

ACTES DE COLLOQUE

29 SEPTEMBRE 2023



LES BIENS COMMUNS

USAGES ET PROTECTION



COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL
DE MARSEILLE



Institut des Études
et de la Recherche
sur le Droit et la Justice

2	Avant-propos
3	Propos introductifs
7	Table ronde n° 1 Les biens communs saisis par le droit
30	Table ronde n° 2 La protection des biens communs culturels et archéologiques
51	Table ronde n° 3 Quels instruments juridiques pour un accès et une protection effectifs des biens communs naturels ?
87	Table ronde n° 4 Prévenir et sanctionner les atteintes aux biens communs
106	Synthèse
115	Programme de la conférence
117	Biographies
121	Bibliographie

Avant-propos

L'IERDJ a soutenu plusieurs recherches innovantes sur la question des biens communs (*L'échelle de communalité* sous la direction de Judith ROCHFELD, Marie CORNU et Gilles J. MARTIN, 2021 ; *Archéologie et bien commun : figure de la propriété et du préjudice archéologiques*, sous la direction de Vincent NÉGRI, avec Marie CORNU et Élisabeth FORTIS, 2021). L'Institut a en outre publié en avril 2023 sa première étude sur *Le(s) droit(s) des générations futures*.

Ces travaux interrogent la notion même de bien commun et posent la question de son appréhension et de son usage devant les prétoires et par les juges, qu'il s'agisse de la gestion, de la gouvernance de ces biens et de leur accès, de leur répartition, sans doute plus encore de leur protection et, enfin, de la garantie des droits des générations futures à jouir également de ces biens d'intérêt commun. Les recherches menées invitent à repenser les concepts et notions juridiques traditionnels à travers le prisme de la préservation des biens communs.

Cette réflexion se décline dans des domaines divers, s'agissant de l'environnement, des biens communs naturels, dont l'eau, l'air, le climat, la biodiversité, qui se raréfient ou sont particulièrement menacés, s'agissant de la gestion de certains espaces, les sols, le littoral, la montagne, les forêts, s'agissant aussi des biens culturels et archéologiques, sans ignorer les biens immatériels.

Le colloque a invité chercheurs, enseignants, praticiens du droit, magistrats administratifs et judiciaires, avocats publicistes et privatistes, acteurs institutionnels et associatifs, étudiants et autres acteurs de la société civile, à interroger les mécanismes juridiques permettant d'assurer l'usage et la protection des « communs ». De manière comparative et transversale aux droits public et privé, il a permis d'échanger et de débattre sur la notion de bien commun et sa mise en œuvre.

Toutes les tables rondes sont disponibles en replay sur la chaîne [YouTube](#) de l'IERDJ.

Propos introductifs

Laurence HELMLINGER

Présidente de la cour administrative d'appel
de Marseille

Valérie SAGANT

Directrice de l'Institut des études et
de la recherche sur le droit et la justice

Laurence HELMLINGER : Je suis très heureuse d'accueillir l'IERDJ, l'Institut des études et de la recherche sur le droit et la justice, à Marseille et plus particulièrement dans les murs de cette cour administrative d'appel.

L'IERDJ, c'est un peu la « tête pensante » des acteurs de la justice, apportant une réflexion théorique, une démarche scientifique pluridisciplinaire aux pratiques des acteurs de terrain que nous sommes, nous les magistrats, mais vous aussi les avocats. La marque de fabrique – je crois – de l'IERDJ, mais vous allez nous le dire plus précisément, madame la directrice, c'est de porter une réflexion transversale sur la chose juridique, en capacité notamment de s'émanciper de la ligne de démarcation de plus en plus artificielle entre droit public et droit privé. Je suis, au surplus, très heureuse de vous accueillir, madame la directrice, chère Valérie, puisque c'est une occasion qui nous est donnée de recroiser nos chemins professionnels qui se sont déjà croisés dans des vies antérieures.

Je suis d'autant plus heureuse que la thématique qui nous réunit aujourd'hui apparaît très prometteuse et très stimulante. Ce n'est pas l'objet de tous les colloques que de s'interroger sur l'émergence d'un nouvel objet juridique, c'est-à-dire une nouvelle façon de saisir la réalité. Certes, la petite musique des biens communs est un air à la mode depuis quelques années. Mais, si historiquement, la notion a été essentiellement juridique en ce qu'elle a directement à voir avec le droit de propriété, il faut bien dire qu'elle s'est fait voler, dans la période récente, par la science économique, à travers notamment les travaux d'Elinor OSTROM, la première femme prix Nobel d'économie.

