

Les communs environnementaux

Comment ouvrir ou garantir l'usage d'une chose à l'ensemble des membres d'une communauté ou assurer, à leur bénéfice, la préservation de cette chose, plus largement le respect d'une affectation à un intérêt commun socialement défini, telle est la question qui anime de manière transversale l'ensemble de ce numéro spécial.

Est-elle bien posée ? Le monde a changé. L'environnement n'est plus nécessairement qualifié de chose dans tous les ordres juridiques. Ce n'est plus d'usage et d'affectation dont il est désormais d'office question, car les milieux ne sont plus perçus d'emblée comme des ressources à exploiter ou comme les déversoirs de toutes nos émissions et pollutions¹.

L'évocation du rapport au commun, dans ses multiples acceptions, permet de montrer comment le droit s'articule à l'environnement sous un jour nouveau, du moins dans l'imaginaire collectif, puisque le droit positif, en Belgique en particulier, hésite encore à se positionner dans le sens de l'histoire des idées, surtout lorsque les pans de la matière concernée, comme le droit civil, sont peu européanisés. La présente contribution saisit des éléments d'actualité pour montrer comment, mis côte à côte, ils participent à l'écriture d'un même récit cohérent, ou le pourraient du moins. Celui de l'environnement consacré comme commun à protéger, pour l'humain et pour lui-même, dans l'intérêt des générations présentes et futures.

La contribution articule tout d'abord la reconnaissance récente du droit humain universel à un environnement propre, sain et durable à la notion de bien commun (1), qui traduit l'idée d'un intérêt collectif juridiquement protégé déjà bien présent dans le droit positif, quels que soient les ordres juridiques concernés (2). Elle aborde la notion de patrimoine commun des habitants, telle qu'inscrite dans le droit de l'environnement, et ses conséquences sur l'intérêt à agir (3), à la lumière du principe de participation du public qui est l'un des piliers du droit contemporain de l'environnement (4). Le commun comme mode de gouvernance est ensuite présenté, dans son ancrage historique en sciences humaines et sociales (5), invitant à s'interroger sur les travers et atouts de la notion de chose commune (6), mais aussi à consacrer le concept de préjudice écologique, ou du moins à le faire surgir des textes (7). Dans ce parcours de nature panoramique, il est rappelé que le choix des mots compte pour forger en droit un univers de valeurs qui soit à la hauteur des enjeux contemporains des crises climatique et environnementale, justifiant sous cet angle l'attrait des « droits de la nature » (8) et de l'incrimination d'écocide (9). La contribution montre

encore que le commun est inhérent aux enjeux de l'environnement, pour de simples raisons physiques, qui tendent elles aussi à bousculer le droit et les institutions. L'environnement est avant tout une affaire de dynamique (10).

1 Du droit humain au commun : l'environnement propre, sain et durable comme intérêt commun socialement défini

Le 26 juillet 2022, l'Assemblée générale des Nations unies a formellement reconnu, par une résolution, l'existence du droit à un environnement propre, sain et durable en tant que droit humain². L'environnement qualifié — propre, sain et durable, quel que soit le sens précis qui sera donné à ces trois adjectifs dans le futur³ — est enfin reconnu comme un droit accordé de manière égalitaire à chacune et à chacun des humains, et donc aussi à toutes et tous, à l'instar du droit à l'eau⁴. De surcroît, il s'agit d'un droit humain autonome, sans obligation de dépendre fonctionnellement de la protection d'autres droits fondamentaux, même s'il reste lié à ceux-ci et contribue à leur réalisation. On y lit l'affirmation d'un droit subjectif, attaché à la personne, l'être humain⁵. Il s'agit de « mettre en exergue le fait que la protection de l'environnement doit être mise sur le même pied que d'autres intérêts indispensables à la dignité humaine, à l'égalité et à la liberté »⁶.

Il faut prendre la mesure d'une telle avancée sur la scène universelle, dont la germination dura plus de cinquante années⁷. Cette résolution concourt à se défaire de l'approche dominante qui laisse encore aux seuls États le choix de définir leur propre degré de protection de l'environnement, sur leur propre sol, tant que leurs pollutions ou dégradations ne s'étendent pas au-delà de leur juridiction⁸. Même si de très nombreuses constitutions nationales, dont celle de la Belgique, intègrent la nécessité de protéger l'environnement, sous une forme ou sous une autre, il planait encore un doute sur l'existence et le contenu *universels* d'un droit humain à bénéficier d'un environnement sain et de qualité, comme un air non pollué, un climat stable ou des écosystèmes aptes à remplir leurs fonctions. D'ailleurs, en Belgique, il appartient toujours au législateur de définir le sens de ce droit constitutionnel et dès lors de décider de l'intérêt général⁹, dans le respect certes d'un principe de *standstill*, de l'article 7bis de la Constitution¹⁰, des

(1) La notion de « pollution zéro » a surgi dans le pacte vert pour l'Europe qui affirme l'ambition d'un environnement exempt de substances toxiques.

(2) La version originale en langue anglaise (« *The General Assembly recognizes the right to a clean, healthy and sustainable environment as a human right* ») est plus innovante que sa traduction française qui semble en diluer le sens (« L'Assemblée générale considère que le droit à un environnement propre, sain et durable fait partie des droits humains »). Or, la version originale prévaut. Résolution A/76/L.75 de l'Assemblée générale, *Droit à un environnement propre, sain et durable*, A/76/L.75 (26 juillet 2022), accessible à l'adresse undocs.org/fr/A/76/L.75 ; version originale en langue anglaise accessible à l'adresse undocs.org/en/A/76/L.75.

(3) Termes repris de la résolution 19/10 (A/HRC/RES/19/10, 22 mars 2010) du Conseil des droits de l'homme auprès des Nations unies



tuant la fonction de rapporteur

spécial sur les droits de l'homme et l'environnement, qui visait un environnement « sûr, propre, sain et durable ». Le mot « sûr » (*safe*) a disparu ensuite.

(4) Résolution 64/292 de l'Assemblée générale, *Le droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement*, A/RES/64/292 (3 août 2010).

(5) Rapport du rapporteur spécial du 19 juillet 2018, sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable (A/73/188) : « Le respect et la réalisation du droit à un environnement sain devraient garantir un niveau minimal de qualité environnementale à tous les membres de la société, conformément aux normes internationales, en particulier pour les populations qui supportent actuellement une part disproportionnée du fardeau que représentent la pollution et d'autres dommages environnementaux ou qui ne jouissent pas d'un accès approprié à certains biens et services environnementaux », § 45.

(6) *Idem*, § 39.

(7) Depuis la déclaration de la Conférence de Stockholm de 1972 qui en posa les jalons, dans son principe 1^{er} : « L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures. À cet égard, les politiques qui encouragent ou qui perpétuent l'apartheid, la ségrégation raciale, la discrimination, les formes, coloniales et autres, d'oppression et de domination étrangères sont condamnées et doivent être éliminées ».

