

Article

« Aménager, canaliser, encadrer juridiquement les rivières du Québec : le poids de l'histoire ? »

David Gilles

Les Cahiers de droit, vol. 51, n°3-4, 2010, p. 923-945.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/045739ar>

DOI: 10.7202/045739ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-d'utilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Aménager, canaliser, encadrer juridiquement les rivières du Québec : le poids de l'histoire ?*

David GILLES**

L'analyse historique du cadre juridique gouvernant le droit de l'eau est naturellement induite par l'histoire législative et oblige à retourner aux sources pour cristalliser la logique juridique qui gouverne les cours d'eau du Québec. Depuis la période de la colonie, un écheveau de normes, aux visées éparées, s'est constitué autour des rivières et des incidences juridiques de leur préservation et de leur exploitation. Pourtant, au cours de l'histoire juridique du droit de l'eau, des solutions innovantes et efficaces, comme la médiation ou l'arbitrage environnemental, ont été imaginées dès les débuts de la colonie. Malheureusement, ni le législateur ni les juges ne sont parvenus à insérer suffisamment de cohérence dans cet ensemble pour le rendre à la fois pérenne et lisible pour le justiciable. Il appartient donc au législateur québécois de se dégager des règles éparées et de faire du Québec davantage qu'un système hydrique exceptionnel exploité, soit de la transformer en une véritable ressource naturelle à la gestion intégrée.

An historic analysis of any set of rules regulating hydrological rights must find its roots in law and thus requires a return to sources in order to bring together the legal reasoning governing, in this case, Québec's waterways. Since colonial times its rivers have become the subject of a maze of overlapping regulations with differing purposes, all bearing

* L'auteur tient à remercier sa collègue Édith Guilhermont pour ses conseils et ses remarques judicieuses ainsi que Mira Levasseur-Moreau, LL.B., étudiante à l'école du Barreau, pour son aimable et appréciable collaboration.

** Professeur de droit, Université de Sherbrooke, directeur adjoint du Groupe de recherche sur les stratégies et les acteurs de la gouvernance environnementale (SAGE).

legally recognized consequences regarding hydrological uses and conservation. Yet from the outset of colonization to the present, the legal history of water rights and obligations has been a vibrant subject of innovative and effective solutions such as mediation or environmental arbitration that were conceived in the very early days of the colony. Unfortunately, neither legislators nor judges have succeeded in endowing this body of regulations with adequate coherence thereby making it long-lasting and understandable for ordinary citizens. It is therefore up to Québec legislators to breathe new life into currently scattered rules and shape them into more than just a well-run hydrologic system, but rather a true Québec natural resource with integrated management.

	<i>Pages</i>
1 Le droit de l'eau endigué par l'histoire	927
1.1 De l'«eau abusée» à l'eau canalisée.....	928
1.1.1 L'accessibilité juridictionnelle: l'intendant comme «ordonnateur environnemental»	929
1.1.2 La conciliation environnementale	931
1.2 La mise en place d'un droit de l'eau «mixte»	934
2 Le droit de l'eau endigué par les normes	939
2.1 Le carcan des strates normatives: l'encadrement juridique des cours d'eau et de leurs ouvrages.....	939
2.2 De l'encadrement juridique à l'État gardien	941
Conclusion	943

François Ost mettait en lumière, dans son ouvrage *La nature hors la loi*, la radicale historicité du rapport entre être humain et nature¹. Le droit de l'eau au Québec², participant de la même dialectique, est donc néces-

1. François OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, Éditions La Découverte, 2003, p. 249.

2. Voir, par exemple, la *Loi sur le régime des eaux*, L.R.Q., c. R-13, art. 2 (ci-après «LRE»).

sairement ancré dans l'histoire³. Dans le domaine de l'eau comme dans le domaine de l'environnement, le droit a toujours cherché à appréhender l'eau dans un objectif de protection⁴. Toutefois, protéger l'environnement hydrique pour ce qu'il est ne constitue pas, historiquement, un sujet de préoccupation. C'est essentiellement la protection de l'usage, de l'exploitation, la lutte contre les pollutions ou les nuisances qui préoccupent les acteurs du monde juridique. Le développement des cités de plus en plus industrielles à l'époque moderne renforcera naturellement cette prise en considération juridique⁵. En définitive, délimiter ce qui relève du juridique, de l'économique ou du social et ce qui relève du naturel est l'expression d'un rapport de force⁶, dépendant du temps et de l'espace, l'eau constituant un enjeu constant de lutte, que ce soit en tant que ressource à acquérir, territoire à aménager ou force à contrôler.

Si la législation québécoise appréhende naturellement les questions liées au droit de l'eau en tenant compte de son historicité, la jurisprudence est amenée à faire de même, notamment en évaluant la perception des considérations environnementales dans le temps et son impact sur le droit. De plus, l'immensité du réseau hydrique du Québec fait de cette question⁷ un enjeu permanent depuis les premiers temps de la colonisation⁸. Par exemple, dans l'affaire *Association des résidents du lac Mercier Inc. c. Paradis*⁹, l'histoire «environnementale» s'invite au cœur de la décision juridictionnelle :

-
3. C'est d'ailleurs le cas de toute l'histoire juridique environnementale: voir François WALTER, «L'historien et l'environnement: vers un nouveau paradigme», *Natures, Sciences, Sociétés*, vol. 2, n° 1, 1994, p. 31.
 4. Witold WOŁODKIEWICZ, «Protection de l'environnement naturel et gestion de l'eau d'hier et d'aujourd'hui», dans Robert BEDON et Ella HERMON (dir.), *Concepts, pratiques et enjeux environnementaux dans l'Empire romain*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2005, p. 53, aux pages 56 et suiv.
 5. À titre d'exemple, voir: Jérôme FROMAGEAU, *La police de la pollution à Paris de 1666 à 1789*, thèse de doctorat d'État, Paris, Université de droit, d'économie et des sciences sociales (Paris II), 1989; John A. DICKINSON, «Réflexions sur la police en Nouvelle-France», (1987) 32 *R.D. McGill* 496.
 6. Sur cette logique, voir Ted STEINBERG, «Down to Earth: Nature, Agency, and Power in History», *American Historical Review*, vol. 107, n° 3, juin 2002, p. 798.
 7. Sur les logiques qui gouvernent cette incidence, voir Michael WILLIAMS, «The Relations of Environmental History and Historical Geography», *Journal of Historical Geography*, vol. 20, n° 1, janvier 1994, p. 3.
 8. Voir: Stéphane CASTONGUAY, «Faire du Québec un objet de l'histoire environnementale», *Globe. Revue internationale d'études québécoises*, vol. 9, n° 1, 2006, p. 17; Ramsay COOK, «Cabbages Not Kings: Towards an Ecological Interpretation of Early Canadian History», *Revue d'études canadiennes*, vol. 25, n° 4, hiver 1990-1991, p. 5.
 9. *Association des résidents du lac Mercier Inc. c. Paradis*, [1996] R.J.Q. 2370 (C.S.), J.E. 96-1756, REJB 1996-29270.

L'emprise a été construite il y a plus d'un siècle, à une époque où les préoccupations environnementales n'avaient pas l'importance que tous leur reconnaissent aujourd'hui. L'impact écologique de l'emprise sur le lac s'est déjà fait sentir et l'on ne peut revenir en arrière, à moins de restaurer complètement le lac à son état naturel antérieur, ce que personne ne demande et qui serait vraisemblablement difficile et coûteux à réaliser. L'existence de l'emprise et le mal écologique qu'elle a pu causer dans le passé sont un fait accompli avec lequel tous les intervenants doivent maintenant malheureusement composer¹⁰.