Toutefois, la courroie de transmission entre le champ de l'économie et le champ du politique passe nécessairement par le droit. On peut former le vœu que ce colloque reste

dans l'histoire de la pensée contemporaine comme le témoin de la réappropriation par le droit de la notion de biens communs. Qu'il ait lieu à Marseille, sur ce pourtour méditerranéen où les patrimoines naturels et culturels sont à la fois si riches et si vulnérables, n'en est que plus emblématique.

Il serait légitime que ce colloque fasse date, car ce colloque est ambitieux.

D'abord, par la recherche d'une acception très large de la notion de biens communs, à rebours des pensées immédiates qui nous tournent naturellement vers les éléments naturels – ô combien – au cœur des enjeux très immédiats de la protection de l'environnement, de la garantie de la ressource en eau ou de la lutte contre le dérèglement climatique. Mais ce colloque a également vocation à embrasser la notion de biens communs sous l'angle des éléments culturels et des éléments immatériels.

Ce colloque est ambitieux, ensuite, par la richesse et la diversité des regards croisés qui seront portés sur cette notion, par des universitaires, des praticiens, des magistrats ou des avocats.

Pour ma part, je serai d'autant plus attentive à ces débats que je sens bien que notre bon vieux concept de domanialité publique consacré sous les auspices – non sans une certaine ironie – de la jurisprudence dite Le Béton, devient de plus en plus décalé par rapport aux enjeux d'usage et de protection des biens communs.

D'abord, parce que la propriété publique et singulièrement la propriété de l'État ne suffisent pas à embrasser les usages communs, que l'on songe aux biens sans propriétaire ou que l'on songe à des espaces privés qui ont une utilisation commune. Je vous rappelle que nous avons déjà eu l'occasion d'aborder, ici à Marseille, notamment aux Rencontres de droit et procédure administrative – les fameuses RDPA – de l'année dernière, sur les transformations contemporaines du droit domanial, l'idée que le domaine public ne rend plus compte à lui seul de l'espace public.

Ensuite, parce que le domaine public n'est pas ou n'est plus entièrement dédié aux utilisations communes et il est lui-même le siège



Laurence HELMLINGER et Valérie SAGANT.

d'occupations privatives. D'une certaine façon même – nous avons également eu l'occasion de le dire –, sa valorisation économique et donc la valorisation économique de ses occupations privatives sont devenues, aux yeux des pouvoirs publics, un objectif légitime de son usage.

C'est donc vous dire combien j'attends, avec beaucoup d'intérêt et de curiosité, les travaux de cette journée.

Pour conclure ces très brefs propos introductifs, je voudrais évidemment remercier chaleureusement tous les intervenants de ce plateau non seulement prestigieux, mais surtout sachants, savants et engagés dans leurs propos. Je voudrais également remercier vous toutes et tous qui avez répondu à notre invitation, avec une mention toute particulière pour l'appui que nous a apporté, pour la préparation de ce colloque, d'abord le barreau de Marseille. Je remercierai tout à l'heure son bâtonnier qui ne peut pas être des nôtres ce matin, mais je remercie d'ores et déjà les membres de la commission de droit public qui se sont beaucoup investis, et en particulier M^e SINGER et M^e LOISEAU, ainsi que M^e CROS qui animera l'une des tables rondes de la journée. Enfin, je voudrais évidemment remercier la faculté de droit et de science politique de l'université d'Aix-Marseille et son doyen qui sera des nôtres cet après-midi, et surtout tous les professeurs que j'aperçois dans la salle qui interviendront tout au long de cette journée.

Valérie SAGANT : Madame la présidente, chère Laurence, merci pour vos propos.

Mesdames et messieurs, je m'associe tout d'abord à l'ensemble de ces remerciements. Je sais combien cela demande de travail de préparer ce type d'événement. Merci à toutes vos équipes, Madame la présidente, qui ont été très soutenantes. Au sein de l'Institut, je souhaite mentionner le rôle extrêmement important joué par Florence NOIRE qui est là, qui a la particularité d'être à la fois magistrate administrative actuellement en détachement en mobilité au Conseil d'État, mais aussi mise à disposition de notre institut à mi-temps : c'est elle qui a bâti ce programme extrêmement riche. Je remercie également Léa DELION et Jeanne CHAUMIER qui ont organisé ce colloque et qui vous prendront en photo au cours de cette journée, sauf avis contraire de votre part.