(8) Le principe coutumier selon lequel « les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement », quel qu'en soit le contenu, à la condition « qu'ils fassent en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent

pas de dommages à l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale », va désormais être mis à l'épreuve sous un jour nouveau, même si l'équivalence hiérarchique entre ces dispositions n'est pas acquise et reste à construire. Les États-Unis ont d'ailleurs émis oralement une réserve sur cet aspect, dans la foulée de l'adoption de la résolution. (9) En matière de politique environnementale, la Cour constitutionnelle considère qu'elle doit, « compte tenu de l'obligation faite aux législateurs régionaux par l'article 23, alinéa 3, 4^o, de la Constitution de garantir le droit à la protection d'un environnement sain, « respecter l'appréciation de ces législateurs quant à l'intérêt général, sauf si cette appréciation est déraisonnable ». C. const., 1^{er} octobre 2015, n^o 132/2015, B.12.1.

(10) En vertu de l'article 7bis de la Constitution, chaque législateur doit, dans l'exercice de ses compétences, poursuivre les objectifs d'un développement durable, dans ses dimensions

normes de droit international et de droit européen. Le droit à un environnement sain qui est garanti à l'article 23 de la Constitution n'a, sauf revirement prochain de la jurisprudence, pas encore d'effet direct au profit des citoyens¹¹.

La reconnaissance universelle de ce droit humain invite à changer le regard sur ce qui en constitue l'objet. La préservation de l'environnement « propre, sain et durable » relèverait donc d'un intérêt commun universel, socialement défini par la communauté mondiale. Le bénéfice d'un environnement d'une qualité définie s'ajoute au registre de valeurs partagées qui, exprimées et choisies, sont susceptibles de fonder autrement les sociétés humaines, selon les termes de Mireille Delmas-Marty¹².

2 L'environnement, un bien commun

On savait déjà, avec la Convention-cadre sur le climat de 1992, que les changements climatiques étaient une « préoccupation commune de l'humanité » (*a common concern of mankind*), déclinée de manière différenciée par des obligations asymétriques. Dans l'affaire *Urgenda* aux Pays-Bas¹³, à l'appui de la même Convention-cadre de 1992 qui dispose en outre que le caractère planétaire du changement climatique requiert de tous les pays qu'ils coopèrent le plus possible¹⁴ dans l'intérêt des générations présentes et futures¹⁵, la Cour de cassation néerlandaise entérina l'approche selon laquelle un État est titulaire d'une responsabilité partielle et donc partagée à l'égard des émissions globales de gaz à effet de serre ; il revient par conséquent à chacun de ces États de « faire sa part » dans la lutte contre le changement climatique¹⁶.

Judith Rochfeld, dans son ouvrage « Justice pour le climat ! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne »¹⁷, expose la contradiction entre la rareté des références aux communs — que ce soit devant les prétoires ou dans les textes de droit — et l'intuition que « le système climatique, l'atmosphère ou encore l'air que nous respirons, au même titre que la biodiversité ou toutes les autres « ressources » qui nous sont vitales » relèvent pourtant de la catégorie des grands communs mondiaux.

L'argument du bien commun traduit, selon les termes de Marie Cornu, « l'idée d'un intérêt collectif juridiquement protégé »¹⁸, dont la force consiste à réinterroger le rapport à la souveraineté, à l'exclusivité, voire à la responsabilité¹⁹. Si le terme est rarement exprimé en droit positif, son signifié est à l'inverse déjà bien présent, bien réel, bien tangible, comme le démontre d'ailleurs le contentieux environnemental dans sa globalité.

L'objectif de « contenir l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2°C par rapport aux niveaux préindustriels et en poursuivant l'action menée pour limiter l'élévation de la température à 1,5°C par rapport aux niveaux préindustriels », inscrit dans l'Accord de Paris sur le climat de 2015, est une nouvelle affirmation d'un intérêt collectif juridiquement protégé, qui devient de plus en plus concret, à l'inspiration des travaux de la communauté scientifique désormais capable de placer des chiffres sur l'idéal d'un projet futur,

sur l'impératif d'une limite planétaire à ne pas dépasser collectivement.

Dans un autre registre, l'obligation de parvenir à un « bon état des eaux » et de prévenir la détérioration de l'état de toutes les masses d'eau de surface dans l'Union européenne²⁰ est également la manifestation de l'existence d'un intérêt collectif protégé, à l'échelle de l'Union européenne, qui pèse sur la liberté des États et des industries.

Il en résulte déjà que les États membres sont tenus, sous réserve de l'octroi d'une dérogation, de refuser l'autorisation d'un projet particulier lorsqu'il est susceptible de provoquer une détérioration de l'état d'une masse d'eau de surface ou lorsqu'il compromet l'obtention d'un bon état des eaux de surface²¹.

« [L]'eau n'est pas un bien marchand comme les autres mais un patrimoine qu'il faut protéger, défendre et traiter comme tel », dit la directive-cadre sur l'eau. Un cran plus loin, « avec le réchauffement climatique, la nécessité d'assurer dans l'Union européenne la protection de ce bien commun revêt une plus grande importance encore », affirme très explicitement l'avocat général Rantos dans des conclusions du 13 janvier 2022²². Il en infère que les objectifs ambitieux de la directive-cadre impliquent nécessairement des charges pour les États membres, « qui apparaissent encore plus justifiées au regard du changement climatique actuel »²³.

Un certain niveau de qualité de l'air est aussi un intérêt collectif juridiquement protégé dans le droit de l'Union, puisque la Cour de justice, en formation de grande chambre, confirme que le non-dépassement de valeurs limites pour la concentration de certains polluants dans l'air ambiant est une obligation de résultat pour les États et qu'une interprétation autre « laisserait par ailleurs la réalisation de l'objectif de protection de la santé humaine, rappelé à l'article 1^{er}, point 1, de la directive 2008/50, à la seule discrétion des États membres, ce qui est contraire aux intentions du législateur de l'Union »²⁴. L'idée d'un intérêt juridique collectif juridiquement protégé peut aussi se traduire par la figure de « l'ordre public écologique »^{24bis}. En Belgique, la notion d'ordre public s'élargit à l'ordre public environnemental, à partir du 1^{er} janvier 2023, puisque les dispositions générales du nouveau Code civil disposent, dans un article consacré à l'acte juridique, qu'« est d'ordre public la règle de droit qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose la société, telles que l'ordre économique, moral, social ou environnemental »^{24ter}.

3 L'environnement, un patrimoine partagé mis sous protection

Un grand nombre d'espèces d'oiseaux vivant naturellement à l'état sauvage sur le territoire européen des États membres subissent une régression de leur population qui constitue un danger sérieux pour la conservation du milieu naturel. Partant, nous indique la Cour de justice de l'Union européenne, la conservation de telles espèces d'oiseaux, « qui sont en grande partie des espèces migratrices et qui

sociales, économiques et environnementales, en tenant compte de la solidarité entre les générations.

(11) Au stade préparatoire de la Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 8 octobre 2021 (A/HRC/RES/48/13), il était uniquement précisé que la reconnaissance de ce droit serait un engagement à « adopter selon qu'il convient des politiques visant à permettre son exercice, y compris en ce qui concerne la biodiversité et les écosystèmes ».

(12) M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs ? Les forces imaginantes du droit*, IV, Le seuil, 2011.

(13) Cour suprême des Pays-Bas, 20 décembre 2019, *Pays-Bas c. Urgenda*, ECLI : NL : HR : 2019 : 2006

(14) Convention-cadre des Nations

unies sur le Changement climatique (CCNUCC), préambule.