L'analyse historique du cadre juridique gouvernant le droit de l'eau est ainsi nécessaire, induite naturellement par ces questions, et oblige à retourner aux sources pour percevoir parfaitement la logique juridique qui gouverne les cours d'eau du Québec. C'est d'ailleurs la position qu'ont adoptée le rapport Lord en 1977¹¹ et les travaux d'Henri Brun¹², pionnier de ces questions, même si, de manière plus générale, « une grande partie de l'histoire de la Nouvelle-France reste à écrire dans une perspective écologique¹³ ». Le Québec a connu un « âge de l'eau », un développement préindustriel durant lequel le droit est intervenu pour poser les cadres et les limites de son exploitation. Certaines époques charnières se font jour et, si le droit de l'eau est tributaire de l'histoire juridique de la province et donc de la tradition juridique civiliste¹⁴ et britannique, il s'est rapidement singularisé. L'eau est appréhendée durant le Régime français dans une perspective de police urbaine et comme un outil de développement, à travers l'exploitation de la force hydrique¹⁵. C'est la liquidation du régime seigneur-

-
10. *Id.*, 2382, par. 83; Monique LUSSIER, « De certaines notions et recours de droit civil en matière de responsabilité environnementale extracontractuelle », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de l'environnement, Droit civil en ligne* (DCL), EYB1999DEV136, p. 19.
 11. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC DE L'UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL, *Le droit québécois de l'eau*, par Guy LORD (dir.) avec la collaboration de Jean-Louis BAUDOIN et autres, vol. 1, Québec, ministère des Richesses naturelles, 1977 (ci-après « Rapport Lord »).
 12. Henri BRUN, « Le droit québécois et l'eau (1663-1969) », dans *Le territoire du Québec. Six études juridiques*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1974, p. 147.
 13. Lynn BERRY, « « Le Ciel et la Terre nous ont parlé. » Comment les missionnaires du Canada français de l'époque coloniale interprétèrent le tremblement de terre de 1663 », *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 60, n^{os} 1-2, été-automne 2006, p. 11, aux pages 12 et 13.
 14. Sur cette tradition et le cadre juridique des cours d'eau en France, voir Max THIBAUT, « La protection de la qualité de l'eau des rivières : l'exemple des fleuves côtiers bretons à Saumon atlantique (*Salmo salar*) depuis l'Ancien Régime », dans Marie CORNU et Jérôme FROMAGEAU (dir.), *Genèse du droit de l'environnement*, Actes du colloque tenu à la Faculté Jean Monnet de l'Université Paris Sud, vol. 2 « Droit des espaces naturels et des pollutions », Paris, L'Harmattan, 2001, p. 163.
 15. Voir Daniel JOUSSE, *Commentaire sur l'Ordonnance des eaux et forêts du mois d'août 1669*, Paris, Debure, 1772.

rial qui marque une évolution dans le régime juridique des cours d'eau du Québec. En 1856, le législateur consacre le droit de tout propriétaire riverain « [d'] utiliser et [d'] exploiter tout cours d'eau qui borde, longe ou traverse sa propriété, en y construisant et établissant des usines, moulins, manufactures et machines de toute espèce, et pour cette fin y faire et pratiquer toutes les opérations nécessaires à son fonctionnement, tels écluses, canaux, murs, chaussées, digues et autres travaux semblables¹⁶ ». L'année 1884 et la période allant de 1901¹⁷ à 1918-1919 marquent également une césure forte dans le cadre juridique gouvernant les cours d'eau québécois. Le contexte de notre étude nous oblige ici à une simple esquisse des différentes clés posées par le système juridique pour résoudre certaines difficultés liées à l'encadrement juridique des cours d'eau. Dans une perspective chronologique, le droit de l'eau et plus précisément l'ensemble des normes adoptées en vue de l'aménagement et de l'utilisation des cours d'eau québécois semblent marqués par un héritage historique fort, avant l'abandon du régime seigneurial et le développement économique de la province (1), puis par une accumulation de règles juridiques aux finalités et aux contextes divers, qui obstrue toute tentative d'établissement d'un droit général de l'eau (2).

1 Le droit de l'eau endigué par l'histoire

Utilisés pendant des siècles par les populations amérindiennes comme outil de pénétration vers l'intérieur des terres, de nombreux cours d'eau et rivières au Québec sont entravés par des chutes, des rapides, des îlots¹⁸. Dans les traditions juridiques amérindiennes, très peu de normes portent sur l'eau, à l'exception notamment des rapports au produit de la pêche. Aux premiers temps de la colonisation, c'est tout naturellement que les colons et les administrateurs importent les normes et les logiques normatives françaises¹⁹ dans la province.

16. *Acte pour autoriser l'exploitation des cours d'eau*, S.C. 1856, c. 104, art. 1.

17. *Loi amendant et refondant la loi concernant l'hygiène publique*, S.Q. 1901, c. 19, essentiellement l'article 9. Pour une table de la législation historique relative aux questions de l'eau, voir le rapport Lord, préc., note 11, vol. 1, p. 471-473.

18. Jean-Pierre KESTEMAN, *Histoire de Sherbrooke*, t. 1 « De l'âge de l'eau à l'ère de la vapeur (1802-1866) », Sherbrooke, Éditions GGC, 2001, p. 99.

19. Jean-Louis GAZZANIGA, « Le droit de l'eau dans une perspective historique », dans Max FALQUE et Michel MASSENET (dir.), *Droits de propriété, économie et environnement. Les ressources en eau*, Actes de la II^e Conférence internationale tenue à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille III, les 6, 7 et 8 juillet 1998, Paris, Dalloz, 2000, p. 41 ; Jean-Louis GAZZANIGA et Xavier LARROUY-CASTERA, « Le droit de l'eau et les droits d'eau dans une perspective historique », dans Olivia AUBRIOT et Geneviève

1.1 De l'«eau abusée²⁰» à l'eau canalisée

Dans ce domaine, les normes applicables sous le Régime français sont essentiellement l'*Édit portant règlement général pour les eaux et forêts*²¹ et l'*Ordonnance de la Marine*²², ainsi que les interventions locales du Conseil supérieur et des intendants. À ce maigre corpus s'ajoute la Coutume de Paris, et surtout la doctrine, qui est à l'origine de la plupart des concepts en la matière. Le jugement formulé par le professeur Brun sur le rapport des premiers colons à l'eau est particulièrement sévère. Parlant d'«eau abusée», d'irrespect, il estime que pour les premiers Québécois, l'eau, et notamment le fleuve Saint-Laurent, «est apparu[e] avant tout comme un exutoire, le lieu où ils pourraient se débarrasser de tout ce dont ils souhaitaient l'élimination²³». Estimant que cette pratique était partagée par la communauté, Brun se réfère à un certain nombre d'ordonnances de l'intendant ou du Conseil souverain pour affirmer que cette vision des choses «était la version officielle, plusieurs fois consacrée par des textes ayant force législative dans la colonie²⁴». Il s'appuie, pour étayer cette affirmation, sur diverses ordonnances de police, c'est-à-dire d'administration urbaine, pour montrer qu'il était enjoint à plusieurs corps professionnels (bouchers, vidangeurs, et autres) et aux citoyens de porter au fleuve et sur la grève les immondices et autres résidus d'activité, afin de préserver la population de toute épidémie²⁵. Il faut relever que cette pratique est

JOLLY (dir.), *Histoires d'une eau partagée. Irrigation et droits d'eau du Moyen Âge à nos jours. Provence, Alpes, Pyrénées*, Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, 2002, p. 17.

20. L'expression est du professeur H. BRUN, préc., note 12, p. 153.
21. *Édit portant règlement général pour les eaux et forêts*, août 1669, reproduit dans MM. ISAMBERT, DECRUSY et TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420, jusqu'à la révolution de 1789*, t. 18, Paris, Belin-Leprieur, 1829, p. 219.
22. *Ordonnance de la marine*, août 1681, reproduite dans MM. ISAMBERT, DECRUSY et TAILLANDIER, préc., note 21, t. 19, p. 282.
23. H. BRUN, préc., note 12, p. 153. À titre d'exemple, citons l'ordonnance du 5 avril 1745 de François Daine, lieutenant général de la Prévôté de Québec, qui prescrit à tous les particuliers d'amasser «le fumier et autres immondices qui se trouvent dans les rues et de les mettre le long du mur de leur maison, pour être ensuite jetés chaque samedi dans la rivière, à la campagne ou dans les carrières»: *Ordonnance de police de François Daine, lieutenant général de la Prévôté de Québec*, 5 avril 1745-13 avril 1746, Bibliothèque et Archives nationales du Québec (BANQ), Centre d'archives de Québec, Fonds Prévôté de Québec, TL1, S11, SS2, D1446 (toutes les références TL et E indiquées ci-après proviennent de ce fonds d'archives).
24. H. BRUN, préc., note 12, p. 153.
25. Voir les *Édits, Ordonnances Royaux, Déclarations et Arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada*, vol. 2 «Arrêts et Règlements du Conseil Supérieur de Québec, et Ordonnances et Jugements des Intendants du Canada», Québec, E.R. Fréchette, 1855, p. 65-73, 135-139 et 403, et vol. 3 «Complément des Ordonnances et Jugements des

propre à l'époque et que les tisserands, les foulons et les bouchers, qu'ils soient en Amérique du Nord ou en Europe, ont tous cet usage de l'eau. La création de la lieutenance de police à Paris en 1667 et l'influence majeure des corporations sur la réglementation de certaines activités commerciales potentiellement nuisibles répondent à la même logique en Europe²⁶. Cela ne la légitime en rien, mais, comme le relève Brun lui-même, si tout souci de préservation de l'eau est absent ici, sa qualité n'était « nullement mise en péril par une population d'une aussi faible densité²⁷ ». La qualité de l'eau, sa force, les tracés des cours d'eau font l'objet d'une préoccupation permanente de la part des administrateurs. Deux caractéristiques semblent marquer le Régime français : d'une part, une grande accessibilité et réactivité juridictionnelle à travers l'institution de l'intendant, véritable « ordonnateur environnemental » ; et, d'autre part, le recours remarquable à une pratique embryonnaire de « médiation environnementale » par recours à l'arbitrage pour toute une série de conflits relatifs à l'eau.

