

Les apports de la qualification de la biodiversité en chose commune à la construction et l'organisation de Communs naturels

Marie-Pierre Camproux Duffrène

mai 2020

Rapport pour le GIP sur L'échelle de communalité, 2017-2020, soutenu par la mission de recherche
Droit et justice

Sommaire

Sommaire	1
1.1 Liste de mots-clefs.....	1
1.2 La chose commune comme qualificatif possible de la biodiversité	2
1.3 Le régime juridique.....	4
1.3.1 Un usage commun excluant l'appropriation de la chose commune.....	5
1.3.2 Une obligation de conservation contrepartie de ce droit d'usage commun	7
1.3.3 Usage/accès ou prélèvements	8
1.3.4 Propriétaire du sol/usagers de la biodiversité	9
1.3.5 L'action fondée sur la protection de la chose commune et de son usage commun.....	10
1.4 De la chose commune aux communs : une tentative de classification des communs naturels .	13
1.4.1 Les communs naturels.....	14
1.4.1.1 Les communs naturels universels.....	16
1.4.1.2 Les Communs naturels spatialisés (ostromiens)	17
1.4.2 Des précisions sur les communeurs, acteurs de ce vivre ensemble au regard de la définition du préjudice écologique.....	19
1.4.2.1 La communauté du vivant ou biotique, communauté composée d'humains et de non humains.....	19
1.4.2.2 De l'action en réparation du préjudice écologique à une action en défense d'un intérêt en commun.....	21

1.1 Liste de mots-clefs

Chose commune - biodiversité - usage commun - obligation de conservation – accaparement-
trouble anormal - intérêt (en) commun- communs naturels

1.2 La chose commune comme qualificatif possible de la biodiversité

Le droit est un construit social¹, il n'est donc pas immuable et doit répondre aux besoins de l'homme pour en assurer la survie².

Définition de la biodiversité

La biodiversité depuis la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages est définie dans le Code de l'environnement.

Article L110-1 du Code de l'environnement :

« I- Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage.

Les processus biologiques, les sols et la géodiversité concourent à la constitution de ce patrimoine.

On entend par biodiversité, ou diversité biologique, la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie. Elle comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants.

II. - Leur connaissance, leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état, leur gestion, la préservation de leur capacité à évoluer et la sauvegarde des services qu'ils fournissent sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. »

D'une part, cette définition cible les organismes vivants et les écosystèmes dont ils font partie. Il est également question des espèces. Sont donc concernés comme éléments naturels, le vivant ; les espèces de faune et de flore, les autres organismes vivants mais également les éléments non vivants ; l'eau, l'air le sol qui forment le milieu abiotique nécessaire à leur survie. Il faut ajouter à ces éléments vivants et non vivants les interactions entre ces différents éléments. Ces différents éléments et leurs interactions forment des écosystèmes et complexes écologiques également mentionnés dans la définition.

Donc, la biodiversité, même si elle cible avant tout le vivant et la diversité des espèces, intègre également la diversité des écosystèmes. Dans cette mesure et à juste titre les organismes vivants ne pouvant survivre que dans un écosystème et dépendant de composants abiotiques, cette définition de la biodiversité se révèle réaliste mais associe très étroitement le vivant ou non vivant.

D'autre part, cette définition comprend : *la variabilité et la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants.*

- Cette diversité est appliquée aux espèces et aux écosystèmes qui sont des entités regroupant des individus de la diversité à la fois dans chaque espèce, des différentes espèces, des différents écosystèmes et de leur association pour former des complexes écologiques.
- Les interactions entre les différents organismes vivants (fonctions écologiques et participations aux équilibres biologiques)

¹ Intervention de M. Cornu « Exposer la pluralité de sens : un dictionnaire des communs », séminaire organisé par D. Misonne sur « Actualités des communs en droit de l'environnement et de la culture, 28 novembre 2017, CEDRE, Université Saint Louis, Bruxelles.

²S. Gutwirth et I. Stengers, « le droit à l'épreuve de la résurgence des *commons*, RJE 1/2016, p. 306 à 343.

- Cette diversité est associée à la variabilité des organismes vivants, des écosystèmes et des complexes écologiques.
- La variabilité ne renvoie pas à des éléments statiques à un moment T, mais à une complexité faite de variabilité et de mouvement, d'évolution permanente, à une dynamique de trajectoires. L'écosystème ou l'espèce doit garder sa faculté d'adaptation au milieu, sa capacité de résilience aux perturbations.

On comprend dès lors que cette définition renvoie non seulement à un ensemble d'éléments ainsi qu'à leurs interactions mais également à une réalité biologique dynamique qui consiste dans le fait que ces systèmes écologiques et ces éléments qui composent la biodiversité ne sont pas statiques et sont associés à des processus écologiques dans un mouvement permanent. Diversité et variabilité sont des caractères intrinsèques des composants de cette biodiversité.

La biodiversité n'est-elle qu'un concept abstrait ou une réalité biologique dont le droit peut se saisir en tant qu'entité ? Nous ne répondrons pas directement à cette question. En revanche nous allons tenter de voir si cette biodiversité définit comme un ensemble et faisant partie du patrimoine commun de l'humanité comme il est mentionné à l'alinéa 1^{er} de l'article L110-1 I peut être qualifiée de chose commune.

La chose commune

La chose commune trouve son origine en droit romain et a été l'objet d'une écriture législative avec la loi 1803-04-19 promulguée le 29 avril 1803 qui a ensuite été insérée dans le code civil de 1804 à l'article 714 du Code civil demeuré inchangé depuis lors.

Article 714 du Code civil créé par la loi 1803-04-19 promulguée le 29 avril 1803

« Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous.

Des lois de police règlent la manière d'en jouir. »

La place de cet article traitant de la chose commune dans le code civil est particulièrement éclairant. Il prend place dans le préambule du livre 3 du code civil intitulé « Des différentes manières dont on acquiert la propriété » et parmi les dispositions qui présentent les éléments qui ne sont pas, plus ou pas encore appropriés donc hors de la propriété (les choses communes, avec les choses non encore appropriés : les choses sans maître ou les trésors)³.

La chose commune est une chose qui n'est pas susceptible d'appropriation mais qui, dans la sphère juridique, est l'objet d'un droit spécifique, un droit d'usage commun. De ce droit d'usage commun peut être déduite une obligation de conservation. Ce droit et cette obligation devraient pouvoir faire l'objet d'une action en justice en cas de manquement. En ce sens et c'est tout l'intérêt de cette qualification, la chose commune obéit à un régime juridique tout à fait spécifique et distinct de celui de la chose appropriée.

Dans le domaine de l'environnement, sont qualifiés de chose commune : l'eau courante, l'air et nous y ajoutons la biodiversité.

³ Selon J. Rochfeld, entrée « chose commune (approche juridique), *Le dictionnaire sur les biens communs* (dir. M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld), PUF 2017, p. 177

La chose commune-biodiversité

Selon F. Ost, le monde des communs est un monde relationnel, l'accent n'est pas mis sur le sujet ou sur l'objet de droit mais sur la relation⁴. Or dans le domaine de l'environnement naturel, la relation entre la biodiversité et l'homme est particulière. En effet, le lien entre la biodiversité définie comme précédemment et l'homme est fait d'interdépendance et de solidarité et vient contredire l'idée que l'homme peut maîtriser la nature et l'assujettir.

- Ce lien est divers, il n'est pas seulement spatial ou géographique ou encore purement biologique, il est aussi, spirituel, culturel, culturel⁵,...
- L'homme et son environnement naturel (écosystème planétaire, biodiversité) sont en communauté de destin.⁶ Leurs sorts sont liés. Ce lien est d'ordre vital. Les atteintes irréversibles à la chose commune portées par certaines activités humaines sont dès lors gravissimes pour la chose commune, pour les hommes, l'humanité, étant donné leur lien et doivent être sanctionnées comme telles par le droit.
- Si l'on pense la biodiversité comme une chose commune, il faut alors aussi prendre en compte la dualité des liens qui existent. D'une part si la chose commune-biodiversité est une chose qui n'appartient à personne (ce que personne ne remet en question), alors son usage est commun à tous c'est-à-dire à tous les humains. Il y'a donc une relation directe entre la chose et les sujets de droit. Et d'autre part, cette relation homme-biodiversité se double d'un lien entre les différents hommes présents (et futurs) qui font un usage commun, partagé de la chose commune (en tant que nous le verrons co-usagers de la chose commune).
- Il est également intéressant et perturbant d'ajouter qu'il faut prendre conscience et intégrer que, lorsqu'il est question d'organismes vivants et d'espèces, l'humain peut être concerné et faire partie de cette biodiversité en tant qu'organisme vivant et qu'espèce animale. Il peut dans cette conception être réfléchi de passer de la chose commune au « commun » en tant qu'un vivre ensemble⁷.

