



HAL
open science

Droit et gestion de l'eau à Madagascar et à La Réunion : convergences de deux droits d'origines différentes

Jérôme Gruchet-Aubry

► **To cite this version:**

Jérôme Gruchet-Aubry. Droit et gestion de l'eau à Madagascar et à La Réunion : convergences de deux droits d'origines différentes. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2007, 07, pp.65-88. hal-02543117

HAL Id: hal-02543117

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02543117v1>

Submitted on 15 Apr 2020

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

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

Droit et gestion de l'eau à Madagascar et à La Réunion : convergences de deux droits d'origines différentes

Jérôme GRUCHET-AUBRY

Doctorant en droit public

Chargé d'enseignements

Si le proverbe malgache affirme "*qu'il est agréable de trouver de l'eau quand on a soif*"¹, avec avec la Constitution² et le Code de l'eau³ malgaches, le dicton populaire accède au rang de règle de droit. C'est le résultat d'une évolution remarquable du droit malgache en la matière depuis les années soixante. En effet, à cette époque l'eau est d'abord qualifiée d'élément du domaine public de l'Etat. Par la suite elle devient le patrimoine commun de la nation et un droit fondamental. De même, à La Réunion le droit de l'eau a connu une évolution similaire. Ces deux évolutions sont le fruit du rayonnement à la fois du droit français et du droit international. Le premier a permis de conférer à l'eau son statut originel dans le cadre de la domanialité publique. Le second a favorisé l'introduction de règles environnementales tant dans le statut de la ressource que dans sa gestion.

En effet, dans un processus de droit non contraignant, qu'il convient de qualifier de *soft law*, le chapitre 18 de l'Agenda 21 destiné à orchestrer la mise en oeuvre de la Déclaration de Rio de 1992, opte clairement pour une vision globale de l'eau. La démarche engagée dans le cadre des Nations unies repose sur l'idée fondamentale que l'eau constitue un bien social et économique, autant qu'une ressource environnementale. En conséquence, dans une approche holistique de la ressource, l'agenda 21 se propose de favoriser une gestion écologique de l'eau, en appliquant à la ressource les principes généraux du droit de l'environnement, tels que les principes du pollueur payeur, de précaution, de prévention, de correction par priorité à la source, en accordant une large place à l'expertise scientifique. Dès lors, le droit international favorise la refonte des statuts jusque là accordés à l'eau par les droits nationaux, ainsi que les modalités de gestion de la ressource.

Dans ce cadre, des droits de l'eau modernes voient le jour à Madagascar et à La Réunion, en ce qu'ils permettent une gestion cohérente de la ressource à l'aide d'unités de gestion que sont les bassins hydrographiques, définis suivant des critères scientifiques. Dès lors, la gestion administrative de la ressource est subordonnée aux réalités scientifiques, l'objectif consistant à garantir une protection réelle et efficace de la ressource.

1 "*Tsara raha mangetaheta ka mahita rano*", Houlder (J.-A.), *Ohabolana ou proverbes malgaches*, Tananarive, Trano Printy, 1960, p. 63, n° 786.

2 *J.O.*, n° 2495 du 8 avril 1998, p. 1260.

3 Loi n° 98-029 du 20 janvier 1999 portant Code de l'eau, *J.O.*, n° 2557 du 27 janvier 1999, p. 735.

Les droits de l'eau à Madagascar et à La Réunion, répondant aux mêmes logiques, présentent de nombreuses similitudes, mais aussi certaines différences notables ; ils fondent un nouvel équilibre normatif en renouvelant à la fois le statut (I) et les modalités de gestion de la ressource (II).

I.- La protection de l'eau par son statut

À Madagascar, comme à La Réunion, l'eau est une richesse pour la nation, pour l'Etat, une ressource vitale pour l'individu. Dès lors, elle fait l'objet d'un triple statut : elle est d'abord patrimoine commun de la nation, ensuite élément du domaine public de l'Etat et enfin, elle tend à devenir un droit subjectif pour tout individu. En conséquence, dans les deux îles, le droit de l'eau traduit en premier lieu la communautarisation de la ressource (A), en deuxième lieu sa patrimonialisation (B), et en troisième lieu sa subjectivisation (C).

A.- L'eau patrimoine commun de la nation : "la communautarisation" de la ressource.

Malgré le caractère quelque peu ésotérique de la formule qui se situe à la charnière des considérations politiques et des principes juridiques¹, l'eau, à Madagascar comme à La Réunion, appartient au patrimoine commun de la nation.

À Madagascar, ce statut est consacré par l'article premier du Code de l'eau qui prévoit que "*l'eau fait partie du patrimoine commun de la nation.*" Pareille disposition est applicable, à La Réunion, du fait de l'article premier de la loi de 1992 sur l'eau, codifiée à l'article L. 210-1 du Code de l'environnement, même si la doctrine estime qu'elle n'a pas de valeur juridique². De plus, deux dispositions générales non spécifiques à l'eau renforcent ce statut : l'article L. 110-1 du Code de l'environnement³, et la Charte constitutionnelle de l'environnement qui dispose que "*l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains*"⁴

Ce statut n'est pas sans intérêt. Il permet en effet de "communautariser" la ressource dans les deux îles. Néanmoins la portée juridique de la "communautarisation" de l'eau à Madagascar est spécifique, dans la mesure où elle procède d'une logique issue du droit international (1), alors qu'à La Réunion, elle est plus générique (2).

1.- La communautarisation spécifique de l'eau à Madagascar

L'habile recours à la notion de patrimoine commun de la nation par le législateur malgache lui permet d'introduire en droit interne les grands principes du droit international qui, d'une manière générale, en matière d'environnement et de développement, possède deux caractéristiques communes : l'aspect finaliste, lequel place l'être humain au cœur du

1 Savarit (I.), "Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ?", *R.F.D.A.*, 1998, pp. 307-308.

2 Cans (C.), Billet (Ph.), Dejean (E.), Commentaire introductif au titre premier (eaux et milieux aquatiques) du livre 2 du Code de l'environnement, Paris, Dalloz, 6ème ed., 2006, p. 91.

3 Si cette disposition ne vise pas directement l'eau, en tant qu'élément du patrimoine commun de la Nation, elle fait en revanche référence "aux ressources et milieux naturels" au rang desquels figurent l'eau et les milieux aquatiques.

4 Une partie de la doctrine s'accorde pour dire que cette disposition a plus une valeur de principe, qu'une portée juridique réelle. Voir en ce sens : Chahid (N.), "La portée de la Charte pour le juge ordinaire", *A.J.D.A.*, 2005, p. 1175 ; Mathieu (B.), "La portée de la Charte pour le juge constitutionnelle", *A.J.D.A.*, 2005, p. 1170. Mathieu (B.), "Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement", *Cah. Cons. Const.*, n° 15, 2003, p. 145. Mais l'on sait l'avenir que peut réserver le Conseil constitutionnel aux dispositions qui, *a priori*, ont une portée juridique faible. Le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 en est l'exemple le plus significatif.

développement et des préoccupations environnementales¹, et le caractère programmatique qui se trouve au cœur même de la notion de développement durable². Ces deux caractéristiques justifient la communautarisation de la ressource.

En premier lieu, en conférant le statut de patrimoine commun de la nation à l'eau, le législateur malgache fonde la construction d'une solidarité nationale autour de la ressource, conforme à l'aspect finaliste du droit international. Le recours à ce statut est habile dans la mesure où il permet d'éviter les imperfections du droit international. En effet, celui-ci entretient l'équivoque sur le titulaire du droit au développement : le "*peuple-ethnie*"³ ou "*peuple-état*"⁴ peuvent, à égalité, prétendre à être titulaires du droit au développement. A l'inverse, la communautarisation de l'eau à Madagascar écarte ce débat pourtant récurrent sur la scène internationale⁵, ne peut surgir à Madagascar. Dans ce contexte; c'est la nation malgache tant dans son aspect social (la nation regroupant l'ensemble des ethnies vivant à Madagascar) que dans sa dimension institutionnelle (la nation-Etat) qui devient dépositaire de la ressource qu'elle considère désormais comme son patrimoine. Dès lors la nation devient titulaire de droits qui se traduisent pour l'Etat par deux obligations majeures. D'une part, garantir à tous l'accès à l'eau en dépassant les contingences ethniques, compte tenu de la dimension égalitaire

1 Pour le droit international du développement voir : A.G.N.U., Res. 41/128, 4 décembre 1986, Déclaration sur le droit au développement, art. 2 : "*L'être humain est le sujet central du développement et doit donc être le participant actif et le bénéficiaire du droit au développement*", disponible sur le site www.un.org ; A.G.N.U., Res. 1803, 14 décembre 1962, relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, art.1 : "*Le droit de souveraineté permanent des peuples et des ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'Etat intéressé*", in Dupuy (P.-M.), *Grands textes de droit international public*, Op. cit., n° 41. Voir sur ce point : Feuer (G.), "Réflexions sur la Charte des droits et des devoirs économiques des Etats", *R.G.D.I.P.*, 1975, p. 273, Brower (C.-N.) et Tepe (J.-B.), "The Charter of Economic Rights and Duties of States", *Int. Lawyer*, 1973, p. 295 ; Virally (M.), "La deuxième décennie des Nations Unies pour le développement : essai d'interprétation para-juridique", *A.F.D.I.*, 1970, p. 9 ; Virally (M.), "Notes de lecture [de la Charte de 1974]", *A.F.D.I.*, 1974, p. 57 ; Virally (M.), "Vers un droit international du développement ?", *A.F.D.I.*, 1965, p. 3 ; Virally (M.), "Où en est le droit international du développement ?", *R.J.P.I.C.*, 1975, p. 279.

Pour le droit de l'environnement voir notamment : Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 13 juin 1992, principes 1 à 3 ; Déclaration finale du sommet mondial pour le développement durable à Johannesburg du 4 septembre 2002, disponible sur le site www.un.org ; Convention africaine sur la nature et les ressources naturelles de 1968, spécialement l'article V ; Van der Linde (M.), "A review of the African Convention on Nature and Natural Resources", *A.H.R.L.J.*, 2002, n° 2, p. 38 ; Kiss (A.-Ch.), "L'évolution du concept de droit à l'environnement", in Mahonet (P.), Matscher (F.)Petzold (F.), Luzius (W.) (Dir.), *Protection des droits de l'homme la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, Carl Heymanns Verlags K.-G., p. 677 ; Kiss (A.-Ch.), "Le droit international de l'environnement", *R.J.E.*, 1990, p. 71.

2 Pour le droit international du développement voir : A.G.N.U., Res. 3281, 12 décembre 1974, portant Charte des droits et des devoirs économiques des Etats, art. 7 : "*Chaque Etat est responsable au premier chef de promouvoir le progrès économique, social et culturel de son peuple. A cette fin, chaque Etat a le droit et la responsabilité de choisir ses objectifs et ses moyens de développement, de mobiliser intégralement ses ressources, d'opérer des réformes économiques et sociales progressives et d'assurer la pleine participation de son peuple au processus et aux avantages du développement.*", in Dupuy (P.-M.), *Grands textes du droit international public*, Paris, Dalloz, n° 42. Kiss (A.-Ch.) et Doumbe-Bille (S.), "La Conférence des Nations Unies sur le développement", *A.F.D.I.*, 1992, p. 823.

