maintien de la solidarité du groupe. Elle remet en perspective le concept de propriété dans une démarche similaire aux communs où la survie du groupe dépend de la capacité à s'affranchir de certains droits pour s'en voir attribuer d'autres dans la gestion collective de la ressource raréfiée. De ce point de vue, la solidarité des individus autour de l'exploitation d'une ressource est obligée dans le sens où leur regroupement se révèle nécessaire pour la pérennité des entreprises individuelles comme de la communauté. Ainsi que le résume Philippe Billet, « *la communauté est nécessaire pour*

¹⁷⁵⁸ VANUXEM S., Les choses saisies par la propriété. De la chose objet à la chose milieu, préc., p. 156.

*satisfaire les intérêts individuels, comme la communauté ne peut pas se passer de l'individu et de son investissement matériel »*¹⁷⁵⁹.

2. Les éventualités d'un retour aux pratiques abandonnées et privées d'usage

Face à la nécessité de limiter les atteintes liées aux pratiques humaines à l'environnement, l'ensemble du droit intègre désormais des objectifs et des indicateurs écologiques, favorisant un développement durable. Dans cette perspective, le droit rural oriente désormais les activités de production agricole vers l'objectif de « *participer au développement des territoires de façon équilibrée et durable* »¹⁷⁶⁰. De même, « *l'aménagement et le développement durable de l'espace rural constituent une priorité essentielle de l'aménagement du territoire* »¹⁷⁶¹. Les pratiques agricoles en général tendent à évoluer, sous l'influence de l'objectif de durabilité imposée aux politiques publiques en matière d'agriculture et d'aménagement rural. A ce titre, on remarquera le développement de la production agricole labellisée « agriculture biologique »¹⁷⁶², ainsi que de produits bénéficiant d'un signe de qualité entendue au sens large¹⁷⁶³. Cette tendance démontre notamment la revendication d'un retour à une agriculture qualifiée de « traditionnelle », locale et respectueuse de l'environnement.

C'est dans ce contexte que la nécessaire adaptation liée aux changements climatiques est susceptible de conduire à un retour de certaines anciennes pratiques locales, qui faisaient l'objet de droits d'usages spécifiques et qui ont peu à peu disparu avec l'intensification de la production agricole. Surtout, un tel retour serait de nature à faire évoluer le droit local actuel. Les usages d'aujourd'hui n'étant pas ceux d'hier, et encore moins ceux de demain. Ces pratiques qui étaient jusqu'à présent incluses dans les recueils d'usages, faisaient naître un certain nombre de droits et d'obligations pour les exploitants et propriétaires d'étangs. Il convient de mentionner à ce titre le droit de *brouillage* par exemple, dont la mise en œuvre créait des droits pour les exploitants d'étangs et les titulaires de l'assec, ainsi que des contraintes pour les propriétaires d'étangs et titulaires de l'évolage. Le brouillage est une

¹⁷⁵⁹ BILLET Ph., Le droit de l'eau au défi de la gravité, préc., p. 334.

¹⁷⁶⁰ Code rural et de la pêche maritime, art. L. 1.

¹⁷⁶¹ Code rural et de la pêche maritime, art. L. 111-1.

¹⁷⁶² THEIL G., Le label AB, dispositif de promesse ou de jugement ?, *Nature Sciences Sociétés* 2013, n° 2, p. 113.

¹⁷⁶³ V. les développements portant sur la contractualisation d'une agriculture de qualité, supra, Partie I – Titre 2 – Chapitre 2.

pratique qui consistait à faire paître le bétail à proximité directe des étangs, et qui a périclité avec le droit qui l'accompagnait.

En effet, l'adaptation des pratiques agricoles aux enjeux environnementaux impose désormais de nouveaux modes de production fondés sur une agriculture durable et extensive. Cela peut entraîner un regain d'intérêt pour la polyculture, et notamment le retour de l'élevage bovin en Dombes. Le retour de cette pratique nécessiterait une généralisation à l'échelle de la Dombes des étangs afin de reconstituer un usage juridique qui, n'ayant plus été mis en œuvre, a disparu de la coutume.

On a pu constater les causes supposées ou, en tout cas les corrélations, entourant l'abandon de certaines pratiques et, donc de certains usages locaux. Les défis imposés par les perturbations climatiques pourraient avoir pour effet d'inciter à un retour aux pratiques traditionnelles aux faibles impacts environnementaux. Ainsi, le retour sur le passé permet de s'adapter aux impératifs contemporains. Ces évolutions pourraient en effet conduire au retour aux exploitations en polyculture, au retour du bétail dans la région et donc potentiellement au droit de brouillage par exemple. Ce retour se ferait « naturellement », mais ne laisserait pas d'interroger quant à l'encadrement juridique de cette pratique, puisqu'un retour à la nature juridique de coutume imposerait de remplir effectivement les critères de cette source de droit. Certains de ces usages ont été délaissés, et leur reviviscence imposerait une évolution de la coutume, de la même manière que leur abandon avait imposé une pareille évolution. Dès lors, le retour au statut d'usage, au sens de source de droit, nécessiterait de constater la généralisation dans le temps et dans l'espace d'une telle pratique, conduisant ainsi à une révolution de la coutume.

Section 2. Un équilibre naturel perturbé par l'application du droit positif de l'environnement

L'équilibre entre naturalité et anthropisme réside dans le caractère multifonctionnel de certains écosystèmes aux dynamiques biologiques particulièrement riches et qui méritent à ce titre d'être identifiés et protégés par le droit de l'environnement. Ils sont le siège d'activités humaines nécessaires à tout un territoire rural mais sont également le terreau fécond d'une biodiversité remarquable. L'étude des relations entre droit de l'environnement et droit local permet d'envisager le dépassement de l'opposition entre naturel et artificiel en consacrant des

espaces multifonctionnels (en dépassant le seul zonage de protection naturelle d'un côté et l'absence totale de protection de l'autre). L'équilibre entre la gestion écologique des milieux aquatiques et la continuité des pratiques traditionnelles semble difficile à obtenir, à l'heure où le droit de l'environnement voit son arsenal législatif et réglementaire renforcé pour mieux protéger des milieux particulièrement fragiles. Ainsi, des précisions législatives sont intervenues, concernant la qualification juridique d'éléments emblématiques qui façonnent la Dombes et ses paysages (I). En outre, la qualification juridique de certaines espèces animales et végétales présentes dans cette région est susceptible de perturber la perpétuation des pratiques locales, dès lors que ces espèces peuvent avoir un impact sur les activités piscicoles, confrontant les pratiques et le droit local à la régulation juridique de ces espèces (II).

I. Les usages confrontés à la qualification des espaces naturels et des milieux en droit de l'environnement contemporain

L'appréhension des milieux naturels par le droit local est confrontée à la qualification juridique des objets du droit de l'environnement, et notamment du statut juridique des objets du droit de l'eau. Le cas de la Dombes est particulièrement intéressant dès lors que ses paysages et ses milieux, d'essence artificielle, sont aujourd'hui considérés comme des espaces naturels fragiles qu'il est nécessaire de préserver. Cette approche nécessite d'envisager la qualification juridique de ces milieux aquatiques (A), avant d'analyser la façon dont le droit commun de l'environnement en a permis la protection (B).

A. *Le régime juridique des milieux aquatiques dombistes en débat*

La consécration de la propriété privée et son régime juridique ont un rôle prédominant dans la régulation des usages de l'eau. Pour autant, la recherche d'une gestion durable et équilibrée de la ressource ne peut se départir de la recherche d'une protection corrélative des milieux aquatiques. Le droit de l'eau et le droit de l'environnement ne se contentent ainsi pas seulement de considérer la ressource en tant qu'élément isolé, mais considèrent également ces milieux dans une perspective écosystémique. Dès lors, les qualifications juridiques des ouvrages hydrauliques locaux interrogent quant à leur régime juridique en droit commun de l'environnement. Ces interrogations sont prégnantes en ce qui concerne la qualification des fossés et cours d'eau d'une part (1), et des zones humides d'autre part (2).

1. La qualification de la circulation de l'eau en Dombes

Les étangs et autres canaux dans lesquels s'écoule l'eau sont artificiels, ayant été créés de la main de l'homme et ayant pour objet de permettre les activités humaines. Nonobstant son origine artificielle, l'étang n'en constitue pas moins un milieu naturel support de diversité biologique. L'application du droit de l'environnement contribue à l'analyse de la frontière qui existe entre le naturel et l'artificiel, s'agissant notamment de la qualification juridique des cours d'eau(a), ce qui permet de la différencier des fossés(b).

a. La stabilisation de la notion juridique de cours d'eau

Le droit de l'environnement est une science de la qualification, et à ce titre identifie un ensemble de catégories juridiques permettant de définir les objets de la protection qu'il leur accorde. On notera une tendance à élargir le champ des objets naturels entrant dans des catégories juridiques afin de leur attribuer une protection au titre du droit de l'environnement. La définition juridique des cours d'eau est symptomatique des débats dans ce cadre, entre les tenants d'une protection élargie de l'environnement, et ceux de la préservation de pratiques agricoles qui ne sauraient être entravées par les contraintes de la réglementation environnementale. D'une part, certains acteurs tendent à qualifier l'ensemble des écoulements d'eau de cours d'eau en raison de leur potentiel écologique, alors que le monde agricole y voit de simples fossés, permettant ainsi de s'affranchir de toute contrainte administrative dans le cadre de leur exploitation. De fait, la notion de cours d'eau est fondamentale en droit de l'environnement et constitue la pierre angulaire de certaines réglementations, du régime de propriété et la nomenclature dite des « IOTA ». Elle est même le fondement d'une infraction pénale¹⁷⁶⁴. Le droit ne peut donc se départir d'une définition précise et pragmatique de cette notion. De la même manière que la distinction des eaux libres et des eaux closes, la question de la définition juridique du cours d'eau a longtemps occupé les juridictions, la doctrine, ainsi que les praticiens du droit. La jurisprudence a fini par se stabiliser¹⁷⁶⁵ en 2011 lorsque le Conseil d'Etat a clairement énoncé que « *constitue un cours d'eau un écoulement d'eaux*

¹⁷⁶⁴ Le délit de pollution des eaux est réprimé par l'article L. 216-6 du Code de l'environnement.

¹⁷⁶⁵ Sur les balbutiements de la jurisprudence à dégager une définition des cours d'eau, voir le commentaire sous l'arrêt cité ci-après in BILLET Ph. et NAIM-GESBERT E. (Dir.), *Les grands arrêts du droit de l'environnement*, Dalloz, 2017, p. 312, comm. J.-M. Février.

courantes dans un lit naturel à l'origine, alimenté par une source et présentant un débit suffisant la majeure partie de l'année »¹⁷⁶⁶, ce qui a permis d'identifier juridiquement les écoulements d'eau soumis à autorisation au titre de la police administrative de l'eau¹⁷⁶⁷. A la suite de cette jurisprudence, une circulaire est adoptée afin de préciser cette définition.

Dans un objectif de meilleure gestion et de meilleure prise en compte des milieux aquatiques dans la planification urbanistique et écologique, la loi sur la reconquête de la biodiversité de 2016¹⁷⁶⁸ consacre la jurisprudence du Conseil d'Etat, et définit les cours d'eau comme « *un écoulement d'eaux courantes dans un lit naturel à l'origine, alimenté par une source et présentant un débit suffisant la majeure partie de l'année* »¹⁷⁶⁹. L'article L. 215-7-1 du Code de l'environnement inscrit donc désormais clairement dans la loi ce qu'il convient de considérer comme un cours d'eau et semble clore les nombreux débats qui ont pu agiter la doctrine, les juridictions et les acteurs locaux depuis les années 1980¹⁷⁷⁰.

Cette qualification soulève, en Dombes, la question de la qualification juridique des fossés d'une part, et de leur statut d'eau close d'autre part. En effet, reconnaître le statut de cours d'eau à ces fossés, et par incidence d'eau libre, aurait pour conséquence d'empêcher l'activité piscicole qui nécessite que soit préservé le statut d'eaux closes, afin de s'extraire du régime de la pêche. Dès 2015, et donc en mobilisant la définition retenue par le Conseil d'Etat, la Ministre de l'Environnement a adressé une instruction à ses services afin de commander la cartographie des cours d'eau sur l'ensemble du territoire national¹⁷⁷¹. D'un point de vue sociologique, il est intéressant de voir que la cartographie des cours d'eau actuellement en cours de réalisation cristallise bon nombre de craintes de la part des acteurs locaux, propriétaires et exploitants d'étangs. En effet, la première cartographie établie au cours de l'année 2015 est particulière dans le département de l'Ain et plus particulièrement sur le plateau de la Dombes puisqu'il fait apparaître trois types d'écoulements d'eau : les « *cours d'eau expertisés* », les « *non cours d'eau* », ainsi que des « *cours d'eau par défaut* ». Il s'agit là d'écoulements d'eau non expertisés sur lesquels on applique donc « par défaut », la

¹⁷⁶⁶ CE, 21 oct. 2011, *Ministre de l'Ecologie c/ EARL Cintrat*, n° 334322, *Gaz. Pal.* 4 avr. 2012, note X. Larrouy-Castera ; *RD. rur.* 2012, n° 20, note J.-M. Février ; *Envir.* 2012, n° 2, note P. Trouilly.

¹⁷⁶⁷ V. *AJDA* 2011, p. 2038.

¹⁷⁶⁸ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, JORF n°0184 du 9 août 2016.

¹⁷⁶⁹ Article L. 215-7-1 du Code de l'environnement.

¹⁷⁷⁰ La question de la nature juridique des cours d'eau est intimement liée à la distinction entre eaux closes et eaux courantes, laquelle distinction, fondée sur la circulation de l'eau, permet l'application ou non de la législation sur la pêche.

¹⁷⁷¹ Instruction du 3 juin 2015, BO MEDD 2015-11 du 25 juin 2015.

réglementation découlant de la loi sur l'eau, dans l'attente de trancher définitivement s'il s'agit d'un cours d'eau au sens de la définition jurisprudentielle. En effet, cet exercice de cartographie n'est pas complet, et fait d'ailleurs l'objet d'une notice méthodologique détaillée¹⁷⁷². Dans la perspective de son achèvement, il est enjoint à chaque propriétaire qui entend effectuer des travaux sur un écoulement d'eau, d'adresser à la Direction départementale des territoires (DDT) de l'Ain une demande d'expertise afin de trancher quant à son statut et donc, au régime juridique auquel il est soumis¹⁷⁷³. Cette demande d'expertise concerne tout particulièrement les propriétaires souhaitant entreprendre des travaux sur ce qui est actuellement considéré comme un « cours d'eau par défaut ». Si certains propriétaires fustigent le « *passage en force de l'Etat* »¹⁷⁷⁴, il n'en demeure pas moins que ce statut temporaire est pour eux l'occasion de faire trancher définitivement la qualification de ce que les uns nomment « fossés » et les autres « ruisseaux ». Cette incertitude, avant l'intervention de l'Etat, remet en cause la sécurité juridique des propriétaires et exploitants d'étangs, au regard de la connaissance des droits dont ils disposent sur les ouvrages. Cette cartographie fait donc encore débat aujourd'hui sur le territoire de la Dombes, les propriétaires et exploitants d'étangs craignant de se voir imposer l'application de la loi sur l'eau sur des écoulements d'eau qu'ils considèrent comme « eaux closes privées »¹⁷⁷⁵.

b. La qualification rigoureuse des écoulements temporaires d'eau en Dombes

Le droit coutumier applicable en Dombes semble particulièrement ambigu pour le juriste environnementaliste contemporain. En effet, il le place face à un objet juridique difficile à cerner mais qui représente un enjeu pratique indéniable : le fossé. Une confusion est entretenue par la dénomination locale des ouvrages d'alimentation et de vidange des étangs au sein de la coutume écrite. Tantôt appelés « fossés », « rivières », « ruisseau ». Les écoulements d'eau qui parcourent le territoire de la Dombes doivent donc trouver une assise juridique plus solide.

Les documents historiques invoqués par les requérants, constituent généralement des éléments précieux pour aider les juridictions à arrêter leurs décisions et établir leur

¹⁷⁷² Cartographie en cours, consultable en ligne.

¹⁷⁷³ <http://www.ain.gouv.fr/IMG/pdf/Annexe2FicheNavetteIdentificationCoursEauAin.pdf>

¹⁷⁷⁴ Expression employée par un propriétaire au cours d'un entretien libre mené le 6 juin 2016.

¹⁷⁷⁵ L'expression a été utilisée par un propriétaire au cours d'un entretien libre, janvier 2016.

jurisprudence sur des fondements cohérents. Il est en ainsi de la cartographie en général et de la Carte de Cassini en particulier. Cette dernière, dressée sur ordre royal au cours du XVIII^{ème} siècle, est le premier document du genre, établissant une cartographie de l'ensemble du royaume. A ce titre, elle constitue un outil déterminant pour identifier l'existence de fossés et cours d'eau¹⁷⁷⁶. Cette carte constitue également un moyen de démonstration de l'existence d'un droit fondé en titre. Elle est utilisée par les juridictions pour l'identification de cours d'eau dans la mesure où elle les retranscrit en partie. Si elle représente un élément nécessaire à cette identification, elle n'est pour autant pas indispensable puisqu'elle ne constitue qu'un élément parmi d'autre au sein d'un faisceau d'indices permettant d'établir l'existence ou non d'un cours d'eau. La jurisprudence administrative notamment énonce de façon régulière que *« sont regardées comme fondées en titre ou ayant une existence légale les prises d'eau sur des cours d'eaux non domaniaux qui, soit ont fait l'objet d'une aliénation comme bien national, soit sont établies en vertu d'un acte antérieur à l'abolition des droits féodaux ; qu'une prise d'eau est présumée établie en vertu d'un acte antérieur à l'abolition des droits féodaux dès lors qu'est prouvée son existence matérielle avant cette date »*¹⁷⁷⁷. Le Conseil d'Etat, à propos d'un droit fondé en titre sur la prise d'eau d'un moulin s'appuie alors sur tous les moyens à sa disposition et produits par les parties pour trancher sur l'existence d'un tel droit. Ce faisant, il résulte de la *« comparaison entre l'extrait pertinent de la carte de Cassini et les cartes actuelles, qui fait apparaître une localisation identique, qu'il s'agit bien du même moulin »*¹⁷⁷⁸. Ce raisonnement permet d'expliquer la présence récurrente de mentions de la Carte de Cassini dans les jurisprudences tant administratives que judiciaires, le contentieux des droits d'usage sur les prises d'eau alimentant les moulins représentant une majorité de ces décisions. Si la Carte de Cassini constitue ainsi un élément précieux pour la démonstration de la présence d'un ouvrage sur une longue durée, elle n'est pourtant pas toujours suffisante, notamment lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'un débit suffisant ouvrant la voie à la reconnaissance d'un droit fondé en titre¹⁷⁷⁹, ou plus généralement de l'existence d'un cours d'eau¹⁷⁸⁰. En tout état de cause, la reconnaissance d'un droit fondé en titre est soumise à l'appréciation des juges du fond en fonction des éléments qui leur sont présentés par les parties et de la réglementation localement applicable¹⁷⁸¹. En ce qui concerne plus précisément

¹⁷⁷⁶ V. par exemple CA Limoges, ch. civ., 5 novembre 2015, n° 14/00459.

¹⁷⁷⁷ CE, 16 janvier 2006, n° 263010.

¹⁷⁷⁸ Même arrêt.

¹⁷⁷⁹ GAUCHE S., Le juge administratif et la survivance du droit féodal : l'exemple des moulins, *AJDA* 2009, p. 1141.

¹⁷⁸⁰ Cass. crim., 31 mai 2016, n° 15-81872.

¹⁷⁸¹ TA Strasbourg, 19 octobre 2011, *Mme Werner et M. Werner*, n° 080229 ; *RJE* 2013, n° 1, p. 119, chron.

les eaux courantes, cette cartographie se révèle également déterminante, notamment pour établir l'existence d'un « lit naturel à l'origine ». Associée aux observations, relevés, études, rapports ou procès-verbaux, établis par les services « eau et milieux aquatiques » de l'Agence française pour la biodiversité¹⁷⁸² notamment, cette cartographie participe de la démonstration l'existence d'un cours d'eau¹⁷⁸³.

La Carte de Cassini a été peu à peu remplacée par la Carte dite « d'Etat-major » du fait de son usage militaire, dont les premières feuilles furent publiées à partir de 1833. Cette cartographie participe elle aussi de l'identification possible d'un cours d'eau. La Dombes et ses étangs sont représentés sur ces deux travaux cartographiques, tout comme les autres régions d'étangs à l'image de la Brenne. En ce qui concerne la Dombes toutefois, il existe diverses cartes particulières établies au cours du XIX^{ème} siècle et qui permettent de rendre compte du nombre d'étangs, de leur emplacement et de la présence de fossés les reliant. Ces cartes ont été dressées au milieu du siècle et publiées en 1841 pour l'une, et en 1857 pour l'autre. Elles constituent toutes deux des indices de la présence de cours, mais également des fossés en Dombes. Cette dernière carte a été réalisée après la création en 1853 d'un service hydraulique spécial de la Dombes », dont l'objet a été de « *rendre visible un système hydraulique d'ensemble et régional ; offrir une base commune de référence et de connaissance ; constituer un outil pour un aménagement concerté qui soit mobilisable par les propriétaires désireux d'assécher, de drainer ou d'améliorer la circulation de l'eau* »¹⁷⁸⁴. La carte qui résulte de ces travaux est alors sans nul doute la plus intéressante. En effet, elle révèle non seulement la présence mais également le sens d'écoulement des fossés d'alimentation et de vidange des étangs. Constituant aujourd'hui un outil précieux pour l'arbitrage des litiges entre propriétaires et/ou exploitants d'étangs, ainsi que pour la gestion des ouvrages ou plus globalement de l'organisation hydrographique d'une chaîne voire d'un bassin versant, cette carte n'avait pourtant originellement pas cette destination. En effet, elle a été dressée afin de « *préparer l'assèchement des étangs et l'assainissement de cette région* »¹⁷⁸⁵. Quel que fut l'objectif des commanditaires de cette carte aussi spécifique que précise, son intérêt est considérable par rapport aux cartographies précédentes sur lesquelles l'on constatait, en Brenne comme en Dombes, l'absence d'indication quant au sens et au débit des fossés reliant les étangs. Si l'on reconnaît la précision des ouvrages représentés,

Sironneau.

¹⁷⁸² Anciennement Office national de l'eau et des milieux aquatiques (ONEMA).

¹⁷⁸³ CAA Lyon, 11 mai 2017, n° 15LY00256.

¹⁷⁸⁴ MANCERON V., L'eau des étangs : gaz ou fluide, art. préc.

¹⁷⁸⁵ SOCIETE D'EMULATION DE L'AIN, *Annales de la Société d'émulation, agriculture, lettres et arts de l'Ain*, 1894, 1^{er} Cahier, Tome XXVII, p. 393.

démontrant l'intégration de l'ensemble des étangs dans un réseau global et cohérent, d'aucuns regrettent que l'on ne puisse distinguer, à la lecture de la Carte de Cassini, ni d'où vient ni où se jette l'eau¹⁷⁸⁶. Toutefois, ces cartographies font apparaître la Dombes comme un vaste espace organisé par les ouvrages hydrauliques et la circulation de la ressource en eau qui y est partout présente : au sein des ouvrages, mais également dans les milieux dans lesquels ils s'insèrent, permettant de leur attribuer la qualification de zone humide.

2. La qualification de zone humide en Dombes

D'après le code de l'environnement, « on entend par zone humide les terrains, exploités ou non, habituellement inondés ou gorgés d'eau douce, salée ou saumâtre de façon permanente ou temporaire ; la végétation, quand elle existe, y est dominée par des plantes hygrophiles pendant au moins une partie de l'année »¹⁷⁸⁷. Cette définition a été interprétée de façon restrictive par le Conseil d'Etat qui déduit de ces dispositions « qu'une zone humide ne peut être caractérisée, lorsque de la végétation y existe, que par la présence simultanée de sols habituellement inondés ou gorgés d'eau et, pendant au moins une partie de l'année, de plantes hygrophiles »¹⁷⁸⁸. Malgré la persistance des caractéristiques pédologiques des étangs, leur exploitation agricole pendant une année sur trois¹⁷⁸⁹, interroge quant à la pérennité du statut de zone humide. La temporalité joue là encore un rôle déterminant. Si la pérennité de la qualité d'étang est acquise, rien n'est moins sûr en revanche, quant à celle de zone humide. En l'état actuel de la définition des zones humides, c'est la présence de l'eau sur le sol qui fait le statut et, c'est la présence de cette eau qui induit la protection inhérente à la zone qu'elle recouvre et qu'elle permet de qualifier de zone humide. Le déplacement physique de l'eau de fonds à fonds emporte avec lui la qualification des fonds qu'elle recouvre.

Cependant, si en s'écoulant, l'eau fait perdre son caractère de zone humide à l'étang vidangé et, en alimentant un autre étang, elle lui transmet son statut protecteur. De ce point de vue, la mise en assec revient à provoquer l'assèchement d'une zone humide.

La présence de l'eau n'est pas le seul critère permettant de qualifier une zone humide, le critère de la présence de végétation hygrophile est déterminant, d'autant plus que le Conseil

¹⁷⁸⁶ BEDOUCHE G., *Les liens de l'eau*, préc., p. 328.

¹⁷⁸⁷ Article L. 211-1 du Code de l'environnement.

¹⁷⁸⁸ CE, 22 fév. 2017, n° 386325, *AJDA* 2017. 442 ; SANTONI L., La définition des zones humides asséchée par le Conseil d'Etat, *Urbanisme et Construction* 2017, n° 4, comm. 50 ; *Dr. envir.* 2017. 225, note Cizel.

¹⁷⁸⁹ L'assolement est susceptible de varier en fonction des pratiques de chaque exploitant, de 3 à 4 ans d'évolage pour une à deux années d'assec.

d'Etat en a fait un critère cumulatif à celui de l'eau¹⁷⁹⁰. Les étangs de Dombes sont bel et bien des terrains inondés de façon au moins temporaire dont la végétation est dominée par des plantes et arbustes qui s'épanouissent en milieu humide. La composition du sol de la Dombes et l'omniprésence de roselières et autres plantes aquatiques à leurs abords permettent de reconnaître dans la Dombes des étangs, une zone humide particulière. D'ailleurs, le Schéma Directeur d'Aménagement et de Gestion des Eaux Rhône-Méditerranée applicable de 2010 à 2015 identifiait explicitement le territoire de la Dombes comme une vaste zone humide à préserver. L'attribution de ce statut à un étang peut être surprenante au regard de la nature écologique de cet objet. En effet, l'étang ne constitue un plan d'eau qu'une partie de l'année et, c'est à ce titre qu'il doit être considéré comme un milieu aquatique. Cependant, le sol de l'étang dombiste est recouvert d'eau de façon alternative.

Pour autant, même lorsqu'il est en assec, l'étang peut être considéré comme une zone humide. En effet, la définition juridique de la zone humide n'interdit pas que le terrain considéré ne soit pas recouvert d'eau. En outre, l'appréhension de la Dombes par la planification de la gestion de l'eau tend à reconnaître le caractère de zone humide à l'ensemble de l'espace dombiste, indépendamment de la qualification individuelle de tel ou tel étang.

Les étangs sont des objets difficiles à cerner en droit ; tant en ce qui concerne leur qualité d'étang que leur qualité de zone humide. De fait, les zones humides font l'objet d'une appréhension plurielle par le droit. En effet, le droit international a été le premier à les définir avec l'adoption de la Convention de Ramsar en 1971¹⁷⁹¹. Les zones humides sont alors définies comme « *des étendues de marais, de fagnes, de tourbières ou d'eaux naturelles ou artificielles, permanentes ou temporaires, où l'eau est stagnante ou courante, douce, saumâtre ou salée, y compris des étendues d'eau marine dont la profondeur à marée basse n'excède pas six mètres* ». La portée de cette définition est renforcée par son interprétation juridictionnelle. La Cour internationale de Justice a réaffirmé que « *grâce à l'interaction de ses composantes physiques, biologiques et chimiques, une zone humide remplit de nombreuses fonctions vitales, notamment en favorisant la richesse de la biodiversité, en exerçant une action régulatrice sur le régime des eaux et en jouant le rôle de puits à sédiments et à polluants* »¹⁷⁹². La réalisation de ces fonctions vitales justifie que la justice internationale voit

¹⁷⁹⁰ Le critère de plantes hygrophiles n'intervient que dans le cas où le terrain considéré est occupé par de la végétation.

¹⁷⁹¹ Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau signée à Ramsar, le 2 février 1971.

¹⁷⁹² CIJ, 2 février 2018, *Costa Rica c/ Nicaragua*, n° 157 et 165, R.J.E. 2018, n° 3, p. 615, note Masoumi ; JCP

dans l'atteinte à ces zones, un « préjudice écologique pur » susceptible de faire l'objet d'une réparation¹⁷⁹³.

La définition des zones humides donnée par le Code de l'environnement est complétée par des critères d'identification prévu par le code qui dispose : « *Les critères à retenir pour la définition des zones humides mentionnées au 1° du I de l'article L. 211-1 sont relatifs à la morphologie des sols liée à la présence prolongée d'eau d'origine naturelle et à la présence éventuelle de plantes hygrophiles. Celles-ci sont définies à partir de listes établies par région biogéographique. En l'absence de végétation hygrophile, la morphologie des sols suffit à définir une zone humide* »¹⁷⁹⁴. En application de ce dispositif, la méthodologie d'identification de ces critères dégagée par les arrêtés de 2008 et 2009¹⁷⁹⁵, qui permet en pratique d'identifier une zone humide donne donc une interprétation de la loi qui facilite une telle identification. En outre, une circulaire d'application de ces arrêtés a réaffirmé en 2010 que « *la vérification de l'un des critères relatifs aux sols ou à la végétation suffit pour statuer sur la nature humide de la zone. Le choix d'utiliser initialement l'un ou l'autre de ces critères dépendra des données et des capacités disponibles, ainsi que du contexte de -terrain* »¹⁷⁹⁶. Néanmoins, le caractère alternatif était susceptible d'entraîner un risque quant à la sécurité juridique des propriétaires fonciers et autres pétitionnaires. La clarification opérée par le Conseil d'Etat en ce qui concerne la définition des zones humides était à la fois souhaitable et discutable¹⁷⁹⁷. Puisant au cœur des débats parlementaires précédant l'adoption de la loi du 3 janvier 1992, le Conseil d'Etat énonça de façon intransigeante : « *qu'une zone humide ne peut être caractérisée, lorsque de la végétation y existe, que par la présence simultanée de sols habituellement inondés ou gorgés d'eau et, pendant au moins une partie de l'année, de plantes hygrophiles* »¹⁷⁹⁸. Cette décision apporte une importante précision sur la mise en œuvre de cette définition avec son double critère, et dont les implications pratiques interrogent. S'il est peu probable d'observer un recul de l'inventaire des zones humides, l'identification de ces dernières est fortement compliquée par une double expertise : pédologique et floristique. Une

G 2018, n° 9-10, 238, note Billet.

¹⁷⁹³ BILLET Ph., Les valeurs de l'environnement : discours sur la méthode en droit international, *JCP G* 2018, n° 9-10, 238.

¹⁷⁹⁴ Code de l'environnement, R. 211-108.

¹⁷⁹⁵ Arrêté du 24 juin 2008 précisant les critères de définition et de délimitation des zones humides en application des articles L. 214-7-1 et R. 211-108 du code de l'environnement, *JORF* du 9 juill. 2008, p. 11015, et Arrêté du 1er octobre 2009 modifiant l'arrêté du 24 juin 2008 précisant les critères de définition et de délimitation des zones humides en application des articles L. 214-7-1 et R. 211-108 du code de l'environnement, *JORF* du 24 nov. 2009, p. 20137.

¹⁷⁹⁶ Circulaire du 18 janvier 2010, Délimitation des zones humides en application des articles L. 214-7-1 et R. 211-108 du code de l'environnement, *BO min. Ecologie* 10 février 2010, n° 2.

¹⁷⁹⁷ DEFFAIRI M., Retour aux sources de la définition des zones humides, *AJDA* 2017, p. 1460.

¹⁷⁹⁸ CE, 22 février 2017, *M. Claude B.*, n° 386325, *AJDA* 2017, p. 1460.

source d'insécurité juridique pourrait résulter de la mise en œuvre de cette définition restrictive sur des terrains bénéficiant d'une protection dans le sens de nouvelles atteintes à ces milieux pourraient être autorisées du fait de la disparition de l'exigence d'une autorisation administrative préalable au titre de la législation sur l'eau. Ainsi, des rubriques de la nomenclature dite « IOTA » ne trouveraient plus à s'appliquer sur des terrains qui se trouvaient auparavant préservés. Dès lors, les travaux liés à l'exploitation des étangs et qui nécessitent un remblai de zone humide ne seraient plus soumis au régime de la police administrative si la zone en question ne remplit qu'un des critères de la qualification.

Si l'on considère les étangs et leurs abords comme des zones humides, celles-ci pourraient par ailleurs faire l'objet d'une protection juridique supplémentaire. En effet, elles pourraient être classées par l'autorité administrative comme des « zones humides d'intérêt environnemental particulier dont le maintien ou la restauration présente un intérêt pour la gestion intégrée du bassin versant, ou une valeur touristique, écologique, paysagère ou cynégétique particulière »¹⁷⁹⁹. Ces zones ainsi délimitées peuvent alors faire l'objet d'un programme d'action visant à les « restaurer, préserver, gérer et mettre en valeur de façon durable »¹⁸⁰⁰. La partie réglementaire du Code rural et de la pêche maritime encadre la délimitation de ces zones qui est effectuée par le préfet, après qu'il ait recueilli l'avis notamment de « la commission départementale de la nature, des paysages et des sites et les collectivités territoriales intéressées ainsi que les groupements de propriétaires et d'exploitants, les associations agréées de protection de la nature, les fédérations de pêcheurs et de chasseurs dont le préfet souhaite recueillir l'avis et qui figurent sur une liste arrêtée par lui »¹⁸⁰¹. La présence de ces milieux aquatiques et l'affirmation de leur statut juridique en droit de l'environnement permettent de diffuser à l'ensemble de l'espace dombiste la protection juridique dont il bénéficie. En effet, la présence caractéristique de zones humides et la reconnaissance de leur multifonctionnalité sont susceptibles d'entraîner une protection accrue par la mobilisation de mécanismes réglementaires.

B. L'identification d'espaces naturels à préserver en Dombes

La reconnaissance des milieux naturels de la Dombes comme un écosystème naturel à préserver permet leur protection par le droit de l'environnement. Ainsi la Dombes inscrite au

¹⁷⁹⁹ Code de l'environnement, art. L. 211-3 I 4°.

¹⁸⁰⁰ *Idem.*

¹⁸⁰¹ Code rural et de la pêche maritime, art. R. 114-3.

réseau et classée Natura 2000 puisqu'elle est reconnue comme à la fois une zone spéciale de conservation¹⁸⁰², et une zone de protection spéciale¹⁸⁰³, et est classée en ZNIEFF de types I et II¹⁸⁰⁴, permettant un inventaire du patrimoine naturel local. La richesse de ce patrimoine ainsi constatée permet l'identification d'un réservoir de biodiversité fragile (1) qui nécessite la mise en œuvre des protections susmentionnées (2).

1. Un réservoir de biodiversité à l'équilibre fragile

La Dombes est aujourd'hui considérée comme un vaste espace multifonctionnel doté d'une importante dimension naturelle. Bien que cette région ait été aménagée de la main de l'homme, il n'en recèle pas moins d'innombrables espèces et espaces remarquables du point de vue écosystémique. Le dualisme opposant le naturel à l'artificiel se révèle particulièrement inadapté et inopérant pour caractériser la Dombes¹⁸⁰⁵. A l'aune de cet éclairage, la Dombes est considérée comme un réservoir de biodiversité, notamment dans le contexte de la mise en œuvre du schéma régional de cohérence écologique (SRCE) de la région Rhône-Alpes. Ce dernier a été élaboré à partir de la connaissance des milieux qui composent la région. Il a permis d'établir un inventaire des espaces naturels (a), et ainsi contribué à faire de ces espaces, un objet de protection du droit de l'environnement (b).

a. L'inventaire d'un ensemble d'espaces naturels fragiles

La mise en œuvre des mécanismes de protection reposent sur l'identification préalable de ses composantes, de leurs intérêts écologiques et de leurs fragilités. Dès lors, la réalisation ou la mise en œuvre du droit de l'environnement nécessite de recourir à l'outil de l'inventaire, cette notion désignant toute à la fois l'action d'énumérer des éléments au sein d'un ensemble, que le résultat de cette opération¹⁸⁰⁶. Ces inventaires ont une nature juridique variable. Le Code de l'environnement nous parle désormais de « l'inventaire du patrimoine naturel »

¹⁸⁰² Site Natura 2000, Zone spéciale de conservation et Site d'importance communautaire n° FR8201635, *La Dombes*, désigné par arrêté du 28 novembre 2008.

¹⁸⁰³ Site Natura 2000, Zone de protection spéciale n° FR8212016, *La Dombes*, désigné par arrêté du 12 avril 2006.

¹⁸⁰⁴ ZNIEFF n° 820003786, *Ensemble formé par la Dombes des étangs et sa bordure orientale forestière*.

¹⁸⁰⁵ Les objets environnementaux sont considérés par certains philosophes comme des objets hybrides à propos desquels la recherche d'un partage entre le naturel et artificiel semble vain (V. not., LATOUR B., *Nous n'avons jamais été modernes*, Ed. La Découverte, 1991). Aujourd'hui, établir une distinction claire entre naturel et artificiel relève de la gageure et ne présente pas de véritable utilité philosophique (LARRERE C. et LARRERE R., *Penser et agir avec la nature*, Ed. La découverte, 2015, p. 153).

¹⁸⁰⁶ FONBAUSTIER L., « Inventorier en droit de l'environnement : inventaire dans un pré vert », in BILLET Ph. (Dir.), *Mélanges Untermaier préc.*, p. 179.

entendu comme « *l'inventaire des richesses écologiques, faunistiques, floristiques, géologiques, pédologiques, minéralogiques et paléontologiques* »¹⁸⁰⁷, et dont l'Etat assure la conception, l'animation et l'évaluation. Ce dispositif remplace dans la loi¹⁸⁰⁸, les inventaires locaux, ainsi que les inventaires constitués par les zones naturelles d'intérêt écologique, faunistique et floristique (ZNIEFF)¹⁸⁰⁹, dont l'utilité est « *certes aléatoire et plurielle, mais, ils vont notamment servir de base ou de fondement à l'établissement d'opérations de zonages, de délimitation, et faire office de soubassement partiel à un certain nombre d'actes juridiques* »¹⁸¹⁰. Les inventaires du patrimoine naturel réalisés à l'initiative de l'Etat peuvent également être complétés d'inventaires locaux et sectoriels conçus par les collectivités territoriales ou leurs groupements dans le cadre de la mise en œuvre de politiques publiques d'aménagement par exemple, mais également par des associations afin d'apporter une aide à la décision publique en matière d'environnement. Les zones humides¹⁸¹¹, les pelouses calcaires¹⁸¹² ou les pelouses sèches¹⁸¹³ peuvent à ce titre être répertoriés. En outre, les propriétaires fonciers privés participent également à la connaissance des milieux naturels, soit à travers leurs propres observations venant enrichir la documentation disponible, soit en laissant accès à leur propriété afin de récolter les informations nécessaires à ces inventaires¹⁸¹⁴. Ces inventaires constituent ainsi le socle scientifique d'actes juridique dont l'objet est de protéger les milieux naturels ou encore de gérer durable les ressources naturelles¹⁸¹⁵, de politiques publiques environnementales ou de document de planification à vocation générale telle que le SRCE.

Les différentes cartographies annexées à ce document de planification, à l'échelle de l'ancienne région Rhône-Alpes, identifient clairement la Dombes comme étant l'un des territoires « ruraux-patrimoniaux » de la région. En outre, et plus intéressantes sont les cartographies qui mettent en évidence le nature de réservoir de biodiversité de la Dombes, eu égard notamment à l'instauration des ZNIEFF I et II, et de l'inscription au réseau Natura

¹⁸⁰⁷ Code de l'environnement, art. L. 411-1A, issu de la loi dite « Biodiversité » du 8 août 2016.

¹⁸⁰⁸ GALY K., L'imprégnation du droit de la protection des espaces naturels par le mécanisme de l'inventaire du patrimoine naturel, *R. J. E.* 2018, n° 1, p. 111.

¹⁸⁰⁹ Sur l'articulation de ces instruments et leurs régimes juridiques, voir FONBAUSTIER L., article précité.

¹⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 186.

¹⁸¹¹ Inventaire ZH réalisé en 2017 par la FRAPNA pour la Métropole de Lyon [en ligne].

¹⁸¹² Atlas cartographique des pelouses calcaires en Bourgogne, réalisé par le CEN Bourgogne en 2012 [en ligne].

¹⁸¹³ Inventaire réalisé à l'initiative du syndicat mixte du SCoT des Rives du Rhône.

¹⁸¹⁴ Cet accès n'est d'ailleurs pas nécessairement volontaire et est donc susceptible d'être interprété comme une limite au droit de propriété, limite jugée constitutionnelle eu égard à l'intérêt qu'elle comporte. Sur ces aspects voir MILLET L., *Contribution à l'étude des fonctions sociale et écologique du droit de propriété: enquête sur le caractère sacré de ce droit énoncé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*, Thèse droit, soutenue le 16 déc. 2015, Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne, p. 754.

¹⁸¹⁵ A l'image des SDAGE qui nécessitent de répertorier les cours d'eau présentant un bon état écologique de l'eau par exemple.

2000. Il est cependant important de noter que ce réservoir de biodiversité est ancré au sein de vastes espaces agricoles à dominante monoculturale, tout en étant identifiée comme un territoire agricole aux pratiques extensives. En Dombes, se côtoient donc un modèle agricole intensif en périphérie des étangs et autres plans et un modèle piscicole extensif contribuant à faire de cet espace géographique un réservoir de biodiversité.

Plus précisément, les enjeux écologiques liés à la Dombes sont décrits au sein du rapport du SRCE Rhône-Alpes. « *Dans la partie centrale de la Dombes, la forte densité d'étangs, connectés aux cours d'eau, constitue un ensemble particulièrement remarquable de milieux humides accueillant des espèces végétales et animales très diversifiées. Plus vaste ensemble de zones humides de Rhône-Alpes, la Dombes offre un patrimoine naturel d'une valeur inestimable, reconnu au niveau national et européen. Elle est la zone biogéographique qui compte le plus grand nombre d'espèces d'oiseaux en Rhône-Alpes* »¹⁸¹⁶. L'ensemble de ces éléments fait de la Dombes des étangs un réservoir de biodiversité. Ce concept peut être défini comme un « *territoire doté d'une biodiversité particulièrement riche, dans lequel les espèces trouvent des conditions favorables pour se développer, se disperser et coloniser d'autres territoires* »¹⁸¹⁷. Dans le même sens le code de l'environnement définit les réservoirs de biodiversité comme les « *espaces dans lesquels la biodiversité est la plus riche ou la mieux représentée, où les espèces peuvent effectuer tout ou partie de leur cycle de vie et où les habitats naturels peuvent assurer leur fonctionnement en ayant notamment une taille suffisante, qui abritent des noyaux de populations d'espèces à partir desquels les individus se dispersent ou qui sont susceptibles de permettre l'accueil de nouvelles populations d'espèces* »¹⁸¹⁸. Malgré la référence ambiguë à la notion de territoire, cette définition met en évidence que les espaces ainsi considérés revêtent une importance particulière pour la préservation des espèces faunistiques et floristiques dans la mesure où elles peuvent y trouver une zone d'habitat notamment. Le réservoir de biodiversité constitue une composante naturelle indispensable des continuités écologiques et, partant, de la constitution des trames verte et bleue présentées dans le Schéma régional de cohérence écologique.

¹⁸¹⁶ Rapport SRCE Rhône-Alpes, préc., p. 228.

¹⁸¹⁷ Avis de la Commission de l'enrichissement de la langue française, JORF du 15 janv. 2017, n° 13.

¹⁸¹⁸ Code de l'environnement, art. R. 371-19.

b. La mise en œuvre limitée du régime applicable aux réservoirs de biodiversité

Le réservoir de biodiversité décrit précédemment est l'un des éléments qui forme les continuités écologiques avec corridors écologiques. Ces continuités constituent les trames verte et bleue¹⁸¹⁹ et sont intégrées dans la planification de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme à ce titre. Ces trames « *ont pour objectif d'enrayer la perte de biodiversité en participant à la préservation, à la gestion et à la remise en bon état des milieux nécessaires aux continuités écologiques, tout en prenant en compte les activités humaines, et notamment agricoles, en milieu rural* »¹⁸²⁰.

Il s'agit d'un « *territoire de vigilance vis-à-vis du maintien et/ou de la remise en état des continuités écologiques* »¹⁸²¹. Dans ce cadre, cet objectif vise « *surtout de veiller à la non dégradation des continuités écologiques, qu'elles soient terrestres ou aquatiques, en assurant une vigilance particulière et un soutien aux démarches de planification et d'urbanisme* »¹⁸²². Cet objectif est justifié sur le territoire de la Dombes dans la mesure où « *La Dombes, en contact avec la Bresse, présente ici une continuité importante de prairies et de secteurs bocagers de grande qualité écologiques* »¹⁸²³, et où ce secteur subit la pression de l'urbanisation des agglomérations de Lyon au sud et de Bourg-en-Bresse au nord.

Les objectifs inscrits dans le SRCE constituent de grandes orientations de protection et de gestion des espaces naturels. Il s'agit donc d'un document de planification de la protection et de la gestion de l'environnement régional dont la portée est fortement limitée. En effet, ces schémas régionaux s'imposent aux documents d'urbanismes dans un rapport de prise en compte¹⁸²⁴ peu contraignant et qui suppose que les réglementations d'urbanisme locales n'aillent pas totalement à l'encontre de ces objectifs. Pourtant, la protection et l'intégration des continuités écologiques dans les politiques publiques d'aménagement du territoire sont sujettes à des perspectives d'évolution au sein du Schéma régional d'aménagement de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET)¹⁸²⁵ qui s'imposeront aux documents d'urbanisme dans un rapport de compatibilité, et assureront passage d'un document écologique à une planification de l'aménagement durable du territoire.

¹⁸¹⁹ *Ibid.*

¹⁸²⁰ Code de l'environnement, art. L. 371-1.

¹⁸²¹ Rapport SRCE Rhône-Alpes, préc., objectif 7.3, p. 227.

¹⁸²² *Ibid.*

¹⁸²³ *Ibid.*

¹⁸²⁴ Vis-à-vis du SCoT ou, le cas échéant, du PLU (Code de l'urbanisme, art. L. 131-1 et s.).

¹⁸²⁵ Code général des collectivités territoriales, art. L. 4251-1.

En définitive, l'identification d'un important réservoir de biodiversité a des effets divers. Le premier est d'être intégré dans la planification de l'aménagement du territoire en tant que composante des continuités écologiques. Le second de ces effets est de fonder le recours à des outils protecteurs de la biodiversité.

2. Un ensemble naturel soumis au droit de la protection de l'environnement

Le droit de l'environnement prévoit divers dispositifs permettant d'inventorier l'intérêt écologique d'un milieu, d'un espace ou d'un territoire (a). Sur ce fondement, la Dombes elle a pu faire l'objet d'une protection juridique diverse en tant qu'espace naturel. Cette protection est principalement due à la mise en œuvre du régime Natura 2000 (b).

a. L'identification scientifique de l'intérêt écologique de la Dombes

La reconnaissance de la richesse biologique de la Dombes est fondée sur les inventaires de biodiversité qui ont pu y être dressés. A ce titre, tant les associations locales¹⁸²⁶ que les institutions scientifiques¹⁸²⁷, ont participé à l'élaboration d'un inventaire institutionnalisé dit « patrimoine naturel » et qui prend la forme de zones naturelles d'intérêt écologique, faunistique et floristiques sur le territoire de la Dombes. Le dispositif des zones naturelles d'intérêt écologique, faunistique et floristique (ZNIEFF) est un outil scientifique¹⁸²⁸, dont la nature juridique peut être largement questionnée, bien qu'elle représente un élément d'appréciation pour les autorités publiques et le juge administratif¹⁸²⁹. Son objet est d'établir un inventaire du patrimoine naturel remarquable sur un espace délimité¹⁸³⁰.

Des lors, en application des dispositions désormais codifiées à l'article L. 411-1A du Code de l'environnement, la Dombes fait l'objet d'un inventaire et est classée d'une part en ZNIEFF de type I, et d'autre part en ZNIEFF de type II¹⁸³¹. La première identifie ainsi « *des secteurs de superficie généralement limitée, défini par la présence d'espèces, d'associations d'espèces ou de milieux rares, caractéristiques du patrimoine naturel national ou*

¹⁸²⁶ Voir par exemple, l'ouvrage de BENMERCUI M., *Dombes, d'hommes et d'oiseaux*, Ed. Edith et moi, 2011, qui recense un grand nombre d'espèces avicoles endémiques et migratrices observées en Dombes.

¹⁸²⁷ Voir par exemple les études menées au sein de la Fondation Vérots.

¹⁸²⁸ PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, préc., p. 369.

¹⁸²⁹ NAIM-GESBERT E., *Droit général de l'environnement*, préc., p. 177.

¹⁸³⁰ Code de l'environnement, art. L. 411-1A.

¹⁸³¹ ZNIEFF de type II, n° 820003786 dénommée « *Ensemble forme par la Dombes des étangs et sa bordure orientale forestière* ».

régional »¹⁸³². La seconde, quant à elle, identifie de grands ensembles naturels dotés d'une « *cohérence écologique et paysagère* »¹⁸³³. En d'autres termes, il s'agit d'outils d'inventaire scientifique du patrimoine naturel¹⁸³⁴. Si le classement en ZNIEFF révèle la richesse du patrimoine naturel de la Dombes, il n'entraîne pas pour autant l'application d'un régime juridique spécifique. Plus précisément, un tel classement n'a pas de valeur juridique comme telle en tant qu'elle n'est pas opposable, mais traduit l'intérêt écologique d'un site¹⁸³⁵. Elle est susceptible d'entraîner des effets juridiques en tant qu'elle fonde une erreur manifeste d'appréciation d'une décision administrative dans le cas où cette dernière ne prendrait pas en compte la richesse biologique ainsi identifiée¹⁸³⁶. En effet, un « *tel inventaire, s'il est un élément d'expertise qui signale la présence d'habitats naturels et d'espèces remarquables ou protégées par la loi, n'emporte par lui-même aucun effet juridique ni sur le territoire ainsi délimité, ni sur les activités humaines qui s'y exercent* »¹⁸³⁷. Ainsi, l'inventaire de parcelles au sein d'une ZNIEFF n'empêche pas leur classement en zone constructible par un document d'urbanisme, sous la réserve qu'un tel classement n'est pas « *susceptible d'affecter de façon notable cette zone* »¹⁸³⁸. Dès lors, l'existence d'un tel inventaire constitue un révélateur de l'intérêt écologique d'un site, qui doit être pris en compte lors de l'élaboration de projets, plans ou programmes. La mise en œuvre de ce régime met donc en évidence la richesse biologique de la région de la Dombes. Elle est définie de la manière suivante : « *La Dombes constitue un véritable cas d'école, celui d'un « agrosystème » modelé de longue date par l'homme, caractérisé par un haut niveau de biodiversité et une très grande originalité paysagère et biologique* ». En outre, « *l'enveloppe plus large délimitée par la ZNIEFF de type II traduit quant à elle l'intérêt fonctionnel majeur, dans la conservation du patrimoine biologique de ce remarquable réseau d'étangs, des espaces périphériques agricoles ou forestiers, ainsi que des réseaux hydrauliques parcourant le bassin versant* »¹⁸³⁹. L'intérêt environnemental de la Dombes est ainsi établi, et est susceptible d'influencer la prise de décisions administratives concernant la gestion tant naturaliste qu'urbanistique de la zone. Dans la perspective d'une

¹⁸³² CAA Marseille, 11 mai 2018, *Cne de Piana*, n° 17MA01513.

¹⁸³³ PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, préc., p. 369.

¹⁸³⁴ CE, 24 avr. 2013, *Comité de sauvegarde de Clarency-Valensole*, n° 352592 ; *Dr. envir.* 2013, p. 253.

¹⁸³⁵ PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, préc., p. 370.

¹⁸³⁶ BILLET Ph., La prise en compte de la faune sauvage dans le cadre des procédures d'aménagement, de gestion et d'occupation de l'espace : réalités d'une apparence juridique, *Nature Sciences Société* 2006, sup. 1, p.13

¹⁸³⁷ CAA Marseille, 11 mai 2018, *Cne de Piana*, préc.

¹⁸³⁸ CAA Bordeaux, 9 mai 2018, *M. AD.*, n° 16BX00274.

¹⁸³⁹ Fiche ZNIEFF, préc., p. 4.

protection effective fondée sur la richesse ainsi mise en évidence, la zone a fait l'objet d'une inscription au réseau « Natura 2000 ».

b. Régime de protection offert par l'inscription au réseau Natura 2000

L'importance des menaces qui pèsent sur l'environnement en général et la diversité biologique en particulier a justifié que l'Union européenne s'empare de cet enjeu et contribue à constituer un important arsenal juridique visant à la protection des espèces menacées et des milieux naturels fragiles¹⁸⁴⁰. En droit de l'Union comme en droit international ou en droit interne, les espèces avicoles sont les premiers vecteurs du droit de la protection de la nature¹⁸⁴¹. En effet, la première législation européenne d'envergure en faveur de la protection de l'environnement est sans doute la directive dite « Oiseaux » de 1979 révisée en 2009¹⁸⁴², suivie par la Directive dite « Habitats » de 1992 avec laquelle elle instaure le réseau européen « Natura 2000 ». Dans l'ensemble du droit de l'environnement de l'Union, « *le réseau Natura 2000 constitue l'ossature du régime de conservation de la nature* »¹⁸⁴³.