1.3 Le régime juridique

La définition donnée par le Code civil n'existe qu'à travers le régime juridique applicable. Si ce régime ne semble pas efficient aujourd'hui, il peut cependant expliquer certaines catégories déjà fonctionnelles, comme la distinction de traitement juridique entre des espèces protégées et les espèces dites ordinaires. Le passage de l'ombre à la lumière de cette qualification qu'est la chose commune ainsi que son application à la biodiversité pourraient également permettre de mieux articuler juridiquement la relation homme-biodiversité. Il faut donc préciser ce régime juridique issu de l'article 714 du Code civil.

⁴ F. Ost, « Du commun à la personnalité juridique accordée à la nature » *in* séminaire organisé par D. Misonne sur « Actualités des communs en droit de l'environnement et de la culture, 28 novembre 2017, CEDRE, Université Saint Louis, Bruxelles.

⁵ R. Lafargue, « Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement. Droit au cadre naturel et réalités socioculturelles : interdépendances et interdisciplinarité », *Droit et société*, 2010/1 n° 74, p. 151-169.

⁶ R. Mathevet, *La solidarité écologique, ce lien qui nous oblige*, Actes Sud 2012, p. 88

⁷ P. Dardot et C. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, la découverte, 2014, p. 283

1.3.1 Un usage commun excluant l'appropriation de la chose commune

La chose commune n'est pas la propriété de tous, ni objet d'une propriété collective comme cela a pu être souvent écrit. Bien au contraire, l'homme ne peut pas être propriétaire ou copropriétaire de la chose, il ne peut avoir qu'un usage sur la chose commune. Il ne détient dès lors qu'un pouvoir réduit sur la chose, un usage de la chose, qu'il partage avec autrui de surcroît.

Cette construction fait écho aux propos d'E. Durkheim puisque si la propriété permet le retrait d'un bien de l'usage commun, alors il est possible de dire qu'en cas d'inappropriation de la chose, celle-ci est logiquement soumise à l'usage commun⁸. C'est ce qu'exprime l'article 714 du Code civil : *Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous.*

Un droit spécifique sur une chose spécifique

Une chose spécifique

La chose commune est inappropriée et inappropriable, elle se distingue des *res nullius* inappropriées mais appropriables et des biens appropriés⁹. Se faisant, le Code civil a dit l'inappropriable.

Appliquer la qualification de chose commune à la biodiversité permet de refléter la nature essentielle de la biodiversité et le lien de dépendance entre l'homme et la biodiversité. En effet, il est besoin de rappeler dans notre société de consommation et urbaine déconnectée de notre naturalité et à l'heure de l'effondrement de la biodiversité explicité dans le rapport de l'IPBES, que la biodiversité, cette chose commune à tous, est à la fois vitale pour l'homme et dépendante de lui, que l'espèce humaine et la biodiversité sont en communauté de destin et que ce destin dépend très fortement des générations présentes. D'où l'importance de travailler juridiquement sur ce lien juridique entre homme et biodiversité.

Un lien spécifique doublement restreint

Le droit s'il exclut le lien d'appropriation pour la chose commune, n'a pas exclu cette chose du droit et d'une relation juridique avec l'homme. Selon l'article 714, cette relation entre l'homme et la chose commune n'est pas une relation d'appropriation mais d'usage commun. Ce lien est double¹⁰.

- Un simple usage

Au regard de l'article 714 du Code civil, l'homme est un usager de la chose commune-biodiversité. Un usager est distinct d'un propriétaire. Il dispose d'un pouvoir limité sur la chose par rapport au droit d'un propriétaire qui a un droit exclusif (personnel) et absolu (additionnant l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*).

Le titulaire du droit d'usage n'a pas l'*abusus* c'est-à-dire le droit de disposer et d'aliéner la chose, de la dégrader ou de la polluer, ce qui revient à en disposer.

⁸ E. Durkheim, *Leçons de sociologie*, PUF, Quadrige, 2e éd. 1995, p. 171 et p. 172.

⁹ S. Vanuxem, « Chose » in *Dictionnaires des biens communs*, (dir. M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld) PUF p. 1174

¹⁰ Nous qualifierons pour l'instant ce lien entre l'homme et la chose commune qu'est l'usage commun de droit d'usage commun pour faciliter l'explicitation de la construction juridique. Mais il est certain qu'une réflexion doit être menée sur la nature exacte de ce lien.

En tant qu'usager, il a un droit de jouir de la chose pour ses besoins vitaux dans une limite raisonnable. Il faut noter que son droit de prélèvement en tant qu'usager est limité aux fruits (renouvelables et sans répercussion sur le bon fonctionnement de la chose) qui deviennent la propriété de l'usager, à l'exclusion des produits qui entament, ou dont le prélèvement porte atteinte à la substance de la chose dont il ne dispose pas (ex : spécimens d'une espèce rare).

Il peut être de nature réelle car l'homme a un lien direct avec la chose commune (la chose commune étant une chose et non une personne) bien que d'ordre non patrimonial (sans valeur monétaire). A ce titre, ce lien d'usage de l'article 714 ne doit être considéré ni comme un démembrement *sui generis* du droit de propriété, ni comme un usufruit, la chose commune n'ayant pas de propriétaire. Il peut être considéré un droit réel autonome et donc perpétuel, un droit de jouissance spécial¹¹ réduit au regard du droit de propriété à finalité de protection de l'objet de ce droit.

Il peut être également un droit rattaché à la personne dans le sens où l'homme dépend de la biodiversité, un droit vital donc fondamental. Selon Benoit Jadot, « Priver quelqu'un de la jouissance des choses communes c'est le priver de ce qui est indispensable à la vie »¹². Il faudrait donc le qualifier de droit fondamental qu'il soit finalement qualifié de droit réel fondamental ou de droit personnel fondamental. L'usager ne doit pas pouvoir renoncer à ou céder ce droit et celui-ci doit être opposable à tous, ce qui lui permet l'accès à la chose et de pouvoir en tirer les utilités nécessaires à son existence, c'est un droit à la non exclusion (bien différent du droit de propriété qui réserve l'usage et exclu l'accès)¹³.

- Un usage commun

L'*usage commun* à tous renvoie *a priori* à la communauté humaine. L'homme est donc co-usager de la biodiversité.

Ce droit d'usage commun ajoute au droit individuel d'usage, une approche du commun, puisque cet usage doit être également partagé avec tous les autres¹⁴.

Ce droit n'est pas exclusif ou partagé par quelques-uns, il s'agit d'un usage commun à tous (humanité) ce qui nécessite un accès pour tous à la chose et donc un partage de cet usage. Ce n'est pas une répartition de la chose entre les humains mais bien un partage de l'usage d'une chose qu'il ne faut pas dégrader). Ce droit peut être variable en fonction des besoins de chacun mais également de ceux des autres. Ce droit d'usage est un droit qui prend en compte l'autre, il peut être limité par celui des autres.

¹¹ F. Girard, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux Repenser la propriété à partir du bundle of rights », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 6 | 2016, 185-236. Il faudra à un moment ou à un autre que soit discutée la possibilité de créer des droits réels démembrés suffisamment longs (au-delà donc du terme trentenaire ou quasi séculaire qui paraît souvent s'imposer aux esprits) pour assurer une protection effective de l'environnement. Et W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, L.G.D.J. 2012, n° 132.

¹² B. Jadot, « l'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous », in *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?* (dir. F. Ost et S. Gutwirth), Publ. Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1996, p. 56.

¹³ F. Girard, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux Repenser la propriété à partir du bundle of rights », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 6 | 2016, 185-236

¹⁴E. Leroy, « Sous les pavés du monologisme juridique la plage des communs et de néo communautés », in (dir. B. Parance et J. de Saint Victor) *Repenser les biens communs*, CNRS éd. 2014, p 27

Ce droit d'usage commun est¹⁵ :

- trans-individuel (non exclusif) ;
- indivisible (insusceptible de faire l'objet d'une répartition entre les individus) ;
- trans-générationnel, ce droit commun de bénéficier de l'usage de cette chose vitale intègre le droit des générations futures, la chose commune doit pouvoir être transmise à ces dernières.;
- et donc perpétuel au regard de la communauté humaine.

Ce droit parce qu'il est partagé limite encore le pouvoir de l'homme sur cette chose¹⁶. En effet, *«parce qu'elle est commune, une ressource ne peut supporter que des droits d'usage qui ne l'épuisent pas et laissent intact le droit d'usage d'autrui»*¹⁷.

Cette limitation a pour fondements de mieux protéger la chose commune vitale de l'homme prédateur et de permettre à l'humanité d'en faire un usage pérenne. Plus la chose est dégradée, plus le droit d'usage se réduit et l'obligation de conservation est prégnante.