Pour le droit international de l'environnement voir : Déclaration finale du sommet mondial pour le développement durable à Johannesburg du 4 septembre 2002, disponible sur le site www.un.org ; Convention africaine sur la nature et les ressources naturelles de 1968, spécialement l'article V ; Van der Linde (M.), "A review of the African Convention on Nature and Natural Resources", *Op. cit.* ; Ougergouz (F.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, Paris, P.U.F., 1993, p. 229.

3 Ougergouz (F.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, Paris, P.U.F., 1993, p. 229.

4 *id.*

5 Dupuy (P.-M.), *Droit international public*, Paris, dalloz, 3ème ed., 1996, pp. 168-169. Voir également, Kempf (O.), "L'ethnie ou les faux semblants d'un mot", *Défense nationale*, août-sept. 2006, p. 167.

de la notion de patrimoine commun¹. Il ne s'agit pas que d'une simple déclaration d'intention à caractère symbolique, elle génère des obligations fortes à la charge de l'Etat prévues par le Code de l'eau malgache². Ils érigent l'accès à l'eau potable pour les populations comme principe directeur de la gestion de l'eau sur tout le territoire malgache. D'autre part, garantir la préservation de la ressource, tant sur un plan qualitatif que quantitatif, de manière à assurer les droits des générations futures³. De cette façon, une planification et une programmation de l'usage et de la mise en valeur de la ressource deviennent impératives.

En second lieu, le statut de patrimoine commun de la nation permet l'introduction en droit interne de l'aspect programmatique du droit international du développement⁴. En effet, richesse nationale rare⁵, l'eau doit être valorisée comme une ressource économique "*dont la valeur économique croît proportionnellement à la demande*"⁶. Dès lors, la gestion de l'eau, comme patrimoine commun de la nation, doit se faire dans un cadre planifié. Elle doit concilier les différents usages de l'eau et générer des coûts qui permettent effectivement à tous d'y avoir accès sans altération qualitative ou quantitative de la ressource. C'est là l'objectif majeur de tout le Code de l'eau malgache. Dans cette optique, tous les instruments de planification de la gestion des eaux prévus par le Code de l'eau malgache ne sont pas détachables de la notion de patrimoine commun de la nation⁷.

In fine, le statut de patrimoine commun reconnu à l'eau, élément clé de la communautarisation de la ressource à Madagascar devient une "notion passerelle" entre le droit international et le droit interne. Il fonde une solidarité nationale autour de la ressource qui nécessite une gestion planifiée et programmée de l'eau. Il en va autrement à La Réunion, où la "communautarisation" de l'eau est plus générique.

2.- La "communautarisation" générique de l'eau à La Réunion

A La Réunion, l'eau est également qualifiée de patrimoine commun de la nation⁸. Toutefois, cette qualification n'implique pas une communautarisation de la ressource telle qu'elle est envisagée à Madagascar. Elle est plus générique, dans la mesure où il s'agit classiquement d'affirmer l'intérêt public qui réside dans la gestion équilibrée de la ressource⁹. Ce statut ne vise "*qu'à introduire un élément moral et juridique dans la conservation*"¹⁰ de la ressource.

En premier lieu, l'élément moral se déduit de la référence à l'idée de patrimoine. Il consiste à initier une gestion de la ressource en bon père de famille¹¹. Dans ce contexte, la notion de patrimoine commun de la nation renvoie à l'idée d'un héritage reçu des générations

1 Savarit (I.), "Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ?", *R.F.D.A.*, 1998, p. 311.

2 Par exemple, les articles 28 alinéa 2, et 37 alinéa 2 du Code de l'eau malgache trouvent toute leur importance qui n'est pas que symbolique.

3 Voir exposé des motifs du Code de l'eau malgache.

4 Cf. A.G.N.U., Res. 3281, 12 décembre 1994, *Loc. cit.*, note 4.

5 Barale (J.), "Le régime juridique de l'eau, richesse nationale", *R.D.P.*, 1965, p. 587.

6 Sironneau (J.), *Op. cit.*, p. 150.

7 Voir *infra*, partie II

8 Voir *supra* n° 6.

9 Savarit (I.), *op. cit.*, p. 307.

10 Prieur (M.), *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 2004, 5ème ed., p. 67.

11 Varnerot (V.), "De l'étrange pérennité du droit de propriété sur les eaux souterraines. A propos de la décision du T.G.I. d'Angers en date du 12 juillet 2001", *R.J.E.*, 2002, p. 165.

précédentes, à laisser intact, voire augmenté, pour les générations futures¹, l'objectif consistant à garantir à ces dernières une capacité de gestion et de choix au moins identique à celle des générations actuelles². En conséquence, l'idée de patrimoine commun de la nation n'emporte pas nationalisation de la ressource³, elle rappelle simplement qu'en l'absence de propriétaire clairement défini, l'Etat ne dispose que d'un simple droit de garde et de surintendance, qui n'est pas sans rappeler l'idée de propriété spéciale et de droit de garde défendue par BERTHELEMY et DUCROCQ. Sur ce point, patrimoine commun de la nation et domanialité publique se rejoignent effectivement⁴.

En second lieu, l'élément juridique est directement lié aux considérations morales véhiculées par la notion de patrimoine commun de la nation, qui a vocation à devenir contingente. En conséquence, la gestion de l'eau se trouve bornée par la nécessaire préservation de la ressource, ce qui exclue *a priori* toute aliénation définitive de l'eau et des cours d'eau en remettant en cause de manière irréversible les équilibres aquatiques. Là encore, patrimoine commun de la nation et domanialité publique se rejoignent.

Dans ce contexte, l'idée de patrimoine commun de la nation fonde la légitimité d'un principe d'irréversibilité⁵. Celui-ci commande à l'Etat élaborer des stratégies environnementales destinées à limiter les risques d'atteintes irréversibles à la ressource, dans l'optique de la préservation des droits des générations futures⁶, comme des générations actuelles.

La "communautarisation" de la ressource à La Réunion, n'est donc que générique. Elle ne vise qu'à rappeler solennellement la destination publique de la ressource⁷, l'intérêt collectif qu'elle représente. Dans la mesure où la notion de patrimoine commun de la nation vise à préserver "les droits de tous et de chacun⁸", elle s'accorde avec la patrimonialisation de l'eau dans le cadre de la domanialité publique (droits de tous) comme avec la subjectivisation du droit de l'eau (droit de chacun) ; bien plus elle devient le trait d'union entre ces deux statuts.

B.- La patrimonialisation de la ressource par la domanialité publique

La domanialité publique comme statut protecteur de l'eau précède chronologiquement la communautarisation de l'eau par la notion de patrimoine commun de la nation, à La Réunion comme à Madagascar.

A La Réunion, la domanialisation des eaux est étroitement liée à la départementalisation de l'île en 1946. Elle est le fruit de l'action conjuguée du législateur, du pouvoir réglementaire et

1 Savarit (I.), *Op.cit.*, p. 309.

2 *Idem.*

3 Sironneau (J.), *Op. cit.*, p. 150.

4 Dans le même sens, voir Savarit (I.), *Op. cit.*, p. 307.

5 Kiss (A.-Ch.), note que "le concept d'irréversibilité n'a véritablement pris sa place qu'en tant qu'élément du principe de précaution". Kiss (A.-Ch.), "Avant propos", *R.J.E., n° spé. L'irréversibilité*, 2000, p. 5. Voir également Rémond-Guilloud (M.), "L'irréversibilité : de l'optimisme dans l'environnement", *R.J.E., n° spé. L'irréversibilité*, 2000, p. 7 ; Michelot (A.), "Utilisation durable et irréversibilité. Du "jeu" de la temporalité aux enjeux de la durabilité", *R.J.E., n° spé. L'irréversibilité*, 2000, p. 19 ; Thévenot (J.), "Introduction au concept d'irréversibilité. Approche en droit international de l'environnement", *R.J.E., n° spé. L'irréversibilité*, 2000, p. 31 ; Kiss (A.-Ch.), "L'irréversibilité et le droit des générations futures", *R.J.E., n° spé. L'irréversibilité*, 2000, p. 49.

6 Shelton (D.), "Certitude et incertitude scientifique", *R.J.E., n° spé. L'irréversibilité*, 2000, p. 49.

7 Jégouzo (Y.), "Propriété et environnement", *Rep. Defrénois*, 15 avril 1994, pp. 449 et s. Voir également Savarit (I.), "Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ?", *Op. cit.*, p. 307.

8 Savarit (I.), *Op. cit.*, p. 308.

du juge qui fait que toutes les eaux superficielles et souterraines appartiennent au domaine public de l'Etat. Toutefois, demeure non réglée la question des cours d'eau non pérennes.

En premier lieu, le décret du 31 mars 1948¹ constitue l'acte fondateur de la domanialité publique de l'eau à La Réunion. Il dispose dans son article premier que "*toutes les eaux stagnantes ou courantes, tous les cours d'eau navigables, flottables ou non, naturels ou artificiels*", relèvent du domaine public de l'Etat. Le juge administratif, dans le cadre d'une approche globale a complété le dispositif réglementaire, en jugeant que malgré le silence du décret de 1948, les sources appartiennent au domaine public de l'Etat², "*qu'elles surgissent ou non dans le lit d'un cours d'eau préexistant*."³ De même, le juge judiciaire considère que les étangs qui ne sont plus en communication directe avec la mer appartiennent au domaine public de l'Etat⁴. En 1973, Le législateur prenant acte des avancées jurisprudentielles et les intègre au Code du domaine de l'Etat en modifiant la rédaction de l'article L.90. Désormais, appartiennent au domaine public de l'Etat "*toutes les eaux stagnantes ou courantes, à l'exception des eaux pluviales, même lorsqu'elles accumulées artificiellement ; tous les cours d'eau navigables flottables ou non, naturels ou artificiels ; les sources, par dérogation aux dispositions de l'article 552 du Code civil ; les eaux souterraines*". En somme, à La Réunion, il est clairement établi que toutes les eaux superficielles ou souterraines relèvent du domaine public de l'Etat, à l'exception des eaux de pluie qui demeurent susceptibles d'appropriation privée. Cette solution est confirmée par l'article L. 5121-1 du tout nouveau Code général de la propriété des personnes publiques⁵.

En second lieu, à l'inverse des eaux souterraines et superficielles, la domanialité publique des ravines non pérennes demeure problématique. La question est de savoir si elles peuvent être qualifiées de cours d'eau au sens de l'ancien article L 90 du Code du domaine de l'Etat recodifié, auquel cas elles relèvent de la domanialité publique. En revanche, s'il s'agit de simples chenaux d'évacuation des eaux pluviales, ils n'ont pas vocation à être incorporés au domaine public. Or, d'un point de vue juridique, une ravine ne peut être qualifiée de cours d'eau que si elle répond à trois critères cumulatifs; le premier étant formel, alors que les deux autres sont matériels.