1.1.1 L'accessibilité juridictionnelle : l'intendant comme « ordonnateur environnemental »

Dans le contexte du Régime français, les administrateurs se préoccupent d'abord du cours naturel des rivières et des ruisseaux, car ces derniers servent notamment de délimitation aux propriétés et parce que la force hydrique des cours d'eau constitue la seule force industrielle, d'ailleurs au cœur de la richesse domaniale à travers les moulins banaux notamment²⁸. La règle alors applicable durant le Régime français, et qui sera préservée jusqu'en 1856, est que le propriétaire riverain n'a qu'un droit d'usage

Gouverneurs et Intendants du Canada, précédé des Commissions des dits Gouverneurs et Intendants et des différents Officiers Civils et de Justice», Québec, E.R. Fréchette, 1856, p. 431 et 471.

26. Carine JALLAMION, « Contribution à une histoire du droit privé de l'environnement : la lutte du juge judiciaire contre les pollutions et nuisances », *Bulletin du droit de l'environnement industriel* 2009, suppl. au n° 19.7 (n° 793).
27. H. BRUN, préc., note 12, p. 153; il faut bien reconnaître, à travers une recherche par mots clés dans les banques de données des archives de la BANQ, que si l'eau est fortement présente dans l'ordonnancement normatif de l'intendant et des juridictions de la province, ce sont essentiellement les abus d'eau de vie qui occupent les magistrats de la colonie. Toutefois, l'encadrement juridique et les conflits autour de la question hydrique sont bien présents.
28. Mémoire des jésuites concernant le moulin de leur seigneurie de Notre-Dame-des-Anges en eau : *Mémoire pour les Révérends Pères Jésuites, missionnaires établis au Canada*, 8 mars 1729-15 février 1739, BANQ, Centre d'archives de Québec, Fonds Ministère des Terres et Forêts, E21, S64, SS5, SSS5, D792. L'ordonnance de l'intendant Hocquart du 3 août 1731 les condamnait à combler définitivement le fossé qu'ils avaient fait sur leurs terres, situation qu'ils qualifiaient d'« insoutenable ».

« ordinaire » de l'eau bordant sa propriété, à des fins domestiques. L'ensemble des usages extraordinaires, à finalité commerciale ou industrielle, ne peut se faire que dans le respect des droits des autres propriétaires. À défaut, en cas d'inondation ou de refoulement des eaux par exemple, le propriétaire riverain dispose du droit d'obtenir réparation mais également d'obtenir démolition de l'ouvrage érigé et sis dans le cours d'eau²⁹. L'entretien des cours d'eau est également un souci constant, tant pour les populations que pour l'intendant, en vue de permettre une bonne circulation³⁰ ou un « égouttement des terres »³¹. La qualité de l'eau et les nuisances éventuelles qui peuvent la ternir sont également une préoccupation de la population, essentiellement dans des rapports de voisinage conflictuels³². Ainsi, l'activité d'abattage de castors est encadrée juridiquement, sous peine d'amende, car elle est susceptible de corrompre la source qui approvisionne un village ou un moulin³³. C'est fort logiquement la question de l'utilisation de la force hydrique — à travers les conflits relatifs aux moulins banaux — qui prend une place prépondérante dans les archives. L'intendant interdit aux habitants d'encombrer une rivière qui fournit l'eau à un moulin à scie³⁴, oblige au rétablissement d'une digue permettant de faire venir l'eau à un moulin³⁵. Une analyse « environnementale » est parfois requise pour établir les lieux les plus adéquats permettant de faire fonctionner ces ouvrages³⁶. Enfin, dès cette période, un droit à l'eau s'affirme assez clairement : il se manifeste dans le contentieux essentiellement sous la forme de différends de voisinage³⁷, soit afin de contrôler l'accès à l'eau

29. Lorne GIROUX et autres, « Le régime juridique applicable aux ouvrages de retenue des eaux au Québec », (1997) 38 C. de D. 3, 6.

30. *Procès-verbal de Jean-Eustache Lanouillier de Boiscler*, 5 mai 1732, BAnQ, Centre d'archives de Québec, Fonds Grands Voyers, E2, P431, M29/2.

31. *Requête d'Agathe Saint-Père*, 17 juin 1743-23 août 1743, BAnQ, Centre d'archives de Québec, Collection Pièces judiciaires et notariales, TL5, D2681, M67/53.

32. *Requête d'Augustin Gilbert et d'autres habitants demeurant à Québec adressée à l'intendant, relativement à un puits qu'ils auraient fait bâtir chez la nommée Sanssoucy*, 1^{er} janvier 1729-31 décembre 1748, BAnQ, Centre d'archives de Québec, Collection Pièces judiciaires et notariales, TL5, D2742, M67/53.

33. *Ordonnance de l'intendant Bigot*, 13 juin 1755, BAnQ, Centre d'archives de Québec, Fonds Intendants, E1, S1, P4198, M5/9.

34. *Ordonnance de l'intendant Bégon*, 20 mai 1714, BAnQ, Centre d'archives de Québec, Fonds Intendants, E1, S1, P893, M5/2.

35. *Ordonnance de l'intendant Hocquart*, 16 juin 1738, BAnQ, Centre d'archives de Québec, Fonds Intendants, E1, S1, P3030, M5/6.

36. *Ordonnance de l'intendant Bigot*, 26 février 1749, BAnQ, Centre d'archives de Québec, Fonds Intendants, E1, S1, P3865, M5/8.

37. *Litige entre Antoine Crespin (Crépin), notaire royal de la Côte-de-Beaupré, d'une part, et Jean-Baptiste Rieutord, chirurgien de Château Richer, et Pierre Gagnon, d'autre part, à propos des droits sur l'eau passant sur leurs terres*, 26 janvier 1770-15

sur sa propriété³⁸, soit pour protéger le cours naturel des rivières et des sources³⁹. Bien évidemment, à ces actions juridictionnelles s'ajoutent les interventions normatives de l'intendant, d'un point de vue tant de police urbaine que d'intervention à vocation commerciale et économique, qui touchent indirectement les questions liées au droit de l'eau. Ainsi, une ordonnance de l'intendant, en 1725, fondée sur l'*Ordonnance de la Marine* de 1681, affirme que la pêche à la mer est l'apanage de tous, ce qui sera réaffirmé et généralisé par le Conseil privé en 1920, «consacrant le droit du public de pêcher dans les eaux navigables sujettes à marée⁴⁰». À ces causes et à ces actes normatifs s'ajoutent toute une série de cas d'arbitrage et de médiation locale pour régler notamment les questions relatives aux débordements des fossés et aux détours des cours d'eaux.

1.1.2 La conciliation environnementale

La pratique de l'arbitrage et de la conciliation est fort ancienne, et le faible nombre de juridictions sur le territoire de la Nouvelle-France avait incité les administrateurs à favoriser ces actes de procédure afin d'améliorer l'accessibilité à la justice et la résolution des différends. Parmi les domaines qui trouvent à être résolus par l'arbitrage volontaire ou juridictionnel, figurent notamment les litiges relatifs aux servitudes et aux droits réels portant sur des biens immeubles, comme les problèmes de fossés bordant deux terres, l'écoulement des eaux, les droits de passage et les questions de bornage. Il faut souligner que le recours au terme «arbitrage» pour cette période ne correspond pas aux canons de la terminologie moderne, les distinctions entre *médiation*, *arbitrage*, *conciliation* et *expertise* étant caduques pour ce contexte. Dans les questions de conciliation des différends relatifs aux eaux, il s'agit essentiellement d'un arbitrage volontaire, où les arbitres, le plus souvent des habitants du lieu⁴¹, déterminent le lieu et les responsabilités des propriétaires au regard de l'établissement d'un fossé ou du détournement d'une rivière. Ainsi, lorsque les arbitres

juillet 1771, BAnQ, Centre d'archives de Québec, Fonds Cour des plaidoyers communs du district de Québec, TL24, S1, D1039.