(15) CCNUCC, article 3.1.

(16) § 5.7.5. Voy. B. MAYER, « L'atténuation du changement climatique est-elle une obligation résultant des traités relatifs aux droits de l'homme ? », *J.E.D.H.*, 2022, n° 1, pp. 8-27.

(17) J. ROCHFELD, *Justice pour le climat ! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, Éd. O. Jacob, 2019.

(18) M. CORNU, « Biens communs, approche juridique », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (éd.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2021, 2^e éd., pp. 14-119. D. MISSONNE, M.-S. DE CLIPPELE et F. OST, « L'actualité des communs à la croisée des enjeux de l'environnement et de la culture », *Revue interdiscipli-*

naire d'études juridiques, 2018, n° 2.

(19) *Idem*, p. 118.

(20) Directive du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau (J.O. 2000, L 327, p. 1), considérant 1^{er}.

(21) Ou d'un bon potentiel écologique et d'un bon état chimique de telles eaux à la date prévue par cette directive (fixée à 2015). C.J.U.E., 1^{er} juillet 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (Weser)*, aff. C-461/13, EU:C:2015:433.

(22) Conclusions de l'avocat général Rantos dans l'aff. C-525/20, *France Nature Environnement c. premier Ministre*, ECLI:EU:C:2022:16, § 72. Sur les effets du réchauffement climatique, il renvoie aux documents liés au sixième rapport d'évaluation du

groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), qui sera achevé au mois de septembre 2022, consultables par le lien Internet suivant : <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-cycle/>.

(23) Conclusions précitées, § 72.

(24) C.J.U.E., 10 novembre 2020, *Commission c. Italie (Valeurs limites - PM10)*, aff. C-644/18, EU:C:2020:895, § 80.

(24bis) N. BELAÏDI, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique ?*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

(24ter) Loi du 28 avril 2022 portant le livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, article 1.3.



constituent ainsi un patrimoine commun », est nécessaire pour atteindre les objectifs de l'Union en termes de développement durable et d'amélioration des conditions de vie²⁵. La Cour a longtemps dénoncé la tendance de certains États à ne vouloir protéger que les espèces relevant de leur seul patrimoine national alors que la législation européenne, en organisant la protection des habitats et des espèces, dont des espèces migratrices, définit une responsabilité commune dans la protection du milieu naturel, qui incombe à tous les États membres, d'autant plus que les menaces qui pèsent sur ceux-ci sont souvent de nature transfrontalière²⁶. Ici utilisée, la notion de patrimoine commun de l'Union déplace le centre de gravité de la responsabilité politique et juridique à l'égard des espèces naturelles menacées dans l'Union européenne, vers une perspective globale et solidaire qui ne correspond pas nécessairement à certains intérêts nationaux.

La mobilisation de la notion de patrimoine évoque nécessairement la désignation d'une communauté bénéficiaire²⁷. En Région wallonne, le Code de l'environnement dispose que l'environnement et, notamment, les espaces, paysages, ressources et milieux naturels, l'air, le sol, l'eau, la diversité et les équilibres biologiques « font partie du patrimoine commun des habitants de la Région wallonne »²⁸.

La Région exerce, en vertu de ce même code, un rôle de garante de la préservation de l'environnement, qui fait donc partie du patrimoine commun de ses habitants. Il en a résulté dans la jurisprudence récente l'admissibilité, à titre de dommage *personnel* pour la Région wallonne dans son rôle de garante, de prétentions à la réparation d'un dommage écologique, défini comme le dommage causé directement au milieu pris en tant que tel, indépendamment de ses répercussions sur les personnes et sur les biens. L'affaire concernait un cas de tanderie et des prélèvements massifs d'oiseaux²⁹.

Le même Code de l'environnement indique en outre, au même article, que toute personne veille à la sauvegarde et contribue à la protection de l'environnement, désigné donc comme le patrimoine commun des habitants. Il serait logique qu'ils puissent tout autant en actionner la garde de manière effective, au sens de cette disposition, même si c'est sans les prérogatives de la puissance publique. Or, à ce jour, en cas de litige portant sur la réparation d'un dommage écologique, les juridictions saisies ne voient dans le chef des citoyens — qui sont nécessairement aussi des habitants — qu'un simple intérêt à la conservation de la nature, « qui ne pourrait se traduire en un intérêt direct et personnel à demander la réparation du dommage écologique, au motif que l'environnement n'appartient à personne »³⁰.

L'inappropriabilité de l'environnement pèse donc sur l'intérêt à agir. C'est confondre la titularité de cet environnement et la charge de sa garde³¹. L'affectation potentiellement transcendante qui associe l'environnement au patrimoine commun des habitants, un environnement dont ils sont aussi les gardiens en vertu du Code wallon de l'environnement, n'est ici pas encore mobilisée. Dans le domaine du patrimoine culturel, le critère du dévouement à une cause a été entendu

comme justifiant l'intérêt d'une personne physique isolée à agir devant le Conseil d'État, pour la défense du patrimoine exceptionnel de la Région³². Or, entre les notions de patrimoine culturel et de patrimoine naturel, surtout s'il s'agit d'un paysage, quelle différence³³? D'autant plus que, depuis 2016, selon la nouvelle législation organique concernant le développement territorial, « le territoire de la Wallonie est [aussi] un patrimoine commun de ses habitants »³⁴?

Dans le cadre de l'action en cessation environnementale régie par la loi du 12 janvier 1993³⁵, lue en combinaison avec le droit communal de chacune des régions concernées, l'habitant ne devra pas justifier d'un intérêt propre lorsqu'il agit en justice au nom de la commune, mais il devra démontrer l'intérêt de la commune à l'action ou l'infraction dont elle est victime³⁶. L'action doit être fondée sur un droit de la commune et a pour but de défendre un intérêt collectif. Par conséquent, un habitant d'une commune ne peut agir en justice au nom de celle-ci que pour autant que la commune en question soit elle-même recevable à agir³⁷, mais il peut le faire seul, sans passer par une association environnementale³⁸. Le maintien d'un tel droit d'action en substitution relève du champ d'application de l'article 23, alinéa 3, 4^o, de la Constitution, qui garantit le droit à la protection d'un environnement sain³⁹.

4 L'environnement, jamais sans le citoyen

L'évocation du citoyen et des habitants fait sens car l'un des principes fondamentaux sur lequel s'est bâti le droit contemporain de l'environnement est celui de la participation citoyenne.

L'environnement ne serait correctement protégé que si le citoyen, seul ou organisé, est impliqué. Derrière ce principe, qui fait le pari de l'amélioration de l'environnement par les procédures, plane une méfiance à l'égard de l'État et des autorités publiques, qui pourraient, pour des raisons diverses, involontairement ou sciemment, ne pas assumer pleinement leur rôle de gardien. Un motif implicite qui fait ici encore le lien aux droits humains, dont la protection est rendue nécessaire à l'encontre des États.