D'abord le critère formel réside dans l'existence d'un acte administratif portant classement d'une ravine comme élément du domaine public. A La Réunion, le décret du 27 mars 1973⁶ place 46 ravines sous la gestion de l'Etat. Or, ce classement n'a qu'une valeur déclarative qui ne fait qu'établir une présomption de domanialité⁷. Il n'est valable que s'il est corroboré par des éléments concrets, ce qui justifie les deux conditions matérielles.

Ensuite, la première condition matérielle réside dans l'origine des eaux considérées. Ce critère est fondamental. En effet, une ravine alimentée uniquement par des eaux pluviales, ne peut être regardée comme le lit d'eaux courantes, ni comme un cours d'eau faisant partie du

1 Décret n° 48-633 du 31 mars 1948 relatif au régime des eaux des départements de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique, de La Réunion, *J.O.*, 6 avril 1948, p. 3364.

2 C.E., 4 octobre 1967, Epoux Buttet et Ministre des finances et des affaires économiques c/ Sieur Morazzani, *Leb.*, p. 350, infirmant, T.A. Basse-Terre, 10 mars 1964, *A.J.D.A.*, 1965, p. 33 note Gautron.

3 C.E., 14 février 1969, Thévenin, *D.A.*, 1967, n° 97.

4 Cass. civ. 1ère, 16 juin 1966, *J.C.P.*, 1967, II, 14876, note Dufau (J.).

5 Ord. n° 2006-460 du 21 avril 2006, portant Code général de la propriété des personnes publiques, *J.O.*, n° 95 du 22 avril 2006, p. 6024.

6 Décret, n° 73-428 du 27 mars 1973, relatif à la gestion des eaux dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion, *J.O.*, 6 avril 1973, p. 3927.

7 C.E., 26 mars 1982, S.A. Marine Côte d'Argent, *Leb.*, p. 132.

domaine public de l'Etat¹. Il en va de même d'une ravine qui ne constitue pas le lit d'eaux courantes ou stagnantes ou bien qui n'est pas la résurgence d'eaux souterraines².

Enfin, la deuxième condition matérielle réside dans la permanence de l'écoulement des eaux. Désormais, est considéré comme pérenne, tout cours d'eau qui présente un débit permanent lequel nécessite la présence permanente d'un lit d'écoulement³. Cette seconde condition matérielle, si elle est logique, est la source de l'incertitude qui plane sur la domanialité publique des ravines non pérennes. En effet, dans son arrêt *Madame Hoarau* de 1994 précité, la Cour administrative d'appel de Paris rend cumulatives les deux conditions matérielles. Elle estime que tous les cours d'eaux qui ne répondent pas simultanément aux deux conditions matérielles, compte tenu de la rédaction de l'article L. 90 du Code du domaine de l'Etat, ne peuvent appartenir au domaine public et sont incorporés *de jure* au domaine privé de l'Etat⁴. Dès lors, la majorité des ravines de La Réunion échappent à la domanialité publique. Elles deviennent aliénables et ne sont plus soumises aux règles de la police de la conservation. Ainsi, le principe d'irréversibilité supporté par le statut de patrimoine commun de la nation⁵ pourrait suppléer la mise à l'écart des règles de police spéciale destinées à la conservation de l'eau et des rivières. Dans ce cadre domanialité publique et "communautarisation" se complètent, la notion de patrimoine commun de la nation acquérant une valeur supplétive.

A Madagascar, la protection de l'eau s'est amplement articulée autour de la domanialité publique⁶. Le législateur a durablement suivi une approche sectorielle, fonction de la qualité physique des eaux⁷. Ainsi, si les eaux de surface comme les eaux souterraines appartiennent au domaine public naturel de l'Etat, les eaux destinées à la production de l'énergie électrique, ainsi que celles qui servent à l'irrigation, relèvent du domaine public par détermination de la loi⁸. Avec le Code de l'eau de 1999, le législateur malgache a harmonisé les règles en la matière. Désormais, quelque soit son usage, et sa qualité physique, l'eau appartient au domaine public de l'Etat.

1 C.A.A. Paris, 6 décembre 1994, Mme Hoarau, req. n° 9800811.

2 T.A. Saint-Denis-de-la-Réunion, 3 octobre 2001, Association diocésaine de Saint-Denis-de-la-Réunion c/ Préfet de La Réunion, req. n° 9800811. Voir *a contrario*, T.A. Saint-Denis-de-la-Réunion, 30 décembre 2002, M. Paul Wan-Hoï c/ Commune de Saint-Leu, req. n° 000392 reconnaissant la domanialité publique de la Ravine Grand-étang dans la mesure où elle est alimentée par une résurgence d'eau douce ; T.A. Saint-Denis-de-la-Réunion, 10 décembre 1997, M. Roland Aimé Cojonde c/ Préfet de La Réunion, req. n° 94581, confirmé par C.A.A. Bordeaux, 7 novembre 2002, S.N.C. Général Immobilière "Généralis", req. n° 98BX00694 reconnaissant la domanialité publique de la Rivière des galets.

3 T.A. Saint-Denis-de-la-Réunion, Wan-Hoï c/ Préfet de La Réunion, *Op.cit.* Dans le même sens voir : C.E., 22 février 1980, M. Pourfillet, req. n° 15516, *A.J.D.A.*, 1980, p. 487, *Dr. Rural*, 1991, p. 314. Le juge estime qu'une ravine qui n'est alimentée par aucune source et ne reçoit que des eaux pluviales de façon intermittente ne peut constituer un cours d'eau domanial.

4 Crégut (P.), "Vers un régime juridique des ravines à La Réunion ?", in, *Droit et anthropologie de la complexité, Mélanges dédiés à Jean Mas*, Paris, Economica, 1996, p. 109.

5 Voir *supra* n° 12.

6 Blanc (R.), "Chronique domaniale et foncière", *Penant*, 1961, p. 522.

7 L'eau est classée de manière originale dans le domaine public par détermination de la loi, dans la mesure où le droit malgache distingue entre le domaine public naturel, le domaine public artificiel et le domaine public par détermination de la loi. Voir sur ce point Borella (F.), "La définition du domaine public en droit public français et africain-malgache", *Penant*, 1963, p. 522.

8 Pour les eaux souterraines, voir Ord. n° 60-099 du 3 octobre 1973, portant contrôle des eaux souterraines, art. premier. Pour les eaux de surface, voir ord. n° 60-099 du 21 septembre 1960 réglementant le domaine public, spec. art. 4 a), 4b) et 4 c). Pour les eaux destinées à la production d'électricité voir Ord. n° 74-002 du 3 janvier 1974, portant orientation de la politique de l'eau et de l'électricité, art. premier. Pour les eaux d'irrigation, voir la loi n° 90-016 du 20 juillet 1990, relative à la gestion, l'entretien et la police des réseaux hydroagricoles.

Ainsi, à La Réunion comme à Madagascar, l'eau fait l'objet d'une patrimonialisation au profit de l'Etat, du fait de son appartenance au domaine public. Sa protection peut dès lors se faire dans le cadre de la mise en oeuvre de règles de police destinées à la conservation de la ressource, ce qui implique une gestion organisée de l'eau¹. Il convient de noter que la patrimonialisation de l'eau ne porte pas préjudice à la consécration d'un droit subjectif à l'eau, dans les deux îles.

C.- Droit subjectif et eau

Dans les deux îles, le droit d'accéder à l'eau pourrait se voir reconnaître le rang des droits subjectifs. Un long processus s'amorcerait alors. Celui-ci est inscriptible dans un mouvement plus général, déjà ancien, qui consiste à ériger le droit à l'environnement comme une liberté fondamentale de troisième génération, même si d'aucun pourrait y percevoir une conception trop ethnocentrique du droit².

À La Réunion, les bases d'un droit fondamental à l'environnement sont déjà posées. Elles sont évidemment applicables à l'eau et possèdent une double nature constitutionnelle et européenne.

D'une part, au niveau constitutionnel, la Charte constitutionnelle de l'environnement qui sera, à terme, la base d'un droit fondamental à l'environnement de valeur constitutionnelle, autorise la reconnaissance d'un droit subjectif. Aujourd'hui, si la doctrine est partagée sur ce point³, le juge administratif s'oriente nettement vers cette solution⁴. Il a déjà admis que "*en 'adossant' à la Constitution une Charte de l'environnement qui proclame en son article premier que 'chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de sa santé', le législateur a nécessairement entendu ériger le droit à l'environnement en 'liberté fondamentale' de valeur constitutionnelle*". Le débat doctrinal sur la pertinence et l'intérêt d'un droit subjectif à l'environnement est donc dépassé, puisque déjà tranché⁵. Selon le juge

1 Voir *infra*, partie II.

2 Jean Untermaier s'interrogeait en 1978 sur le point de savoir si la reconnaissance d'un droit de l'homme à l'environnement ne serait pas un luxe inutile. Voir Untermaier (J.), "La constitutionnalisation du droit de l'homme à l'environnement", *R.J.E.*, 1978, p. 329 ; Prieur (M.), "Vers un droit de l'environnement renouvelé", *Cah. cons. const.*, n° 15, 2003, p. 130 ; Fombaustier (L.), "Environnement et pacte écologique, remarques sur la philosophie d'un nouveau 'droit à'", *Cah. cons. const.*, n° 15, 2003, p. 140 ; Peri (A.), "La Charte de l'environnement : reconnaissance du droit à l'environnement comme droit fondamental ?", *L.P.A.*, 2005, n° 39, p. 13. Pour une opinion plus favorable à l'érection d'un droit fondamental à l'environnement voir : Prieur (M.), "L'importance de la réforme constitutionnelle", *R.J.E.*, n° Spéc., 2003, *La Charte constitutionnelle en débat*, p. 7 ; Prieur (M.), "Les nouveaux droits", *A.J.D.A.*, 2006, p. 1157.

3 Billet (Ph.), "La constitutionnalisation du droit de l'homme à l'environnement", *R.J.E.*, 2003, n° spéc., *La Charte constitutionnelle en débat*, p. 35 ; Cohendet (M.-A.), "Les effets de la réforme", *R.J.E.*, 2003, n° spéc. *La Charte constitutionnelle en débat*, p. 51 ; Mathieu (B.), "La portée juridique de la Charte pour le juge constitutionnel", *A.J.D.A.*, 2005, p. 1170

4 T.A. Châlons-en Champagne, ord. ref., 29 avril 2005, Conservatoire du patrimoine naturel et autres, req. n° 0500828, *J.C.P. A.*, 2005, n° 1216 note Billet ; *A.J.D.A.*, 2005, p. 1357, note Groud et Pugeault ; *Envt.*, Août-sept. 2005, n° 61, note Trouilly et Nouzha ; *Dt. Evt.*, n° 133, nov. 2005, pp. 252 et s.comm. Savin et Verdier et note Romi : "*En 'adossant' à la Constitution une Charte de l'environnement qui proclame en son article premier que 'chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de sa santé', le législateur a nécessairement entendu ériger le droit à l'environnement en 'liberté fondamentale' de valeur constitutionnelle.*";

5 Il semble par ailleurs que le législateur veuille expressément consacrer le droit à l'eau comme une liberté fondamentale, puisque les sénateurs, dans le cadre de l'examen en deuxième lecture du projet de loi sur les milieux aquatiques, ont ajouté à l'article L. 210-1 du Code de l'environnement, une disposition ainsi rédigée : "*Dans le cadre des lois et des règlements ainsi que des droits antérieurement établis, l'usage de tous appartient à tous et à chaque personne physique, pour son alimentation, et son hygiène a droit d'accéder à l'eau potable à des conditions économiquement supportables.*"

administratif, ce droit est un droit subjectif, dans la mesure où il juge que la recevabilité d'un recours fondé sur le droit fondamental à l'environnement demeure classiquement conditionné à l'existence d'un intérêt direct à agir¹.