Je prends quelques minutes pour présenter cet institut qui est le fruit de la fusion de deux précédentes structures, chacune trentenaire. Nos travaux sont variés, notre mission générale est de mobiliser, de produire et de valoriser des connaissances dans tous les domaines du droit et de la justice. Nous soutenons et finançons des recherches, dont deux constituent la charpente de ce colloque : la recherche qui a été conduite par Judith ROCHFELD, Marie CORNU et Gilles MARTIN sur la notion de communalité, et la deuxième qui aborde cette notion à travers l'archéologie, conduite par Vincent NÉGRI et à laquelle Marie CORNU a également participé.

Notre deuxième mission, c'est de développer nous-mêmes des analyses et réflexions produisant des études. Sonya DJEMNI-WAGNER vous présentera ce matin la première étude que nous avons publiée, sous le nom de l'Institut IERDJ, sur le(s) droit(s) des générations futures. Sonya DJEMNI-WAGNER, aujourd'hui avocate générale à la Cour de cassation, était auparavant inspectrice générale de la justice et également mise à la disposition de notre institut à mi-temps.

Nous avons également comme troisième objectif de diffuser et valoriser ces connaissances. Nous souhaitons que toutes ces connaissances imprègnent les acteurs et les décideurs, qu'elles soient discutées et appropriées par les milieux de recherche et les milieux universitaires tant le travail restant à accomplir demeure important.



Pourquoi avoir choisi ce thème des biens communs ? En dehors du fait qu'il est devenu un peu à la mode, ce que je n'avais pas en tête quand nous avons décidé d'organiser ce colloque, c'est un thème qui permet de développer une analyse transversale de quantité de domaines.

Valérie SAGANT

Cela m'amène à insister sur deux caractéristiques importantes concernant l'Institut. Nos travaux s'inscrivent résolument dans une approche pluridisciplinaire. Les juristes ont une part extrêmement importante à jouer, mais nous insistons beaucoup sur le croisement des disciplines. La sociologie du droit travaille de longue date avec les juristes sur le sujet du droit et de la justice. Au-delà, nous nous efforçons de mobiliser les économistes, les historiens, les philosophes et également d'autres disciplines comme l'anthropologie, la psychologie sociale, la géographie ou l'ergonomie selon les thèmes.

La deuxième caractéristique importante, c'est la transversalité. Nous nous efforçons de produire des connaissances de manière assez articulée entre les producteurs de connaissance scientifique ou théorique que sont les chercheurs et les juristes, mais également tous ceux qui produisent de la connaissance professionnelle, de la connaissance sensible et de la connaissance des savoir-faire de métier et des politiques publiques.

Nous recherchons également les modalités les plus adaptées pour mobiliser les citoyens et les justiciables quant à leur regard sur la justice et quant à leurs expériences et attentes ou besoins à l'égard de la justice et du droit.

Pourquoi avoir choisi ce thème des biens communs ? En dehors du fait qu'il est devenu un peu à la mode, ce que je n'avais pas en tête quand nous avons décidé d'organiser ce colloque, c'est un thème qui permet de développer une analyse transversale de quantité de domaines, vous l'avez mentionné, madame la présidente. Aujourd'hui, l'accent sera mis sur le domaine environnemental et l'archéologie, mais la notion de biens communs s'avère tout aussi pertinente pour analyser d'autres domaines, comme celui de l'information.

La question environnementale constituait, dès 2005, une priorité de recherche de l'ancienne structure Mission de recherche Droit et Justice (MRDJ). Au-delà du soutien aux recherches, nous avons mené, en 2019, un travail très original avec l'Inspection générale de la justice visant à évaluer l'efficacité de la justice judiciaire en matière de protection, de répression et de prévention et de réparation des atteintes à l'environnement. Nous avons sollicité de nombreux chercheurs et chercheuses pour nourrir la réflexion et les propositions des inspections des deux ministères concernés. Leur rapport est public ; il a alimenté la loi du 24 décembre 2020 et la création des pôles régionaux spécialisés en matière environnementale dans la justice judiciaire. Le rapport et la réflexion ne se limitent pas à la spécialisation et cet aboutissement ne répond pas à tous les enjeux de l'efficacité de la justice en la matière, bien évidemment. Néanmoins, je voulais le mentionner, car c'est un exemple d'articulation fructueuse entre les chercheurs, les penseurs, les universitaires et l'expérience des acteurs.