En effet, ce droit d'usage est aussi, d'autant plus qu'il est commun, un droit donnant naissance à des obligations entre les personnes. En effet, la conséquence directe de l'existence de ce droit d'usage commun est celle d'une obligation de conservation de la chose.

1.3.2 Une obligation de conservation contrepartie de ce droit d'usage commun

Cette obligation de conservation est la contrepartie de ce droit d'usage commun ou son corollaire. Le fait que cette obligation ne soit qu'implicite et ne soit pas mise en exergue en 1803 s'explique aisément en matière environnementale par le fait qu'à l'époque, au vu du bon état de l'environnement naturel et de l'abondance du vivant, la perte de biodiversité n'était pas envisageable. Or cette obligation apparaît fondamentale aujourd'hui au regard de l'urgence écologique. C'est pourquoi nous proposerons qu'elle soit mentionnée expressément à l'article 714 du Code civil.

L'effectivité d'un droit d'usage sur la chose commune-biodiversité est conditionnée par l'absence de perte de substance et de fonctionnalité de celle-ci. Et pour que chacun puisse en jouir, il faut selon B. Jadot la conserver. Ce droit implique donc une obligation portant sur la chose et à l'égard

¹⁵ Ces caractères permettent *« d'identifier l'intérêt collectif lié à l'environnement non pas comme portant sur des droits répartis entre des individus déterminés, mais comme un intérêt trans-individuel portant sur des droits indivisibles sur l'environnement. Cette trans-individualité entre en résonance avec la qualification de l'environnement en chose commune (inappropriée et inappropriable) et la théorie adjointe selon laquelle l'homme a un droit d'usage partagé sur celle-ci et non un droit de propriété exclusive. Elle permet ainsi de préciser qu'en cas d'atteinte à l'environnement, l'intérêt collectif afférent défend des droits indivisibles, insusceptibles de faire l'objet d'une répartition entre les individus »*, V. M.-P. Camproux Duffrène *« la représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le code civil du dommage causé à l'environnement »*, in *La représentation de la nature devant le juge ; approches comparatives et prospectives*, VertigoO - la revue électronique en sciences de l'environnement [En ligne], Hors-série 22 | septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 28 février 2018. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16320>

¹⁶ V. M.-P. Camproux Duffrène, *« Entre environnement per se et environnement pour soi ; la responsabilité civile pour atteintes à l'environnement »*, *Env. et DD* 2012, n° 12, Étude n° 14 p. 13, aussi *« Conséquences de la nature juridique de la biodiversité sur la réparation du dommage »*, Mélanges en l'honneur de G. Wiederkehr, *De Code en Code*, Dalloz, 2009, p 89 à 98. Et *« La protection de la biodiversité via le statut de res communis »*, *Rev. Lamy dr. civ.* janv. 2009, Perspectives p. 68 à 74

¹⁷A. Gaonac'h, *« Réparation du dommage écologique dans le droit de l'eau »*, *RD rur.* 2000, p. 279.

des co-usagers. À ce propos, P. Dardot et C. Laval écrivent que « *la coobligation des « hommes du commun » est celle qui leur impose d'user de cet inappropriable de manière à le préserver et à le transmettre* »¹⁸.

Ainsi, l'usager de la chose commune est tenu d'une obligation bien plus conséquente que l'usufruitier qui n'a pas à assurer la pérennité du bien objet de l'usufruit¹⁹.

En effet, ce qui singularise encore ce droit d'usage et le distingue du droit d'usage classique et du droit d'usufruit et justifie sa nature autonome particulière est que ce droit d'usage partagé impose aux usagers une obligation de conservation et de bon état de fonctionnement de la chose. Classiquement, c'est au propriétaire qu'il revient la conservation (ou non) de la chose, celui-ci ayant le droit de disposer de la chose et de la détruire. En ce qui concerne les choses communes, le droit d'usage n'étant pas détaché d'un droit de propriété mais correspondant au lien dans son entièreté, cette répartition n'a pas lieu d'être et il est tout à fait sensé que l'obligation de conservation pèse sur les titulaires du seul droit existant sur la chose commune. Pour permettre la préservation de la chose objet de droit et le droit d'usage partagé avec autrui, chaque usager doit non seulement ne pas dégrader la chose mais également prendre toutes les mesures qui permettront de jouir de la chose commune dans toute son intégrité pour lui mais surtout par ces co-usagers

En miroir d'un droit d'usage vital et perpétuel, l'obligation de conservation doit être particulièrement renforcée. Il est évident que cette obligation de conservation concerne le long terme, pour bénéficier non seulement aux générations actuelles mais également aux générations futures²⁰. La décision n°2011-116 du 8 avril 2011 du Conseil constitutionnel, consacrant une responsabilité civile des auteurs d'une activité entraînant une atteinte à l'environnement²¹, et la codification au sein du Code civil de l'action en réparation du préjudice écologique vont dans ce sens.

Cette obligation de conservation devrait empêcher toutes atteintes en particulier celles qui sont irréversibles puisqu'empêchant le bon fonctionnement des écosystèmes et contribuant à l'effondrement de la biodiversité. Et le droit devrait sanctionner d'autant plus durement pénalement (écocide, mise en danger de l'environnement) comme civilement, voire administrativement les auteurs d'atteintes à l'usage commun et les dommages écologiques en découlant.

1.3.3 Usage/accès ou prélèvements

¹⁸ P. Dardot et C. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, la découverte, 2014, p. 283

¹⁹A. Sériaux, « La notion de choses communes, nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », in J.-Y. Chérot et al., *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, éd. PUAM 1995, p. 35.

²⁰ La notion d'autrui devient d'interprétation large pour englober non seulement les personnes existantes mais également les générations futures, V. M.-P. Camproux Duffrène « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le code civil du dommage causé à l'environnement », in *La représentation de la nature devant le juge ; approches comparatives et prospectives*, VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement [En ligne], Hors-série 22 | septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 28 février 2018. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16320>

²¹ F.-G. Trébulle, « Le Conseil constitutionnel, l'environnement et la responsabilité : entre vigilance environnementale et préoccupation, in *Revue de droit immobilier* 2011 p. 369 (Décision n°2011-116 QPC du Conseil constitutionnel du 8 avril 2011)

En matière de biodiversité, le régime juridique applicable à la chose commune doit permettre à chacun un accès à des éléments vitaux, mais il doit aussi éviter toute atteinte à la substance de la biodiversité, à son dynamisme. Pour ce faire, chaque usager doit limiter les prélèvements et ne les réaliser que dans la mesure où ils ne portent que sur des portions ou sur des spécimens et n'entament ou ne dégradent pas la substance de la chose (le bon fonctionnement des écosystèmes, la survie des espèces, ...). Cette portion ou spécimen pourra alors être qualifiés de fruit de la chose commune²². Dans le cas contraire, il pourra être qualifié de, produit et devra suivre le même régime juridique que la chose. Le cas échéant, ce produit n'est susceptible que d'un usage modéré, voire exclu d'usage de manière temporaire afin de permettre la conservation de l'intégrité de la chose ou sa remise sur sa trajectoire fonctionnelle initiale.

Cette distinction entre fruit et produit pour les éléments détachables permet de limiter l'appropriation aujourd'hui quasi automatique des éléments prélevés de la biodiversité²³.

Un prélèvement excessif, autrement dit une consommation excessive et non maîtrisée²⁴ (ex en cas de surpêche : disparition de l'espèce et appauvrissement de la biodiversité), devrait pouvoir entraîner une requalification de fruit en produit. La règle selon laquelle l'accessoire suit le principal pourrait également servir à éviter l'appropriation de ce éléments²⁵.

De point de vue des usagers, en cas de prélèvement excessif une mise en cause de l'auteur pour atteinte à la chose commune elle-même, pour dépassement de son droit qui n'est que d'usage²⁶ et atteinte au droit d'usage des co-usagers *via* le mécanisme de la responsabilité civile doit être possible²⁷. Ce prélèvement pourrait correspondre à un abus d'usage pour celui qui en est l'auteur (faute) ou un accaparement de la chose et de l'usage communs.

Quoiqu'il en soit l'usage de chacun mais partagé par tous ne devrait pas altérer la chose elle-même et ne peut se faire alors que sur des éléments renouvelables ou résilients ou encore porter sur des fruits et non des produits.

1.3.4 Propriétaire du sol/usagers de la biodiversité

²²Un fruit naturel est alors celui dont le prélèvement n'aura pas d'impact sur la substance même de la chose, le bon fonctionnement de l'écosystème

²³ Le critère de cette distinction juridique sur les éléments se fera selon que leur prélèvement altère ou non la substance même de la chose dont ils sont issus, au regard de leur abondance ou de leur rareté mais également de leur importance pour le bon fonctionnement de l'écosystème ou les équilibres biologiques ou le maintien de la diversité biologique et si ce prélèvement porte atteinte à la variabilité et l'adaptabilité des organismes vivants et donc au maintien de la diversité biologique.