D'autre part, au niveau européen, la reconnaissance d'un droit fondamental à l'environnement suit la même perspective. En effet, le droit à l'eau n'existe pas *expressis verbis*, et *a fortiori*, le droit à l'eau n'est pas consacré. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa volonté d'interpréter les dispositions de la Convention à la lumière des conditions de vie actuelles², a déjà consacré à plusieurs reprises l'existence d'obligations positives environnementales à la charge des Etats³, ce qui a autorisé la doctrine à affirmer que "*le droit à un environnement sain est arrimé à la Convention.*"⁴ L'eau ne peut que profiter de la jurisprudence de la Cour.

Par ailleurs, il convient de noter que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, se fondant sur le premier principe de la Déclaration de Stockholm de 1972 et sur l'article premier de la Convention d'Aarhus de 1998, propose "*d'adjoindre à la Convention (...) une composante environnementale.*"⁵ L'objectif est de "*déterminer les modalités juridiques qui permettent au système de protection des droits de l'homme de contribuer à la protection de l'environnement, en reconnaissant des garanties procédurales légales nécessaires contre la dégradation arbitraire de l'environnement.*"⁶ Il est remarquable que pour ce faire, l'Assemblée l'Assemblée parlementaire recommande l'interprétation large de l'article 13 de la Convention relatif au droit à un recours effectif. Ce dispositif ne peut que faciliter la reconnaissance d'un droit fondamental à l'eau.

Ainsi, si l'affirmation d'un droit subjectif à l'eau qui s'inscrit dans un droit plus général à l'environnement n'est qu'annoncée, il ne s'agira pas que d'une simple déclaration d'intention à caractère anthropocentrique. Ce droit subjectif aura une consistance juridique certaine qui lui conférera une utilité⁷. Le droit constitutionnel, comme le droit international annoncent donc l'émergence d'un droit subjectif à l'eau à La Réunion. Il en est de même à Madagascar.

1 T.A. Amiens, Ord. ref., 8 déc. 2005, Nowacki, req. n° 0503011, *A.J.D.A.*, 2005, p. 2372, note Brondel : "*Si toute personne peut se prévaloir du droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé qui lui est conféré par les dispositions de l'article premier de la Charte de l'environnement, c'est à la condition qu'elle apporte devant le juge les éléments de nature à faire regarder la décision attaquée comme portant atteinte à la situation personnelle protégée par ce droit.*"

2 Cr.E.D.H., 9 oct. 1979, Airey c/ Irlande, A. 32, *J.D.I.*, 1982, p. 187, chron. Rolland (P.) ; *A.F.D.I.*, 1980, p. 323, Chron. Pelloux (R.) ; *G.A.Cr.E.D.H.*, n° 2.

3 Voir entre autres, Cr.E.D.H., 9 déc. 1994, Lopez Ostra c/ Espagne, A. 303 C ; *J.D.I.*, 1995, p. 798, obs. Tavernier (P.) ; *R.U.D.H.*, 1995, p. 112, Chron. Sudre (F.) ; *R.T.D. civ.*, 1996, p. 507, Chron. Marguénaud (J.-P.) ; Voir de même Cr.E.D.H., 25 nov. 1993, Zander c/ Suède, A. 279 B., La Cour a condamné la violation du droit de propriété du fait que le requérant ne pouvait consommer l'eau de son puits parce que celle-ci se trouve être polluée par du cyanure s'écoulant d'une décharge voisine, et que l'Etat n'a pas agi dans le but de faire cesser cette situation.

4 Marguénaud (J.-P.), "Droit de l'homme à l'environnement et Cour européenne des droits de l'homme", *R.J.E.*, 2003, n° spé. *La Charte constitutionnelle en débat*, p. 16.

5 Conseil de l'Europe, Ass. Parlementaire, 21 juin 2003, recommandation n° 1614, "Droits de l'homme et environnement", disponible sur le site www.coe.int.

6 *Idem*.

7 Il pourra notamment encadrer l'envolée des prix de l'eau, de manière à éviter que le prix de l'eau ne devienne pas prohibitif au point d'exclure les personnes les moins favorisées à l'accès à l'eau. A l'heure actuelle, la tarification de l'eau à La Réunion est l'objet de recours toujours pendants devant les juridictions de première instance. Ces derniers sont fondés, dans une logique fiscale, sur l'absence de contrepartie réelle de la taxe d'assainissement qui grève le prix de l'eau, notamment sur la Commune de Saint-Paul. La reconnaissance d'un droit subjectif à l'eau, de valeur européenne ou constitutionnelle aurait pour effet d'imposer la conciliation des impératifs liés aux coûts de l'assainissement avec le droit subjectif de chacun d'accéder à la ressource.

A Madagascar, le droit d'accéder à l'eau s'affirme comme le droit subjectif de chacun à la ressource, dans le cadre du droit africain des droits de l'homme. Les articles 21¹ et 24² de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples³ confèrent un caractère effectif au droit à l'environnement, et partant au droit à l'eau. Néanmoins, la rédaction de ces deux dispositions génère une difficulté de taille, soulignée par la doctrine et réglée par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Pour sa part, la doctrine relève que dans le système africain, le peuple devient titulaire du droit à un environnement sain, comme du droit de propriété sur les ressources naturelles. En conséquence, "*ces deux dispositions ne mettent aucune obligation précise à la charge des Etats, sauf à supposer implicitement un devoir général de prévenir toute atteinte à l'environnement naturel qui soit préjudiciable au développement de leurs peuples*"⁴. En somme pour la doctrine, ces deux dispositions ne sont que la traduction, dans la Charte, du débat international qui vise à communautariser l'environnement dans une optique de développement durable⁵.

C'est la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples qui a donné une consistance juridique à ces deux dispositions. Dans une affaire concernant l'accès et la conservation des ressources naturelles au Nigeria⁶, elle a considéré que les articles 21 et 24 de la Charte "*requièrent une action positive de la part des gouvernants lorsqu'ils s'acquittent de leurs obligations environnementales aux termes des instruments des droits de l'homme.*" Dès lors, la Commission qui, fait sienne la théorie des obligations positives telle qu'elle est née dans le système interaméricain des droits de l'homme⁷ et reprise par la Cour européenne⁸, européenne⁸, rend effectifs les articles 21 et 24 de la Charte. C'est précisément la théorie des obligations positives qui devient l'élément clé de la subjectivisation du droit à l'environnement⁹, dans la mesure où elle autorise un individu à ester en justice, contre l'Etat, afin de contraindre ce dernier à respecter ses obligations environnementales. Sur ce point, le juge constitutionnel malgache pourrait suivre l'exemple donné par la Cour constitutionnelle sud-africaine qui s'est appuyée sur la théorie des obligations positives pour admettre la recevabilité d'un recours dirigé contre l'Etat qui avait, selon le requérant violé son droit

1 "Tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global"

2 " Les peuples ont la libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles. Ce droit s'exerce dans l'intérêt exclusif des populations. En aucun cas, un peuple ne peut en être privé."

3 Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 27 juin 1981, entrée en vigueur le 21 octobre 1986, ratifiée par Madagascar le 9 mars 1992.

4 Ouguergouz (F.), La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité, Paris, P.U.F., 1993, p. 225 ; Dejeant-Pons (M.), "L'insertion du droit de l'homme à l'environnement dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme", *R.U.D.H.*, 1991, n° 11, p. 463 ; Kiss (A.), "Le droit à la conservation de l'environnement", *R.U.D.H.*, 1990, p. 445.

5 Voir *supra*, n°7. La Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles s'inscrit dans cette logique voir l'art. II : " Les Etats contractants s'engagent à prendre les mesures nécessaires pour assurer la conservation, l'utilisation et le développement des sols, des eaux, de la flore et des ressources en faune en se fondant sur des principes scientifiques et en prenant en considération les intérêts majeurs de la population." Voir sur ce point, Van der Linde (M.), "A review of the African Convention on Nature and Natural resources", *A.H.R.L.J.*, 2002, p. 33.

6 Com. A.D.H.P., Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c/ Nigéria, affaire 155/96.

7 Voir l'arrêt fondateur : Cour.IAM.D.H., 19 juil. 1988, Velasquez Rodriguez c/ Honduras, C-4.

8 Sudre (F.), "A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme", *J.C.P. – G.*, 2001, I., 335 ; "Les obligations positives dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *R.T.D.H.*, 1995, p. 366 ; Spielmann (D.), "Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention", *in*, Sudre (F.) (Dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, p. 133.

9 SA Ebeku (K.), "The right to a satisfactory environment and the African Commission", *A.H.R.L.J.*, 2003, p. 159.

subjectif d'accès à l'eau et lui donner gain de cause¹. Les juridictions malgaches pourront faire de même, dans la mesure où le préambule de la Constitution malgache, tout en intégrant la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples dans le droit positif, consacre comme "objectif de valeur constitutionnel" la gestion rationnelle et équitable des ressources naturelles pour les besoins de développement de l'être humain.

Dans les deux îles, la reconnaissance d'un droit subjectif à l'eau ne peut donc se faire que dans un cadre, plus général du droit à l'environnement, qui est encore en maturation. Ce processus de subjectivisation du droit de l'eau est rattachable à la communautarisation opérée par le statut de patrimoine commun, comme l'est la domanialisation de l'eau. Dès lors, un nouvel équilibre normatif voit le jour, en ce qui concerne l'eau. Celui-ci a pour socle la notion relativement inconsistante de patrimoine commun de la nation, qui justifie la domanialité publique de l'eau qui se trouve contrebalancée par la subjectivisation du droit de l'eau. Cet équilibre normatif ne peut être effectif que dans la mesure où il se traduit par l'institution d'organes chargés de gérer la ressource.

II.- La protection de l'eau dans le cadre de sa gestion

La gestion de l'eau participe nécessairement à sa protection. Aussi, conformément au triple statut accordé à la ressource, tant en droit malgache qu'en droit français, l'eau fait l'objet d'une gestion équilibrée (A) et intégrée (B).

A.- La protection de l'eau dans le cadre d'une gestion équilibrée

Sous l'impulsion du droit international², le droit de l'eau à Madagascar et à La Réunion cherche à établir un équilibre entre les différents usages. En conséquence, une gestion équilibrée devient impérative. Elle doit préserver la qualité de la ressource, tout en garantissant le développement économique et industriel. La gestion équilibrée s'inscrit donc dans une "*approche écosystémique*"³, dont l'objectif est de concilier les différents usages économiques⁴ (1) de la ressource avec sa dimension écologique (2).