« Afin de contribuer à protéger le droit de chacun, dans les générations présentes et futures, de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être », mentionnait la Convention d'Aarhus dès 1998 dont la portée n'est pas mondiale (elle fut adoptée sous l'égide de la Commission économique des Nations unies pour l'Europe) mais qui inspire aujourd'hui les ordres juridiques à l'échelle du globe⁴⁰, « chaque Partie garantit les droits d'accès à l'information sur l'environnement, de participation du public au processus décisionnel et d'accès à la justice en matière d'environnement ».

C'est grâce à cette convention d'Aarhus et à l'impulsion du juge de l'Union européenne⁴¹ que, le 11 juin 2013⁴² et après de longues an-

(25) C.J.U.E., 4 mars 2021, *Föreningen Skyddä Skogen*, aff. C-473/19 et C-474/19, ECLI:EU:C:2021:166.

(26) Voy., en ce sens, arrêts du 20 octobre 2005, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-6/04, EU:C:2005:626, point 25, et du 15 mars 2012, *Commission c. Pologne*, aff. C-46/11, non publié, EU:C:2012:146, point 26.

(27) D. MISONNE, M.-S. DE CLIPPELE et F. OST, *op. cit.*

(28) On décèle ici une inspiration venue de la législation française, à la différence notoire que le patrimoine commun est celui des habitants de la Région. Pas seulement celui de la seule Région (même si, selon le Code wallon de l'eau, l'eau fait [aussi] partie du « patrimoine commun de la Région wallonne »), du Royaume ou de la Nation. Voy. M. DEFFAIRI, « Patrimoine commun de la nation - approche juridique », in *Dictionnaire des biens communs*, 2^e éd., 2020, pp. 965-967. Le préambule de la Charte française de l'environnement pose que l'environnement est le patrimoine commun des êtres hu-

ains.

(29) C.A. Liège, 26 mai 2021, n° 2020/CO/250. J.L.M.B. 2022, liv. 8, 350-355, note C. BARTHÉLÉMY. Cette ouverture, visant à admettre la demande de réparation de la Région, ne dispensa pas la Région de la démonstration de la réalité et de l'ampleur du préjudice « collectif » qu'elle alléguait.

(30) C. const., 21 janvier 2016, n° 7/2016, B.8.1.

(31) En ce sens, voy. C. LE BRIS, à propos du patrimoine commun de la nation : « les analyses révèlent une confusion entre les gardiens du patrimoine commun et le titulaire du patrimoine commun » ; C. LE BRIS, *Patrimoine commun de la Nation, Dictionnaire*, *op. cit.*, p. 964.

(32) « Considérant qu'à partir du moment où un bien est reconnu comme faisant partie du patrimoine culturel, il ne peut plus, par définition, être considéré comme étant la "chose exclusive" d'une personne morale de droit public quelconque, même propriétaire des lieux, d'une collectivité déterminée ni même de la génération

présente, à plus forte raison des voisins ou des habitants du quartier ; que c'est plus l'intérêt de ceux qui se dévouent à sa conservation qu'une proximité géographique aléatoire qui peut justifier l'action tendant à assurer la préservation du bien culturel ». C.E., arrêt *Brassine-Vandergaeten*, n° 165.965 du 15 décembre 2006 ; B. JADOT, « Rameaux de jurisprudence pour le patrimoine commun », in Y. CARTUYVELS *et al.* (éd.), *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, pp. 735-751, p. 743.

(33) M.-S. DE CLIPPELE, *Protéger le patrimoine culturel ? : à qui incombe la charge ?*, Collection générale, n° 157, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2020.

(34) Code du Développement territorial (CoDT) - Partie décrétable, 20 juillet 2016, article D.1.1.§1^{er}. Le rôle des habitants y semble cependant plus cadré que dans le Code de l'environnement. Voy. article D.1.1.§2.

(35) Loi concernant un droit d'action

en matière de protection de l'environnement (M.B., 19 février 1993).

(36) C. const., arrêt n° 129/2019, B.4.2. Voy., sur les rétroactes : F. TULKENS, « À quoi sert le droit de l'environnement ? À favoriser une pratique renouvelée et approfondie de la démocratie », in D. MISONNE (éd.), *À quoi sert le droit de l'environnement*, Bruylant, 2019, pp. 109-122.

(37) C. const., arrêt n° 129/2019, B.11.3.

(38) C. const., arrêt n° 129/2019, B.11.6.

(39) C. const., arrêt n° 129/2019, B.6.3.

(40) Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

(41) C.J.U.E., 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie (Ours slovaques)*, aff. C-240/09, EU:C:2011:125, § 50.

(42) Cass., 11 juin 2013, *Milieu-teunpunt Huldenberg*, RG n° P.12.1389.N., *Pas.*, 2013, n° 361.



nées de paralysie, le droit d'agir en justice a été largement reconnu aux associations de protection de l'environnement par la Cour de cassation, en raison de l'atteinte présumée portée à l'intérêt collectif pour la défense duquel elles ont été constituées⁴³. La Cour décide que lorsqu'une action en réparation d'un dommage causé par une infraction est introduite par une personne morale qui, en vertu de ses statuts, a pour objectif la protection de l'environnement et vise à contester les agissements et les négligences de personnes privées et instances publiques jugés contraires aux dispositions du droit de l'environnement national, cette personne morale satisfait à cette condition de recevabilité relative à l'intérêt pour introduire une action en justice.

5 Le commun : le « faire » plutôt que l'« avoir »

Dans le débat public, la vitalité contemporaine de la référence aux biens communs, aux biens globaux, aux biens publics mondiaux, aux communs, etc., ne surgit pas de la lettre du droit et certainement pas de la notion de choses communes inscrite dans notre droit civil ni de celle de patrimoine commun de l'humanité connue en droit international. Cette vitalité s'est au contraire construite malgré l'état du droit, voire contre lui, en défi à celui-ci, à l'appui d'écrits en sciences humaines, économiques et sociales⁴⁴.

Il y a d'abord le dilemme exploré par le biologiste Hardin dans son article titré la « tragédie des communs », publié en 1968 dans la revue *Science*. Selon Hardin, à l'inspiration de travaux plus anciens portant sur l'occupation libre de pâturages au Royaume-Uni, une situation de libre accès à une ressource limitée, et pour laquelle la demande est forte, mène inévitablement à sa surexploitation puis à sa disparition⁴⁵. L'auteur était en avance sur son temps puisqu'il observait déjà l'existence de limites à la jouissance partagée de certains espaces ou de certains milieux (la notion de limites planétaires est aujourd'hui de tous les discours sur l'environnement et le développement), dont l'humain ne semblait pas prendre la mesure à suffisance, surtout lorsqu'il considère que leur usage est libre. La liberté dans le commun menait nécessairement à la ruine de celui-ci⁴⁶. Il invitait à plus de régulation, en ce compris par des droits d'usage, aux fins de protéger le commun, qu'il s'agisse d'un parc naturel, d'un fleuve à préserver de la pollution, voire de lutte contre la surpopulation. Il faut rappeler qu'à l'époque, le droit de l'environnement était à ses balbutiements et les contraintes rares. Il observait par ailleurs déjà que la manière d'envisager la propriété privée, en droit, favorisait les situations de pollution.