Aujourd'hui, de nombreuses recherches sont en cours sur les questions environnementales. Notre objectif, en organisant ces échanges, c'est de montrer comment mobiliser ces notions juridiques au bénéfice d'une action contentieuse ou d'actions de prévention et au-delà dans le débat public local ou national.

Pour terminer, je voudrais simplement signaler cette exposition au Musée d'histoire de Marseille Trésors coupables, sur le pillage archéologique, que nous avons eu le plaisir de visiter en petit nombre avec les commentaires de M. LEROY et qui résonne parfaitement avec notre sujet aujourd'hui.

Je vous remercie de votre attention.



Table ronde n° 1

Les biens communs saisis par le droit

- Vers un droit des biens communs ?

Laëtitia TRANCHANT

Professeur de droit, université d'Aix-Marseille

- Des biens communs à l'échelle de communalité : pourquoi des propositions de réformes ?

Judith ROCHFELD

Professeure de droit privé, École de droit de la Sorbonne, université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS

- Biens communs et « instances » de communalité : où et comment s'exprime l'intérêt commun ?

Marie CORNU

Directrice de recherche CRS (ISP, ENS Paris-Saclay, université Paris-Nanterre)

- Biens communs et droit(s) des générations futures

Sonya DJEMNI-WAGNER

Avocate générale à la Cour de cassation, autrice de l'étude *Droit(s) des générations futures*, IERDJ, avril 2023



De gauche à droite : Judith ROCHFELD, Laëtitia TRANCHANT, Marie CORNU et Noé WAGENER.

Vers un droit des biens communs ?

Laëtitia TRANCHANT

Professeur de droit, université d'Aix-Marseille



Laëtitia TRANCHANT.

« Vers un droit des biens communs ? » : Cette question a émergé naturellement dès notre premier échange avec Florence NOIRE, puisqu'il apparaît que, quelle que soit la facette sous laquelle le bien commun est envisagé – et elles sont multiples –, toutes conduisent à ce questionnement : nous dirigeons-nous vers un droit des biens commun, vers un corps de règles qui porterait, spécialement, sur les communs ?

Si l'on résume les choses à l'extrême, notre problématique n'est autre que celle, très classique, de conflits d'usage sur des choses, que l'on définirait – ou, de façon sans doute plus neutre, que l'on identifierait – comme communes, afin de leur apporter un traitement spécifique, voire un traitement « original », tant l'aventure nécessitera à la fois audace et opiniâtreté.

Dès la question posée, on ne peut qu'être saisi par le caractère vertigineux de l'entreprise.

Vertigineux tout d'abord, en raison de l'extraordinaire diversité des compétences à solliciter pour traiter d'un tel sujet. Si, à travers ce colloque, c'est principalement l'œil du juriste qui nous donnera une compréhension des

communs, rares sont en réalité les champs disciplinaires qui restent en retrait de ce questionnement : les disciplines techniques, les sciences dites exactes, comme celles qui le sont moins, ainsi les sciences de la terre, du vivant, les sciences économiques (il sera très certainement question des travaux d'Elinor OSTROM), etc., ces sciences sont, au premier chef, sollicitées.

C'est incontestable.

Toutefois, ces compétences primaires ne doivent pas éclipser celles sans lesquelles rien ne se fera : les sciences cognitives en particulier : l'anthropologie, la philosophie, la linguistique, l'histoire et la circulation de la pensée, des idées, la sociologie, la psychologie de l'individu comme celle du groupe, les neurosciences aussi..., car nos cerveaux doivent sans doute se préparer à prendre la pleine mesure de leurs capacités et se conditionner à penser... différemment.

Il faudra, en conséquence, mobiliser toutes les forces de la connaissance pour ne serait-ce qu'espérer une convergence vers, peut-être, l'acceptation d'une approche *systemique* des biens communs.

Vertigineux également, car nous comprenons instinctivement que la notion de « biens communs », pour avoir une efficacité, doit s'entendre à l'échelle de la planète.

En réfléchissant à cette introduction, m'est venue à l'esprit non pas l'image de l'index placé sur une carte, le fameux « vous êtes ici », mais sa version moderne : l'épingle rouge de Google et sa vision en plongée vers la Terre depuis l'espace. Dans cette perspective, l'entreprise semble alors démesurée : envisager aujourd'hui, dans ce lieu, un droit des biens communs..., c'est assurément une mission écrasante.

Vertigineux, donc, par la folle complexité de la tâche.