1.- La gestion économique et sociale de l'eau

Si à La Réunion le législateur fait montre "*d'une belle volonté de conciliation universaliste*"⁵ qui consiste à envisager globalement l'eau, son milieu, ainsi que les différents usages⁶, le Code de l'eau malgache présente une originalité en ce qu'il esquisse une hiérarchie intéressante entre les différents usages économiques de la ressource. Au niveau supérieur, priorité est donnée à l'approvisionnement et à l'assainissement. Ensuite, à un niveau

1 Devenish (G.), *A commentary on the South african bill of rights*, Durban, Butterworth, 1999, p. 366, De Waal et autres, *The Bill of Rights Hand book*, Cape Town, Juta, 2001, pp. 405-406. Voir spécialement les affaires Cr. Const. Af. Sud, 6 octobre 2004, Nokuthula Phyllis Mkontwana c/ Nelson Mandela Metropolitan Municipality, affaire CCT 57/03 ; Bisset et autres c/ Minister of provincial affairs and constitutionnal development, affaire CCT 61/03 ; Tranfer Rights Action Campaign et autres c/ MEC for local Government and Housing in the Province of Gauteng et autres, affaire CCT 1/04.

2 Prieur (M.), "L'évolution du droit de l'eau au plan international", in, *Environnements, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson*, Grenoble, P.U.G., 2004, p. 259.

3 Naim-Gesbert (E.), "Le principe de la gestion équilibrée de l'eau à La Réunion", in, Breton (J.-M.) (Dir.), *Gestion des ressources en eau et développement durable*, à paraître.

4 Sironneau (J.), "La nouvelle loi sur l'eau ou la recherche d'une gestion équilibrée", *op. cit.*, p. 152.

5 Naim-Gesbert (E.), "Le principe de la gestion équilibrée de l'eau à La Réunion", in, (J.-M.) (dir.), *Gestion des ressources en eau et développement local durable*, à paraître.

6 Pour plus de détail voir, Naim-Gesbert (E.), "Le principe de la gestion équilibrée de l'eau à La Réunion", *Op. Cit.*

intermédiaire, sont placés à rang égal les usages agricoles, industriels et énergétiques de l'eau. Enfin, l'aspect patrimonial de l'usage de l'eau est relégué en dernière place.

D'abord, priorité est accordée à l'approvisionnement et à l'assainissement. L'article 28 alinéa 2 du Code de l'eau, relatif à la mise en valeur des ressources, fait de l'accès à l'eau, pour tous, la *priorité la plus haute*. Il énonce clairement qu' "*en cas de limitation des ressources en eau disponibles, priorité est donnée à l'approvisionnement en eau potable.*"¹ Cette disposition impose deux obligations à la charge de l'Etat. D'une part, il s'agit de favoriser l'accès à l'eau pour tous ; c'est la conséquence juridique du statut de patrimoine commun. D'autre part, l'eau distribuée doit être potable, elle ne doit pas être préjudiciable à la santé. C'est une obligation découlant directement du droit à un environnement sain². Dans ce cadre, les articles 28 alinéa 2 et 37 alinéa 2 du Code de l'eau érigent l'approvisionnement en eau potable en obligation de service public³. En conséquence, le caractère programmatique du droit international du développement trouve ici un écho certain, dans la mesure où l'élaboration d'une politique favorisant l'accès à l'eau et son assainissement ne peut se faire que dans un cadre planifié et intégré⁴. Une telle planification doit garantir effectivement l'accès à tous à une ressource de qualité satisfaisante en privilégiant des coûts minimums. En effet, Il convient de noter qu'en application de l'article 54 alinéa 3 du Code de l'eau, la fixation du prix de l'eau ne peut, normalement, constituer un outil d'exclusion de l'accès à la ressource. Si le prix de l'eau est fonction du coût de l'assainissement, il doit nécessairement prendre en compte "*la capacité de paiement des usagers.*"⁵

Ensuite, au niveau intermédiaire, viennent, à égalité, les autres usages économiques de l'eau. Si dans le cadre d'une lecture verticale de la hiérarchie des usages de l'eau les autres usages économiques que sont l'agriculture⁶, les activités industrielles⁷, ou l'énergie¹, sont secondaires

1 Cette priorité est réaffirmée par le décret n° 2003-941 relatif à la surveillance de l'eau, au contrôle des eaux destinées à la consommation humaine et aux priorités d'accès à la ressource en eau qui dispose, dans son article premier que "*L'approvisionnement en eau potable demeure, dans tous les cas, l'élément prioritaire dans la répartition des ressources en eau. L'allocation des ressources en eau doit à tout moment tenir compte des besoins sociaux et économiques des populations.*". Il dispose en outre, dans son article 2 que, "*lorsqu'il a pu être satisfait aux besoins humains en eau, la répartition de la ressource est effectuée en fonction des autres usages.*"

2 La Cour constitutionnelle sud-africaine l'a rappelé. Elle juge que le droit d'accès à une eau potable s'inscrit dans le droit fondamental de chacun à ne pas vivre dans un environnement qui soit nuisible à sa santé que garantissent tant la fois la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et la Déclaration des droits insérée dans la Constitution Sud-africaine. Partant, pour la Cour garantir la potabilité de l'eau devient une obligation positive à la charge de l'Etat. Cr. Const. Af. Sud, 6 octobre 2004, Nokuthula Phyllis Mkontwana c/ Nelson Mandela Metropolitan Municipality, affaire CCT 57/03 ; Bisset et autres c/ Minister of provincial affairs and constitutionnal development, affaire CCT 61/03 ; Tranfer Rights Action Campaign et autres c/ MEC for local Government and Housing in the Province of Gauteng et autres, affaire CCT 1/04. Le législateur malgache semble suivre la même approche.

3 Par l'article 37 du Code de l'eau malgache est instauré un service public de l'eau potable et de l'assainissement collectif des eaux usées domestiques (Chapitre IV du Code).

4 Voir *infra*, n°s 33-40.

5 Art. 54 alinéa 2 du Code de l'eau malgache : "*Les coûts d'investissement et d'exploitation d'une part, et la capacité de paiement des usagers, sont pris en compte dans les principes de tarification de l'eau et de fixation des redevances pour l'assainissement.*"

6 Voir les articles 29 à 31 du Code de l'eau malgache, et la Loi n° 90-016 du 20 juillet 1990 relative à la gestion, l'entretien et la police des réseaux hydroagricoles : le Décret n° 90-642 pris pour l'application de la Loi n° 90-016 du 20 juillet 1990 relative à la gestion, l'entretien et la police des réseaux hydroagricoles ; l'Arrêté du Ministre de la production agricole et du patrimoine foncier, n° 0290/91, du 18 janvier 1991 ; l'ordonnance n° 93-022 du 04 mai 1993 portant réglementation de la pêche et de l'aquaculture.

7 Voir les articles 32 et 33 du Code de l'eau malgache ; la Loi n° 99-021 du 19 août 1999 sur la politique de gestion et de contrôle des pollutions industrielles, le Décret n° 2003/792, du 15 juillet 2003 relatif aux redevances de prélèvements et de déversements ; le Décret n° 2003/793 du 15 juillet 2003, fixant la procédure d'octroi des

secondaires par rapport à la *priorité* accordée à l'approvisionnement et à l'assainissement, il faut encore concilier les diverses activités économiques entre elles. Dans ce cas, le décret de 2003 sur le contrôle des eaux destinées à la consommation et aux priorités données à la ressource, prévoit qu' "*en cas de conflit pour la satisfaction de l'un ou de l'autre des usages, autres que l'approvisionnement en eau potable, les priorités d'accès à la ressource sont définies par arrêté du Ministre chargé de l'eau, sur proposition de l'Autorité nationale de l'eau et de l'assainissement*"², sachant que "*l'ordre de priorité peut temporairement modifier lorsque surviennent certains événements exceptionnels tels que cas de force majeure, sécheresse et/ ou inondation.*"³

Enfin, la propriété coutumière est reléguée en dernière position. La règle, malgré sa discrétion, a son intérêt, notamment en matière agricole. En effet, longtemps, la terre, et l'eau d'irrigation ont fait l'objet d'une propriété collective coutumière, fondée sur les ethnies et les tribus. Depuis 1982, le législateur malgache initie un long processus visant à écarter progressivement la propriété traditionnelle⁴. Pour ce faire, il a institué en 1982 les réseaux hydroagricoles⁵, devenus en 1990 des périmètres irrigués⁶. Ces derniers constituent des unités gestionnaires d'un patrimoine d'affectation fondé sur un texte constitutif, le *dina*⁷. L'objectif de 1982, consistant à passer progressivement d'une propriété collective traditionnelle, à une propriété plus moderne se trouve renforcé avec le Code de l'eau de 1999. C'est le résultat d'une part, de la communautarisation de la ressource opérée par le statut de patrimoine commun de la nation qui a précisément pour objectif de dépasser les contingences ethniques traditionnelles⁸, et d'autre part, de l'article 65 du Code de l'eau qui désormais prévoit qu' "*en cas de contestation entre les propriétaires fonciers auxquels les eaux peuvent être utiles, la juridiction compétente, en statuant, doit concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect du à la propriété ; et dans tous les cas les règlements particuliers et locaux*"⁹ doivent être observés". Dès lors, le législateur conservant une propriété collective apparente, la contraint un peu plus dans le cadre de la gestion des eaux.

En somme, à Madagascar, contrairement à La Réunion, la gestion des conflits d'usage de l'eau s'effectue dans le cadre d'une hiérarchie des usages clairement définie par le législateur qui découle directement du statut de la ressource. La règle de principe est simple : priorité est accordée à l'approvisionnement et à l'assainissement, les conflits entre les autres usages sont réglés dans le cadre d'une approche concrète, par l'arbitrage de l'Agence nationale de l'eau et de l'assainissement. De plus, le règlement des conflits d'usages doit prendre en compte la dimension écologique de la ressource.

autorisations de prélèvement d'eau ; le Décret n° 2003/464 du 15 avril 2003, portant classification des eaux de surface et réglementation des rejets d'effluents liquides.

1 Voir les articles 34 à 36 du Code de l'eau malgache ; la Loi n° 98-032 du 22 décembre 1998, portant réforme du secteur de l'électricité ; Décret n° 2003-942 du 9 septembre 2003, relatif à l'utilisation hydroélectrique de l'eau.

2 Décret n° 2003-941, *Op. cit.*, art. 3.

3 *Id.* art. 4.

4 Ce mouvement prend actuellement de l'ampleur. Il est souvent critiqué par la doctrine locale. Voir Ramarolanto-Ratiaray, "La propriété sans titre ou l'érosion de la propriété coutumière. Plaidoyer pour les droits coutumiers de propriété", *R.J.O.I.*, 2006, n° spé. p. 89.

5 Décret n° 82-353, du 13 août 1982, portant application de l'ordonnance n° 81-026 du 22 décembre 1981, réglementant le classement, la gestion et la police des réseaux hydroagricoles.

6 Loi n° 90-016, du 20 juillet 1990, relative à la gestion, l'entretien et la police des réseaux hydroagricoles.

7 Ramarolanto-Ratiaray, "Nouveaux regards sur le droit, l'homme et la terre dans les périmètres irrigués de Madagascar", in, Conac (G.) et Conac (F.), *La terre, l'eau et le droit en Afrique, à Madagascar et à l'île Maurice*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 165.