Les oiseaux ont une place importante dans l'écosystème dombiste. Ils justifient de l'intérêt écologique de ce territoire à travers l'instauration d'une zone d'importance pour la conservation des oiseaux (ZICO)¹⁸⁴⁴. Ces zones consistent en un inventaire naturaliste centré sur les espèces oiseaux sauvages, en application de la Directive de 1979, et qui met en lumière l'importance d'un espace pour l'habitat de ces espèces¹⁸⁴⁵. Forte de cette reconnaissance de l'intérêt écologique liée à l'importance de ce milieu pour la reproduction des oiseaux, la Dombes est inscrite au réseau et classée Natura 2000 puisqu'elle est reconnue à la fois comme une zone spéciale de conservation (ZSC)¹⁸⁴⁶, instituée au titre de la Directive Oiseaux, et une zone de protection spéciale (ZPS), instituée au titre de la Directive Habitats¹⁸⁴⁷. Cependant, le classement en zone Natura 2000 entraîne l'application d'un régime juridique contraignant dont les orientations de gestion du site sont contenues au sein du document d'objectif

¹⁸⁴⁰ De SADELEER N. et BORN C.-H., *Droit international et communautaire de la biodiversité*, Dalloz, 2004.

¹⁸⁴¹ UNTERMAIER J., Des petit oiseaux aux grands principes, note sous CJCE, 27 avril 1988, *Commission c/ France*, aff. 252/85, *R.J.E.* 1988, n° 4, p. 460.

¹⁸⁴² Directive précitée.

¹⁸⁴³ UNTERMAIER J., préc.

¹⁸⁴⁴ Dans le cadre de l'application de la directive du 2 avril 1979 concernant la conservation des oiseaux sauvages et constitue le pendant du dispositif ZNIEFF en droit de l'Union.

¹⁸⁴⁵ PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, préc., p. 370.

¹⁸⁴⁶ Arrêté du 28 novembre 2008, préc.

¹⁸⁴⁷ Arrêté du 12 avril 2006, préc.

(DOCOB)¹⁸⁴⁸. Ce régime entraîne notamment l'obligation de recourir à une étude d'évaluation des incidences lors de certains travaux touchant à l'eau ou aux milieux aquatiques tels que l'élévation du niveau d'eau dans un étang. Ainsi, la protection juridique de l'environnement dombois a nécessairement un impact sur les pratiques qui y sont exercées. Elle représente une contrainte administrative supplémentaire pour les exploitants, mais surtout une intégration respectueuse des pratiques traditionnelles dans l'environnement dans lequel elles s'insèrent. En effet, les dispositions du document d'objectif d'un site Natura 2000 est susceptible de produire des effets juridiques, ce qui rend par ailleurs la décision administrative qui l'approuve opposable et susceptible de recours devant la juridiction administrative¹⁸⁴⁹. Deux principales conséquences découlent de la mise en œuvre du régime de la Directive Habitat. Il s'agit, d'une part, de la possibilité pour des personnes privées de s'impliquer dans la gestion naturaliste du site par un engagement contractuel, et d'autre part, de l'obligation de dresser une évaluation d'incidence¹⁸⁵⁰ (qui diffère de l'évaluation environnementale)¹⁸⁵¹, dans le cadre de l'instruction d'un plan, programme ou projet¹⁸⁵². Dès lors, tous travaux ou aménagements susceptibles de porter atteinte au maintien d'un état favorable de conservation des espèces et de leurs habitats est soumis à cette évaluation d'incidence dont l'appréciation du caractère suffisant revient au juge du fond¹⁸⁵³.

Cette protection n'est pour autant pas dénuée de limites. Les sites Natura 2000 nécessitent la mise en œuvre d'une « *gestion particulière* »¹⁸⁵⁴, puisqu'elle repose sur un modèle juridique hybride, entre contrainte et contrat. En effet cette gestion repose sur des restrictions des usages sur l'espace considéré¹⁸⁵⁵, mais également sur des actions positives nécessitant l'adhésion volontaire des opérateurs économiques. L'engagement contractuel dépend d'abord de deux facteurs : la volonté individuelle de souscrire à ces dispositifs, et la volonté et la possibilité pour les autorités publiques de proposer ces dispositifs incitatifs (on a vu précédemment les difficultés que ce mécanisme rencontre en Dombes), ces derniers étant, en tout état de cause d'une durée limitée. Ensuite, en ce qui concerne l'étude d'incidence, elle

¹⁸⁴⁸ Code de l'environnement, art. L. 414-2.

¹⁸⁴⁹ CE, 19 juin 2006, *Fed. dptale des synd. d'exploitants agricoles de la Vendée et a.*, n° 266435 ; *AJDA* 2006, p. 2015, note Braud.

¹⁸⁵⁰ En application de l'article L. 414-4 du Code de l'environnement et de l'article R. 414-19 du même code.

¹⁸⁵¹ Qui est un dispositif propre au droit de l'environnement et un outil particulièrement novateur au moment de sa création par la loi de 1976.

¹⁸⁵² Sur les spécificités de cette procédure, v. De SADELEER N., *L'évaluation des incidences environnementales des programmes, plans et projets : à la recherche d'une protection juridictionnelle effective*, in BILLET Ph. (dir.), *Mélanges Untermaier*, préc., p. 413.

¹⁸⁵³ CAA Marseille, 12 mars 2015, *MEDD*, n° 14MA00313.

¹⁸⁵⁴ ROMI R., *Droit de l'environnement et du développement durable*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2018, p. 477.

¹⁸⁵⁵ Dans le cadre de la délimitation administrative d'une zone, et l'approbation d'un document d'objectif.

n'est requise que dans le cadre d'un projet d'aménagement (entendu au sens large) et faisant désormais l'objet d'une autorisation environnementale unique. Evidemment, il s'agit alors d'une dérogation à la protection induite par l'inscription au réseau européen. Pour autant, l'absence de projet ou de pétitionnaire n'empêche pas la dégradation de ces milieux protégés.

Bien qu'il ne soit pas actuellement possible de livrer une analyse de sa mise en œuvre, un nouvel outil de protection des espèces a été intronisé par la loi dite « Biodiversité » du 8 août 2016. Les « zones prioritaires pour la biodiversité », bien que la lettre de la loi n'ait pas retenue explicitement cette qualification, offre un nouveau mécanisme propre à renforcer la préservation et la restauration des habitats des espèces protégées, et principalement les espèces dépendantes des milieux agricoles. Pour autant, c'est bien le code de l'environnement, et non le code rural qui intègre ces dispositions¹⁸⁵⁶, démontrant ainsi le lien existant entre les espèces protégées et leurs habitats¹⁸⁵⁷. Désormais, « *lorsque l'évolution des habitats d'une espèce protégée au titre de l'article L. 411-1 est de nature à compromettre le maintien dans un état de conservation favorable d'une population de cette espèce, l'autorité administrative peut :*

- 1° Délimiter des zones où il est nécessaire de maintenir ou de restaurer ces habitats ;*
- 2° Etablir, selon la procédure prévue à l'article L. 114-1 du code rural et de la pêche maritime, un programme d'actions visant à restaurer, à préserver, à gérer et à mettre en valeur de façon durable les zones définies au 1° du présent II ;*
- 3° Décider, à l'expiration d'un délai qui peut être réduit compte tenu des résultats de la mise en œuvre du programme mentionné au 2° au regard des objectifs fixés, de rendre obligatoires certaines pratiques agricoles favorables à l'espèce considérée ou à ses habitats. Ces pratiques peuvent bénéficier d'aides lorsqu'elles induisent des surcoûts ou des pertes de revenus lors de leur mise en œuvre »¹⁸⁵⁸.*

Ces dispositions supposent à la mise en œuvre d'un régime juridique dont le caractère hybride ressort notamment des dispositions réglementaires qui précisent que le programme d'action « *fixe, au titre des pratiques agricoles, les actions que les propriétaires et exploitants sont incités à mettre en œuvre* »¹⁸⁵⁹. En outre, le fait que ces pratiques peuvent bénéficier d'aides fait directement écho aux contrats Natura 2000 ou aux baux à clause environnementale et autres mesures agro-environnementales. Pour autant, l'innovation du régime repose sur la

¹⁸⁵⁶ CANS Ch. et JOLIVET S., Réserves naturelles, arrêtés de biotopes et autres protections spéciales des espaces naturels, *Jscf. Environnement et développement durable*, Synthèse 105, 13 juin 2018.

¹⁸⁵⁷ JOLIVET S., Espaces naturels, les nouvelles frontières de la protection, *RJE* 2016, n° 4, p. 220.

¹⁸⁵⁸ Code de l'environnement, art. L. 411-2 II.

¹⁸⁵⁹ Code de l'environnement, art. R. 411-17-5.

possibilité pour le représentant de l'Etat de rendre obligatoires ces pratiques, ce pouvoir étant le déclencheur du potentiel versement d'une aide financière, ou de toute autre contrepartie matérielle. Il est possible de rapprocher le régime de ces nouvelles zones prioritaires pour la biodiversité des arrêtés préfectoraux de protection des biotopes¹⁸⁶⁰. Pour autant, là où ces derniers imposent des interdictions, les premières reposent principalement sur des obligations positives de gestion¹⁸⁶¹. Cette caractéristique ressort des dispositions réglementaires listant les domaines dans lesquels des obligations peuvent être prescrites par le programme d'action :

« Le programme arrêté pour chaque zone prioritaire pour la biodiversité fixe, au titre des pratiques agricoles, les actions que les propriétaires et exploitants sont incités à mettre en œuvre, en rapport avec l'espèce pour laquelle la zone est délimitée, parmi les actions suivantes :

1° Maintien d'une couverture végétale du sol, permanente ou temporaire ;

2° Travail du sol, gestion des résidus de culture, apports de matière organique ;

3° Gestion des intrants, notamment des fertilisants, des produits phytosanitaires et de l'eau d'irrigation ;

4° Diversification des cultures par assolement et rotations culturales ;

5° Maintien ou création de haies ou d'autres éléments du paysage, de fossés d'infiltration et aménagements ralentissant ou déviant l'écoulement des eaux ;

6° Restauration ou entretien d'un couvert végétal spécifique ;

7° Restauration ou entretien de mares, plans d'eau ou zones humides [...]»¹⁸⁶².

On retrouve donc, au sein de ce régime, des obligations dans lesquelles pourraient être intégrées, et rendues obligatoires réglementairement, s'il en était besoin, les pratiques traditionnelles d'exploitation des étangs en Dombes. Néanmoins, on remarquera que de telles mesures sont déjà, pour la plupart, intégrées au document d'objectif du site Natura 2000 de la Dombes, et l'on peut douter de la mise en œuvre de ce nouvel outil que constitue la zone prioritaire pour la biodiversité. En tout état de cause, l'instauration de telles zones reste à la

¹⁸⁶⁰ L'article R. 411-15 du Code de l'environnement dispose : « Afin de prévenir la disparition d'espèces figurant sur la liste prévue à l'article R. 411-1, le préfet peut fixer, par arrêté, les mesures tendant à favoriser, sur tout ou partie du territoire d'un département à l'exclusion du domaine public maritime où les mesures relèvent du ministre chargé des pêches maritimes, la conservation des biotopes tels que mares, marécages, marais, haies, bosquets, landes, dunes, pelouses ou toutes autres formations naturelles, peu exploitées par l'homme, dans la mesure où ces biotopes ou formations sont nécessaires à l'alimentation, à la reproduction, au repos ou à la survie de ces espèces ».

¹⁸⁶¹ JOLIVET S., Espaces naturels, les nouvelles frontières de la protection, *préc.*, p. 221.

¹⁸⁶² Code de l'environnement, art. R. 411-17-7.

discrétion de l'autorité administrative, et est susceptible d'être surabondante par rapport à la protection environnementale déjà à l'œuvre sur le territoire de la Dombes.

II. Les usages traditionnels confrontés à la régulation juridique des espèces

« *Il n'était pas d'étang, dans tout le voisinage, qu'un Cormoran n'eût mis à contribution* »¹⁸⁶³. Les « nuisibles », « espèces à problèmes » ou « indésirables » en Dombes ne sont pas uniquement ceux que l'on croit de prime abord. Les espèces qui, en pratique, troublent pour l'activité piscicole appartiennent, en droit, à des catégories diverses et répondent donc à des régimes différents. Paradoxalement, il en résulte que le droit de l'environnement devient une source de perturbation de l'équilibre des milieux. Finalement, en ce qui concerne les espèces protégées, on se retrouve face à un droit de la protection de la nature à double tranchant. Son objectif est de protéger la nature, mais avec pour conséquence indirecte de contraindre fortement les pratiques traditionnelles qui contribuent à l'entretien des équilibres biologiques. Dans ce cadre, les exploitants d'étangs en Dombes se sont efforcés de s'adapter aux contraintes imposées par la protection, certes relative, des espèces animales (A). Le droit local offre un cadre permettant d'organiser la gestion des espèces jugées localement comme indésirables (B).

A. *L'interdiction relative de porter atteinte aux oiseaux piscivores protégés*

Le droit de l'environnement met en exergue l'objectif d'une protection stricte des espèces intégrées à une liste communautaire (a). Pour autant, cet impératif de protection est contrebalancé par la marge de manœuvre laissée par le droit et la possibilité de recourir aux dérogations qui contrarient l'objectif fixé du maintien des espèces menacées dans un état de conservation favorable (b).

1. *Les effets contradictoires de la protection effective des espèces par le droit*

Le droit multiplie les qualifications et donc les statuts juridiques permettant de soumettre à un régime de police administrative, les espèces de faune et de flore sauvages. La façon dont ces qualifications sont construites est remarquable dans la mesure où elles le sont par rapport

¹⁸⁶³ De La FONTAINE J., Les poissons et le cormoran, *Les fables : Livre X*, n° 3, 1678.

à l'existence ou l'absence d'un bénéfice pour l'homme et sa société : ainsi les animaux sauvages sont les « *espèces animales non domestiques* » et les plantes naturelles sont les « *espèces végétales non cultivées* »¹⁸⁶⁴. Ces expressions, plus que de simples mots, témoignent d'un parti pris¹⁸⁶⁵ et créent une distance infranchissable entre les mondes humain et non humain. Au-delà des mots empruntés, le droit de l'environnement porte un objectif ambitieux de protection des espèces (a), laquelle protection est susceptible d'entraîner un impact négatif sur les activités humaines (b).

a. Les modalités d'une protection ambitieuse des espèces

Le droit de l'environnement, plus qu'un droit de gestion, est d'abord un droit de protection. Il comporte ainsi des objectifs de protection stricte des espèces introduits au sein du Code de l'environnement aux articles L. 411-1 et suivants. Cette protection s'exerce sur les milieux (c'est un aspect de la réglementation liée aux zones Natura 2000 par exemple), et sur les espèces. Parmi celles-ci, certaines sont dignes d'un intérêt scientifique, écologique ou patrimonial et s'en trouve protégées à ce titre. C'est d'ailleurs là le sens du régime de protection institué en droit français par les dispositions précitées qui corrént l'intérêt scientifiques ou la nécessité de la préservation du patrimoine naturel aux règles qui leur sont applicables. Les inventaires scientifiques établissant le patrimoine naturel nécessitant l'établissement d'une protection d'ordre juridique fondent le dressement de listes d'espèces dignes de cette protection. Le droit de la protection des espèces en droit français, comme en droit de l'Union européenne repose ainsi sur une discrimination positive à travers ces listes restrictives¹⁸⁶⁶.

Les espèces ainsi identifiées font dès lors l'objet d'une protection variable¹⁸⁶⁷. Certaines espèces font l'objet d'interdictions visant à une protection intégrale, alors que d'autres font l'objet d'interdictions moins nombreuses ou moins restrictives qui ne visent qu'à une protection limitée. Dans le premier cas, sont interdits interdit : « *La destruction ou l'enlèvement des œufs ou des nids, la mutilation, la destruction, la capture ou l'enlèvement, la perturbation intentionnelle, la naturalisation d'animaux de ces espèces ou, qu'ils soient vivants ou morts, leur transport, leur colportage, leur utilisation, leur détention, leur mise en*

¹⁸⁶⁴ Code de l'environnement, articles L. 411-1 et R. 411-5.

¹⁸⁶⁵ NAIM-GESBERT E., Espèce nuisible : donné ou construit ?, *R.J.E.* 2014, n° 3, p. 194.

¹⁸⁶⁶ BILLET Ph., Variations autour de la notion d'espèce protégée, in Coll., *1976-2006. 30 ans de protection de la nature, bilan et perspectives*, MEDAD – SFDE – Ligue ROC, 2007, p. 49.

¹⁸⁶⁷ *Ibid.*, p. 52 ; PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, préc., p. 374.

vente, leur vente ou leur achat »¹⁸⁶⁸. En d'autres termes, toute atteinte à ces espèces est dès lors proscrite, la perturbation intentionnelle étant interprétée par le juge administratif de façon relativement extensive¹⁸⁶⁹.

Cette protection stricte accordée à certaines espèces animales a pour conséquence de favoriser leur reproduction. Ce seul constat permet d'établir l'effectivité du droit de l'environnement. Il n'efface pour autant pas les inconvénients que la multiplication de certains individus d'une espèce protégée sont susceptibles d'entraîner¹⁸⁷⁰. Paradoxalement, des effets négatifs peuvent alors découler de la mise en œuvre de la protection de l'environnement.

b. Les conséquences préjudiciables de la protection des espèces

L'un des objectifs énoncés par la Directive « Oiseaux » dès 1979, aujourd'hui modifiée par la Directive de 2009 était la protection intégrale des espèces faunistiques ou floristiques menacées. Certaines espèces avicoles sont les premières à faire l'objet d'une protection. A ce titre, le droit de l'Union Européenne joue un rôle particulièrement important à travers la Directive dite « Oiseaux »¹⁸⁷¹, transposée en droit français à l'article L. 411-1 du Code de l'environnement. Sur le fondement de ces dispositions, le Grand cormoran (*Phalacrocorax carbo*), est inclus dans la liste des oiseaux sauvages protégés sur l'ensemble du territoire¹⁸⁷². Du fait de cette protection, qui induit l'impossibilité de détruire et de perturber intentionnellement les individus de cette espèce, ceux-ci prolifèrent. Ce constat démontre l'efficacité des mesures de protection. Si l'on peut s'en réjouir, la prolifération de ces oiseaux piscivores n'est toutefois pas sans inconvénients pour les activités humaines liées à la pisciculture. Ainsi, cette espèce, lors de sa migration, utilise le plateau dombiste et ses richesses naturelles afin de se reproduire et de s'alimenter, entraînant des dommages économiques considérables aux exploitations piscicoles.

¹⁸⁶⁸ Code de l'environnement, art. L. 411-1 I 1°.

¹⁸⁶⁹ TROUILLY P., Espèces protégées - Perturbation intentionnelle d'une espèce protégée au sens de l'article 12 de la directive « Habitats » 92/43/CEE du 21 mai 1992 et de l'article L. 411-1 du Code de l'environnement. Protection de l'ours, note sous CAA Bordeaux, 9 avr. 2014, *Min. Écologie, Développement durable, Transports et Logement et Assoc. Férus et Comité écologique ariégeois et a.*, n° 12BX00391 et n° 12BX00392, *Env.* 2014, n° 7, comm. 57.

¹⁸⁷⁰ PONTIER J.-M., L'homme est-il un loup pour le loup ?, *AJDA* 2005, p. 1398.

¹⁸⁷¹ Directive du Parlement et du Conseil du 30 novembre 2009 n°2009/147/CE concernant la conservation des oiseaux sauvages, abrogeant et remplaçant la directive n° 79/409/CE.

¹⁸⁷² Arrêté du 26 novembre 2010, fixant les conditions et limites dans lesquelles des dérogations aux interdictions de destruction peuvent être accordées par les préfets concernant les grands cormorans, *JORF* du 12 déc. 2010, p. 21775.

En pratiques, les vicissitudes du droit de la protection de la nature peuvent être importantes. Les effets « néfastes », ou en tout cas jugés comme tels par certains usagers des espaces ruraux, de la protection de la nature sur les activités traditionnelles liées à l'exploitation de la ressource en eau, sont illustrés par la « lutte » des pisciculteurs face au Grand Cormoran (*Phalacrocorax carbo sinensis*). Ou encore, la protection juridicisée d'un espace considéré comme devant être préservé peut entraîner la fin d'une exploitation traditionnelle. En effet, la conséquence de cette protection est la prolifération de l'espèce. C'est d'ailleurs l'effet recherché ! Protéger une espèce en voie de disparition, menacée d'extinction, pour lui permettre de se régénérer en créant les conditions d'une bonne reproduction. De ce point de vue, le droit de l'environnement est particulièrement effectif.

En Dombes, comme en Brenne ou les autres régions d'étangs, le grand cormoran est « l'ennemi n° 1 des pisciculteurs », et les dégâts qu'il cause cristallisent les débats et les oppositions, faisant de la lutte pour la préservation des poissons un enjeu social et surtout économique. Le traitement de cette problématique depuis de nombreuses années tend même à en faire un problème uniquement local, alors qu'il constitue le résultat de la mise en œuvre d'un régime de protection issu du droit de l'Union européenne¹⁸⁷³. Vanessa Manceron consacre un important passage de son étude sur la Dombes à cette problématique et met en exergue les difficultés que ressentent les propriétaires d'étangs du fait de la présence des oiseaux piscivores. Néanmoins, l'étude du terrain démontre également la capacité d'adaptation des exploitants qui démontrent ainsi une importante capacité de résilience de la part des acteurs de la filière piscicole, ainsi qu'une capacité d'innovation. En effet, d'importants moyens sont mis en œuvre afin de permettre la conciliation de la protection des oiseaux piscivores avec l'exploitation piscicole : filets de protection, « tonnes-fort », etc...¹⁸⁷⁴ qui vient tenter de parer à cette difficulté malgré l'absence de ressources humaines et l'impossibilité d'employer des gardes d'étangs. Un certain nombre de moyens de protection des étangs et des poissons sont donc déployés par les pisciculteurs qui, là encore, sont poussés à faire évoluer les pratiques. Le droit de la protection de la nature induit donc, indirectement, certaines modifications des pratiques locales. La régulation de cette espèce, dans le cadre réglementaire, devient un impératif pour l'ensemble des exploitants d'étangs, au même titre

¹⁸⁷³ TORRE A. et LEFRANC Ch., Les conflits dans les zones rurales et périurbaines. Première analyse de la presse quotidienne régionale, *Espaces et société* 2006, n° 1, p. 93.

¹⁸⁷⁴ Appareil d'effarouchement installé au milieu ou à proximité des étangs et qui provoque une détonation visant à éloigner les prédateurs. Cette pratique a fait l'objet d'une autorisation de la part de l'autorité administrative et délivrée à certains propriétaires d'étangs.

que la lutte contre les espèces invasives, animales ou végétales, qui causent des dommages sur les exploitations.

Enfin, l'une des contradictions dans la mise en œuvre du statut d'espèce protégée attribuée au grand cormoran relève non pas du droit mais des sciences de la nature. Les lois de la nature ignorent souvent celles des hommes : les rapports de prédation en sont un exemple criant. A cet égard, l'accroissement de l'aire de répartition du pygargue à queue blanche (*Haliaeetus albicill*), naturelle ou via une réintroduction volontaire, pourrait établir un nouvel équilibre biologique dans les régions d'étangs. Ainsi, « *la prédation du grand cormoran par le pygargue pourrait être un facteur d'acceptation sociale de ce dernier. Les pêcheurs, en particulier, et les pisciculteurs pourraient y voir une solution face à l'impact (réel ou non) de la prédation du cormoran* »¹⁸⁷⁵. L'installation de cette espèce protégée¹⁸⁷⁶ qui niche principalement en zones humides aurait ainsi pour conséquence de réguler de façon naturelle la population du Grand cormoran, et annuler pour ainsi dire, les conséquences négatives du statut protecteur de ce dernier, rétablissant ainsi la fonctionnalité des espaces naturels.

2. *L'exploitation des limites à la protection juridique des espèces*

La protection accordée par le droit de l'environnement aux espèces listées à l'échelle nationale ou européenne, voire internationale, n'est pas absolue. D'abord, les décisions administratives de police ne peuvent comporter d'interdiction générale et absolue¹⁸⁷⁷, et il en est de même en matière de protection des espèces. Dès lors, sont illégales, les décisions qui interdisent de manière générale et absolue, la destruction des milieux particuliers d'espèces protégées¹⁸⁷⁸. Au-delà de la relativité de cette protection, ce régime juridique comporte d'importantes dérogations (a). Dans certaines conditions, la mise en œuvre de ces dispositions est susceptible de causer un préjudice à certaines activités économiques, et d'entraîner la responsabilité de l'Etat (b).

¹⁸⁷⁵ ATHANAZE P., Réintroduire, laisser-faire ou les deux ?, *Espaces naturels* 2016, n°55, p. 37.

¹⁸⁷⁶ Arrêté du 29 octobre 2009 fixant la liste des oiseaux protégés sur l'ensemble du territoire et les modalités de leur protection, JORF du 5 déc. 2009, p. 21056.

¹⁸⁷⁷ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, préc.

¹⁸⁷⁸ CE, 13 juillet 2006, *Fed. nat. Des syndicats de propriétaires forestiers sylviculteurs, RD rur.* 2006, p. 50, obs. Billet ; *Environnement* 2006, comm. N° 97, Obs. Trouilly ; *AJDA* 2006, p. 1792, obs. Aguila.

a. Le recours important aux dérogations à l'interdiction de porter atteinte aux espèces protégées

Le régime spécifique de protection des espèces est complexe, notamment du fait de son origine européenne. L'interprétation parfois malheureuse des dispositions conventionnelles, législatives et européennes, par les juridictions a conduit à attirer sur elles les foudres des commentateurs les accusant de vider le droit de la protection des espèces de sa substance¹⁸⁷⁹. La perturbation intentionnelle et la destruction d'individus d'espèces protégées ou de leur habitat est conditionnée par l'obtention d'une autorisation administrative portant dérogation à l'interdiction de détruire (ou de perturber) les espèces protégées¹⁸⁸⁰, faute de quoi, toute atteinte à une espèce protégée relève d'une infraction pénale¹⁸⁸¹. La mise en œuvre de ces dérogations a toutefois pour objet de garantir un certain équilibre entre les intérêts de la protection des espèces et l'intérêt que représente la production agricole¹⁸⁸². Néanmoins, ces dérogations sont délivrées à condition qu'il n'existe « *pas d'autre solution satisfaisante* » et qu'elles ne nuisent « *pas au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle* ». En outre, cette dérogation doit être justifiée par un motif limitativement énuméré par l'article précité, à savoir : « *a) Dans l'intérêt de la protection de la faune et de la flore sauvages et de la conservation des habitats naturels ; b) Pour prévenir des dommages importants notamment aux cultures, à l'élevage, aux forêts, aux pêcheries, aux eaux et à d'autres formes de propriété ; c) Dans l'intérêt de la santé et de la sécurité publiques ou pour d'autres raisons impératives d'intérêt public majeur, y compris de nature sociale ou économique, et pour des motifs qui comporteraient des conséquences bénéfiques primordiales pour l'environnement ; d) A des fins de recherche et d'éducation, de repeuplement et de réintroduction de ces espèces et pour des opérations de reproduction nécessaires à ces fins, y compris la propagation artificielle des plantes ; e) Pour permettre, dans des conditions strictement contrôlées, d'une manière sélective et dans une mesure limitée, la prise ou la détention d'un nombre limité et spécifié de certains spécimens* ».

Le juge administratif exige le cumul de l'ensemble de ces trois conditions de l'absence d'alternative, du maintien de l'état de conservation des espèces, et l'un des cinq motifs

¹⁸⁷⁹ BRAUD X., Le juge interne et la protection nationale des espèces, in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 818.

¹⁸⁸⁰ En application de l'article L. 411-2 du Code de l'environnement.

¹⁸⁸¹ V. sur ce point, CARIUS M., L'agriculteur, la protection animale et le risque pénal, *RD rur.* 2018, n° 459, dossier 4.

¹⁸⁸² THIERRY D., D'un plan loup à l'autre : un équilibre précaire entre respect d'une espèce protégée et défense des troupeaux, *Env.* 2014, n° 11, étude 15.

précités. Le Conseil d'Etat a en effet précisé, à l'occasion de l'examen d'un pourvoi en cassation à l'encontre d'une ordonnance du juge des référés : « *l'absence de l'une de ces trois conditions, qui sont cumulatives, fait obstacle à ce que la dérogation puisse être légalement accordée* »¹⁸⁸³. Cette position a par la suite été mise en œuvre par les juges du fond¹⁸⁸⁴, et récemment réaffirmée par la haute juridiction administrative¹⁸⁸⁵. Cette interprétation *a priori* particulièrement stricte résulte de l'exigence de motivation envers les décisions administratives de dérogation à l'interdiction de porter atteinte aux espèces protégées et leurs milieux naturels¹⁸⁸⁶. Le Conseil d'Etat énonce « *qu'un projet d'aménagement ou de construction d'une personne publique ou privée susceptible d'affecter la conservation d'espèces animales ou végétales protégées et de leurs habitats ne peut être autorisé, à titre dérogatoire, que s'il répond, par sa nature et compte tenu notamment du projet urbain dans lequel il s'inscrit, à une raison impérative d'intérêt public majeur. En présence d'un tel intérêt, le projet ne peut cependant être autorisé, eu égard aux atteintes portées aux espèces protégées appréciées en tenant compte des mesures de réduction et de compensation prévues, que si, d'une part, il n'existe pas d'autre solution satisfaisante et, d'autre part, cette dérogation ne nuit pas au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle* »¹⁸⁸⁷. En effet, ces mesures dérogatoires constituent des exceptions qui doivent être entendues strictement, et dont la motivation permet à la fois l'information du public, et le contrôle juridictionnel de la décision administrative¹⁸⁸⁸. Les juges du fond peuvent, « *sans erreur de droit dans le cadre de son appréciation globale de l'urgence au vu de la situation d'espèce, tenir compte, en complément des risques induits pour des espèces protégées et de l'imminence de la réalisation de travaux, de la circonstance que les sociétés bénéficiaires de l'arrêté en cause avaient fait l'objet d'une procédure de manquement et d'une mise en demeure du fait des conditions d'exécution d'une précédente dérogation prise en application des dispositions de l'article L. 411-2 du code de l'environnement et que les mesures d'évitement, de réduction et de compensation prévues par la dérogation litigieuse pourraient également ne pas être respectées par les sociétés requérantes* »¹⁸⁸⁹. Cette interprétation jurisprudentielle stricte n'est pas sans laisser subsister des décisions du juge du fond parfois surprenantes, à l'image du Tribunal administratif de

¹⁸⁸³ CE, 9 oct. 2013, *SEM Nièvre Aménagement*, n° 366803.

¹⁸⁸⁴ CAA Lyon, 21 mars 2017, *SARL Carrière de Cusy-Mathieu et fils*, n° 14LY03096, *Dr. envir.* 2017. 171.

¹⁸⁸⁵ CE, 25 mai 2018, *Asso. Présence Les Terrasses de la Garonne et a.*, n° 413267, *AJDA* 2018, p. 1062.

¹⁸⁸⁶ CAA Marseille, 9 juin 2015, *LPO PACA*, n° 13MA00788, *AJDA* 2015 p. 2087, concl. Revert.

¹⁸⁸⁷ CE, 25 mai 2018, préc.

¹⁸⁸⁸ Concl. Revert préc.

¹⁸⁸⁹ CE, 25 mai 2018, préc.

Montpellier qui estiment que les dispositions de l'article L. 411-2 précité « *n'imposent pas au demandeur d'une dérogation à l'interdiction de destruction d'espèces protégées de justifier des recherches qu'il aurait effectuées pour trouver une autre solution satisfaisante* »¹⁸⁹⁰. Une telle décision, si elle venait à être confirmée, serait porteuse d'une profonde insécurité juridique. Elle serait en effet le signe du renoncement par les juridictions administratives à exercer le contrôle du bien-fondé de la décision administrative, et reviendrait à dispenser l'autorité administrative de vérifier à la fois l'existence et la recherche par le pétitionnaire, d'une solution alternative. En outre, il résulte de cette interprétation une inversion de la charge de la preuve puisque ce serait alors au requérant de démontrer l'existence d'une telle solution alternative¹⁸⁹¹.

Une part politique dans ce type de décision, semble influencée par la puissance du lobby agricole. On peut faire le parallèle avec les médiatiques décisions prises en ce qui concerne le loup ou les bouquetins et la protection des activités agro-pastorales. S'en suit une véritable « lutte » des pisciculteurs face aux cormorans, venant se nourrir dans les étangs et les pêcheries. Toutefois, le dispositif réglementaire de protection des espèces permet de déroger aux interdictions qu'il impose. En effet, le code de l'environnement admet la possibilité de requérir une dérogation à l'interdiction de détruire un certain nombre d'individus d'une espèce protégée notamment « *pour prévenir des dommages importants notamment aux cultures, à l'élevage, aux forêts, aux pêcheries, aux eaux et à d'autres formes de propriété* »¹⁸⁹². Sur ce fondement, le Syndicat des propriétaires et exploitants d'étangs de la Dombes ainsi que des pisciculteurs individuels bénéficient d'une dérogation annuelle permettant de mener des opérations de tirs et de destruction des cormorans et des nids¹⁸⁹³. L'enjeu lié aux cormorans pour la filière piscicole en Dombes est particulièrement important, comme en témoigne la part prépondérante du département de l'Ain dans l'attribution des quotas de destruction de cormorans¹⁸⁹⁴. L'importance de ces quotas, démontre la possibilité de recourir abusivement aux dérogations à l'interdiction de porter atteinte aux espèces protégées. De loin, l'Ain est le département qui obtient le plus grand nombre de dérogation. La mise en œuvre de ces dérogations obéit à un encadrement relativement strict, avec des contraintes

¹⁸⁹⁰ TA Montpellier, 28 nov. 2017, *Fed. pour les espaces naturels et l'environnement des Pyrénées-Orientales c/ Préfet des Pyrénées orientales*, n° 1601676, *Env.* 2018, n° 266, p. 142.

¹⁸⁹¹ BRAS H., Une appréciation plus laxiste de la légalité d'une autorisation de dérogation à l'interdiction de destruction d'espèces protégées, *Env.* 2018, n° 266, p. 142.

¹⁸⁹² Article L. 411-2 du Code de l'environnement.

¹⁸⁹³ Voir pour la réglementation applicable en 2016, arrêté du 9 mai 2016 du Préfet de l'Ain.

¹⁸⁹⁴ L'arrêté interministériel du 8 septembre 2016 accorde, pour la période 2016-2019, accorde un droit de prélèvement limité à 13500 individus sur le département de l'Ain pour un total de 150174 individus sur l'ensemble du territoire national.

périodiques et des obligations de détenir une autorisation, et de délivrer des justifications annuelles. L'enjeu lié aux cormorans pour la filière piscicole en Dombes est particulièrement important, comme en témoigne la part prépondérante du département de l'Ain dans l'attribution des quotas de destruction de cormorans.

Sont instaurés par l'autorité administrative, des quotas¹⁸⁹⁵ annuels puis pluriannuels depuis 2016 pour la période 2016-2019 : la comparaison de quotas de prélèvement entre les différents arrêtés successifs démontre une stabilité fixée à 4500 prélèvements de cormorans autorisés à l'échelle du département de l'Ain, étant précisé que 4000 de ces prélèvements sont réservés aux pisciculteurs. Ces quotas fixés de façon pluriannuelle correspondent à la mise en œuvre d'un plan de gestion de l'espèce à l'échelle nationale, alors que jusqu'à cette date, aucun plan national de gestion n'avait été élaboré. La mise en œuvre de ces arrêtés nationaux nécessite que soient adoptées des mesures à l'échelon du département de l'Ain, et plus spécifiquement de la Dombes. Un arrêté préfectoral visant à autoriser des interventions dans le but de détruire des espaces de nidification du Grand Cormoran en Dombes était en consultation du 4 juin au 25 juin 2018 inclus¹⁸⁹⁶. Il autorise la mise en œuvre de la dérogation à l'interdiction de destruction d'espèces protégées sur le territoire de la Dombes, et en explicite les modalités de mise en œuvre. Il est particulièrement remarquable que l'arrêté en question intègre les différents ordres normatifs dans lequel s'insère la décision d'autorisation de destruction du Grand Cormoran en Dombes. Ainsi, son article 3 énonce : « *Afin de préserver la nidification des autres espèces d'oiseaux d'eau situées à proximité des lieux d'intervention et la conservation des habitats naturels considérés, dans le respect des dispositions du document d'objectif Natura 2000 et du code de bonnes pratiques de l'étang Dombiste, les agents désignés respecteront les dispositions des articles ci-dessous définies* ». Il en découle que la mise en œuvre du droit de l'environnement ne s'effectue pas de manière déconnectée du droit applicable plus généralement. La police spéciale du Préfet s'insère dans un cadre protecteur offert par le Document d'objectif Natura 2000, ainsi que dans le cadre de la valorisation de la multifonctionnalité traditionnelle des étangs de la Dombes. Pour autant, l'abus de cette possibilité et l'extension de son application à d'autres espèces d'oiseaux piscivores entraînent, au moins, deux séries d'impacts. D'abord, cette possibilité permet une régulation locale de l'espèce par le recours au régime dérogatoire, qui peut sembler abusif car

¹⁸⁹⁵ Arrêté du 20 août 2015, et arrêté du 8 septembre 2016 fixant les quotas départementaux dans les limites desquelles des dérogations aux interdictions de destruction peuvent être accordées par les préfets concernant les grands cormorans (*Phalacrocorax carbo sinensis*) pour la période 2016-2019, JORF du 13 oct. 2016, texte n° 3.

¹⁸⁹⁶ Projet d'arrêté autorisant des interventions de destruction d'oiseaux de l'espèce grand cormoran sur les sites de nidification dans la zone d'influence de la pisciculture extensive de Dombes (Arrêté non adopté au 13 octobre 2018). <http://www.ain.gouv.fr/IMG/pdf/20160404ProjetArreteCormoranSiteNidification2016-1.pdf>.

systematique. Ensuite, cette pratique peut devenir un modèle de gestion puisque les acteurs locaux souhaitent désormais que ces mesures soient étendues à d'autres espèces, et notamment de canards.

Une nouvelle prérogative du préfet peut être soulevée dans le cadre de dérogations aux règles du droit de l'environnement. En effet, une expérimentation de la dérogation aux normes réglementaires par les préfets a été lancée par décret en 2017¹⁸⁹⁷. Ce décret a été prolongé et explicité par une circulaire du Premier ministre par laquelle ce dernier précise les domaines dans lesquels ce droit de dérogation pourra être exercé par les préfets. L'existence de deux conditions cumulatives sera nécessaire pour mettre en œuvre cette dérogation : la présence d'un intérêt général et de « *circonstances locales* »¹⁸⁹⁸. La première condition est en accord avec la jurisprudence en matière de dérogation¹⁸⁹⁹, mais la seconde semble mystérieuse dans la mesure où les « *circonstances locales* » ne sont qualifiées d'aucune sorte, il est seulement précisé dans la circulaire que le contexte local des collectivités d'outre-mer peut justifier le recours à cette dérogation. L'intelligibilité de la règle ainsi établie aurait exigé que les circonstances locales soient qualifiées de « particulières », ou d'« exceptionnelles » afin de circonscrire le cadre de cette mesure. La limite à cette dérogation est celle de ne pas porter une atteinte disproportionnée aux objectifs poursuivis par les dispositions auxquelles il est dérogé. Il est notamment prévu de n'exercer ce droit qu'au cas par cas, et en aucun cas, d'être généralisé. En outre, l'environnement est l'un des domaines de cette expérimentation, puisqu'il s'agit notamment de « *déroger aux seuils d'autorisation de la nomenclature « loi sur l'eau » pour certains projets de renaturation des cours d'eau* »¹⁹⁰⁰. Dans ce cadre, les préfets de départements pourront essentiellement exonérer un pétitionnaire d'une formalité administrative, cette hypothèse soulevant alors un certain nombre d'obstacles en droit de l'environnement, à commencer par les principes constitutionnels de précaution et de prévention, ainsi que du nouveau principe législatif de non-régression¹⁹⁰¹. En tout état de cause, il pourrait s'agir d'une possibilité susceptible d'être utilisée en matière de droit réglementaire de l'environnement en Dombes. Il pourrait alors être envisagé de faciliter la

¹⁸⁹⁷ Décret n°2017-1845 du 29 décembre 2017 relatif à l'expérimentation territoriale d'un droit de dérogation reconnu au préfet, JORF du 31 déc. 2017, texte n° 33.

¹⁸⁹⁸ *Ibid.*, art. 3.

¹⁸⁹⁹ V. CE Ass., 18 juill. 1973, *Ville de Limoges*, n° 86275, *Lebon* 530 ; *RD publ.* 1974, p. 559, concl. Rougevin-Baville.

¹⁹⁰⁰ Circulaire du Premier Ministre du 9 avril 2018 relative à l'expérimentation d'un droit de dérogation reconnu au préfet n° 6007/SG ; *Construction-Urbanisme* 2018, n° 6, comm. 83, note Santoni ; *AJDA* 2018, p. 770, note Montecler.

¹⁹⁰¹ Certains de ces arguments ont d'ailleurs été invoqués dans un recours contre le décret du 29 décembre 2017 et déposé devant le Conseil d'Etat par l'association Les Amis de la Terre.

délivrance d'autorisations environnementales. Néanmoins, l'expérimentation de ce pouvoir de dérogation est circonscrite à certaines régions, départements et collectivités d'outre-mer parmi lesquelles ne se trouvent pas le département de l'Ain. Sa mise en œuvre est donc soumise à la généralisation de ce pouvoir de dérogation à l'ensemble du territoire national.

Dans ce contexte, ces exceptions constituent un affaiblissement certain de la protection environnementale, voire une régression constante de cette protection. Ainsi, l'arrêté de 2016 pour la période 2016-2019 pourrait être considéré comme portant une atteinte au principe de non régression du droit de l'environnement. La mise en œuvre systématique des dérogations prévues par les dispositions issues du droit de l'Union européenne et du Code de l'environnement conduisent à banaliser l'atteinte aux espèces qui bénéficient pourtant d'une protection juridique théoriquement stricte, bien qu'assortie de réserves. De ce point de vue, la généralisation du recours aux dérogations aux dispositions protectrice revient à galvauder le droit de l'environnement. Longtemps perçu comme un droit d'interdiction, il en devient un droit de dérogations, et à ce titre, semble subir une importante régression¹⁹⁰².

- b. La recherche de la responsabilité étatique dans la réparation des préjudices subis du fait de la présence d'espèces protégées

La principale conséquence juridique de cette situation contradictoire entre le droit de l'environnement, ses fondements objectifs, et sa mise en œuvre pratique relève de la question de la responsabilité. Face à une difficulté, la question que se pose naturellement ceux qui en subissent est l'inconvénient est celle de la responsabilité. Les effets néfastes induits par la protection accordée à certaines espèces, peuvent être compensés par l'engagement de la responsabilité de l'Etat du fait des lois¹⁹⁰³. Cette hypothèse est reconnue de longue date par la jurisprudence administrative¹⁹⁰⁴. Cette reconnaissance juridictionnelle de l'impact négatif de la protection de l'environnement sur certaines activités démontre véritablement une confrontation entre des objectifs véritablement contradictoires. Indemnisation des pisciculteurs par l'Etat. L'objectif de cette démarche, pour les représentants des filières économiques ainsi touchées est d'obtenir réparation du préjudice qu'ils estiment subir. Dans cette perspective, la réglementation environnementale, imposée par les pouvoirs publics dans l'intérêt de tous fait peser sur certains opérateurs, une charge économique disproportionnée. Dès lors, l'argument

¹⁹⁰² SOLEILHAC Th., *Le temps et le droit de l'environnement*, préc., p. 504.

¹⁹⁰³ BOYELLE C., *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, LGDJ, 2003.

¹⁹⁰⁴ CE Ass., 14 janvier 1938, *La Fleurette*, *GAJA* 21^{ème} éd., n° 47.

juridique, somme toute classique¹⁹⁰⁵, de l'inégalité devant les charges publiques est avancé en vue de compenser la charge que font peser les troubles causés par les espèces protégées sur les propriétaires. Néanmoins, ainsi que le relève Philippe Billet¹⁹⁰⁶, dans un premier temps, le Conseil d'Etat refuse d'ordonner l'indemnisation de préjudices causés par les espèces animales protégées¹⁹⁰⁷. Ce refus est fondé sur l'intérêt général de la protection de l'environnement porté par la loi du 10 juillet 1976 : « *eu égard à l'objet en vue duquel les dispositions législatives et les divers textes pris pour leur application ont été édictés, dans l'intérêt général, le législateur a entendu exclure la responsabilité de l'Etat à raison des conséquences que ces textes peuvent comporter* »¹⁹⁰⁸. Une telle indemnisation reviendrait d'une part à permettre une « rente » automatique pour les exploitants agricoles subissant un préjudice, et d'autre part, à vider de son sens la protection offerte par le droit de l'environnement et ainsi « *de rendre pratiquement impossible la sauvegarde des intérêts publics fondamentaux* »¹⁹⁰⁹ au nombre desquels se trouve la protection des espèces.

Pour autant, la Haute juridiction administrative a fait évoluer sa jurisprudence en acceptant qu'un propriétaire qui démontre avoir subi un dommage du fait de l'application d'une loi puisse se faire indemniser à hauteur de son préjudice. Elle a cependant assorti cette possibilité de conditions restrictives. L'application de ce mécanisme jurisprudentiel a explicitement été reconnue dans le cas de dommages causés sur des piscicultures par le grand cormoran¹⁹¹⁰, et ce malgré une jurisprudence d'abord réticence à légitimer l'atteinte à une espèce protégée dont le statut a été édicté sur le fondement de l'intérêt général¹⁹¹¹. Le Conseil d'Etat admet donc depuis 2003 que soit engagée la responsabilité de l'Etat en cas de dommage anormal causé à une activité agricole, que cette dernière ne porte pas atteinte à l'objectif de protection que le législateur s'est assigné, et que les dommages excèdent les aléas inhérents à l'activité et revêtent un caractère spécial. Ainsi, les juges énoncent que « *le préjudice résultant de la prolifération des animaux sauvages appartenant à des espèces dont la destruction a été interdite en application de ces dispositions doit faire l'objet d'une indemnisation par l'Etat*

¹⁹⁰⁵ DEBARD T. L'égalité des citoyens devant les charges publiques : fondement incertain de la responsabilité administrative, *D.* 1987, p. 157.

¹⁹⁰⁶ BILLET Ph., Variations autour de la notion d'espèce protégée, *préc.*, p. 57.

¹⁹⁰⁷ CE, 29 juillet 1994, *Le Bœuf*, n° 115727, R.J.E. 1995, n° 2, p. 337, note Billet et Untermaier ; CE, 21 janvier 1998, *Min. de l'environnement c/ Plan*, *JCP G* 1998, p. 10164, note de Malafosse ; *RFDA* 1998, p. 565, note Bon.

¹⁹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁹⁰⁹ ABRAHAM R., concl. sous CE, Sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, n° 158592, *RFDA* 1998, p. 1248.

¹⁹¹⁰ CE, Sect., 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et a.*, n° 215957, *AJDA* 2003, p.1815, *chron. Donnat et Casas* ; *RFDA* 2004, p. 144, concl. Lamy et p. 151, note Bon ; *JCPA* 2003, n° 1896, note Broyelle ; *R.J.E* 2004, n° 2, p. 189, note Juan ; *RDI* 2003, p. 549, obs. Fonbaustier.

¹⁹¹¹ PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, *préc.*, p. 1160.

lorsque, excédant les aléas inhérents à l'activité en cause, il revêt un caractère grave et spécial et ne saurait, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés ». Cette interprétation en matière environnementale répond à celle qu'avait déjà développée le Conseil d'Etat en matière d'urbanisme, lorsque la servitude imposée à une propriété privée impose à son propriétaire une « *charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi* »¹⁹¹². Le revirement opéré par l'arrêt de 2003 se trouve justifié par « *une rationalisation des critères d'interprétation de la volonté du législateur et sans doute d'un désir d'équité sociale* »¹⁹¹³. Le Conseil d'Etat renoue ainsi avec la jurisprudence classique en matière de responsabilité sans faute de l'Etat législateur du fait de l'application des lois¹⁹¹⁴.

Il s'agit ainsi de permettre la réparation des conséquences dommageables, non souhaitée et non anticipées par la puissance publique, de la mise en œuvre d'un régime de protection satisfaisant à l'intérêt général. En effet, comme le relèvent les conclusions sous l'arrêt précité de 2003, « *l'objet d'intérêt général de l'article 3 de la loi de 1976 est de préserver les espèces animales risquant de disparaître, les dommages qu'elles causent sont étrangers à cet objet, ils en sont seulement une conséquence. Ils constituent bien en revanche une charge imposée à certains administrés dans l'intérêt général* »¹⁹¹⁵. Les juridictions administratives acceptent donc de reconnaître l'existence d'un préjudice subi par les exploitants agricoles du fait du régime protecteur accordé à certaines espèces animales, tout en demeurant rigoureuses dans la mise en œuvre de la responsabilité sans faute de l'Etat du fait des lois. En ce sens, la Cour administrative d'appel de Lyon avait condamné l'Etat à indemniser un pisciculteur, le reconnaissant entièrement responsable, sans pour autant alléguer d'une faute pour défaut de mesures appropriées dans la gestion de la prolifération des cormorans¹⁹¹⁶. Le Conseil d'Etat annula cet arrêt en énonçant qu'il incombait à la Cour « *de rechercher dans quelle mesure le préjudice subi dépassait l'aléa inhérent à l'exploitation afin, le cas échéant, de ne prévoir l'indemnisation que de la part de ce préjudice excédant les pertes résultant normalement de cet aléa* »¹⁹¹⁷. Ainsi, l'Etat ne peut être reconnu entièrement et seul responsable du préjudice

¹⁹¹² CE, Sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, n° 158592, *RFDA* 1998, p. 1248.

¹⁹¹³ NAIM-GESBERT E. et PEYEN L., Responsabilité de l'Etat du fait de l'application de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature : L'arrêt *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et a.*, ... quinze ans après, *R.J.E.* 2018, n° 2, p. 234.

¹⁹¹⁴ JUAN S., La responsabilité sans faute de l'Etat législateur du fait de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, *R.J.E.* 2004, n° 2, p. 195.

¹⁹¹⁵ LAMY F., concl. sous CE, Sect., 30 juillet 2003, préc., *RFDA* 2004, p. 144.

¹⁹¹⁶ CAA Lyon, 7 janvier 2011, *EARL de l'Etang Galetas*, n° 09LY02049.

¹⁹¹⁷ CE, 1^{er} février 2012, *Bizouerne*, n° 347205, *RFDA* 2012, p. 333, concl. Roger-Lacan ; *AJDA* 2012, p. 1075,

subi par un pisciculteur. Cette décision ne remet cependant pas en cause la possibilité pour un pisciculteur de réclamer une indemnisation à ce titre, mais impose de démontrer le caractère grave et spécial du préjudice qui excède les aléas inhérents à l'activité agricole.

Cet aspect de l'analyse met en lumière une opposition frontale entre les intérêts environnementaux et les intérêts des pisciculteurs dans l'exploitation des étangs. De ce fait, le droit de l'environnement tel qu'il s'impose sur l'ensemble du territoire semble être de nature à remettre en cause les équilibres écologiques fragiles inhérents à l'exploitation extensive des étangs en Dombes. Ces dispositions de protection des espèces n'entrent pas en contradiction avec les dispositions coutumières applicables en Dombes mais ses conséquences induisent une remise en cause des pratiques traditionnelles permises par cette coutume. Ces deux ordres normatifs doivent nécessairement trouver un nouveau point d'équilibre afin de permettre une mise en œuvre non concurrentielle.

Le régime de responsabilité sans faute du fait des lois, ainsi élaboré conjointement par le législateur et le juge administratif, « donne le fondement juridique à l'articulation de l'économie et de l'environnement »¹⁹¹⁸. Il s'agit là d'une voie de droit permettant la conciliation des intérêts agricoles et piscicoles avec l'intérêt de la protection des espèces. Eric Naim-Gesbert et Loïc Peyen estiment que cette jurisprudence induit l'existence d'un principe « d'acceptabilité des charges environnementales »¹⁹¹⁹. Le Commissaire du gouvernement, sous ses conclusions de l'arrêt de 2003 estimant que cette indemnisation repose sur un impératif d'équité sociale et constitue un « moyen de bien faire accepter ces mesures de protection »¹⁹²⁰. Il nous semble cependant crucial de préciser que, si une telle indemnisation juridictionnelle contribue à l'acceptabilité de la norme environnementale, elle n'en est pour autant pas le signe d'une acceptation de la « charge environnementale »¹⁹²¹. Elle est un mécanisme réparateur et compensatoire des dommages subis imposant des contraintes importantes, à savoir l'obligation de saisir la juridiction administrative et la charge de la démonstration du caractère anormal et spécial du préjudice. En outre, le juge administratif exige du requérant en indemnisation qu'il identifie la part du préjudice subit excédant l'aléa normal inhérent à l'exploitation agricole. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Lyon de reprocher légitimement aux requérants qu'ils « ne distinguent pas entre le préjudice global correspondant au prélèvement total effectué par les oiseaux ichtyophages et l'éventuelle part,

note Belrhali-Bernard.

¹⁹¹⁸ NAIM-GESBERT E. et PEYEN L., article préc., p. 237.

¹⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 238.

¹⁹²⁰ Concl. préc.

¹⁹²¹ NAIM-GESBERT E. et PEYEN L., article préc., p. 238.

seule indemnisable, de ce préjudice excédant les pertes par prélèvements inhérents à l'exploitation d'une activité piscicole »¹⁹²².

Dans son commentaire de l'arrêt du 30 juillet 2003, Laurent Fonbaustier estime que la jurisprudence a le « *mérite d'attirer l'attention sur un aspect encore largement inexploité de la solidarité nationale en matière environnementale* »¹⁹²³. Cette problématique met en évidence, selon l'auteur, « *un souci marqué d'intégrer les problématiques écologiques dans les préoccupations collectives, tout en évitant que les conséquences néfastes de certaines mesures d'intérêt général écologique (ici, la protection de la faune sauvage) ne restent à la charge des particuliers ou d'activités sectorielles* ». Ainsi, ces contentieux permettent véritablement de s'interroger sur les impacts du droit de l'environnement et l'impossibilité du droit global à anticiper l'ensemble des effets négatifs collatéraux en prenant en compte l'ensemble des cas particuliers. C'est d'ailleurs dans cette perspective qu'il a prévu des dérogations qui doivent impérativement être motivées. Quoiqu'il en soit, on s'aperçoit, par ce type d'exemple, la manière dont le droit de l'environnement modifie l'ordre naturel des choses.