Elinor Ostrom⁴⁷, dont les travaux en sciences politiques furent couronnés par un prix Nobel d'économie, se pencha avec un regard neuf sur cette tragédie des communs et estima qu'entre les tenants de l'accentuation des instruments de marché et ceux de l'accentuation de l'intervention de l'État, une voie médiane était envisageable. Elle identifie et nomme le chaînon manquant (la gouvernance des communs), soit les conditions de l'émergence d'une gouvernance collective qui puisse,

dans certains cas, éviter la surexploitation et assurer la réalisation d'un projet au bénéfice d'une communauté. Elle démontre que la pleine liberté résultant de l'absence de règles « imposées par le haut » ne mène pas, nécessairement, à la destruction ou à l'anarchie, en ce compris lorsqu'il s'agit de l'exploitation de pêcheries, de forêts, de pâturages.

Il ne s'agissait pas seulement de s'intéresser à l'action collective, mais à la dimension générative et mobilisatrice de cette action, dont l'une des caractéristiques est de traiter de questions d'accès et d'être portée par une communauté. Une communauté qui, par ses savoirs et par les règles qu'elle se fixe, est susceptible d'induire d'autres résultats, généralement (mais pas toujours) plus convaincants du point de vue de l'intérêt poursuivi ou de la préoccupation énoncée, que ce qui aurait résulté de l'intervention du seul État ou du seul marché⁴⁸.

Le commun comme clé de lecture rassemble et permet d'établir de surprenants parallèles entre les dimensions globales et locales, en ce compris dans leur traduction institutionnelle ou juridique, qu'il s'agisse de la préservation de l'atmosphère ou du maintien d'un libre accès aux sentiers de promenade dans les campagnes, des enjeux du partage de l'accès aux semences de plantes anciennes ou des revendications portées dans le contentieux judiciaire en matière climatique.

La force du concept de commun d'aujourd'hui est avant tout de mettre en exergue une relation⁴⁹, un mode de gouvernance, un « genre d'agir »⁵⁰, une rencontre. Evoquer le commun, c'est rendre visible un existant rarement exprimé et pourtant essentiel, qui est de l'ordre du faire, plutôt que de l'avoir.

Lorsque le faire « commun »⁵¹, articulé autour de questions d'accès et d'usages, est appliqué à des milieux naturels, à la nature, surgira spontanément le concept de commun environnemental, visant par-là tant la pratique de la gouvernance collective revisitée que, par raccourci, l'élément de nature lui-même, déjà impacté ou non par l'activité de l'homme.

6 La chose commune : dangereuse et réductrice ou prometteuse et émancipatrice ?

L'analyse de Hardin sur la tragédie des communs s'adressait, en clair, aux divers régimes installant une liberté ou une concurrence sur les usages, dans des contextes pourtant soumis à la tension d'une limite. En droit civil, cela évoque nécessairement les choses communes ou les anciens communaux.

Le monde serait-il différent si, depuis ses origines, le Code civil indiquait que l'environnement, en tant que chose commune, est une chose dont l'usage est collectif et dont le respect incombe à tous (plutôt qu'une chose qui n'appartient à personne et dont l'usage est commun à tous⁵²) ? Voire s'il attribuait, à l'environnement, non pas le statut de chose mais celui de personne, comme pour une entreprise ? Ou s'il disposait que les écosystèmes sont des biens communs dont l'intégrité est garantie ?

(43) C. ROMAINVILLE et F. DE STEXHE, « L'action d'intérêt collectif », *J.T.*, 2020/11, pp. 189-201.

(44) E. ÖSTROM, *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990 ; E. BROUSSEAU, T. DEDEURWAERDE e.a., *Global Environmental Commons*, OUP, Oxford, 2012 ; U. MATTEI, « The Commons Movement in Italy », *South Atlantic Quarterly*, 2013 ; D. BOLLIER, *La renaissance des communs, Pour une société de coopération et de partage*, Paris, Éditions Charles Léopold Mayer (traduction française), 2014 ; D. BOLLIER et S. HELFRICH, *The wealth of the commons : A world beyond market and state*, Amherst, Levellers Press, 2014 ; D. BOLLIER, *Think like a Commoner. A Short Introduction to the Life of the Commons*, New So-

ciety Publishers, Gabriola Island, 2014 ; P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun, Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014 ; B. CORIAT, *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, Les liens qui libèrent, 2015.

(45) G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, 1968.

(46) G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, 1968, p. 1244. « Therein is the tragedy. Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit - in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a common brings ruin to all ».

(47) E. ÖSTROM (1990), *Governing the Commons : The Evolution of Ins-*

titutes for Collective Action, Cambridge, Cambridge University Press.

(48) D. MISONNE, M.-S. DE CLIPPELE et F. OST, *op. cit.* ; D. MISONNE, *La définition juridique des communs environnementaux*, *Annales des Mines, Dossier Responsabilité et environnement*, 2018, n° 4, pp. 5-9.

(49) M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018, n° 2, pp. 297-330.

(50) S. GUTWIRTH et I. STENGERS, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des commons », *R.J.E.*, 2016, n° 1, pp. 306-343 ; S. GUTWIRTH, « Quel(s) droit(s) pour quel(s) commun(s) ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018, n° 2, pp. 83-107.

(51) M. CORNU, « Biens communs,

approche juridique », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (éd.), *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*

(52) Ancien article 714 du Code Civil. B. JADOT, « L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir », in F. OST et S. GUTWIRTH (éd.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, pp. 93-143. ; B. JADOT, « L'article 714 du Code civil et la protection de l'environnement », in *L'actualité du droit de l'environnement*, Actes du colloque des 17 et 18 novembre 1994 organisé par la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles et l'Institut de gestion de l'environnement et d'aménagement du territoire, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 53-72.



Le Code civil est un code pour l'environnement, écrit M. Hautereau-Boutonnet, lorsque, du moins en France, il consacre un régime de réparation du préjudice écologique (articles 1246 à 1252) ou un devoir, pour les sociétés, de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de leurs activités (article 1833)⁵³. Une telle évolution, dans la « véritable constitution au sens sociologique du terme »⁵⁴, traduit mais aussi moule un nouvel imaginaire collectif. La préoccupation de l'environnement commence à transformer les racines mêmes du droit commun, du droit privé ; il ne lui suffit plus d'être surajoutée par des règles de police administrative et de droit public⁵⁵, ni d'être évoquée par le biais de seules exceptions, comme une curiosité sympathique.

En Belgique, l'article 3.43 du nouveau Code civil⁵⁶ module l'ancien article 714 et dispose désormais que « Les choses communes ne peuvent être appropriées dans leur globalité. Elles n'appartiennent à personne et sont utilisées dans l'intérêt général, y compris celui des générations futures. Leur usage est commun à tous et est réglé par les lois particulières »⁵⁷. Les travaux préparatoires indiquent que c'est là que se logeront les évocations des questions écologiques et environnementales, mais pour quel effet, sinon de permettre à l'étudiant en droit d'entendre au moins une fois dans son cursus de baccalauréat les mots air, eau, atmosphère ou climat ?