38. *Requête de Quentin Moral (Morel), sieur de Saint-Quentin, contre François le Maistre (Lemaître) pour lui défendre d'envoyer quérir de l'eau à sa mare*, 24 décembre 1660, BAnQ, Centre d'archives de Trois-Rivières, Fonds Juridiction royale des Trois-Rivières, TL3, S11, P531, M38/1.
39. *Ordonnance de l'intendant Hocquart*, 3 octobre 1735, BAnQ, Centre d'archives de Québec, Fonds Intendants, E1, S1, P2771, M5/6.
40. H. BRUN, préc., note 12, p. 186.
41. *Rapport d'arbitrage au sujet d'un fossé pour des raisons non spécifiées*, 24 octobre 1757, BAnQ, Centre d'archives de Montréal, Fonds Juridiction royale de Montréal, TL4, S1, D6190.

se prononcent le 9 juillet 1750⁴² en matière de débordement des eaux de deux terres avoisinantes, ils estiment le préjudice et, dans le même temps, posent les règles qui permettront la résolution du différend. La forme de ces arbitrages, évaluations ou expertises se trouve fort peu contraignante. La même logique est appliquée dans le rapport d'arbitrage relatif à un fossé, du 24 octobre 1757⁴³, rédigé par les « arbitres-experts », qui vise l'établissement de servitude d'écoulement des eaux. L'arbitrage se situe parfois dans une procédure contentieuse⁴⁴. Ces types d'arbitrage participent ainsi aux nécessaires écoulements permettant de rendre les concessions de terres salubres⁴⁵, les fossés ayant pour objet de « conduire au fleuve les eaux qui viennent de la profondeur des terres voisines et noient les prairies et labours⁴⁶ ». Il ne faut pas oublier, à l'analyse de ces actes, qu'une grande part de ces situations juridiques n'a pas forcément laissé de trace écrite⁴⁷. C'est avec la domination britannique que l'ancien droit de l'eau français commence à vraiment s'intégrer à la vie de la colonie, plusieurs textes locaux s'avérant jusque-là dérogatoires à la législation du royaume⁴⁸. Sans exagérer la place de ces actes de procédure dans la vie juridique de la Nouvelle-France, nous pouvons souligner que ces modes de résolution des différends apportaient une réponse appropriée, rapide et peu coûteuse à plusieurs conflits relatifs à l'accès à l'eau et contribuent à une gestion « concertée » des ressources hydriques au niveau local. Le développement

42. André LAFONTAINE, *Le Bailliage de Notre-Dame-des-Anges*, t. 2, Sherbrooke, 1988, p. 44.

43. *Rapport d'arbitrage au sujet d'un fossé pour des raisons non spécifiées*, préc., note 41.

44. *Procès impliquant J. Debien et Jean Rodier dit St-Martin, au sujet d'un fossé*, 19 octobre 1756, BAnQ, Centre d'archives de Montréal, Fonds Juridiction royale de Montréal, TL4, S1, D6125.

45. *Ordonnance de l'intendant Dupuy qui commet Claude Guimont, capitaine de la côte du Cap-Saint-Ignace, pour visiter les terres de Louis Cloutier, Jean Cloutier, François Bélanger, la veuve Bélanger, les mineurs Bélanger et Louis Langelier, tous habitants de L'Islet et Saint-Jean, et faire rapport sur les fossés nécessaires pour l'écoulement des eaux*, 4 février 1727, BAnQ, Centre d'archives de Québec, Fonds Intendants, E1, S1, P1795, M5/4, Cahier 12A, f. 20v-21.

46. *Ordonnance de l'intendant Hocquart*, 9 juillet 1734, BAnQ, Centre d'archives de Québec, Fonds Intendants, E1, S1, P2674, M5/6, f. 107v-108v. Voir également l'*Ordonnance de l'intendant Hocquart*, 16 juillet 1734, BAnQ, Centre d'archives de Québec, Fonds Intendants, E1, S1, P2682, M5/6, f. 117v-118v.

47. Catherine PLANTE, Matthew HATVANY et Najat BHIRY, « Le haut marais de l'Isle-aux-Grues: un exemple d'exploitation et de développement durables », *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 60, n^{os} 1-2, été-automne 2006, p. 37.

48. Voir notamment: *Édit portant règlement général pour les eaux et forêts*, préc., note 21, titre XXVII, art. 42; H. BRUN, préc., note 12, p. 156.

de l'urbanisation et la Conquête vont transférer pour partie ce contentieux vers les juges de paix⁴⁹.

De manière plus générale, les fondements juridiques français concernant le droit privé de l'eau restent les mêmes après l'*Acte de Québec*, l'ordonnancement juridique réglementaire d'origine britannique prenant néanmoins petit à petit la place des normes françaises en matière de police et de règlements administratifs et municipaux⁵⁰. En reprenant les mots de Jean-Pierre Baud pour l'ancien droit français, nous pouvons écrire qu'il existait, « sous l'Ancien Régime, une politique de l'environnement dans l'attente de trouver un adversaire à sa taille⁵¹ », celle-ci pouvant convenir, moyennant certains aménagements, à l'industrialisation du XIX^e siècle. Toutefois, au début de celui-ci, si le droit reste le même, l'édification des projets industriels augmente la pression sur le législateur, ce qui l'invite à une nécessaire évolution juridique. L'édification de plusieurs canaux — notamment le canal de Lachine — va faire naître un certain nombre de différends juridiques au XIX^e siècle⁵², sans que la jurisprudence innove véritablement dans le domaine du droit de l'eau, qui reste le même jusqu'à la liquidation du régime seigneurial. Pratiquement, les dynamiques de la gouvernance environnementale sont assez proches, dès cette période, des logiques modernes⁵³. Si les termes « gouvernance » ou « développement durable »⁵⁴ n'existent pas, les logiques qui les sous-tendent — de préservation ou de concertation du milieu — sont bel et bien présentes. Ainsi, en 1830, un projet d'exploitation des voies navigables de la région de Sherbrooke, à travers un canal et un aménagement des cours d'eau, met en œuvre une consultation de la population⁵⁵, le député Samuel Brooks présentant par la suite une pétition des habitants en 1831. Une commission parlementaire débloque alors la somme de 12 000 dollars pour améliorer la navigation sur la rivière Saint-François⁵⁶ sans donner suite à un projet plus ambitieux.

49. Voir Donald FYSON, *Magistrates, Police, and People. Everyday Criminal Justice in Québec and Lower Canada, 1764-1837*, Toronto, University of Toronto Press, 2006, p. 38-39 et 123-129.

50. Sur l'application des différentes ordonnances du Régime français après la Conquête, particulièrement en ce qui a trait à la propriété des eaux non navigables, voir H. BRUN, préc., note 12, p. 157 et suiv.

51. Jean-Pierre BAUD, « Le voisin protecteur de l'environnement », *R.J.E.* 1978.1.16, 23.

52. Voir, par exemple, *Ira Gould v. The Mayor, Aldermen, and Citizens of the City of Montreal*, (1860) 3 L.C. Jur. 197 (B.R.).

53. Voir Luc LE BLANC, *L'histoire législative des travaux publics au Canada 1764-1866*, Québec, GID, 2009, p. 17-101.

54. Voir, pour une réalisation pratique d'un « développement durable historique », C. PLANTE, M. HATVANY et N. BHIRY, préc., note 47, p. 40.

55. J.-P. KESTEMAN, préc., note 18, p. 101.

56. *Id.*, p. 102.