Cette situation complexe aux aspects contradictoires explique pourquoi certains acteurs des filières piscicoles française (dombiste mais également brennoise et mosellane notamment), militent pour une évolution du statut juridique des espèces avicoles piscivores. Au-delà de l'aspect politique de cette démarche, la demande de révision du statut d'espèce protégée semble être une solution difficilement envisageable. Confrontée à ses difficultés pour faire face à ce qu'elle considère être un fléau, la filière piscicole dombiste entend faire entrer dans le débat public l'idée de retirer le statut d'espèce protégée au grand cormoran. Pour autant, cette démarche interroge quant à l'autorité compétente pour engager une telle évolution. Le juge administratif, se considère à juste titre incompétent pour enjoindre le gouvernement français à entamer des démarches en ce sens¹⁹²⁴. Cette compétence n'est pas détachable de l'exercice des pouvoirs du gouvernement dans la conduite des affaires internationales. En effet, la modification des statuts des espèces protégées relève des procédures administratives propres au droit de l'Union Européenne, et ce débat devrait, pour être entendu, être porté au niveau de l'Union.

Donner satisfaction à ces revendications pourrait se révéler particulièrement préjudiciable pour l'ensemble du droit de la protection de la nature et des espèces protégées en particulier. Ouvrir cette « boîte de Pandore » pourrait conduire à la révision du statut juridique d'un grand

¹⁹²² CAA Lyon, 3 déc. 2015, *EARL de l'Etang de Galetas*, n° 12LY00356.

¹⁹²³ FONBAUSTIER L., *Indemnisation des pisciculteurs victimes des cormorans*, *RDI* 2003, p. 549

¹⁹²⁴ CE, 9 mai 2018, *CNPAAR et a.*, n° 402013.

nombre d'espèces animales ou végétales pouvant causer un préjudice à certaines filières économiques¹⁹²⁵.

B. L'encadrement de la lutte contre les espèces « indésirables » dans le droit local

Le droit attribue des qualificatifs divers aux espèces animales et végétales en fonction de leur impact, de leur influence ou de leur implication dans les activités humaines. Espèces domestiques, non domestiques, exotiques, envahissantes ou susceptibles d'occasionner des dégâts, sont autant de statuts juridiques faisant échos aux épithètes utilisés dans le langage courant : nuisible, envahissante, chassable. Mais ce qui est nuisible du point de vue de l'opérateur privé, ne l'est pas nécessairement du point de vue du droit. Il est alors nécessaire d'utiliser une formulation qui permette d'intégrer dans le droit spontané local l'ensemble des « ennemis de la pisciculture » (a), afin de pouvoir institutionnaliser une obligation de protection des exploitations (b).

1. Une multiplication de statuts juridiques pour les « ennemis de la pisciculture »

Certaines espèces sont soumises à un régime de police administrative spéciale du fait qu'elles sont considérées comme invasives ou nuisibles. Certaines espèces de faune et de flore présentes localement font l'unanimité contre elles, et font l'objet d'un régime juridique spécifique destiné à encadrer et un contrôle des espèces invasives : c'est particulièrement le cas de la « lutte » contre la destruction des milieux par le ragondin et de la jussie.

Des espèces invasives aux espèces nuisibles, en passant par les « bêtes fauves », et jusqu'à la nouvelle catégorie des espèces susceptibles d'occasionner des dégâts, le droit de l'environnement et le droit rural fourmillent de catégories permettant de qualifier les animaux et végétaux. Pourtant, aucune ne permet de clarifier les obligations coutumières de l'exploitant d'étangs puisque la régulation de l'ensemble des espèces susceptibles de perturber l'exploitation des ouvrages ou les équilibres écosystémiques locaux, nécessite de se conformer aux diverses législations applicables à ces catégories. Le statut d'espèce nuisible est sans doute le plus problématique en droit français, et a fait l'objet de bon nombre de commentaires, discutant des critères permettant la mise en œuvre d'un régime de police

¹⁹²⁵ On pense ici évidemment aux cas controversés du retour du loup dans les massifs montagnards français, et de la réintroduction des ours dans les Pyrénées.

administrative particulier. Vainement, la doctrine a recherché dans le droit une définition du nuisible¹⁹²⁶. C'est au sein du Code rural et de la pêche maritime que l'on peut trouver une définition de ce qui est nuisible aux végétaux : « *sont considérés comme des organismes nuisibles tous les ennemis des végétaux ou des produits végétaux, qu'ils appartiennent au règne animal ou végétal ou se présentent sous forme de virus, mycoplasmes ou autres agents pathogènes* »¹⁹²⁷. Le vocabulaire employé, emprunté au discours belliqueux « ennemis des cultures », démontre la volonté du législateur de placer certains intérêts au-dessus de tout autre. L'agriculture est l'un de ceux-là. La protection de la production agricole justifie la mise en œuvre d'un régime juridique particulièrement bienveillant légitimant le recours à la chimie en générale et aux produits phytopharmaceutiques, fongicides et pesticides en particulier.

Plus largement, le statut d'espèce nuisible permet de mettre en œuvre un régime de police administrative en vue d'encadrer les possibilités de destructions de celles-ci. Les espèces nuisibles sont inscrites au sein de plusieurs listes instaurées par décret le ministre chargé de la chasse détermine ensuite, par arrêté les listes des espèces d'animaux classés nuisibles. Sont envisageables trois listes distinctes¹⁹²⁸, ce qui démontre la nécessité du droit de s'adapter au mieux aux faits. Une première liste est annuelle, elle définit les espèces nuisibles sur l'ensemble du territoire métropolitain¹⁹²⁹. Elle est complétée par une deuxième liste qui fixe pour trois ans, et pour chaque département, les espèces nuisibles en précisant les périodes et territoires concernés. Enfin, la troisième liste est celle qui arrête les espèces susceptibles d'être classées nuisibles par arrêté annuel du préfet. La qualification juridique du nuisible ne peut donc résulter d'une analyse in abstracto et mobilise une étude relativement fine des dommages que sont susceptibles de causer les espèces considérées aux divers intérêts généraux en présence. L'administration, sous le contrôle du juge administratif doit alors considérer la densité de population de ces espèces dans le territoire considéré, les activités qui le caractérisent (notamment agricoles), la qualité des espaces naturels, etc. Dès lors, le classement d'une espèce sur la liste des nuisibles est légal, soit lorsque la preuve qu'une atteinte aux intérêts mentionnés dans le Code de l'environnement est portée par l'espèce visée, soit, même en l'absence de preuve d'une telle atteinte, lorsque l'espèce est répandue de façon significative et qu'elle est ainsi susceptible de porter atteinte à ces intérêts¹⁹³⁰. La

¹⁹²⁶ NAIM-GESBERT E., Espèce nuisible : donné ou construit ?, préc.

¹⁹²⁷ Code rural et de la pêche maritime, art. L. 251-3.

¹⁹²⁸ Code de l'environnement, art. R. 427-6.

¹⁹²⁹ Décret n° 2012-402 du 23 mars 2012 relatif aux espèces d'animaux classés nuisibles, JORF du 25 mars 2012, p. 5415, modifié par Décret n° 2016-115 du 4 février 2016 relatif à diverses dispositions cynégétiques, JORF du 6 février 2016, texte n° 7.

¹⁹³⁰ CE, 5 mai 1993, *Secr. d'Etat chargé de l'environnement c/ Roc et a.*, n° 114974.

légalité d'un arrêté portant liste des espèces nuisibles sur le territoire national ou sur le territoire d'un département, fait donc l'objet d'un contrôle normal par le juge administratif, et ce, que ce soit le classement ou l'absence de classement d'une espèce qui est contesté¹⁹³¹.

La loi dite « Biodiversité » du 8 août 2016 opère une « *mutation terminologique notable* »¹⁹³² en matière de police administrative de destruction des espèces nuisibles. En effet, le Code de l'environnement ne mentionne plus les espèces « nuisibles » mais les « *animaux susceptibles d'occasionner des dégâts* », identifiés parmi les « espèces non domestiques », autrement dit, les animaux sauvages. Par ailleurs, les « spécimens d'espèces non domestiques » se substituent « aux animaux nuisibles » au sein des dispositions encadrant le recours aux battues administratives¹⁹³³, entraînant une potentielle augmentation du nombre d'espèces visées par ces actions. On observe donc une certaine volonté législative de neutralisation et d'objectivisation lexicale du droit de l'environnement, d'autant plus que la mention « espèces susceptibles d'occasionner des dégâts » a été préférée à celle de « prédateurs » initialement présente dans le projet de loi¹⁹³⁴. Cette volonté est exprimée par le Ministre chargé de l'environnement qui, dans une réponse à une question parlementaire écrite, justifie cette « *précision strictement rédactionnelle* » en ces termes : « *Les termes "harmifères et nuisibles" semblent en effet inappropriés dans une vision moderne et dynamique de protection de la nature et des équilibres agro-sylvo-cynégétiques* »¹⁹³⁵. Pour autant, la dimension anthropocentrée de la perception de l'existence de ces espèces ne soit pas abandonnée, loin s'en faut. Pour autant, le vocabulaire juridique, à travers les procédures d'autorisation de « destruction » d'espèces contre lesquelles il faut « lutter », demeure particulièrement violent¹⁹³⁶.

Cette évolution sémantique n'est pourtant pas optimale puisque certaines espèces, et en premier chef le ragondin (*Myocastor coypus*), se voient toujours accoler l'étiquette de « nuisible » à travers les dispositions du Code rural. L'article L. 251-3-1, qui fait suite à la définition du qualificatif de nuisible par rapport aux végétaux cultivés, précise en effet : « *Afin de limiter les populations de rats musqués et de ragondins, tous les moyens de lutte doivent être mis en œuvre. La lutte chimique par le recours à des appâts empoisonnés doit se faire sur autorisation préfectorale dans le cadre d'un programme incluant les autres moyens de lutte*

¹⁹³¹ CE, 16 juill. 2014, *Féd. dép. des chasseurs de Charente-Maritime et a.*, n° 363446 ; Env. 2014, n° 10 comm. 64, note Trouilly.

¹⁹³² V. en ce sens, VAN LANG A., La loi Biodiversité du 8 août 2016 : une ambivalence assumée, *AJDA* 2016, p. 2492.

¹⁹³³ Code de l'environnement, art. L. 427-6.

¹⁹³⁴ VAN LANG A., La loi Biodiversité du 8 août 2016 : une ambivalence assumée, préc.

¹⁹³⁵ Réponse à la question écrite n° 49082, JO AN (Q) du 27 septembre 2016, p. 8808.

¹⁹³⁶ TREILLARD A., Ce que disent les mots du droit, *Espaces Naturels*, n° 61 janvier 2018, p. 26.

lorsque ceux-ci se seront révélés insuffisants ». En ce sens, ces espèces restent nuisibles à l'agriculture, tout en étant également considéré comme des « animaux susceptibles d'occasionner des dégâts » au titre du Code de l'environnement. Ce seul constat contribue à la démonstration de la difficulté d'articulation entre les différents champs du droit et l'ambiguïté du statut de certaines espèces, perturbatrice pour certaines activités humaines, mais essentielle au sein des écosystèmes naturels. En ce qui concerne le ragondin, ce rongeur cumule les statuts et les régimes juridiques. En effet, en plus d'être nuisible et susceptible d'occasionner des dégâts, il est également soumis à une interdiction d'introduction dans le milieu naturel. En effet, d'origine américaine, le rongeur est classé parmi les espèces exotiques envahissantes¹⁹³⁷. Le régime juridique prévu par le Code de l'environnement comporte ainsi deux volets : préventif d'abord puisqu'il s'agit d'éviter l'introduction de ces espèces non endémiques, et curatif ensuite, puisque la destruction des individus de ces espèces est possible si leur présence est avérée¹⁹³⁸. A l'instar du ragondin, certaines espèces peuvent être détruites à plusieurs titres : parce qu'elles ont (ou sont susceptible) occasionner des dégâts aux intérêts humaines et notamment à l'agriculture, ou parce que sa seule présence le justifie si elles ne sont pas endémiques. On observe alors un cumul des polices administratives apparemment inextricable. L'on touche sans doute là aux limites du droit administratif qui, à travers la diversité de ses branches, peine à unifier le statut juridique des espèces en conciliant les intérêts humains et environnementaux. Certains auteurs plaident donc pour l'unification d'un régime accordé aux animaux notamment¹⁹³⁹. Le droit doit toutefois trancher et son rôle devrait être celui de la clarification. L'identification d'une catégorie juridique revient à donner un nom aux éléments de l'environnement. Il s'agit donc là d'un exercice que qualification juridique d'une catégorie d'espèces aux multiples statuts, mais qui ont en commun de perturber les écosystèmes particuliers des étangs. Partant, elles participent à mettre à mal la productivité de ces milieux en termes de pisciculture comme de biodiversité. La multitude de statuts offerte par le droit de l'environnement n'apparaît pas pleinement satisfaisante eu égard à la différence et à la précision des critères auxquels elle renvoi. Une des fonctions du droit de l'environnement est d'opérer une transformation sémantique en désignant le réel écologique

¹⁹³⁷ Arrêté du 14 février 2018 relatif à la prévention de l'introduction et de la propagation des espèces animales exotiques envahissantes sur le territoire métropolitain, JORF du 22 février 2018, texte n° 12, pris en application de l'article L. 411-5 du Code de l'environnement.

¹⁹³⁸ L'article L. 411-8 du Code de l'environnement dispose en effet : « Dès que la présence dans le milieu naturel d'une des espèces mentionnées aux articles L. 411-5 ou L. 411-6 est constatée, l'autorité administrative peut procéder ou faire procéder à la capture, au prélèvement, à la garde ou à la destruction des spécimens de cette espèce ».

¹⁹³⁹ V. en ce sens, CAMPROUX-DUFRESNE M.-P., Plaidoyer civiliste pour une meilleure protection de la biodiversité. La reconnaissance d'un statut juridique protecteur de l'espèce animale, *R.I.E.P* 2008, n° 1, p. 180.

de façon à accorder « *les choses et les noms pour que l'ordre fictif du droit agisse sur la réalité* »¹⁹⁴⁰. Nommer les choses est une chose. Leur attribuer une appellation qui permette véritablement de saisir leur réalité écologique, économique et sociale, en est une autre. Dès lors, plus que nommer les choses, il s'agit de « *bien nommer pour mieux saisir* »¹⁹⁴¹, puisque « *l'accord avec le réel passe par le nom* »¹⁹⁴².

2. *L'innovation du droit local et la création d'une obligation de « lutter contre les espèces indésirables ».*

Le droit local offre un cadre spécifique et adapté à une gestion locale des « ennemis de la pisciculture », avec la mise en œuvre de l'ensemble des moyens juridiques possibles pour préserver l'activité économique de l'impact des espèces sauvages : protégées, nuisibles, invasifs. Lors de la publication des usages des étangs de la Dombes en 2017, a été retenue la proposition de regrouper ces actions au sein d'une responsabilité d'entretien pour lutter contre les « indésirables » répondant à la nécessité de clarifier les obligations coutumières de chaque propriétaire en la matière (a). Cette simplification sémantique permet la mise en œuvre d'une responsabilité coutumière locale de mettre en œuvre les moyens de faits et de droits disponibles pour limiter l'impact de ces espèces sur les milieux (b).

a. La recherche d'une appellation juridique à un problème écologique, économique et social

. La gestion de certaines espèces cause un grand nombre de difficulté sur le territoire de la Dombes des étangs, et justifie qu'elles fassent l'objet d'obligations harmonisées, alors même qu'elles répondent, en droit général, à diverses catégories juridiques. Il apparaît alors nécessaire d'harmoniser leur gestion à l'échelle du territoire et donc au sein du droit spontané local. Avant toute chose, il convient de remarquer l'expression qui avait été utilisée au sein du Document d'objectif du site Natura 2000 de la Dombes, à savoir : les « *espèces à problème* »¹⁹⁴³. Il a été choisi, lors de la rédaction du recueil de l'ensemble des usages actuels de la Dombes, de recourir à l'expression « *d'espèce indésirable* »¹⁹⁴⁴, non connotée

¹⁹⁴⁰ NAIM-GESBERT E., *Droit général de l'environnement*, préc., p. 22.

¹⁹⁴¹ NAIM-GESBERT E., Pour une théorie générale du droit de l'environnement, *R.J.E.* 2014, n° 1, p. 5.

¹⁹⁴² NAIM-GESBERT E., La définition nominaliste du droit de l'environnement, in BILLET Ph. (Dir.), *Mélanges Untermaier*, p. 287.

¹⁹⁴³ DOCOB, 2004, p. 245.

¹⁹⁴⁴ Usages des étangs de la Dombes, préc., 2017, p. 30.

juridiquement, bien que faisant indéniablement apparaître un certain parti-pris. Cette expression était d'ores et déjà présente dans la littérature propre aux sciences humaines et sociales, et particulièrement lorsqu'il s'agit de la gestion de l'eau¹⁹⁴⁵, et utilisée dans le langage courant par les exploitants et propriétaires d'étangs. Elle a été préférée au terme « d'espèce à problème » qui n'est que rarement employé par ces derniers ou les différents opérateurs publics intervenant sur ce territoire (ONCFS, agents des syndicats de rivières, agents de la Chambre d'agriculture, etc.). De cette manière, l'expression du droit se retrouve en phase avec les enjeux écologiques, économiques et sociaux.

En tout état de cause, le choix du qualificatif « indésirable » n'est évidemment pas exempt de critiques. L'adoption d'un tel vocabulaire est susceptible de faire naître une certaine réticence chez le juriste qui, à l'instar du droit national, opte généralement pour le mouvement vers un droit plus objectif. Néanmoins, l'explication de ce choix est plutôt à rechercher dans l'anthropologie du droit. En effet, il s'agit là d'un droit éminemment local, construit autour d'une filière économique par ceux qui lui donnent forme à travers leurs pratiques. Plus encore, sans doute, que le droit commun, le droit endogène est par nature partial à certains égards, du fait de son objet. Les termes de « lutte » ou « d'ennemis » ne sont pas innocents, et traduisent l'emprise du réel économique et social sur le droit. A cet égard, l'intégration d'espèces au sein d'une telle catégorie juridique démontre que le droit répond à une création sociale, et n'est pas seulement une prise en compte d'un donné écologique¹⁹⁴⁶. En tout état de cause, l'identification du « perturbateur » est affaire de casuistique et chaque espèce peut alors être qualifiée ainsi dès lors qu'elle perturbe un équilibre. C'est dans cet esprit que le qualificatif d'indésirable s'est imposé, répondant aux soucis de s'émanciper d'une catégorie juridique spécifique et de pouvoir y admettre des espèces aux statuts juridiques différents.

Ces difficultés ne sont pas sans rappeler certaines incohérences qui résultent des choix du législateur qui intègre certaines espèces (le loup, l'ours), à la fois dans la catégorie des espèces nuisibles et des espèces protégées. La difficulté d'articuler de ces régimes juridiques est alors criante¹⁹⁴⁷. C'est donc dans l'objectif de respecter les différents statuts accordés aux espèces par la loi qu'il a été choisi de regrouper au sein d'une catégorie juridique locale des

¹⁹⁴⁵ Voir par exemple BEDOUCHE G., préc., p. 364 ; BOULEAU G., La catégorisation politique des eaux sous l'angle de la *political ecology* : le patrimoine piscicole et la pollution en France, *L'Espace géographique* 2017, n° 3, pp. 214-230.

¹⁹⁴⁶ De manière globale, Eric Naim-Gesbert conclue que le « nuisible n'est pas donné, il se construit », article préc.

¹⁹⁴⁷ TRUCHET D, L'ours des Pyrénées, rêve de juriste, cauchemar d'administrateur, in *Mélanges Darcy*, Bruylant, 2012, p. 847.

« espèces indésirables », celles qui sont susceptibles de perturber l'équilibre éco systémique, social et économique local. La mise en œuvre de chacun des régimes (protecteur ou non) prévus par le droit commun est donc préservée, en faisant toutefois apparaître un certain nombre d'obligations incombant aux exploitants et propriétaires d'étangs en Dombes dans le but de préserver les équilibres locaux.

- b. La création d'un régime de responsabilité personnelle quant à la présence d'espèces « indésirables »

La mise en œuvre en Dombes de l'obligation de limiter l'impact des espèces qualifiées « d'indésirables » est opérée par exemple par le piégeage et la capture par tout moyen des ragondins. Cette espèce représente un véritable enjeu quant à la préservation des équilibres naturels. Ne subissant l'existence d'aucun véritable prédateur endémique, le ragondin prolifère en tout lieu pouvant lui servir d'habitat, à savoir les milieux aquatiques : canaux, cours d'eau, plan d'eau, en milieu rural comme en milieu urbain¹⁹⁴⁸.

Est désormais instaurée à l'échelon local une responsabilité collective de la lutte contre ces espèces. Il y a les espèces de faune, mais il ne faut pas oublier la flore, parfois plus agressive ou, du moins, plus problématique encore pour les activités piscicoles : eutrophisation des plans d'eau par les espèces de jussie, et notamment *Ludwigia grandiflora* et *Ludwigia peploides*. La vigilance qu'imposent ces espèces est en effet un des enjeux de la gestion de l'eau dans les régions d'étangs, en Dombes comme en Brenne¹⁹⁴⁹. Ces espèces sont reconnues à l'échelle de l'Union européenne comme des espèces végétales exotiques envahissantes¹⁹⁵⁰. De façon concomitante, le Code de l'environnement dispose qu' « est interdite l'introduction dans le milieu naturel, qu'elle soit volontaire, par négligence ou par imprudence, susceptible de porter préjudice aux milieux naturels, aux usages qui leur sont associés ou à la faune et à la flore sauvages : [...] 2° De tout spécimen d'espèces végétales à la fois non indigènes au territoire d'introduction et non cultivées, dont la liste est fixée par arrêté conjoint du ministre chargé de la protection de la nature et du ministre chargé de

¹⁹⁴⁸ La presse s'est par exemple fait écho des difficultés techniques mais également sociales, que rencontre la ville de Strasbourg dont la politique de ville durable s'est accompagné d'une prolifération des rongeurs ; ROUSSEAU N., A Strasbourg, des ragondins trop mignons pour être tués, *Libération*, 3 mai 2018.

¹⁹⁴⁹ G. BEDOUCHE, Rare ou abondante, l'eau précieuse. En France, l'exemple de la Brenne des étangs, *Anuário Antropológico*, 2011, vol. II, pp. 127-167.

¹⁹⁵⁰ Ces espèces sont intégrées à la liste des espèces exotiques envahissantes annexée au Règlement d'exécution n° 2016/1141 de la Commission du 13 juillet 2016 adoptant une liste des espèces exotiques envahissantes préoccupantes pour l'Union conformément au règlement (UE) n° 1143/2014 du Parlement et du Conseil, JOUE du 14 juillet 2016, L. 189/4.

l'agriculture ou, lorsqu'il s'agit d'espèces marines, du ministre chargé des pêches maritimes »¹⁹⁵¹. En application de ces dispositions¹⁹⁵², les deux espèces précitées appartiennent à la liste des espèces végétales dont « *l'introduction dans le milieu naturel, la détention, le transport, le colportage, l'utilisation, l'échange, la mise en vente, la vente ou l'achat* » et font donc l'objet d'une interdiction d'introduction en France métropolitaine¹⁹⁵³. De ce fait, le régime juridique des espèces dites envahissantes pèse plus sur le comportement humain que ne repose sur une régulation des espèces (ce processus étant notamment assuré par le régime des espèces dites « nuisibles »). L'objectif est alors de faire peser une responsabilité sur les importateurs, volontaires ou non, de ces espèces dans une perspective de prévention. Un devoir de vigilance, dont les écarts sont sanctionnés pénalement, s'impose alors aux gestionnaires de milieux naturels ainsi qu'à tout opérateur économique. Ainsi, l'introduction volontaire de ces espèces constitue un délit, et leur introduction involontaire ou par négligence constitue une contravention¹⁹⁵⁴.

Ce devoir de vigilance est ainsi adapté à l'échelon local de la Dombes et est généralisé à l'ensemble des espèces susceptibles de perturber les équilibres écologiques, économiques et sociaux, en s'inspirant du régime général des espèces envahissantes. Un tel devoir de vigilance est étendu localement à l'ensemble des espèces susceptibles de troubler les activités piscicoles et ce, quel que soit le statut que le droit commun leur a attribué. Ainsi, chaque propriétaire ou exploitant d'étang en Dombes veille à préserver ses ouvrages et les abords de son étang des perturbations susceptibles d'être causées par : les mustélidés nichant sur les digues, les espèces végétales envahissantes, les oiseaux piscivores, tous étant considérés comme « indésirables ». Il s'agit des espèces « *végétales ou animales, dont la présence est susceptible d'entraîner un dommage aux fonds voisins, ou l'appauvrissement de la qualité de l'eau ou de l'ensemble des éléments représentatifs de la biodiversité des étangs en Dombes* »¹⁹⁵⁵. Cette définition, particulièrement large, est le fruit de l'observation des pratiques actuelles et de discussions quant à la manière de retranscrire le plus fidèlement ces pratiques qui visent à préserver les étangs, leur production et l'ensemble des milieux dans lesquels il s'inscrive.

Une responsabilité collective pèse sur la communauté des exploitants d'étangs en la matière, ainsi que les réunions publiques sur les risques inhérents à la présence de la jussie, ou

¹⁹⁵¹ Code de l'environnement, art. L. 411-5.

¹⁹⁵² Et dans les conditions déterminées par l'article R. 411-31 du Code de l'environnement.

¹⁹⁵³ Arrêté du 14 février 2018 relative à la prévention de l'introduction et de la propagation des espèces végétales exotiques envahissantes sur le territoire métropolitain, JORF du 22 févr. 2018, texte n° 11.

¹⁹⁵⁴ PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, préc., p. 384.

¹⁹⁵⁵ *Les usages des étangs de la Dombes*, 2017, préc., p. 30.

les actions collectives, et autorisées, de destruction d'individus de cormorans peuvent en témoigner. Cette responsabilité a été intégrée au sein du recueil des usages des étangs de la Dombes en 2017, et constitue une extension de la responsabilité d'entretien des étangs et de l'ensemble de ses éléments telle qu'elle ressort de la coutume écrite¹⁹⁵⁶. En ce sens, « *dans le respect des lois et règlements qui assurent la protection de certaines espèces animales ou végétales, tout propriétaire d'étang est responsable, sur son fonds, de la lutte contre les espèces indésirables* »¹⁹⁵⁷. Il incombe ainsi, à tout propriétaire d'entretenir sa propriété de façon à limiter, au moins, la prolifération de ces espèces, et d'éviter l'extension de leur habitat à l'ensemble d'une chaîne d'étang¹⁹⁵⁸. Pour ce faire, il met en œuvre tous les moyens juridiques et matériels à sa disposition, dans la mesure où ces actions ne vont pas à l'encontre de l'application du droit de l'environnement notamment¹⁹⁵⁹. La rédaction de ces dispositions est issue d'un compromis entre les acteurs locaux qui se sont accordé pour retranscrire au mieux la réalité des pratiques et des enjeux, et en respectant les principes traditionnels du droit coutumier. Les manquements à cette responsabilité engageraient le propriétaire envers ses voisins, dans la mesure où sa négligence en la matière serait susceptible de faire l'objet d'une demande d'indemnisation de la part de ces derniers en cas de dommage (si une digue commune est détruite du fait de la prolifération de ragondins et de l'inaction de l'un des propriétaires par exemple). En outre, une telle situation serait également de nature à engager la responsabilité civile¹⁹⁶⁰ du contrevenant mais cela imposerait de s'extraire du cadre du droit spontané local.

Les pratiques pourraient cependant aller plus loin dans cette démarche de préservation des milieux naturels de la Dombes face aux risques que font peser ces espèces. En effet, serait susceptible de se développer un devoir de vigilance général incombant à chacun des membres de la communauté locale et qu'il exercerait au-delà de sa propriété, sur l'ensemble de la chaîne à laquelle son étang appartient par exemple. Le développement d'une telle pratique pourrait ainsi conduire à la constitution d'un « droit d'ingérence écologique coutumier », permettant à tout propriétaire intéressé d'effectuer les actions rendues nécessaires par l'inaction d'un autre propriétaire face à la prolifération de ces espèces. Une telle atteinte à la propriété privée pourrait également prendre la forme d'une servitude coutumière

¹⁹⁵⁶ TRUCHELUT A., préc., p. 267.

¹⁹⁵⁷ *Les usages des étangs de la Dombes*, 2017, préc., p. 30, art. 37.

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*, art. 38-1.

¹⁹⁵⁹ *Ibid.*, art. 38-2.

¹⁹⁶⁰ Au titre de l'article 1241 du Code civil qui dispose : « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ».

d'entretien¹⁹⁶¹. Un tel usage aurait pour effet de pousser à son paroxysme la responsabilité collective de la « lutte contre les espèces indésirables », dans le sens où chacun serait responsable de son action et de ses biens, mais également des biens de ses voisins. De ce point de vue, la responsabilité qui peut être recherchée chez un propriétaire ou exploitant d'étang traduit l'existence d'une solidarité forcée, imposée par les conditions matérielles et le droit spontané qui s'y adapte.

Quoi qu'il en soit, la mise en œuvre de ces mécanismes juridiques spontanés ne permet pas de s'affranchir de certaines règles visant à préserver l'ordre public écologique. Ainsi, les dérogations, strictement encadrées en application de la législation visant la protection des espèces, n'ont cependant pas pour effet de mettre fin à tout dommage sur les piscicultures. Un certain nombre de moyens de protection des étangs et des poissons sont déployés par les pisciculteurs qui, là encore, sont poussés à faire évoluer les pratiques. Le droit de la protection de la nature induit donc, indirectement, certaines modifications des pratiques locales. En effet, ces problématiques tant juridiques que pratiques sont apparues avec l'arrivée de ces espèces qualifiées d'indésirables. La régulation de cette espèce, dans le cadre réglementaire, devient un impératif pour l'ensemble des exploitants d'étangs, au même titre que la lutte contre les espèces invasives, animales ou végétales, qui causent des dommages sur les exploitations. Malgré les autorisations de prélèvement d'individus de cormorans, les dommages sur les populations piscicoles sont susceptibles de persister. Le droit local évolue donc avec les nécessités pratiques, et le droit ainsi des plus vivants, enrichi les pratiques en même temps que ces dernières poussent le droit à innover. Droit et pratique sont donc en interaction permanente et s'adaptent l'un à l'autre dans une dynamique spontanée.

¹⁹⁶¹ Comme celle qui existe déjà et qui permet à un propriétaire de pénétrer sur la propriété d'autrui afin d'actionner ou d'entretenir des ouvrages hydrauliques sur lequel il détiendrait un droit réel, d'usage ou de propriété.

Conclusion du Chapitre 1

Si, en général, le droit influence les comportements humains, le droit de l'environnement exerce une influence sur les relations entre l'humain et le non humain, dans une recherche de l'équilibre permettant à la fois la pérennité des activités humaines et le maintien, dans un état de conservation favorable, des populations animales et végétales. De ce principe résulte une cohabitation difficile, en Dombes, entre pisciculteurs et oiseaux piscivores. L'objectif de préservation de l'environnement porté par le droit semble heurter frontalement les principes du droit local qui ont pour objet de permettre l'exploitation d'une ressource naturelle. Ces objectifs ne sont pas nécessairement antagonistes dans la mesure où ils sont susceptibles d'aboutir à la construction d'un droit local du développement durable. Le droit local apportant ici une réponse empirique aux enjeux qui ont fondé la construction d'un droit de l'environnement.

La pérennité des activités locales est le fruit d'interactions complexes entre droit et pratiques d'un côté, et droit local et droit de l'environnement de l'autre. D'un point de vue pratique, ces interactions aboutissent à la recherche constante d'un équilibre des enjeux en présence, permettant une coviabilité entre activités humaines et composantes de l'environnement. D'un point de vue juridique, l'exemple de l'exploitation de l'eau et des étangs en Dombes met en exergue la complémentarité de systèmes normatifs dont les fondements et les finalités diffèrent fortement, érigeant ainsi un modèle de pluralisme juridique. Les conflits normatifs entre droit spontané et droit de l'environnement ne sont pas nécessairement insurmontables dans le sens où ils dépendent de leur mise en œuvre par l'ensemble des parties prenantes locales. Dans ce contexte particulier, le droit commun offre néanmoins un panel d'outils indispensables à la préservation et à la mise en valeur des composantes naturelles de l'environnement dombiste.

Chapitre 2. Valorisation privative et protection publique des étangs en Dombes

Les mécanismes juridiques mis en œuvre sur le territoire de la Dombes sont multiples, et l'on voit s'y confronter le droit spontané propre à cette région et le droit commun. Leurs objectifs n'étant pas irréconciliables malgré des finalités diverses, leur mise en œuvre concomitante permet, au contraire, de préserver des usages traditionnels de l'eau et la ressource naturelle en elle-même. De façon générale, l'exploitation de l'eau et des étangs de la Dombes ainsi que la préservation des milieux naturels locaux conduisent à la conjonction de l'ensemble des droits potentiellement applicables, chacun pouvant contribuer à ces objectifs, dans le cadre de leurs finalités propres. Le pluralisme juridique se révèle donc à plusieurs niveaux : par la mise en œuvre conjointe du droit spontané et du droit commun d'une part, et par la manifestation de l'effacement de la *summa divisio* entre droit public et droit privé d'autre part. L'étang en Dombes, lorsqu'il appartient à une personne publique, alors comme un « *fonds administratif* »¹⁹⁶², est l'objet d'un curieux mariage entre droit administratif et droit spontané local, entre ouverture au public et protection de la propriété, et encore entre activité publique et activité privée.

Face aux difficultés que peut parfois présenter la mise en œuvre du droit de l'environnement, dont les limites résident dans les importantes dérogations qu'il permet, le droit public offre un panel d'outils concourant également à la protection et la mise en valeur des espaces naturels. A ce titre, des mécanismes classiques du droit administratif (police administrative, domaine public, service public...) permettent de donner une nouvelle dimension à la situation des étangs de la Dombes, favorisant à la fois la pérennité d'une exploitation piscicole traditionnelle, tout en garantissant la préservation des milieux naturels. Il existe en Dombes une propriété plurielle, et au sein de cette pluralité de propriétaires, il convient de s'interroger sur la place de la propriété publique et surtout sur le régime alors applicable entre domaine public et domaine privé (Section 1). La place de l'étang en Dombes est, quoi qu'il en soit, en train de prendre une nouvelle dimension juridique, dans le sens où il est susceptible de faire l'objet de dispositifs innovants offerts par le droit commun, sans pour autant remettre en cause la mise en œuvre du droit traditionnel local. C'est notamment le cas lorsqu'une personne publique contracte avec un propriétaire privé d'étang dans le but de l'inciter à pérenniser des pratiques à la fois traditionnelles et respectueuses de

¹⁹⁶² SCHMALTZ B., *Les personnes publiques propriétaires*, Dalloz, 2016, p. 297. L'auteur y définit le fonds administratif comme « *l'universalité des actifs affectés à l'exercice d'une activité relevant de la compétence d'une personne publique, activité de service public ou non* ».

l'environnement. A ce titre, la mise en valeur publique par le service public peut se conjuguer avec une valorisation mettant en œuvre les outils du droit privé de l'environnement (Section 2).

Section 1. La préservation des activités traditionnelles en Dombes par le droit public

La mise en œuvre du droit administratif à l'égard des étangs de la Dombes interroge quant à l'adéquation des usages traditionnels des étangs aux politiques publiques contemporaines de valorisation des milieux. Cette problématique est d'importance lorsque l'on considère que certains étangs en Dombes appartiennent à des personnes publiques, qu'il s'agisse du Département de l'Ain, de communes ou d'établissements publics de l'Etat, et plus spécialement l'Office national de la chasse et de la faune sauvage (ONCFS). Le caractère public de la propriété n'est pas neutre et suppose l'application d'un régime juridique exorbitant du droit commun, et ce, depuis l'Ancien Régime s'agissant plus particulièrement des forêts et des cours d'eau navigables et flottables, alors intégrés au domaine de la Couronne¹⁹⁶³. La propriété publique en Dombes donne à voir la façon dont la frontière entre le public et le privé est fluctuante¹⁹⁶⁴, un même objet pouvant répondre à plusieurs régimes de propriété. Ainsi, les intérêts publics et privés d'une part, collectifs et individuels d'autre part, se rejoignent lorsqu'il s'agit de favoriser l'exploitation durable de biens environnementaux. En ce sens, la propriété publique est dotée d'une potentialité protectrice importante, et plus encore si les biens publics que sont certains étangs sont susceptibles de relever du domaine public (I). Le caractère public de la propriété et le régime qui y est attaché peut avoir des effets positifs sur la protection des étangs et leurs caractéristiques écologiques mais cette propriété constitue le support d'activités publiques de valorisation de la ressource qui se traduisent notamment par une ouverture au public (II).

¹⁹⁶³ GAUDEMET Y., *Droit administratif des biens*, tome 2, 14^{ème} éd., LGDJ, 2011, p. 19.

¹⁹⁶⁴ CHAMARD C., *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz, 2004, p. 5.

I. Les étangs de la Dombes et leurs usages saisis par la propriété publique

« *L'administration est propriétaire de son domaine public comme elle l'est des biens du domaine privé* »¹⁹⁶⁵. Le droit coutumier local, en ce qui concerne les étangs, intéresse essentiellement les propriétaires fonciers¹⁹⁶⁶, et les personnes publiques, en tant que propriétaires d'étangs, sont soumises à ce droit spécifique. Dès lors, il existe nécessairement des influences réciproques, dans leur mise en œuvre locale, du droit administratif des biens et du droit spontané. Les prérogatives des propriétaires publiques s'exercent alors en prenant en considération les particularités juridiques et pratiques locales, et ces dernières se trouvent contraintes par le régime spécifique des biens publics. Le rôle des personnes morales de droit public dans la gestion des étangs de la Dombes s'accroît depuis quelques décennies et leurs exploitants, dans leurs activités, doivent désormais composer avec les politiques publiques de mise en valeur de ce patrimoine naturel fragile : il s'agit principalement de la politique foncière et de gestion de l'ONCFS, et de l'acquisition et du classement de certains étangs en espaces naturels sensibles par le Conseil Départemental de l'Ain. La gestion traditionnelle des étangs peut donc s'en trouver modifiée du fait de la nature des personnes propriétaires, et deux modèles de gestion publique des étangs coexistent. L'ONCFS, bien qu'ayant des missions de régulation des milieux, se comporte en propriétaire traditionnel de l'étang du Birieux, alors que l'action du Conseil Départemental en matière d'espaces naturels sensibles a un véritable impact sur la gestion des étangs du fait d'une protection accrue des milieux naturels attenants et de leur ouverture au public.

La propriété publique présente deux facettes et peut se voir soumise tantôt aux règles du domaine public, tantôt à celles du domaine privé dans la mesure où propriété et domanialité doivent être distinguées¹⁹⁶⁷. Quoi qu'il en soit, la nature juridique de la propriété publique ne change pas, « *simplement, le droit public colore la propriété (un pastel, plus que des teintes vives), indépendamment de l'affectation* »¹⁹⁶⁸. Si la nature du droit de propriété est inchangée, le régime juridique diffère selon que le bien public est affecté ou non à une utilité publique. La mise en œuvre du régime du domaine public suppose l'existence de critères restrictifs qu'il

¹⁹⁶⁵ GAUDEMET Y., *Droit administratif des biens*, tome 2, préc., p. 14.

¹⁹⁶⁶ V. en ce sens, TRUCHELUT A., préc., p. 245 et s. Cette affirmation est d'autant plus vraie aujourd'hui que les usages écrits s'adressent principalement aux propriétaires, renvoyant aux relations contractuelles, les liens juridiques entre propriétaires et exploitants d'étangs (*Les usages des étangs de la Dombes*, 2017, préc. p. 8, art. 1-1).

¹⁹⁶⁷ MOISAN H., *Le droit de propriété des personnes publiques*, LGDJ, 2001, p. 75.

¹⁹⁶⁸ YOLKA Ph., La propriété des dépendances du domaine public, note sous CE, 17 janv. 1923, *Min. des Travaux publics et gouverneur général de l'Algérie c/ Sieurs Piccioli*, in *Les grandes décisions du droit administratif*, Dalloz, 2013, p. 10.

est fort difficile de distinguer en ce qui concerne les étangs de la Dombes (A). Néanmoins, l'appartenance de certains de ces derniers à des personnes publiques leur garantit la mise en œuvre d'un régime dérogatoire inhérent à la nature juridique de la propriété publique (B).

A. *L'hypothèse de la domanialité publique des étangs de la Dombes*

S'interroger sur la domanialité publique des étangs de la Dombes conduit à se poser la question de la nature et des modalités de la protection qui leur serait assurée par la mise en œuvre du droit public. En effet, ce régime particulièrement protecteur des biens est susceptible d'offrir un moyen pour les personnes publiques de préserver efficacement les milieux naturels qui se trouvent dans leur patrimoine¹⁹⁶⁹. En effet, une partie de la doctrine a cherché à démontrer l'intérêt, voire la nécessité de recourir au régime du domaine public dans un objectif de protection de l'environnement, et d'identifier en ce sens un « *domaine public environnemental* »¹⁹⁷⁰. La domanialité publique constitue¹⁹⁷¹ un véritable outil de protection de l'environnement¹⁹⁷², bien qu'il ne s'agisse que d'un outil accessoire de cet objectif environnemental¹⁹⁷². En outre, le régime exorbitant applicable au domaine public est la source d'une importante sécurité juridique, le patrimoine public étant plus stable en termes de rattachement à son propriétaire que le patrimoine privé, du fait des contraintes de droit qui le protègent à ce titre. Ainsi, l'hypothèse d'une domanialité publique attachée aux étangs piscicoles aurait pour conséquence, une protection des écosystèmes qui y sont liés, ainsi que la stabilité des règles qui leurs seraient applicables.

Au regard de ces potentialités, il convient de s'interroger sur la potentialité de la mise en œuvre du régime du domaine public à ces biens immobiliers. La qualification de domaine public repose sur des critères d'identification sont définis dans le Code général de propriété des personnes publiques. Il existe deux voies de droit principales permettant d'identifier le domaine public. Tout d'abord, par détermination de la loi, le législateur ayant énuméré une liste exhaustive de situations dans lesquelles les biens considérés répondent aux règles de la domanialité par détermination de la loi. Il s'agit donc d'une définition énumérative (1). Ensuite, le domaine public peut être identifié de façon conceptuelle. S'il est délicat d'intégrer

¹⁹⁶⁹ CAUDAL S., La domanialité publique comme instrument de protection de l'environnement, *AJDA* 2009, p. 2329.

¹⁹⁷⁰ DANIS-FATOME A., Domaine public environnemental, in CORNU M., ORSI F., ROCHFELD J. (Dir.), *Dictionnaire des communs*, PUF, 2017, p. 388

¹⁹⁷¹ CAUDAL S., La domanialité publique comme instrument de protection de l'environnement, *préc.*

¹⁹⁷² MOLINER-DUBOST M., *Droit de l'environnement*, *préc.*, p. 148.

les étangs piscicoles au sein de ces situations limitativement énumérées, la jurisprudence a dégagé des critères permettant d'identifier les biens relevant du domaine public en dehors de ces cas (2).

1. *La recherche d'une qualification domaniale des étangs par détermination de la loi*

Bien qu'ayant été creusés de la main de l'homme, les étangs en Dombes sont considérés comme des éléments naturels et ils bénéficient de protections environnementales à ce titre. L'interrogation quant à leur domanialité conduit donc légitimement à envisager leur classement dans le domaine public naturel. Cette détermination de la nature du potentiel domaine public des étangs de la Dombes est importante puisqu'elle permet d'envisager le caractère « naturel » de ces milieux au regard du droit administratif. Ce faisant, il est nécessaire de confronter leurs caractéristiques aux critères posés par le législateur. « *Le domaine public naturel, s'il est constitué de dépendances résultant de phénomènes naturels, ne fait partie du domaine public que parce que le législateur l'a voulu ainsi* »¹⁹⁷³. Par cette affirmation, Christian Laviolle montre très clairement le rôle prépondérant de la loi dans l'identification et la délimitation du domaine public naturel. Ainsi, bien avant la publication du Code général de la propriété des personnes publiques en 2006¹⁹⁷⁴, ce domaine public particulier était régi par des critères légaux, suppléés le cas échéant par des critères prétoriens permettant ainsi d'étendre la domanialité publique à des situations non régies par la loi, afin d'étendre la protection inhérente. Dès lors, des dispositions législatives spécifiques ont pour objet de délimiter une partie du champ du domaine public naturel qui comprend principalement le domaine public naturel maritime et le domaine public naturel fluvial. On écartera naturellement pour la Dombes, l'hypothèse du domaine public maritime¹⁹⁷⁵.

L'hypothèse du domaine public naturel n'est pas à écarter pour autant puisqu'il pourrait être lié au domaine public fluvial naturel, autrefois essentiellement composé des « cours d'eau navigables et flottables », est désormais défini par le législateur et constitué « *des cours d'eau et lacs appartenant à l'État, à ses établissements publics, aux collectivités territoriales ou à*

¹⁹⁷³ LAVIALLE C., Existe-t-il un domaine public naturel ?, *CJEG* 1987, p. 630.

¹⁹⁷⁴ Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, *JORF* du 22 avril 2006, p. 6024.

¹⁹⁷⁵ Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 2111-4.

leurs groupements, et classés dans leur domaine public fluvial »¹⁹⁷⁶. Là encore, la nature même des étangs de la Dombes se heurtent à la définition restrictive du domaine public dans la mesure où, bien qu'appartenant potentiellement à l'une des personnes publiques citées, ils n'en constituent ni des cours d'eau, ni des lacs. En effet, les étangs s'en différencient du fait de leur caractère artificiel, peu profond, non navigable et destiné à l'exploitation piscicole. A ce titre il importe de mentionner que les ouvrages hydrauliques connexes que sont les fossés en Dombes, dont la nature de cours d'eau a été écartée, n'appartiennent pas non plus à cette catégorie juridique.

Bien que désormais considérés comme des milieux naturels, les étangs de la Dombes n'en sont pas moins originellement des ouvrages artificiels. Nonobstant cette qualification environnementale, on peut se demander si, en droit, ils n'intègrent pas la catégorie du domaine public fluvial artificiel. Ainsi, ce domaine est composé, hormis des ports intérieurs que l'on écarte volontairement ici, « *1° Des canaux et plans d'eau appartenant à une personne publique mentionnée à l'article L. 2111-7 ou à un port autonome et classés dans son domaine public fluvial; 2° Des ouvrages ou installations appartenant à l'une de ces personnes publiques, qui sont destinés à assurer l'alimentation en eau des canaux et plans d'eau ainsi que la sécurité et la facilité de la navigation, du halage ou de l'exploitation [...]* »¹⁹⁷⁷. En l'occurrence, les étangs de la Dombes qui appartiennent à des personnes publiques ainsi que les ouvrages qui permettent leur alimentation, les fossés en premier lieu, seraient potentiellement susceptibles d'être intégrés au domaine public de la personne publique. Pour autant, ces dispositions, bien qu'elles semblent bien plus adéquates à la situation des étangs de la Dombes, ne semble pas la plus satisfaisante. L'article L. 2111-10 du Code général de la propriété des personnes publiques dispose en effet que le domaine public fluvial artificiel nécessite un acte de classement. Autrement dit, l'intégration d'un bien dans ce domaine doit être le fruit d'une volonté publique explicite. Les conditions d'adoption de cet acte de classement sont spécifiées par la loi. Cet acte doit être motivé, et cette motivation doit être liée à un « *intérêt général relatif à la navigation, à l'alimentation en eau des voies navigables, aux besoins en eau de l'agriculture et de l'industrie, à l'alimentation des populations ou à la protection contre les inondations* »¹⁹⁷⁸. De toute évidence, de tels intérêts ne pourraient constituer le motif du classement d'un étang dans le domaine public que de

¹⁹⁷⁶ Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 2111-7.

¹⁹⁷⁷ Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 2111-10.

¹⁹⁷⁸ Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 2111-12.

façon résiduelle, sa fonction n'étant pas rattachée à l'un de ces motifs. A tout le moins serait-il possible de classer un étang en raison de son rôle dans la lutte contre les inondations, ou en considérant qu'il réponde aux besoins en eau de l'agriculture.

En tout état de cause, aucun étang de la Dombes n'a été formellement classé dans le domaine public¹⁹⁷⁹. Il est donc possible d'en déduire, implicitement, la volonté des personnes publiques de conserver les étangs qui leur appartiennent au sein de leur domaine privé. Cette position s'explique notamment par le fait que le régime juridique du domaine privé permet une plus grande marge de manœuvre dans la gestion de ses dépendances, comparativement au régime du domaine public dont l'occupation par un exploitant, par exemple, est conditionnée par la délivrance d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public ou d'un bail emphytéotique administratif. Ces régimes d'occupation sont particulièrement encadrés du fait de la protection attribuée au domaine public¹⁹⁸⁰ et représenterait une contrainte importante pour l'exploitation des étangs¹⁹⁸¹. Pourtant, il serait intéressant de considérer les étangs de la Dombes comme intégrés dans le domaine public puisque cela aurait pour conséquence de préserver le caractère multifonctionnel de ces ouvrages.

2. *Le recours aux critères classiques d'identification du domaine public*

Au-delà de la détermination législative qui prévaut pour le domaine public naturel, l'identification du domaine public immobilier repose sur une méthode conceptuelle¹⁹⁸² nécessitant l'utilisation de critères spécifiques dégagés, à l'origine, par la jurisprudence¹⁹⁸³, et désormais intégrés à l'article L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. Ainsi, relèvent du domaine public les biens appartenant à une personne publique¹⁹⁸⁴ et qui sont « *soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public* ». Dès lors, deux hypothèses peuvent être soulevées quant à

¹⁹⁷⁹ Selon les différentes investigations de terrain menées entre juin 2015 et juin 2017, notamment auprès des collectivités territoriales et des gestionnaires de l'ONCFS.

¹⁹⁸⁰ V. AUBY J.-M. et a., *Droit administratif des biens*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2016, p. 126 et s.

¹⁹⁸¹ Le choix du cocontractant de l'administration ne serait pas libre, notamment et nécessiterait des mesures de publicités et de mise en concurrence pendant la procédure de délivrance notamment (*Ibid.*).

¹⁹⁸² MELLERAY F., Le code général de la propriété des personnes publiques. Définition et critères du domaine public, *RFDA* 2006, p. 906.

¹⁹⁸³ GAUDEMET Y., *Droit administratif des biens*, préc., p. 81.

¹⁹⁸⁴ Etat, établissements publics, collectivités territoriales et groupements (Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 1).

la potentielle domanialité des étangs de la Dombes : celle de l'affectation à l'usage direct du public d'une part, et celle de l'affectation à un service public d'autre part.

L'affectation à l'usage direct du public est un critère ancien d'identification du domaine public. Il est utilisé pour caractériser notamment, un bien foncier qui « *constitue une promenade publique, affectée à l'usage du public et aménagée à cette fin* »¹⁹⁸⁵. Une telle jurisprudence a créé un doute quant à la nécessité de l'existence d'un aménagement spécial pour caractériser un bien affecté à l'usage du public¹⁹⁸⁶. Ce critère n'a pas été utilisé de façon systématique, mais uniquement dans certains cas, ce qui peut accentuer la confusion dans l'étude de la jurisprudence¹⁹⁸⁷. Il va ainsi notamment des promenades publiques¹⁹⁸⁸, ou bien d'une plage, affectée à l'usage du public et dont le Conseil d'Etat a identifié un aménagement spécial dans son entretien régulier¹⁹⁸⁹. Néanmoins, la formule retenue par le Code tranche cette question au profit d'une affectation à l'usage direct du public, l'affectation supposant une action volontaire de la personne publique en faveur de l'accueil du public, la seule fréquentation d'une forêt par le public par exemple n'est pas suffisante pour reconnaître ce caractère¹⁹⁹⁰. Un bien affecté directement à l'usage du public peut être un parc, une promenade publique, ou un bois¹⁹⁹¹. L'usage direct se manifeste, quant à lui, par la capacité du public à accéder au bien, cet accès pouvant être payant ou contrôlé¹⁹⁹². Ainsi, cet accès peut être organisé par la personne publique, ce qui caractérise une véritable volonté d'ouverture au public de la part de cette dernière¹⁹⁹³.

En ce qui concerne la Dombes, la reconnaissance de leur affectation à l'usage direct du public supposerait que le public puisse avoir un accès direct aux étangs appartenant à des personnes publiques, de façon directe. Si certains étangs sont librement accessibles depuis la voie publique, ce n'est pas le cas de tous ces biens. Pour ce qui est des premiers, des panneaux d'informations sont mis en place par la personne publique propriétaire ou la personne gestionnaire du bien, ce qui matérialise ainsi la volonté de la personne publique d'ouvrir cet

¹⁹⁸⁵ CE Ass., 22 févr. 1960, *Berthier*, RDP 1960, p. 1223, concl. Henry ; CE, 14 juin 1972, *Sieur Eidel.*, AJDA 1973, p. 495, note Dufau.

¹⁹⁸⁶ MELLERAY F., La recherche d'un critère réducteur de la domanialité publique, AJDA 2004, p. 490.

¹⁹⁸⁷ AUBY J.-M. et a., *Droit administratif des biens*, préc., p. 44.

¹⁹⁸⁸ V. Décisions *Berthier* du 22 février 1960, et *Sieur Eidel* du 14 juin 1972, préc.

¹⁹⁸⁹ CE, 30 mai 1975, *Dame Gozzoli, Lebon* 325, AJDA 1975, p. 348 et 350, note Franc et Boyon.

¹⁹⁹⁰ GAUDEMET Y., *Droit administratif des biens*, préc., p. 85.