8 Voir *supra* n° 9.

9 Les *dina*.

2.- La gestion écologique de l'eau

La gestion écologique de l'eau repose d'une part sur la mise en oeuvre de plusieurs principes issus du droit international de l'environnement, et d'autre part sur l'importance de l'expertise scientifique.

En premier lieu, les principes du droit à l'information et à la participation sont introduits en droit malgache comme en droit français. Ils ont vocation à garantir la gestion environnementale de l'eau, au delà d'une gestion strictement économique. C'est ainsi que le droit à l'information et à la participation, de même que le principe du pollueur payeur sont introduits en droit français comme en droit malgache.

D'une part, le droit à l'information et le droit à la participation sont introduits en droit malgache. Ils doivent permettre à chacun de veiller effectivement à la sauvegarde de l'environnement¹. Dans ce cadre, l'importance accordée aux enquêtes publiques en droit malgache², comme en droit français³ visent à instituer une citoyenneté environnementale, laquelle constitue le fondement même de la solidarité autour de la ressource qu'impose son statut de patrimoine commun⁴. C'est un objectif, tant à La Réunion qu'à Madagascar⁵.

D'autre part, le principe du pollueur-payeur est introduit en droit malgache. Il est clairement énoncé à l'article 66 du Code de l'eau que "*tout pollueur doit supporter les coûts de ses activités polluantes.*" Dans ce sens, l'article 12 prévoit que toute personne "*exerçant une activité polluante ou source de danger pour la ressource en eau et l'hygiène du milieu doit envisager toute mesure propre à enrayer ou à prévenir le danger*". En cas de non respect de cette obligation, elle est "*astreinte au paiement, conformément au principe du pollueur payeur, d'une somme dont le montant est déterminé (...) en rapport avec le degré de pollution*".

1 Prieur (M.), *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 2004, 5ème ed., p. 145 ; Le Louarn (P.), " Le principe de participation et le droit de l'environnement", *Droit de l'environnement*, n° 90, 1er juill. 2001, p. 128.

2 L'article 8 du décret n° 2003/793, du 15 juillet 2003, *op. cit.*, prévoit que l'enquête publique est obligatoire "*lorsque la réalisation de l'ouvrage ou des travaux entraîne un déplacement de population, ou un déclassement de terrain en zone d'utilité publique, ou lorsque les enjeux (...) le justifient. La participation du public à l'évaluation peut être définie comme étant son association dans l'évaluation environnementale des dossiers de demande d'autorisation, afin de fournir les éléments nécessaires à la prise de décision. Elle a pour objectif d'informer le public concerné par le projet sur l'existence du projet et de recueillir ses avis à ce propos.*"

3 Billet (Ph.), "Protection de la nature", *R.J.E.*, 2003, p. 134 ; Le Louarn (P.), " Démocratie de proximité et protection de l'environnement : La participation du citoyen local. Loi numéro 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité", *R.J.E.*, p. 589 ; Delaunay (B.), " "De la participation du public à l'élaboration des grands projets" (Commentaire du titre IV de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité) ; (suite et fin)", *L.P.A.*, 11 décembre 2002, n° 247, p. 4 ; Boucquoy-Norgaard (N.), " La normalisation européenne au service de la consommation durable (État des lieux des textes et de leur application)", *R.E.D.C.*, 2002, p. 251 ; Sestier (J.-F.), " Intérêts publics, intérêt général et utilité publique après la loi Démocratie de proximité", *B.J.D.U.*, 2002, p. 334 ; Sironneau (J.), "Eau", *R.J.E.*, 2002, p. 473 ; Romi (R.), " La difficile articulation des réglementations de l'eau et des enquêtes publiques", *Droit de l'environnement*, 1er mars 1999, p. 10.

4 Voir *supra*.

5 A Madagascar, le décret n° 2003-939, *op. cit.*, prévoit à l'article 6 que le service public de l'eau et de l'assainissement est chargée "*d'actualiser régulièrement un système d'information contenant les données techniques et financières caractérisant les systèmes d'approvisionnement en eau potable, et leurs performances en matière de gestion*". De même, le décret n° 2003-192 du 15 mai 2003, *op. cit.*, instituant l'Autorité nationale de l'eau et de l'assainissement prévoit que celle-ci doit "*collecter les données et informations relatives aux ressources en eau, d'assurer la sensibilisation, l'information et la formation dans les secteurs industriels et agricoles dans le cadre de la mise en oeuvre de la politique nationale de lutte contre la pollution des eaux, de développer le système d'information géographique pour le secteur de l'eau et de l'assainissement.*" Cf. art. 4. A La Réunion, le Code de l'environnement consacre de manière générique le droit à l'information, art. L. 124-1 et L. 125-1.

causée." Il est remarquable d'une part que le législateur malgache entend faire de ce principe, un moyen de gestion de la ressource : l'article 12 est en effet inséré dans le Titre II du Code intitulé "*De la gestion des ressources en eaux*". D'autre part, que ce principe s'accorde parfaitement avec les règles de la domanialité publique, dans la mesure où à Madagascar, comme à La Réunion, l'autorité administrative, agissant dans le cadre de la police de la conservation de son domaine peut dresser une contravention de grande voirie, qui possédant une double nature pénale et restitutive, permet la remise en état de la ressource aux frais du contrevenant¹.

En second lieu, le Code de l'eau malgache fait de l'analyse scientifique un élément central de la gestion écologique de l'eau. D'une part, l'étude d'impact environnemental devient obligatoire dès lors qu'un projet "*en raison de sa nature, de sa consistance ou du caractère des zones concernées est susceptible d'affecter l'environnement et d'occasionner des troubles à l'écosystème aquatique*"². D'autre part, dans le cadre de la mise en oeuvre de leurs pouvoirs de police, les autorités administratives ne peuvent autoriser la réalisation d'opérations industrielles ou agricoles que sur la base d'études scientifiques qui doivent être renouvelées régulièrement en cours d'exploitation³. Le droit français procède de manière identique⁴.

A Madagascar comme à La Réunion, la gestion équilibrée de la ressource se fait donc par la mise en oeuvre de principes fondés en droit international et introduits dans les ordres juridiques internes. Ainsi, la gestion de l'eau est articulée autour des principes de participation, du droit à l'information, du principe du pollueur payeur. Un tel système de gestion ne peut être efficace que s'il prévoit une collaboration fonctionnelle spécifique des services publics dans le cadre d'une gestion intégrée.

B.- La protection de l'eau dans le cadre d'une gestion intégrée

La gestion intégrée vise à permettre une collaboration fonctionnelle des services de l'Etat autour de la ressource. Elle est à la fois verticale (1) et horizontale (2)⁵.

1.- L'intégration verticale

L'intégration verticale, suppose une décentralisation de la gestion de l'eau, à l'invitation de la Convention de Dublin de 1992. Ainsi, l'intégration verticale suppose la création d'unités territoriales de gestion fondées sur des réalités scientifiques. L'institution du schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux (S.D.A.G.E.) et des schémas d'aménagement et de gestion des eaux (S.A.G.E.) à La Réunion et des schémas directeurs d'aménagement intégré des ressources en eau à Madagascar s'inscrit dans cette logique.

1 Voir. Gelard (P.), "Le caractère mixte de la contravention de grande voirie", *A.J.D.A.*, 1967, p. 140. Voir également, Morand-Deville (J.), *Cours de droit administratif des biens*, Paris, Montchrestien, 4ème ed., 2005, p. 184; Auby (J.-M.), Auby (J.-B.) et Bon (P.), *Droit administratif des biens*, Paris, Dalloz, 2003, 4ème ed., p. 163 ; Godfrin (Ph.), *Droit administratif des biens, Domaine, travaux, expropriation*, Paris, Armand Colin, 6ème ed., 2001, p. 197 ; Chapus (R.), *Droit administratif général*, T. 2, Paris, Montchrestien, p. 441 ; Un dispositif similaire existe à Madagascar, voir Blanc (R.), *Op. cit.*, p. 522.

2 Code de l'eau malgache, art. 23. Cette exigence d'une étude d'impact est posée vaut également pour tout projet de travaux d'irrigation "*initié par une personne morale ou physique droit privé*", art. 31, et pour toute installation industrielle, art. 32.

3 Voir l'ensemble de la loi n° 99-021, du 19 août 1999, sur la politique de gestion et de contrôle des pollutions industrielles, notamment l'article 65.

4 Naim-Gesbert (E.), "Le principe de la gestion équilibrée de l'eau à La Réunion", *Op. Cit.*

5 Prieur (M.), "L'évolution du droit de l'eau au plan international", *op.cit.*, p. 364.

En premier lieu, à La Réunion l'intégration verticale de la gestion de l'eau se fait dans un cadre "à deux étages"¹ qui s'articule autour du S.D.A.G.E. et des S.A.G.E., institués par la loi sur l'eau du 3 janvier 1992. Ils deviennent les documents organisant la planification de la gestion de la ressource². Ainsi, à La Réunion comme en métropole, une collaboration nouvelle autour de la ressource, entre les collectivités locales voit le jour, sous la coordination de l'Etat³.

Le département, dans le cadre du comité de bassin, détient une compétence de principe en matière de gestion globale de l'eau. A ce titre, la présidence de l'office local de l'eau est confiée au Président du Conseil général. Dans ce cadre, il participe à la réalisation de travaux structurants tels que la réalisation de réseaux d'irrigation des grands périmètres irrigués⁴, il aide les communes pour les équipements structurants, il pilote le programme départemental de recherche en eau, et contribue à la création d'un service d'assistance technique aux exploitants de stations d'épuration.

La région et les communes détiennent des compétences résiduelles. D'une part, si la région n'a pas hérité de compétences particulières dans le domaine de l'eau, du fait de ses attributions en matière d'aménagement du territoire, d'environnement, elle ne peut cependant pas ignorer la politique de l'eau. Elle intervient à quatre titres. D'abord, dans le cadre de l'élaboration du Schéma d'aménagement régional, qui prévoit en la matière, la prise en compte de la ressource dans la répartition des zones à urbaniser, la conservation des espaces naturels agricoles, la prise en compte des risques liés à l'eau. Ensuite, dans le cadre du projet de parc national des hauts, elle veille à l'intégration de la problématique de l'eau dans le projet de parc national des hauts, à la conservation des écosystèmes coralliens, à la gestion des bassins versants dans le cadre du Parc marin. De plus, dans le cadre de la mise en oeuvre de la Charte réunionnaise de l'environnement, elle conduit une politique de sensibilisation à l'environnement qui prévoit la publication de fiches pédagogiques sur l'eau. Enfin, dans le cadre de la collecte des données sur l'eau, elle finance des études ponctuelles en la matière.

D'autre part, les communes demeurent responsables de l'alimentation en eau potable des populations, du traitement des eaux résiduaires urbaines, du contrôle et de l'assainissement non collectif et de la mise en oeuvre de la protection contre les crues⁵. L'ensemble de ces compétences s'exerce dans le cadre du comité de bassin qui est, en application de la loi sur l'eau, l'organe chargé d'administrer le bassin⁶. Celui-ci devient l'élément intégrant verticalement la gestion de l'eau à La Réunion.