1.2 La mise en place d'un droit de l'eau « mixte »

L'Édit portant règlement général pour les eaux et forêts de 1669, s'il laisse de côté le statut patrimonial des eaux non navigables⁵⁷, fixe le caractère domanial des eaux navigables⁵⁸. Au moment de la Conquête, la domanialité est appréhendée comme une notion de droit privé, ce qui justifie, après l'Acte de Québec qui réaffirme les règles de droit français pour les questions de biens et de personnes, le maintien des règles de partage de la propriété publique et privée venant de l'ancien droit français, malgré l'absence d'enregistrement de ces ordonnances⁵⁹. Les logiques juridiques issues de la common law vont néanmoins être introduites dans l'ordonnement du droit de l'eau, de manière prudente avant 1854 puis de façon accélérée à la fin de ce siècle. Le régime seigneurial est aboli en 1854⁶⁰, et la Cour seigneuriale chargée de liquider les propriétés fondées sur ce régime va alors définir les droits concédés dans le cas des cours d'eau d'après le même critère de la navigabilité⁶¹. Ainsi, « dans les eaux navigables, les seigneurs n'avaient d'autres droits que ceux qui leur étaient expressément accordés par leurs titres ; dans les eaux non navigables, la règle était inverse : leur lit appartenait implicitement au seigneur par la concession des terres riveraines, à moins d'exclusion dans le titre⁶² ». La Cour seigneuriale a rejeté, au moment de l'abolition du régime, la revendication par les seigneurs du droit d'interdire la construction de moulins, d'usines ou d'ouvrages mus par l'eau sur le territoire de leur seigneurie⁶³.

Le caractère « mixte » du droit de l'eau peut être analysé de différentes manières. Il est mixte, car il touche à la fois à la sphère romaniste mais aussi à la sphère de common law, sans que cette réalité ait une grande incidence. C'est à partir du milieu du XVIII^e siècle que les juridictions britanniques vont

57. Rapport Lord, préc., note 11, p. 56.

58. À cette disposition s'ajoute notamment la déclaration royale d'avril 1683 : *Édit concernant les droits de propriété sur les îles, [atterrissements], passages, bacs, ponts, moulins et autres droits sur les rivières navigables*, reproduit dans MM. ISAMBERT, DECRUSY et TAILLANDIER, préc., note 21, t. 19, p. 425 ; D. JOUSSE, préc., note 15, titre XXVII, art. 41, p. 357.

59. Rapport Lord, préc., note 11, p. 57.

60. *Loi abolissant les rentes seigneuriales*, S.Q. 1935, c. 82.

61. Georges BAILLARGEON, « À propos de l'abolition du régime seigneurial », *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 22, n° 3, 1968, p. 365.

62. Les mêmes principes étaient appliqués aux terres sous la tenure de franc et commun soccage ; rapport Lord, préc., note 11, p. 59.

63. Un seul droit exclusif leur est reconnu, dans la lignée du Régime français, c'est-à-dire le moulin banal ou le moulin à farine ; L. GIROUX et autres, préc., note 29, 6 ; voir *Seignorial questions*, vol. 1, Québec, Côté, 1856, p. 77a et 82a, cité dans le rapport Lord, préc., note 11, p. 183.

élaborer une importante mais instable jurisprudence relative aux droits de l'eau. Elle trouvera son fondement dans les concepts romanistes de biens communs et de droit naturel de propriété, en prolongeant les travaux de Bracton et de Blackstone⁶⁴. Ainsi, comme le souligne Joshua Getzler, le droit de l'eau est l'un des domaines les plus romanistes de la common law, ce qui démontre combien les fondements des deux systèmes peuvent être rapprochés⁶⁵.

Cependant, le droit de l'eau québécois peut être également dit « mixte », car il touche autant aux questions de droit public et réglementaire qu'au droit privé, bien que cette perspective soit trop souvent occultée de la réflexion sur ces questions. En effet, les riverains « des rivières et cours d'eau » ont toute une série de droits subjectifs et intimement liés à leur droit de propriété : un droit à l'accès à l'eau, soit le droit d'entrée et le droit de sortie⁶⁶, un droit d'usage ordinaire à des fins domestiques ou non commerciales, le droit d'une défense contre toute obstruction limitant son droit d'usage, le droit d'une réserve d'eau potable, un droit de vue⁶⁷, le droit d'un usage aux fins de loisir, un droit de navigation qui ont été affirmés sur la base du *Code civil du Bas Canada* et la tradition civiliste par la jurisprudence au XIX^e siècle. Les limites essentielles de ces droits sont les droits des autres riverains, la logique de ce rapport étant celui de la responsabilité civile. « Le riverain dont la propriété est traversée par une eau courante ou qui borde une telle eau a des obligations à l'égard des autres riverains quant à la quantité d'eau qui leur est destinée. Il assume aussi envers les autres riverains une obligation générale de ne pas détériorer la qualité de l'eau⁶⁸ », le riverain ayant un recours civil contre son coriverain qui pollue l'eau courante et diminue ainsi le droit d'usage domestique, en sus des différentes sanctions pénales et administratives. Il s'agit alors d'un recours en dommages, naissant d'un abus de droit clairement affirmé en jurisprudence⁶⁹. Historiquement, le droit français a bâti un régime de responsabilité relativement large sur le fondement du décret de 1810⁷⁰ et

64. Voir notamment William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2 « Of the Rights of Things », Oxford, Clarendon Press, 1766, p. 14, 18 et 33.

65. Joshua GETZLER, *A History of Water Rights at Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 65 et suiv.

66. Rapport Lord, préc., note 11, p. 156.

67. *Dunning c. Girouard* (1877), 9 R.L. 177 (B.R.).

68. Rapport Lord, préc., note 11, p. 168 et 169.

69. *Id.*

70. *Décret impérial du 15 octobre 1810 relatif aux manufactures et ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode*, Bulletin des lois, 1810, t. 45, n° 323, p. 397.

sur la base de l'article 1382⁷¹ du Code civil français, la faute consistant alors à ne pas avoir pris toutes les précautions nécessaires pour éviter de nuire à autrui⁷². La ligne imprimée par le droit québécois est moins ouverte à l'idée d'accepter l'engagement de la responsabilité lorsque le propriétaire démontre un respect des dispositions réglementaires dans le cas des barrages. Les dispositions des articles 13 à 15 de la *Loi sur le régime des eaux* fondent depuis 1856 un régime de responsabilité spécifique pour les dommages résultant de la simple existence d'un ouvrage de retenue ou d'emmagasinement dans un cours d'eau⁷³. L'interprétation des tribunaux au regard de ces dispositions spécifiques reposait auparavant sur l'idée que la loi définissait «une servitude légale en faveur du propriétaire ou de l'exploitant de l'ouvrage lui permettant de retenir les eaux et même d'inonder les propriétés voisines, à charge de payer une indemnité⁷⁴». Bien évidemment, de nos jours, l'article 976 du Code et son interprétation dans l'arrêt *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*⁷⁵ sont susceptibles de venir déplacer le point de fuite de cette question.

Aux droits riverains au sens strict s'ajoute le droit d'ancrage et d'amarage qui est envisagé par certains auteurs comme une sorte de servitude publique qui s'impose à tous ceux qui ont des droits sur le lit et les rives d'un cours d'eau⁷⁶. Comme le révèle l'arrêt *Dunning c. Girouard*⁷⁷, pour pouvoir se plaindre d'un trouble à ce droit dans le cas d'un cours d'eau navigable appartenant à l'État, le riverain doit démontrer l'existence d'un dommage direct personnel, actuel et spécial⁷⁸. Les dispositions de l'article 501 C.c.B.C. limitent la possibilité de détournement de l'eau, le riverain devant rendre l'eau qu'il reçoit intacte aux propriétaires des fonds inférieurs⁷⁹. Cette obligation de rendre qualitativement et quantitativement

71. Voir : J.-P. BAUD, préc., note 51 ; Jean-Louis GAZZANIGA, Jean-Paul OURLIAC, Xavier LARROUY-CASTERA, *L'eau : usages et gestion*, Paris, Éditions Litec, 1998.

72. La Cour de cassation française, à partir d'un arrêt de principe du 27 novembre 1844 (Civ. 27 nov. 1844, D.P. 1845.1.13, J.P. 1845.5), finit par accorder réparation chaque fois que le dommage excède les « obligations raisonnables » du voisinage ; C. JALLAMION, préc., note 26, 13.

73. L. GIROUX et autres, préc., note 29, 54 et suiv.

74. *Id.*, 55.

75. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 976 ; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392, 2008 CSC 64.

76. René DUSSAULT et Normand CHOUINARD, « Le domaine public canadien et québécois », (1971) 12 C. de D. 5, 57.

77. *Dunning c. Girouard*, préc., note 67.