Ce qui fait qu'une chose devient un bien, poursuivent-ils, « c'est sa valeur patrimoniale et la possibilité de se l'approprier ou plus généralement de se la réserver, ce qui permet d'exclure l'hypothèse de choses communes, non appropriables en effet dans leur globalité »⁵⁸. Assimiler encore l'environnement au statut de chose commune, parce qu'il serait non appropriable dans sa globalité, fait fi du constat que les atteintes systémiques à l'environnement sont une forme d'appropriation dans sa globalité — le mot environnement a d'ailleurs surgi pour signifier cette globalité de l'action destructrice de l'humain, qui accentue sa responsabilité, en ce compris à l'égard des générations futures⁵⁹.

Ainsi, l'atmosphère, maintenue dans la catégorie des choses communes, reste un grand réceptacle, faiblement organisé, de l'ensemble des rejets issus des activités humaines, même s'il semble désormais reconnu que sa « capacité d'assimilation est limitée »⁶⁰. Il n'existe pas de cadre global traitant de manière homogène et cohérente de la relation de l'homme et de la communauté internationale à l'atmosphère, sauf pour la navigation aérienne, alors qu'il existe un traité sur le droit de la mer et un traité sur l'espace extra-atmosphérique. Comme si l'espace intermédiaire, atmosphérique, restait fondamentalement *impen-*sé. L'enjeu véritable du statut de l'atmosphère (ou de son absence) est celui des limites portées à son exploitation et des ressorts de sa protection, qui vaudraient *erga omnes*, dans un contexte où l'atmosphère est non seulement la destinataire de pollutions non évitées mais aussi la cible de projets de modification intentionnelle à grande échelle⁶¹.

Pour en revenir à la terre, le nouveau Code civil a abrogé l'article 542 de l'ancien Code civil sur les biens communaux, y définis comme ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs

communes ont un droit acquis. Sans disposition de remplacement, le statut des sarts communaux est invisibilisé, mais il existerait toujours. Ils relèveraient du domaine privé de la commune, qui en jouirait via ses habitants, selon la réponse donnée à une question parlementaire⁶². Le ministre y affirme que « la définition du Code civil était inexacte, les habitants de la commune n'étant pas propriétaires desdits biens ». La discussion témoigne d'une approche binaire, centrée sur la propriété, alors que c'était d'usages dont il s'agissait⁶³. En Italie, la doctrine a fait émerger une nouvelle catégorie, celle des *beni comuni*, intermédiaire entre les biens publics et les biens privés, visant à organiser des droits collectifs d'utilisation par l'entremise d'accords de collaboration, conclus entre les autorités communales et les citoyens, afin de contribuer à la satisfaction des intérêts de la collectivité, à laquelle la Cour de cassation italienne fait déjà écho⁶⁴.

7 Le préjudice écologique

Dans le champ de la responsabilité, l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil opte pour le report « à plus tard » d'éventuels articles sur la réparabilité du préjudice écologique, soit le dommage causé à l'environnement en tant que tel (l'écosystème d'une rivière par exemple), indépendamment de l'atteinte aux personnes et aux biens.

Ce n'est pas que l'importance de la question ait été sous-estimée, disent les travaux préparatoires, mais ce serait « la complexité des enjeux » (*Nihil difficile volenti* !) qui aurait conduit à reporter le débat, au motif de difficultés dans la répartition des compétences et dans le choix des instruments⁶⁵.

Nos voisins du Sud ont pourtant tracé la voie dès 2016, de même que la Cour internationale de justice en 2018, sans pour autant créer de cataclysme en matière de tissu industriel et économique, ce que d'aucuns semblent redouter.

Les dommages causés à l'environnement, ainsi que la dégradation ou la perte consécutive de la capacité de celui-ci de fournir des biens et services, sont susceptibles d'indemnisation en droit international, dit la Cour internationale de justice⁶⁶. Cette indemnisation peut comprendre une indemnité pour la dégradation ou la perte de biens et services environnementaux subie, ainsi qu'une indemnité pour la restauration de l'environnement endommagé.

En France, dans la foulée de la jurisprudence issue du naufrage de l'Erika — où, en reconnaissant par la voie prétorienne la notion de préjudice écologique, les juges consacrèrent l'environnement comme valeur à protéger⁶⁷, « toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer. Est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non

(53) M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Le Code civil, un code pour l'environnement*, coll. Les sens du droit, Dalloz, 2021. Voy. aussi R. FELTKAMP e.a., « Le droit privé au service d'une société durable : rêve ou réalité démocratique ? », in A. VAN HOE et G. CROISANT (coord.), *Droit et durabilité/Recht en duurzaamheid*, Larcier Intersentia, 2022, pp. 105-177. (54) *Idem*. L'auteur cite à cet égard J. CARBONNIER (*in Le Code civil*, 1804-2004, Dalloz-Litec, 2004, p. 20).

(55) Le droit civil a bien sûr une influence sur l'ensemble des biens, même si les régions peuvent également édicter des règles à leur égard dans le cadre de leurs compétences (C. const., 21 octobre 2021, n° 148/2021, B.10.1).

(56) Loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens ».

(57) M.-S. DE CLIPPELE, « Quel avenir pour les choses communes ? », in *Mélanges Benoît Jadot*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 537-56.

(58) Proposition de loi du 16 juillet

2019 portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Introduction générale, *Doc. parl.*, Chambre, sess. extraordinaire 2019, n° 55-0173/1, p. 104.

(59) Cour constitutionnelle allemande, 24 mars 2021, *Neubauer c. Allemagne*, ECLI:DE:BVerfG:2021:rs20210324.1 bvr265618 ; E. BROWN WEISS (1984), « The Planetary Trust : Conservation and Intergenerational Equity », *Ecology Law Quarterly*, vol. 11, n° 4, pp. 495-582 ; I. GONZALEZ et A. GOSSERIES, *Institutions for Future Generations*, Oxford, OUP, 2016. E. GAILLARD (2011), *Génération futures et droit privé. Vers un droit des générations futures*, préf. M. DELMAS-MARTY, Paris, LGDJ.

(60) Commission de droit international, « Protection de l'atmosphère », *Projet de directives et de préambule (deuxième lecture)* adopté à sa 72^e session, mai-août 2021, UN Doc A/CN.4/L951.

(61) L'Accord de Paris sur le climat ne règle pas la question du statut de l'at-

mosphère. Voy. D. MISONNE, « Atmosphère », in *Dictionnaire juridique du changement climatique*, Paris, Mare Martin, M. Torre-Schaub (éd.), à paraître, 2022.

(62) Question parlementaire, https://www.uvcw.be/no_index/files/7517-question-parlementaire-10-11-2021-sarts-communaux.pdf.

(63) M.-S. DE CLIPPELE, « Quelle réception juridique des communs, entre public et privé ? », in J. VAN MEERBEECK e.a., *Distinction (droit) public/(droit) privé : brouillages, innovations et influences croisées*, Presses Université Saint-Louis : Bruxelles, 2021.

(64) J.B. AUBY et M. DE DONNO, « Communs dans le droit italien : les "beni comuni" et "patti di collaborazione" », *chemins-publiques.org*, 26 avril 2021.

(65) Pp. 16 et s.