¹⁹⁹¹ Le bois de Boulogne par exemple, CE, 23 février 1979, *Gourdain*, AJDA 1979, p. 40.

¹⁹⁹² AUBY J.-M. et a., *Droit administratif des biens*, préc., p. 45.

¹⁹⁹³ CE 2 nov. 2015, *Cne de Neuves-Maisons*, n° 373896, AJDA 2015. 2120, obs. Grand; AJDA. 2016. 204, concl. Lessi, note Fatôme; *Contrats Marchés publ.* mars 2016. 40, chron. Llorens et Soler-Couteaux; *Contrats Marchés publ.* mars 2017, chron. Llorens et Soler-Couteaux; *Dr. adm.* 2016. Comm. 13, note Éveillard; *JCP A* 2016. 2051, note Cornille; *JCP A* 2015. *Dalloz Actu.* 934, obs. Erstein.

espace naturel au public. L'accès peut néanmoins être restreint pour des raisons environnementales, lors des périodes de nidification des espèces présentes par exemple, ce qui ne remet pas en cause le caractère direct de l'accès aux étangs, l'ouverture pouvant s'accommoder de restrictions temporelles. Dès lors, un accès direct à ces étangs est caractérisé afin de permettre aux usagers de profiter des aménités environnementales offertes par les étangs de la Dombes. Dès lors, la domanialité publique peut être envisagée pour ces étangs-là. En revanche, pour ce qui concerne les étangs qui nécessitent d'emprunter des voies privées, l'accès n'est manifestement pas libre pour le public, et soumis à l'autorisation des propriétaires privés dont l'acceptation conditionne l'accès au bien public. Dès lors, la domanialité publique doit être écartée pour ces biens du fait de la présence de propriétés privées en amont ou en aval des propriétés publiques. Plus exactement, la domanialité publique de ces étangs est conditionnée par l'acceptation de propriétaires privés du passage sur leur propre bien, acceptation sans laquelle, le public ne peut exercer un usage direct sur le bien public. Une convention pourrait être conclue entre la personne publique et les propriétaires privés, caractérisant d'autant plus la volonté d'ouverture au public. D'un autre côté, si des promeneurs accèdent de façon intermittente, et après autorisation individuelle délivrée sous quelque forme que ce soit par le propriétaire privé, cet accès restreint n'aurait pas pour conséquence de conférer la qualification de domaine public à ce bien.

En tout état de cause, un tel accès peut se révéler contradictoire avec la nécessité de ne pas occasionner de perturbation pour les espèces protégées qui y constituent leur habitat. Certains étangs publics, n'entrant pas dans les deux premières catégories, offrent un accès restreint, contrôlé et autorisé par le gestionnaire. Ainsi, de ce point de vue, le régime domanialité publique doit encore être écarté en application du critère de l'affectation à l'usage du public.

Le critère de l'affectation à un service public semble plus contraignant dans la mesure où la personne publique doit organiser ou déléguer un tel service. Il est d'autant plus contraignant que l'existence seule d'un service public n'est pas suffisante : encore faut-il que le bien fasse l'objet d'un aménagement indispensable à ce service¹⁹⁹⁴. La jurisprudence a eu à rechercher l'existence d'un service public de la protection de l'environnement s'agissant de la mise en œuvre de la politique publique départementale des espaces naturels sensibles¹⁹⁹⁵. Malgré cela, la reconnaissance jurisprudentielle de l'existence d'un service public environnemental semble

¹⁹⁹⁴ Le critère de l'aménagement indispensable est venu, en 2006, remplacer celui de l'aménagement spécial dégagé par la jurisprudence à partir de l'arrêt *Le Béton* (CE, 19 oct. 1956, *Sté Le Béton*, *AJDA* 1956, p. 472, concl. Long; *JCP* 1957, p. 9765, note Blaevoët; *Rev. adm.* 1956, p. 617, note Liet-Veaux; *D.* 1956, p. 681, concl. Long).

¹⁹⁹⁵ Cf. infra, les développements concernant les espaces naturels sensibles.

restreinte à ce seul régime des espaces naturels sensibles¹⁹⁹⁶. Pour autant, cette notion de service public est centrale en droit de l'environnement¹⁹⁹⁷ et sa reconnaissance est déterminante pour connaître le régime juridique applicable à certains espaces, notamment lorsque ceux-ci sont la propriété d'une personne publique et interrogent quant à leur domanialité. Dès lors, en ce qui concerne les étangs de la Dombes appartenant à des personnes publiques, la qualification des activités dont ils sont le support est d'une importance toute particulière.

A. *Le service public environnemental comme critère de la domanialité publique*

Si le Tribunal des Conflits reconnaît dans cette politique publique l'existence d'un service public¹⁹⁹⁸, il ne demeure pas moins que le bien considéré doit faire l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution de ce service. Il convient donc de confronter ces deux éléments à la situation des étangs publics situés sur le territoire de la Dombes, en identifiant d'une part les services publics qui y sont exercés (1), et en confrontant les aménagements qui y sont implantés aux exigences de la jurisprudence administrative concernant la qualification du domaine public (2).

1. *L'existence de services publics environnementaux*

La jurisprudence administrative concernant la domanialité publique des espaces naturels a donné lieu à un certain nombre d'interprétations concernant les activités menées sur ces espaces. La jurisprudence « *Doucedame* » du Tribunal des Conflits offre l'assurance de voir un tel service dans le cadre de la mise en œuvre de la politique publique départementale des espaces naturels sensibles (a). Pour autant, l'identification d'un service public environnemental au regard en dehors de ce régime semble incertaine (b).

¹⁹⁹⁶ NAIM-GESBERT E., Note sous TC, 22 oct. 2007, *Mlle Doucedame c/ Département des Bouches-du-Rhône*, n° C3625, *Les grands arrêts du droit de l'environnement*, préc., p. 20.

¹⁹⁹⁷ RADIGUET R., *Le service public environnemental*, thèse Toulouse I Capitole, 2016.

¹⁹⁹⁸ TC, 22 oct. 2007, *Dlle Doucedame*, préc.

- a. L'assurance de l'existence d'un service public exercé sur les étangs classés en espaces naturels sensibles

L'exploitation, la valorisation et la préservation des milieux naturels attenants aux étangs par une personne publique interrogent quant à l'existence d'un service public environnemental. A première vue, un service public de la protection de la nature peut être identifié. D'une part, le Tribunal des conflits a franchi ce pas en 2007 avec son arrêt « *Doucedame* »¹⁹⁹⁹. D'autre part, l'intérêt général nécessaire à la qualification d'un service public peut être trouvé dans la protection de l'environnement en application de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement.

Le Code de l'urbanisme définit les espaces naturels sensibles comme la compétence donnée aux départements « *pour élaborer et mettre en œuvre une politique de protection, de gestion et d'ouverture au public des espaces naturels sensibles, boisés ou non, destinée à préserver la qualité des sites, des paysages, des milieux naturels et des champs naturels d'expansion des crues et d'assurer la sauvegarde des habitats naturels [...]* »²⁰⁰⁰. Le Tribunal des Conflits affirme que cette politique de protection, de gestion et d'ouverture au public « *doit faire regarder les mesures prises pour l'application de ces dispositions [...]* comme la mise en œuvre d'un service public »²⁰⁰¹. Il s'agit là d'une véritable consécration de la qualification de service public pour les activités menées dans le cadre de la politique départementale des espaces naturels sensibles.

L'un des services publics environnementaux les plus emblématiques et particulièrement utilisé en Dombes est celui lié à la préservation et l'ouverture au public des espaces naturels sensibles²⁰⁰². En effet, six étangs en Dombes sont « labellisés » en « espaces naturels sensibles », avec des modalités, des objectifs et des gestionnaires souvent différents (Fédération départementale des chasseurs de l'Ain, Office national de la chasse et de la faune sauvage, Fondation Pierre Vérots, établissements publics de coopération intercommunale...). Il s'agit d'un outil particulier dans le panorama des outils réglementaires environnementaux. En effet, il repose essentiellement sur un mécanisme de préemption exercé par le département²⁰⁰³, et est financé par une fiscalité affectée²⁰⁰⁴. Pour autant, il est souvent perçu

¹⁹⁹⁹ Préc.

²⁰⁰⁰ Code de l'urbanisme, art. L. 113-8.

²⁰⁰¹ TC, 22 oct. 2007, préc.

²⁰⁰² Sur la politique départementale des espaces naturels sensible en Dombes, v. [en ligne : <http://patrimoines.ain.fr/n/etangs-de-la-dombes/n:1333>].

²⁰⁰³ C'est en effet au titre des mécanismes de préemption et de réserves foncières que les espaces naturels sensibles sont institués par le Code de l'urbanisme (art. L. 215-1 et s.).

²⁰⁰⁴ L'article L. 113-10 du Code de l'urbanisme énonce en effet que « *le département peut instituer une part*

comme un outil marginal, à la marge du droit de la protection des espaces naturels, et en a ainsi longtemps été le « parent pauvre »²⁰⁰⁵. Sa gestion est encadrée mais relativement libre. Néanmoins, l'objet du classement en espace naturel sensible est soumis à l'appréciation du juge administratif qui contrôle notamment l'erreur manifeste d'appréciation commise par un département qui classerait des parcelles agricoles pour préserver leur exploitation, sans pour autant prévoir d'ouverture au public²⁰⁰⁶. Si des parcelles naturelles comme agricoles peuvent présenter un intérêt et faire l'objet d'un classement au titre des espaces naturels sensibles, ce classement doit effectivement répondre aux impératifs du Code de l'urbanisme qui impose la gestion, la protection et l'ouverture au public de ces espaces. Pour autant, cet impératif peut entraîner l'existence de situations paradoxales. Un espace naturel sensible peut nécessiter un classement en tant que tel et être d'une telle fragilité écologique que son ouverture au public est inenvisageable. Néanmoins, il existe des exceptions à cette obligation d'ouverture au public qui tiennent à la sensibilité particulière du milieu naturel considéré, ou au risque que présentent les lieux pour le public²⁰⁰⁷. Bien que l'espace naturel en question bénéficie de ce classement et du plan de gestion inhérent, se pose néanmoins la question de la subsistance du service public associé. Dans son arrêt *Doucedame*, le Tribunal des Conflits précise que ce sont les activités inhérentes au régime des espaces naturels sensibles, à savoir la protection des milieux, leur gestion et leur ouverture au public, qui permettent d'identifier un service public. Dès lors, l'absence d'ouverture au public, serait susceptible de remettre en cause l'existence d'un service public. Pour autant, cette perspective entrerait, là encore, en contradiction avec l'impératif de gestion et de protection des espaces très fragiles.

Ainsi, les étangs de la Dombes appartenant à des personnes publiques peuvent se trouver dans des situations différentes, certains faisant l'objet d'ouvertures au public, et d'autres non. Plusieurs obstacles à l'ouverture au public peuvent intervenir : la protection des milieux fragiles, la présence d'espèces protégées, l'exercice d'activités piscicoles et agricoles incompatibles avec la présence du public, ou encore l'activité cynégétique. Quoi qu'il en soit de l'accueil du public, il n'en demeure pas moins que ces espaces font l'objet d'un plan de gestion pluriannuel fixant des objectifs en termes de protection et de gestion qui, ces activités

départementale de la taxe d'aménagement destinée à financer les espaces naturels sensibles ». Sur l'évolution du financement des espaces naturels sensibles, v. DROBENKO B., Le droit de préemption des espaces naturels sensibles comme technique de maîtrise foncière environnementale, *R.J. E.* 2006, p. 133

²⁰⁰⁵ BILLET Ph., La place des espaces naturels sensibles dans le droit de la protection des espaces naturels, *RJE* 2006, n° 2, p. 158.

²⁰⁰⁶ CE, 16 juin 1995, *Préfet des Yvelines*, n° 140022, *Dr. adm.* 1995, n° 475, obs. C. M.

²⁰⁰⁷ CE, 7 juin 2006, *Département du Var*, n° 277562, *JCP A* 2006, n° 27, 1154, note Billet ; *Env.* 2006, n° 7, comm. 68, note Février.

pouvant, a elles seules, être légitimement considérées comme des activités d'intérêt général effectuées sous le contrôle de la personne publique propriétaire²⁰⁰⁸.

Dans le cadre de sa politique des espaces naturels sensibles, le département de l'Ain a adopté un « Plan Nature 2016-2021 »²⁰⁰⁹ au sein duquel il est prévu d'atteindre le nombre de 40 sites « labélisés » espaces naturels sensibles²⁰¹⁰. Cependant, ils peuvent être gérés par le Département, une autre personne publique, voire une personne privée, et pouvant faire l'objet d'un classement au sein du domaine public. Cependant, ces espaces doivent faire l'objet d'un plan de gestion²⁰¹¹. Malgré la politique publique dont ces espaces naturels sensibles font l'objet il est possible qu'ils appartiennent à une personne privée et gérée par elle, à l'image de l'étang Praillebard géré et propriété de la Fondation Vérots. En ce qui concerne cet étang particulier, il s'agit de préserver l'équilibre écologique fragile de ces milieux humides et d'en faire un espace d'études scientifiques. En effet, le Domaine de Praillebard est considéré en premier lieu comme un espace de préservation et est considéré comme un « laboratoire de nature »²⁰¹². En dernier lieu, il s'agit également d'un espace de pédagogie et d'éducation à l'environnement à travers une ouverture au public contrôlée. Dès lors, indépendamment des modalités de gestion ou de propriété, l'espace naturel sensible est ici utilisé comme un label par le département, garant d'une gestion respectueuse des enjeux environnementaux. Cette volonté préservatrice du département de l'Ain prévaut donc sur celle de l'ouverture au public et dépasse ainsi la « protection dérivée »²⁰¹³ offerte à l'environnement par ce mécanisme. De la même manière, l'étang du Grand Birieux est également intégré à la politique départementale des espaces naturels sensibles bien qu'il appartienne à l'Etat et soit géré par l'ONCFS. Sa gestion diffère du Praillebard en ce qu'il est fermé au public en raison de l'importance de la préservation des milieux et des espèces présentes.

De façon globale, l'intégration des enjeux de gestion traditionnelle, de conservation des pratiques au sein des politiques publiques départementales en faveur des espaces naturels sensibles. Au sein de cette politique, le territoire de la Dombes bénéficie d'une place particulière à plusieurs égards. D'abord, elle fait l'objet d'une action particulière, ce qui permet de l'identifier comme un espace d'une importance majeure à l'échelle de l'ensemble du vaste département de l'Ain²⁰¹⁴. Ensuite, cette action se trouve dans un axe imprégné des

²⁰⁰⁸ V. sur ce point, RADIGUET R., *Le service public environnemental*, préc.

²⁰⁰⁹ Ce plan est librement accessible en ligne.

²⁰¹⁰ Plan 2016-2021 préc., p. 5.

²⁰¹¹ Code de l'urbanisme, art. L. 215-21.

²⁰¹² Voir les objectifs de gestion du site de Praillebard [en ligne].

²⁰¹³ BILLET Ph., préc., p. 160.

²⁰¹⁴ Plan 2016-2021 préc., p. 33.

objectifs du développement durable puisque les espaces naturels y sont identifiés comme une « ressource économique d'avenir ».

Le plan de gestion départemental des espaces naturels sensibles de l'Ain prévoit ainsi, en ce qui concerne les étangs de la Dombes, la préservation à la fois des pratiques traditionnelles et de la biodiversité extraordinaire présente sur ces espaces. Cette gestion particulière mise en œuvre sur six étangs à l'échelle de la Dombes manifeste ainsi l'existence d'un service public départemental de protection et de gestion de l'environnement. Pour autant, la consécration du service public environnemental lié à la politique départementale des espaces naturels sensibles ne vaut pas « *de façon générale et absolue* »²⁰¹⁵.

b. La caractérisation d'un service public environnemental en Dombes

Le service public constitue la pierre angulaire de l'action administrative. De façon classique, le service public peut être identifié par le biais d'un faisceau d'indices ainsi qu'il en ressort de la jurisprudence administrative²⁰¹⁶. De ce fait, le service public est une notion contingente et évolutive, que la doctrine s'est néanmoins attelée à définir. Selon René Chapus, le service public est une « *activité d'intérêt générale assurée ou assumée par une personne publique* »²⁰¹⁷. La jurisprudence accorde un rôle prépondérant à l'administration dans la mise en œuvre de ce service public²⁰¹⁸. Les activités de la personne publique sont donc déterminante dans le but l'identifier le régime juridique alors applicable.

En dépit d'une consécration tardive par le Tribunal des conflits en 2007, la question de l'identification d'un service public environnemental s'est posée de longue date. Systématiquement, les juridictions administratives ont refusé de voir dans les activités de gestion des espaces naturels et de la gestion des espèces sauvages, un service public. Cela a été le cas des activités cynégétiques de l'Office national des forêts²⁰¹⁹, ou bien en ce qui concerne les aménagements spéciaux tendant à l'ouverture au public d'une forêt domaniale²⁰²⁰. La qualification des forêts publiques font ainsi l'objet de nombreux

²⁰¹⁵ FEVRIER J.-M., Consécration d'un service public local de la protection de l'environnement, Note sous TC, 22 oct. 2007, préc., *Env.* 2008, n° 4, comm. 69.

²⁰¹⁶ CE Sect., 22 fév. 2007, *APREI*, n° 264541, *AJDA* 2007, p. 793, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *RFDA* 2007, p. 803, note C. Boiteau.

²⁰¹⁷ CHAPUS R., *Droit administratif général*, 15^{ème} éd., LGDJ, 2001.

²⁰¹⁸ PLESSIX B., *Droit administratif général*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2018, p. 833.

²⁰¹⁹ CE Sect., 20 juillet 1971, *Consorts Bolusset*, n° 79259, *AJDA* 1971, p. 527.

²⁰²⁰ CE Sect., 28 nov. 1975, *ONF c/ Sieur Abamonte*, n° 90772, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 2018, p. 415, note Chamard-Heim.

commentaires à cet égard²⁰²¹, et Waline de s'interroger, au regard des « *préoccupations croissantes d'écologie et d'amélioration de l'environnement. Qu'est-ce que la domanialité publique ?* »²⁰²². Ainsi, est remise en cause la pertinence de l'incorporation des forêts domaniales dans le domaine privé de l'Etat²⁰²³, bien qu'elles aient été aménagées en vue de l'ouverture au public. Le régime juridique des forêts domaniales a ceci de spécifique que ces biens sont gérés par l'Office National des Forêt, établissement public à caractère industriel et commercial et dont l'objet est l'exploitation économique de la ressource sylvicole. L'exploitation forestière s'oppose donc à la reconnaissance d'un service public touristique ou d'un service public de la protection de l'environnement²⁰²⁴. En revanche, l'exploitation, en Dombes, du Grand étang de Birieux, n'est pas soumise à pareilles contraintes. Il est exploité par l'ONCFS, qui constitue un établissement public administratif, et cette exploitation, si elle a pour objet la mise en valeur du bien public, ne s'inscrit pas dans la recherche d'un profit économique. En outre, cette exploitation durable est associée à des mesures de protection de l'environnement, de gestion des milieux et des espèces, et d'encadrement des activités cynégétiques. De telles missions correspondent à la satisfaction d'un intérêt général environnemental sous le contrôle d'une personne publique. A ce titre, elles constituent une mission de service public. Les éléments organiques et fonctionnels du service public semblent en effet remplis dans le cadre de la gestion durable de cet espace²⁰²⁵.

En l'occurrence, les étangs de la Dombes, lorsqu'ils sont détenus par une personne publique, font l'objet d'une gestion durable directement ou par délégation, de ces espaces, ainsi qu'en témoigne le plan de gestion durable établi par l'ONCFS sur le Domaine du Grand Etang de Birieux. Dès lors, il est possible d'envisager l'existence d'un service public. De toute évidence, il est possible qu'un bien corresponde aux critères de qualification du domaine public, sans pour autant que la personne publique n'ait conscience ou n'ait souhaité l'intégrer à son domaine public. Dans cette perspective, seul un contentieux devant le juge administratif est susceptible de trancher cette question.

Les interrogations concernant l'existence d'un service public environnemental s'imposent avec plus d'acuité encore aujourd'hui, eu égard au développement du droit de l'environnement et la généralisation de ses objectifs dans tous les champs du droit, et notamment du droit public. En 1994 déjà, Véronique Inserguet-Brisset appelait de ses vœux la

²⁰²¹ V. PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, préc., p. 508.

²⁰²² WALINE M., *RDP* 1976, p. 1057, note sous CE, 28 nov. 1975, préc. .

²⁰²³ V. PRIEUR M., *op. cit.*

²⁰²⁴ CHAMARD-HEIM C., *Les forêts publiques. A-domanialité ou domanialité atypique ?*, préc., p. 113.

²⁰²⁵ MESCHERIAKOFF A.-S., *L'apparition du service public de protection de l'environnement*, in *Mélanges Prieur*, Dalloz, 2007, p. 320.

consécration d'un service public global de la protection de l'environnement²⁰²⁶. Force est cependant de constater que, s'il existe des services publics sectoriels liés à l'environnement²⁰²⁷, ni la loi, ni la jurisprudence - en dehors des espaces naturels sensibles - n'a consacré un tel service global.

En outre, les étangs participent de la continuité écologique, et sont à ce titre considérés comme des « réservoirs de biodiversité »²⁰²⁸. Ainsi, un étang participant à la continuité écologique et classé en tant que tel pourrait être considéré comme participant à un service public de protection de l'environnement. Dans cette perspective, les nouveaux outils de planification de l'environnement tendent également vers la reconnaissance d'un service public environnemental.

1. La nécessité d'un aménagement indispensable à l'exécution du service public

Malgré la consécration d'un service public environnemental, le Tribunal des conflits a refusé, en 2007, de voir dans l'implantation de panneaux d'information et de balisage de sentiers la caractérisation d'un aménagement « spécialement adapté ». La stricte transposition de cette décision au cas de la Dombes permet donc d'exclure la domanialité publique des étangs au regard des faibles aménagements qui y sont implantés (a). Néanmoins, l'évolution des textes législatifs concernant le domaine public et les espaces naturels sensibles, ainsi que l'étude de la jurisprudence en la matière permettent de questionner cette position (b).

a. La position prétorienne en matière d'aménagement spécial

Avant la promulgation du Code général de la propriété des personnes publiques, la jurisprudence avait posé une condition d'« aménagement spécial » permettant l'exécution du service public exercé sur le bien relevant alors du domaine public de la personne publique propriétaire²⁰²⁹. Ce critère, dégagé à l'occasion de l'arrêt *Le Béton* de 1956²⁰³⁰ a été précisé au gré de la jurisprudence. Ainsi, une simple chaîne interdisant l'accès à une allée a été

²⁰²⁶ INSSERGUET-BRISSET V., *Propriété publique et environnement*, préc., p. 271.

²⁰²⁷ Le service public de la gestion de l'eau par exemple.

²⁰²⁸ Cf. *supra*.

²⁰²⁹ SANDEVOIR P., La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public, *AJDA* 1966, p. 84.

²⁰³⁰ CE, 19 oct. 1956, *Sté Le Béton*, préc.

considérée comme caractérisant un aménagement spécial permettant la réalisation d'un service public culturel²⁰³¹. Ce critère a été remplacé, à l'occasion de la promulgation du Code susmentionné en 2006 par celui d'un « *aménagement indispensable* », bien plus restrictif²⁰³²

S'inscrivant, dans cette évolution législative, et bien que le Code ne soit pas opposable au litige examiné en 2007, le Tribunal des conflits adopte une conception restrictive de l'aménagement spécial, estimant que la seule présence de panneaux informatifs n'en constitue pas un. Ce faisant, il tranche en faveur de la qualification du domaine privé, et partant, de la compétence du juge judiciaire pour ce qui concerne la réparation des éventuels dommages survenus au sein des espaces naturels sensibles.

Or, en Dombes, l'ouverture au public des étangs classés parmi les espaces naturels sensibles départementaux est essentiellement accompagnée de panneaux descriptifs du fonctionnement des étangs et de la biodiversité attenante. Par ailleurs, le Code général de la propriété des personnes publiques impose désormais le critère de l'aménagement indispensable, ce qui accentue le caractère insuffisant de ces quelques aménagements en Dombes, et remet donc en cause définitivement le classement des étangs appartenant au département de l'Ain dans son domaine public du Département. Au vu de la jurisprudence *Doucedame* et des nouveaux critères législatifs du domaine public, on peut considérer que ce régime ne saurait s'appliquer à ces milieux en Dombes.

Enfin, la question de la domanialité publique des étangs de la Dombes pose nécessairement la question de ses limites, ou plus exactement, de ses inconvénients. En effet, il est possible de s'interroger, à la suite de Sylvie Caudal, sur la pertinence de l'implantation d'aménagements indispensables à la qualification du domaine public²⁰³³, étant donné qu'une telle implantation est susceptible d'entrer en contradiction avec le caractère naturel du bien en question. En ce sens, les dispositions alors applicables du Code de l'urbanisme imposaient au département de ne pas opérer d'importants aménagements sur les terrains acquis dans le cadre de la politique publique des espaces naturels sensibles : « *Seuls des équipements légers d'accueil du public ou nécessaires à la gestion courante des terrains ou à leur mise en valeur à des fins culturelles ou scientifiques peuvent être admis sur les terrains acquis en application des dispositions du présent chapitre, à l'exclusion de tout mode d'occupation du sol de nature à compromettre la conservation ou la protection de ces terrains en tant qu'espaces*

²⁰³¹ CE Ass., 11 mai 1959, *Sieur Dauphin*, *AJDA* 1959, p. 113, chron. M. Combarrous et J.-M. Galabert ; *JCP* 1959, 11269.

²⁰³² Cf. infra.

²⁰³³ CAUDAL S., La domanialité publique comme instrument de protection de l'environnement, *AJDA* 2009, p. 2329.

naturels »²⁰³⁴. De ce fait, la présence des seuls panneaux d'informations implantés par le département au sein de l'espace naturel sensible considéré constituait une stricte application de ces dispositions législatives. Dès lors, en jugeant ces aménagements insuffisants, le Tribunal des Conflits semble adopter une position générale en ce qui concerne les espaces naturels sensibles : certes, les espaces naturels sensibles constituent un service public environnemental en tant que tel, mais les conditions de mise en œuvre de cette politique publique entre en contradiction avec la condition de l'aménagement spécial, entendu dans un sens restrictif, excluant ainsi la domanialité publique.

b. Les potentialités de l'affectation à un service public environnemental

La décision « *Doucedame* » a été rendue dans un contexte d'évolution du droit de la domanialité. En effet, le critère de l'aménagement indispensable succède à celui de l'aménagement spécial dégagé par une jurisprudence affirmée²⁰³⁵. En adoptant un critère rendant plus difficile la qualification du domaine public, le qualificatif « indispensable » étant plus restrictif que « spécial », les rédacteurs du Code « *étaient à l'évidence animés du désir de restreindre le champ de la domanialité publique* »²⁰³⁶ et ont vidé de sa substance le critère de l'affectation à un service public, selon Christian Lavalie²⁰³⁷. Dans un tel contexte, il semble difficilement envisageable que des aménagements légers implantés sur un espace naturel support d'une mission de service public puissent permettre la qualification de domaine public. Pour autant, la position amorcée par l'arrêt *Doucedame* peut être critiquée dans la mesure où la mise en place de panneaux d'information et de balisage de sentiers peut être considérée, du fait de leur nature, indispensable à l'ouverture au public des espaces naturels sensibles.

En outre, l'appréciation du Tribunal des Conflits selon laquelle doivent être appréciées à la fois la nature et l'importance des aménagements, interroge quant à l'adéquation d'un aménagement d'importance sur un espace naturel. Conduit à son terme, ce raisonnement amènerait à considérer toutes les propriétés publiques constituées d'espaces naturels comme relevant du domaine privé, le domaine public étant alors imperméable aux considérations environnementales. En tout cas, il semble en l'état de la jurisprudence en la matière,

²⁰³⁴ Code de l'urbanisme, art. L. 142-10 [ancien], voir L. 113-10 analysé ci-après.

²⁰³⁵ Code général de la propriété des personnes publiques, art L. 2111-1.

²⁰³⁶ AUBY J.-M. et a., *Droit administratif des biens*, préc., p. 48.

²⁰³⁷ LAVIALLE Ch., *Que reste-t-il de la jurisprudence Le Béton ? RFDA* 2010, p. 533.

réfractaire à l'incorporation d'espaces naturels sensibles. A cet égard, on peut noter une évolution de la rédaction du Code de l'urbanisme concernant les espaces naturels sensibles : les dispositions désormais applicables ne mentionnent plus la condition de n'implanter que des aménagements légers destinés à permettre la gestion de ces espaces et l'accueil du public²⁰³⁸. De ce point de vue, on pourrait considérer que des aménagements d'importances sont désormais susceptibles d'être implantés sur ces espaces, conduisant ainsi à la qualification de domaine public, sauf à considérer que le caractère sensible de ces espaces interdit, par nature, à de tels aménagements.

Cette tendance jurisprudentielle et législative de la restriction du domaine public naturel semble entrer en contradiction avec le principe d'intégration consacré au titre des principes du droit de l'environnement, et qui impose de prendre en considération les impacts environnementaux de toutes les politiques publiques, y compris donc, la gestion des domaines des personnes publiques. Une contradiction supplémentaire peut être identifiée eu égard à la reconnaissance progressive de services publics environnementaux qui pourrait inciter à qualifier des espaces naturels, appartenant à des personnes publiques qui en assurent la gestion durable, dans leur domaine public.

Enfin, la mise en œuvre d'une réglementation de protection ou de gestion de l'environnement aurait pu conduire à penser qu'elle entraînerait un classement, en tant que tel, dans le domaine public de la personne publique propriétaire. Néanmoins, le classement de terrains en réserve naturelle, par exemple, n'a pas, en soi, pour effet d'affecter ces terrains à un service public ni par suite de faire entrer ceux-ci dans le domaine public²⁰³⁹. Dès lors, en dépit du fait que l'espace de la Dombes est protégé, via son intégration au sein du réseau européen « Natura 2000 », ce seul statut n'a pas pour conséquence de le faire entrer dans le domaine public, et donc de lui attribuer la protection supplémentaire au titre du droit des biens. D'autant plus, si les espaces de protection ne sont pas des services publics, il en est de même pour les espaces qui, à l'instar des espaces naturels sensibles, ne constituent pas un support de règles protectrices de l'environnement.

Eu égard à l'ensemble de ces éléments, la qualification des étangs publics de la Dombes semble incertaine, même si la mise en œuvre stricte des critères actuels du domaine public tendrait à les classer au sein du domaine privé des personnes publiques propriétaires, d'autant

²⁰³⁸ V. Code de l'urbanisme, art. L. 113-10 et s.

²⁰³⁹ CE, 28 sept. 2011, *Jullian*, n° 343690, *AJDA* 2012, p. 1449, note Fuchs-Cessot; *AJCT* 2011, p. 577, obs. Coronat.

plus que celles-ci les gèrent de la même manière qu'une personne privée. Pour autant, il est indéniable que l'exploitation des étangs, notamment en ce qui concerne celui qui appartient à l'ONCFS, a à la fois pour objet la production agricole et piscicole, que la préservation de l'environnement. En tout état de cause, ces étangs font l'objet d'une gestion durable. Ces considérations devraient permettre de qualifier ces activités d'activité de service public, ce qui ne pose pas de difficulté en ce qui concerne les espaces naturels sensibles. Néanmoins, le critère de l'aménagement indispensable conduit à leur dénier cette qualification. Il n'est pourtant pas inenvisageable que ce dernier évolue en faveur d'un classement simplifié des espaces naturels dans le domaine public.

En tout état de cause, que les étangs soient intégrés au domaine public ou non, le caractère public de la propriété de certains étangs de la Dombes est susceptible d'avoir d'importantes conséquences sur la vie juridique de ces étangs, dans le sens où les biens appartenant à une personne publique sont assortis d'une protection minimale.

II. L'application du droit public aux étangs, entre service public et préservation des usages traditionnels

Qu'ils appartiennent à une personne publique ou à une personne privée, les étangs sont des éléments que l'on peut considérer comme naturels dans le sens où ils sont le support d'une biodiversité et de processus biologiques naturels remarquables. Ces milieux aux équilibres fragiles sont pourtant le fruit d'une relation contradictoire entre les mécanismes naturels et l'entretien permis par l'activité humaine. En effet, l'exploitation de ces espaces est susceptible de perturber durablement les équilibres écologiques fragiles de ces milieux, notamment en ce qui concerne les pratiques agricoles et cynégétiques, mais également pour ce qui est de l'accueil du public. Se pose alors la question de savoir où placer le curseur entre protection de l'environnement et exploitation, entre préservation des usages traditionnels et ouverture au public, entre droit privé et droit public. En tant que biens publics, les étangs sont susceptibles de constituer le support d'activités d'intérêt général et, éventuellement d'une activité de service public (A). Cette mission d'intérêt général reposant notamment sur l'ouverture au public questionne toutefois quant à la compatibilité de cette ouverture avec la préservation de ces espaces (B).

A. La protection patrimoniale inhérente à la propriété publique

« Tous les biens publics, sans distinction, sont clairement soumis à des règles spécifiques »²⁰⁴⁰. Si la mise en œuvre du régime du domaine public semble compromise en ce qui concerne les étangs de la Dombes, il n'en demeure pas moins que certains d'entre eux appartiennent à des personnes publiques. Dès lors, ces biens sont soumis à « des règles qui leur sont particulières »²⁰⁴¹. Ainsi, les biens publics constituent une catégorie particulière de biens car, sans être intégrés au domaine public des personnes publiques qui en sont propriétaires, ils relèvent d'un régime juridique spécifique, la domanialité privée qui mêle droit privé et droit public. Certains étangs de la Dombes relèvent du domaine privé de certaines personnes publiques. Nonobstant l'exclusion de la mise en œuvre du régime protecteur du domaine public à ces biens, ces derniers bénéficient d'un régime spécifique qui leur assure une protection minimale (1). Pour autant, le comportement de la personne publique propriétaire d'un bien appartenant à son domaine privé tend à se rapprocher d'un propriétaire ordinaire. De ce fait, le droit spontané local est susceptible de pouvoir leur être opposé (2).

1. La protection des étangs en tant que biens du domaine privé des personnes publiques

Alors même que la gestion des biens du domaine privé répond généralement à des considérations d'ordre financière et patrimonial, il n'en demeure pas moins qu'elle peut souvent être rattachée à des préoccupations d'intérêt général, à l'image de la gestion des forêts domaniales par exemple²⁰⁴². En effet, les biens publics constituent le moyen de la réalisation de missions d'intérêt général. La propriété publique est en ce sens « finalisée »²⁰⁴³. Dès lors, le régime de la propriété publique contribue à doter les biens considérés d'une protection particulière. En premier lieu, la propriété publique a pour effet de soustraire les biens considérés à la propriété privée (a), et contraint ainsi leur cession du fait de leur indisponibilité (b).

²⁰⁴⁰ CHAMARD C., *La distinction des biens publics et des biens privés*, préc., p. 127.

²⁰⁴¹ Code civil, art. 537, al. 2.

²⁰⁴² AUBY J.-M. et a., *Droit administratif des biens*, préc., p. 186 ; CHAMARD-HEIM C., Les forêts publiques. A-domanialité ou domanialité atypique ?, in BILLET Ph. (Dir.), *Des petits oiseaux aux grands principes*, préc., p. 114.

²⁰⁴³ MOISAN H., *Le droit de propriété des personnes publiques*, préc., p. 193.

a. Les effets protecteurs de la propriété publique

La propriété publique est, par essence, porteuse d'un régime juridique exorbitant du droit commun. Ainsi, l'ensemble des biens publics, relevant du domaine public ou du domaine privé, sont insaisissables²⁰⁴⁴. En application de ce principe général du droit²⁰⁴⁵, les biens du domaine privé, hormis l'hypothèse de l'expropriation, ne peuvent faire l'objet d'une aliénation forcée²⁰⁴⁶. Certains auteurs ont pu regretter l'inscription de ce principe dans la loi, sans l'assortir d'un caractère fonctionnel permettant de distinguer les biens – du domaine privé ou du domaine public – affectés ou non à une mission d'intérêt général²⁰⁴⁷.

Dans le même ordre d'idée, Marine Chouquet défend l'idée d'une protection fonctionnelle des biens du domaine privé et constate que les articles L. 3211-1 et L. 3211-17 du Code général de la propriété des personnes publiques énoncent que peuvent être vendus des biens du domaine privé de l'Etat « *lorsqu'ils ne sont plus utilisés par un service civil ou militaire* ». De ce fait, la fonction du bien est protégée puisque ces dispositions supposent, *a contrario*, que tant que ces biens sont le support d'un service public, ils ne peuvent être cédés. L'auteur appelle ainsi de ses vœux l'extension de cette protection fonctionnelle à l'ensemble des biens du domaine privé dès lors qu'ils participent de l'exécution d'une mission d'intérêt général²⁰⁴⁸.

Certaines personnes publiques sont propriétaires et/ou gestionnaires de biens immobiliers comprenant un ou plusieurs étangs. Le principal vecteur de l'appropriation publique sur ce territoire est la politique départementale des espaces naturels sensibles²⁰⁴⁹, fondement de l'exercice du droit de préemption accordé aux départements. Les étangs de la Dombes qui appartiennent à des personnes publiques interrogent quant à leur qualification domaniale du fait de l'usage direct de la part du public et de la réalisation de certains aménagements, comme on l'a vu cependant, la domanialité publique doit, la plupart du temps est écartée, faute d'un « aménagement indispensable ». En dépit de certains cas où un usage direct de la part du public, l'hypothèse de leur domanialité publique doit, en l'état actuel de la jurisprudence et du droit législatif, être écarté. Ce parti-pris découle de l'absence d'aménagements indispensables répondant aux exigences de la loi et de la jurisprudence en

²⁰⁴⁴ Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 2311-1.

²⁰⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 21 déc. 1987, BRGM, n° 86-14.167, Bull. civ. I, n° 348

²⁰⁴⁶ AUBY J.-M. et a., *Droit administratif des biens*, préc., p. 199.

²⁰⁴⁷ YOLKA Ph., L'insaisissabilité des biens publics (regards sur un mouvement immobile), *JCP A* 2007, n° 48, 2307.

²⁰⁴⁸ CHOUQUET M., *Le domaine privé des personnes publiques*, préc., p. 350.

²⁰⁴⁹ Cf. *infra*.

présence d'un service public. Nonobstant l'incorporation de ces biens aux domaines privés des personnes publiques, il n'en demeure pas moins qu'ils sont susceptibles d'être le support d'activités d'intérêt général au premier chef desquels l'on trouve la protection et la gestion de l'environnement. La fonctionnalité de ces biens pourrait conduire, selon la théorie développée par Marine Chouquet, à limiter la cession de ces biens. En effet, le domaine privé d'une personne publique ne constitue pas une propriété privée comme les autres.

En tout état de cause, la domanialité privée des étangs de la Dombes présente tout de même deux avantages. D'abord, les gestionnaires, bien que publics, disposent d'une marge de manœuvre plus importante dans leurs choix de gestion. En effet, les utilisations privatives des biens du domaine privé peuvent être autorisées par le biais d'un acte unilatéral faisant intervenir des rapports de droit privé relevant de la compétence du juge judiciaire²⁰⁵⁰. L'occupation peut également donner lieu à la conclusion de divers contrats et baux relevant du droit commun, à l'image des baux ruraux²⁰⁵¹. En outre, si le contrat ne correspond pas à un marché public ou une délégation de service public, aucune mesure de mise en concurrence n'est imposée²⁰⁵². Ces principes s'opposent ainsi au régime juridique applicable aux biens du domaine public, dans la mesure où il impose de passer par des procédures de mise en concurrence et de publicité spécifiques pour l'occupation dudit bien²⁰⁵³. Ensuite, la gestion du domaine privé ne passe pas forcément par une ouverture au public, ce qui conduirait à reconnaître l'application du régime du domaine public. Ainsi, le régime privé des étangs publics leur octroi plus de liberté dans la gestion des étangs dans la mesure où les personnes publiques se comportent, dès lors, comme des personnes privées.

La propriété publique constitue, a priori par nature, une garantie exorbitante de protection des biens environnementaux. Dans cette perspective, Caroline Chamard-Heim affirme que « *les biens environnementaux publics bénéficient d'une stabilité importante, car dans la plupart des cas, leur aliénation est soumise à un strict formalisme et à l'obtention de diverses autorisation* »²⁰⁵⁴. De ce point de vue, la propriété publique, dans toutes ses facettes est indéniablement un vecteur de protection de l'environnement. En effet, nous l'avons déjà constaté, la propriété privée peut être perçue comme un obstacle à la protection de l'environnement, notamment en raison des importants pouvoirs attribués au propriétaire d'une

²⁰⁵⁰ V. par exemple, CE, 30 mai 1951, *Semé, Lebon* 29.

²⁰⁵¹ TC, 22 nov. 1965, *Calmette, D.* 1966, p. 258, note Lenoir ; *JCP* 1966, II. 14483, concl. Lindon

²⁰⁵² AUBY J.-M., *Droit administratif des biens*, préc., p. 196.

²⁰⁵³ Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 2122-1-1 ; v. ALLAIRE F., Le droit des opérations publiques ou l'émergence d'un droit général de mise en concurrence, *Contrats et marchés publics* 2018, n° 5, étude 7.

²⁰⁵⁴ CHAMARD C., *La distinction des biens publics et des biens privés*, préc., p. 335.

chose²⁰⁵⁵. Ce seul constat pousse à envisager la propriété publique comme un moyen de faire échapper des éléments du patrimoine naturel aux risques de la propriété privée.

b. La protection des étangs par l'indisponibilité des biens publics

La propriété publique est de même nature que la propriété privée²⁰⁵⁶, mais n'a pas les mêmes incidences juridiques selon si le bien considéré relève du domaine public ou du domaine privé. Le régime du domaine public impose une indisponibilité des biens qui y sont incorporés, alors que le régime du domaine privé ne prévoit qu'une aliénabilité conditionnelle des biens qui s'y trouvent. Néanmoins, le domaine privé est soumis à un régime qui se caractérise par deux spécificités que sont l'aliénabilité conditionnelle, et l'insaisissabilité des biens de la personne publique, cette dernière ne tenant pas tant au caractère du bien, mais la qualité de la personne publique propriétaire. Ainsi, deux régimes protecteurs s'appliquent à ces biens : l'aliénabilité conditionnelle et l'insaisissabilité²⁰⁵⁷. L'objectif de ces régimes est de garantir une protection fonctionnelle aux biens du domaine privé, c'est-à-dire la préservation de leur destination d'intérêt général²⁰⁵⁸. Les biens du domaine privé sont donc soumis à un régime mixte mêlant des règles de propriété privée à celle de la propriété publique, ce qui justifie la mise en œuvre de règles de droit public. Malgré la soumission de la gestion des biens du domaine privé à un régime de droit privé, en ce qui concerne sa gestion courante, certaines règles résiduelles du droit public trouvent donc à s'appliquer. L'intérêt général que représente la propriété publique justifie donc la mise en œuvre d'un régime exorbitant du droit commun dans la mesure où les biens relevant de la propriété publique ne sont pas seulement des « biens de profit », mais peuvent constituer le support de missions d'intérêt général²⁰⁵⁹.

En dépit du fait que certains des étangs de la Dombes appartiennent à des personnes publiques, de façon paradoxale, le droit administratif trouve assez peu de place dans la gestion des étangs publics de la Dombes. Bien que se pose la question de l'existence d'un service public, tout en étant le support d'activités d'intérêt général, du fait de la préservation de la biodiversité notamment, ces biens font partie du domaine privé de ces personnes publiques et bénéficient à cet égard des protections inhérentes et précitées. La première de ces protections

²⁰⁵⁵ REMOND-GOUILLOUD M., *Du droit de détruire*, préc.

²⁰⁵⁶ GAUDEMET Y., *Droit administratif des biens*, préc., p. 25.

²⁰⁵⁷ Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 2311-1 ; v. également TC, 9 déc. 1899, *Assoc. synd. du canal de Gignac*, préc.

²⁰⁵⁸ CHOUQUET M., *Le domaine privé des personnes publiques*, préc., p. 328.

²⁰⁵⁹ *Ibid.*, p. 15.

est l'impossibilité de céder un bien public à un prix inférieur à sa valeur, sauf à ce que, par cette cession, la personne publique propriétaire poursuive un but d'intérêt général et que l'acquéreur apporte des contreparties suffisantes lui permettant de justifier ce prix inférieur à la valeur du bien²⁰⁶⁰. Ces contreparties peuvent constituer en la mise en œuvre d'activités d'intérêt général sur le bien en question, c'est-à-dire de préserver leur fonction. Ainsi, il est envisageable qu'une personne publique conditionne la vente de l'un de ses biens fonciers en Dombes à la garantie de la pérennité des pratiques qu'elle y a installés. De cette manière, tant l'intérêt environnemental que la particularité du régime juridique des étangs de la Dombes pourraient être préservés. De ce fait, les personnes publiques propriétaires sont potentiellement libres de choisir l'acquéreur d'un étang dont elle voudrait se séparer. Ces conditions de la vente à vil prix n'empêchent pas la personne publique de céder son bien au prix du marché tout en l'assortissant de certaines conditions d'usage, pouvant garantir par exemple l'accès au public, ces conditions pouvant faire l'objet d'un cahier des charges négocié entre la personne publique et l'acheteur du bien. La dernière hypothèse, la plus courante, est que l'étang est cédé aux conditions du marché, sans contraintes pesant sur l'acquéreur qui sera libre d'en disposer.

La protection inhérente au domaine privé d'une personne publique est cependant limitée, notamment au regard de la prescriptibilité des biens qui y sont inclus, un transfert de propriété pouvant ainsi être reconnu en faveur d'une personne privée²⁰⁶¹. Dans le contexte des étangs de la Dombes, cette hypothèse n'est pas anodine dans la mesure où la plupart des propriétés sont connectées entre elles par les ouvrages au sein desquels circule l'eau qui alimente les étangs. L'utilisation « *continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire* »²⁰⁶² de ces ouvrages, est susceptible d'entraîner une prescription de droit commun²⁰⁶³. Le régime du domaine privé ne protège ainsi pas les droits des personnes publiques en la matière.

En définitive, le développement de ces principes permet de garantir une certaine stabilité du bien dans le patrimoine public. La propriété publique permet une protection efficace des biens fonciers, mais doit être mise en perspective par rapport au faible nombre d'étang public en Dombes. En tout état de cause, la propriété publique constitue un « *terrain d'élection* »²⁰⁶⁴

²⁰⁶⁰ CE, 3 nov. 1997, n°169473, *Commune de Fougerolles, Lebon*. 391, *Dr. admin.* 1997, n° 387 ; *RFDA* 1998, p. 12, concl. Touvet.

²⁰⁶¹ COMELLAS S., Interrogations sur le principe de prescriptibilité du domaine privé des personnes publiques, *JCP A* 2015, n° 23, 2161.

²⁰⁶² Code civil, art. 2261.

²⁰⁶³ Code civil, art. 2258.

²⁰⁶⁴ INSERGUET-BRISSET V., *Propriété publique et environnement*, préc., p. 215.

des réglementations publiques et fait figure de support idéal pour l'exercice d'un service public notamment.

2. *La confrontation de la propriété publique au droit local*

La propriété publique en Dombes en général, doit être mise en rapport avec les règles applicables à l'ensemble des autres propriétaires d'étangs privés, l'ensemble de ces propriétés étant unies par un lien de solidarité hydraulique. Au sein de ces propriétés publiques, le domaine privé « *se maintient dans un rapport d'opposition à la notion de domaine public, et formalise l'existence d'un espace privé au sein d'un patrimoine public* »²⁰⁶⁵. En effet, font partie du domaine privé, les biens appartenant à une personne publique mais qui ne relèvent pas du domaine public²⁰⁶⁶. Le caractère public de leur propriété soulève la question de savoir si ces biens font l'objet d'une gestion traditionnelle, au même titre que tout autre étang privé, ou si leurs spécificités justifient la mise en œuvre de règles exorbitantes du droit commun. Ainsi, il convint de s'interroger sur le fait que l'éventuelle application des règles exorbitantes interdit la mise en œuvre du droit local. Les personnes publiques propriétaires d'étangs en Dombes doivent, dans la gestion de ceux-ci, composer avec règles particulières applicables sur ce territoire ainsi qu'avec le régime de droit public qui leur est propre. Ces étangs constituent, pour la plupart, des biens publics du domaine privé et relèvent du droit commun en ce sens, bien que leur gestion soit adaptée aux pratiques traditionnelles locales (a). De façon plus nuancée, la personne publique propriétaire se comporte, en termes de gestion piscicoles, comme tout propriétaire local et, à ce titre, les usages locaux lui sont opposables (b).

a. La gestion traditionnelle des étangs relevant du domaine privé des personnes publiques

Sur son domaine privé, la personne publique agit essentiellement comme une personne privée. C'est-à-dire que la gestion courante du domaine privé d'une personne publique est soumise à un régime de droit privé, et que les litiges qui le concernent relèvent de la compétence du juge judiciaire²⁰⁶⁷.

²⁰⁶⁵ CHOUQUET M., *Le domaine privé des personnes publiques*, préc., p. 4.

²⁰⁶⁶ Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 2211-1.

²⁰⁶⁷ AUBY J.-M. et a., *Droit administratif des biens*, 7^e éd., Dalloz, 2016, p. 185.

L'activité de gestion d'un bien du domaine privé d'une personne publique n'est pas constitutive d'une mission de service public²⁰⁶⁸. Néanmoins, l'ensemble des activités de la personne publique propriétaire peut être rattachée à un intérêt général, ce qui permet à la doctrine de défendre la thèse selon laquelle la gestion du domaine privé correspondrait à un service public²⁰⁶⁹. L'article 537 du Code civil dispose que : « *Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières* ». Donc, le droit applicable aux personnes publiques renvoie aux dispositions du droit administratif, et diffère du droit commun applicable aux personnes privées pour lesquelles « *les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois* ». Par principe, les dispositions propres à la gestion du domaine privé des personnes publiques renvoient à des dispositions de droit commun. Cette règle est particulièrement explicite au sein de l'article L. 2221-1 du Code général de la propriété des personnes publiques qui donne un pouvoir de gestion libre de leur domaine privé aux personnes publiques, sous réserve des règles qui leur sont applicables.

Pour autant, la gestion des biens relevant du domaine privé d'une personne publique est susceptible de faire l'objet de relations contractuelles entre cette dernière et un exploitant agricole par exemple. Le caractère public du propriétaire contractant conduit à une potentielle compétence de la juridiction administrative en matière de litige contractuel, notamment en cas de vente d'un bien de son domaine privé, et ce, à raison des clauses que cette convention comporte. Cette dernière peut être qualifiée de contrat administratif dans la mesure où, outre la présence d'une personne publique, elle comprend des clauses exorbitantes du droit commun du fait avec la nature du bien objet du contrat ou avec la qualité de la personne propriétaire.

En ce qui concerne l'exploitation agricole des biens publics du domaine privé, le droit applicable pourrait être qualifié d'hybride²⁰⁷⁰ dans le sens où la loi renvoie expressément au statut de droit commun du bail rural, mais la doctrine a envisagé la soumission des contentieux inhérents à la juridiction administrative, qualifiant ces contrats d'administratifs du fait de la nature publique du bailleur. En effet, la qualité de personne publique du bailleur aménage le régime juridique des baux ruraux en y appliquant des clauses exorbitantes du droit commun qui « *dérogent partiellement au statut du fermage et du métayage, comme si le régime des baux ruraux trempait dans un bain de droit public dont il ne sortirait pas tout*

²⁰⁶⁸ TC 18 juin 2001, M. David Lelaidier c/ Cne de Strasbourg, n° 3241, Lebon 743 ; AJFP 2001, n° 6, p. 4, nte Fortier ; *Les Grandes décisions du droit administratif des biens*, 2013, Dalloz, p. 346, note Chamard-Heim.

²⁰⁶⁹ AUBY J.-M. et a., *Droit administratif des biens*, préc., p. 186.

²⁰⁷⁰ FOYER J., L'Etat bailleur de baux ruraux, *RD rur.* 2011, n° 394, repère 6.

à fait indemne »²⁰⁷¹. Pour autant, la théorie doctrinale ne résiste pas à la qualification législative, et ces contrats relèvent de la compétence du Tribunal paritaire des baux ruraux, du fait de la qualification persistante de bail rural. En effet, la mise à disposition des biens immobiliers à vocation agricole par la voie juridique du fermage répond aux dispositions de droit commun contenues au sein du Code rural. Ainsi, « *les conditions dans lesquelles sont soumis au statut du fermage et du métayage les baux du domaine de l'Etat, des collectivités territoriales, de leurs groupements ainsi que des établissements publics, qui portent sur des biens ruraux constituant ou non une exploitation agricole complète, sont régies par les dispositions de l'article L. 415-11 du code rural et de la pêche maritime* »²⁰⁷². Malgré le « caractère administratif » que l'on peut attribuer à ces baux ruraux, il n'en demeure pas moins que les principes de leur mise en œuvre se rapprochent du bail rural de droit commun.

Sur l'exploitation d'un domaine d'étang par un établissement public, en l'occurrence l'ONCFS en ce qui concerne le Grand Etang de Birieux, la personne publique a mis en place un plan de gestion sur cet étang qui intègre toutes les composantes du territoire dombiste : gestion cynégétique, protection des milieux, agriculture durable, production piscicole, ouverture au public...²⁰⁷³. Pour ce faire, plusieurs contrats sont passés avec des exploitants, qu'il s'agisse de l'exploitation piscicole²⁰⁷⁴, de la culture de l'assec, ou encore de l'entretien des ouvrages constitutifs de l'étang. En ce qui concerne l'exploitation agricole des terres du Domaine du Grand Birieux, géré par l'établissement public, certaines de ces terres font l'objet d'un bail à ferme de droit commun, d'autres d'un bail rural environnemental, d'autres encore de prêt à usage²⁰⁷⁵, et enfin certaines sont exploitées en régie.