Nous comprenons instinctivement que la notion de « biens communs », pour avoir une efficacité, doit s'entendre à l'échelle de la planète.

C'est la raison pour laquelle, devant de tels défis, je m'en tiendrai, avant de présenter nos orateurs de cette 1^{re} table ronde, à des questions d'une simplicité rudimentaire: Quoi? Pour qui? Pourquoi? Comment?

La première question – QUOI? – est triple: D'une part, qu'entend-on précisément par « biens communs »? Est-on en capacité d'en donner une définition acceptable pour tous ceux qui sont intéressés par la notion, à savoir, potentiellement... l'humanité entière. Comme l'ont mis en évidence CIRIACY-WANTRUP, puis BISHOP, dans les années 70, « un bien commun n'est pas la propriété de chacun », mais repose plutôt sur l'idée d'une utilisation raisonnée et réservée des ressources par un groupe déterminé d'utilisateurs.



La protection des ressources naturelles pour la survie de l'espèce n'est pas seule en cause. Tous les biens communs ne visent pas cette fonction: on peut vivre sans vestiges archéologiques, sans œuvre d'art, etc. Toutefois, et la question est moins superficielle qu'il n'y paraît: que deviendrions-nous sans ces preuves de notre humanité?

D'autre part, quels sont ces biens communs? Peut-être que, quitte à sacrifier à une stricte rigueur scientifique usuelle chez l'universitaire, la définition d'un pourtour exact des « biens communs » n'est pas une condition indispensable pour réfléchir à un droit qui leur serait destiné, ou que – tel le domaine public virtuel – on pourrait définir des biens communs *par anticipation*, etc., mais je laisse le soin à nos intervenants d'évoquer ce périmètre.

Enfin, quelle est la nature – les natures sans doute – des droits à ériger? Quelles techniques juridiques peuvent-elles être mises au service de cette cause? La propriété, la domanialité, un « démembrement », un

usage, une servitude, une obligation réelle ou au contraire une charge, un accès, une fiducie, un volume, autre chose...?

Deuxième question: POUR QUI ce champ juridique serait-il généré?

Vraisemblablement, il faut raisonner sur une échelle de divers groupes de bénéficiaires. Si l'on conçoit que l'humanité tout entière est intéressée par le maintien de tel écosystème ou la préservation de la qualité de certains éléments vitaux comme l'eau ou l'air, il est probable que coexistent aux côtés de cette universalité d'autres groupes plus ou moins épars et restreints – par exemple, géographiquement ou culturellement – susceptibles de faire valoir certaines prérogatives sur la chose dite commune. Et il faut bien entendu se référer à une échelle de temps incluant les générations à venir: en ce sens, la perspective du futur lointain présente une ligne de fuite, certes vague, mais d'une grande cohérence avec la démarche.

Au-delà de ces bénéficiaires, plus ou moins déterminés mais classiquement dotés de la personnalité juridique, la question se pose du statut juridique de certaines entités: le monde animal, tel écosystème, certaines zones géographiques, etc.

C'est ici la question des classifications qui est soulevée. Or, comme chacun sait, il est dangereux de toucher aux classifications; elles aussi sont sensibles au dérèglement et il faudra veiller à les utiliser sans trop les dénaturer.

La troisième question – POURQUOI – est celle de la finalité du concept de bien commun. C'est bien entendu s'intéresser à la préservation de l'homme à travers celle des communs. Mais pas uniquement.

La protection des ressources naturelles pour la survie de l'espèce n'est pas seule en cause. Tous les biens communs ne visent pas cette fonction: on peut vivre sans vestiges archéologiques, sans œuvre d'art, etc. Toutefois, et la question est moins superficielle qu'il n'y paraît: que deviendrions-nous sans ces preuves de notre humanité?

Préserver l'intégrité de biens aussi divers est notre devoir, mais cela ne représente que le degré minimal de la protection recherchée.

J'en terminerai par la question la plus délicate: COMMENT?

Comment dompter autant de considérations dans la situation d'urgence qui est devenue la nôtre? À l'échelle interne, dans un système qui

protège déjà ses biens virtuellement communs, il est permis de penser qu'une protection efficace peut être mise en place.

Mais cela sera-t-il le cas de tous les systèmes juridiques ?

Et en définitive, ne suffit-il pas de quelques – sinon mauvais élèves, du moins quelques mauvaises grâces – pour que la démarche dont procède notre journée d'étude soit vaine, ou de portée limitée ?