(66) C.I.J., 2 février 2018, *Costa Rica c. Nicaragua*, §§ 39-43. La Cour fait observer « qu'elle n'a jamais auparavant statué sur une demande d'indemnisation pour dommages envi-

ronnementaux. Il est cependant conforme aux principes du droit international régissant les conséquences de faits internationalement illicites, et notamment au principe de la réparation intégrale, de conclure que les dommages environnementaux ouvrent en eux-mêmes droit à indemnisation, en sus de dépenses engagées par l'État lésé en conséquence de tels dommages » et que « Les dommages causés à l'environnement, ainsi que la dégradation ou la perte consécutive de la capacité de celui-ci de fournir des biens et services, sont susceptibles d'indemnisation en droit international. Cette indemnisation peut comprendre une indemnité pour la dégradation ou la perte de biens et services environnementaux subie pendant la période précédant la reconstitution, et une indemnité pour la restauration de l'environnement endommagé ».

(67) M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 352.



négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement. Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable »⁶⁸.

Sur la responsabilité extracontractuelle, l'avant-projet discuté en Belgique « se contente »⁶⁹ d'indiquer que le dommage résultant de l'atteinte à un intérêt collectif est réparable dans les cas et conditions déterminées par la loi.

Un intérêt collectif protégé ? Nous revoici dans le registre inspirant des biens communs. La clause pourrait être interprétée comme une invitation à prévoir, par la voie législative régionale, les conditions de la réparabilité des dommages à l'environnement en tant que tel, comme intérêt collectif, sans incidence requise sur les personnes et les biens.

8 Les droits de la nature

Toute personne qui, par sa faute, cause à « autrui » un dommage à autrui est tenue de le réparer. Si la nature était cet « autrui », le dommage à la nature, en tant que telle⁷⁰, serait nécessairement couvert. Mais ce n'est pas encore le cas, en Belgique, même si des arbres ont déjà tenté d'ester en justice pour demander réparation du dommage qu'ils subissent en raison du changement climatique. Dans l'état du droit positif belge, les arbres ne sont pas encore « sujets de droits », c'est-à-dire des êtres aptes à exercer des droits et obligations, répondit le tribunal en 2021, qui estime que seul l'être humain possède cette aptitude, sous réserve des personnes morales⁷¹.

Pourtant, devant l'Assemblée générale des Nations unies, lors de l'adoption de la résolution sur le droit humain à un environnement sain, propre et sûr, c'est sans sourire que certains pays, comme le Costa Rica, rappelèrent dans un tel cénacle qu'ils ont déjà chez eux depuis des années, et sans incompatibilité avec les droits humains, accordé des droits à la Terre mère, à la nature elle-même donc, et aux écosystèmes. Les droits de la nature sont en vogue et forment un nouvel imaginaire, concernant ce que devrait ou pourrait être un vrai droit protecteur⁷².

Ce n'est pas tant la question de savoir si c'est possible juridiquement qui est la plus délicate — il n'y a même aucun doute à cet égard, c'est possible ; il n'y a rien de fatal à ce que les fleuves ne parlent pas, puisque les juristes parleront pour eux — mais bien la question de savoir si la société a l'obligation morale de faire évoluer son droit en ce sens, écrivait déjà C. Stone en 1972⁷³. La modernité de la proposition consistait à forcer l'allocation de gardiens dédiés et de représentants attirés pour défendre la nature en danger (un rôle assumé depuis par les associations de protection de l'environnement accréditées), mais également d'envisager la réparation d'un dommage autrement. Le dommage ne serait plus apprécié en termes de rapport à l'humain uniquement, mais aussi à l'égard de l'atteinte à la nature en tant que telle.

Il s'agissait d'une autre voie permettant de faire advenir, en droit, le concept de préjudice écologique.

Les mots importent, puisqu'ils impactent les consciences, expliquait C. Stone. Le choix d'une expression nouvelle peut donc faire toute la différence. Quel est le message fondamental du droit de l'environnement ? Il est difficile à saisir, c'est un droit de spécialistes. Alors que celui des « droits de la nature » parle par lui-même, au plan symbolique à tout le moins.

9 L'écocide

Dans la même veine, le concept d'écocide irrigue les discussions sur l'environnement dans le débat public, alors qu'il n'est pas encore reconnu formellement, à l'heure où nous écrivons ces lignes.

La aussi, le choix du mot importe. « La notion d'écocide ouvre l'imagination du public, alors que celle de crime environnemental contre l'humanité n'évoquerait rien », vérifia un éminent groupe de juristes présidé par P. Sands et D. Sow⁷⁴. Ils proposent d'entendre par écocide « les actes illégaux ou manifestement irrespectueux, commis en connaissance du fait qu'il existe une probabilité élevée de dommage sérieux causé à l'environnement, géographiquement étendu ou avec des effets sur le long terme, dont la cause se trouve dans ces mêmes actes »⁷⁵. La définition n'exige pas qu'il y ait nécessairement une illégalité, car ce serait au préjudice de régions du monde ou de situations où il existe encore peu de législations en matière d'environnement.

La proposition vise à faire rentrer le crime d'écocide dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, en complétant la liste reprenant aujourd'hui le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression. Pour ce groupe de juristes, il est essentiel que l'écocide fasse l'objet d'une incrimination autonome, distincte du crime contre l'humanité car il faudrait sinon prouver le dommage aux individus. Or, ce qui est à nouveau visé de manière nouvelle, c'est le dommage à l'environnement pour lui-même, même si ce dommage impacte aussi les humains.

La proposition est le pendant pénal de l'idée, en matière civile, de consacrer la réparabilité d'un préjudice « écologique », à la différence que l'écocide ne couvre que les atteintes de très vaste ampleur spatiale ou temporelle, les méga-crimes à l'égard de l'environnement.

À l'heure d'écrire ces lignes, le crime d'écocide est à l'agenda de la Chambre des représentants⁷⁶. Le Code pénal est par ailleurs en cours de révision et, dans ce cadre, une Commission d'experts a été spécialement chargée de donner un avis concernant l'insertion de ce crime d'écocide dans le futur Code. Les conclusions de la Commission ont été publiées dans la présente revue, où elle s'inquiète de la meilleure manière de couvrir véritablement les atteintes à la biodiversité, indépendamment de toute retombée pour l'homme.⁷⁷ C'est précisément la raison pour laquelle le choix d'une incrimination autonome, distincte de celle de crime contre l'humanité, est nécessaire, selon P. Sands⁷⁸.

(68) Articles 1246, 1247, 1251.

(69) Exposé des motifs de l'avant-projet d'article 5.172.

(70) Nous évitons à dessein la mobilisation de l'expression « dommage écologique pur », utilisée dans la doctrine en langue française. La recherche du « pur » évoque l'extrémisme et convoque un registre de références préoccupant, sans rapport à ce que veut fondamentalement signifier l'expression.

(71) Civ. Bruxelles, 17 juin 2021, *ASBL Klimaatzaak c. État belge*. P. LEFRANC, « Het Klimaatzaakvonniss : wachten op "de man die bomen plantte" », *T.M.R.*, 2021, pp. 332-341.

(72) D. MISONNE, « Une Nature Hors du Commun », in Y. CARTUYVELS *e.a.*, *Le droit malgré tout*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles 2018,

pp. 709-733. F. OST, *La personnalisation de la nature et ses alternatives*, A. BAILLEUX (dir.), *Le droit en transition*, Presses de l'Université Saint-Louis Bruxelles, 2020, pp. 413-438 ; F. OST, « Personnaliser la nature, pour elle-même vraiment ? », in Ph. DESCOLA (dir.), *Les natures en question*, Paris, Éditions du Collège de France, 2018, pp. 205 et s.