En ce qui concerne l'exploitation de l'étang en évolage, un contrat spécifique est conclu entre l'exploitant et l'établissement public et est appelé « contrat piscicole ». Le « contrat piscicole » qui constitue l'outil de délégation de la gestion de la pisciculture sur l'étang prend la forme d'un « contrat commercial »²⁰⁷⁶. Il ne contient de dispositions qu'en ce qui concerne l'exploitation piscicole, l'entretien des ouvrages et l'usage du droit de chasse. Ce « contrat piscicole » contient des dispositions permettant l'exploitation traditionnelle de l'étang, et reprend ainsi les principes coutumiers de l'obligation d'entretien des ouvrages, du maintien de l'ébief de l'étang, et de la responsabilité que le cocontractant supporterait en cas de dommages

²⁰⁷¹ YOLKA Ph., Le bail rural administratif, *JCP A* 2008, n° 47, 2263.

²⁰⁷² Code général de la propriété des personnes publiques, art. L. 2222-5.

²⁰⁷³ ONCFS, Domaine de l'étang du Grand Birieux – Dombes – Ain, Plan de gestion 2016-2021.

²⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 100.

²⁰⁷⁵ Contrat conclu à titre gratuit, « *le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir; à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi* » (Code civil, art. 1875).

²⁰⁷⁶ Plan de gestion préc., p. 177.

subis par les étangs amont ou aval. Pour autant, il n'est fait aucune mention des règles de droit local, sous quelque forme que ce soit. En outre, ce contrat intègre la possibilité, pour l'exploitant, « d'effaroucher » les individus de Grand cormoran à l'aide de fusil laser, le gestionnaire public du site se réservant la possibilité de recourir aux prélèvements autorisés annuellement par arrêté préfectoral²⁰⁷⁷.

Ainsi, le propriétaire public d'un étang de la Dombes est susceptible de contracter avec des personnes privées afin de leur confier l'exploitation du bien de son domaine privé. Les principes d'exploitation durable traditionnelle sont maintenus, voire mis en exergue par le biais de cette gestion publique. En effet, un plan de gestion et des conventions diverses sont adoptées, incluant, chacune en ce qui les concerne, les règles coutumières d'exploitation des étangs en Dombes.

b. L'opposabilité des usages locaux aux personnes publiques propriétaires en Dombes

Dans sa gestion des étangs qui lui appartiennent, la personne publique intègre les enjeux liés à la pérennisation des pratiques traditionnelles et des usages, au sens juridique, qui leur sont inhérents. Pour autant, l'existence de ces règles locales d'origine coutumières, sont susceptible d'être confrontées à l'application des régimes de la propriété publique.

La domanialité privée est une qualification juridique recherchée par les personnes publiques pour le renvoi qu'elle suppose aux règles de droit commun. Si certains biens publics sont classés dans le domaine privé de leur propriétaire, à l'image des réserves foncières ou des immeubles de bureau par exemple, c'est parce que leur gestion suppose la capacité de les céder, d'en permettre l'occupation par le biais de contrats de droit commun, « ou de régler les rapports de voisinage comme n'importe quelle personne privée »²⁰⁷⁸. Ce régime permet une gestion plus souple que celle induite par l'application du régime du domaine public. Le renvoi aux règles du droit commun coïncide, en ce qui concerne les territoires soumis à des règles coutumières, à l'application de ces dernières dans la gestion des biens publics. Cette hypothèse doit être envisagée dans la mesure où la propriété de la personne publique se trouve en contact direct avec les propriétés des personnes privées et, est ainsi liée à elles du fait de l'existence de liens physiques, la circulation de l'eau, et de liens immatériels, la solidarité dans le partage de l'eau. Les personnes publiques sont alors soumises au droit applicable aux autres personnes qui se trouveraient dans une situation

²⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 104.

²⁰⁷⁸ CHAMARD-HEIM C., Les forêts publiques. A-domanialité ou domanialité atypique ?, préc., p. 120.

similaire. Ainsi, on peut en déduire que les usages locaux sont opposables aux personnes publiques, les soumettant aux mêmes responsabilités (en termes d'entretien notamment) et les mêmes risques juridiques. La mise en œuvre du droit local peut ainsi avoir des incidences sur la gestion du bien public, qu'il relève du domaine public ou du domaine privé.

Dans la mesure où la domanialité publique des étangs de la Dombes peut être envisagée, il est nécessaire de confronter son régime juridique aux usages locaux. En effet, le régime du domaine privé permet à la personne publique d'agir en son domaine comme une personne privée. Ce régime exorbitant du droit commun se trouve en opposition avec les règles du droit local. Le partage de l'eau imposé dans le cadre d'une chaîne d'étang entre en conflit avec la règle de l'inaliénabilité du domaine public²⁰⁷⁹. En effet, les eaux closes sont appropriables et, dès lors que l'étang peut relever du domaine public de la personne propriétaire, l'eau qu'il contient suit ce régime et devient un bien relevant de la domanialité publique. L'eau perd toutefois cette qualification dès lors qu'elle est susceptible de s'écouler de l'ouvrage public grâce auquel elle a acquis cette qualité²⁰⁸⁰. Il n'en demeure pas moins que le caractère clos de l'étang constituant une dépendance du domaine public, est susceptible de faire obstacle à cette circulation. Dès lors, l'inaliénabilité inhérente au domaine public ainsi identifié s'oppose à ce que les propriétaires d'étangs en aval puissent revendiquer le bénéfice de la ressource. De ce point de vue, la propriété publique, et plus précisément le régime du domaine public est susceptible de bouleverser l'équilibre qui existe au sein d'une chaîne d'étangs dans la répartition de la ressource et des responsabilités. En outre, les politiques publiques tendant à encourager l'ouverture au public d'une partie des étangs du territoire, font émerger de nouveaux usages, perturbant, là encore, l'équilibre précaire qui existait jusqu'alors entre pisciculture, chasse et agriculture.

Dès lors qu'elle relève du droit local, la personne publique exploitant ou propriétaire d'un étang en Dombes peut être partie prenante à un différend réglé, selon les termes de ce droit. Le non-respect de ce droit local, qu'il s'agisse d'usages locaux, de coutume ou plus globalement de droit spontané, constitue potentiellement une source de la responsabilité des personnes publiques. Cependant, il convient de s'interroger sur la nature de cette responsabilité. D'abord, il semble qu'il s'agisse d'une responsabilité d'ordre coutumière dans la mesure où la personne publique est partie prenante au système dombiste et ce faisant, est soumis à l'obligation de respecter les usages locaux.

²⁰⁷⁹ Code général de la propriété des personnes publiques, art. L.3111-1.

²⁰⁸⁰ CE, 13 février 1953, *Sieur Susini, Lebon*, p. 67.

Elle est responsable, oui, mais que devant le juge administratif. Cette responsabilité peut être administrative ensuite peut intervenir dans le cadre de la mise en œuvre d'un service public, voire dans le cadre des dommages de travaux publics, si tant est que les travaux sur un étang appartenant à une personne publique puissent être qualifiés de travaux publics. A priori oui, puisque l'on se trouverait sur une propriété publique, même si elle relève du domaine privé, et les travaux sont effectués pour le compte de la personne publique propriétaire. Une telle hypothèse est toutefois peu probable eu égard à la perte d'influence du caractère attractif des travaux publics : la juridiction civile étant désormais compétente dans de nombreuses situations²⁰⁸¹.

La compétence juridictionnelle est à appréhender selon plusieurs situations. D'abord, il convient de préciser que les atteintes aux milieux naturels en Dombes ne sont pas susceptibles d'être sanctionnées au titre des contraventions de grande voirie. Il en aurait différemment sur un cours d'eau et sur le domaine public fluvial²⁰⁸². En outre, il est nécessaire de différencier l'origine du dommage, notamment dans la mesure où, si la personne publique propriétaire d'étangs subi un dommage, du fait de l'exploitation d'un étang voisin, l'engagement de la responsabilité de l'exploitant tiers relève de la compétence du juge judiciaire, et, peut par conséquent, faire l'objet d'une résolution amiable du différend devant la Commission de conciliation.

Enfin, et de façon plus problématique en ce qui concerne la Dombes, si le droit local lui est opposé, une nouvelle responsabilité échoirait à la personne publique. Cette affirmation se trouve toutefois nuancée dans le cas où l'étang pourrait être considéré comme relevant du domaine public, ce qui aurait pour conséquence de faire relever l'éventuel litige de la compétence exclusive du juge administratif. La domanialité publique est donc susceptible d'écarter la mise en œuvre du droit local.

B. La contradiction des intérêts du fait de l'ouverture au public

La volonté d'ouvrir les espaces naturels et agricoles au public nécessite que soient conciliés plusieurs enjeux, et notamment la protection des espaces considérés, l'éducation à l'environnement et l'accès à la nature, ainsi que l'exploitation agricole. De la même manière que pour l'ensemble des espaces naturels ou considérés comme tels, l'ouverture au public

²⁰⁸¹ Voir en ce sens Cass. 1^{ère} civ., 1 mars 2017, *AJDA* 2017, p. 498.

²⁰⁸² V. les développements précédents concernant le domaine public fluvial.

pose la question de sa compatibilité avec l'objectif de protection généralement poursuivi²⁰⁸³. En ce qui concerne la Dombes, l'ouverture au public des étangs, ou plus exactement de certains étangs, met en évidence la complémentarité de l'ensemble des enjeux dont ils sont le support. Le développement de l'écotourisme constitue le moyen de concilier l'ouverture de la Dombes à l'extérieur et la perpétuation de pratiques traditionnelles, mise en valeur par l'activité touristique mettant en évidence la culture locale (1). Une telle conciliation conduit désormais l'ensemble des parties prenantes à mettre en œuvre un développement local durable (2).

1. L'écotourisme en Dombes, entre droit d'accès à la nature et continuité des activités traditionnelles

Outre les usages concurrents historiques (chasse, agriculture, pisciculture), les étangs de la Dombes subissent aujourd'hui de nouvelles pressions de la part de nouveaux usagers : notamment le public qui entend faire valoir son droit d'accès à la nature. Ces nouvelles activités locales permettent de valoriser la fonction sociale des étangs, tout en offrant des perspectives économiques durables pour les propriétaires et exploitants d'étangs. Néanmoins, ces nouveaux usages d'espaces « naturels » sont susceptibles de bouleverser un équilibre construit au fil des siècles.

La revendication du public pour l'accès aux « espaces naturels » correspond à la volonté de développer un accès à la nature à des fins de loisirs. Cet accès peut être défini comme la possibilité offerte de pratiquer « *les activités récréatives et/ou sportives, exercées dans les espaces naturels publics ou privés, à l'aide d'un véhicule ou non, en dehors du temps de travail et de toute compétition* »²⁰⁸⁴. Il s'agit ainsi d'attribuer aux espaces de nature en général, et aux étangs de la Dombes en particulier, une fonction sociale par leur mise en valeur en vue du développement des activités touristiques. A cet égard, il convient de souligner l'apparente contradiction entre la volonté d'ouvrir les espaces de la Dombes à un tourisme vert, et l'opposition – parfois farouche – des propriétaires à l'accès du public à leur propriété. Le tourisme est pourtant un atout que souhaitent développer les collectivités

²⁰⁸³ MOLINER-DUBOST M., Le destinataire des politiques environnementales, *RFDA* 2013, p. 505.

²⁰⁸⁴ MIELLET B., Accès à la nature à des fins de loisirs, *JurisCl. Environnement et développement durable*, Fasc. 3580, 28 février 2017.

territoriales, au premier chef desquels l'on trouve le département²⁰⁸⁵, mais également les communes qui intègrent de plus en plus cet enjeu au sein de leurs plans locaux d'urbanisme.

Ces revendications sont fondées juridiquement sur la recherche d'un « droit d'accès à la nature », voire un « droit à l'environnement ». Dans un premier temps, la doctrine a pu évoquer un « droit à la nature »²⁰⁸⁶. Le droit d'accès à la nature prend parfois des concrétisations juridiques surprenantes puisqu'il a été reconnu par le Conseil d'Etat comme un fondement régulier de la mise en œuvre d'une procédure d'expropriation²⁰⁸⁷. Ainsi, l'appropriation publique forcée peut être motivée par le projet d'aménager un chemin pédestre permettant l'accès au patrimoine naturel et architectural, et ce, en dehors de tout texte législatif²⁰⁸⁸. Dès lors, la Haute juridiction a énoncé que l'accès à la nature constitue une cause d'utilité publique²⁰⁸⁹.

L'ouverture au public rencontre néanmoins plusieurs obstacles : la tranquillité des milieux sensibles à préserver (droit de la protection de l'environnement), protection de la propriété privée (droit privé), liberté du commerce et de l'industrie (mise en œuvre de décisions et politiques publiques des collectivités territoriales ne doivent pas avoir pour conséquences de restreindre les activités économiques de façon disproportionnée²⁰⁹⁰ par exemple en réservant l'accès de certains espaces à certains usagers). Ainsi, la liberté de circulation, droit constitutionnellement garanti²⁰⁹¹, se heurte à l'intérêt général de la protection de la nature, dans la mesure où cette liberté s'exerce sur les seuls espaces publics tels qu'ils peuvent exister en Dombes. Des droits constitutionnels entrent alors en contradiction, et doivent être conciliés²⁰⁹². Le législateur a envisagé cette conciliation des intérêts en jeu en cherchant à encadrer les activités de loisir liées à l'accès aux espaces naturels en insérant un titre dédié à « l'accès à la nature » au sein du Code de l'environnement²⁰⁹³.

En ce qui concerne la pratique de la randonnée en Dombes, les chemins empruntables sont susceptibles de relever du plan départemental des itinéraires de promenade et de randonnée qui vise à garantir la continuité des sentiers, notamment ceux qui traversent des parcelles

²⁰⁸⁵ Le département de l'Ain a ainsi créé des itinéraires de tourisme, à l'image de la « Route de la Dombes ».

²⁰⁸⁶ De MALAFOSSE J., *Le droit à la nature. Aménagement et protection*, Ed. Montchrestien, 1973.

²⁰⁸⁷ CE, 11 avril 2008, *Cne de La Chapelle-sur-Erdre*, n° 287526.

²⁰⁸⁸ MOLINER-DUBOST M., *Droit de l'environnement*, préc., p. 157.

²⁰⁸⁹ CE 11 avr. 2008, *Cne de la Chapelle-sur-Erdre*, n° 287526.

²⁰⁹⁰ CE, 19 mai 1933, *Benjamin.*, GAJA, Dalloz, 2018, p. 263, n° 43.

²⁰⁹¹ V. not. Cons. Constit., Décision n° 79-107 DC, du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*.

²⁰⁹² MIELLET B., *Accès à la nature à des fins de loisirs*, préc., n° 10.

²⁰⁹³ Code de l'environnement, arts. L. 361-1 à L. 365-1.

privées. Ce régime impose d'une part aux personnes publiques de garantir aux chemins publics une continuité, et d'autre part de requérir l'accord des propriétaires privés pour autoriser l'accès à leur chemin. Ainsi, « *Le département établit, après avis des communes intéressées, un plan départemental des itinéraires de promenade et de randonnée* »²⁰⁹⁴. Les voies privées ne sont pas exclues de ce plan et peuvent y être intégrées à certaines conditions. En effet, le Code de l'environnement dispose que les itinéraires de randonnées peuvent : « *après délibération des communes concernées, emprunter des chemins ruraux et, après conventions passées avec les propriétaires intéressés, emprunter des chemins ou des sentiers appartenant à l'Etat, à d'autres personnes publiques ou à des personnes privées. Ces conventions peuvent fixer les dépenses d'entretien et de signalisation mises à la charge du département* »²⁰⁹⁵.

Dès lors, les itinéraires de randonnées locaux sont susceptibles de s'étendre aux abords privatifs des étangs en Dombes, sous réserve de l'accord de leurs propriétaires. Ils peuvent ainsi emprunter, tant les chemins ruraux, que les voies classées au sein du domaine public. En ce qui concerne les propriétés privées, les chemins laissés ouverts par leurs propriétaires privés peuvent servir d'itinéraire de randonnée, ainsi que ceux pour lesquels une convention a été conclue entre le propriétaire et les collectivités territoriales compétentes, les communes et le département.

Enfin, des initiatives d'ordre privé et associatif ont conduit à créer des « itinéraires touristiques » que sont la « Route de la Dombes » et la « Route des Etangs » de la Dombes sont des associations soutenues par les personnes publiques au premier chef desquelles l'on trouve le département de l'Ain et les communes qui, via leurs offices du tourisme, cherchent à rendre plus attractif le territoire.

2. La conciliation des intérêts au sein d'un développement local durable

Lorsque l'on s'interroge sur l'accès aux espaces naturels, il s'agit en premier lieu de s'attarder sur la vocation originare et actuelle de ces espaces. En d'autres termes, une forêt, une prairie, le bord d'un lac ou d'un étang sont-ils destinés à accueillir du public ? De la même manière que les forêts publiques²⁰⁹⁶, les étangs ont été érigés et sont encore affectés à l'exploitation économique, et cette vocation est prioritaire. Du fait de cet usage, l'ouverture au

²⁰⁹⁴ Code de l'environnement, art. L. 361-1.

²⁰⁹⁵ *Ibid.*

²⁰⁹⁶ CHAMARD-HEIM C., Les forêts publiques. A-domanialité ou domanialité atypique ?, préc., p. 113.

public ne semble devoir être que secondaire et, dès lors, subordonné à la compatibilité avec l'exploitation principale des étangs.

Pour autant, il est possible de déceler au sein des multiples fonctions de l'étang, une « fonction sociale » autant qu'une fonction écologique. En effet, on peut effectuer un parallèle avec la loi forestière de 1985²⁰⁹⁷ attribue aux forêts une fonction sociale, ce qui consacre dans la loi un véritable objet récréatif à destination du public aux côtés des fonctions économiques et écologiques²⁰⁹⁸, et ce dans une perspective de développement durable²⁰⁹⁹. Avant cela, la loi d'orientation foncière de 1967 intégrait des dispositions en faveur de l'ouverture au public des forêts privées²¹⁰⁰. A cette époque, Jehan de Malafosse énonçait qu'en raison de l'interdépendance des usages de la nature en général et de la forêt en particulier, « une réglementation globale de toute les formes d'utilisation doit être élaborée ». Dans ce cadre, « l'ouverture des forêts privées au public doit s'inscrire dans une politique générale de protection de la nature »²¹⁰¹. Dorénavant cependant, les fonctions écosystémique et économique²¹⁰² des bois et forêts supplantent la fonction sociale de ces espaces²¹⁰³. Au premier chef, la multifonctionnalité écologique des forêts est reconnue d'intérêt général à travers la citation de la fixation du carbone, de la stabilisation des sols, de la ressource génétique notamment. Sont également d'intérêt général la protection des ressources naturelles forestières et la mise en valeur des bois et forêts²¹⁰⁴. Néanmoins, il est également mentionné en tout premier lieu que « les forêts, bois et arbres sont placés sous la sauvegarde de la Nation, sans préjudice des titres, droits et usages collectifs et particuliers »²¹⁰⁵. Dès lors, la dimension collective et donc, potentiellement récréative de la forêt est intégrée au sein du régime juridique des forêts à deux égards. D'abord à travers le placement « sous la

²⁰⁹⁷ Loi n° 85-1273 du 4 décembre 1985 relative à la gestion, la valorisation et la protection de la forêt, JORF du 5 décembre 1985, p. 14111.

²⁰⁹⁸ MORIN G.-A. et SIGNOLES Fr., Genèse et présentation de la refonte du code forestier, *RD rur.* 2012, n° 403, dossier 12.

²⁰⁹⁹ Code forestier (anc.), art. L. 1. Modifié par l'art. 43 de la loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole, JORF du 6 janvier 2006, p. 229.

²¹⁰⁰ De MALAFOSSE J., *Le droit à la nature. Aménagement et protection, préc.*, Ed. Montchrestien, 1973, p. 209.

²¹⁰¹ *Ibid.*, p. 210.

²¹⁰² L'exploitation économique des forêts ayant d'ailleurs été affirmé par la jurisprudence administrative à travers l'arrêt CE, 28 nov. 1975, *Abamonte c/ ONF*, n° 90772, *Lebon* p. 602 ; *D.* 1976 II. p. 355, note Auby ; *AJDA* 1976, p. 149 ; *Rev. Adm.* 1976, p. 36, note Moderne ; *RD publ.* 1976, p. 1050, note Waline ; *JCP* 1976 II, p. 18467, note Boivin ; *R. J. E.* 1976, p. 66, note Mescheriakoff.

²¹⁰³ Laquelle semble particulièrement difficile à mettre en œuvre de façon systématisée : Le LOUARN P., De la « bête noire » au touriste, in FROMAGEAU J., HUGLO Ch. Et TREBULLE Fr.-G., *Mélanges en l'honneur du professeur Jehan de Malafosse, Entre nature et humanité*, LexisNexis, 2016, pp. 317-336.

²¹⁰⁴ Code forestier, art. L. 112-1.

²¹⁰⁵ Même article, al. 1.

sauvegarde de la Nation », expression issue du droit révolutionnaire²¹⁰⁶ qui a été conservée lors de la refonte du Code forestier en 2012²¹⁰⁷ et préférée à l'expression « *fait partie du patrimoine commun de la Nation* », sans doute à cause de la diversité de régimes d'appropriation et de gestion dont elle fait l'objet²¹⁰⁸, mais marquant néanmoins une reprise en main par l'Etat des politiques *publiques* forestières²¹⁰⁹.

De la même manière, il est possible de s'interroger sur la façon dont les étangs de la Dombes peuvent être l'objet d'activités de loisirs. De toute évidence, les enjeux environnementaux sont les mêmes : l'interdépendance des usages des milieux naturels est telle qu'il est nécessaire de les envisager à l'aune d'une réglementation générale. Pour autant, il n'en demeure pas moins que ces usages restent régis par des législations indépendantes les unes des autres, bien qu'elles soient envisagées dans le cadre d'une politique générale de développement durable – à défaut de protection de la nature - . En outre, la « fonction sociale » des étangs, tout comme celle des forêts, semble devoir en rester à une fonction secondaire, la fonction de production restant prédominante²¹¹⁰.

L'accès à la nature, et plus largement aux biens environnementaux dépend du régime juridique qui lui est applicable, et plus exactement, du régime de propriété auquel il répond.

Section 2. La protection implicite du milieu naturel par l'usage traditionnel de la ressource

Il n'est pas nécessaire qu'un comportement individuel soit prévu par la loi, ou influencé par un quelconque mécanisme incitatif pour qu'il puisse avoir des conséquences bénéfiques pour l'environnement. Certes, de tels agissements ne sont *a priori* pas mus par la volonté de protéger l'environnement, mais peuvent, de façon indirecte, contribuer à sa préservation. Dans cette perspective, l'enjeu est de savoir si l'usage traditionnel de l'eau permet, en lui-même, et sans que cela soit son objectif, une mise en valeur de l'environnement, des milieux naturels, de la biodiversité. Se pose alors la question de savoir comment est prise en compte par le droit cette nouvelle finalité. La loi dite « Biodiversité » du

²¹⁰⁶ MORIN G.-A., De l'inaliénabilité des forêts domaniales, *Revue Forestière* 2009, n° 1, p. 88.

²¹⁰⁷ Ord. n° 2012-92 du 26 janvier 2012 relative à la partie législative du code forestier, JORF du 27 janvier 2012, p. 1549.

²¹⁰⁸ VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, 3^{ème} éd., PUF, 2011, p. 375.

²¹⁰⁹ BILLET Ph., La forêt fonctionnelle. La formalisation juridique de l'instrumentalisation de la forêt, *préc.*, p. 114.

²¹¹⁰ Von PLAUE F., L'accès à la nature : droit virtuel ou droit réel ?, *AJDA* 2005, p. 1984.

8 août 2016, a donné un début de réponse à cet enjeu. En effet, le législateur a renforcé les principes du droit de l'environnement, et les a enrichi à cette occasion de « *principes nouveaux et grandiloquents* »²¹¹¹, au nombre desquels on trouve « *le principe de l'utilisation durable, selon lequel la pratique des usages peut être un instrument qui contribue à la biodiversité* »²¹¹². Dans son expression, ce principe est quelque peu mystérieux et implique de nombreuses interrogations. D'une part, quel est l'objet de cet usage ? Qu'est-ce qu'une utilisation qui « contribue à la biodiversité » ? A n'en pas douter, il aurait sans doute été plus explicite de mentionner une contribution à la préservation et/ou à la mise en valeur de la biodiversité. Toutefois, la biodiversité étant juridiquement définie comme « *la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie* »²¹¹³, son utilisation, pour être durable, doit concourir à la dynamique des populations et des écosystèmes. La biodiversité doit être entendue comme une réalité environnementale dynamique et évolutive, mue par des interactions entre les êtres vivants entre eux et avec leurs milieux. L'utilisation qui contribue à la biodiversité doit donc être comprise comme un usage des ressources naturelles qui a pour effet, si non pour finalité, d'accroître cette biodiversité, avec le concours de l'objectif d'enrayer la perte nette de biodiversité intégré par la loi du 8 août 2016 au sein des principes du droit de l'environnement. L'usage traditionnel de l'eau et les usages qui en découlent participent de cette réalisation. En effet, la multifonctionnalité des étangs en Dombes, telle qu'elle est garantie par le droit local, permet la résilience des milieux du fait d'un entretien régulier par les usagers de la ressource en eau (I). Cette gestion durable des milieux peut par ailleurs être renforcée par la mise en œuvre de mécanismes juridiques propres à valoriser une gestion durable des milieux et des ressources (II).

I. Une gestion utilitariste de la ressource garantissant l'entretien écologique du milieu

L'exploitation de la ressource est renouvelée dans son usage par une évolution des pratiques qui façonnent le paysage local et qui répondent à des règles nouvelles. Se pose la question de l'impact de ces usages sur les milieux, et de fait, de « *l'impact de la norme en*

²¹¹¹ GRIMONPREZ B., Etude d'impact sur l'agriculture de la loi « biodiversité », *RD rur.* 2017, n° 449, étude 1.

²¹¹² Code de l'environnement, art. L. 110-1 II 7°.

²¹¹³ Code de l'environnement, art. L. 110-1 I.

milieu contraint »²¹¹⁴ que constitue le territoire de la Dombes et ses particularités géographiques et hydriques, c'est à dire le territoire sur lequel la règle locale est vouée à s'appliquer. Le droit local a pour objectif de permettre l'usage collectif de la ressource eau qui se trouve ainsi partagée entre différents usages et donc entre différents usagers, étant donné que ces usages de la ressource entraînent des incidences positives sur l'ensemble des milieux. De ce point de vue, il est nécessaire d'analyser l'impact des usages traditionnels sur la qualité de la biodiversité et des milieux, la réalisation du principe d'utilisation durable en somme (A). Cet impact positif sur l'environnement des usages traditionnels dépend cependant du droit applicable et qui encadre les utilisations de la ressource. En ce sens, le droit spontané local semble être la traduction juridique du principe d'utilisation durable dans le sens où la préservation de la ressource en constitue un objectif accessoire (B).

A. La protection implicite de la nature par l'exploitation traditionnelle des milieux aquatiques

La protection implicite de l'environnement implique que les actions qui visent l'environnement n'ont pas la protection pour finalité mais qu'elles y contribuent tout de même. A ce titre, l'environnement, n'est pas un objet de protection, ni même est considéré en soi, mais est l'objet de pratiques dont les modalités permettent implicitement de le protéger. L'environnement constitue le support dans le sens où il fournit les éléments qui seront exploités par l'homme : l'eau, la flore, voire la faune. Si le droit de l'environnement, n'est pas le moteur de cette exploitation, il n'en demeure pas moins qu'il peut en trouver des bénéfices, dont sa préservation. Les pratiques agricoles traditionnelles peuvent offrir ainsi un tel bénéfice écologique non négligeable (1). Néanmoins, le droit de l'environnement trouve dans la Dombes un champ d'application et noue ainsi de nouvelles relations normatives avec le droit spontané (2).

²¹¹⁴ De MARI E. et TAURISSON-MOURET D. (dir), *L'impact environnemental de la norme en milieu contraint*, Victoires Editions, 2012.

1. Le bénéfice écologique des seules pratiques traditionnelles

L'étang est une entité morte en devenir. Ouvrage artificiel par nature, il s'appauvrit avec le temps, s'atterrit et retourne à son état écologique originel²¹¹⁵, c'est-à-dire une vaste zone humide impropre aux usages actuels que sont la pisciculture, la chasse et l'agriculture. Cependant, l'activité de l'homme sur cet espace permet de révéler son plein potentiel écologique, les étangs étant d'ailleurs biologiquement très riches du fait de l'assolement particulier exercé en Dombes²¹¹⁶. Une analogie peut ici être conduite avec les prairies qui nécessitent des usages humains pour perdurer²¹¹⁷, tout comme l'ensemble des zones humides exploitées par l'homme à des fins agropastorales²¹¹⁸.

Les usages favorisent ainsi une certaine biodiversité, un dynamisme biologique conditionné par l'intervention humaine. Ainsi, les résultats d'études écologiques sur les étangs de la Dombes « *démontrent que les activités anthropiques entretiennent une biodiversité remarquable et contribuent à sa conservation, voire même à sa promotion. Le fonctionnement des étangs avec leur usage de production piscicole et leur diversité faunistique et floristique spécifique sont en effet très liés aux pratiques anthropiques, en particulier l'assec qui exerce une action positive sur la biodiversité* »²¹¹⁹. De ce point de vue, l'exploitation traditionnelle de l'eau à travers des étangs (Dombes, Brenne, Moselle), ou de canaux d'irrigation (Alpes, Cévennes...), garantie la préservation d'un équilibre écologique du territoire à travers une « *symbiose entre l'homme et la nature* »²¹²⁰.

L'impact des pratiques locales sur la préservation de l'environnement peut s'observer notamment du fait des modes traditionnels de gestion des milieux humides. La préservation de la ressource, d'un point de vue tant quantitatif que qualitatif, ainsi que le maintien d'un écoulement le plus naturel possible des eaux de ruissellement garantissent l'entretien d'un écosystème dans son ensemble. Les seules pratiques traditionnelles constituent donc, en ce sens, une protection implicite de la nature²¹²¹. Ce caractère implicite désigne, selon Jean

²¹¹⁵ BERARD L., Thèse préc., p. 175.

²¹¹⁶ WEZEL A. et al., Biodiversity patterns of nutrient-rich fishponds and implications for conservation, *Limnology*, 2014, vol. 15, issue 3, pp. 213-223.

²¹¹⁷ JANIN P., La prairie et son droit, préc.

²¹¹⁸ DROBENKO B., De la capacité de charge des écosystèmes et du droit, in *D'urbanisme et d'environnement* (Mélanges Haumont), préc., p. 577.

²¹¹⁹ WEZEL A. et VALLOD D., *Influence des pratiques agropiscicoles sur la biodiversité des étangs de la Dombes (Ain, France) en vue d'une valorisation de produits du terroir*, Programme « DIVA 2 », rapport de fin de contrat, déc. 2010, p. 22.

²¹²⁰ TOMASI J.-P., *Droit rural et protection de l'environnement*, Thèse droit (dactyl.), Lyon 3, 1990, Vol. 2, p. 945.

²¹²¹ UNTERMAIER J., La protection implicite de la nature. Le cas du val de Saône et de la Dombes, in *La*

Untermaier, « *la protection par l'absence de protection* ». L'auteur désigne alors des « *espaces « sans droit » (de l'environnement) où la sauvegarde du milieu résulte simplement d'un équilibre établi spontanément entre la nature et des activités humaines traditionnelles peu agressives telles que l'agriculture dombiste ou la récolte du sel marin* »²¹²². C'est donc, dans un premier temps, la protection de l'environnement en dehors de la norme qui est envisagée.

De même, les prairies humides de la vallée de la Saône font traditionnellement l'objet de pratiques agricoles douces à travers l'exploitation collective de biens communaux, et sont donc ainsi entretenues et préservées. La symbiose précédemment évoquée est, dans ce cas, particulièrement remarquable. En effet, le site des prairies humides de la vallée de la Saône est doté d'une multitude d'espèces végétales et animales, dont certaines sont protégées²¹²³, à l'image du triton crêté (*Triturus cristatus*). Cette richesse en termes de biodiversité est due d'une part aux phénomènes naturels de crues inhérents à la dynamique hydrologique de la Saône, mais également à des pratiques agricoles traditionnelles extensives telles que la fauche tardive ou le pâturage estival et automnal²¹²⁴.

Concernant les régions d'étangs, la pisciculture extensive traditionnelle qui y est pratiquée contribue à la préservation de l'environnement puisque s'appuie sur les équilibres écologiques du milieu en respectant ses différentes composantes et leurs cycles naturels. Indéniablement, il a été démontré par le passé que les pratiques traditionnelles, et notamment l'alternance asse-évolage profite à la fois à la qualité de l'eau, et à la qualité du sol. Ainsi, « *le phénomène régulier de vidange et de remplissage des étangs a une incidence prépondérante sur les cycles de l'oxygène, du gaz carbonique, du calcium, du phosphore et de l'azote dans l'eau, par l'intermédiaire notamment des chaînes de décomposition et de la couche superficielle et sédimentaire du sol* »²¹²⁵. De ce fait, l'activité biologique et le développement de la biodiversité aquatique dans les étangs dépend des interactions réciproquement bénéfiques entre les milieux alternants : l'eau et le sol.

Ainsi, en Dombes également, les activités agricoles se conjuguent avec les activités piscicoles et cynégétiques qui induisent une gestion économe et durable de la ressource en eau. Sans aller jusqu'à ériger ce développement durable des activités rurales locales de

Saône-Trévoux, Ed. Patrimoine du pays de l'Ain, 1984, p. 17.

²¹²² UNTERMAIER J., La protection de l'espace naturel, généalogie d'un système, *R.J.E.* 1980, n° 2, p. 111.

²¹²³ Et figurent à l'annexe II de la Directive 92/43/CEE.

²¹²⁴ Fiche INPN du site « FR8202006 - Prairies humides et forêts alluviales du Val de Saône aval », p. 6.

²¹²⁵ BERARD L. et MARCHENAY Ph., Ethnologie et écologie d'un système agro-piscicole : les étangs de la Dombes, *Le Monde alpin et rhodanien. Revue régionale d'ethnologie*, 1981, pp. 69-102, spéc. pp. 83 et s.

symbiose, Jean Untermaier admet volontiers que « *la Dombes traditionnelle apparaît donc comme une synthèse réussie de la nature, représentée par les milieux aquatiques, et de son exploitation* »²¹²⁶. L'homme a, en effet, tiré le meilleur parti de la terre dont il a hérité, tout en respectant les caractéristiques essentielles. La multifonctionnalité traditionnelle des étangs dans cette région et la perpétuation de leur exploitation permettent, selon Jérôme Fromageau, le « miracle » constituant à garantir une certaine intégrité écologique des milieux sur ce territoire²¹²⁷.

La préservation implicite de la nature et la récréation (artificielle) d'un équilibre biologique est issue de la pérennité des usages traditionnels et résulte donc d'une externalité positive de la réglementation coutumière leur étant applicable. Malgré tout, ce milieu en équilibre reste particulièrement fragile²¹²⁸ et menacé par l'évolution des pratiques culturelles qui, depuis les années 1970-1980, font une place importante à la mécanisation et l'utilisation d'intrants chimiques²¹²⁹. Dès lors, cette situation appelle plus que jamais l'intervention du droit de l'environnement, parallèlement au maintien des pratiques traditionnelles.

2. *L'intervention progressive du droit de l'environnement dans la préservation de ces milieux*

En encadrant les pratiques durables précédemment évoquées, ou bien en les intégrant dans un contexte réglementaire contemporain, le droit de l'environnement est venu renforcer la préservation de la nature qu'elles engendrent. Cette protection se révèle alors implicite dans le sens où son résultat n'a pas été originellement recherché par les créateurs de la norme juridique. La définition donnée par le Professeur Untermaier de la protection implicite de la nature repose sur une absence de droit, ou plus exactement une absence de droit de l'environnement, dans la gestion des pratiques traditionnelles écologiquement positives. Or, ces réflexions menées dans les années 1980 doivent aujourd'hui être réévaluées à la lumière de l'évolution du droit de l'environnement. Ce dernier jouait un rôle secondaire dans la préservation des écosystèmes humides locaux, à peine pouvait-on relever la présence de quelques réserves de chasse assurant « *une fonction non négligeable sur le plan*

²¹²⁶ UNTERMAIER J., Droit coutumier et environnement, une mise en valeur originale de l'écosystème dombiste, in BAILLY G. et BILLET Ph. (Dir), *Aspects contemporains du droit coutumier en Dombes*, L'Harmattan, à paraître.

²¹²⁷ FROMAGEAU J., Le droit de l'environnement, l'exemple des zones humides, art. préc., p. 183.

²¹²⁸ AVOCAT Ch., La Dombes, milieu naturel ou milieu en équilibre ? Introduction à une éco-géographie de l'espace dombiste, préc., p. 55.

²¹²⁹ UNTERMAIER J., La protection implicite de la nature. Le cas du val de Saône et de la Dombes, préc., p. 21.

*cynégétique*²¹³⁰». Désormais, la Dombes, comme le val de Saône, font l'objet d'une protection réglementaire des milieux naturels qui leurs sont propres et ce, notamment par l'inscription de ces sites au réseau européen « Natura 2000 ».

Le maintien des activités agri-piscicoles traditionnelles est le garant de la pérennité des équilibres biologiques des milieux naturalisés entourant les étangs de la Dombes et qui caractérisent cette région. À ce titre, le document d'objectifs qui donne les orientations de gestion du site classé « Natura 2000 » au titre tant de la Directive dite « Oiseaux » que de la Directive dite « Habitats », encourage la préservation de ces pratiques pluriséculaires. Plus précisément, l'activité piscicole est considérée comme une activité humaine susceptible d'être compatible avec les objectifs de développement durable qui irrigue le réseau européen Natura 2000²¹³¹. Le droit de l'environnement contemporain n'ignore pas des réalités socioéconomiques locales, et plus encore, intègre les pratiques positives pour la réalisation de ces objectifs. On assiste à cette occasion à la consécration d'une protection implicite des milieux par les pratiques traditionnelles.

En définitive, les activités humaines sur le territoire de la Dombes et surtout leur caractère pluriel, dessinent les milieux naturels de cette région. L'agriculture, la pisciculture et la chasse sont complémentaires, cette complémentarité entraîne des actions d'entretien des milieux et de maintien des équilibres biologiques. Le même document d'objectifs fixe clairement la finalité de « *respecter l'équilibre écologique par le maintien des activités traditionnelles et la recherche de nouveaux débouchés pour les productions locales* »²¹³². Un lien est donc établi et semble indéfectible entre économie locale traditionnelle et maintien des équilibres « naturels ». Finalement, les pratiques traditionnelles constituent bel et bien « *un instrument qui contribue à la biodiversité* ». Il reste néanmoins à clarifier la question du rôle écologique de leur encadrement juridique.

B. La protection accessoire de la nature par le droit coutumier

Peu de temps après la promulgation de la Charte de l'environnement, Michel Serres affirmait que « *le droit peut sauver la nature* »²¹³³. Le droit, dans la conception de cet auteur est un droit global, reposant sur des outils que sont notamment la propriété, la responsabilité ou la police. Il ne faut cependant pas négliger que les sources alternatives du droit sont

²¹³⁰ UNTERMAIER J., La protection implicite de la nature. Le cas du Val de Saône et de la Dombes, *préc.*, p. 20.

²¹³¹ Document d'objectifs Natura 2000 du site FR 820 1635, décembre 2004, p. 150.

²¹³² *Idem.*, p. 129.

²¹³³ SERRES M., Le droit peut sauver la nature, *Pouvoirs* 2008, n° 127, p. 5.

également susceptibles de contribuer à « sauver la nature ». Encadrant les utilisations de la ressource et l'entretien des espaces naturel, le droit local, et notamment le droit coutumier, assure une certaine protection de l'environnement (1) et ce, bien que ce résultat ne soit pas recherché (2).

1. Une protection environnementale assurée par le droit coutumier

Cela a été démontré, il existe plusieurs formes de propriétés en Dombes et le droit coutumier, qui a longuement mûri au cours des siècles, n'a pas attendu la publication du Code civil pour construire des mécanismes de gestion particulier. Le régime spécifique de l'assolement ayant aboutit à une duplication de la propriété sur un même bien de façon alternative, les titulaires de ces droits de propriété entretiennent nécessairement des relations juridiques et se partagent alors les responsabilités concernant l'usage et la préservation de la ressource. Ces relations fondées sur le principe de solidarité imposent aux propriétaires et exploitants d'étangs, des obligations visant notamment à éviter de causer tout dommage à un propriétaire riverain, et imposent que chacun puisse avoir accès l'eau qui lui est dû. En découle un certain nombre d'obligations telles que l'entretien des milieux proches des plans d'eau, l'entretien des ouvrages hydrauliques, la lutte contre les espèces envahissantes notamment. Dès lors, si le droit local de la Dombes permet la préservation des propriétés foncières en vue de l'usage futur de la ressource en eau qui s'y écoule, il contribue indéniablement à la préservation des qualités écologiques des milieux alentours.

Pourtant, cette affirmation n'a pas toujours fait l'unanimité au sein de la doctrine juridique en fonction de l'impact réel, direct ou indirect de la norme sur l'environnement elle-même. Ainsi, Martine Rémond-Gouilloud rappelait en 1992 que : « *le droit est science humaine ; ses normes n'ont de prise que sur les hommes, non sur les faits, et son influence sur la nature, indirecte, est imparfaite, en dépit des fictions qu'il plaque sur la réalité* »²¹³⁴. Dans l'absolu, ce point de vue conduit à penser le droit de l'environnement comme n'ayant qu'un effet indirect sur la protection de l'environnement. En effet, les protections strictes des espèces ou des milieux, la réparation des atteintes aux écosystèmes ou encore la prévention des pollutions constituent des obligations qui n'ont vocation qu'à être appliquées aux êtres humains, et à modifier ou faire évoluer leurs comportements. Il s'agit en effet d'interdictions de faire, ou

²¹³⁴ REMOND-GOUILLOUD M., A la recherche du futur. La prise en compte du long terme par le droit de l'environnement, *RJE* 1992, n° 1, p. 15.

d'obligations de ne pas faire. Toutefois, le droit de l'environnement, bien qu'anthropocentré, a tout de même pour objet la protection de l'environnement, et à ce titre, l'on peut s'accorder sur une protection juridique directe. Ce n'est cependant pas le cas pour la coutume en général, ni pour le droit coutumier dombiste en particulier.

Le droit coutumier, particulièrement en milieu rural et sur les zones humides, a toujours contribué à organiser l'exploitation des espaces naturels dans un sens tel que cela a justifié l'entretien du milieu²¹³⁵. Le droit local peut être ainsi considéré comme un moyen juridique de mettre en œuvre le principe d'utilisation durable tel que visé à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement. En tout état de cause, la notion d'utilisation durable est, quoi qu'il en soit, difficile à appréhender. Bien qu'il s'agisse dorénavant d'un principe fondamental du fait de son positionnement au sein du Code de l'environnement, on peut douter, a priori, de son utilité. Le discours du Gouvernement est particulièrement édifiant à cet égard. En effet, « *la notion d'utilisation durable, en revanche, est difficile à définir et ne constitue pas un élément fondamental* », selon la secrétaire d'Etat d'alors, Barbara Pompili, lors des débats parlementaires sur la loi dite « Biodiversité » du 8 août 2016²¹³⁶. Sans avoir recherché ce résultat, le droit local a pourtant instauré un mécanisme de protection effective et qui permet l'utilisation durable des ressources.

2. Une protection juridique involontaire mais effective

Indéniablement l'objet premier du droit coutumier de la Dombes n'est pas la protection de l'environnement. Mais celle-ci peut être engendrée par la mise en œuvre de cette norme traditionnelle, de manière accessoire. En ce sens, Jean Untermaier « *désigne des mécanismes poursuivant un objectif quelconque et servant incidemment l'environnement* »²¹³⁷. Le régime juridique de la Dombes, et principalement le droit de propriété, garantit traditionnellement les grands domaines fonciers et, dès lors, cela « *profite à une nature généralement inaccessible au public, mais incontestablement préservée* »²¹³⁸. Si le constat de la préservation de la grande propriété foncière n'est plus d'actualité, celui de la protection accessoire de la nature peut toujours être abondé. Le mode d'exploitation garanti par le droit coutumier propre à la

²¹³⁵ FROMAGEAU J., Le droit de l'environnement, l'exemple des zones humides, préc., p. 175.

²¹³⁶ Discussion sur le projet de loi « Biodiversité », deuxième lecture de l'Assemblée Nationale, séance du 15 mars 2016 (<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2015-2016/20160148.asp#P744578>).

²¹³⁷ UNTERMAIER J., La protection de l'espace naturel, généalogie d'un système, préc., p. 112.

²¹³⁸ *Ibid.*

Dombes entretien l'équilibre écologique des milieux, mais fait surtout des étangs et de leurs abords, des espaces généralement jalousement gardés²¹³⁹.

Les pratiques généralisées et perpétuées, pour l'ensemble des raisons qui ont été développées précédemment permettent l'entretien des milieux. Frédérique Permingeat rappelle à ce propos que cette coutume, telle qu'elle ressort des écrits de Truchelut, « *n'est donc qu'un mode, certes, heureux de protection de la biodiversité, mais qui n'en reste pas moins totalement involontaire* »²¹⁴⁰. Cependant, la protection de l'environnement local ne serait sans doute pas possible sans l'ensemble normatif que constitue le droit coutumier en Dombes. En ce sens, c'est ce droit coutumier, et plus généralement le droit spontané local qui permet, de façon incidente, la préservation de l'environnement.

Finalement, au même titre que le droit coutumier local est par essence attaché aux pratiques mises en œuvre, le « système dombiste » représente véritablement une synthèse de ces deux concepts. Il permet à la fois une protection implicite de la nature à travers les pratiques agricoles extensives perpétuées, et une protection juridique accessoire de l'environnement par la mise en œuvre de mécanismes juridiques qui les encadrent et les accompagnent depuis de nombreux siècles. Ce constat conduit aujourd'hui Jean Untermaier à énoncer simplement que « *la Dombes, illustre, sur le plan juridique, un système de protection implicite de la nature, c'est-à-dire sans droit de la protection* »²¹⁴¹. Pour autant, cette protection est perfectible et peut lui être ajouté un certain nombre de mesures ayant justement pour objet la préservation et la valorisation des espaces naturels.

II. Approche économique des pratiques traditionnelles conditionnée par la préservation des milieux

« *Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* ». Depuis l'adoption de la Charte de l'environnement, la protection de l'environnement échoit à « toute personne »²¹⁴². Cette disposition constitutionnelle crée donc une responsabilité personnelle à l'égard de l'environnement et donc, chaque opérateur

²¹³⁹ PERMINGEAT F., *La coutume et le droit de l'environnement*, Thèse préc., p. 269.

²¹⁴⁰ PERMINGEAT F., *La coutume et le droit de l'environnement*, Thèse préc., p. 271.

²¹⁴¹ UNTERMAIER J., *Droit coutumier et environnement, une mise en valeur originale de l'écosystème dombiste*, préc.

²¹⁴² L'article 2 de la Charte de l'environnement dispose en effet : « *Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* ». V. TROUILLY P., *Le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement : obligation morale ou juridique ?*, *Env.* 2005, n° 4, comm. 30.

économique comme tout citoyen, doit contribuer à la préservation et la mise en valeur de l'environnement.

Ce nouveau contexte juridique imposé par le droit de l'environnement incite l'ensemble des acteurs locaux à s'inscrire dans ces objectifs de préservation et d'amélioration. La réalisation de ces objets nécessite la recherche constante d'outils juridiques permettant la gestion des espaces naturels par un panel large d'opérateurs, du fait du principe de non régression qui impose une amélioration constante de la protection de l'environnement. A cet égard, l'outil contractuel peut être mobilisé pour contribuer à cette protection, et a fait l'objet de nombreuses recherches et de propositions²¹⁴³. De telles réflexions mettent majoritairement les comportements individuels au centre des préoccupations, dans une approche renouvelée de la protection de l'environnement. En ce sens, les études concernant les services rendus à l'environnement ou par l'environnement démontrent que l'unilatéralisme public se voit complété, si ce n'est concurrencé, par l'initiative privée dont le régime juridique est alors essentiellement déterminé par le contrat, et fait indéniablement intervenir des considérations d'ordre économique²¹⁴⁴. En la matière, l'approche juridique de la protection de l'environnement peut se rapprocher d'une considération économique. La recherche de l'utilisation durable et optimale d'une ressource naturelle dans un contexte de rareté impose de recourir à des mécanismes juridiques permettant d'économiser la ressource en vue d'un usage pérenne. Dans cette perspective, l'exploitation de la ressource est conditionnée par sa préservation. Sans celle-ci, le système d'usage partagé de la ressource telle que l'eau est condamné à court terme. Dans un premier temps, les échanges reposent sur une solidarité entre usagers. Dans un second temps, celle-ci est supplantée par une contrainte juridique ou financière. Cette observation est patente dans le cadre de l'eau qui désormais, fait l'objet d'un régime juridique et fiscal spécifique²¹⁴⁵. Les usages de l'eau ont ainsi toujours été réglés par le droit de façon à en garantir l'usage partagé et la résilience, c'est-à-dire, l'inscription dans le long terme de cet usage. De façon générale, le droit apparaît comme un mécanisme à même d'encadrer les interactions qui existent entre les activités humaines et la qualité des milieux²¹⁴⁶. Pour autant, ces interactions connaissent un traitement juridique fortement renouvelé par les découvertes scientifiques qui identifient les dangers que courent les

²¹⁴³ V. par exemple, HAUTEREAU-BOUTONNET M. (dir.), *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014.

²¹⁴⁴ LANGLAIS A, Les paiements pour services environnementaux, une nouvelle forme d'équité environnementale pour les agriculteurs ? Réflexions juridiques, *RD rur.* 2013, n° 413, étude 7.

²¹⁴⁵ V. GUDEFIN J., *Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, préc., p. 364.

²¹⁴⁶ FARINETTI A., La protection juridique de la qualité du sol au prisme du droit de l'eau, *Env.* 2013, n° 6, étude 17.

ressources, et les propositions d'économistes qui proposent un certain nombre d'outils visant à remédier à ces difficultés. Empreint d'idéologie économique, la notion de service offre une nouvelle manière d'appréhender les interrelations entre pratiques agricoles et les milieux naturels. Dans cette perspective, il s'impose de qualifier juridiquement ces services mutuels entre les pratiques traditionnelles mises en œuvre en Dombes et les milieux humides dans lesquels elles s'inscrivent (A). Une fois ces relations qualifiées, elles peuvent être appréhendées, dans le but d'être pérennisées, par un certain nombre d'outils juridiques qui permettent de valoriser les activités locales respectueuses de l'environnement (B).

A. La qualification juridique des services mutuels entre pratiques traditionnelles et milieux

Les pratiques traditionnelles sont mues par la valorisation qui justifie une préservation de la ressource qui en est le support. En Dombes, la perpétuation de ces pratiques repose ainsi sur la protection des milieux dans le sens où l'assurance de la résilience des ressources exploitées garantit la pérennisation des activités agricoles et piscicoles, et donc la survie de la communauté d'exploitants d'étangs. L'exploitation piscicole de la ressource en eau et des étangs en Dombes nécessite une intervention humaine sur le milieu qui permet sa préservation et peut, à cet égard, être qualifiée de « service environnemental » (1). L'entretien assuré par les exploitants permet de garantir la production d'un certain nombre de fonctions assurées par les milieux naturels que l'on peut qualifier de service écologique (2).

1. La qualification de services environnementaux des pratiques traditionnelles

Malgré les difficultés que fait naître la généralisation des concepts de services environnementaux, de services écologiques ou encore de services écosystémiques dans la littérature tant économique que juridique, il est désormais possible d'envisager les services environnementaux en droit. Il est alors possible de s'interroger sur la qualification des pratiques traditionnelles à l'aune de ce concept (a), ce qui conduirait à envisager leur rémunération (b).

a. Le concept de service environnemental appliqué aux pratiques traditionnelles en Dombes

La notion de service environnemental fait l'objet de nombreuses interrogations, tant du fait de leurs potentiels bienfaits pour l'environnement que par la confusion qu'elle entraîne avec d'autres concepts. Surtout, le juriste peine à l'appréhender et à envisager un régime juridique adapté dans la mesure où ce concept trouve son origine dans la littérature économique²¹⁴⁷. Malgré ces difficultés, la doctrine a pu dégager une définition des services environnementaux. Ces derniers « *correspondent aux services que les hommes se rendent entre eux afin de maintenir ou d'améliorer les écosystèmes* »²¹⁴⁸. Dans cette perspective un service environnemental est « *par exemple l'usage particulier d'une ressource, l'adoption de pratiques spécifiques ou bien le renoncement à certaines pratiques ou à certains modes de gestion* »²¹⁴⁹.

L'ensemble des pratiques piscicoles menées en Dombes correspondent à un héritage social, historique mais également écologique. On l'a vu, celles-ci entraînent une protection implicite de l'environnement, et plus particulièrement des milieux humides proches des étangs. Les études biologiques récentes menées sur les étangs de la Dombes démontrent, que la biodiversité des étangs est riche, mais également et surtout que « *les pratiques traditionnelles (fertilisation, empoissonnage, vidange, pêche, assec) ont créé et maintiennent en place cette biodiversité* »²¹⁵⁰. En ce sens, les pratiques traditionnelles mises en œuvre sur les étangs de la Dombes correspondent à des pratiques spécifiques, généralisées au sein d'un territoire, partagées entre les usages des ressources naturelles, et permettant de maintenir ou d'améliorer les caractéristiques écologiques d'un écosystème déterminé.

Les pratiques à considérer dans cette perspective sont l'ensemble des actions positives menées sur l'environnement et qui contribuent à sa préservation, autrement dit, ce qui a toujours été fait conformément à la coutume. Il s'agit également des actions des usagers de l'eau qui sont effectuées sur ce territoire et qui correspondent à l'esprit de la coutume qui instaure une obligation de préservation de la qualité de l'eau permettant son usage de façon pérenne. Ces pratiques caractérisent un service collectif que les exploitants se rendent à eux même, et qu'ils

²¹⁴⁷ LANGLAIS A., Les paiements pour services environnementaux, une nouvelle forme d'équité environnementale pour les agriculteurs ? Réflexions juridiques, préc.