78. Rapport Lord, préc., note 11, p. 173.

79. *Id.*, p. 121 : l'article 501 C.c.B.C. concernant les servitudes d'écoulement des eaux s'appliquait aux eaux de pluie et de surface mais également aux eaux souterraines. Dans l'affaire *Rochford v. Philie*, [1959] B.R. 567, 573 (C.A.), la Cour d'appel a affirmé que

l'eau aux autres riverains a été caractérisée très tôt par la jurisprudence⁸⁰. C'est le cas, par exemple, dans l'arrêt rendu par le Conseil privé en 1916, *Cité de Québec v. Bastien*⁸¹. L'article 503 C.c.B.C. et la *Loi sur le régime des eaux* permettent au propriétaire d'exploiter les cours d'eau à des fins commerciales en construisant notamment des usines, des moulins ou des manufactures ou encore en construisant des canaux, des écluses, des murs, des digues ou toute installation nécessaire⁸². En détournant les eaux, soit courantes, soit de ruissellement, le «riverain ne peut créer une nouvelle servitude d'écoulement contre un fonds qui ne recevait pas naturellement celles-ci⁸³». Les droits des riverains sont donc par essence et historiquement relatifs devant les intérêts des autres riverains, mais aussi de la collectivité du bassin versant et plus largement de la communauté qui jouit d'un intérêt pour la préservation des ressources naturelles, du point de vue qualitatif et quantitatif.

Le droit de l'eau est également «mixte» en ce qu'il oblige à un perpétuel balancement entre les normes fédérales et les normes provinciales depuis 1867. En vertu de l'article 117 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867, chaque province conserve la propriété de ses eaux navigables⁸⁴. La Couronne fédérale détient ainsi les droits de propriété étendus dans le domaine maritime, elle seule pouvant contrôler les droits accessoires à cette propriété⁸⁵. Les ouvrages prévus par l'article 92 (10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* peuvent échapper à l'emprise de la législation provinciale sur l'eau, notamment les canaux reliant la province à une autre ou les ouvrages qui sont déclarés par le Parlement à l'avantage général du Canada ou à l'avantage de deux ou plusieurs provinces⁸⁶. La jurisprudence a toutefois influé sur cette logique, le Conseil privé ayant considéré, en 1899, que ces ouvrages font partie de la province où ils sont situés et ne sont généralement pas exemptés des lois provinciales⁸⁷. Globalement, les chevauchements des pouvoirs fédéraux et provinciaux stigmatisés dans

«le demandeur doit garder son eau, qu'elle soit l'effet de l'élévation, en surface, des nappes souterraines ou du jaillissement d'une source mise en activité, l'art. 501 C.C. ne formulant aucune distinction».

80. Rapport Lord, préc., note 11, p. 178 et 179.

81. *Cité de Québec v. Bastien*, (1916) 25 B.R. 539, (1922) 28 R.L. n.s. 1.

82. Rapport Lord, préc., note 11, p. 181 et 182.

83. *Id.*, p. 180.

84. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 117; H. BRUN, préc., note 12, p. 173 et 174.

85. Rapport Lord, préc., note 11, p. 22 et 23. Les terres indiennes relèvent de la même logique, bien qu'elles ne soient pas propriété de la Couronne fédérale.

86. *Id.*, p. 23.

87. *Canadian Pacific Railway Co. v. Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367 (P.C.).

les recommandations du rapport Pearse (1985) sont en germe dès 1867. La *Loi constitutionnelle de 1867* confie à Ottawa le pouvoir de réglementer le droit public de navigation, ce qui laisse à la jurisprudence la tâche de fixer les limites d'un tel pouvoir⁸⁸.

En 1899, le législateur va poser l'un des piliers du droit domanial à travers la création de la réserve des trois chaînes⁸⁹. À la suite de ce moment clé, l'année 1918 voit la modification de l'article 400 du C.c.B.C⁹⁰, lequel déclare domaniaux les lacs, rivières et cours d'eau non navigables et flottables bordant les terres aliénées par l'État après le 9 février 1918⁹¹, avec pour résultat que le domaine public va conserver le lit de tous les cours d'eau non navigables même si l'État doit aliéner la réserve des trois chaînes. En maintenant les fondements traditionnels du statut patrimonial des eaux, l'État québécois reste ainsi propriétaire de la rivière ou du lac. En toute logique, cette réforme qui décrète les eaux non navigables, adjacentes aux terres concédées à partir de 1918, comme propriété domaniale de l'État aurait dû rendre inutile la réserve des trois chaînes⁹². Cette incohérence est symptomatique de l'agrégation de normes qui caractérise le développement du droit de l'eau à partir des années 1880 et qui sera amplifiée par le développement des ouvrages d'art, privés ou publics, durant le xx^e siècle. Rappelons que le xix^e siècle a été, globalement, une période de prise en considération des intérêts économiques, tant au Canada que dans les autres pays industriels⁹³. Le législateur se devait alors d'harmoniser les différents usages reconnus d'utilité générale comme les usages domestiques, industriels et agricoles. L'évolution des sociétés industrielles semble donc avoir imposé son propre programme normatif pour permettre une gouvernance de l'eau, les 40 années allant de 1880 à 1920 ayant, quel que soit le pays⁹⁴, nécessité une mise à jour de l'ordonnancement normatif.

88. Voir : *Normand c. La compagnie de navigation du St. Laurent*, (1880) 10 R.L. 513 (B.R.); *Booth v. Lowery*, (1917) 54 S.C.R. 421.

89. *Loi concernant la pêche et les pêcheries*, S.Q. 1899, c. 23, art. 1 et 4.

90. *Loi amendant l'article 400 du Code civil*, S.Q. 1918, c. 72.

91. La logique posée par cette réforme ne sera cristallisée officiellement en jurisprudence qu'en 1987 par l'affaire *Québec (P.G.) c. Healy*, [1987] 1 R.C.S. 158. En l'occurrence, la Cour a conclu que la réserve des trois chaînes à des « fins de pêche » avait, depuis l'origine, conféré à la Couronne un droit de propriété et que la loi de 1919 était une loi à la fois interprétative et déclaratoire. La réserve des trois chaînes s'étend aux terres riveraines des cours d'eau navigables et flottables depuis 1970 : *Loi de la conservation de la faune*, L.Q. 1969, c. 58, art. 83.

92. H. BRUN, préc., note 12, p. 185.

93. Bernard BARRAQUÉ, « Les politiques de l'eau en Europe », *Revue française de science politique*, vol. 45, n° 3, 1995, p. 420.

94. Voir Jacques SIRONNEAU, « Genèse et évolution du droit de l'eau en France », dans M. CORNU et J. FROMAGEAU (dir.), préc., note 14, p. 195.

2 Le droit de l'eau endigué par les normes

«Embarqué, comme les autres créatures vivantes, dans le grand jeu du monde, l'homme est aussi celui qui entend y introduire de la rationalité et en modifier les règles à son usage⁹⁵.» Le constat du professeur Brun en 1969, considérant que le droit québécois de l'eau «loge à plus de quarante enseignes⁹⁶», est malheureusement encore plus d'actualité en 2010. Certes, les normes propres au droit de l'eau — en particulier celles qui encadrent les cours d'eau québécois — se sont multipliées au xx^e siècle, mais elles n'ont pas gagné en cohérence et les récents efforts pour les harmoniser ne sont pas parvenus à effacer l'accumulation de strates normatives qui rendent l'exercice des droits de l'eau particulièrement difficile. La *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, adoptée le 11 juin 2009⁹⁷, porte sur la révision du cadre juridique concernant l'eau et, de ce fait, ne peut faire l'économie d'une réflexion rétrospective sur les errances normatives du siècle dernier.

2.1 Le carcan des strates normatives : l'encadrement juridique des cours d'eau et de leurs ouvrages

Historiquement, les ouvrages d'art qui permettent de canaliser, d'en-traver ou d'exploiter les cours d'eau et leurs conséquences sont définis comme des «usage[s] extraordinaire[s]⁹⁸» de l'eau par la jurisprudence. Avant la fin du régime seigneurial, la perception de ces usages est relativement restreinte. Ce régime semble se limiter à l'édification de moulins banaux, dont le régime a bien été balisé par l'ancien droit seigneurial français. Cette position très restrictive ne peut avoir l'heur de plaire aux intérêts économiques qui souhaitent bénéficier de forces hydrauliques dont le développement devient une clé de la croissance industrielle québécoise qui s'ouvre au tournant du xx^e siècle⁹⁹. Comme le soulignent les auteurs du rapport Lord, alors que le propriétaire riverain d'une rivière non navigable et non flottable peut faire des installations sur le fondement de son droit de propriété, «la loi statutaire confère au riverain d'une rivière, qu'elle soit navigable ou non navigable, un droit d'utilisation ou d'occupation de

95. F. OST, préc., note 1, p. 250.

96. H. BRUN, préc., note 12, p. 151.

97. *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, L.R.Q., c. C-6.2.