(73) C. STONE, « Should Trees Have Standing ? - Toward Legal Rights for Natural Objects » (1972) 45 *Southern California Law Review* 450 ; C. STONE, « Should Trees Have Standing Revisited : How Far Will Law and Morals Reach - A Pluralist Perspective » (1985) 59 *Cal L Rev* 1, p. 105 ; C. STONE, « Response to Commentators » (2012) 3 *J Hum Rts & Env't* 100 ; V. DAVID, « La lente consécration de la nature, sujet de

droit. Le monde est-il enfin Stone ? », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 37, n° 3, 2012, pp. 469-485.

(74) Rapport d'une conférence organisée le 15 novembre 2021 à l'Université Saint-Louis Bruxelles, accessible en ligne sur theses.org. Voy. A. DEMEYER, « Vers une définition universelle du crime d'écocide », *Compte-rendu de conférence, J.T.*, 2021, pp. 895-896. Voy., concernant le travail du panel d'experts : Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide, Commentary and core text, June 2021, accessible via <https://www.stopecocide.earth/legal-definition>.

(75) Traduction libre de la version originale en anglais : « "ecocide" means unlawful or wanton acts committed with knowledge that there is a

substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage to the environment being caused by those acts ».

(76) Résolution demandant d'inscrire le crime d'écocide dans le droit pénal international, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022, doc 55-1429/005 ; proposition de loi visant à introduire le crime d'écocide dans le Code pénal, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022, doc 55-2356/001.

(77) C.H. BORN, J. DE HERDT, J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, « Vers l'insertion d'un crime d'écocide au titre de crime de droit international dans le nouveau Code pénal », *J.T.*, 2022, pp. 297-307, p. 305.

(78) Voy. *supra*.



10 Les réalités physiques qui font le commun

Évoquer le commun, c'est aussi un défi au tracé des souverainetés, qui ne tiennent pas suffisamment compte de la réalité physique des milieux ou ne créent pas les conditions idoines pour répondre aux défis globaux qui les caractérisent : la nappe phréatique, la forêt, l'océan, le fleuve, tous soumis désormais aux affres du changement climatique. On pourrait même considérer que la frontière est une autre forme de commun environnemental par nature, qui impose de nombreuses procédures de coopération particulières en relation à l'environnement⁷⁹.

Cette approche par la réalité physique des milieux doit de surcroît être abordée dans une perspective dynamique, à la lumière des nouvelles connaissances scientifiques démontrant les interactions constantes entre ces milieux et en leur sein.

La France, toujours elle décidément, connaît déjà dans sa loi sur la biodiversité un « principe de solidarité écologique », qui appelle à prendre en compte, dans toute prise de décision publique ayant une incidence notable sur l'environnement des territoires concernés, les interactions des écosystèmes, des êtres naturels, des milieux vivants ou aménagés⁸⁰. Le changement climatique y est déjà qualifié de préjudice écologique, par l'effet de la modification des fonctions de l'atmosphère. Puisque le Code civil français définit le préjudice écologique, on l'a vu, comme « une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement », le tribunal administratif de Paris considère que l'augmentation constante de la température globale moyenne de la Terre cause la modification de l'atmosphère et de ses fonctions écologiques⁸¹. Le terrain avait été préparé par la doctrine, lors de l'élaboration d'une nomenclature des préjudices environnementaux⁸².

« L'eau n'a pas de frontière, c'est un bien commun. On est un petit territoire et l'eau doit être partagée avec tout le monde », évoquait un spécialiste de l'hydrologie dans *La Libre Belgique* du 24 août 2022⁸³, en lien au fait que certaines communes riches en eau pourraient s'abs-

tenir de prendre des mesures restrictives, rendant vain l'effort de leurs voisines d'interdire l'arrosage ou le pompage, vu que ce sont les nappes phréatiques qui sont concernées. « Il faut aborder l'enjeu de manière plus collective, c'est l'avenir », concluait-il. Pour éviter de donner raison à Hardin, il importe de s'interroger sur la pertinence de certains découpages institutionnels à l'aune du changement climatique, s'ils ne correspondent plus à la réalité physique des milieux dans leurs interactions, telle que connue aujourd'hui.

Conclusion

C'est tant au bénéfice de l'humain, seul ou collectivement, et de la nature elle-même qu'une protection juridique de plus en plus robuste est octroyée ou sollicitée pour cette chose, bien ou personne que l'on nomme généralement encore « l'environnement », même si le terme est daté. Les deux tendances se complètent (vers un « patrimoine commun des êtres vivants »⁸⁴ ?) et tissent une approche systémique qui rehausse le niveau de protection recherché et démultiplie les gardiens de la cause. Le droit ne semble plus résister à la force des idées dont le temps est venu⁸⁵, ceci même s'il achoppe sur quelques écueils en Belgique, mais pour combien de temps encore ?

La mobilisation de la préoccupation des communs qui, comme on l'a vu, n'est pas uniquement liée à des considérations relatives à la propriété, invite au mélange des genres. Elle rassemble des morceaux épars et montre par décalque qu'ils content en réalité une même histoire, déjà vécue ou toujours fantasmée, où le droit s'emparerait mieux, par la pression sociétale et le poids des constats scientifiques, des enjeux environnementaux.

Delphine MISONNE
Chercheuse qualifiée au FNRS
Université Saint-Louis - Bruxelles

(79) La Convention d'Espoo de 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière vise par « impact transfrontière » tout impact, et non pas exclusivement un impact de caractère mondial, qu'aurait dans les limites d'une zone relevant de la juridiction d'une Partie une activité proposée dont l'origine physique se situerait en tout ou partie dans la zone relevant de la juridiction d'une autre Partie.

(80) A. MICHELOT, 21-39.

Article L 110-1-II, al. 6.1.

(81) T.A. Paris, 3 février 2021, *Association Oxfam France e.a.*, req. n^{os} 1904967, 190498, 1904974/4-1.

(82) L. NEYRET et G. MARTIN (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, 2012, p. 14., cités par C. Cournil, A. Le Dyllo e.a., *op. cit.*, p. 232 : « La nomenclature établie par le professeur Laurent Neyret précise, concernant les atteintes aux fonctions de l'air ou de

l'atmosphère, qu'elles s'entendent du rôle qu'ils jouent au sein des écosystèmes tel que [...] participer à la régulation du climat ».

(83) G. TOUSSAINT, « On doit aborder l'enjeu de la sécheresse de manière plus collective... », *La Libre Belgique*, 24 août 2022 (interview de K. Thibaut).

(84) J. ROCHFELD, M. CORNU et G. MARTIN, « L'échelle de communalité : propositions de forme pour intégrer les biens com-

muns en droit », Rapport de recherche de la Mission Droit et Justice, n^{os} 17-34, 2021, p. 159.

(85) C'est le vocabulaire mobilisé en 2018 par le rapporteur spécial J. Knox, sur la nécessité de reconnaître, au niveau universel, le droit à un environnement sain (A/73/188), afin de transformer un droit moral en obligation juridique.