²¹⁴⁸ ETRILLARD C., Paiements pour services environnementaux : nouveaux instruments de politique publique environnementale, *Revue Développement durable et territoires* 2016, n° 1 [en ligne].

²¹⁴⁹ COMBE M., Les paiements pour services environnementaux dans la perspective climat et biodiversité, *E. E. I.* 2018, n° 5, étude 6.

²¹⁵⁰ VALLOD D. et WEZEL A., Influence des pratiques agropiscicoles sur la biodiversité des étangs de la Dombes (Ain, France) en vue d'une valorisation de produits du terroir, *VertigO – la revue électronique en sciences de l'environnement*, 2010 [en ligne].

rendent entre eux dans l'esprit du principe de solidarité et qui garantissent l'usage partagé de l'eau. Les bénéfices de ces pratiques permettant la qualification de service environnemental et démontrent une double dynamique positive. Elles entraînent à la fois un bénéfice direct pour l'exploitant et les autres membres de sa communauté, ainsi qu'un bénéfice pour l'ensemble des milieux et de l'environnement local. Les avantages environnementaux de ces pratiques bénéficient donc à l'ensemble du territoire. Cette qualification de service environnemental permet d'en envisager la valorisation.

b. La valorisation des services environnementaux locaux

Les services environnementaux ont été pensés par la doctrine économique dans le but de permettre la concrétisation des « paiements pour services environnementaux », c'est-à-dire d'identifier la valeur attachée à ce service rendu par les actions humaines aux espaces naturels.

Bien qu'étudiée de longue date par la doctrine économique, l'hypothèse de la valorisation des services environnementaux n'est pas sans interroger le juriste, et notamment sur le fait de savoir si les paiements pour services environnementaux constituent véritablement un contrat, et a fortiori, un contrat environnemental²¹⁵¹. Les conséquences positives de l'entretien et la survie même des milieux peuvent ainsi justifier de mettre en place une forme de valorisation de ces actions à même de garantir leur perpétuation. En tout cas, les exploitants des étangs, qu'ils soient propriétaires ou non, contribuent à façonner le milieu en vue d'un usage donné. En ce sens, les usages ont un rôle d'inhibiteur de l'inexorable déliquescence de ces milieux fragiles qui, sans un entretien, s'appauvriraient lentement. Principalement, le premier service environnemental recherché qui constitue la cause de l'action est la recherche d'une production piscicole. L'effet conséquentiel de cette activité est le bon entretien des milieux. Enfin, ces activités humaines contribuent, plus globalement, à façonner, mettre en valeur et redynamiser les paysages²¹⁵². Indéniablement liées aux services environnementaux rendus par l'exploitation durable des étangs. Ces milieux produisent, de façon réciproque, des services qualifiés d'écologiques ou d'écosystémiques.

²¹⁵¹ LANGLAIS A., Les paiements pour services environnementaux comme nouveau contrat environnemental ?, in HAUTEREAU-BOUTONNET M., *Contrat et environnement*, PUAM, 2014, p. 186.

²¹⁵² AZNAR O., Une caractérisation des services environnementaux à dimension paysagère produits dans les espaces ruraux, *Développement durable et territoires* 2002, dossier 1 [en ligne].

2. L'identification de services écologiques rendus par les milieux dans la Dombes des étangs

La notion de service environnemental coexiste, en droit comme en économie, avec celles de service écologique ou de service écosystémique. Alexandra Langlais souligne la confusion qu'entraînent la mobilisation et l'utilisation indifférenciée de ces notions²¹⁵³. Ces dernières notions désignent, selon différentes acceptions, les services rendus par les milieux, autrement dit, les fonctions écologiques de ces éléments environnementaux.

a. La Dombes, un écosystème complexe producteur de services écologiques

La Dombes constitue un vaste territoire humide et multifonctionnel qui produit un certain nombre de fonctions qu'il est possible d'appréhender par le biais de la notion de service.

La distinction des services écologiques et des services écosystémiques n'est pas aisée. Le service écosystémique correspond à une conception utilitariste et anthropocentrique de l'environnement et désigne les services rendus par les écosystèmes aux êtres humains²¹⁵⁴. Le premier semble donc plus large mais le second a été retenu tant par la loi d'orientation agricole de 2014²¹⁵⁵ que par la loi « Biodiversité » de 2016. La préservation de ces services constitue dès lors un objectif des politiques publiques en matière environnementale comme agricole. Ces dernières « visent à promouvoir et pérenniser les systèmes agroécologiques [...] fondés sur les interactions biologiques et l'utilisation des services écosystémiques et des potentiels offerts par les ressources naturelles »²¹⁵⁶. Dans le sens de la législation sur l'agriculture, les services écosystémiques sont appréhendés comme les fonctions productives naturelles des milieux permettant leur exploitation durable, alors que dans le sens du Code de l'environnement, ces services sont appréhendés de façon plus large puisque le « patrimoine naturel génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage »²¹⁵⁷. Bien que ces différentes sources législatives ne daignent pas définir ces notions, qui fondent et légitiment

²¹⁵³ LANGLAIS A, Les paiements pour services environnementaux, une nouvelle forme d'équité environnementale pour les agriculteurs ? Réflexions juridiques, *préc.*

²¹⁵⁴ BARNAUD C., ANTONA M. et al., Vers une mise en débat des incertitudes associées à la notion de service écosystémique : *VertigO – la revue électronique en sciences de l'environnement* 2011, n° 1 [en ligne].

²¹⁵⁵ Loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt, JORF du 14 oct. 2014, p. 16601.

²¹⁵⁶ Code rural et de la pêche maritime, art. L. 1.

²¹⁵⁷ Code de l'environnement, art. L. 110-1 I.

pourtant les protections qu'elles induisent, il en ressort que ces services sont perçus comme les fonctions naturelles des milieux pouvant être exploités par les activités humaines.

Une difficulté quant à la reconnaissance de services écosystémiques peut être identifiée en Dombes du fait de la nature changeante du milieu dans la mesure où les services rendus par les éléments naturels sont alternatifs étant donné qu'il existe une alternance de nature du milieu. En d'autres termes, l'assolement spécifique de la Dombes entraîne une évolution cyclique de la physionomie du milieu. Dans le même temps, cette alternance permet une diversité des services rendus par l'environnement du fait de la richesse écologique qu'elle engendre.

Ce territoire est ainsi constitué d'un ensemble d'interactions entre les hommes qui l'occupent et les milieux naturels. Cet agroécosystème doit être considéré comme une vaste zone humide multifonctionnelle²¹⁵⁸. À ce titre, la Dombes doit donc être appréhendée, à cet égard comme un milieu producteur de services, et est alors appréhendée dans une approche fonctionnelle et est susceptible de faire l'objet d'une valorisation économique.

b. Interrogations sur la légitimité du paiement des services écologiques

Si l'on peut regretter l'approche anthropocentrée des fonctions environnementales en raison de leur finalité de service, la multiplication, dans notre droit, des mentions de services écosystémiques, ce concept a pour effet d'exprimer la dépendance forte des sociétés humaines aux écosystèmes et à leur bon fonctionnement²¹⁵⁹. Les considérants de la Charte de l'environnement de 2004 mentionnent en ce sens « *l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel* »²¹⁶⁰. Ce lien entre l'homme et son milieu est appréhendé par la notion de service qui constitue une nouvelle façon de nommer les fonctions environnementales, et qui sous-entend également l'asservissement de la nature à l'homme.

Les services écologiques ou écosystémiques invitent donc à aborder le droit de l'environnement sous un prisme nouveau²¹⁶¹ dans la mesure où un renouvellement des valeurs liées à l'environnement est induit par l'appréhension des services écosystémiques par le droit.

²¹⁵⁸ BERARD L. et MARCHENAY Ph., *Ethnologie et écologie d'un système agro-piscicole, les étangs de la Dombes*, préc.

²¹⁵⁹ DOUSSAN I., *L'intégration de la notion de service écosystémique en droit*, in HERMON C., *Services écosystémiques et protection des sols*, Ed. Quae, 2018, p. 69.

²¹⁶⁰ Charte de l'environnement, Considérants, al. 2.

²¹⁶¹ LANGLAIS A., *L'appréhension juridique de la qualité des sols agricoles par le prisme des services écosystémiques*, *RD rur.* 2015, n° 435, étude 20.

En effet, à la suite de « *la prise en compte des services écologiques, et donc des bénéfices que les hommes retirent des écosystèmes, vient, presque naturellement, la question de l'évaluation financière du service* »²¹⁶². A cet égard, il est particulièrement surprenant d'observer l'évolution du droit de l'environnement et du discours politique qui l'accompagne, ce dernier est passé « *d'un raisonnement critique porté sur l'économie politique à l'économisassions de toutes les questions environnementales* »²¹⁶³. Cette nouvelle appréhension de la protection de l'environnement est ambivalente et peut conduire à un système économique durable comme à l'exploitation à outrance des ressources naturelles. Néanmoins, la mobilisation des mécanismes juridiques qui permettent la valorisation des étangs en Dombes induisent des moindres risques pour l'environnement dans la mesure où la qualité de ce dernier conditionne cette valorisation. De fait, les usages traditionnels permettent une gestion durable des milieux naturels liés aux étangs, et encourager leur perpétuation via des incitations juridiques et économiques conduit à une exploitation durable du territoire. Au sein de cette gestion durable, on identifie des services environnementaux de différentes natures : d'abord, l'entretien des étangs et de l'ensemble des ouvrages constitue un service direct mu par la volonté d'exploité le bien ; ensuite, cet entretien entraîne un service induit de l'amélioration des milieux naturels attenants.

Le service écologique interroge sur son existence, mais tout autant quant à la légitimité de son inscription dans une perspective économique. Il existe, en droit, des mécanismes propres à préserver les fonctions des milieux qui ont des effets sur la propriété, et qui entraînent de ce fait une possible compensation financière pour le propriétaire qui se trouverait empêché d'exploiter son bien qui fournit le service. Si le droit n'ignore pas les services rendus par les milieux naturels, il fait naître une certaine confusion en ce qui concerne la rémunération de la préservation de ce dernier. Il existe ainsi un décalage entre le service rendu et la contrepartie attribuée au propriétaire du bien qui rend ce service puisque le service en lui-même ne fait pas l'objet d'une rémunération (ou plus largement d'une contrepartie), mais c'est bien la mise à disposition d'un bien qui fournit le service dont il est question²¹⁶⁴. Cette mise à disposition peut s'effectuer sous deux aspects : par action et la mise en œuvre d'une obligation de faire, ou abstention, avec l'interdiction pour un propriétaire d'avoir tel ou tel comportement. A cet égard, Philippe Billet mobilise l'exemple des périmètres de protection des captages d'eau potable, dont l'objectif est de prévenir la pollution des eaux souterraines destinées à la

²¹⁶² FEVRE M., *Les services écologiques et le droit. Une approche juridique des systèmes complexes*, préc., p. 543.

²¹⁶³ LASCOUMES P., *Action publique et environnement*, PUF, 2012, p. 5-6.

²¹⁶⁴ BILLET Ph., *La réification de la nature et de ses services*, art. préc.

consommation humaine en instaurant une servitude restreignant drastiquement les usages sur les parcelles entourant les puits²¹⁶⁵. Alors que ce qui est visé en l'occurrence est la fonction de filtration des sols, cette fonction écosystémique n'est pas visée par l'indemnisation du propriétaire, qui ne concerne que la seule restriction d'usage affectant son bien dans l'intérêt général²¹⁶⁶. Autrement en serait-il si le propriétaire était rémunéré pour une action particulière visant à renforcer cette fonction de filtration. Distinguer l'interdiction dont il est l'objet et qui est indemnisée à ce titre de l'incitation dont il bénéficie lorsque, notamment dans les zones d'érosion, il accepte de s'abstenir de certaines actions ayant des effets sur ces actions de filtration. D'un côté, la contrainte est indemnisée, de l'autre, c'est l'action positive qui est valorisée. On ne le rémunère pas pour la fonction de sa propriété, alors même que cela pourrait l'être car cela produit un service pour la collectivité. Il demeure ainsi malaisé d'appréhender les services écologiques en droit, tant il existe de confusion entre les concepts mobilisés et les outils utilisés.

Dans ce contexte, les notions de services environnementaux et de services écologiques ne doivent pas nécessairement être opposées mais peuvent, selon Alexandra Langlais, se rejoindre afin de donner aux outils juridiques qui visent leur préservation une dimension écologiquement effective. En effet, les services environnementaux qualifient les seules actions peuvent être considérés comme les seules actions favorables pour l'environnement et sont rémunérés à ce titre, quel que soit le résultat sur le milieu naturel. Adjoindre aux paiements pour services environnementaux l'évaluation des services écologiques permettrait ainsi d'en assurer l'effectivité²¹⁶⁷. Dans cette perspective, les paiements pour services environnementaux s'accompagneraient d'une obligation de résultat et permettrait de concilier les pratiques agricoles avec ses effets sur les milieux. En tout état de cause, les deux aspects des interactions entre homme et environnement doivent être intégrés aux réflexions en la matière dans la mesure où « *le mutualisme entre les deux actions brouille les repères* » et que service environnemental et service écologique dépendent l'un de l'autre²¹⁶⁸.

L'action sur le milieu en vue de produire et actions indirects, ceux qui ne sont pas recherchés, payés quand même pour garantir leur perpétuation, soit pas recherchés car on le paie quand même car c'est un accessoire du bien qui légitime.

²¹⁶⁵ Code de la santé publique, art. L. 1321-2.

²¹⁶⁶ BILLET Ph., *op. cit.*

²¹⁶⁷ LANGLAIS A, Les paiements pour services environnementaux, une nouvelle forme d'équité environnementale pour les agriculteurs ? Réflexions juridiques, préc.

²¹⁶⁸ En ce sens, et pour un exemple centré sur la protection des services de pollinisation, v. BILLET Ph., Considérations juridiques sur le service de pollinisation et services associés, in BILLET Ph., *Mélanges Untermaier*, préc., p. 58.

Quoi qu'il en soit, le cas spécifique des étangs de la Dombes conduit à interroger la capacité des outils mis à dispositions par le droit positif de répondre aux enjeux environnementaux locaux.

A. La préservation des bénéfices écologiques des interactions entre pratiques traditionnelles et milieux

Les pratiques traditionnelles en Dombes sont le vecteur d'une protection implicite des milieux naturels dans lesquels elles sont mises en œuvre. Elles sont ainsi susceptibles de s'inscrire dans la mise en œuvre de mesures garantissant tant la pérennité de l'exploitation piscicole et cynégétique locale que la résilience du milieu qui produit la ressource ainsi mobilisées. En règle générale, les paiements pour services environnementaux sont perçus comme le moyen de rémunérer les pratiques favorables à l'environnement²¹⁶⁹. Ils peuvent permettre, dans le cas de la Dombes, la perpétuation des pratiques traditionnelles en vue de la préservation des ressources naturelles (1). Ce concept nécessite alors d'envisager les différents formes juridiques par lesquelles il peut se concrétiser (2).

1. Les garanties apportées à l'équilibre entre pratiques traditionnelles et milieux naturels

La coutume, et plus largement le droit spontané local, est porteur d'un certain nombre d'obligations dont le but est de permettre un usage durable des ressources locales. Pour autant, cette source de droit n'apparaît pas la mieux adaptée afin de concrétiser l'engagement environnemental des exploitants. Des mécanismes juridiques intégrés au droit positif constituent des outils permettant d'inciter à concrétiser les intentions écologiques coutumières (a). Pour autant, leur mise en œuvre suppose d'identifier une autorité garantissant cet équilibre précaire entre pratiques traditionnelles et préservation des milieux (b).

- a. L'incitation à la mise en œuvre de pratiques culturelles productrices de bénéfice environnemental

La légitimité d'une rémunération des actions positives sur les milieux. Mécanisme incitatif, à l'image désormais des contrats Natura 2000 ou des MAEC et de l'ensemble des

²¹⁶⁹ ETRILLARD C., Paiements pour services environnementaux : nouveaux instruments de politique publique environnementale, préc.

aides de la PAC qui se transforment en paiement pour service rendu. A cet égard, les mesures agroenvironnementales peuvent être considérées comme des paiements pour services environnementaux²¹⁷⁰.

Pour autant, cette valorisation ne doit pas être biaisée dans la mesure où les pratiques traditionnelles, pouvant être considérées comme des services environnementaux, peuvent fonder un paiement. Cela pose cependant la question de la légitimité de cette rémunération dans la mesure où l'action qui est rémunérée ne diffère pas des usages et les obligations coutumières imposent d'ores et déjà ces comportements. C'est notamment le cas des contrats Natura 2000 dont certaines obligations, rémunérées quant à elles, reprennent les pratiques traditionnelles et nécessairement durables. Le bénéfice environnemental de cette dépense de fonds publics interroge dans la mesure où les mêmes personnes qui respectent scrupuleusement la coutume sont les mêmes qui adhèrent à ce mécanisme environnemental.

Ils étaient payés à faire ce qu'ils ont toujours fait. La rémunération des services écologiques, dans ce sens, que ces services ne sont pas autre chose que le résultat des pratiques traditionnelles.

b. L'identification de garants de l'équilibre entre pratiques culturelles et respect des milieux naturels

Le droit de l'environnement constitue traditionnellement un droit de l'action publique. Garante de l'intérêt général, cette dernière impose légitimement à ce titre, une réglementation visant à interdire ou contrôler un certain nombre de comportements et d'activités nuisibles pour l'environnement dont la préservation intègre l'intérêt général. Pourtant, l'on observe un affaiblissement de l'action publique en la matière, le recours à des techniques unilatérales par la personne publique étant affaibli voire concurrencé par la mise en œuvre de mécanismes dont l'initiative appartient aux personnes privées²¹⁷¹.

Ce constat conduit à s'interroger sur la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux et pose la question de la légitimité de l'intervention de celui qui l'institue ou qui en est à l'origine. Si un certain nombre d'outils répondant aux caractéristiques des paiements pour services environnementaux ont pour objet de mettre en œuvre des politiques publiques spécifiques et sectorielles²¹⁷², il n'est pas interdit d'envisager la mobilisation

²¹⁷⁰ ETRILLARD C., Contrats et écosystèmes agricoles : des mesures agroenvironnementales aux paiements pour services environnementaux, *Droit de l'environnement* 2015, n° 237, p. 296.

²¹⁷¹ LANGLAIS A., Les paiements pour services environnementaux, une nouvelle forme d'équité environnementale pour les agriculteurs ? Réflexions juridiques, *préc.*

²¹⁷² On pense spécialement ici aux MAEC, aux mesures aquaenvironnementales, aux contrats Natura 2000...

d'outils juridiques contractuels qui mettent à l'écart l'intervention de l'autorité publique. Dans cette perspective, se pose la question de savoir qui à la charge de protéger l'environnement. L'article 2 de la Charte de l'environnement fait désormais peser sur « chacun », l'obligation de contribuer à la protection des écosystèmes, ce qui légitime tant l'action publique que les incitatives privées en ce domaine. Néanmoins, dès lors que la personne publique n'est pas partie prenante, se pose la question du financement de ces actions.

En ce qui concerne la Dombes, un nombre relativement important d'acteurs est susceptible d'intervenir. Il s'agit naturellement en premier lieu des personnes publiques : l'ONCFS, propriétaire et gestionnaire d'un vaste domaine d'étangs, la Communauté de Commune de la Dombes désormais gestionnaire du site Natura 2000 de la Dombes, ou encore le Conseil départemental en ce qui concerne les espaces naturels sensibles. Cependant, ces personnes publiques disposent de moyens limités d'une part, et d'autre part, doivent arbitrer entre des intérêts contradictoires, ce qui conduit à limiter leur capacité d'action. Apparaissant alors comme substitut à la carence de la personne publique, les personnes morales de droit privé présentes sur le territoire ont également une légitimité à intervenir et contracter avec les acteurs du territoire. Cette légitimité étant renforcée fait notamment de la représentativité de la filière piscicole qui leur confère une légitimité particulière. Ces personnes morales peuvent ainsi contracter un engagement environnemental avec un exploitant d'étangs. En ce sens, on peut envisager que l'attribution du label, Poisson de Dombes dont le respect du cahier des charges de la marque collective « Poissons de Dombes »²¹⁷³, caractérise un service à un paiement pour service environnemental : l'attribution du label récompense en quelque sorte l'entretien des milieux naturels auquel procède le propriétaire de l'étang. Cette remarque conduit à s'interroger sur les multiples formes juridiques que peut emprunter le paiement pour service environnemental.

2. Les moyens d'intervention pour la valorisation des services environnementaux rendus par les exploitants d'étangs

La rémunération d'actions positives effectuées sur un milieu naturel n'est pas chose nouvelle, la contractualisation d'obligations de faire ou de ne pas faire conditionnant le versement d'une aide financière d'origine publique, à l'image des objectifs environnementaux des contrats Natura 2000 ou de la mise en œuvre de la politique agricole commune (PAC).

²¹⁷³ Etudié au cours du chapitre 4 de la présente recherche.

Dès lors, le caractère innovant des paiements pour services environnementaux peut être relativisé²¹⁷⁴. Le mécanisme induit par ce concept s'incarne donc à la fois au sein d'outils dont l'efficacité est éprouvée et peut être poursuivie (a). A côté de ces mécanismes financiers qui incitent par essence le propriétaire à s'engager en faveur de l'environnement, prennent place des mécanismes fonciers dont la contrepartie peut également caractériser un paiement pour service environnemental (b).

a. La mobilisation récurrente d'outils incitatifs classiques

Une valorisation des pratiques traditionnelles est possible au titre des services rendus par l'exploitation raisonnée des étangs en Dombes. Appréhendés globalement, l'ensemble de ces outils peuvent être considérés comme des paiements pour services environnementaux et sont susceptibles d'offrir un encadrement juridique à la valorisation d'usages appliqués à l'usage de l'eau²¹⁷⁵. En ce qui concerne la qualité de l'eau : « *Les services concernés par les PSE (les services de régulation et les services culturels, si l'on adopte la grille du Millenium Ecosystem Assesment) sont essentiellement des qualités associées à certains états des écosystèmes, comme la qualité de l'eau qui circule dans un bassin versant ou les qualités d'un habitat naturel qui favorisent la biodiversité* »²¹⁷⁶.

D'un point de vue plus pratique, les outils que le droit met aujourd'hui à disposition permettent d'influencer ces pratiques vers leur écologisation. Il s'agit en effet de ne pas modifier l'essence de ces pratiques mais en tirer un bénéfice environnemental. Dans le cadre des réflexions sur la mise en œuvre de contrats territoriaux d'exploitation en Dombes (CTE)²¹⁷⁷, il était déjà proposé de valoriser des actions de mise en valeur écologique des étangs en mobilisant les « *mesures aqua-environnementale* »²¹⁷⁸. De cette façon, le reprofilage des étangs et la recréation de roselière dans un objectif de développement de la biodiversité propre aux étangs (anatidés, amphibiens, végétaux hygrophiles...) ont pu être encouragés²¹⁷⁹.

²¹⁷⁴ COMBE M., Les paiements pour services environnementaux dans la perspective climat et biodiversité, *préc.*

²¹⁷⁵ ETRILLARD Cl., Pressions sur la quantité d'eau, Du classique droit d'usage de l'eau à des paiements pour services environnementaux innovants, *Energie-environnement-infrastructures* 2017, n° 10, Étude 23.

²¹⁷⁶ KARSENTY A., EZZINE DE BLAS D., Les paiements pour services environnementaux sont-ils des instruments de marchandisation de la nature ?, in HALPERN Ch., LASCOUMES P., LE GALÈS P. (dir.), *L'instrumentation de l'action publique - Controverses, résistances, effets*, Sciences Po, 2014, p. 168.

²¹⁷⁷ V. sur les difficultés de mise en œuvre de cet outil, LEGER Fr. et a., Le Contrat Territorial d'Exploitation : La rencontre difficile d'un instrument à vocation territoriale et de la tradition sectorielle de la politique agricole française, *Revue internationale des sciences administratives* 2006, n° 3, p. 405.

²¹⁷⁸ En application du Règlement CE 498/2007 de la Commission du 26 mars 2007 portant modalités d'exécution du règlement (CE) n° 1198/2006 du Conseil relatif au Fonds européen pour la pêche, JOUE du 10 mai 2017, L. 120/1.

²¹⁷⁹ VERZIER J. et BROYER J., Quels CTE pour la Dombes des étangs ?, *Zones Humides Infos*, 2000, n° 27, p. 8.

Il s'agissait là de mobiliser les outils contractuels et fiscaux incitatifs pour les exploitants d'étangs.

Dans ce contexte, les mesures agro-environnementales et climatiques (MAEC) liées à la mise en œuvre de la Politique agricole commune ont évolué. Alors qu'elles étaient conçues comme un mécanisme de compensation des surcoûts ou de manques à gagner affectent l'agriculteur, ces mesures ont été dotées d'une obligation de résultat et ont été intégrées à une logique de paiement pour service rendu. Les mesures agro-environnementales et climatiques sont mises en œuvre en Dombes pour ce qui concerne les exploitations agricoles conventionnelles. Ces mesures peuvent néanmoins constituer un outil de conversion des exploitations agricoles vers une prise en compte efficiente d'un écosystème fragile. Plus que le seul respect de l'environnement, cette conversion des pratiques agricoles contemporaines aurait également pour effet de préserver des pratiques séculaires extensives et la cohabitation renforcée entre pratiques piscicoles extensives traditionnelles et l'exploitation agricole des terres.

A titre d'exemple, l'un des exploitants d'étangs de la Dombes a bénéficié de ce type d'aides afin de réaménager son étang dans l'objectif de le rendre productif dans sa multifonctionnalité en termes de biodiversité. Cette démarche s'est traduite par des opérations de profilage « écologique » de l'étang : des berges en pente plus douce, la multiplication des zones de roselières... Les abords de l'étang constituant dès lors un refuge pour les espèces faunistiques et floristique caractéristiques d'un milieu riche en biodiversité. Cette richesse permet une productivité piscicole importante tout en conservant son caractère extensif. Ces actions ont permis de renforcer l'attrait multifonctionnel de l'étang en favorisant les autres fonctions traditionnelles de l'ouvrage que sont la chasse, l'agriculture et les autres aménités environnementales. Finalement, la non-exclusivité de l'usage des étangs est également la garantie d'un rendement plus important.

Ce type d'actions a par ailleurs depuis de nombreuses années été favorisé par l'action des établissements publics et notamment de ONCFS, et la mobilisation d'outils juridiques incitatifs financés par des fonds publics et notamment issus de l'Union européenne²¹⁸⁰. Pour autant, en ce qui concerne les mesures environnementales contractualisées avec les propriétaires d'étangs, qu'il s'agisse des mesures aqua-environnementales ou des contrats Natura 2000, un constat d'échec s'impose. Localement, une certaine incompréhension demeure quant aux mesures contenues dans ces contrats et qui sont jugées en décalage avec le

²¹⁸⁰ BROYER J., La gestion et l'aménagement des étangs en Dombes, *Zones humides infos* 1998, n° 21, p. 9.

terrain²¹⁸¹. A cet égard, le régime de l'obligation réelle environnementale peut offrir une véritable alternative à ces outils.

b. Les potentialités offertes par de l'obligation réelle environnementale

Les mécanismes incitatifs tels que les contrats Natura 2000 ou les clauses agro-environnementales issues de la politique agricole commune ont démontré leur efficacité mais également leurs limites. La principale limite relève de la durée du contrat qui n'impose d'obligation à l'opérateur que sur une temporalité restreinte, généralement quinquennale. L'objectif d'une partie de la doctrine a été de promouvoir un nouveau mécanisme contractuel à objet environnemental qui a, après de nombreuses tractations, validés par le législateur. La proposition doctrinale de créer, plus qu'une convention, une servitude environnementale a longtemps alimenté les débats²¹⁸². Ce n'est qu'en 2014 que ces propositions ont enfin été consacrées et font l'objet d'une disposition intégrée au sein du Code de l'environnement²¹⁸³ sous la qualification d'obligation réelle environnementale²¹⁸⁴.

L'obligation réelle environnementale permet d'envisager de contractualiser les pratiques traditionnelles et les nouvelles pratiques identifiées comme étant porteuse d'un bénéfice écologique et qui respecte l'esprit multifonctionnel de la coutume locale. Le droit spontané local, issu du droit coutumier et des usages contemporains généralisés, a pour objet principal d'une part de garantir une circulation optimisée de l'eau, et l'entretien des ouvrages hydrauliques. Un certain nombre d'actions sont susceptibles de participer de ces objectifs tout en valorisant la dimension multifonctionnelle des étangs. Des mesures écologiques telles que l'entretien propice à la multiplication des roselières permet le développement de la biodiversité endémique, la filtration des eaux de ruissellements découlant des bassins versants, et la diminution de risque de nichage des ragondins sur les chaussées d'étangs, participent de ces objectifs. En outre, peuvent également être envisagées des actions visant au reprofilage des étangs pour une meilleure productivité, l'accroissement de la présence de

²¹⁸¹ V. Compte rendu de l'audit des mesures aqua-environnementales en Dombes, 23 oct. 2013.

²¹⁸² MARTIN G.-J., La servitude contractuelle environnementale : l'histoire d'une résistance, in VANUXEM S. et GUIBET LAFAYE C. (dir.), *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, préc., p. 189.

²¹⁸³ Et non pas au sein du Code civil, la crainte de l'altération de la fondation de ce code ayant cristallisé les oppositions aux diverses propositions précédemment évoquées, cf. HAUTEREAU-BOUTONNET M., Servitude environnementale conventionnelle ou contrat constitutif d'obligation réelle environnementale, in HAUTEREAU-BOUTONNET M. (dir.), *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014, p. 273.

²¹⁸⁴ Code de l'environnement, art. L. 132-3.

faune et notamment d'anatidés (aménités environnementales et/ou pratique cynégétique). Dès lors, ils trouvent une réalisation dans la mobilisation de ces outils.

L'obligation réelle environnementale peut constituer un mécanisme original de mise en valeur écologique du foncier²¹⁸⁵. En ce qui concerne la nature juridique de cette obligation réelle environnementale, il est démontré qu'elle s'éloigne de la servitude et ne constitue alors pas un droit réel, mais un droit personnel. A cet égard il convient de préciser d'une part que l'obligation réelle environnementale ne fait pas mention de « fonds dominant », et d'autre part qu'elle peut (et même doit) comporter des obligations de faire, et non pas seulement de ne pas faire²¹⁸⁶. Plus précisément, on peut parler de droit réel *propter rem*²¹⁸⁷ dans le sens où elle engage une personne en raison d'une chose dont il a la maîtrise. Il s'agit bien d'une relation juridique liant réciproquement deux personnes, mais ce contrat ainsi défini a comme objet une chose dont la maîtrise est assurée par l'une des parties.

Au-delà d'une obligation sur les choses, le concept d'obligation environnementale en général a pour objet l'engagement d'un opérateur économique de réaliser des obligations positives de protection de l'environnement²¹⁸⁸. Le Code de l'environnement dispose désormais que « *Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques* »²¹⁸⁹. Il s'agit là d'un mécanisme qui mobilise les outils du droit privé tout en étant original dans sa nature juridique²¹⁹⁰.

La contractualisation est une façon de mettre en pratique ces obligations réelles environnementales, mais se pose la question de savoir qui serait le cocontractant des propriétaires d'étangs souhaitant s'engager dans cette démarche. D'autre part, se pose légitimement la question de savoir si ces obligations ne seraient pas des mécanismes

²¹⁸⁵ REBOUL-MAUPIN N. et GRIMONPREZ B., L'obligation réelle environnementale : chronique d'une naissance annoncée . *D.* 2016, p. 2074

²¹⁸⁶ A la différence des servitudes dont les actions de faire (l'entretien du bien par exemple) constitue l'accessoire d'une obligation d'abstention. En ce sens, DROSS W., *Droit des biens*, LGDJ, 2e éd., 2014, n° 387.

²¹⁸⁷ MARTIN G., Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation *propter rem* de protection de l'environnement, *R.J.E.* 2008, n° spécial, p. 123.

²¹⁸⁸ BOUTONNET M. et NEYRET L., La consécration du concept d'obligation environnementale, *D.* 2014, p. 1335.

²¹⁸⁹ Code de l'environnement, art. L.132-3.

²¹⁹⁰ DROSS W., L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens, *Energie-Environnement-Infrastructures* 2017, n° 6, dossier 16.

concurrents des contrats Natura 2000²¹⁹¹. Néanmoins, cet outil suppose sans doute une plus grande liberté que les instruments liés au régime Natura 2000 dans la mesure où les conditions de leur mise en pratique ne sont pas soumises à des obligations formelles.

La mise en œuvre de ce nouvel outil doit désormais trouver des réceptacles pratiques. A cet égard, le droit rural n'est pas nécessairement hermétique à l'intégration de ce mécanisme issu directement du droit de l'environnement puisqu'il permet théoriquement de grever l'exploitation agricole d'une charge écologique pouvant conduire à une évolution des pratiques par les agriculteurs²¹⁹². Un tel modèle est évidemment susceptible d'être transposé aux exploitations agricoles et piscicoles en Dombes et permettrait d'ancrer véritablement les pratiques écologiques au sein de ces exploitations traditionnelles. Reste à savoir comment délimiter les zones ou espaces naturels qu'il conviendra de dédier à la mise en œuvre de ces obligations réelles environnementales et, en ce sens, il faut se poser la question de son « *ancrage territorial* »²¹⁹³.

En définitive, dans le cadre des obligations réelles environnementales, « *la figure du propriétaire apparaît comme un médiateur pour la réalisation des fins dont son bien serait le vecteur puisqu'il est considéré comme celui qui a le pouvoir unilatéral d'en administrer les accès. C'est d'ailleurs une des faiblesses de la servitude environnementale : elle est contractuelle et donc entièrement subordonnée à l'appréciation du propriétaire* »²¹⁹⁴. Dès lors, ce mécanisme est exclusivement volontaire et suppose une démarche positive de la part d'un propriétaire de bien foncier pour mettre en valeur de façon écologique son bien.

Conclusion du Chapitre 2

L'étang en Dombes constitue un support de droit multiforme dans le sens où l'ensemble des étangs répondent aux mêmes principes fondamentaux de gestion d'origine coutumière, tout en présentant des particularités propres à chaque situation. Dès lors, le droit qui trouve à s'y appliquer peut prendre des formes différentes selon les circonstances. La nature juridique du propriétaire de l'étang est à cet égard déterminante puisqu'elle va indiquer le degré de variabilité que va connaître la mise en œuvre du droit spontané. Si le propriétaire

²¹⁹¹ Cf. supra.

²¹⁹² GRIMONPREZ B., La transmission de l'exploitation agricole à l'épreuve des obligations environnementales, *JCP N* 2017, n° 12, 1141.

²¹⁹³ JANIN P., L'ancrage territorial des obligations environnementales, *Energie-Environnement-Infrastructures* 2017, n° 6, dossier 18.

²¹⁹⁴ CRETOIS P., La propriété repensée par l'accès, art. préc.

est une personne publique, des règles contraignantes exorbitantes du droit commun sont susceptibles de s'appliquer et de contraindre l'application des règles locales. Bien qu'elle se comporte généralement comme une personne privée dans le cadre de l'exploitation de son étang, la personne publique tend, par nature, à écarter les principes coutumiers au profit de la préservation et de la valorisation des biens publics. L'application du droit administratif se révèle problématique sur le territoire de la Dombes. D'une part, il offre un régime juridique protecteur des biens environnementaux grâce à la qualification du domaine public, à l'identification d'un service public, ainsi que dans le cadre du régime du domaine privé. D'autre part, il conduit potentiellement à remettre en cause l'organisation coutumière de la gestion des étangs qui repose sur un équilibre fragile mettant en balance l'ensemble des intérêts et des activités en présence. A ce titre, reconnaître la qualification du domaine public sur certains étangs en Dombes aurait pour conséquence de permettre la protection des espaces naturels fragiles, mais également de risquer d'en changer la nature. En effet, l'inaliénabilité de qui serait alors reconnue à la ressource en eau rendrait impossible sa circulation en dehors du domaine public et mettrait ainsi à mal l'ensemble des pratiques traditionnelles. On observe donc des interactions entre droit local et droit public sans que ces relations normatives puissent être considérées comme complémentaires, lorsque les objectifs qu'elles portent chacune ne sont pas en contradiction.

Conclusion du Titre II

Les nouveaux enjeux environnementaux et le droit de l'environnement qui les soutient requièrent une adaptation en continu du droit spontané local, sous les contraintes qu'il exerce notamment du fait de la protection de certaines espèces (protégées, envahissantes...), du fait du régime des continuités écologiques et de la revendication d'un certain droit à l'environnement, qui font apparaître de nouveaux acteurs sur le territoire de la Dombes des étangs (population, visiteurs...), et du fait également des nouveaux rapports entre agriculture et environnement dans ce qu'il est désormais convenu d'appeler la production durable. En outre, l'environnement lui-même, impose des contraintes aux usages locaux dans la mesure où les changements climatiques obligent les usagers de la ressource en eau à composer avec sa rareté accrue. L'enjeu de sa perpétuation impose au droit local de s'adapter en s'efforçant d'établir un équilibre entre la nécessité de l'exploitation des étangs et les nouveaux impératifs environnementaux. Bien que le droit local soit d'origine coutumière et que cette source de

droit est particulièrement flexible, cette adaptation n'est pas directe et nécessite une adaptation technique des pratiques locales. Plus encore, une telle adaptation nécessite une prise de consciences des changements globaux, et l'acceptation de bouleverser ses habitudes. En effet, la mise en œuvre des propositions formulées en ce qui concerne les nouveaux modes de partage local de l'eau consisterait en un véritablement changement des pratiques et des rapports de solidarités autour de la ressource. Toute adaptable qu'elle est en tant que norme juridique, la coutume oppose parfois d'importants obstacles aux changements du fait de ses aspects culturels et identitaires.

Conclusion de la Seconde partie

La Dombes est un espace rural original à bien des égards. Il constitue désormais un espace d'expérimentation juridique, non pas tant d'une expérimentation qui serait imposée par l'Etat, mais d'une expérimentation qui émane directement des comportements des membres de la communauté locale des propriétaires et exploitants d'étangs. Il en résulte une construction de normes qui procède d'adaptations réciproques à différentes échelles du territoire, et les pratiques des acteurs locaux permettent non seulement de les éprouver, mais également et surtout d'instaurer un dialogue normatif implicite. Sans qu'ils en aient véritablement conscience, la façon dont les propriétaires et exploitants d'étangs de la Dombes s'adaptent à ces nouvelles règles, a pour effet de permettre, à la marge sans doute, de faire s'incliner une source de droit vers une autre, créant ainsi un dialogue normatif et les conditions d'un véritable pluralisme juridique.

Ce pluralisme juridique intervient dans la mesure où la coutume préexiste à la loi, et qu'elle subsiste malgré son application : ainsi, une norme ne chasse pas l'autre. Le contexte ne s'y prête pourtant pas dans la mesure où l'Etat et le législateur ambitionnent d'uniformiser le droit sur l'ensemble du territoire national. Cette entreprise, débutée avec la promulgation du Code civil en 1804, semble désormais achevée et le droit national étend l'application de ses normes sur tout le territoire et dans tous les domaines. La protection de l'environnement ne fait pas exception. Son développement depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle modifie les conditions de l'exploitation des étangs et impose des relations complexes entre le droit spontané local et la norme de droit commun. Il en résulte un conflit normatif entre des objectifs en opposition portés par des systèmes de normes de différentes natures. Droit de l'environnement et droit spontané se rejoignent pourtant du fait d'un objet commun : l'environnement en général, et l'eau en particulier. L'un tend à imposer une gestion durable et équilibrée de l'eau, tandis que l'autre impose d'en faire un usage raisonné, inscrit dans le temps et favorisant la résilience des milieux naturels. La similitude de ces deux objectifs implique une interaction et appelle la nécessaire rencontre du droit spontané et du droit commun. Le droit local participe donc à la réalisation des objectifs du droit commun de l'environnement, et retient même un certains nombres de ses impératifs : la promotion d'un développement durable et l'appréhension écologiquement cohérente de la ressource en eau. Ce qu'il avait jusqu'à présent toujours fait sans jamais l'avoir jamais ni nommé ni recherché explicitement. Si le droit de l'environnement impose un cadre contraignant aux usages locaux

du fait des normes en tant que telles, il faut également composer avec les effets de leur application : la réussite du droit de l'environnement, et notamment la préservation de certaines espèces perturbe le fonctionnement traditionnel de l'exploitation des étangs.

Le droit spontané, est tenu de s'adapter à ce nouvel environnement juridique et doit renouveler les outils qu'il développait traditionnellement. Cependant, il parvient à trouver sa place dans ce nouveau contexte puisque pratiques traditionnelles et règles de droit coutumières sont reprises par les outils du droit de l'environnement tels que les documents d'objectifs ou les contrats propre au régime juridique des sites Natura 2000. La pérennité du droit local passe donc par une adaptation dont la réalisation est facilitée dans la mesure où il partage les mêmes buts avec le droit de l'environnement qui n'impose dès lors pas nécessairement, ni bouleversement ni remise en cause du principe même d'un droit local. Le droit de l'environnement s'accommode de l'existence du droit local en y voyant une modalité comme une autre de satisfaction de ses objectifs. On perçoit tout de même une limite à cette coexistence qui tient au fait que le droit local doit renoncer à certaines pratiques qui vont à l'encontre de ces objectifs nouveaux (drainage d'une zone humide du fait de la construction d'un fossé par exemple...). La persistance des usages locaux se fait au prix d'une adaptation et de leur intégration dans des règles de police qui échappent donc à la communauté locale. Pour autant, ces contraintes n'interdisent une production normative locale qui s'intègre dans cet environnement nouveau et fait l'objet d'une réception dans le droit commun, consacrant ainsi un pluralisme juridique.

CONCLUSION GENERALE

L'eau constitue le support indispensable de multiples activités, complémentaires souvent, opposées parfois, en même temps qu'elle permet la constitution d'écosystèmes particuliers. Le droit doit donc s'adapter tant à cette nature qu'à ces objets et saisir au plus près leurs caractéristiques respectives afin de mieux encadrer leur gestion, leur préservation et leur usage. Dans cette perspective, le droit lui-même est nécessairement multiforme, afin de rendre compte de la nature complexe de la ressource, de sa gestion et de sa protection. Dès lors, la gestion de l'eau, en tant qu'elle constitue une ressource naturelle, ne peut échapper à un pluralisme normatif, fruit de la complémentarité de règles aux natures juridiques et aux objectifs pluriels. A ce titre, l'eau constitue un objet juridique complexe, du fait que sa gestion relève d'actions et de stratégies à la fois globales et locales. Il serait alors tentant de faire prévaloir le droit local du fait de son inscription dans la durée, de l'accompagnement permanent des modifications des pratiques et des mutations sociales. En ce sens, il est au plus près des réalités locales, ce qui pourrait justifier cette primauté. Une telle position serait justifiée par le caractère multifonctionnel de cet objet de droit, et donc de la complémentarité de ses usages. En dépit de tous ses avantages et de son effectivité, se pose pourtant la question de sa pérennisation en raison de l'existence de normes plus globales qui tendraient à l'absorber.

L'analyse du régime du partage de l'eau sur le territoire de la Dombes interroge tant sur l'origine du droit qui y est applicable que sur l'objet de cette application. S'agit-il du droit local ou au contraire du droit global ? Doit-on considérer l'exploitation ou seulement la protection. La réponse pourrait être simple en apparence, mais en réalité, elle complexifie d'avantage les choses. L'ensemble des usagers de l'eau, par leurs pratiques, créent, consciemment ou non, les règles de droit auxquelles ils se soumettent aussitôt du fait de l'adhésion collective et de la généralité de la norme. Ainsi, la mise en œuvre de pratiques traditionnelles apparaît autant comme un acte créateur de droit qu'un acte commandé par le droit. Les règles spontanées se perpétuent donc en circuit fermé, à l'image de l'eau des étangs qu'elles gouvernent, n'interdisant pas certaines évolutions comme l'eau ne s'interdit pas quelques débordements. Le fait que les normes applicables font l'objet de précisions et d'interprétations dans le cadre du règlement amiable des différends entre usagers, tend à voir dans le droit local de la Dombes une forme de justice privée et, partant, d'une privatisation de la création du droit applicable à un territoire. Dès lors, les règles adoptées dans un objectif

d'intérêt général doivent s'accommoder de règles spécifiques destinées à satisfaire un intérêt collectif. Un « contrat social local » est ainsi conclu et lie l'ensemble des membres de la communauté des usagers de l'eau sur le territoire de la Dombes.

L'étude du droit local perturbée par sa qualification

La difficulté première de l'analyse d'un droit que l'on peut qualifier d'endogène et issu d'une lente évolution des pratiques et partiellement écrit, réside dans la disparité de situations que ce type de système juridique, économique, social et environnemental suppose. L'étude de l'ensemble des analyses qui ont pu être menées sur le territoire de la Dombes, qu'elles soient juridiques ou non (le plus souvent elles ne le sont pas), conduit à constater que la multiplicité des situations induit de pouvoir identifier un régime juridique spécifique pour chaque exploitation. En effet, bien qu'existent à l'échelle du territoire de la Dombes des principes coutumiers qui s'imposent à tous les membres de la communauté, la multiplication des règlements particuliers et des contrats individuels entre exploitants au sein d'une même chaîne d'étang ou d'un même bassin versant, conduit à identifier une pluralité de situations particulières que la capacité d'adaptation de la coutume permet d'encadrer.

Dans ces conditions, dégager des lignes directrices dans la mise en œuvre locale du droit relève de la gageure. Néanmoins, si la coutume a perduré, et si elle perdure encore, là est bien la preuve de l'accord de l'ensemble des parties prenantes dans l'identification de principes généraux fondamentaux et indépassables. La solidarité autour de la gestion de la ressource en eau a conduit, et conduit encore, à l'élaboration en constante évolution d'un cadre juridique permettant la conciliation entre le partage de la ressource et l'exercice des droits réels attachés à chaque propriété. On retrouve la même solidarité des exploitants face aux bouleversements qu'impose le changement climatique dans la gestion de la ressource. Solidarité, conciliation, participation et préservation sont donc les maîtres-mots de l'appréhension du droit local.

La persistance de la norme coutumière est conditionnée sa mutation à la marge. Elle demeure ce droit endogène, né des pratiques locales et de leur généralisation, mais se complexifie avec le temps. Aux principes coutumiers séculaires, s'agrègent de nouveaux usages, n'ayant pas nécessairement acquis la force de la coutume mais qui débute leur formation normative en étant acceptés par tous les usagers. Ces règles sont alors plus justement qualifiées de droit spontané local dans le sens où elles sont issues de

comportements propres à une communauté d'individus sans que ceux-ci n'aient, à l'origine, eu pour intention de créer une règle de droit. La notion de droit spontané a permis d'atténuer les confusions qui pouvaient exister entre les différentes sources de droit qui correspondent plus ou moins aux modes de formation coutumiers de la règle de droit²¹⁹⁵. Ce concept de droit spontané permet d'unifier ces règles au sein d'une même qualification juridique.

Préservation de la ressource et pérennité du droit local par la reconnaissance d'un pluralisme juridique

L'outil contractuel comporte l'avantage de s'adapter à chaque situation.

D'abord, le contrat n'est pas uniforme et différents cadres juridiques sont prévus par la loi afin de répondre à des objectifs divers. Qu'il s'agisse des baux ruraux, de l'adhésion à une structure associative ou professionnelle, à une marque collective, ou bien encore de la conclusion d'un contrat à vocation environnemental, ces différents modèles supposent la manifestation d'une volonté et d'une démarche positive d'un propriétaire, d'un exploitant de biens fonciers, de s'engager et se soumettre à des obligations, qui ont alors avoir deux séries d'effets. Premièrement, il permet d'intégrer ou d'adapter les règles issues du droit coutumier et ainsi renouvelle leur force normative dans un contexte juridique contraint. Deuxièmement, le contrat peut avoir pour objet d'intégrer des obligations d'ordre environnemental afin d'inscrire la valorisation du bien naturel que constitue l'étang dans sa dimension multifonctionnelle.

L'intérêt du contrat est de s'adapter au projet de chacun. Il constitue la loi des parties qui y ont adhéré, en ce sens est particulièrement flexible et présente un attrait certain. Il permet à ce titre d'avoir des exigences particulières en matière environnementale²¹⁹⁶. Pour ce faire, il permet de mobiliser, tant les personnes privées que les personnes publiques, autour de cet objet. Le contrat devient alors un vecteur de la mise en œuvre du droit de l'environnement²¹⁹⁷, mais également un outil de renforcement des obligations coutumières qui s'imposent aux propriétaires et exploitants des étangs de la Dombes. La conclusion d'un tel contrat entre propriétaires ou exploitants au sein d'un même bassin versant ou d'une même chaîne d'étangs formalise ainsi juridiquement le lien naturel de solidarité qui les unit.

²¹⁹⁵ DEUMIER P., *Le droit spontané*, préc., p. 442.

²¹⁹⁶ HAUTEREAU-BOUTONNET M., *Le contrat environnemental*, D. 2015, p. 217.

²¹⁹⁷ HAUTEREAU-BOUTONNET M., *Le contrat et le droit de l'environnement*, RTD civ. 2008, p. 1.

Le contrat constitue dès lors une source de droit supplémentaire susceptible de s'appliquer de façon complémentaire au droit spontané. Son rôle est alors de permettre une sécurisation juridique des règles traditionnelles applicables sur le territoire de la Dombes. En ce sens, il garantit une reconnaissance de ce droit territorial à l'extérieur de la communauté qui en est à l'origine. A cet effet, il permet de rendre opposable des règles coutumières ou des usages à des personnes tierces à la communauté des propriétaires et exploitants d'étangs. Ses clauses, dont la négociation est libre entre les parties au contrat permettent alors, tant de préserver les pratiques traditionnelles que les règles sans lesquelles il est peut probable que ces pratiques soient pérenniser. Dans cette perspective, droit et pratique sont indissociables et indétachables au sein de l'outil contractuel. En outre, et cela n'est pas le moindre de ses avantages, les obligations qu'il crée rend toutes ses clauses justiciables, ce qui permet dès lors, une reconnaissance extracommunautaire de son existence mais également juridictionnelle des règles contenues dans ses clauses. La coutume trouve dans le contrat un relai, en conditionnant ses stipulations, et le second, apparaît comme un révélateur de la force normative de la première. Il existe ainsi des « *va-et-vient permanent entre coutumes, usages et pratiques contractuelles* »²¹⁹⁸. En définitive, l'outil contractuel permet ainsi de concrétiser, au sein de l'ordre normatif positif, un pluralisme juridique garant de l'équilibre entre les objectifs du droit commun commandés par l'intérêt général et les aspirations du droit local inspiré par l'intérêt communautaire. Cette articulation normative rend ainsi compte de la vitalité du droit spontané et la créativité juridique dont peuvent faire preuve ceux qui revendiquent les pratiques dont il découle.

Notre recherche n'a eu de cesse de rendre compte de la vivacité de la coutume au sein de la communauté dont elle tire son origine juridique, sociale et culturelle. Malgré certains manquements à ses principes, voire l'oubli même des objectifs qu'elle porte, il n'en demeure pas moins que pour l'ensemble de cette « société hydraulique » formée autour de la Dombes, la connaissance et l'application de la coutume, ou des usages selon l'appellation que l'on en donne, constituent un marqueur culturel. Cette source de droit, qui fait tant l'originalité que la fierté d'une communauté d'exploitants qui reconnaissent en elle le moyen de perpétuer des pratiques qui dès lors deviennent durables, nonobstant les revendications du droit de l'environnement de l'inscrire dans son giron. Forte de conscience communautaire locale, de cet *opinio juris* persistant, la coutume se suffit à elle-même, peu important le véhicule

²¹⁹⁸ DEUMIER P., Coutumes et usages, *Rép. droit civ.*, préc.

normatif dans lequel on l'enserme pour garantir son application. Sa perpétuité dépend uniquement de la croyance en son efficacité que lui accordent ceux à qui elle s'applique.

La mise en œuvre constante de la règle locale de droit spontané permet ainsi d'observer l'articulation complexe avec celle du droit commun, dans un pluralisme juridique guidé par le souci de respecter les objectifs de chaque norme, le partage de l'eau et la préservation d'un système d'exploitation agricole traditionnel pour le droit spontané, et la préservation des milieux pour le droit de l'environnement. Le droit traditionnel a pour effet indirect et implicite de répondre à une partie des préoccupations du droit de l'environnement, ce qui démontre la complémentarité que cette source de droit offre du fait de sa territorialisation, de son adaptation au territoire sur lequel elle s'applique. L'existence manifeste d'un tel pluralisme juridique invite à repenser l'ordonnancement classique des sources de droit. La rigueur du modèle kelsenien de la hiérarchie des normes vacille donc, face à la complexité des relations normatives que suppose le pluralisme des sources de droit²¹⁹⁹.

Tout n'est pourtant pas parfait dans le paysage juridique de la Dombes. Le droit applicable comporte certains défauts du point de vue de l'environnementaliste. Pour autant, sa capacité de résilience entraîne celle du milieu sur lequel il s'applique dans un cycle immuable tant que les pratiques traditionnelles perdureront et trouverons à s'adapter. Car c'est bien là que réside la difficulté pour les tenants du droit spontané local : permettre une adaptation de ces règles sans en perdre l'essence.

²¹⁹⁹ PUIG P., Hiérarchie des normes : du système au principe, *RTD civ.* 2001, p. 749.