En second lieu, le droit malgache, détermine les principes d'une intégration verticale de la gestion de l'eau. Le décret portant création des agences de bassin⁷ prévoit la création dans chaque chef lieu de *Faritany*, une agence de bassin en vue d'une gestion commune et concertée des ressources en eau, et que la délimitation territoriale des bassins se fait en fonction de critères scientifiques. L'intégration verticale, comme à La Réunion, est visible d'une part, dans la composition du comité de bassin qui comprend, pour moitié des

1 Romi (R.), *Droit et administration de l'environnement*, Paris, Montchrestien, 5ème ed., 2004, p. 471. Dans le même sens voir, Billaudot (F.), "La planification des ressources en eau", *R.F.D.A.*, 1993, p. 1163.

2 Naim-Gesbert (E.), *Le principe de la gestion équilibrée de l'eau à La Réunion*, *Op. Cit.*

3 Ségur (Ph.), "L'accroissement des pouvoirs du préfet dans le cadre de la loi sur l'eau", *Rev. Dr. Rural*, n° 218 décembre 1993, p. 474 ; Jiang (J.), "Les collectivités locales et le droit de l'eau", *Rev. Dr. Rural.*, n° 218, p. 466.

4 Le transfert des eaux d'est en ouest s'inscrit dans cette perspective.

5 Voir le *S.D.A.G.E. de La Réunion*, p. 192.

6 La Réunion est un bassin unique divisé en quatre sous bassins. Voir le *S.D.A.G.E. de La Réunion*, p. 187.

7 Décret n° 2003-191, *op. cit.*, art. Premier.

représentants des collectivités territoriales et des établissements publics locaux ; pour un quart, des représentants des associations d'usagers, des propriétaires, des riverains, des organisations professionnelles ; pour un quart des représentants de l'Etat.¹ D'autre part, le comité de bassin établit l'instrument de planification de la gestion de la ressource : le schéma directeur d'aménagement intégré des ressources en eau.

En somme, à La Réunion comme à Madagascar, l'intégration verticale passe par la création d'organes paritaires permettant la représentation de l'Etat, des collectivités locales et des usagers. Ils sont chargés d'établir les instruments de planification.

2.- L'intégration horizontale

L'intégration institutionnelle horizontale permet, en regroupant les différents services de l'Etat compétents, de créer une structure administrative de gestion de l'eau. Là encore, le droit malgache et le droit français adoptent une démarche similaire.

En premier lieu, le droit malgache crée deux organes rattachables à une intégration horizontale : l'Autorité nationale de l'eau et de l'assainissement (A.N.D.E.A.) et le Service public de l'eau et de l'assainissement (S.O.R.E.A.). Ces deux organes sont composés de représentants des services de l'Etat, de manière à assurer une cohérence d'ensemble à l'action de l'Etat lorsque celui-ci détermine la politique de l'eau².

En deuxième lieu, à La Réunion, comme dans l'ensemble des départements d'outre-mer, un office local de l'eau est institué en application de la Loi d'orientation pour l'outre-mer du 13 décembre 2000³. Rattaché au Département, il est chargé de faciliter les diverses actions d'intérêt commun dans le domaine de la gestion de l'eau et des milieux aquatiques. A ce titre, son action s'articule autour de quatre missions : d'abord, promouvoir les études et le suivi des ressources en eau et de leurs usages, ensuite, exercer un rôle de conseil et d'assistance technique aux maîtres d'ouvrage en matière de travaux en matière d'eau. De même l'office local de l'eau assure une mission d'information et de formation dans le domaine de la gestion de l'eau et les milieux aquatiques. Enfin, il est chargé de la programmation et du financement d'actions et de travaux relatifs à la ressource.

En troisième lieu, la Mission interservices de l'eau élargie en pôle de compétence⁴ s'inscrit dans la même logique. Elle regroupe, sous l'autorité du préfet, l'ensemble des services chargés de mettre en œuvre les pouvoirs de police de la conservation et de la gestion de la ressource au nom de l'Etat⁵.

En conclusion, l'étude comparée des droits de l'eau malgache et français appelle trois remarques.

D'abord, le droit français, comme le droit malgache de l'eau constituent les traductions internes du droit international, notamment de l'Agenda 21. A ce titre, le droit de l'eau malgache, comme le droit français, sont des droits modernes, en ce qu'ils envisagent l'eau de manière globale, organisent la gestion de l'eau dans le cadre d'unités hydrologiques cohérentes

1 *Id.* Art. 12.

2 Pour plus de détails, voir l'annexe 1.

3 Voir les articles L. 213-13 à L. 213-20 du Code de l'environnement.

4 Mission interservices de l'eau élargie en pôle de compétence (MISE), instituée par l'arrêté préfectoral n° 971841 du 8 août 1997.

5 Pour plus de détails, voir l'annexe 2.

grâce à des bassins hydrographiques définis par leurs caractères physiques, permettent l'application des principes du droit de l'environnement, et notamment celui du pollueur payeur à l'eau, et enfin prévoient des procédures de contrôle de la qualité des eaux.

Ensuite, les deux ordres juridiques font apparaître de larges similitudes, tant sur le statut accordé à la ressource que sur les principes de gestion de l'eau. Le statut accordé à l'eau annonce une articulation nouvelle entre la domanialité publique, les droits fondamentaux et la patrimonialité nationale commune de l'eau. En effet, le statut de patrimoine commun de la nation tend à devenir le socle liant la domanialité publique d'une part, et le droit subjectif à l'eau d'autre part. Dans ce cadre, la notion de patrimoine commun de la nation possède un double intérêt. Elle acquiert, d'une part, une valeur supplétive, en ce qu'elle pourrait pallier les lacunes de la domanialité publique¹. D'autre part, la notion de patrimoine commun de la nation invite désormais à distinguer, dans les biens relevant du domaine public, entre ceux qui, ayant une nature environnementale, doivent être gérés, dans l'intérêt d'une solidarité nationale véhiculée par la notion de patrimoine commun de la nation, et les autres. Dans ce cadre, le statut de patrimoine commun de la nation acquiert une valeur contingente, en ce qu'il encadre l'action de l'administration dans sa gestion des eaux domaniales.

Enfin, le caractère moderne du droit de l'eau malgache ne doit pas masquer la réalité des choses. Aujourd'hui, de nombreux villages, notamment dans le sud-ouest de l'Ile n'ont pas accès à la ressource. Le statut de patrimoine commun, comme celui de droit fondamental demeurent encore virtuels dans de nombreuses régions. Dans ce cadre, si la construction d'un droit de l'eau moderne doit être salué, celui-ci doit encore être mis en œuvre. Aussi, l'effectivité devient aujourd'hui le défi majeur du droit de l'eau à Madagascar².

1 En effet, Nous avons relevé qu'à La Réunion, les ravines non pérennes appartiennent au domaine privé de l'Etat ; elles ne peuvent donc pas être protégées dans le cadre de la domanialité publique. La notion de patrimoine commun de la nation, trouve ici matière à acquérir une consistance juridique, de manière à protéger efficacement l'eau des ravines non pérennes.

2 Ravelomanana (J.), "Droit français, Droit malgache : le droit positif français et ses problèmes d'application", *R.J.O.I.*, n° spé., 2005, *Actes du colloque Le rayonnement du droit français*, Université de La Réunion, p. 57.

Annexe 1- Les autorités de planification et de gestion des eaux à Madagascar

Fonction	Autorités de planification		Autorité de régulation
Autorité	Autorité nationale de l'eau et de l'assainissement (ANDEA)	Agences de bassin	Service public de l'eau et de l'assainissement (SOREA)
Texte institutif	- Décret n° 2003/192 fixant l'organisation, les attributions et le fonctionnement de l'Autorité nationale de l'eau et de l'assainissement (ANDEA)	- Décret n° 2003-191, portant création des agences de bassin et fixant leur organisation, attributions et fonctionnement.	- Décret n° 2003-939, du 9 septembre 2003 portant organisation, attribution, fonctionnement de l'organisme régulateur du Service public de l'eau et de l'assainissement (SOREA)
Nature juridique	- Etablissement public administratif (disposant de la personnalité morale et de l'autonomie financière).	- Etablissement public administratif (disposant de la personnalité morale et de l'autonomie financière) local (1 agence par Faritany)	- Etablissement public administratif (disposant de la personnalité morale et de l'autonomie financière).
Autorité(s) de tutelle	- Premier ministre, - Ministre de l'économie et des finances - Ministre chargé de l'eau potable	- Ministre chargé du budget (tutelle budgétaire) - Ministre chargé de l'eau potable (tutelle technique)	- Ministre chargé du budget (tutelle budgétaire) - Ministre chargé de l'eau potable (tutelle technique)
Attributions	<p><u>Assurer la gestion intégrée des ressources en eau, et le développement rationnel du secteur de l'eau et de l'assainissement :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Planification : Préparation des documents de politique et de stratégie des ressources en eau (<i>Plan directeur national d'aménagement des ressources en eau</i>) • Préparation des documents de politique et de stratégie d'assainissement (<i>Plans directeurs nationaux d'assainissement et de drainage</i>). • Coordonner, planifier tous les projets hydrauliques et d'assainissement, en 	<ul style="list-style-type: none"> - Assurer la gestion commune et concertée des ressources en eau. - Faciliter les diverses actions en ce qui concerne la gestion des eaux d'intérêt commun au Faritany <ul style="list-style-type: none"> • Elle est obligatoirement informée par tous les services de l'Etat, les collectivités locales et les particuliers des études et recherches relatives aux ressources en eau, à leur qualité, à leur quantité. • Effectue ou fait effectuer toutes les études et recherches en matière d'eau pour le ressort du Faritany, et tient informées les administrations 	<ul style="list-style-type: none"> - S'assure du respect par les maîtres d'ouvrage et les gestionnaires de systèmes d'eau des normes de qualité du service de l'eau. Possibilité de proposer au Ministre chargé de l'eau des évolutions législatives et réglementaires de nature à améliorer le service public de l'eau. - Habilité les communes à exercer pleinement leur fonction de Maître d'ouvrage des systèmes d'eau. Il dresse d'office l'inventaire des biens qui seront transférés du domaine public de l'Etat à celui de la Commune, et des dettes correspondantes. - Définit la méthodologie d'établissement des tarifs du service public de l'eau potable et de