²⁴ V. S. Drapier « Quel régime de responsabilité civile pour les choses communes endommagées ? », *RJE* 4/2016 p. 691

²⁵ M.-P. Camproux Duffrène « Approche civiliste de la protection de la biodiversité au regard du droit de propriété sur le sol », in *Des petits oiseaux aux grands principes*, Mélanges en l'honneur de Jean Untermaier, éd. Mare et Martin (Paris), 04/2018, p. 93 à 110

²⁶ « En utilisant l'air ou l'eau de telle manière que nul autre ne puisse le faire dans le même temps, les pollueurs ne se contentent plus d'user des biens-environnement : ils en disposent ». G. J. MARTIN, *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, th., Nice 1976, n°118

²⁷M.-P. Camproux Duffrène, « Pour une approche socio-écosystémique de la dette écologique : une responsabilité civile spécifique en cas d'atteintes à l'environnement », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 26 | septembre 2016, mis en ligne le 09 septembre 2016, consulté le 01 mars 2018. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/17493>

Selon l'article L110-1 I du Code de l'environnement, la biodiversité fait partie du patrimoine commun de la nation qui génère services écosystémiques et valeurs d'usage. Il est à noter que le sol est exclu du patrimoine commun de la nation mais y contribue. Il est pourtant difficile de dissocier le sol et les écosystèmes terrestres. Le sol étant une composante essentielle de tout écosystème terrestre.

Cette dissociation permet cependant de distinguer juridiquement et au regard du Code civil le sol, *res propriae*²⁸ (art 518 CC), et la biodiversité, chose commune ou *res communis* (art. 714 CC).

La biodiversité et ses composantes ne sont pas forcément rattachées juridiquement au sol comme il est souvent présumé et donc perçues comme un accessoire au fonds de terre et donc immeuble par incorporation ou parce que faisant partie du dessus ou du dessous du sol, immeuble approprié. En effet, à relire l'art. 552 du Code civil, il est possible de ne rattacher à la propriété du sol que le construit ou les plantations dont l'origine est une activité humaine et non l'activité spontanée des processus biologiques et des écosystèmes ou des interactions entre organismes vivants²⁹.

Ainsi au contraire de cette présomption, il est possible d'arguer que les organismes vivants et les écosystèmes font partie de la biodiversité et à ce titre peuvent être considérés, s'ils sont individualisés, comme des accessoires au sens juridique de la biodiversité qualifiée de chose commune selon l'article 714 Code civil. Et en tant qu'accessoires, leur régime juridique peut subir des adaptations en conséquence de leur rattachement à la biodiversité, chose commune.

Dans cette conception, la question subsidiaire est de savoir ce qu'il reste au propriétaire du sol, à part la propriété d'une assiette et des productions liées à son activité (plantations, constructions). D'autres approches comme la propriété inclusive, ont, elles aussi, pour conséquence de réduire le pouvoir du propriétaire sur l'assiette sol³⁰. Dans notre hypothèse de biodiversité qualifiée de chose commune, le propriétaire du sol est alors le co-usager privilégié de la chose commune-biodiversité. A ce titre il a un accès et donc un usage privilégié à la biodiversité localisée sur ou dans le sol. En contrepartie, il a également une obligation de conservation renforcée par rapport aux autres co-usagers. Il doit être considéré comme le gardien principal de la biodiversité sur et dans son sol. Mais il n'en est pas le propriétaire et il est redevable de cette obligation envers la communauté d'usagers dont l'exercice effectif de l'usage commun peut se trouver réduit.

1.3.5 L'action fondée sur la protection de la chose commune et de son usage commun

Dans ce cadre théorique, la chose commune est un objet de droits et les titulaires de l'usage commun sont les sujets de droits essentiellement les humains.

Les droits et obligations peuvent en cas de non-respect ou de manquement permettre aux titulaires d'agir en justice.

²⁸Article 518 du Code civil : « *les fonds de terre (...) sont immeubles par nature* ».

²⁹Article 552 du Code civil « *La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.*

Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre " Des servitudes ou services fonciers " ».

« Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police. »

³⁰ F. Girard, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux. Repenser la propriété à partir du *bundle of rights* », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 6 | 2016, 185-236

Si la chose commune est la biodiversité

- Alors il s'agit d'une chose commune rivale dans le sens où l'usage de l'un peut diminuer l'usage des autres, et qu'il est possible par cet usage de dégrader ou réduire le contenu de la chose commune.
- Alors l'usage commun est vital pour la survie de l'humanité, la protection est donc fondamentale.

L'action en défense de la chose commune (rivale) et de son usage commun (vitale)

1) Le fondement de l'action peut être réelle (chose commune) et bénéficier aux titulaires de l'usage commun (la communauté).

Si l'usage est considéré dans sa dimension réelle (portant sur une chose, objet de droit) en tant que droit réel autonome³¹, il impose aux usagers une obligation de conservation et de bon état de fonctionnement de la chose. Les co-usagers victimes d'une atteinte à leur droit réel pourraient alors agir dans le cadre d'une action similaire à l'action en empiètement (en matière de propriété). Cette action pourrait être qualifiée d'action en accaparement de la chose commune dans la mesure où la chose commune et son usage commun seraient accaparés par un seul et à son bénéfice au détriment des droits de la communauté titulaire de l'usage.

L'intérêt d'une telle action réelle est d'échapper à l'exigence d'un préjudice causé³². Ainsi, en cas d'empiètement la sanction est la démolition systématique ce qui correspond bien à la cessation du trouble au droit ou à la chose, sans nécessité de prouver un préjudice. Elle sanctionnerait les atteintes à la chose commune dans son intégrité et dans son fonctionnement interne.

2) Le fondement de l'action en défense de la chose commune-biodiversité et de son usage commun peut être personnelle

L'action peut être fondée sur le non-respect du droit d'usage ou de l'obligation de conservation en ce qu'ils sont communs et donc s'imposent entre les différents usagers.

L'atteinte porte sur un droit d'usage partagé et les co-usagers sont lésés dans leurs droits indirectement à travers l'atteinte à la chose mais aussi directement dans les répercussions de ce prélèvement sur l'usage sur la chose de la communauté.

Cette action, au-delà de l'article 714 du Code civil peut prendre également appui sur les articles 1 et 2 de la Charte de l'environnement et la décision du 8 avril 2011 du Conseil constitutionnel qui consacre l'existence d'une action en responsabilité et d'un droit à agir sur le fondement de ces deux articles³³.

Rappelons ce que précisent l'article 1^{er} « *Chacun a droit à un environnement équilibré et respectueux de la santé* » et l'article 2 « *Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* ». De la combinaison de ces deux articles, le Conseil constitutionnel déduit que le respect de ces droits et devoirs énoncés s'impose à l'ensemble des personnes et qu'une action en responsabilité peut être engagée au regard de ce que chacun a « *une obligation de vigilance à l'égard des*

³¹ F. Girard, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux. Repenser la propriété à partir du bundle of rights », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 6 | 2016, 185-236.

³² W. Dross, « De la revendication à la réattribution : la propriété peut-elle sauver le climat ?, *Recueil Dalloz* 2017, p. 2533

³³ Décision du Conseil constitutionnel, n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011

atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité », obligation qui résulte selon le Conseil de ces dispositions. Cette décision consacre ainsi une action en responsabilité sur le fondement de ces deux articles combinés et précise que « *le législateur dans la définition des conditions d'engagement de cette responsabilité ne saurait restreindre le droit d'agir en responsabilité dans des conditions qui en dénaturent la portée* ». Cette décision peut donc, en ce qu'elle consacre une action en responsabilité de chacun, conforter l'action en responsabilité en cas d'atteinte à la chose commune –biodiversité et à son usage commun.

Cette action repose sur une relation entre créancier et débiteur, il s'agirait alors d'une action personnelle (entre personnes) contre les atteintes à l'usage commun. Elle sanctionnerait les cas de dépassement de prélèvements ou d'usage individuel non conforme au besoin de chacun et de tous ce qui correspondrait à un abus d'usage individuel. Dans ce cas, le fondement de la responsabilité civile pourrait être l'abus de droit d'usage d'un usager (dépassement de son propre droit) ou le manquement à son obligation de conservation et donc reposer sur la faute de l'usager³⁴. Mais il semble possible d'aller au-delà de la responsabilité pour faute, fondement paraissant peu en phase avec l'importance de cette protection d'une chose vitale en train de disparaître et ne tenant pas assez compte de l'idée de communalité intrinsèque à l'action.