BIBLIOGRAPHIE ESSENTIELLE

I. OUVRAGES

Ouvrages juridiques

Ouvrages juridiques généraux

- ALIX N., BANCEL J.-L., CORIAT B., SULTAN Fr. (dir.), *Vers une république des biens communs ?*, Les liens qui libèrent, 2018.
- ALTWEGG-BOUSSAC M., BASSET A., RICHARD G. (Dir.), *Les Usages de la tradition dans le droit*, Ed. Mare et Martin, 2015.
- ASSIER-ANDRIEU L. (dir.), *Une France coutumière. Enquête sur les « usages locaux » et leur codification (XIXe - XXe siècles)*, Éd. du Centre national de la Recherche Scientifique, 1990.
- AUBIN-BROUTE R.-J., *Le contrat en agriculture. Contribution à l'étude du contrat comme instrument de l'action publique*, LGDJ, 2013.
- AUBY J.-M. et a., *Droit administratif des biens*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2016.
- BALAT N., *Essai sur le droit commun*, LGDJ, 2016.
- BENABENT A., *Droit civil : Les obligations*, Ed. Montchrétien, 12^{ème} éd., 2010.
- BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2012.
- BERLIOZ P., *La notion de bien*, LGDJ, 2007.
- BOURJOL M., *Les biens communaux, voyage au centre de la propriété collective*, LGDJ, 1989.
- BOYELLE C., *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, LGDJ, 2003.
- CALMETTE J.-F., *La rareté en droit public*, L'Harmattan, 2004.
- CARBONNIER J., *Droit civil- 1. Introduction. Les personnes*, 10^{ème} éd., PUF, 1974.
- CARBONNIER J., *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2014 (réédit.).
- CAUDAL S. (Dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008.
- CHAIGNEAU A. (Dir.), *Fonctions de la propriété et commun. Regards comparatistes*, Ed. Société de Législation comparée, 2017.

- CHAMARD C., *La distinction des biens publics et des biens privés, Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz, 2004.
- CHARDEAU M.-A., *Les choses communes*, LGDJ, 2006.
- CHASSAGNARD-PINET S et HIEZ D. (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008
- CHOISEL G. et DREYFUSS L. (Dir.), *Coutume, usages et pratiques*, Mare et Martin, 2014.
- CHOUQUET M., *Le domaine privé des personnes publiques, Contribution à l'étude du droit des biens publics*, LGDJ, 2017.
- CLAM J. et MARTIN G., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998.
- CORIAT B., *Le retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire*, Ed. Les liens qui libèrent, 2015.
- CORNU M., ORSI F., ROCHFELD J. (Dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017.
- CORNU M., FROMAGEAU J., HOTTIN Ch., *Droit et patrimoine culturel immatériel*, L'Harmattan, 2013.
- DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.
- DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Seuil, 1994.
- DEUMIER P., *Le droit spontané. Contribution à l'étude des sources du droit*, Economica, 2002.
- DROSS W., *Droit civil : Les choses*, LGDJ, 2012.
- DOAT M., LE GOFF J. et PEDROT Ph. (Dir.), *Droit et complexité, pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, PUR, 2007.
- FALL A. B. (dir.), *Itinéraires du droit et terres des hommes, Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Breton*, Mare et Martin, 2017.
- GAILLARD E., *Génération futures et droit privé, vers un droit des générations futures*, LGDJ, 2011.
- GARNIER F. et VENDRAND-VOYER J. (Dir.), *La Coutume dans tous ses états*, Ed. La mémoire du droit, 2013.
- GAU-CABE C., *Droits d'usage et code civil*, LGDJ, 2006.
- GAUDEMET Y., *Droit administratif des biens*, 15^{ème} éd., Tome 2, LGDJ, 2014.
- GENY F., *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1914, Tome 1.

- GERRY-VERNIERES S., *Les « petites » sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes*, Economica, 2012
- GHESTIN J. (Dir.), *Traité de droit civil : Les biens 2^{ème} éd.*, LGDJ, 2010.
- GONOD P., MELLERAY F. et YOLKA Ph. (Dir.), *Traité de droit administratif, 2 tomes*, Dalloz, 2011.
- HALPERIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2012.
- JESTAZ Ph., *Le droit*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2016.
- JOURNES C. (Dir.), *La coutume et la loi, études d'un conflit*, PUL, 1986.
- KERNEIS S. (dir.), *Une histoire juridique de l'Occident (IIIe-IXe siècle). Le droit et la coutume*, PUF, 2018.
- KRAJESKI D., *Droit rural*, 2^{ème} éd., Lextenso, 2016.
- LAFARGUE R., *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, LGDJ, 2010.
- LAKSSIMI T., *La summa divisio des droits réels et des droits personnels*, Dalloz, 2016.
- LE BORGNE Kr., *Les traditions juridiques nationales à l'épreuve des droits européens*, Presses Universitaires juridiques de Poitiers, 2018, 552 p.
- LECA A., *Les métamorphoses du droit français. Histoire d'un système juridique des origines au XXI^{ème} siècle*, LexisNexis, 2011.
- LECLERC O., *Le juge et l'expert, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, 2005.
- LEROY E., *La terre de l'autre. Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*, LGDJ, 2011.
- MANSON C., TREMORIN Y. (Dir.), *Les servitudes collectives et la propriété privée*, Les Cahiers du Gridauh, n°31, 2017.
- MARTRES J.-P. et LARRIEU J., *Coutumes et droit en Guyane*, Economica, 1992.
- MATHEVET R., *Solidarité écologique : ce lien qui nous oblige*, Actes Sud, 2012.
- MEYER N. et DAVID C. (Dir.), *L'intégration de la coutume dans la norme environnementale*, Bruylant, 2012.
- MOUSSERON P. (Dir.), *Les usages : l'autre droit de l'entreprise*, LexisNexis, 2014.
- MOYSAN H., *Le droit de propriété des personnes publiques*, LGDJ, 2001.
- NICOLAS E., *Penser les flux normatifs*, Mare et Martin, 2018.

- PARANCE B. et De SAINT VICTOR J., *Repenser les biens communs*, CNRS Editions, 2014.
- PLESSIX B., *Droit administratif général*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2018.
- PRIEUR M. et HENRIOT (G.-C.), *Servitudes de droit privé et de droit public*, 4^{ème} éd. Ed. du Moniteur, 1979.
- PROTIERE G. (Dir.), *Espace du droit et droit des espaces*, L'Harmattan, 2008.
- RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1955.
- SAMBUC H.-Ph., *La protection internationale des savoirs traditionnels. La nouvelle frontière de la propriété intellectuelle*, L'Harmattan, 2003.
- SCHMALTZ B., *Les personnes publiques propriétaires*, Dalloz, 2016.
- SIMONIAN-GINESTE H. (dir), *La (dis)continuité en droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Editions, 2014.
- SUPIOT A., *La solidarité, Enquête sur un principe juridique*, Ed. Odile Jacob, 2015.
- THIBIERGE C. (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ/Bruylant 2009.
- TRUCHET D., *Droit administratif*, 7^{ème} éd., PUF, 2017.
- Van CAUTER J. et De RAUGLAUDRE N. (Dir.), *Apprivoiser le temps, approche plurielle sur le temps et le développement durable*, Editions Charles Léopold Mayer, 2003.
- VANUXEM S., *Les choses saisies par la propriété*, IRJS Editions, 2010.
- VIRALLY M., *La pensée juridique*, LGDJ, 1960.
- YOLKA Ph., *La propriété publique, éléments pour une théorie*, LGDJ, 1997.
- ZABALZA A., *La Terre et le droit*, Editions Bière, 2007.

Ouvrages juridiques spécialisés (droit de l'environnement)

- CANS Ch. et CIZEL O., *Loi Biodiversité, ce qui change en pratique*, Editions législatives, 2017.
- BELAIDI N., *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique*, Bruylant, 2008.
- BILLET Ph. (Dir.), *Des petits oiseaux aux grands principes, Mélanges en hommage au professeur Jean Untermaier*, Mare et Martin, 2018.

- BONNIN M., *Les corridors écologiques. Vers un troisième temps de la conservation de la nature ?*, L'Harmattan, 2008.
- BOSKOVIC O. (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement, mise en œuvre et sanctions*, Dalloz et Pothier, 2010.
- CAMPROUX-DUFFRÈNE M.-P., DUROUSSEAU M. (dir.), *La protection de la nature, 30 ans après la loi du 10 juillet 1976*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007.
- CANS Ch. et CIZEL O., *Loi biodiversité. Ce qui change en pratique*, Editions législatives, 2017.
- CLEMENT M., *Droit européen de l'environnement : jurisprudence commentée*, 3^{ème} éd., Larcier, 2017.
- DEFFAIRI M., *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, IRIS Editions, 2015.
- DE MARI E. et TAURISSON-MOURET, *L'impact environnemental de la norme en milieu contraint*, Victoires Editions, 2012.
- DE MARI E. et TAURISSON-MOURET, *L'empire de la propriété. L'impact environnemental de la norme en milieu contraint III*, Victoires Editions, 2016.
- DEMESTERR M.-L. et MERCIER V., *L'agriculture durable : essai d'élaboration d'un cadre normatif*, PUAM, 2016.
- DE SADELEER N. et BORN C.-H., *Droit international et communautaire de la biodiversité*, Dalloz, 2004.
- DESROUSSEAU M., *La protection juridique de la qualité des sols*, LGDJ, 2016.
- DOUSSAN I. (Dir.), *Les futurs du droit de l'environnement. Simplification, modernisation, régression ?*, Bruylant, 2016.
- DUBOIS J. et MALJEAN-DUBOIS S., *Natura 2000. De l'injonction européenne aux négociations locales*, La documentation française, 2005.
- EDELMAN B. et HERMITTE M.-A. (Dir.), *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgeois Editeur, 1988.
- FALQUE M. et LAMOTTE H. (Dir.), *Biodiversité. Droits de propriété, économie et environnement*, Bruylant, 2012.
- FALQUE M. et MASSENET M. (Dir.), *Droits de propriété et environnement*, Dalloz, 1997.

- FATOME E. et a. (dir.), *La planification territoriale stratégique : entre droit souple et droit dur, Etudes en l'honneur de Jean-Pierre LEBRETON*, Les Cahiers du GRIDAUH, n° 29, 2015.
- FOUCHER K. et ROMI R., *La décentralisation de l'environnement : Territoires et gouvernance*, PUAM, 2006.
- FONBAUSTIER L., *Manuel de droit de l'environnement*, PUF, 2018
- GAIN M.-O., *Le droit rural, l'exploitant agricole et les terres* 3^{ème} éd., Litec, 2011.
- GARANCHER Th., *Etudes d'impact environnemental*, Ed. Le Moniteur, 2013.
- GERARD Ph., OST F. et Van De KERCHOVE M., *Images et usages de la nature en droit*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 1993.
- GIRAUDEL C. (dir.), *La protection conventionnelle des espaces naturels : étude de droit comparé*, PULIM, 2000.
- GRIMONPREZ B. (Dir.), *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Dalloz, 2018.
- HAUTEREAU-BOUTONNET M. (Dir.), *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014.
- HAUTEREAU-BOUTONNET M. et TRUILHE-MARENGO E., *Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité ?*, Mare & Martin, 2017.
- HERMON C., *Services écosystémiques et protection des sols*, Ed. Quae, 2018.
- HERMON C., DOUSSAN I., *Production agricole et droit de l'environnement*, LexisNexis, 2012.
- HERVE-FOURNEREAU N. (Dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, 2008.
- HOSTIOU R. et STRUILLOU J.-F. (Dir.), *La participation du public aux décisions de l'administration en matière d'aménagement et d'environnement*, Les Cahiers du GRIDAUH, n° 17, 2007.
- INSERGUET-VRISSE V. *Propriété publique et environnement*, LGDJ, 1994.
- KISS A. (dir.), *L'écologie et la loi, Le statut juridique de l'environnement*, L'Harmattan, 1989.
- KRAJESKI D., *Droit rural* 2^{ème} éd., Defrenois, 2016.
- LANGLAIS A., *Les déchets agricoles et l'épandage : Le droit et ses applications*, ed. Technip, 2007.
- LASCOUMES P., *Action publique et environnement*, PUF, 2012.

- LAVIEILLE J.-M., DELZANGLES H. et Le BRIS C., *Droit international de l'environnement*, 4^{ème} éd., Ellipses, 2018.
- LIBES M., *Le droit de l'aménagement foncier agricole et forestier*, Ed. Berger Levrault 2011.
- MAKOWIAK J. et JOLIVET S. (Dir.), *Les biens communs environnementaux : quel(s) statut(s) juridique(s) ?*, PULIM, 2017.
- MANTEAU L., *Les contrats en agriculture* 2^{ème} éd., Ed. France Agricole, 2015.
- MARTIN G., *Le droit à l'environnement. De la responsabilité civile pour fait de pollution au droit à l'environnement*, Publications périodiques spécialisées, 1978.
- MEKKI M. et NAIM-GESBERT (Dir.), *Droit public et droit privé de l'environnement : unité dans la diversité ?* LGDJ, 2016.
- MICHELOT A. (Dir.), *Justice climatique : enjeux et perspectives*, Bruylant, 2016.
- MICHELOT A., *Équité et environnement, quel(s) modèle(s) de justice environnementale*, Larcier, 2012.
- MOLINER-DUBOST M., *Droit de l'environnement*, Dalloz, 2015.
- MONTEILLET V., *La contractualisation du droit de l'environnement*, Dalloz, 2017.
- MORAND-DEVILLER J., « Le cadre juridique de la territorialisation de l'environnement », *La Décentralisation de l'Environnement : Territoire et Gouvernance*, PUAM, 2006
- NAIM-GESBERT E., *Droit général de l'environnement*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2014.
- NAIM-GESBERT E., *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruylant, 1999.
- OST F., *La nature hors la loi, l'écologie à l'épreuve du droit*, Ed. La découverte, 1995.
- OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des facultés Universitaires Saint-Louis, 1987.
- POMADE A., *La société civile et le droit de l'environnement. Contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*, LGDJ, 2010.
- PRIEUR M. et a. (Dir.), *Droit de l'environnement*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2016.
- PRIEUR M., *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruylant, 2014.
- PRIEUR M., *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012.
- REMOND-GOUILLOUD M., *Du droit de détruire, Essai sur le droit de l'environnement*, PUF, 1989.

- RICHLI Paul (Dir.), *L'agriculture et les exigences du développement durable*, L'Harmattan, 2013.
- ROMI R., *Droit de l'environnement*, 9^{ème} éd., L.G.D.J., 2016.
- SAMSON D. et MILON P., *Révolution scientifique, révolution juridique, vers une fondamentalisation du droit de l'environnement*, PUAM, 2014.
- STRUILLOU J.-F. et HUTTEN N. (Dir.), *Les servitudes environnementales*, Les Cahiers du GRIDAUH, n°28, 2016.
- THIEFFRY P., *Manuel de droit européen de l'environnement*, 2^{ème} éd., Bruylant, 2017.
- TORRE-SCHAUB M. (Dir.), *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris (COP 21) : regards croisés : actes de la Journée d'études Bilan et perspective post Cop 21"du 31 mai 2016*, IRJS Editions, 2017.
- UNTERMAIER J., *Le droit de l'environnement. Réflexions pour un premier bilan*, 1981, PUF.
- VAN LANG A., *Droit de l'environnement* 4^{ème} éd., PUF, 2016.
- VANUXEM S. et GUIBERT LAFAYE C. (Dir.), *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, PUAM, 2015.

Ouvrages juridiques spécialisés (droit de l'eau)

- ASPE Ch. (dir.), *De l'eau agricole à l'eau environnementale. Résistance et adaptation aux nouveaux enjeux de partage de l'eau en Méditerranée*. Editions Quæ, 2012, p. 301.
- BELAIDI N., *Eau et sociétés, enjeux et valeurs*, Bruylant, 2012.
- BRETON J.-M. (Dir.), *Gestion des ressources en eau et développement local durable*, éd. Karthala, 2008.
- BORDET J., *L'eau dans son environnement rural*, Ed. Johanet, 2007.
- BORDONNEAU M.-A., *Regard juridique sur la double nature de l'eau*, Ed. Johanet, 2009.
- GOELDNER-GIANELLA L. et a., *Concilier la gestion de l'eau et des territoires*, Ed. Johanet, 2016.
- COULOMB R., *Le conseil mondial de l'eau. Entre les Forums de la Haye et de Marseille*, Johanet, 2012.

- DE MALAFOSSE J., *L'eau qui endort*, Economica, 1989.
- DROBENKPO B. (Dir.), *La loi sur l'eau de 1964, Bilans et perspectives*, Ed. Johanet, 2015.
- DROBENKO B., *Introduction au droit de l'eau*, 2^{ème} éd. Ed. Johanet, 2018.
- DROBENKO B., *Le droit à l'eau, une urgence humanitaire*, 2^{ème} éd., Ed. Johanet, 2012.
- DROBENKO B. et SIRONNEAU J., *Code de l'eau*, 2^{ème} éd., Johanet, 2010.
- DROBENKO B., *Droit de l'eau*, Gualino, 2007.
- DUHAUTOY F. *L'accès à l'eau, droit de l'Homme ou loi du marché ?*, Ed. Johanet, 2015.
- FABREGUETTES M.-P., *Traité des eaux publiques et des eaux privées*, LGDJ, 1911.
- FALQUE M., *L'eau entre réglementation et marché*, Ed. Johanet, 2014.
- FARINETTI A., *La protection juridique des cours d'eau*, Ed. Johanet, 2012.
- FERAL Fr., *La prud'homie des pêcheurs de Palavas : étude de la mort d'une institution*, Publications périodiques spécialisées, 1980.
- GAONAC'H A., *La nature juridique de l'eau*, Ed. Johanet, 1999.
- GAZZANIGA J.-L. et al., *Le droit de l'eau*, 3^{ème} éd., Litec 2011.
- GUDEFIN J., *Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, Ed. Johanet, 2015.
- GUILBAUD J. et LE BIHAN P., *La pêche et le droit*, Litec, 1988.
- MARC Ph., *Le cours d'eau et le droit*, Ed. Johanet, 2006.
- MERGEY A. et MYNARD F. (Dir.), *La police de l'eau, réguler les usages de l'eau : un défi permanent*, Ed. Johanet, 2017.
- PETERSMANN M.-C., *Les sources du droit à l'eau en droit international*, Ed. Johanet, 2013.
- PETIT J., *Environnement et aquaculture, Tome II : aspects juridiques et réglementaires*, INRA Editions, 2000.
- PICARD A., *Traité des eaux. Tome 4 : Droit et administration*, Ed. Rotschild, 1890.
- ROMI R., *Les espaces humides. Le droit entre protection et exploitation des territoires*, L'Harmattan, 1992.
- SAOUT A. *Théorie et pratique du droit de l'eau*, Ed. Johanet, 2011.
- SMETS H. (Dir.), *L'accès à l'assainissement, un droit fondamental*, Ed. Johanet, 2010.
- TAITHE A., *L'eau. Un bien ? Un droit ? Tensions et opportunités*, Unicomm, 2008.

Ouvrages non juridiques

Ouvrages généraux

- BENHAMOU F., Les territoires fluctuants du patrimoine, in *Économie du patrimoine culturel*, Ed. La Découverte, 2012.
- BORDET J., *L'eau dans son environnement rural*, Ed. Johanet, 2007.
- CHAUVAUD F., JEAN Y., WILLEMEZ L., *Justice et sociétés rurales du XVIe siècle à nos jours*, PUR, 2011.
- Collectif, *Concilier la gestion de l'eau et des territoires*, Ed. Johanet, 2016.
- Collectif, *La multifonctionnalité de l'agriculture. Une dialectique entre marché et identité*, Quae Ed., 2008.
- *Dictionnaire de l'écologie, Encyclopaedia Universalis*, Ed. Albin Michel, 2001
- DARDOT P. et LAVAL Ch., *Commun, Essai sur la révolution au XXIe siècle*, Ed. La Découverte, 2015.
- DUBY G. et WALLON A., *Histoire de la France rurale*, tome 3, Seuil, 1973.
- GRINBERG M., *Ecrire les coutumes. Les droits seigneuriaux en France*, PUF, 2006.
- OSTROM E., *Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles* (1990), De Boeck, 2010.
- PIERRON J.-Ph. (Dir.), *Ecologie politique de l'eau, rationalités, usages et imaginaires*, Ed. Hermann, 2017, p. 337.
- RAMADE F., *Dictionnaire encyclopédique de l'écologie et des sciences de l'environnement*, 2^{ème} éd., Dunod, 2002, p. 296.
- SERRES M., *Le contrat naturel*, Ed. François Bourrin, 1990.
- TIEN-DUC N., *La guerre de l'eau aura-t-elle lieu ?*, Ed. Johanet, 2004.
- WITTFOGEL K. A., *Le despotisme oriental : étude comparative du pouvoir total* (1957), Ed. de Minuit, 1964.

Ouvrages et études spécifiques à la Dombes ou aux régions d'étangs

- ASSOC. PATRIMOINE DE LA DOMBES, *Mémoire du pays de Dombes : témoignages, histoires, usages et techniques aux XIXème et XXème siècles*, Ed.

Association pour la mise en valeur du patrimoine de la Dombes (Impr. Multitude, Châtillon-sur-Chalaronne).

- ABAD R., *La conjuration contre les carpes, enquête sur les origines du décret de dessèchement des étangs du 14 frimaire an II*, 2006, Fayard.
- BEDOUCHE G., *Les liens de l'eau*, Ed. de la Maison des sciences de l'homme, 2011.
- BENOIT C., *Les étangs de la Dombes au Moyen-Âge, XIIIe - XVe siècles*, Ed. du CTHS, 1992.
- BERARD A., *Les étangs de la Dombes (La réforme législative)*, Imprimerie du Courrier de l'Ain, 1898.
- BERARD L., *Terre et eau en Dombes, Technologie et droit coutumier*, Ed. Maison des sciences de l'homme, 1984.
- BILLARD R., *Derrière chez moi y'a un étang. Les étangs, textes d'hier, regards d'aujourd'hui et de demain*, Ed. Quae, 2010.
- CHARVERIAT Ph., *De la condition juridique des étangs de la Bresse*, impr. Jevain, 1896.
- COLLET Ph., *Explication des statuts et coutumes et usages observés dans la province de Bresse*, 1698.
- DEREIX J.-M., *La mémoire des étangs et des marais*, Ulmer, 2017.
- DUBOST M., *Etude agricole de la Dombes*, Impr. Dufour (Bourg), 1859
- GUIGUE M.-C., *Essai sur les causes de la dépopulation de la Dombes et l'origine de ses étangs*, 2^{ème} éd., Impr. J. Jeannin, 1907.
- LEVRAT R., *La pisciculture en Dombes : l'exploitation des étangs*, *Bull. fr. pisci.* 1965, n° 217, p. 131.
- MANIGAND A., *Les étangs de la Dombes. Histoire ancienne et nouvelle du temps des seigneurs et du temps présent*, Impr. Générale de Bourg, 1902.
- MANCERON V., *Une terre en partage, Liens et rivalités dans une société rurale*, Ed. Maison des sciences de l'homme, 2005.
- NOLHAC J.-B.-M., *Démonstration de la nécessité de maintenir le régime des étangs sur le plateau de la Dombes*, Impr. Louis Perrin (Lyon), 1839.
- PICQUET M., *Observations sur les étangs en Bresse et en Dombes*, 1806, Ouvrage numérisé disponible en libre accès.
- REVEL Ch., *L'usage des pays de Bresse*, 1729.

- RIVOIRE C. et TRUCHELUT A., *Coutumes et usages des étangs de la Dombes et de la Bresse, Commentaires et bibliographie*, Ed. de Trévoux, 1982 (édition originale : Comité des géomètres des arrondissements de Bourg et de Trévoux, 1881).
- TRUCHELUT A., *Études sur les usages ruraux et la culture locale en Bresse et en Dombes*, 2^{ème} éd., Imprimerie du Courrier de l'Ain, 1904.

II. THESES, MEMOIRES, RAPPORTS ET ETUDES

- ACQUARONE D., *La coutume, réflexions sur les aspects classiques et les manifestations contemporaines d'une source du droit*, thèse de droit, Nice, 1987.
- ARTHAUD F., *Fonctionnement des étangs en réponse aux stress et perturbations d'origine anthropique : diversité, structure et dynamique des communautés végétales*, thèse d'écologie soutenue le 21 avril 2011, Univ. Lyon 1.
- BARRIERE O., *Eléments d'une socio-écologie juridique : le droit face à l'urgence écologique, essai d'une anthropologie juridique de l'environnement*, Mémoire d'habilitation à diriger des recherches, mai 2012.
- BENARROUS R., *La grande Brenne aux périodes préindustrielles*, thèse d'archéologie, Univ. Paris I, soutenue le 8 décembre 2009.
- CAUDAL-SIZARET S., *La protection intégrée de l'environnement en droit public français*, Thèse Lyon, 1993.
- CHIU V., *La protection de l'eau en droit public, étude comparée en droit espagnol, français et italien*, thèse de droit, Université de Toulon, 2014.
- COMMISSION EUROPEENNE, *European Waters Assessment of status and pressures 2018*, EEA Report n° 7/2018.
- CONSEIL D'ETAT, *L'eau et son droit, Rapport public 2010*, La documentation Française, 2010.
- CONSEIL D'ETAT, *Le droit souple. Etude annuelle 2013*, La documentation Française, 2013.
- DEUMIER P. et CORNUT E. (dir.), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie, Rapport de recherche*, Mission de recherche Droit et justice, décembre 2016.

- FARINETTI A., *La protection juridique du cours d'eau. Contribution à une réflexion sur l'appréhension des objets complexes*, thèse de droit soutenue le 9 décembre 2010, Lyon 3.
- FEVRE M., *Les services écologiques et le droit. Une approche juridique des systèmes complexes*, Thèse en droit soutenue à Nice le 12 septembre 2016
- JANIN P., *L'espace en droit public interne*, Thèse, Lyon 3, 1996.
- LACHAIZE Ph., *Le droit coutumier applicable aux étangs*, Mémoire DEA Droit de l'environnement, Lyon 3, 1983.
- MANCERON V., *La carpe, l'épi et le canard*, Thèse d'ethnologie, Univ. Paris X, 2003.
- MEYNIER A., *Les concepts en droit de l'environnement*, Thèse de droit, Lyon 3, 2017, dactyl.
- MILLET L. *Contribution à l'étude des fonctions sociale et écologique du droit de propriété : enquête sur le caractère sacré de ce droit énoncé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*, Thèse, Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne, 2015.
- MONDELLO G., *Logique environnementale, logique économique : Étude par le contentieux des Installations Classées pour la Protection de l'Environnement*, Thèse de droit, Paris, 2009.
- OMPI, *Savoirs traditionnels : Besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle*, 2001.
- PANDELAKIS T., *Etude sociologique des propriétaires et exploitants d'étangs de la Dombes en vue de la mise en place d'un guide de bonnes pratiques pour la gestion des étangs piscicoles dombistes*, Mémoire Master 1 Etudes Rurales – Géographie, Univ. Lumière Lyon 2, 2013.
- PERRIN J.-A., *Gouverner les cours d'eau par un concept : étude critique de la continuité écologique des cours d'eau et de ses traductions*, Thèse géographie, Limoges, 2018.
- PONCEBLANC G., *Du droit coutumier des étangs dombistes*, Mémoire DEA Droit de l'environnement, Lyon 3, 1983.
- PERMINGEAT F., *La coutume en droit de l'environnement*, Thèse de droit, Lyon 3, 2009.
- RADIGUET R., *Le service public environnemental*, thèse de droit, Toulouse 1 Capitole, 2016.

- ROLAIN M., *Les limitations au droit de propriété en matière immobilière*, Thèse droit, Nice, 2015.
- SOLEILHAC T., *Le temps et le droit de l'environnement*, thèse de droit, Lyon 3, 2006, 2 tomes.
- TESTARD Ch., *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, Thèse droit, Lyon 3, 2016.
- TOMASI J.-P., *Droit rural et protection de l'environnement*, thèse de droit, Lyon 3, 1990, 3 tomes.
- UNTERMAIER J., *La conservation de la nature et le droit public*, thèse de droit Lyon, 1972.
- VESTUR H. (Dir.), *Eaux libres, eaux closes, Rapport du groupe de travail au ministre de l'écologie et du développement durable*, 2005.

III. ARTICLES

Articles de doctrine juridique généraliste

- ASSIER-ANDRIEU L., Penser le temps culturel du droit. Le destin anthropologique du concept de coutume, *L'Homme* 2001, n° 160, p. 67.
- ASSIER-ANDRIEU L., Coutume savante et droit rustique, sur la légalité paysanne, *Etudes rurales* 1986, n° 103-104, p. 105.
- AUBY J.-B., Réflexion sur la territorialisation du droit, in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de J.-C. Douence*, Dalloz, 2006, p. 1.
- BELAIDI N., Identité et perspectives d'un ordre public écologique, *Droit et culture*, 2014 n° 68, p. 15-49.
- BILLET Ph., Pour le bien commun – hommage à Elinor Ostrom, *Environnement* 2012, p. 3.
- BIOY X., Territoires et identité de la personne, *RDP* 2017, n° 4, p. 873.
- BODIGUEL L., Quand le droit agroenvironnemental transcende le droit rural : Réflexions suite à la loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt de 2014, *RD rur.*, 2015, n° 430, dossier 6.

- BONNET B., Le dialogue des normes et des juges et le principe de précaution, *RFDA* 2017, p. 1078.
- BONICHOT J.-C., Compatibilité, cohérence, prise en compte : jeux de mots ou jeu de rôle?, *in Mélanges Jacquot*, Presses Universitaires d'Orléans, 2006, p. 49.
- BOUCHEIX Ph., Réflexions sur quelques probables sources coutumières du droit de l'environnement, *Revue La Coutume* 2013, n° 2, p. 29.
- BOUDET J.-F., La géographie juridique. Recherche et limite d'une définition, *Développement durable et territoires* 2015, n° 1 [En ligne].
- BRES A., Le fondement de la force des usages, *AJ Contrats* 2018, p. 352.
- CAMPROUX-DUFFRENE M.-P., Entre environnement *per se* et environnement pour soi : la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement, *Environnement* 2012, n°12, étude n° 14.
- CANTIN CUMYN M., La notion de chose commune et les conflits d'usages, *Lex Electronica*, 2007, n° 2, [en ligne].
- CANIVET G., La réception par le juge des pratiques juridiques, *Les Petites Affiches* 2003, n° 237, p. 46.
- CAUDAL S., La domanialité publique comme instrument de protection de l'environnement, *AJDA* 2009, p. 2329.
- CHAIGNEAU A., Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun, *R.I.D.E.* 2014, n° 3, p. 335.
- CHAZAL J.-P., La propriété : dogme ou instrument politique. Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel, *RTD civ.* 2017, p. 763.
- COLIN F., Les usages locaux, sources de droit administratif, *RDFa* 2007 p. 466.
- COMELLAS S., Interrogations sur le principe de prescriptibilité du domaine privé des personnes publiques, *JCP A* 2015, n° 23, 2161.
- COUPET C., Les normes d'origine privée, *RTD com.* 2015, p. 437.
- DANET D., Entre droit spontané et droit légiféré : la production de droit par la normalisation, *Economie publique*, 2001, n° 1, p. 88.
- DANIS-FATOME A., Biens publics, choses communes ou biens communs ?, *in Bien public, bien commun, Mélanges A. Fatôme*, 2011, p. 100.
- DEBARD T. L'égalité des citoyens devant les charges publiques : fondement incertain de la responsabilité administrative, *D.* 1987, p. 157.

- DELMAS-MARTY M., Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques, *D.* 2006, p. 951.
- DE MALAFOSSE J., Droit d'usage et usages locaux, in Collectif, *L'environnement et la forêt – Colloque organisé conjointement par l'AIDEC et la SFDE, Dijon, 13, 14, 15 mars 1984*, Publications périodiques spécialisées, 1984, p. 65.
- DEUMIER P., La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques, *RTD civ.* 2006, p. 516.
- DEUMIER P., « La tradition tauromachique, source sentimentale du droit (ou l'importance d'être constant) », *RTD civ.*, 2007, p. 57.
- DEUMIER P., La coutume à l'épreuve du droit de l'environnement : enrichissement ou déformation de la coutume ?, in MAYER N. et DAVID C. (Dir.), *L'intégration de la coutume dans la norme environnementale*, Bruylant, 2012.
- DEUMIER P., Existe-t-il une notion uniforme de la coutume ?, in F. Garnier et J. Vendrand-Voyer (dir.), *La Coutume dans tous ses états*, Ed. La mémoire du droit, 2013.
- DEUMIER P., Coutume et usages, *RTD Civ.* 2014.
- DROSS W., L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens, *Energie-Environnement-Infrastructures* 2017, n° 6, dossier 16.
- DUPRET B., Le général et le particulier, perspective analytique et praxéologique sur la règle de droit, *Tracés* 2018, n° 34, p. 123.
- EMERIC N., Droit souple + droit fluide = droit liquide. Réflexion sur les mutations de la normativité juridique à l'ère des flux, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2017, n° 2, p. 5.
- FERAL Fr., Un hiatus dans l'administration et la politique des pêches maritimes : les prud'homies de pêcheurs de Méditerranée, *Norois* 1987, n° 133-135, p. 355.
- FERRAND Fr., GAUTIER P.-Y., Honneur et devoir de juger, *D.* 2018, p. 951.
- FROMAGEAU J., Rémanence de l'ancien droit : les droits fondés en titre, in *Mélanges en l'honneur de Jehan de Malafosse*, LexisNexis, 2016.
- FROMAGEAU J., Le droit de l'environnement. L'exemple des zones humides, *Bibliothèque de l'école des chartes*, 1998, tome 156, p. 173.
- FULCHIRON H., Flexibilité de la règle, souplesse du droit, *D.* 2016, p. 1376.
- GAUDRON V., L'évaluation environnementale des documents d'urbanisme français, *RFDA* 2008, p. 659.

- GAZZANIGA J.-L., Rédaction des coutumes et codification, *Droits* 1997, n° 26, p. 71.
- GRIMONPREZ B., La fonction environnementale de la propriété, *RTD Civ.* 2015, p. 539.
- GRIMONPREZ B., Nouvelle utopie foncière ; pour une régulation de la maîtrise du foncier, *RD. rur.* 2017, Etude n° 11.
- GROULIER C., Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ?, *AJDA* 2005, p. 1034.
- GUTWIRTH S., Autour du contrat naturel, in GERARD Ph., OST Fr, Van De KERCHOVE, *Images et usages de la nature en droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1993.
- HACHEZ I., Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law », *RIEJ* 2010, n° 2, p. 246.
- HOUSER M., Les droits incorporels des collectivités territoriales, *RDP* 2014, n° 4, p. 945.
- HUDAULT L., L'affectation et la protection du territoire rural, *RDR* 2013, étude 16.
- JADOT B., L'article 714 du code civil et la protection de l'environnement, in *L'actualité du droit de l'environnement*, actes du colloque des 17 et 18 nov. 1994, Bruylant 1995, p. 438.
- JANIN P., L'ancrage territorial des obligations environnementales, *Energie-Environnement-Infrastructures* 2017, n° 6, dossier 18.
- JANIN P., La prairie et son droit, *R.J.E.* 1985, n° 2, p. 145.
- JEANCLOS Y., Coutume et loi, une approche logistique du droit, in *Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 439
- JESTAZ Ph., Définir le droit... ou l'observer, *RTD civ.* 2017, p. 775.
- JESTAZ Ph., Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre, *RTD civ.*, 1996, p. 299.
- KOUBI G., Construire des espaces en droit. Des vocables empruntés à la géographie, *Développement durable et territoires* 2015, n° 1 [en ligne].
- LAGARDE M., Usages ruraux, *Rép. Droit civil*, sept. 2007 (actualisation, mars 2011).
- LASSERRE-KIESOW V., L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit, *D.*, 2006, p. 2279.
- LAVIALLE Ch., De quelques rapports entre territoire et domaine, *Civitas Europa* 2015, n° 2, p. 35.

- LAVIALLE Ch., Que reste-t-il de la jurisprudence Le Béton ? *RFDA* 2010, p. 533.
- LAVIALLE C., Existe-t-il un domaine public naturel ?, *CJEG* 1987, p. 630.
- LEROY Y., La notion d'effectivité du droit, *revue Droit et Société*, 2011/3, p.715-732.
- MADIOT Y., Vers une « territorialisation » du droit, *RFDA* 1995, p. 946.
- MARTIN G., Le discours du droit privé sur l'utilisation de la ressource, *Environnement* 2005, étude 19.
- MAUGUE C., Responsabilité de l'État du fait des lois en cas de préjudice subi par un opérateur économique, *AJDA* 2014 p. 118.
- MAKOWIAK J., Les continuités écologiques : des dynamiques urbaines aux dynamiques normatives, *Revue juridique de l'environnement*, 2015/HS02 (Volume 40), p. 37-49.
- MELLERAY F., Le code général de la propriété des personnes publiques. Définition et critères du domaine public, *RFDA* 2006, p. 906.
- MESTRE J.-L., La propriété, liberté fondamentale pour les constituants de 1789, *RFDA* 2004, p. 1.
- MOLFESSIS N., La tradition locale et la force de la règle de droit, *RTD civ.*, 2002, p.181.
- MORAND-DEVILLER J., Les territoires du droit. Réflexions sur la généralité et l'impersonnalité de la règle de droit, in FIALAIRE J. et MONDIELLI E. (Dir.), *L'homme, ses territoires, ses cultures*, LGDJ, 2006, p. 189.
- MOREAU J., Esquisse d'une théorie juridique de la territorialisation, *Revue RDSS*, 2009, p. 16.
- MOURY J., Regard d'un juriste sur la tradition : la coutume, *L'Autre (revue)* 2009, n° 1, p. 122.
- NICOLAS Ch. et FAURE Y., Des nouvelles du juge de l'utilité publique, *AJDA* 2018, p. 1661.
- OBERDORFF Th., Territoires, collectivités et Union européenne, *RDP* 2015, n° 5, p. 1217.
- OST Fr., Le juste milieu. Pour une approche dialectique du rapport homme-nature, in GERARD Ph., OST Fr, Van De KERCHOVE, *Images et usages de la nature en droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1993.
- PARISOT V., Conflits internes de lois, *Rép. droit international*, Dalloz, 2015.

- PIERCHON-BEDRY B., Les prud'hommes pêcheurs en Méditerranée, in GAVEN J.-Ch. Et KRYNEN J., *Les désunions de la magistrature*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2012, p. 249 et s.
- PERRET J.-M., Pour une géographie juridique, *Annales de géographie* 1994, p. 520.
- PINGAUD M.-C., Appropriation et utilisation de l'espace rural. Loi et coutume, *Etudes rurales*, 1983, n° 89-91, p. 309.
- PLANCHET P., Principe de précaution et indépendance des législations, *RFDA* 2017, p. 1074.
- PLANCHET P., Quand les droits de l'environnement et de l'urbanisme font cause commune, *AJDA* 2015, p. 2193.
- PONTIER J.-M., Qu'est-ce que le « local », *AJDA* 2017, p. 1093.
- POUMARED J., De la fin des coutumes à la survie des usages locaux, *Histoire de la justice* 2009, n° 1, p. 173.
- PUIG P., Hiérarchie des normes : du système au principe, *RTD civ.* 2001, p. 749.
- REMOND-GOUILLOUD M., Ressources naturelles et choses sans maîtres, in *L'Homme, la nature et le droit*, 1988, p. 226.
- RENOUX-ZAGAME M.-F., Additionnel ou innovatif? débat et solution des premières années de mise en œuvre du *code civil*, *Droits* 2005, n° 1, p. 240.
- RICHARD J., CYTERMANN L., Le droit souple : quelle efficacité, quelle légitimité, quelle normativité ?, *AJDA* 2013, p. 1884.
- RIVIERE-MARIETTE S., MOLLARD-COURTAU Ch., Le droit collaboratif : une alternative efficace à l'intervention d'un tiers impartial dans le règlement amiable d'un litige ?, *Gaz. Pal.* 2013, n° 190, p. 15.
- ROCHFELD J., Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ?, *Revue internationale de droit économique* 2014/3, p. 351.
- ROCHFELD J., Quel(s) modèle(s) juridiques pour les « communs » ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépassement de la propriété, *Actes du séminaire « Propriété et Communs, Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagée »*, 25-26 avril 2013 [en ligne].
- SAISON-DEMARS J., Contractualisation et règlement des conflits administratifs, *RFDA* 2018, p. 230.
- SAVARIT I., Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ?, *RFDA* 1998, p. 305.

- SORBARA J.-B., Les biens communaux, *RDP* 2008, n° 4, p. 1023.
- STIRN B., La dispersion des normes, *RDP* 2017, n° 1, p. 5.
- SUPIOT A., Solidarité civile, La solidarité civile et ses ennemis, in *Des liens et des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde*, Dalloz, 2015, p. 481.
- SUPIOT A., L'inscription territoriale des lois, *Esprit* 2008, n° 11, p. 151.
- THIBIERGE C., Le droit souple, réflexion sur les textures du droit, *RTD civ.* 2003, p. 599
- THIREAU J.-L., Fondements romains et fondements coutumiers du code civil, *Droits* 2005, n° 2, p. 250.
- TIFINE P., A propos des rapports entre l'usage, la coutume et la loi, *RFDA* 2002, p. 496.
- TROPER M., Sur le dogme de la complétude et la théorie de norme générale exclusive, *Droits* 2008, n° 1, p. 285.
- TRUCHET D., L'ours des Pyrénées, rêve de juriste, cauchemar d'administrateur, in *Mélanges Darcy*, Bruylant, 2012, p. 847.
- UNTERMAIER J., Nous n'avons pas assez de droit, in *Les hommes et l'environnement*, Ed. Frison-Roche, 1998.
- VAN LANG A., La loi Biodiversité du 8 août 2016 : une ambivalence assumée, *AJDA* 2016. 2381.
- VAN LANG A., La protection des continuités écologiques : avancées et limites du droit, *RDI* 2013. 255.
- VANUXEM S., Des petites républiques ordonnées autour de Communs. Du Haut Atlas au Massif Central, présentation colloque Vers une République des biens communs ?, Présentation au Colloque de Cerisy des 8-15 sept. 2016.
- VANUXEM S., Pour une approche mésologique de la notion de chose en droit, [en ligne], 2013.
- VERPEAUX M., L'unité et la diversité de la République, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2014, n° 42, p. 7.
- YOLKA Ph., Le bail rural administratif, *JCP A* 2008, n° 47, 2263.
- YOLKA Ph., L'insaisissabilité des biens publics (regards sur un mouvement immobile), *JCP A* 2007, n° 48, 2307.
- ZENATI-CASTAING F., La propriété, mécanisme fondamental du droit, *RTD civ.* 2006, p. 445

- ZENATI F., Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *RTD Civ.* 1993, p. 305.

Articles de doctrine spécialisée en droit de l'environnement

- AHOULOUMA F., Vers une effectivité du droit à l'eau en France, *AJDA* 2011, p. 1887.
- BAILLY G., Usages et préservation de l'eau, analyse au prisme du droit spontané, *RDR* 2017, n° 5, étude 17.
- BAILLY G., Les usages traditionnels de l'eau saisis par le droit positif de l'environnement, in PIERRON J.-Ph. (Dir.), *Ecologie politique de l'eau, rationalités, usages et imaginaires*, Ed. Hermann, 2017, p. 337.
- BARRIERE O., L'empire de l'appropriation face au sens du commun : un enjeu de paradigmes juridiques, in DE MARI E. et TAURISSON-MOURET D., *L'empire de la propriété, L'impact de la norme en milieu contraint III*, 2016, Victoires Editions, notamment p. 245 et suiv.
- BARRIERE O., Repenser le droit de l'environnement dans une conception renouvelée du développement durable. Prospective d'un « droit de la coviabilité » des systèmes sociaux et écologiques, in BLAISE S. et a. (Dir.), *Le développement durable en Océanie. Vers une éthique nouvelle ?*, PUAM, 2015, p. 215.
- BARRIERE O., Le paysage façonné par le droit, entre la rationalité du droit positif et l'empirisme culturel juridique, *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 14 | septembre 2012, mis en ligne le 15 septembre 2012.
- BARRIERE O. et FAURE J.-F., L'enjeu d'un droit négocié pour le Parc amazonien en Guyane, *Natures Sciences Sociétés* 2012, n° 2, p. 167.
- BARRIERE O., De l'émergence d'un africain droit de l'environnement face au pluralisme juridique, in EBERHARD Ch., VERNICOS G. (Dir.), *La quête anthropologique du droit, autour de la démarche d'Etienne Leroy*, Ed. Karthala, 2006, p. 147.
- BELRHALI-BERNARD H., Le droit de l'environnement : entre incitation et contrainte, *RDP* 2009, n° 6, p. 1683.
- BILLAUDOT F., La planification des ressources en eau, *RFDA* 1993, p. 1152.

- BILLET Ph., Le droit de l'eau au défi de la gravité : entre conflits de propriétés et communautarisme, *in* PIERRON J.-Ph. (Dir.), *Ecologie politique de l'eau, rationalités, usages et imaginaires*, Ed. Hermann, 2017, p. 317.
- BILLET Ph., La solidarité contrariée des usages de l'eau, *in* *Eaux et sociétés, enjeux de valeurs*, Bruylant, 2012, p. 35.
- BILLET Ph., Le « juste équilibre » des droits au service de la protection de la nature, *Env.* 2010, n° 6, alerte 63.
- BILLET Ph., La trame verte et bleue, ou les solidarités écologiques saisies par le droit, *EDCE* 2010, vol. 2, p. 551.
- BILLET Ph., Esquisse de méthodologie juridique de délimitation des zones inondables, *Env.* 2007, n° 8-9, étude 10.
- BILLET Ph., Variations autour de la notion d'espèce protégée, *in* Coll., *1976-2006. 30 ans de protection de la nature, bilan et perspectives*, MEDAD – SFDE – Ligue ROC, 2007, p. 49.
- BILLET Ph., La place des espaces naturels sensibles dans le droit de la protection des espaces naturels, *R.J.E.* 2006, n° 2, p. 158.
- BILLET Ph., La prise en compte de la faune sauvage dans le cadre des procédures d'aménagement, de gestion et d'occupation de l'espace : réalités d'une apparence juridique, *Nature Sciences Société* 2006, sup. 1, p.13
- BILLET Ph., L'usage de l'eau mis en règle : entre droit des équilibres et équilibre des droits, *Env.*, 2005, p. 36.
- BILLET Ph., La gestion locale des cours d'eau dans le contexte d'unification de la directive 2000/60 de 23 octobre 2000 sur l'eau, *Environnement* 2005, n° 125, p. 20.
- BILLET Ph., La régulation juridique des conflits liés à la gestion des eaux souterraines, *RJE* 2001, p. 401.
- BODIGUEL L., Lutte contre le changement climatique : le nouveau leitmotiv de la politique agricole commune, *Revue de l'Union européenne* 2014, p. 414.
- BRAS H., Une appréciation plus laxiste de la légalité d'une autorisation de dérogation à l'interdiction de destruction d'espèces protégées, *Env.* 2018, n° 266, p. 142.
- BRETON J.-M., De la conservation conflictuelle à l'aménagement durable : le paysage et la biodiversité saisis par le droit, *VertigO* [En ligne], Hors-série 14 | septembre 2012, mis en ligne le 15 septembre 2012.

- CAMPROUX-DUFRESNE M.-P., Plaidoyer civiliste pour une meilleure protection de la biodiversité. La reconnaissance d'un statut juridique protecteur de l'espèce animale, *R.I.E.P* 2008, n° 1, p. 180.
- CAUDAL S. et JANIN P., La loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques entre volontarisme et renoncements, *Droit Administratif* 2007, n°4.
- CANS Ch., Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences, *AJDA* 2003, p. 210.
- CHARBONNEAU S., Les rapports du droit et de la biologie dans l'encadrement juridique de la gestion des espèces animales, *Natures Sciences Sociétés* 2006, NS, p. 43.
- COMBE M., Les paiements pour services environnementaux dans la perspective climat et biodiversité, *E. E. I.* 2018, n° 5, étude 6.
- DEGUERGUE M., Solidarité et environnement, in HECQUARD-THERON M., *Solidarité(s) : perspectives juridiques*, Presses de l'Université de Toulouse, LGDJ, 2009, p. 337.
- DEHARBE D., Le principe d'intégration ou une méthodologie juridique pour le développement durable, *Env.* 2005, n° 4, comm. 34.
- DE MALAFOSSE J., Le critère réglementaire des eaux closes, *Environnement* 2007, p. 1.
- DE MALAFOSSE J., La saga du droit de pêche dans les eaux closes, *Environnement* 2006, p. 1.
- DE MALAFOSSE J., Le droit de l'eau est différent de celui de la pêche mais la réciproque n'est pas vraie, *Environnement* 2002, 9.
- DENIZEAU Ch., Principe de précaution et droit de l'urbanisme, *RFDA* 2012, p. 864.
- DE SAADELER N., Particularité de la subsidiarité dans le domaine de l'environnement, *Droit et société* 2012, n° 1, p. 73.
- DICK R. et BABIN J., L'obligation réelle environnementale, une innovation contractuelle et foncière au service de la biodiversité, *Droit de l'environnement* 2018, n° 268, p. 210.
- DROBENKO, B., De la reconnaissance du droit à l'eau en France : un droit justiciable, in H. Smets (dir.), *Le droit à l'eau potable et à l'assainissement en Europe. Implementing the right to drinking water in 17 European countries*, Paris, Johanet, 2012, p. 491.

- DROBENKO B., Environnement, le défi solidaire, *in Pour un droit commun, Mél. en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 103.
- DROBENKO B., Le droit de préemption des espaces naturels sensibles comme technique de maîtrise foncière environnementale, *R.J. E.* 2006, p. 133
- DROBENKO B., Eau et gouvernance, *Env.* 2005, n° 7, étude 23.
- DUROUSSEAU M. et BILLET Ph., Les territoires de la biodiversité à la recherche de la collectivité compétente, *R.J.E.* 2103, NS, p. 123.
- EDOUARD Th., La modernisation du droit de l'environnement : quelle(s) orientation(s) pour le fabricant de la norme ?, *Les Annales de droit* 2016, n° 10, p. 158.
- ETRILLARD Cl., Pressions sur la quantité d'eau, Du classique droit d'usage de l'eau à des paiements pour services environnementaux innovants, *Energie-environnement-infrastructures* 2017, n° 10, Étude 23.
- ETRILLARD C., Paiements pour services environnementaux : nouveaux instruments de politique publique environnementale, *Revue Développement durable et territoires* 2016 [en ligne].
- ETRILLARD C., Contrats et écosystèmes agricoles : des mesures agroenvironnementales aux paiements pour services environnementaux, *Droit de l'environnement* 2015, n° 237, p. 296.
- FARINETTI A., La justice dans le débat démocratique - La protection de la qualité de l'eau : des valeurs sociales aux valeurs chiffrées, *Les cahiers de la justice* 2017, p. 143.
- FARINETTI A., La protection juridique de la qualité du sol au prisme du droit de l'eau, *Env.* 2013, n° 6, étude 17.
- FARINETTI A., Les « eaux courantes » du droit, entre ressources vouées à l'exploitation et écosystèmes dignes de protection, *Géocarrefour* 2013, p. 55.
- FONBAUSTIER L., Vers une pêche en eau douce durable : les instances de la pêche, miroir des préoccupations environnementales, *in FROMAGEAU J., HUGLO Ch. et TREBULLE Fr.-G. (dir.), Mélanges en l'honneur du professeur Jehan de Malafosse. Entre nature et humanité*, LexisNexis, 2016, p. 145.
- FONBAUSTIER L., L'efficacité de la police administrative en matière environnementale, *in BOSKOVIC O. (dir.), L'efficacité du droit de l'environnement*, Dalloz, 2010, p. 109.
- FOUCHER K., L'avènement de nouveaux principes en droit de l'environnement : non-régression et solidarité, *Droit de l'environnement* 2018, HS, p. 5.

- FOURES M., L'influence de la jurisprudence Danthony en droit de l'environnement, *Energie-Environnement-Infrastructures* 2016, n° 5, étude 9.
- FROMAGEAU J., Le droit de l'environnement, l'exemple des zones humides, *Bibliothèque de l'école des Chartes* 1998, t. 156, p. 173.
- GALY K., L'imprégnation du droit de la protection des espaces naturels par le mécanisme de l'inventaire du patrimoine naturel, *R. J. E.* 2018, n° 1, p. 111.
- GAZZANIGA J.-L., À qui appartient l'eau ? *La recherche* 1990, n°221, p. 685.
- GAZZANIGA J.-L., Eaux libres et eaux closes, L'actualité des enclos, *in mél. en l'honneur du Pr. J. Aventur*, Ed. univ. Pau, 1988, p. 183.
- GAZZANIGA J.-L., Droit de l'eau, droit des eaux, *Corps écrits*, 1985, n° 16, p. 27.
- GAZZANIGA J.-L. La propriété de l'eau, évolution du droit, *Annales de la voirie et de l'environnement*, 1984, p. 185.
- GAZZANIGA J.-L., Droit de l'eau et organisation sociale, *in Mél. offerts à J. Imbert*, Paris, PUF, 1979.
- GOANAC'H A., Nature et régime juridiques des droits fondés en titre sur les cours d'eau non domaniaux, *Environnement*, 2010, n°1.
- GOANAC'H A., Les piscicultures face aux exigences du droit de l'eau, *Revue Droit rural*, 2008 n°361, étude .3.
- GAONAC'H A. et E. Leroux, Le droit de l'eau et son inapplication dans le monde agricole, *RDR*, 2012, p. 213.
- GAONAC'H A., Les eaux closes : retour aux sources, *RD rur.* 1998, p. 170.
- GOLIARD F., Les cours d'eau : entre droit de propriété et droits d'usage. L'exemple français, *Les cahiers de droit*, 2010, n°3-4, p. 637-658.
- GRIMONPREZ B., La transmission de l'exploitation agricole à l'épreuve des obligations environnementales, *JCP N* 2017, n° 12, 1141.
- GRIMONPREZ B., Etude d'impact sur l'agriculture de la loi « biodiversité », *RD rur.* 2017, n° 449, étude 1.
- GRIMONPREZ B., Agriculture et zones humides : un droit entre deux eaux, *RDR* 2011 n°393, étude n°5.
- GUALDRON D.-C., Le principe de complémentarité entre l'environnement et l'agriculture, *Droit de l'environnement* 2018, HS, p. 12
- GUDEFIN J., Le cycle de l'eau traduit par le droit, *RJE* 2016, n° 3, p. 521.