	<p>suivre l'exécution.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Valoriser l'usage des eaux souterraines et superficielles. • Rechercher de nouvelles technologies pour réduire le coût d'exploitation de l'eau. • Réaliser des études et des analyses économiques (court, moyen et long termes) en vue de la gestion optimale des ressources financières liées à l'eau, du recouvrement des taxes et redevances • Assurer la sensibilisation, l'information et des secteurs industriels et agricoles en matière de pollution des eaux et de mise en oeuvre d'une politique nationale de l'eau. • Evaluer et déterminer les besoins actuels et futurs du secteur de l'eau et de l'assainissement. • Gestion : Suivre, évaluer l'efficacité des mesures d'assainissement et de prévention des pollutions des ressources en eau. • Exécuter la politique de la gestion intégrée en eau. • Percevoir les taxes et redevances. • Veiller à l'application des stratégies nationales relatives à la gestion intégrée des ressources en eau. • Développer un système d'information régional pour le secteur de l'eau et de l'assainissement. • Développer et protéger les aménagements et ouvrages hydrauliques en collaboration avec les ministères concernés. • Coordonner la mise en oeuvre des schémas 	<p>intéressées par les projets et résultats obtenus.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Contribue à l'exécution de tous travaux, constructions, exploitations, ouvrages utiles en matière de gestion des eaux. <p>- Gérer le domaine public de l'eau dans le cadre du Faritany. A ce titre elle :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Etablit un rapport annuel sur l'état du domaine public de l'eau dans le Faritany à l'intention du Ministre chargé de l'eau et de l'ANDEA. • Acquiert tout bien utile à son fonctionnement, • Attribuer des subventions ou prêts aux personnes publiques ou privées, • Conclure tout contrat utile avec des personnes publiques ou privées, • Contracter des emprunts, • Percevoir les redevances pour l'usage de la ressource. <p>- Etablir les schémas directeurs d'aménagement intégré des ressources en eau pour le Faritany, sous l'autorité de l'ANDEA. Ces schémas :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prennent en compte les principaux programmes arrêtés par les collectivités publiques et définissent de manière générale et harmonisée les objectifs de quantité et de qualité des eaux, ainsi que les aménagements à 	<p>l'assainissement.</p> <p>Approuve les tarifs en lien avec le maître d'ouvrage.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Constitue et actualise un système d'information relatif aux données techniques et financières caractérisant les systèmes d'approvisionnement en eau potable - Contrôle l'exécution par la Société de Patrimoine du Contrat de devant qu'elle e conclu avec l'Etat président la période transitoire visée à l'article 41 du Code de l'eau. - Arbitre les conflits dont il est saisi, entre les acteurs intervenant dans le service public de l'eau, notamment entre les usagers et les gestionnaires de système d'eau. A cet effet, il reçoit les recours des usagers. - Statue sur les dossiers d'appel d'offres d'une délégation de gestion et sur le contrat de délégation de gestion négocié par le maître d'ouvrage. - Vérifie la procédure suivie pour l'attribution de la délégation de gestion. - Statue sur les contrats de délégation de gestion conclus de gré à gré et sur les avenants aux contrats de Délégation de gestion. - Statue sur les demandes de délégation de maîtrise d'ouvrage de petits systèmes d'eau ruraux d'approvisionnement en eau d'un maître d'ouvrage à une communauté. - Il statue sur les demandes de plusieurs communes de déléguer, en commun, la gestion d'un système d'eau à un même gestionnaire. - Examine les rapports annuels publiés par les maîtres d'ouvrage et par les gestionnaires délégués et assure le contrôle des
--	---	---	--

	<p>directeurs d'aménagement et de gestion des ressources en eau par bassin versant ou groupe de bassins versants.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Promouvoir la coopération internationale, régionale et bilatérale dans le domaine de l'eau et de l'assainissement. • Coordonner les activités des agences de bassin. 	<p>réaliser.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Détermine les sous-bassins qui correspondent à une unité hydrographique. • Doit être compatible avec les exigences liées à la domanialité publique • Dresse un constat de l'état de la ressource et du milieu aquatique. Recense les différents usages qui sont faits des ressources en eau existantes. • Prend en compte tout document de programmation et d'orientation de l'Etat. • Définit les objectifs et priorités en matière de gestion, de protection et de mise en valeur de la ressource. <p>- Animer et coordonner la politique de l'Etat en matière de police et de gestion des ressources en eau afin de réaliser l'unité et la cohérence des actions.</p>	<p>gestionnaires délégués par les maîtres d'ouvrage.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Rend un avis sur les demandes de cession, d'un gestionnaire délégué à un tiers, d'un contrat de gestion déléguée ou de cession de droits attachés à un tel contrat. - Statue sur les demandes des maîtres d'ouvrage d'exploiter un service d'eau en régie directe et définit un cahier des charges type pour l'exploitation des systèmes d'eau en régie directe. - Définit les critères d'attribution des branchements sociaux.
Structures	<p><u>Conseil d'administration</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Composition : 16 hauts responsables qualifiés en matière de gestion, de préservation et de conservation de la ressource en eau. Ils représentent les usagers et entités impliqués dans ce domaine. <p><u>Direction générale</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Exécute actes émis par le conseil d'administration. - Prépare, assure et encadre les missions de l'ANDEA. 	<p><u>Conseil de l'eau</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Composition : 7 membres comprenant des représentants des communes, des usagers et des directions provinciales des ministères concernés, désignés et nommés par arrêté du gouverneur. - Mission : Elaborer l'organigramme et fixer le règlement intérieur général du personnel de l'agence ; examiner et approuver les programmes d'activités de l'agence ; veiller à la conformité des activités de l'agence par rapport à ses objectifs ; examiner et voter le budget ; accepter les dons et les legs ; veiller à l'intégrité du patrimoine 	<p><u>Le conseil</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Composition : 7 membres nommés par décret en conseil des ministres en fonction de leurs compétences. Ainsi, le conseil comprend : une personne compétente en matière d'ingénierie en systèmes d'adduction, de traitement et de distribution d'eau potable (proposé par le ministre chargé de l'eau potable) ; une personne compétente en droit (proposé par le ministre de la justice) ; une personne compétente en matière de génie sanitaire (proposée par le ministre de la santé) ; une personne compétente en finances publiques

		<p>de l'agence ; approuver la nomination des chargés d'études et de mission, des cadres et personnels de l'agence ; approuver la désignation des commissaires aux comptes.</p> <p><u>Le bureau exécutif</u></p> <p>- Composition : Dirigé par le chef d'agence, assisté de chargés de missions et d'études.</p> <p>- Mission : représente l'agence dans les actes de la vie civile, exécute les délibérations du Conseil de l'eau, exécute les programmes d'activité.</p>	<p>(proposée par le ministre de l'économie et des finances) ; un représentant des usagers du service public de l'eau et de l'assainissement (proposé par le premier ministre) ; un représentant des maîtres d'ouvrages (proposé par le ministre chargé des collectivités locales décentralisées) ; un représentant des gestionnaires de systèmes (proposé par le ministre chargé de l'eau).</p> <p>- Fonction : Administration du SOREA : exécution des missions de régulation du service public de l'eau ; détermination de l'organigramme des services ; définition du statut du personnel ; approbation des budgets et comptes prévisionnels ; approbation des programmes pluriannuels d'investissements ;</p> <p><u>Bureau exécutif</u></p> <p>- Dirigé par un secrétaire exécutif. Il exerce les fonctions techniques, administratives et financières du SOREA.</p> <p>- Exécute les délibérations du Conseil.</p>
--	--	---	--

Annexe 2- Les autorités de planification et de gestion des eaux à La Réunion

Fonction	Autorité de planification	Autorités de régulation	
	Autorité	Comité de bassin	Office de l'eau
Texte institutif	- Article 44 de la loi sur l'eau du 3 janvier 1992 codifiée à l'article L 213-4 du Code de l'environnement qui crée dans chaque DOM un comité de bassin	- Articles L 213-13 à L 213-20 du Code de l'environnement, - Loi n° 2003-660, Loi d'orientation pour l'outre-mer.	- Arrêté préfectoral n° 97-1841 du 8 août 1997, créant la Mission interservices de l'eau élargie en pôle de compétence (MISE).
Nature juridique	- N'a pas la personnalité juridique	- Etablissement public administratif (disposant de la	- N'a pas de personnalité juridique. Structure regroupant les services déconcentrés de

		personnalité morale et de l'autonomie financière)	l'Etat.
Autorité(s) de tutelle	- Préfet de la Région et du Département de La Réunion. -	- Président du Conseil général de La Réunion	- Préfet de la Région et du Département de La Réunion
Attributions	- Il est associé à la mise en place des structures administratives qui se révèlent nécessaires - Elabore les adaptations des dispositions nationales en matière de gestion de la ressource, en matière de planification, de structures administratives, d'activités et installations, de sanction, et de défense nationale pour toutes les opérations liées à l'eau. •	- Facilite les diverses actions d'intérêt commun dans le domaine de la gestion de l'eau et des milieux aquatiques. A ce titre il • Procède aux études nécessaires au suivi des ressources en eau et de leurs usages, • Conseille et fournit une assistance technique aux maîtres d'ouvrage, • Fournit les informations relatives au domaine de la gestion de l'eau et des milieux aquatiques • Sur habilitation du comité de bassin, il est chargé de la programmation, du financement d'actions et travaux en matière de gestion et de planification de l'usage de l'eau ; fixe le taux des redevances pour prélèvement des eaux, après avis conforme du comité de bassin.	- Anime et coordonne les services de l'Etat en vue de permettre : • L'harmonisation des procédures liées à l'instruction des dossiers relatifs à la loi sur l'eau, • L'application cohérente sur le terrain de la police de l'eau et des milieux aquatiques, de la police de la pêche en eau douce, et la réglementation du domaine public maritime et fluvial • La mise en oeuvre au niveau départemental des politiques nationales en matière de gestion de l'eau et des milieux aquatiques dans le cadre des orientations définies par la mission déléguée de bassin. • Assurer la protection de la qualité de l'eau (par la mise en oeuvre du décret n° 94-439 du 3 juin 1994 relatif à la collecte et au traitement des eaux usées, la mise en conformité des périmètres de protection des captages d'eau potable ; la mise en conformité de la qualité des eaux de consommation distribuées ; de la protection des eaux contre les pollutions d'origine agricole par le suivi des programmes agri-environnementaux, la protection des eaux contre les pollutions d'origine industrielle. • Assurer la gestion quantitative des eaux par un inventaire et la régularisation des prélèvements et rejets, la mise en oeuvre des principes de répartition des eaux tels que définis

			<p>par les outils de planification.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Assurer la préservation des écosystèmes aquatiques et des zones humides • Assurer la gestion des risques liés à l'eau par le suivi des plans de prévention des risques liés aux inondations, le suivi des schémas techniques de protection contre les crues, le suivi du programme pluriannuel d'endiguement des ravines. • Garantir l'élaboration des outils de planification (SDAGE et SAGE), et veiller à l'application des prescriptions retenues dans ces documents.
Structures	<p><u>Conseil d'administration</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Composition tripartite : comprend les représentants des services déconcentrés de l'Etat, des collectivités locales, et des usagers. 	<p><u>Présidence</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Président du Conseil général de La Réunion. <p><u>Directeur</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Nommé par arrêté du Président du Conseil général de La Réunion. Il est chargé d'administrer l'office de l'eau. <p><u>Conseil d'administration</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Pour moitié, il est composé des représentants des collectivités locales. De plus, il comprend les représentants des services déconcentrés de l'Etat dans le département, des représentants des usagers et des milieux socio-professionnels, des représentants d'associations agréées de consommateurs et de protection de l'environnement, des personnalités qualifiées dans le domaine de l'eau et des espaces littoraux. Leur mandat est de 6 ans. 	<ul style="list-style-type: none"> - Un représentant du préfet, la DIREN, la DRIRE, la DAF, la DDE, la DDASS et l'ONF, dans le respect des compétences propres à chacun des services.