98. *Minor v. Gilmour*, (1859) 9 L.C.R. 115, 118, par. 60 (P.C.).

99. Sur les droits afférents aux barrages, voir COMMISSION D'ÉTUDE DES PROBLÈMES JURIDIQUES DE L'EAU, *Le régime juridique des terrains affectés par les bassins d'emmagasinement d'eau. Étude 1.5*, par Gabriel FORTIN, janvier 1970, Québec, La Commission, 1976, notamment p. 8-63.

la propriété de l'État similaire¹⁰⁰». Dans cette perspective, le droit conféré par la loi au riverain est le droit de tirer profit sur le plan économique de la ressource, et cela, dès le milieu du XIX^e siècle¹⁰¹. La logique de l'article 5 de la *Loi sur le régime des eaux*—dont la facture est restée la même depuis 1856¹⁰²—consiste à appréhender largement la réalité du droit de l'eau autour de la notion de riverain, et non de l'idée de propriétaire du fonds, comme le fait le Code civil. Le droit d'usage commercial et industriel du riverain n'est pas rattaché à la propriété du lit de la rivière, ce qui suppose que «celui dont la propriété borde une rivière dont un autre a la propriété du lit¹⁰³» dispose malgré tout du droit d'utilisation commerciale. Dès qu'est prise la décision d'abandonner le régime seigneurial, une loi spéciale est adoptée pour étendre le régime de ces usages extraordinaires de l'eau. L'*Acte pour autoriser l'exploitation des cours d'eau* révèle ainsi de manière limpide¹⁰⁴ les objectifs du législateur provincial qui seront pérennisés dans l'article 5 de la *Loi sur le régime des eaux*¹⁰⁵ :

Tout propriétaire est autorisé à utiliser et exploiter tout cours d'eau qui borde, longe ou traverse sa propriété, en y construisant et établissant des usines, moulins, manufactures et machines de toute espèce, et pour cette fin y faire et pratiquer toutes les opérations nécessaires à son fonctionnement, tels que écluses, canaux, murs, chaussées, digues et autres travaux semblables¹⁰⁶.

Cette formulation concerne les cours d'eau aussi bien navigables que non navigables, contrairement aux logiques qui gouvernent l'article 503 C.c.B.C et l'article 919 C.c.Q : « Cette loi prévoyait l'indemnisation des personnes pouvant subir un dommage en raison de l'exercice de ce droit et établissait en cas de droits concurrents, une préférence en faveur des travaux exécutés les premiers¹⁰⁷. »

Après 1856 et l'abandon du régime seigneurial, la construction des ouvrages est « autorisée » sous réserve de l'indemnisation des propriétaires des ouvrages qui sont touchés par les transformations du niveau d'eau. Cette logique sera clairement affirmée, notamment dans les contentieux qui mettront aux prises les papetières et les riverains des cours d'eau qu'elles

100. Rapport Lord, préc., note 11, p. 185.

101. *Id.*, p. 186.

102. *Acte pour autoriser l'exploitation des cours d'eau*, préc., note 16, préambule.

103. Rapport Lord, préc., note 11, p. 186.

104. Voir Berthier BEAULIEU, « La genèse de la délimitation des domaines en milieu hydrique », *Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006, p. 195.

105. *Loi sur le régime des eaux*, préc., note 2.

106. *Acte pour autoriser l'exploitation des cours d'eau*, préc., note 16, art. 1.

107. Rapport Lord, préc., note 11, p. 184.

exploiteront au tournant du XIX^e et du XX^e siècle¹⁰⁸. C'est une dialectique d'exceptions et de régime juridique *ad hoc* qui gouverne l'établissement de nombreux barrages à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle¹⁰⁹ et qui se renforce au XX^e siècle¹¹⁰. L'analyse de la jurisprudence laisse apparaître l'affirmation d'un véritable droit réel en faveur du fonds qui appartient au riverain exploitant, le droit d'inondation ou de refoulement des eaux constituant une servitude légale qui s'acquiert par simple indemnisation des propriétaires des fonds servants¹¹¹.

2.2 De l'encadrement juridique à l'État gardien

Celui qui érige un ouvrage destiné à exploiter la ressource ne peut donc, sans concession, indemnisation ou expropriation, envahir le terrain d'autrui. La force hydraulique « demeure ainsi l'accessoire pur et simple de la riveraineté¹¹² ». Au XX^e siècle, plusieurs lois¹¹³ et l'entrée en scène d'Hydro-Québec vont toutefois modifier cette logique, la réalité de l'exploitation des barrages devenant de plus en plus un enjeu de politiques publiques, au regard des acteurs et des intérêts du secteur. Il faut souligner ainsi que la logique qui semble gouverner le cadre juridique actuel du principal acteur est une logique énergétique et non une logique de gestion de l'eau, comme le révèle une communication récente d'Hydro-Québec¹¹⁴. Toutefois, si le cadre général s'est publicisé, il n'en reste pas moins que le droit d'exploitation de la force hydraulique, le droit d'usage, accessoire de la riveraineté, est patrimonial, peut être cédé et peut créer un droit réel en raison essentiellement du changement de débit ou de l'emménagement d'eau¹¹⁵ :

108. Voir : *Brissette v. Pillsbury*, (1898) 4 R.J. 243 (Cir. Ct.); *Larochelle v. Price*, (1901) 19 C.S. 403; *Patenaude v. W.C. Edwards & Co. Ltd.*, (1915) 21 R.L. n.s. 523 (C.S.); *Fuller v. The Brompton Pulp & Paper Co.*, (1919) 56 C.S. 179.

109. L. GIROUX et autres, préc., note 29, 56 et suiv. Voir également le rapport Lord, préc., note 11, vol. 2, p. 493-508. Sur les différentes lois relatives à la construction de barrages hydroélectriques, voir B. BEAULIEU, préc., note 104, p. 199.

110. *Loi concernant les réservoirs pour l'emménagement de l'eau des lacs, étangs, rivières et cours d'eau*, S.Q. 1918, c. 70.

111. Voir l'abondante jurisprudence citée dans le rapport Lord, préc., note 11, p. 188, à la note 179.

112. *Id.*, p. 186.

113. Voir notamment les lois spéciales adoptées pendant la période 1912-1942 au sujet des ouvrages de retenue érigés sous l'autorité de la Commission des eaux courantes; L. GIROUX et autres, préc., note 29, 56 et suiv.

114. HYDRO-QUÉBEC, « *Loi sur Hydro-Québec* », [En ligne], [www.hydroquebec.com/publications/fr/lois_hq/index.html] (28 février 2010).

115. Une fois encore l'évolution historique s'est fait jour autour du changement de régime. Dans le contexte du régime seigneurial et jusqu'à son abolition en 1856, le fait d'inonder les terres riveraines d'autrui ou de modifier le débit du cours d'eau était assimilable à une

«Le Québec compte 17 régions administratives qui ne correspondent [...] ni aux régions naturelles ni aux grands bassins versants¹¹⁶.» Il est donc nécessaire de se dégager des schèmes particuliers pour bâtir un schéma général fondé sur le principe de la subsidiarité. Symptomatiquement, le lit des cours d'eau et l'eau comme ressource naturelle se trouvent sous l'égide d'une multitude de ministères tels que celui de l'Environnement (politiques environnementales), des Ressources naturelles (ressources hydrauliques, terres publiques), de la Santé et des Services sociaux (eaux de baignade et de consommation), de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation (droit de pêche, surveillance des exploitations agricoles) et des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du territoire (assainissement des eaux)¹¹⁷. La perception de l'environnement et de la gouvernance ne peut être aujourd'hui que dynamique. Cette logique a d'ailleurs été prise en considération par les législateurs et la jurisprudence. Le juge MacKay, dans l'affaire *Union of Nova Scotia Indians c. Canada (Procureur général)*, souligne le processus «permanent et dynamique» pour l'évaluation des effets environnementaux induit par la logique normative actuelle en vertu de laquelle «a lieu un dialogue entre le promoteur du projet, les autorités responsables et souvent, comme c'est le cas en l'occurrence, les groupes communautaires intéressés¹¹⁸». Au Québec, les pouvoirs publics ont enregistré d'importants progrès dans le domaine de l'assainissement de l'eau¹¹⁹, bien que les politiques territoriales de l'eau aient connu des aléas marqués¹²⁰. La récente *Loi sur l'eau*¹²¹ affirme symboliquement le rôle de l'État comme gardien de ce «patrimoine commun de la nation québécoise». Les expériences de restauration (*renaturation*) de rivières ou de lacs jadis canalisés ou aménagés se révèlent prometteuses en ce qu'elles laisseront

nuisance, à une faute civile justifiant – outre l'octroi de dommages et intérêts – l'éventuelle démolition de l'ouvrage en cause; sur l'évolution de ces questions, voir l'article de C. CHOQUETTE, É. GUILHERMONT et M.-P. GOYETTE-NOËL, «La gestion du niveau d'eau des barrages-réservoirs au Québec: aspects juridiques et environnementaux», (2010) 51 C. de D. 827.