- HERNANDEZ-ZAKINE C., Eau, agriculture, propriété. Quels enjeux juridiques et donc économiques et sociaux ? in FALQUE M. (dir.) *L'eau entre réglementation et marché*, Johanet, 2014, p. 65.
- HERNANDEZ-ZAKINE C., Analyse juridique de la multifonctionnalité de l'agriculture : l'intérêt général au cœur de l'agriculture, *RD rur.* 2000, n° 284, p. 327.
- JUAN S., La responsabilité sans faute de l'Etat législateur du fait de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, *R.J.E.* 2004, n° 2, p. 195.
- KARSENTY A., EZZINE DE BLAS D., Les paiements pour services environnementaux sont-ils des instruments de marchandisation de la nature ?, in HALPERN Ch., LASCOUMES P., LE GALÈS P. (dir.), *L'instrumentation de l'action publique - Controverses, résistances, effets*, Sciences Po, 2014, p. 168.
- LAGARDE M., Histoire de la législation forestière : de la compétence juridictionnelle des eaux et forêts en 1669, *La forêt privée* 2018, n° 361, p. 73.
- LANGLAIS A., L'appréhension juridique de la qualité des sols agricoles par le prisme des services écosystémiques, *RD rur.* 2015, n° 435, étude 20.
- LANGLAIS A., Les paiements pour services environnementaux, une nouvelle forme d'équité environnementale pour les agriculteurs ? Réflexions juridiques, *RD rur.* 2013, n° 413, étude 7.
- LAURIER R., Le régime juridique de l'accès aux ressources halieutiques à l'épreuve de la théorie classique du patrimoine, *RD rur.* 2011, n°398, étude 15.
- LE LAY Y.-F. et PERMINGEAT F., « Spécificité territoriale et petits arrangements avec la loi : la place des usages locaux dans l'entretien de la rivière (XIXe-XXe siècles) », *Géocarrefour* 2008, n° 1.
- LE MOAL R., Les droits sur l'eau, *RD rur.* 1993, n° 218, p. 450.
- LUCARELLI A., La nature juridique de l'eau entre bien public et bien commun, in *Les enjeux de la gestion locale de l'eau*, Ed. Le Moniteur, 2010, p. 87.
- MALJEAN-DUBOIS S., Quel droit international face au changement climatique ?, *D.* 2015, p. 2263.
- MARTIN G., Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation *propter rem* de protection de l'environnement, *R.J.E.* 2008, n° spécial, p. 123.
- MATHEVET R., THOMPSON J., DELANOE O., CHEYLAN M., GIL-FOURRIER Ch., BONNIN M., La solidarité écologique : un nouveau concept pour une gestion

- intégrée des parcs nationaux et des territoires, *Natures Sciences Sociétés*, 2010, n° 4, p. 424.
- MESCHERIAKOFF A.-S., L'apparition du service public de protection de l'environnement, *in Mélanges Prieur*, Dalloz, 2007, p. 320.
 - MOLINER-DUBOST M., La gestion locale des cours d'eau dans le cadre de la lutte contre les inondations, *Dr. env.* 2005, n° 125, p. 40.
 - NAIM-GESBERT E. et PEYEN L., Responsabilité de l'Etat du fait de l'application de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature : L'arrêt *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et a.*, ... quinze ans après, *R.J.E.* 2018, n° 2, p. 234.
 - NAIM-GESBERT E., L'écosystème saisi par le droit, *RJE* 2015, n° 1, p. 5.
 - NAIM-GESBERT E., La maturité du droit de l'environnement, *RJE* 2010, n° 2, p. 231
 - NAIM-GESBERT E., Du statut des eaux outre-mer, *in* BRETON J.-M., *Gestion des ressources en eau développement local durable*, éd. Karthala, 2008.
 - PAQUEROT S., L'eau, bien commun, La résurgence du concept de bien(s) commun(s) et ses significations, *in* PIERRON J.-Ph. (Dir.), *Ecologie politique de l'eau, rationalités, usages et imaginaires*, Ed. Hermann, 2017, p. 299.
 - PRIEUR J., Coutume, pratique et droit positif à travers la protection des ressources naturelles renouvelables de Madagascar, *Droit de l'environnement* 2017, n° 262, p. 403.
 - PRIEUR M., Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement, *in Incertitude juridique, Incertitude Scientifique*, Les Cahiers du CRIDEAU n° 3, PULIM, 2001.
 - PRIEUR M., La Convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale, *R.J.E.* 1999, NS, p. 9.
 - BROYER J., La gestion et l'aménagement des étangs en Dombes, *Zones humides infos* 1998, n° 21, p. 9.
 - REMOND-GOUILLOD M., A la recherche du futur. La prise en compte du long terme par le droit de l'environnement, *RJE* 1992, n° 1, p. 5.
 - Revue Droit de l'environnement, numéro spécial: La gestion locale des cours d'eau, 2005 n°125.
 - STRUILLLOU J.-F., Vers une nouvelle gouvernance de l'eau et des milieux aquatiques : la commission locale de l'eau, *in* FOUCHER K. et ROMI R., *La*

décentralisation de l'environnement : territoires et gouvernance, PUAM, 2006, p. 143.

- TIBERGHIE F., Le droit n'est pas encore parvenu à traduire l'unité de l'eau dans des règles cohérentes, *AJDA* 2010, p. 1044.
- TREILLARD A., Ce que disent les mots du droit, *Espaces Naturels*, n° 61 janvier 2018, p. 26.
- UNTERMAIER J., Du cinéma dans les étangs (en France détruire la nature n'est pas ridicule), *RJE* 1996, n°4, p. 515-516.
- UNTERMAIER J., La protection implicite de la Nature : le cas du Val de Saône et de la Dombes, in *La Saône-Trévoux* ; éd. Patrimoine du Pays de l'Ain, 1984.
- UNTERMAIER J., La protection de l'espace naturel, généalogie d'un système, *RJE* 1980, n° 2, p. 111.
- VAN LANG A., L'usage agricole de l'eau : entre incitation et répression, *Environnement* 2005, n°7 étude 22.
- VAN BOSTERHAUDT, Les valeurs des polices de l'eau, *Droit et Cultures* 2014, n° 68, p. 81.
- VERNIER E., Une conciliation réussie : la législation sur l'eau et la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, *RJEP* 2012, n° 693, 4.
- VILLENEUVE P., La gestion des milieux aquatiques et de prévention des inondations dans la loi MAPAM, *AJCT* 2014 p. 296.
- VINCENT-LEGOUX M.-C., Conflits de valeurs et police(s) de l'eau: quelle place pour l'ordre public écologique ?, *Droit et cultures*, 2014, n°68, p. 51-80.
- ZAKINE C.-H., L'organisme unique de gestion collective de l'eau : porteur de l'intérêt général environnemental, catalyseur des initiatives collectives sur les territoires, *RD rur.* 2014, n°426, étude 14.

Commentaires et conclusions

- ARRIGHI J.-P., La protection du banquier escompteur par l'usage (A propos de l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 23 mai 1989), *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 40, 4 Octobre 1990, 15861.
- BILLET Ph., Barrage et continuités écologiques, *Env.* 2010, n° 6, comm. 76.

- BONNET B., La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Une menace pour le pacte social français ? L'avis du Conseil d'Etat du 30 juillet 2015, *AJDA* 2015, p. 2246.
- DELIANCOURT S., Comment justifier l'existence d'un droit fondé en titre, Concl. sous CAA Marseille, 23 déc. 2013, n° 12MA00513, N et a. , *JCPA* 2014, n°2301.
- DELLAUX J., La validation du principe de non-régression en matière environnementale par le Conseil constitutionnel au prix d'une redéfinition *a minima* de sa portée, *R.J.E.* 2017, n° 4, p. 693
- DROSS W., L'article 552 n'est-il qu'une présomption de propriété ?, note ss Cass. 3^{ème} Civ. , 13 mai 2015, n° 13-27.342, *RTD civ.* 2015, p. 902.
- FARINETTI A., La circulaire du 18 janvier 2013 relative à l'application des classements de cours d'eau en vue de leur préservation ou de la restauration de la continuité écologique, expression d'une mise en œuvre ambitieuse de l'article L. 214-17 du Code de l'environnement, *Environnement* 2013, n°5, comm. 34.
- FONBAUSTIER L., Indemnisation des pisciculteurs victimes des cormorans (CE, 30 juil. 2003), *RDI* 2003 p. 549.
- GAVIN-MILLAN-OOSTERLYNCK E., Le droit d'usage de l'eau ne s'éteint pas par le non-usage, note sous Cass. 3^{ème} Civ., 16 février 2011, n° 09-70228, *AJDI* 2011. 472.
- HAURIOU M., Caractère d'établissement public des Associations syndicales de propriétaires, Note sous Tribunal des conflits, 9 décembre 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac*, S. 1900.3.49.
- KERVELLA M.-R., Réflexions sur les possibles remous d'une eau dormante, commentaire sous Cass. 3e civ., 25 nov. 2009, n° 08-21.674, *JCP N* 2010, n°15, 1170.
- LABETOULLE D., Conclusions sous CE Sect., 27 oct. 1978, *Debout, Lebon* 395.
- LAPRADE M., Propriété indivise en Dombes : droits d'assec et d'évolage, Concl. Sous CE, 9 nov. 1977, req. n°3803, *Consorts Queyras, Rev. Droit fiscal* 1978, n°23, comm. 968.
- LERAY G., Grenouilles et *jurisdictio* : quand la cessation du trouble anormal de voisinage expose à une condamnation pénale, note sous Cass., 2^{ème} civ, 14 déc. 2017, n° 16-22509, *D.* 2018, p. 995.
- MARECHAL J.-Y., La tradition tauromachique devant le Conseil Constitutionnel : la réponse contestable à une question mal posée, *Droit Pénal*, 2012, étude 25.

- SANTONI L., La définition des zones humides asséchée par le Conseil d'Etat, *Urbanisme et Construction* 2017, n° 4, comm. 50, note sous CE, 22 fév. 2017, n° 386325.
- SOLER-COUTEAUX P., Précisions sur l'articulation entre les polices de l'urbanisme et des installations classées, *RDI* 2018, p. 112, note sous Conseil d'État, 6 décembre 2017, n° 398537, *Association Environnement et paysage en Haute-Bretagne, AJDA* 2017, p. 2440.
- TROUILLY P., Responsabilité sans faute de l'État et évaluation du préjudice résultant de la prolifération d'espèces protégées, *Environnement* 2012, comm. 16.
- UNTERMAIER J., Des petit oiseaux aux grands principes, note sous CJCE, 27 avril 1988, *Commission c/ France*, aff. 252/85, *R.J.E.* 1988, n° 4, p. 460.

Articles non juridiques

- AVOCAT Ch., La Dombes, milieu naturel ou milieu en équilibre ? Introduction à une éco-géographie de l'espace dombiste, *Revue de géographie de Lyon (Géocarrefour)*, 1975, vol. 50, n° 1, p. 35.
- AZNAR O., Une caractérisation des services environnementaux à dimension paysagère produits dans les espaces ruraux, *Développement durable et territoires* 2002, dossier 1 [en ligne].
- BANOS V. et CANDAU J., L'appartenance au territoire, une ressource convoitée ?, *POUR* 2015/4, n° 228, p. 272.
- BARTOUT P., L'incompréhension de la place prise par les plans d'eau dans l'Union européenne et ses conséquences réglementaires, *Norois* 2015, n° 2, p. 17.
- G. BEDOUCHA, Rare ou abondante, l'eau précieuse. En France, l'exemple de la Brenne des étangs, *Anuário Antropológico*, 2011, vol. II, p. 127.
- BEDOUCHA G., « Discordances momentanées. Analyse comparative », *Techniques & Culture* 2003, n°40.
- BELAIDI N., EUZEN A., De la chose commune au patrimoine commun. Regards croisés sur les valeurs sociales de l'accès à l'eau, *Mondes en développement* 2009/1 (n°145), p.55-72

- BERARD L., Place de la culture technique locale dans la construction des AOC, in S. Wolikow et F. Humbert (Dir.), *Une histoire des vins et des produits AOC, L'INAO de 1935 à nos jours*, Ed. Universitaires de Dijon, 2015.
- BERARD L., La culture par inondation en Dombes: effets idéologiques et incidences sociales. *Le monde alpin et rhodanien*, N° spécial "Usages et images de l'eau", 1985, p. 175.
- BERARD L. et. MARCHENAY Ph., Les étangs de la Dombes, in MOLLARD E. et WALTER A., *Agricultures singulières*, IRD Editions, 2008.
- BERARD L., MARCHENAY P., Un exemple de « non patrimonialisation » : la carpe de Dombes, Agritrop [en ligne], 2003.
- BERARD L., MARCHENAY P., Ethnologie et écologie d'un système agro-piscicole : les étangs de la Dombes. *Le monde alpin et rhodanien* 1981, 2e et 3e trimestre, p. 69.
- BILLARD A., L'étang de Dombes, insertion dans le paysage agraire, *Bull. fr. pisci.* 1979, n° 272, p. 71.
- BROYER J., La gestion et l'aménagement des étangs en Dombes, *Zones humides infos* 1998, n° 21, p. 9.
- DE CARRARA S. et LE LAY Y.-F., Quand l'usage fait patrimoine. Vers une patrimonialisation des usages et des paysages culturels ?, *Développement durable et territoires*, vol.6, n°1 | mars 2015.
- DEREIX J-M, Le décret du frimaire an II sur l'assèchement des étangs : folles espérances et piètres résultats, *Annales historiques de la révolution française* 2001, n° 325.
- DE LAVERGNES L., Études agricoles sur la Dombes, *Revue des deux Mondes*, tome 25, 1960, p. 499.
- HONEGGER-RIVIERE A., La gestion de l'eau par les associations de propriétaires fonciers. Méthodologie pour un inventaire régional, *Territoires en mutation* 2004, n° 12, p.63.
- INGOLD A., Terres et eaux entre coutume, police et droit au XIX^e siècle. Solidarisme écologique ou solidarités matérielles ?, *Tracés. Revue de Sciences humaines* 2017, n° 33 [En ligne].
- INGOLD A., Des communautés inscrites dans les choses. Les associations syndicales agricoles en France au XIX^e siècle, in BARGAOU S., CERUTTI S. et GRANDAUD I., *Appartenance locale et propriété au nord et au sud de la Méditerranée*, Ed. Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman, 2015 [en ligne].

- INGOLD A., Expertise naturaliste, droit et histoire. Les savoirs du partage des eaux dans la France postrévolutionnaire, *Revue d'histoire du XIXe siècle* 2014, n° 48, p. 29.
- INGOLD A., Gouverner les eaux courantes en France au XIXème siècle, *Annales Histories, Sciences sociales*, 2011, n° 1, p. 69.
- LASSERRE Fr. et BRUN A., La gestion par bassin versant : un outil de résolution des conflits ? , *Lex Electronica* 2007, n° 2, vol. 12 [en ligne].
- LEVRAT R., La pisciculture en Dombes, *Bull. fr. pisci.* 1964, n° 215, p. 41.
- LEVRAT R., La pisciculture en Dombes : l'exploitation des étangs, *Bull. fr. pisci.* 1965, n° 217, p. 131.
- LEVRAT R., La pisciculture en Dombes : l'économie piscicole en Dombes, *Bull. fr. pisci.* 1965, n° 218, p. 11.
- LEVREL H., et MISSEMER A., La mise en économie de la nature, contrepoints historiques et contemporains, *Revue économique* 2018, n° 0, p. 22.
- MANCERON V., Discordes territoriales : les logiques rivales de la gestion de l'eau dans une région d'étangs française, *Géographie, économie, société*, 2006/3 (Vol. 8) p. 120.
- MANCERON V., Être maître de l'étang. Histoire d'une appropriation de l'eau au xix siècle en Dombes, *Études rurales* 3/2005 (n° 175-176), p. 149-166.
- MARTIN J.-C., La Dombes et ses étangs, *Le Globe, revue genevoise de géographie*, 1977, tome 117, p. 35.
- MORIN G.-A., La continuité de la gestion des forêts françaises de l'ancien régime à nos jours, ou comment l'Etat a-t-il pris en compte le long terme, *Revue française d'administration publique* 2010, n° 2, p. 233.
- NAHRATH S., Gestion des ressources communes en Suisse : le rôle des institutions de gestion communautaire dans les politiques environnementales et d'aménagement du territoire, *Nature Sciences Sociétés*, 2012/1, p. 140.
- ORSI F., « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », *In* : Chanteau J.P., Coriat B., Labrousse A. et Orsi F (dir.). Autour d'Ostrom : communs, droits de propriété et institutionnalisme méthodologique. *Revue de la Régulation*, 2013, n°14.
- RICHOUX P., LEBRETON Ph., L'évolution climatique et son impact en Dombes, *Les cahiers de la Fondation Vérots*, 2008.
- ROUSSEL I., Le changement climatique et les étangs, l'urgence d'une adaptation, *Revue La Dombes* 2018, n° 40, p. 38.

- RUF T., Droits d'eau et institutions communautaires dans les Pyrénées-Orientales, *Histoire & Sociétés Rurales*, 2001/2, p. 284.
- SARRAZIN B. et a., De la parcelle au poisson d'étang. Recherche de résidus de pesticides dans l'agroécosystème piscicole, *TSM* 2011, n° 12, p. 49.
- SCEAU R., Les étangs de la Dombes : fondements socio-économiques d'un système hydraulique, *Revue de géographie de Lyon*, 1980, n°2, p. 129.
- TOUSSAINT-SOULARD Ch., La multifonctionnalité de l'agriculture en pratique : étude des relations entre exploitations agricoles et étangs de la Dombes, *Cybergéo : European Journal of Geography* [en ligne], doc. 319, mis en ligne le 9 sept. 2005.
- VALLOD D. et WEZEL A., Influence des pratiques agropiscicoles sur la biodiversité des étangs de la Dombes (Ain, France) en vue d'une valorisation de produits du terroir, *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne : mis en ligne le 23 septembre 2010].
- VALLOD D. et a., Etude des facteurs de transfert des produits phytosanitaires vers des étangs piscicoles en Dombes, zone humide continentale associant prairies et cultures, *Fourrages* 2008, n° 193, p. 51.

TABLE DES MATIERES

Remerciements	5
Principales abréviations utilisées	9
SOMMAIRE	11
INTRODUCTION.....	13
I. L’ancrage des étangs dans un territoire riche d’une histoire juridique et technique complexe	14
A. Contexte de la recherche : la Dombes des étangs	15
1. L’omniprésence de l’eau.....	15
2. La lente apparition du « régime des étangs »	17
B. Une histoire juridique mouvementée	19
1. Brève étude de l’origine du régime des étangs en Dombes	19
2. Des conséquences juridiques aux questionnements quant à l’utilité du maintien des étangs en France.....	25
II. La perpétuation difficile d’un droit local en Dombes	30
A. Une originalité juridique persistante	30
B. L’indétermination du statut de l’étang dombiste.....	32
1. Une définition problématique de l’étang en droit	32
2. Des implications pratiques propre à l’étang dombiste	38
III. La nature du droit local en question	42
A. Usages et pratiques, un écueil terminologique à éviter	43
1. De l’usage à la pratique ou la façon d’user de la ressource	43
2. Les usages, une source de droit.....	44
B. La coutume dombiste, un exemple de droit spontané atemporel aux contours à préciser	46
1. Une évolution de la terminologie jurisprudentielle.....	46
2. La coutume dombiste : un système juridique à part entière.....	47
1 ^{ère} Partie. Le développement d’un « droit spontané » lié aux usages traditionnels de l’eau ..	55
Titre 1. L’usage collectif de la ressource commune vecteur du droit spontané.....	57
Chapitre 1. La qualification juridique d’un bien naturel collectif.....	59
Section 1. La singularité du statut juridique de l’eau en Dombes.....	60
I. La nécessaire identification d’un commun mouvant : l’eau.....	60
A. L’application des critères du « commun » à l’eau en Dombes.....	61

1.	L'identification des critères du commun	61
2.	La dualité de l'eau commune en Dombes	63
B.	La particularité d'un « commun » maîtrisé	63
1.	L'immobilisation de la ressource comme préalable à l'identification du commun.....	64
2.	L'inscription dans le temps de l'usage comme critère du commun	65
II.	L'intégration du « commun » dans l'ordre normatif par la recherche d'un statut juridique	67
A.	L'inadaptation de la qualification de « res communis ».....	68
1.	L'eau en Dombes dans le champ d'application des res communis	68
2.	Les limites au statut de res communis fondées sur une appropriation temporaire.....	71
B.	La collectivisation de l'usage de l'eau en Dombes	74
1.	L'identification d'un patrimoine collectif	74
a.	Définition de l'élément du patrimoine commun dombiste	74
b.	L'identification du patrimoine au fil de l'usage.....	76
2.	La qualification de bien collectif attachée à l'eau en Dombes.....	77
a.	La traduction juridique de l'exploitation collective d'un élément naturel	77
b.	Un bien, objet de l'appropriation collective	80
III.	La tentative de dépassement de la propriété privée individuelle par l'identification d'une propriété collective	81
A.	De l'attachement identitaire au territoire à l'appropriation collective du bien partagé	82
1.	La définition complexe de la notion de propriété collective et de son titulaire	83
a.	Les contours de la propriété collective	83
b.	L'identification d'un sujet de droit collectif	85
2.	Détermination des contours de la propriété collective en Dombes	85
a.	L'identification de l'objet du droit collectif.....	86
b.	L'autonomisation de l'usage de l'eau et de l'évolage dans la concrétisation d'une propriété collective	88
B.	Les limites à l'hypothèse de la propriété collective Dombiste.....	89
Section 2.	La relativisation de l'opposition entre propriété privée et bien collectif hydrique.....	91
I.	La propriété privée et l'étendue des droits d'usage sur la ressource.....	91
A.	Les prérogatives absolues du propriétaire de l'eau	92
1.	Le droit de se clore : pierre angulaire de la propriété en Dombes.....	92
2.	Le propriétaire maître de l'eau comme de sa chose	95

B.	L'appropriation spécifique des eaux en Dombes.....	97
1.	La dualité de propriété en Dombes, une volonté locale ou une réalité juridique ?.....	97
a.	Origines de la distinction de propriétés	97
b.	La reconnaissance d'une dualité de propriété freinée par le concept de l'indivision	99
2.	L'identification de la propriété de l'eau à travers le statut d'eau close ..	105
a.	L'adéquation de propriété de l'eau des étangs en Dombes avec le droit commun.....	105
b.	L'étendue physique de la propriété de l'étang.....	107
II.	Les relations contraintes des propriétés privées entre elles dans l'usage commun de la ressource	110
A.	La nature diverse des droits d'usage exercés sur l'eau	110
1.	Le droit d'usage de l'eau : la propriété dombiste pensée à travers un faisceau de droits réels	111
2.	La nature des « droits d'eau » au regard du droit coutumier local.....	112
B.	Des propriétés privées liées par des contraintes réciproques sur l'usage de l'eau.....	115
1.	Des servitudes coutumières contraignant l'usage d'une ressource unitaire	116
a.	Nature des servitudes locales issues du droit coutumier.....	116
b.	La libre circulation de l'eau, une servitude coutumière <i>contra legem</i>	118
2.	Des contraintes réciproques entre les propriétés privées permettant une gestion raisonnable et collective de la ressource.....	121
a.	Une gestion utilitariste mais raisonnée de la ressource en eau	121
b.	La propriété privée considérée comme le support pour l'usage collectif	122
	Conclusion du Chapitre 1	123
	Chapitre 2. La solidarité au cœur du droit spontané gouvernant l'usage collectif.....	125
	Section 1. La constitution d'une communauté d'usagers solidaires autour d'un objet commun de droit.....	127
I.	La solidarité comme source de régulation communautaire des usages de l'eau	128
A.	Le bien collectif hydraulique, fédérateur d'une identité commune aux individus.....	129
1.	De la collectivisation d'un bien à l'identification d'une communauté d'usagers.....	129
2.	L'usage collectif de la ressource, vecteur de l'autonomisation d'une communauté	132
a.	Une propriété privée pivot du régime d'exploitation commune de la ressource.....	132

b.	L'autonomisation juridique de la communauté d'usage	133
B.	La nécessité d'une régulation juridique des usages de l'eau fondée sur une solidarité de fait entre utilisateurs	134
1.	Des obligations entre usagers nées de l'exploitation solidaire d'une ressource naturelle	135
a.	Une solidarité contrainte par les caractéristiques du milieu	135
b.	La circulation de l'eau, vecteur de solidarités naturelles.....	136
c.	La solidarité née de la difficulté d'accès à la ressource.....	138
2.	Des conséquences juridiques et sociales issues de la solidarité écologique	139
a.	Un « contrat social », source d'obligations juridiques entre usagers de la ressource.....	140
b.	Le maintien d'un équilibre social fragile.....	141
II.	La gestion solidaire d'un bien collectif à l'origine de règles locales inédites	143
A.	La gestion collective de la ressource, garante de l'égal accès à l'eau.....	143
1.	Le droit à l'eau, principe général guidant l'usage de la ressource en droit commun.....	144
2.	Une concrétisation pratique originale du droit à l'eau	145
B.	La construction d'une pratique commune obligatoire.....	147
1.	Une solidarité de fait issue d'une transmission de pratiques	147
2.	La transition de la pratique à la règle de droit spontanée.....	148
a.	La mutation de la pratique en règle juridique	148
b.	La distinction (in)opportune entre usage et coutume	149
Section 2. La construction d'un régime juridique de l'exploitation de l'eau par les pratiques hydrauliques solidaires		151
I.	Le principe de solidarité, vecteur de règles spontanées	151
A.	Une norme originale par sa nature, à la source du principe de solidarité...	152
1.	La recherche de la caractérisation du droit spontané local.....	152
a.	Complexité du droit spontané local : entre autonomie et complémentarité	152
b.	Droit souple et souplesse du droit.....	154
2.	Le principe de solidarité, source de du droit spontané.....	157
B.	Le droit spontané fondé sur les pratiques des sujets de droit	160
1.	Une émanation juridique de la volonté des acteurs locaux	161
a.	La traduction des intentions des usagers de la ressource dans le droit spontané.....	161
b.	La dimension volontaire de la perpétuation de la coutume, fondement de normativité contemporaine du droit spontané.....	162
2.	Une structuration institutionnelle du droit spontané	165

a.	Un ordre coutumier local original.....	165
b.	Une institutionnalisation structurée autour d'une filière économique.	166
II.	Des liens de l'eau aux liens de responsabilité : la rupture de solidarité.....	168
A.	L'accaparement de la ressource et le règlement interne des conflits.....	169
1.	La rupture de solidarité liée à la prédominance des intérêts particuliers	169
a.	L'accaparement de la ressource	170
b.	Le « vol d'eau », un « crime » impardonnable en Dombes.....	170
2.	Le règlement non juridictionnel des différends au sein de la communauté d'usagers.....	174
a.	Des règles coutumières entraînant le règlement amiable des conflits .	174
b.	Les conséquences de la rupture de solidarité et « l'exclusion » <i>de facto</i> de la communauté.....	176
B.	La dualité de responsabilité personnelle du propriétaire d'étang.....	178
1.	La responsabilité coutumière du fait de l'étang	178
2.	Les potentialités de la responsabilité de droit commun	180
III.	La protection de l'affectation de l'eau à l'usage collectif.....	182
A.	L'eau partagée comme objet d'un « domaine collectif » indépendant des propriétés privées	182
1.	L'exclusion de la domanialité publique pour qualifier l'eau en Dombes	183
2.	La protection de l'affectation fondée sur l'intérêt collectif de l'usage partagé de la ressource	184
B.	La pérennisation de l'usage successif d'un bien mouvant et rare	187
	Conclusion du Chapitre 2.....	189
	Conclusion du Titre premier.....	190
	Titre 2. Le maintien des particularités juridiques locales face à l'uniformisation de la gestion de l'eau.....	191
	Chapitre 1. L'appréhension de la gestion traditionnelle de l'eau par le « droit délibéré »	193
	Section 1. L'uniformisation de la gestion juridique de l'eau fondée sur l'équité territoriale.....	194
I.	La volonté étatique d'uniformisation des territoires ruraux.....	195
A.	La généralisation du droit « délibéré » et la tentative de limitation des particularités locales.....	196
1.	L'œuvre unificatrice de la loi	197
2.	L'absorption des coutumes par la loi : entre disparition et continuité....	200
B.	La création par la loi de modèles structurels de gestion de la ressource hydraulique.....	202
1.	Le modèle syndicale et associatif de structuration des filières locales et l'exploitation collective de la ressource	202

a.	L'association syndicale, un modèle éprouvé de gestion collective de l'eau.....	203
b.	Le choix d'un regroupement professionnel autonome en Dombes	205
2.	Les gestions publiques concertées de l'eau et de l'environnement : de la gestion collective au service public.....	210
a.	L'organisme unique de gestion collective et la double dimension environnementale et économique de l'utilisation de l'eau.....	210
b.	De la gestion collective aux nouveaux modes de gestion publique de l'eau.....	214
II.	Un droit territorialisé d'une efficacité relative	217
A.	L'adoption d'une loi territorialisée par le législateur	218
1.	L'adoption de lois de territoire	219
2.	La Dombes des étangs, objet spécifique de la loi	221
B.	La recherche d'un « territoire de la Dombes » support du droit	223
1.	Le « territoire perdu » de la Dombes.....	223
a.	Une difficulté sémantique dans l'identification du territoire concerné	224
b.	L'absence d'une administration territoriale de la Dombes	227
2.	Approches innovantes de la définition du territoire de la Dombes	229
a.	L'identification d'un territoire écologique de la Dombes.....	230
b.	Renouvellement de l'identification d'un territoire par l'analyse du droit privé.....	233
	Section 2. La conservation de règles autonomes justifiée par les spécificités territoriales	236
I.	L'expression contrariée des identités territoriales confrontée à la recherche de l'unité de l'Etat.....	237
A.	La reconnaissance d'identités juridiques locales par un système juridique global.....	238
1.	L'expression juridique des identités territoriales à l'échelle de l'Europe	238
a.	L'expression des identités régionales en droit de l'Union européenne	238
b.	La reconnaissance des spécificités culturelles par le droit du Conseil de l'Europe	241
2.	La reconnaissance restreinte de systèmes coutumiers en droit français.	242
a.	La consécration d'identités territoriales par le droit législatif commun	242
b.	La consécration constitutionnelle des coutumes ultra-marines	244
B.	L'expression normative d'entités traditionnelles contrainte par le droit commun.....	246
1.	Reconnaissances législatives d'organismes de gestion de biens collectifs	247

2.	Des structures propres à des territoires à l'identité historique forte et à des activités gérées en collectivité : l'expérience des Prud'homies de pêcheurs .	249
II.	La réception des normes traditionnelles locales par le droit commun	251
A.	Le renvoi aux « usages » par le droit commun	252
1.	Les « usages locaux » dans la législation applicable en milieu rural	253
2.	L'organisation de la codification des usages locaux par le droit commun	256
B.	La reconnaissance d'exceptions juridiques territoriales fondées sur la tradition	260
1.	La consécration de régimes dérogatoires fondés sur les traditions locales	260
a.	L'expression juridique des « traditions locales ininterrompues ».....	261
b.	Les dérogations au droit de l'environnement fondées sur la tradition	263
2.	La résurgence des usages et des coutumes dans les modes de production du droit	265
	Conclusion du Chapitre 1 : La Dombes, un système complexe.....	266
	Chapitre 2. La pérennisation de pratiques durables par la préservation de l'usage	267
	Section 1 : La nécessité théorique d'une pluralité juridique dans la gestion des biens communs	269
I.	Des situations juridiques locales inédites inconnues du droit « global ».....	270
A.	L'insuffisance de la loi dans l'appréhension des spécificités techniques et juridiques locales.....	270
1.	L'hégémonie originaire de la coutume locale garante de sa légitimité ..	271
a.	Le droit local préexistant à la loi.....	271
b.	La légitimité d'un « droit naturel ».....	272
2.	La nécessaire diversité des sources du droit.....	274
a.	La discutable complétude de l'ordre législatif.....	274
b.	La complexité de la classification des sources spontanées du droit : un droit du réel	277
B.	Les spécificités territoriales sources d'un droit endogène	279
1.	Une nécessité née de l'existence d'un « système territorial ».....	279
a.	Une structure économique et sociale productrice de droit.....	280
b.	L'extériorité au système comme facteur d'exclusion de l'application du droit local.....	281
2.	Un droit local inédit répondant aux besoins d'un territoire	281
a.	Les caractères juridiques et sociologiques d'un droit « endogène »....	282
b.	Un espace local de régulation juridique des usages autour de principes pragmatiques	282
II.	Les caractéristiques du droit spontané à préserver dans une perspective dynamique du droit.....	283

A.	La communauté locale génératrice d'un ordre juridique territorial spécifique	284
1.	L'adaptabilité du droit local aux usages et aux usagers de la ressource.	284
a.	Le droit local dombiste, ordre normatif spontané source de droit « souple » ?	284
b.	La souplesse du droit spontané garante de son adaptabilité	287
2.	L'identification d'un ordre juridique propre à la Dombes	288
a.	Les usagers de la ressource au cœur de la production et de la mise en œuvre du droit local	289
b.	Un ordre juridique « imparfait » mais indispensable à la gestion locale de l'eau	290
B.	L'écriture de la coutume, entre nécessité pratique et frein à la spontanéité	291
1.	La nécessité d'une écriture de la coutume	291
a.	La contrainte de l'intelligibilité de la norme	292
b.	L'assurance d'un acquis juridique transmissible de génération en génération	294
2.	Le risque relatif de cristallisation de la coutume	297
a.	De la mise par écrit à la mise en sens : les impacts de fond induits par l'écriture de la coutume	298
b.	L'autosuffisance de la coutume, une garantie de la spontanéité et de l'actualisation de la norme locale	300
Section 2 : La consécration d'un droit local négocié grâce aux outils du droit contemporain		302
I.	La préservation d'un ordre juridique spontané local par la reconnaissance d'un « commun »	303
A.	La caractérisation du droit spontané local comme « commun »	304
1.	Un commun immatériel constitué d'un ensemble de règles spontanées	304
2.	La patrimonialisation des règles de droit traditionnel local	307
a.	Le droit spontané comme composante immatérielle d'un patrimoine communautaire local	308
b.	La préservation de la coutume par la protection du patrimoine culturel immatériel	309
B.	L'appropriation collective d'un ensemble règles et de connaissances par l'exercice de droits spécifiques sur les savoirs locaux et leurs règles spontanées	313
1.	L'internalisation du régime juridique de la protection des savoir-faire locaux	313
a.	La recherche d'un régime juridique d'identification des spécificités juridiques et pratiques locales	314
b.	Le choix collectif du régime de protection des modalités de production locales	315

2.	Les modalités d'exercice de droits sur une marque collective dans un contexte communautaire singulier	319
a.	Les modalités d'exercice de droits sur un signe de reconnaissance de l'origine	319
b.	L'intégration des usages locaux au sein du cahier des charges de la marque collective	321
II.	La garantie de la pérennisation du droit spontané par sa contractualisation ..	325
A.	Les conventions particulières entre personnes privées comme vecteurs de droit spontané	326
1.	L'engagement volontaire en faveur du respect des usages locaux à caractère environnemental.....	326
a.	Justification de l'hypothèse contractuelle.....	327
b.	Les potentialités de l'intégration de règles spontanées dans le droit contractuel de l'environnement.....	328
2.	Le recours aux outils contractuels de droit commun.....	333
a.	Les contrats liés à l'exploitation de biens fonciers constitués d'étangs	334
b.	Les contrats de cession des biens fonciers.....	338
B.	L'hypothèse d'une contractualisation généralisée des usages traditionnels	340
1.	Une contractualisation collective généralisée à effet direct	341
a.	L'opportunité d'une charte territoriale dombiste	341
b.	L'échelle pertinente de la contractualisation en question	345
2.	L'adhésion générale à la norme par la contractualisation individuelle ..	347
	Conclusion du Chapitre 2	348
	Conclusion du Titre 2	349
	Conclusion de la Première partie	351
2 nd e	Partie. La construction d'un pluralisme juridique fondé sur la protection de l'eau	353
Titre 1.	La réponse de la gestion traditionnelle de l'eau aux objectifs du droit positif.....	355
Chapitre 1.	L'interprétation du droit local à l'aune du droit de l'eau.....	357
Section 1 :	Le traitement juridique de l'eau comme élément d'un écosystème.....	358
I.	La confrontation des ordres normatifs dans l'appréhension des réalités scientifiques.....	358
A.	La promotion scientifique de la nécessité de préserver la ressource.....	359
1.	La création d'un vocabulaire propre au droit de l'environnement à travers les concepts scientifiques	359
2.	L'enjeu de la gestion de l'eau commandé par la nécessité de préservation de la ressource	361
B.	L'ignorance de l'urgence écologique dans le droit coutumier	363
1.	Pluralisme des vérités scientifiques et des temporalités entre science et droit	364

2.	Un lent changement de paradigme dans l'appréhension de la ressource par le droit coutumier	367
II.	L'exploitation écologiquement cohérente de l'eau en Dombes	368
A.	L'appréhension de l'eau dans l'unicité de la ressource	369
1.	La traduction de l'unité de la ressource en eau dans le droit spontané local	369
a.	L'unité du régime juridique de l'eau dans le droit coutumier de la Dombes.....	370
b.	Une unité hydrographique spécifique support de la gestion locale de l'eau.....	371
2.	La traduction du réel écologique dans un droit local et pragmatique	373
a.	L'observation de la nature comme source de la construction du droit coutumier.....	373
b.	La recherche d'une bonne qualité de l'eau dans la gestion traditionnelle	374
B.	La prise en compte des continuités écologiques au cœur des usages traditionnels.....	378
1.	Le droit contraint par la dynamique naturelle de l'eau	378
2.	L'identification de continuités écologiques dans le paysage et le droit dombistes.....	380
	Section 2. La Dombes des étangs saisie par les instruments de gestion de l'eau et de l'aménagement du territoire	383
I.	L'intégration progressive de l'hydrosystème dombiste au sein de la gestion du bassin hydrographique rhodanien.....	384
A.	L'isolement hydraulique initial du plateau de la Dombes par le droit coutumier.....	384
1.	Une absence de connexion hydrologique directe.....	385
2.	Un isolement traduit dans le droit local	386
B.	L'intégration des étangs de la Dombes dans la gestion du bassin Rhône-Méditerranée.....	387
1.	Une appréhension naturaliste des étangs de la Dombes.....	387
2.	L'intégration de la Dombes dans la planification de la gestion de l'eau à une échelle écologiquement pertinente	390
II.	L'omniprésence des étangs de la Dombes dans les instruments locaux d'aménagement du territoire	394
A.	La prise en compte des étangs de la Dombes dans la planification urbaine	394
1.	La qualité environnementale des étangs saisi par le droit de l'urbanisme local	395
a.	L'influence des dispositifs locaux de protection de l'environnement dans l'élaboration des documents d'urbanisme.....	395

b.	L'intégration du caractère environnemental des étangs dans le contenu des documents d'urbanisme	399
2.	Les « usages locaux » saisis par le droit de l'urbanisme local	403
B.	L'étang comme pièce maîtresse d'un projet d'aménagement du territoire	406
1.	La mise en valeur de étangs dans les politiques publiques d'aménagement	406
2.	La place centrale des étangs dans les projets contemporains d'aménagement du territoire	408
	Conclusion du Chapitre 1	409
	Chapitre 2. Les usages traditionnels de l'eau et la satisfaction des objectifs du droit de l'environnement	411
	Section 1. La réponse du droit coutumier aux principes du droit de l'environnement	412
I.	La durabilité d'utilisation de la ressource par l'exploitation traditionnelle ...	412
A.	La durabilité de l'usage de l'eau, un principe sous-jacent dans le droit coutumier en Dombes.....	413
1.	Un principe désormais fondamental de la gestion de l'eau en droit	413
2.	Un droit local nécessairement protecteur de la ressource en eau	414
B.	L'articulation du droit spontané local autour de la démarche de développement durable	416
II.	La satisfaction du principe de non-régression par le droit coutumier local ...	418
A.	La non-régression des préoccupations environnementales dans droit coutumier.....	418
1.	La consécration du principe de non-régression du droit de l'environnement	419
2.	La confrontation de l'évolution de la coutume au principe de non-régression	421
B.	L'absence de régression dans la prise en compte de l'environnement.....	422
	Section 2. La mobilisation dans le droit coutumier de certains mécanismes du droit positif.....	424
I.	Confrontation du régime juridique traditionnel à la notion d'intérêt général	424
A.	L'évolution de l'intérêt général attaché à la création des étangs.....	425
1.	L'intérêt de la valorisation piscicole d'une zone humide naturelle	426
a.	Un territoire humide à la mauvaise réputation et aux interactions sociales complexes	426
b.	La place ambiguë de la propriété dans l'échelle des intérêts préservés par le droit local.....	428
2.	Les mutations de l'intérêt général en fonction des bénéfices économiques et des attentes sociétales	431
a.	L'intérêt général inhérent aux grands projets d'aménagement ou l'écrasement de la tradition local par le progrès technique	431

b.	La remise en eau des étangs : de l'intérêt économique agricole traditionnel à son intérêt écologique	432
B.	L'exploitation des étangs face à la notion d'ordre public en droit positif ..	433
1.	La police administrative de l'eau dans la réglementation des usages de la ressource en Dombes.....	434
a.	La Dombes et l'expérimentation d'une « police administrative » de l'eau 435	
α.	L'autorisation de la mise en eau des étangs dans l'histoire du droit ..	435
β.	L'affirmation des prérogatives étatiques en Dombes sur la licitation puis remise en eau des étangs.....	437
b.	L'étang objet d'une police de l'eau fondée sur la préservation d'intérêt général environnemental	439
α.	La place de l'étang dans le champ matériel de la police administrative de l'eau	439
β.	Les limites des contraintes imposées par la police de l'eau	442
2.	Le traitement juridique des troubles liés à l'exploitation des étangs	443
a.	La soumission des étangs à la police administrative générale.....	444
b.	L'étang comme source de troubles anormaux de voisinages.....	446
II.	Le recours aux modalités de résolution amiable des différends.....	448
A.	La connaissance des usages locaux dans la résolution amiable des différends 448	
1.	La diversité des modalités de règlement interne des conflits.....	449
a.	L'intervention d'un tiers conciliateur dans la résolution des différends liés à l'exploitation des étangs	449
b.	Les objectifs du règlement amiable des conflits locaux	450
2.	Une résolution des conflits internalisée	452
a.	Le recours au pairage pour la résolution des litiges.....	452
b.	L'absence de publicité des débats	454
B.	La résolution privée des conflits dans un contexte local singulier.....	455
1.	La recherche nécessaire d'une alternative à la juridiction de droit commun 455	
a.	La difficile application du droit coutumier devant les juridictions de droit commun	456
b.	L'interprétation juridictionnelle tronquée des principes du droit coutumier.....	458
2.	La réalisation de l'objectif de règlement amiable des contentieux	459
a.	La réalisation d'une obligation légale préalable à toute saisine juridictionnelle	459
b.	Les garanties juridiques apportées par la création d'une Commission de conciliation	462

Conclusion du chapitre 2.....	464
Conclusion du titre premier.....	466
Titre 2. Les interactions entre les usages traditionnels de l'eau et la préservation des milieux	467
Chapitre 1. Les conflits entre usages locaux et le droit de la protection de la nature	469
Section 1. La nécessaire adaptation des usages traditionnels aux impératifs de la protection de la nature	470
I. D'un équilibre écologique à l'adaptation des pratiques	471
A. La concrétisation d'un équilibre écologique, économique et social par le droit.....	471
1. La notion d'équilibre en droit commun de l'eau	472
2. Traduction juridique de la multifonctionnalité rurale en Dombes	473
B. Les modalités d'une lente adaptation des pratiques locales.....	474
1. Le constat d'évolutions pratiques.....	474
2. Une période de transition dans les pratiques accompagnée par le droit.....	475
II. La provocation d'une accélération de l'évolution du droit local par de nouveaux défis environnementaux	477
A. Le droit local face aux changements climatiques et la pénurie d'eau	478
1. Les conséquences tangibles de l'élévation des températures sur l'environnement en Dombes	478
2. La recherche d'une adaptation pratique et juridique aux bouleversements climatiques	480
B. Une accélération brutale des évolutions du droit local	482
1. Penser de nouvelles modalités de partage de l'eau	482
a. Le partage égalitaire de la ressource disponible	483
b. L'exploitation collective des étangs les plus productifs	484
2. Les éventualités d'un retour aux pratiques abandonnées et privées d'usage 487	
Section 2. Un équilibre naturel perturbé par l'application du droit positif de l'environnement	488
I. Les usages confrontés à la qualification des espaces naturels et des milieux en droit de l'environnement contemporain	489
A. Le régime juridique des milieux aquatiques dombistes en débat.....	489
1. La qualification de la circulation de l'eau en Dombes.....	490
a. La stabilisation de la notion juridique de cours d'eau	490
b. La qualification rigoureuse des écoulements temporaires d'eau en Dombes.....	492
2. La qualification de zone humide en Dombes	495
B. L'identification d'espaces naturels à préserver en Dombes	498
1. Un réservoir de biodiversité à l'équilibre fragile	499

a.	L'inventaire d'un ensemble d'espaces naturels fragiles	499
b.	La mise en œuvre limitée du régime applicable aux réservoirs de biodiversité	502
2.	Un ensemble naturel soumis au droit de la protection de l'environnement	503
a.	L'identification scientifique de l'intérêt écologique de la Dombes	503
b.	Régime de protection offert par l'inscription au réseau Natura 2000 .	505
II.	Les usages traditionnels confrontés à la régulation juridique des espèces.....	509
A.	L'interdiction relative de porter atteinte aux oiseaux piscivores protégés .	509
1.	Les effets contradictoires de la protection effective des espèces par le droit	509
a.	Les modalités d'une protection ambitieuse des espèces	510
b.	Les conséquences préjudiciables de la protection des espèces.....	511
2.	L'exploitation des limites à la protection juridique des espèces	513
a.	Le recours important aux dérogations à l'interdiction de porter atteinte aux espèces protégées.....	514
b.	La recherche de la responsabilité étatique dans la réparation des préjudices subis du fait de la présence d'espèces protégées	519
B.	L'encadrement de la lutte contre les espèces « indésirables » dans le droit local	524
1.	Une multiplication de statuts juridiques pour les « ennemis de la pisciculture »	524
2.	L'innovation du droit local et la création d'une obligation de « lutter contre les espèces indésirables »	528
a.	La recherche d'une appellation juridique à un problème écologique, économique et social	528
b.	La création d'un régime de responsabilité personnelle quant à la présence d'espèces « indésirables »	530
	Conclusion du Chapitre 1	534
	Chapitre 2. Valorisation privative et protection publique des étangs en Dombes	535
	Section 1. La préservation des activités traditionnelles en Dombes par le droit public	536
I.	Les étangs de la Dombes et leurs usages saisis par la propriété publique	537
A.	L'hypothèse de la domanialité publique des étangs de la Dombes	538
1.	La recherche d'une qualification domaniale des étangs par détermination de la loi	539
2.	Le recours aux critères classiques d'identification du domaine public..	541
A.	Le service public environnemental comme critère de la domanialité publique	544
1.	L'existence de services publics environnementaux.....	544

a.	L'assurance de l'existence d'un service public exercé sur les étangs classés en espaces naturels sensibles.....	545
b.	La caractérisation d'un service public environnemental en Dombes ..	548
1.	La nécessité d'un aménagement indispensable à l'exécution du service public.....	550
a.	La position prétorienne en matière d'aménagement spécial.....	550
b.	Les potentialités de l'affectation à un service public environnemental	552
II.	L'application du droit public aux étangs, entre service public et préservation des usages traditionnels	554
A.	La protection patrimoniale inhérente à la propriété publique	555
1.	La protection des étangs en tant que biens du domaine privé des personnes publiques	555
a.	Les effets protecteurs de la propriété publique	556
b.	La protection des étangs par l'indisponibilité des biens publics	558
2.	La confrontation de la propriété publique au droit local	560
a.	La gestion traditionnelle des étangs relevant du domaine privé des personnes publiques	560
b.	L'opposabilité des usages locaux aux personnes publiques propriétaires en Dombes.....	563
B.	La contradiction des intérêts du fait de l'ouverture au public.....	565
1.	L'écotourisme en Dombes, entre droit d'accès à la nature et continuité des activités traditionnelles.....	566
2.	La conciliation des intérêts au sein d'un développement local durable.	568
Section 2.	La protection implicite du milieu naturel par l'usage traditionnel de la ressource.....	570
I.	Une gestion utilitariste de la ressource garantissant l'entretien écologique du milieu.....	571
A.	La protection implicite de la nature par l'exploitation traditionnelle des milieux aquatiques.....	572
1.	Le bénéfice écologique des seules pratiques traditionnelles	573
2.	L'intervention progressive du droit de l'environnement dans la préservation de ces milieux	575
B.	La protection accessoire de la nature par le droit coutumier.....	576
1.	Une protection environnementale assurée par le droit coutumier.....	577
2.	Une protection juridique involontaire mais effective.....	578
II.	Approche économique des pratiques traditionnelles conditionnée par la préservation des milieux.....	579
A.	La qualification juridique des services mutuels entre pratiques traditionnelles et milieux	581

1. La qualification de services environnementaux des pratiques traditionnelles	581
a. Le concept de service environnemental appliqué aux pratiques traditionnelles en Dombes	582
b. La valorisation des services environnementaux locaux	583
2. L'identification de services écologiques rendus par les milieux dans la Dombes des étangs	584
a. La Dombes, un écosystème complexe producteur de services écologiques.....	584
b. Interrogations sur la légitimité du paiement des services écologiques	585
A. La préservation des bénéfices écologiques des interactions entre pratiques traditionnelles et milieu	588
1. Les garanties apportées à l'équilibre entre pratiques traditionnelles et milieux naturels	588
a. L'incitation à la mise en œuvre de pratiques culturelles productrices de bénéfice environnemental	588
b. L'identification de garants de l'équilibre entre pratiques culturelles et respect des milieux naturels	589
2. Les moyens d'intervention pour la valorisation des services environnementaux rendus par les exploitants d'étangs.....	590
a. La mobilisation récurrente d'outils incitatifs classiques.....	591
b. Les potentialités offertes par de l'obligation réelle environnementale	593
Conclusion du Chapitre 2	595
Conclusion du Titre II	596
Conclusion de la Seconde partie	598
CONCLUSION GENERALE	601
L'étude du droit local perturbée par sa qualification.....	602
Préservation de la ressource et pérennité du droit local par la reconnaissance d'un pluralisme juridique.....	603
Bibliographie essentielle	607
I. Ouvrages.....	607
Ouvrages juridiques.....	607
Ouvrages juridiques généraux	607
Ouvrages juridiques spécialisés (droit de l'environnement)	610
Ouvrages juridiques spécialisés (droit de l'eau)	614
Ouvrages non juridiques.....	616
Ouvrages généraux	616
Ouvrages et études spécifiques à la Dombes ou aux régions d'étangs	616
II. Thèses, mémoires, rapports et études	618
III. Articles	620

Articles de doctrine juridique généraliste.....	620
Articles de doctrine spécialisée en droit de l'environnement.....	627
Commentaires et conclusions.....	634
Articles non juridiques	636

Les usages traditionnels de l'eau à l'épreuve du droit de l'environnement

L'eau constitue un élément naturel fondamental dans la constitution des communautés humaines qui se sont regroupées autour d'elle. Ces sociétés de l'eau se sont organisées en fonction de la ressource qui fonde les liens juridiques entre leurs membres. L'on remarque alors l'existence d'une solidarité écologique qui lie les individus entre eux, et conduit à l'émergence de règles de droit en fonction des pratiques mises en œuvre au sein de ces communautés. Généralement qualifiées de coutumes, ces règles sont spontanées dans le sens où ses promoteurs en sont également les récepteurs, et sont transmises à l'échelle d'un groupement identifié qui assure leur pérennité. Les usages de l'eau désignent alors tant les utilisations qui sont faites de la ressource, que les règles de droit qu'elles induisent. La généralisation d'un droit commun à vocation uniformisatrice du système juridique français conduit à marginaliser l'existence de systèmes de droit traditionnels. Pour autant, certains territoires ruraux appliquent encore des règles spontanées et coutumières dans le cadre de l'exploitation de la ressource en eau, à des fins d'irrigation ou de pisciculture. S'opposent alors le droit coutumier et le droit commun qui s'appliquent à l'eau. Ces usages sont alors confrontés aux règles propres à la préservation de la propriété et à la protection de l'environnement. Bien que leurs finalités diffèrent radicalement, le droit spontané contribue à la réalisation des objectifs du droit de l'environnement dans la mesure où il participe à une gestion équilibrée et durable de la ressource en eau. Le renouvellement des formes juridiques des règles traditionnelles permet ainsi d'envisager la coexistence de ces deux ordres normatifs sur certains territoires ruraux dans la perspective de consacrer un pluralisme juridique.

Droit de l'environnement – Droit spontané – Usages – Pluralisme juridique – Droit commun – Coutume – Droit de l'eau – Communs – Solidarité – Droit administratif

Traditionnal uses of water confronted to environmental law

Water is a fundamental natural element in the formation of human communities that have gathered around it. These water societies are organized according to the resource that bases the legal links between their members. We notice the existence of an ecological solidarity that binds people together and leads to the emergence of rules of law based on the practices implemented within these communities. Generally referred to as customs, these rules are spontaneous because their promoters are also the receivers, and are transmitted on the scale of an identified group that ensures their sustainability. The uses of water then designate both the uses that are made of the resource, and the rules of law they induce. The generalization of a common law with a unifying purpose of the French legal system leads to the marginalization of the existence of traditional systems of law. However, some rural areas still apply spontaneous and customary rules for the exploitation of water resources for irrigation or fish farming purposes. Customary law and the common law that applies to water seem to be opposed. These uses are then confronted with the rules dedicated to the protection of property rights and the environmental preservation. Although their purposes differ radically, the spontaneous right contributes to the achievement of the objectives of environmental law insofar as it contributes to a balanced and sustainable management of the water resource. The renewal of the legal forms of the traditional rules makes it possible to envisage the coexistence of these two normative orders on certain rural territories in the perspective of devoting a legal pluralism.

Environmental law – Spontaneous Law – Uses – Legal pluralism – Common law – Custom – Water law- Commons – Solidarity – Administrative law