Cette action pourrait au regard de certains enjeux supérieurs dépasser la responsabilité pour faute et prendre modèle sur l'action en responsabilité pour trouble anormal du voisinage en s'inspirant de ses fonctions (cessation de l'illicite, prise en compte du risque comme trouble notamment) et de la nature des sanctions que le juge peut prendre (mesures de réparation en nature ou par indemnisation et mesures de cessation de l'illicite)³⁵. Cette action est également intéressante en ce que son fondement réel ou personnel, voire mixte est discuté. Une action similaire pour protéger la chose commune et son usage commun permettrait donc d'allier les deux fondements sans avoir nécessairement à choisir entre les deux.

En s'inspirant de ce modèle, cette action en responsabilité devrait toutefois être adaptée aux spécificités de ce qui est en cause. Cette action en responsabilité permettrait de défendre la chose en elle-même et l'usage commun de la chose. Rappelons qu'ici la chose commune est la biodiversité, une entité regroupant le vivant en interaction et en lien étroit d'interdépendance vitale avec l'humain.

Il s'agirait d'une action en responsabilité pour trouble anormal à la biodiversité (au vivant y compris ses interactions) en tant que chose commune susceptible d'usage commun

Il pourrait porter sur la chose commune elle-même (la biodiversité) dans son intégrité, sa substance et son fonctionnement, sa dynamique. Cette action aurait également pour objet de défendre l'usage de cette chose dans sa dimension commune et donc l'usage dans sa communalité.

Cet usage commun et l'obligation de respect de l'intégrité de la chose font naître un intérêt commun, un intérêt trans-humain, voire trans-vivant ou socio-écosystémique.

Il faudrait ainsi aller au-delà des recours individuels que propose la doctrine³⁶ qui reste attachée à la protection de l'intérêt individuel alors que notre proposition est de défendre un intérêt commun.

³⁴ J. Rochfeld, « Chose commune (approche juridique) », in Dictionnaires des biens *communs*, préc. p. 180

³⁵ M-E Roujou de Boubée insiste sur le fait que ces fonctions de cessation de l'illicite et de réparation sont deux composantes de l'action en responsabilité civile, in *Essai sur la notion de réparation*, L.G.D.J. 1974

³⁶ F.-G. Trébulle, « L'environnement et le droit des biens, le droit et l'environnement », *Travaux de l'association Henri Capitant, Journée française de Caen du 6 avril 2006, Dalloz*, Thèmes et commentaires, 2010, p. 85-116, B. Grimonprez, « Le voisinage à l'aune de l'environnement, in *Variations sur le thème du voisinage*, (dir. J.-P.

Seraient concernés non pas des intérêts individuels mais un intérêt commun dans la mesure où ce que cette action protégerait est l'usage commun et donc des intérêts partagés d'une communauté d'utilisateurs (des intérêts qui peuvent être collectifs, diffus, ou du commun). Le trouble en question pourrait s'étendre en termes de dimensionnement spatio-temporel bien au-delà du voisinage et d'un temps limité. Seraient concernés, la communauté d'utilisateurs actuelle (population locale jusqu'à la population humaine dans son ensemble, indépendamment des frontières politico-juridiques mais également les générations futures de cette communauté d'utilisateurs concernés, voire la communauté du vivant.

In fine, il pourrait être possible d'agir en prévention ou en réparation des atteintes à la biodiversité chose commune et à son usage commun. Cette action pourrait donner lieu à la prévention ou à la réparation du préjudice écologique et pourrait être d'ailleurs la voie principale de mise en oeuvre de l'article 1246 du Code civil « *Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer.* ».

- Cette action pour trouble anormal permet à la fois la pluralité des fondements (réel et personnel), des troubles (sur la chose et sur les communautés) et des mesures à prendre (cessation de l'illicite, prévention, réparation). Et lorsque la chose commune est une chose commune naturelle, seraient pris en compte la dynamique systémique de la chose et les liens très spécifiques factuels vitaux fait d'interdépendances entre humains et non humains.

1.4 De la chose commune aux communs : une tentative de classification des communs naturels

Le régime de la chose commune propose un autre lien juridique que l'appropriation, même inclusive, entre l'homme et une chose. Le fait que cette chose (et non pas bien) soit qualifiée de commune et que la définition donnée par l'article 714 du Code civil qualifie le lien juridique entre la chose et l'homme, non de propriété, mais d'usage et d'usage commun interroge nécessairement quant à son articulation avec la notion de communs.

Actualité du besoin d'évolution juridique

Les différents éléments environnementaux se raréfiant ou étant dégradés, leur capacité de résilience s'amenuisant et la population en dépendant en croissance, les conflits d'usage et accaparement se développent et se font de plus en plus violents. Leur appropriation ne fait que tendre les relations entre les utilisateurs et plus leur état se dégrade plus la pression augmente³⁷.

Selon P. Charbonnier et D. Festa, « *les évolutions techniques, écologiques, urbaines rendent nécessaire une construction véritablement actuelle des modes d'organisation et de distribution des droits.* » Ces faits rendent « *d'autant plus nécessaire la mise en commun de leur usage et de leur administration, puisque notre vulnérabilité et celle des choses sont indissociables* ». ³⁸

Tricoire), PUAM 2012, P. 141 à 160, N. Reboul-Maupin, « Les biens du bio-acteur : quelle influence du droit de l'environnement sur le droit des biens ? », *BDEI*, 2009, p. 19.

³⁷ S. Gutwirth et I. Stengers, « le droit à l'épreuve de la résurgence des *commons*, *RJE* 1/2016, p.327

³⁸ P. Charbonnier et D. Festa, « Biens communs, *beni comuni* », *Tracés. Revue de Sciences humaines* [En ligne], #16 | 2016, mis en ligne le 01 janvier 2017, consulté le 26 février 2018. URL : <http://journals.openedition.org/traces/6622>

L'application de ce mécanisme de communalité nécessite d'identifier l'objet, les utilités et les bénéficiaires ou communeurs mais aussi les structures de gouvernance existantes ou à envisager. Nous avons tenté d'avances sur quelques pistes de réflexion sur les communs naturels.

1.4.1 Les communs naturels

Un commun dans le domaine de l'environnement ou un commun naturel existe en principe lorsque sont réunis :

- Un objet composite (espèce, fleuve, forêt, l'air, la planète, ...), indépendant des frontières juridico-politiques, susceptible de perte de substance, de dégradation et pourtant essentiel pour l'homme, pour la pérennité de l'espèce humaine, donc vital, objet ayant donc une fonction sociale fondamentale;
- Une communauté d'acteurs, d'usagers ou communeurs (reflétant une pluralité et/ou diversité d'usage (accès et prélèvement) rivaux et vitaux sur l'objet bénéficiant à un/des ensemble(s) de personnes de taille plus ou moins importante (humanité, population autochtone, citoyens, environnants) et à un/des ensemble(s) d'éléments naturels vivants (biodiversité, espèces, population ou spécimens dans un milieu);
- Une gouvernance de la communalité (ici le juge) qui gère les conflits d'intérêts et veille au respect d'un double objectif :
 - La conservation et la pérennité de la chose (maintien ou restauration de la dynamique écosystémique) afin de ne pas dégrader, détruire ce qui est vital pour l'homme ;
 - L'effectivité du droit d'usage et de l'obligation de conservation corollaire nécessaires à la survie de l'humain comme du non humain (communauté ouverte ou fermée, générations présentes comme futures).

Dans ce cadre, il faudra éviter de confondre commun naturel et chose commune naturelle, la chose commune n'étant que l'objet d'un commun naturel.

De même dans cette construction nous avons choisi d'opter pour une conception *largo sensu* de la communauté concernée pensant les humains et les non humains comme porteurs d'un intérêt commun ou en commun. Les communautés concernées par ces communs naturels étant ce qu'il est possible d'appeler des communautés biotiques. Reprenant en ce sens l'approche « diplomatique » de Baptiste Morizot, qui propose un élargissement des communs issus d'Ostrom à l'ensemble de la communauté biotique, à travers « *une distribution des droits d'usage à des humains et des non-humains dans un même territoire*³⁹ » et celle d'Aldo Leopold selon laquelle un commun sera alors considéré comme une « *communauté biotique* » rassemblant Humains et Non-Humains inclus dans une relation d'interdépendance étroite⁴⁰.

³⁹ B. Morizot, *Les Diplomates. Cohabiter avec les loups sur une nouvelle carte du vivant*, Marseille, Wildproject, 2016, p. 289

⁴⁰ C. Larrère, « La communauté biotique : l'héritage d'Aldo Léopold », in *Les philosophies de l'environnement*. PUF, 1997.