116. Alexandre BRUN et Frédéric LASSERRE, «Les politiques territoriales de l'eau au Québec (Canada): des plans directeurs de l'eau à la mise en œuvre des contrats de bassin», *Développement durable et territoires*, Dossier 6 «Les territoires de l'eau», 19 mai 2006, par. 11, [En ligne], [developpementdurable.revues.org/index2762.html] (28 avril 2010).

117. *Id.*, par. 12.

118. *Union of Nova Scotia Indians c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.)*, [1997] 1 C.F. 325, par. 32, 1996 CanLII 3847.

119. Voir notamment le *Règlement sur la qualité de l'eau potable*, (2001) 133 G.O. II, 3561 [c. Q-2, r. 18.1.1].

120. A. BRUN et F. LASSERRE, préc., note 116, par. 17 et suiv.

121. *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, préc., note 97, art. 1.

éventuellement la place à une expertise provinciale. Toutefois, la crise des cyanobactéries montre que le « modèle » québécois protéiforme de gestion territoriale de l'eau a cependant trouvé ses limites au regard de plusieurs indicateurs. Les interventions législatives des 30 dernières années¹²² ont jeté les bases d'une « gestion intégrée » par l'entremise de nouvelles dispositions. Le législateur montre son intérêt pour la gestion locale et la logique de grand bassin hydrographique. Une solidarité de bassin semble s'affirmer en vue de favoriser une gestion équilibrée des milieux aquatiques à l'échelle du bassin versant en y associant les usagers. Si l'arsenal législatif s'est étoffé considérablement au gré des lois et des normes réglementaires, l'enchevêtrement des textes rend le système de gestion de l'eau opaque, la place et le rôle de nombreux acteurs devant être clarifiés. L'État ne s'est pas encore emparé de certains dossiers dont il ne pourra faire l'économie, s'il veut atteindre les objectifs qu'il s'est assignés en tant que gardien, notamment dans le rapport entre agriculture et droit de l'eau.

Conclusion

Paul Vidal de La Blache, géographe français du XIX^e siècle, caractérise ainsi le lien naturel entre être humain, norme et nature :

Une individualité géographique ne résulte pas de simples considérations de géologie et de climat. Ce n'est pas une chose donnée d'avance par la nature. Il faut partir de cette idée qu'une contrée est un réservoir où dorment des énergies dont la nature a déposé le germe [...] C'est lui [l'être humain] qui, en la pliant à son usage, met en lumière son individualité. Il établit une connexion entre des traits épars [...] C'est alors qu'une contrée se précise et se différencie, et qu'elle devient à la longue comme une médaille frappée à l'effigie d'un peuple¹²³.

Il appartient donc au législateur québécois de se dégager des règles éparses et de faire du Québec davantage qu'un système hydrique exceptionnel exploité, soit de le transformer en une véritable ressource naturelle gérée. Cette rapide esquisse montre combien l'écheveau de normes relatives à l'encadrement juridique de nos rivières est complexe et nécessite une perspective historique quasi permanente. Malheureusement, ni le législateur ni les juges ne sont parvenus à insérer suffisamment de cohérence dans cet ensemble pour le rendre à la fois pérenne et lisible pour

122. Nous pensons notamment aux lois suivantes : *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2 ; *Loi sur la Société québécoise d'assainissement des eaux*, L.R.Q., c. S-18.2.1 ; *Loi sur le régime des eaux*, préc., note 2 ; *Loi sur les pêcheries commerciales et la récolte commerciale de végétaux aquatiques*, L.R.Q., c. P-9.01 ; *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, L.R.Q., c. C-61.1.

123. Paul VIDAL DE LA BLACHE, *La France. Tableau géographique*, Paris, Hachette, 1908, p. 6.

le justiciable. Comme le souligne le juriste américain Roscoe Pound en 1910, «[i]n our western states, where there was abundant opportunity for free judicial development, judicial law-making proved inadequate to adjust water rights¹²⁴». Bien entendu, le Québec n'est pas le seul à être placé devant ces dilemmes. Les autres systèmes juridiques — comme le système français — connaissent le même poids de l'histoire¹²⁵ et les mêmes difficultés à dépasser les clivages historico-juridiques¹²⁶ afin de mener une véritable politique de l'eau au XXI^e siècle. L'histoire québécoise du droit de l'eau ne connaît que peu ou pas d'exemples de gestion de l'eau locale et communautaire, comme les *Watershap* néerlandaises¹²⁷. Le Québec n'a pas développé au fil du temps d'expertise locale particulière en matière de gestion de canaux¹²⁸ et il s'est donc trouvé dans l'obligation d'inventer des solutions inspirées des modèles étrangers, comme les organismes de bassin versant. Toutefois, s'il arrive à instiller suffisamment de cohérence dans l'ordonnement juridique, le législateur aura les moyens de bâtir un droit de l'eau rénové, mais il devra d'abord, pour ce faire, se dégager des clivages historiques, de l'enchevêtrement territorial préjudiciable et de l'impression de «saupoudrage¹²⁹» normatif au profit de principes généraux et de mécanismes permettant une gestion intégrée efficiente. L'autorisation récente de construire des minicentrales hydroélectriques sur 13 rivières québécoises,

124. Roscoe POUND, «Law in Books and Law in Action», (1910) 44 *American Law Review* 12, 23.

125. Tels sont les mots de Jean-Louis GAZZANIGA, «Droit de l'eau: le poids de l'histoire», *Études foncières*, n° 52, septembre 1991, p. 30.

126. Pour la France, voir par exemple: Alexandre BRUN, «Aménagement et gestion des eaux en France: l'échec de la politique de l'eau face aux intérêts du monde agricole», *Vertigo. La revue en sciences de l'environnement*, vol. 4, n° 3, décembre 2003, [En ligne], [vertigo.revues.org/3779?file=1] (1^{er} septembre 2010); Carole HERMON, «La politique de lutte contre les nitrates d'origine agricole. Histoire d'un échec renouvelé», *Revue de droit rural* 2002.306.494; Isabelle DOUSSAN, «Droit, agriculture, environnement: bilan et perspectives ou dépôt de bilan en perspective?», *Droit de l'environnement* 2002.99.156.

127. Il s'agit d'une collectivité territoriale consacrée uniquement à la gestion de l'eau, qui existe depuis le Moyen Âge et dans laquelle le mode de représentation se construit autour de la notion d'usager de l'eau et de la terre inondable; Bernard BARRAQUE, «De l'appropriation à l'usage: l'eau, patrimoine commun», dans M. CORNU et J. FROMAGEAU (dir.), préc., note 14, p. 213.

128. La situation est contraire en France, voir: Thierry RUF, «Sept siècles d'histoire des droits d'eau et des institutions communautaires dans les canaux de Prades (Pyrénées-Orientales)», dans O. AUBRIOT et G. JOLLY (dir.), préc., note 19, p. 79; Thierry RUF, «Droits d'eau et institutions communautaires dans les Pyrénées-Orientales. Les tenanciers des canaux de Prades (XIV^e-XX^e siècle)», *Histoire & Sociétés rurales*, vol. 16, 2^e semestre 2001, p. 11; Max LEFÈVRE, «Droits d'eau et gestion des grands canaux de Durance, du XII^e au XX^e siècle», dans O. AUBRIOT et G. JOLLY (dir.), préc., note 19, p. 123.

129. Le terme est d'A. BRUN et F. LASSERRE, préc., note 116, par. 28.

si elle est saluée par certaines municipalités régionales de comté (MRC) et bénéfique au regard de certains projets—notamment par la participation des communautés autochtones—laisse toutefois augurer la poursuite d'une politique du cas par cas qui ne peut être souhaitable à long terme.