⇒ **Un commun naturel forme une entité indissociable, un tout, un système dynamique qui comprendra à la fois un objet, qualifié de chose commune naturelle inappropriable dans son intégralité et objet d'usage de la part des communeurs (la communauté biotique). Seront membres de cette communauté et donc communeurs, les humains et les non humains interagissant avec et dépendant de ces choses communes naturelles, participant au vivre ensemble. A ce titre, ces communeurs devront pouvoir agir en défense de ce commun naturel.**

L'indissociabilité de cette entité, commun naturel, repose sur les principes de solidarités écologiques⁴¹ inséré dans l'article L110-1 du Code de l'environnement, d'inséparabilité entre les humains et les non humains⁴². Et, il correspond à la vision d'un monde partagé (au-delà de la dissociation nature-culture) et à un mouvement, celui du co-viabilisme⁴³. Notre compréhension du commun s'associe à la notion de vivre ensemble développée par les sociologues Dardot et Laval⁴⁴ et s'étend à l'ensemble du vivant. Nous reprenons ainsi à notre compte les propos de N. Gaidet et S. Aubert selon lesquels, « *l'approche par les Communs permet de restituer les interactions homme-animal dans une relation de réciprocité qui s'exprime en terme i) d'interdépendance entre l'homme et le milieu naturel, ii) de partage de l'espace et des ressources avec les autres êtres vivants et iii) de transmissions d'écosystèmes fonctionnels (sains) aux générations futures* »⁴⁵.

Dans cette construction, il faudra distinguer deux catégories de communs naturels⁴⁶; les communs naturels universels et les communs naturels « ostromiens » ou spatialisés afin de permettre une meilleure cohérence de traitement juridique. Ces deux catégories de communs se superposent, les communs spatialisés faisant forcément partie intégrante des communs naturels universels. Un fleuve ses rives, ses populations environnantes (humaine et non humaine) qualifiables de commun naturel spatialisé font forcément partie de communs universels tel que celui de l'eau, de l'air, et de l'écosystème planétaire. Ses différents éléments s'insèrent comme composantes de différents communs naturels universels.

⁴¹ R. Mathevet, *La solidarité écologique, Ce lien qui nous oblige*, éd. Actes Sud 2012, 216 p.

⁴² F. Taylan, « la stratégie d'inséparabilité des collectifs humains et des milieux naturels. *La loi Te awa Tupua en Nouvelle-Zélande* », in *L'alternative en commun*, éd. Hermann, Les colloques Cérisy, 2019 p. 165 à 178

⁴³ O. Barrière et al., *Coviabilité des systèmes sociaux et écologiques. Reconnecter l'Homme à la biosphère dans une ère de changement global.*, éd. Matériologiques, coll. Essais, 2019. Selon ces auteurs, la coviabilité socio-écologique est un nouveau paradigme permettant de repenser la relation de l'humanité à son environnement en dépassant le cadre naturaliste dominant fondé sur la dichotomie nature/culture pour mieux répondre aux enjeux écologiques globaux, comme le réchauffement climatique, la dégradation de la biodiversité et la désertification ». La coviabilité des systèmes sociaux et écologiques peut être définie comme : une propriété de dépendance des interactions entre systèmes humains et non-humains établissant un lien de viabilité permettant de maintenir le vivre ensemble.

⁴⁴ P. Dardot et C. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au xxie siècle*, La découverte, 2014, p. 283

⁴⁵ N. Gaidet et S. Aubert, « Écologie et régulation des relations homme-faune : repenser la conservation de la biodiversité par les Communs » ; *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Volume 19 Numéro 1 | mars 2019, n° 79, URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/24575>

⁴⁶ M.-P. Camproux Duffrène, « Repenser l'article 714 du Code civil comme porte d'entrée sur les communs », in Dossier : L'actualité des communs, *RIEJ* (Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques), 2018.81 Bruxelles, p. 297 à 331

1.4.1.1 Les communs naturels universels

Les communs naturels universels sont composés de **choses communes naturelles matricielles** et de la communauté humaine, voire du vivant (communeurs).

Les objets identifiables comme relevant des communs naturels universels sont de manière non exhaustive l'eau libre, l'air, l'écosystème planétaire, la biodiversité. Ces objets peuvent paraître très abstraits, comme la biodiversité, qui regroupe diverses autres entités comme la faune et la flore. Les choses communes naturelles matricielles sont des objets nécessaires à la santé des humains et des non humains, ils conditionnent la survie des générations présentes et futures. Ces choses communes naturelles sont matricielles dans le sens où elles sont génératrices et l'essence même de la vie sur terre, l'origine et le futur du fonctionnement de ce que certains appellent la Terre-Mère ou Pachamama.

La communauté concernée est l'espèce humaine c'est-à-dire l'ensemble des humains (présents et futurs) et la biodiversité dans son ensemble.

Ces communs naturels sont des entités qui sont hors maîtrise de l'État ou des États. Elles échappent aux limites imposées par les frontières politico-juridiques, elles sont hors propriété publique ou privée absolue et exclusive. Leur marchandisation n'est envisageable ni du point de vue matériel ni des points de vue éthique et de la justice sociale.

Les choses communes matricielles des communs naturels universels seront soumises à deux principes considérés comme un **régime primaire**. Primaire dans le sens où ces principes influenceront également sur le régime juridique des objets des communs spatialisés, notamment sur la qualité des spécimens d'espèces, parcelles, portions rattachés à la chose commune matricielle et donc faisant partie des communs universels mais localisés dans un espace donné. L'usage commun à tous et l'obligation de conservation par les co-usagers sont ces deux grands principes directeurs du régime juridique relatif à toute chose commune qui ne peut faire l'objet d'appropriation et d'exclusivité.

Dans ce contexte, le droit d'usage est vital pour chacun et commun à tous. L'intérêt en cause est commun car trans-individuel mais il est aussi diffus dans le sens où les individus usagers ne sont pas forcément identifiés notamment si les générations futures sont concernées. Il n'exclut pas la propriété de parcelles ou de composants de cet objet mais oblige en revanche le propriétaire à tenir compte de ce que ces parcelles/composantes font partie d'un tout universel (chose commune matricielle), ce qui peut réduire son propre droit sur l'objet de propriété. Le propriétaire du sol ne pourra pas détruire les spécimens d'espèces protégées sur son terrain ou ne peut pas polluer l'eau qui s'écoule sur les terrains en aval du sien. Ainsi, l'usage commun (régime primaire) prime sur le droit de propriété exclusif⁴⁷ qui ne joue qu'un rôle très subsidiaire dans le domaine des communs naturels universels.

Les principes du régime primaire doivent impérativement permettre, au regard des risques de catastrophe écologique et d'irréversibilité de l'atteinte, un recours en justice en défense de ce commun naturel. L'accès au juge devrait se faire grâce à la notion d'intérêt commun⁴⁸ (du commun) et en matière de commun naturel en associant les intérêts d'humains (ici diffus) et de non humains.

⁴⁷ Selon P. Charbonnier et D. Festa, « *dès lors qu'on reconnaît la dimension collective et même sociale du rapport à certaines choses (ici la chose commune) alors la mission du droit consiste à reconnaître et à protéger ce caractère collectif contre les formes d'appropriation exclusive* » in « Biens communs, *beni comuni* », préc.

⁴⁸ C. Cournil et A.-S. Tabau, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique », *RJE* 4/2015, p. 675, à propos de l'affaire Urgenda en matière de pollution de l'air.

En termes de gouvernance, ces communs universels posent question puisqu'il n'existe pas d'entité juridique mondiale représentant ces intérêts ou ceux des co-usagers. Selon B. Coriat, l'institutionnalisation de ces communs universels doit permettre la garantie de la préservation et de l'accès. Pour les institutionnaliser, et donc en préserver l'existence et l'usage⁴⁹, il faudrait, selon lui, adopter une déclaration des communs universels sur le modèle de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen⁵⁰. Cependant, l'Etat et le juge français en particulier peuvent faire respecter l'environnement à travers la Charte, les différentes législations environnementales et par le biais de l'application de l'article 714 du Code civil dans une lecture actualisée et conforme à l'état de catastrophe écologique annoncé. Ils doivent permettre une application de ce régime primaire (usage commun, conservation par et pour tous) de l'objet des communs universels. En raison de ce régime primaire dégagé et qui dépasse les limites du territoire français, le juge peut être compétent à différents échelons extranationaux comme locaux.

Dans ce cadre, le juge devrait pouvoir gérer les conflits afférents aux communs naturels (et au différents échelons local, régional, international) et imposer non seulement le respect de l'intégrité de la chose commune mais également cet usage commun vital et donc l'impossible exclusion d'individus du bénéfice de ces choses communes participant des communs universels.

En cas d'action, les parties seront les communeurs, et les défendeurs ceux d'entre eux en tant que personnes morales privées ou publiques ou personnes physiques ayant lésé l'intérêt du commun.

Les droits et obligations rattachés aux choses communes matricielles devraient entraîner la responsabilité des usagers, du propriétaire ou du gardien, le cas échéant usagers privilégiés, voire de l'État au regard de son action possible pour conserver ces choses communes au bénéfice des co-usagers et pour la pérennité des communs naturels.

Ces communs naturels universels doivent être distingués d'autres modèles de communs existants. En effet, à la différence de ces communs universels, il existe des communs spatialisés tels que décrits par Elinor Ostrom⁵¹ ou dont les objets peuvent faire l'objet d'une transpropriation selon l'expression de François Ost⁵².

1.4.1.2 Les Communs naturels spatialisés (« ostromiens »)

Les communs naturels spatialisés sont aussi composés d'un objet (chose commune naturelle spécifique) et d'une communauté d'humain et de non humains en lien, ou communeurs. Ils trouvent nécessairement leur capacité de fonctionnement dans les choses communes matricielles, objets des communs universels mais se révèlent à un échelon inférieur et matérialisé.

⁴⁹ V. dans le même sens les initiatives visant à la reconnaissance des droits humains, notamment la déclaration universelle des droits humains dont l'article VIII déclare que « l'humanité a droit à la préservation des biens communs en particulier l'eau, l'air et le sol et à l'accès universel et effectif aux ressources vitales. Les générations futures ont droit à leur transmission », in *La déclaration universelle des droits humains*, Ed. Duchène 2016.

⁵⁰ B. Coriat, « Exposer la pluralité de sens : un dictionnaire des communs » in Séminaire organisé par D. Misonne sur « Actualités des communs en droit de l'environnement et de la culture, 28 novembre 2017, CEDRE, Université Saint Louis, Bruxelles

⁵¹ E. Ostrom, *Gouvernance des biens communs*, LLN-Paris, éd. De Boeck, 2010

⁵² F. Ost, « Responsabilité, après nous le déluge? » in *La nature hors la loi, l'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, éd. La découverte, 1995, p. 323.

Le commun naturel est alors par exemple un écosystème forestier ou fluvial précis, réunissant spatialement des entités naturelles diverses (des populations d'espèces de faune et de flore et un milieu (eau, air, sol) ainsi qu'une communauté humaine et formant un tout spécifique. La chose commune naturelle est ici spécifique (opposée à matricielle), elle est un objet spatialisé dont certaines portions sont souvent appropriées.

La chose commune spécifique étant spatialisée est forcément sous juridiction nationale ou l'objet d'une convention transfrontière et peut faire l'objet d'un droit de propriété public ou privé. Dans ce cas, droit de propriété et droits d'usage peuvent s'exercer simultanément sur cet objet ou se superposer⁵³. La communauté peut être composée de propriétaires et de simples usagers. Les choses communes spécifiques peuvent individuellement faire l'objet d'un faisceau d'usages variés : loisir, travail, besoin physique ou spirituel, alimentation, matières premières. Le propriétaire peut avoir plus de droit que les autres usagers mais il a une obligation renforcée de conservation et d'affectation⁵⁴ (propriété à charge) et doit laisser l'accès aux autres usagers (propriété inclusive). Il est alors le dépositaire de la chose commune.

Sylvie Paquerot relève cependant que dans ce cadre qui est celui exploré par E. Ostrom, le commun n'est pas universel, de sorte qu'une communauté peut avoir le privilège de l'accès à un territoire à l'exclusion d'une autre⁵⁵. Nous pensons que si l'accès ou l'usage peut être privilégié ou premier (le propriétaire est le premier usager), il ne peut totalement exclure les usagers seconds. D'une part en raison de l'état général catastrophique des éléments naturels et du fait que ce commun naturel spatialisé ou écosystème localisé interagit avec d'autres et fait partie de l'écosystème planétaire. Et d'autre part parce que ces usagers seconds, même s'ils n'ont pas forcément un accès direct à cette chose commune, ont un intérêt à la conservation et à la dynamique de l'objet du commun spatialisé, la chose commune naturelle spécifique. Rappelons que la conservation de ce commun spatial peut être vitale et essentielle pour la communauté.

La communauté concernée en tant que communeurs du commun spatialisé est en premier lieu le groupe d'humains de taille très variable dépendant de cette entité naturelle. L'intérêt en cause est commun, car trans-individuel, mais il peut concerner un groupe précis identifié, structuré et organisé (une population autochtone, les pêcheurs d'une pêcherie (intérêt collectif) ou groupe simplement identifiable comme les promeneurs (intérêt diffus) ou être mixte regroupant à la fois des intérêts collectifs et des intérêts diffus. Cette communauté d'humains est solidaire d'une communauté de non humains, l'intérêt sera alors trans-vivant et appelé intérêt en commun.

Si la communauté humaine concernée est identifiée et organisée (intérêt collectif) alors une gouvernance peut être réfléchie en lien avec le ou les États souverains en fonction des besoins des communeurs ou ensemble des usagers en prenant appui sur différents régimes, tels les patrimoines mondiaux de l'UNESCO, les monuments historiques mais également des conventions entre l'État et une collectivité de citoyens,...

⁵³ Selon F. Ost, « le propriétaire conserve la plupart de ses prérogatives, mais certaines d'entre elles se trouvent désormais subordonnées à l'objectif de conservation. Comme si son bien était géré de l'extérieur, le « propriétaire ne dispose plus nécessairement de la même intensité d'emprise sur chacun des aspects de son bien », « Responsabilité, après nous le déluge? » in *La nature hors la loi, l'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, éd. La découverte, 1995, p. 323

⁵⁴ A. Chaigneau, « Une propriété affectée au commun », in (dir A. Chaigneau) *Fonctions de la propriété et commun, regards comparatistes*, éd. Soc de Leg. Comparée 2017, Paris, LGDJ, p. 65

⁵⁵ S. Paquerot, « Commun et bien commun », in (dir A. Chaigneau) *Fonctions de la propriété et commun, regards comparatistes*, éd. Soc de Leg. Comparée 2017, Paris, LGDJ, p.21

Le régime juridique des communs spatialisés s’articule nécessairement avec celui des communs universels.

Le régime de la chose commune matricielle des communs universels est qualifié de primaire dans la mesure où son usage commun et l’obligation de conservation corollaire doivent être respectés quels que soient les régimes des choses communes naturelles spécifiques des communs spatialisés. Il peut influencer jusqu’au régime applicable aux éléments détachables (portions d’eau, spécimens prélevés). Par exemple l’appartenance de la biodiversité à la catégorie de communs universels a des incidences sur un écosystème forestier, commun spatialisé (forêt de Soignes à Bruxelles) et sur le prélèvement possible de spécimens de telles ou telles espèces.

1.4.2 Des précisions sur les commeneurs, acteurs de ce vivre ensemble au regard de la définition du préjudice écologique.

La communauté concernée en cas d’atteinte d’un commun naturel, qu’il soit universel ou spatialisé, n’est pas seulement composée d’humains mais aussi de non humains. La loi du 8 août 2016 sur la reconquête de la biodiversité en consacrant l’action en réparation du préjudice écologique et en définissant ce dernier à l’article 1247 du Code civil a acté cet état de fait écosystémique.

1.4.2.1 La communauté du vivant ou biotique, communauté composée d’humains et de non humains

Depuis 2016, l’article 1247 du Code civil définit le préjudice écologique comme « *consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l’homme de l’environnement* »

L’analyse de cet article a été réalisé notamment dans un article intitulé⁵⁶.

Cette définition englobe trois éléments distinctement énoncés.

En premier lieu, sont retenus les éléments composant les écosystèmes c’est à dire la faune la flore, l’eau, l’air, les sols.

En deuxième lieu sont considérées les fonctions des écosystèmes c’est-à-dire les processus physiques, chimiques et biologiques associés à l’unité fonctionnelle (écosystème) mais également les interrelations des éléments entre eux et les apports tirés par chaque élément du fait du fonctionnement des autres et du tout. Ces processus assurent le fonctionnement et donc la pérennité ou la résilience des systèmes écologiques.

La troisième composante consiste en « *les bénéfices collectifs tirés par l’homme de l’environnement* ». Il s’agit des bienfaits ou des utilités pour l’homme produits par son environnement naturel.

La définition donnée énumère donc trois éléments distincts mais étroitement liés entre eux et parfois bien difficiles à dissocier puisque formant un système d’interactions. Le « ou » alternatif étant employé, les trois éléments sont ou cumulés ou peuvent exister de manière autonome. Elle permet ainsi d’appréhender chacun des éléments mais aussi un système fait d’interdépendances et

⁵⁶ M.-P. Camproux Duffrène, « La reconnaissance de préjudices spécifiques en cas de catastrophe technologique. Du préjudice écologique au préjudice sanitaire », *In Atteintes à l’environnement et santé : approches juridiques et enjeux transdisciplinaires*, *Revue Juridique de l’Environnement (RJE)* 2020 n° spécial (à paraître)

un *continuum* en termes de processus et de rétroaction regroupant les éléments et fonctions des écosystèmes et les bénéfices tirés par l'homme de l'environnement.

Par l'identification des deux premiers constituants du préjudice écologique, le législateur a volontairement attribué une valeur intrinsèque aux éléments comme aux fonctions des écosystèmes. Ce qui est pris en compte directement dans ce cadre ce sont bien les éléments naturels et les processus qui forment le système écologique et donc l'environnement naturel *per se* (indépendamment de son statut juridique). Il en est pour preuve la formulation de l'article 1247 du Code civil : « le préjudice écologique consiste » et non pas « résulte ». Le préjudice n'est pas la conséquence d'une lésion à un élément factuel ou à une relation mais bien la lésion de ces éléments ou fonctions. Est pris en compte la lésion d'intérêts non humains, ceux des écosystèmes directement dans leurs composantes et leur fonctionnement.

En revanche, le dernier constituant du préjudice écologique fait référence à l'homme et donc à une vision anthropocentrée (l'environnant de l'humain), ce qui démontre que la protection de l'environnement n'est pas totalement désintéressée. Sont alors prises en compte les utilités collectives de l'environnement ou les usages partagés par la communauté humaine de l'environnement. Il est question alors d'accès à l'eau ou à l'alimentation ou de respirer un air sain ou de se baigner dans une eau non toxique (que les besoins soient vitaux physiquement, psychologiquement ou culturellement). Il ne s'agit alors pas des préjudices individuels causés par une atteinte à l'environnement qui sont l'objet d'une procédure de réparation classique, mais bien de préjudices trans-individuels (lésion d'un intérêt d'une communauté d'humain non divisible et non répartissable).

S'il y'a bien par l'intermédiaire de ce dernier composant un retour à une valeur instrumentale et utilitariste de l'environnement, ce n'est pas dans une dimension individualiste et exclusive, et donc classique, mais bien dans une dimension de partage, collective et inclusive tout à fait originale et caractéristique des communs.

Les intérêts humains en cause dans ce cadre sont forcément des intérêts à dimension commune. Ils peuvent être qualifiés de collectifs ou de diffus car trans-individuels⁵⁷. Les intérêts collectifs sont des intérêts trans-individuels relatifs à une communauté identifiée et organisée (membre d'une profession, ayant le statut de consommateurs, les riverains d'un lac ou membre d'une pêche, habitants d'un quartier) alors que les intérêts diffus sont des intérêts trans-individuels relatifs à une communauté indéterminée et qui n'est pas organisée (intérêt à respirer un air sain). La communauté diffuse peut alors être très large et peut inclure jusqu'aux générations futures. Le lien trans-individuel est bien diffus même si le rattachement de l'individu à la communauté est identifiable. Dans le cadre des communs naturels, les deux catégories sont mobilisables. En revanche, autant pour les communs naturels universels l'intérêt sera systématiquement diffus, autant pour les communs spatialisés ces deux intérêts collectifs et diffus peuvent se côtoyer et se retrouver dans cet intérêt commun.

⁵⁷ V. Plus anciennement les articles de M-J Azar-Baud, « L'action de groupe, une valeur ajoutée pour l'environnement ? », VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement [En ligne], Hors-série 22 | septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 25 avril 2020. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16291>, A. Aragão, « Les intérêts diffus, instruments pour la justice et la démocratie environnementale », URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16284> et M.-P. Camproux Duffrène, « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le Code civil du dommage causé à l'environnement », URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16320>

In fine, ce préjudice écologique consacre comme réparable légalement la lésion d'intérêts non humains, ceux des écosystèmes directement (dans leurs composantes et leur fonctionnement) ainsi que la lésion d'intérêts humains uniquement dans une dimension collective relatifs aux utilités que l'humain peut tirer de l'environnement (intérêt qualifié de collectif ou de diffus en fonction de la communauté lésée). Pour prendre en compte l'intégralité des intérêts ciblés et leur cumul possible dans le préjudice écologique, il est possible selon nous de qualifier ce préjudice écologique de préjudice (en) commun, c'est-à-dire correspondant à la lésion d'un intérêt du commun naturel (universel ou spatialisé). Cet intérêt en commun est alors le regroupement d'intérêts d'entités humaines et non humaines (évitant dans ce cadre précis la personnification des entités non humaines sans que ce soit dirimant)⁵⁸. Il peut être la représentation juridique d'une communauté que l'on peut appeler communauté du vivant ou communauté biotique et qui permet d'associer dans nos représentations juridiques ce que Ph. Descola appelle nos partenaires sociaux⁵⁹.

1.4.2.2 De l'action en réparation du préjudice écologique à une action en défense d'un intérêt en commun

Le préjudice écologique étant la lésion d'intérêt humains et non humains concerne pensons-nous un commun naturel universel ou spatialisé. Dans ce cadre, l'intérêt commun dépasse alors les intérêts trans-individuels des humains ayant la personnalité juridique appartenant à la communauté déterminée (intérêt collectif) ou indéterminée (intérêt diffus)⁶⁰. Il peut intégrer les intérêts de générations futures et surtout l'intérêt de l'objet de la communalité, la chose commune primaire ou spécifique. Dans une vision plus écocentrée et sur le haut de l'échelle de communalité il peut représenter l'intérêt du commun en lui-même (objet et communeurs) dans son intégralité et intégrer les intérêts des réalités naturelles *pour elles mêmes* (et éventuellement la progressive personnification de réalités naturelles comme cela se passe dans différents pays) étroitement imbriqués dans des relations vitales d'interdépendances avec une communauté d'humains appartenant à ce commun naturel et ce vivre ensemble.

⁵⁸ Sue la notion d'intérêt commun en matière environnementale, « Réflexion critique sur l'attribution de droits aux écosystèmes. Pour une approche par les communs », in *Droits des êtres humains et droits des autres entités : une nouvelle frontière ?* (dir. C. Vidal), Ed. Mare et Martin, (colloque des 16 et 17 mai 2019), à paraître en 2020 « *Cet intérêt commun comprend à la fois les intérêts collectifs humains mais également, voire surtout les intérêts d'entités non humaines réunis dans une relation d'interdépendance au sein des écosystèmes et de la biosphère, lieux d'épanouissement de l'espèce humaine. Cet intérêt recouvre des intérêts pluriels humains et non humains correspondant la vision d'un écosystème comme d'un commun naturel ou répondant à la conception d'un système écologique et social soumis à la co-viabilité.* Selon O. Barrière, « le socio-écosystème traduit une notion de lien ou de couple rattachée à celle de système », « Du droit des biens aux droits des utilités : les services écosystémiques et environnementaux au sein de la régulation juridique des socio-écosystèmes », in *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, (dir. Alexandra Langlais), éd. PUR 2019 p. 129

⁵⁹ Ph. Descola, *Une écologie des relations*, CNRS éditions, de Vive voix, Coll. Les grandes voix de la découverte, 2019 p. 27

⁶⁰ Cet intérêt peut être écologique mais il peut être également sanitaire et devrait pouvoir aussi s'étendre à un intérêt spirituel. V. M.-P. Camproux Duffrène, « La reconnaissance de préjudices spécifiques en cas de catastrophe technologique. Du préjudice écologique au préjudice sanitaire », In *Atteintes à l'environnement et santé : approches juridiques et enjeux transdisciplinaires*, *Revue Juridique de l'Environnement (RJE)* 2020 n° spécial (à paraître)

Cet intérêt commun lésé peut faire d'une action en défense d'un intérêt en commun ce qu'est déjà l'action en réparation du préjudice écologique.

La défense en justice de cet intérêt commun peut se faire :

- soit par chaque individu concerné, membre de la communauté en tant que communeurs par le biais de l'action populaire. Chacun *uti cives*, devrait pouvoir porter l'intérêt de la communauté (dans lequel est intégré son propre intérêt en ce qu'il rejoint l'intérêt des autres usagers et vient se fondre dans l'intérêt commun).
- soit par une pluralité d'acteurs habilités en ce sens par la loi par le biais d'une action en défense de cet intérêt commun. L'article 1248 du Code civil est sur ce point illustrant⁶¹.

Quoiqu'il en soit, prévoir une pluralité de titulaires de l'action en défense d'un commun naturel paraît essentielle pour garantir la protection de cet intérêt en commun, qu'il soit question d'un commun naturel universel ou spatialisé.

⁶¹ M.-P. Camproux Duffrène, « Réflexion critique sur l'attribution de droits aux écosystèmes. Pour une approche par les communs », in *Droits des êtres humains et droits des autres entités : une nouvelle frontière ?* (dir. C. Vidal) Ed. Mare et Martin, (colloque des 16 et 17 mai 2019), à paraître en 2020