L'idée d'un droit des biens communs nous oblige à renouveler notre approche sur la façon dont les instances, nationales et transnationales, peuvent agir. Des organes comme l'ONU et ses émanations ont incontestablement un rôle à jouer.

Mais le contexte international a considérablement évolué depuis sa création et il n'aura échappé à personne que certains équilibres sont en train de changer.

Le concept de biens communs peut-il fédérer ? Devons-nous définir un droit commun et un droit spécial des communs ?

A-t-on encore le temps de privilégier un droit souple ?

Comment coopérer pour parvenir à un ordonnancement, des prescriptions et des juridictions fonctionnels ?

Les interrogations sont innombrables.

La qualité des interventions et des échanges va nous entraîner vers un monde que l'on veut meilleur.

Quoi qu'il en soit, et afin de rester réalistes et scientifiques, gardons à l'esprit que le présent domaine d'étude est éminemment politique et hautement clivant.

Il ne faut pas ignorer non plus la puissante charge liberticide portée par la notion de biens communs : pour les individus comme pour les États.

Au premier rang se situe la mise en cause du droit de propriété : sa confrontation avec le concept de biens communs portera chacun à s'interroger sur la réalité de son droit de propriété : se pourrait-il que ce droit que l'on a voulu affirmer aussi exclusif et absolu ne soit qu'une fiction, un artifice du droit ? ... lequel devrait aujourd'hui céder sa place à... une nouvelle illusion ?

Afin d'aborder ces questionnements autour de cette première table ronde, quatre intervenants éminents et chevronnés : qu'ils me pardonnent de citer seulement quelques-unes de leurs nombreuses qualités :

Judith ROCHFELD, professeur à l'École de droit de l'université Paris I et Marie CORNU, directrice de recherches au CNRS, partagent toutes deux une implication forte sur le sujet, puisqu'elles sont notamment auteures d'un *Dictionnaire des biens communs* aux PUF et ont dirigé, avec le Pr Gilles MARTIN de la 3^e table ronde, le GIP « *Mission de recherche Droit et Justice* », un important travail sur « *l'échelle de communalité* », aboutissant à des « *propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit* ».

Elles vont nous parler, pour Judith ROCHFELD, des critères permettant de définir la communalité ainsi que de ce qui permet de souder chaque communauté, à savoir l'intérêt commun.

C'est alors que Marie CORNU interviendra pour témoigner de la façon dont s'exprime cet intérêt commun, à travers les « *instances* » de communalité.

Le troisième intervenant de cette table ronde, Noé WAGENER, professeur à l'université Paris-Est Créteil, était associé aux travaux du même GIP et c'est vers les sujets d'accès, d'ouverture et d'inclusivité à l'égard des communs, qu'il orientera le propos.

Enfin, Sonya DJEMNI-WAGNER, avocate générale à la Cour de cassation, spécialisée notamment dans les questions européennes et leur articulation avec les instances juridictionnelles, axera la réflexion sur les droits des générations futures.

Dans ce qu'il est devenu courant de nommer « *la tragédie des communs* », j'espère que tous nos intervenants démentiront un vers de Corneille qui ne cesse de me pétrifier :

« *l'issue en est douteuse, et le péril certain* » : merci à nos intervenants d'inverser cette tendance funeste !



Des biens communs à l'échelle de communalité : pourquoi des propositions de réformes ?

À propos du rapport *L'échelle de communalité : propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, remis à la Mission « Droit et Justice », avril 2021

Judith ROCHFELD

Professeure de droit privé, École de droit de la Sorbonne, université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS



Judith ROCHFELD

La sphère sociale bruisse d'appels à la consécration ou à la protection de biens communs ou patrimoines communs, ou toute autre notion traduisant une volonté de partage des usages ou de préservation : le vaccin contre la covid aurait dû être un « bien commun » ; l'Amazonie devrait être reconnue et protégée comme un « patrimoine commun » étant donné son influence sur le régime climatique et sa puissance d'absorption de carbone (entre autres), etc. Or, pour bien les appréhender et tenter de répondre à ces besoins, anciens mais renouvelés par les exigences de la mutation écologique – qui en appelle à la préservation des écosystèmes, de la biodiversité et du régime climatique – ou de partage des connaissances ou des ressources vitales, il est nécessaire de définir au préalable ce que l'on entend par « bien commun », biens publics, ou encore communs. On commencera alors à comprendre pourquoi des propositions de réforme du droit positif peuvent être avancées pour faire entrer certaines considérations relevant de la « communalité » ou mieux reconnaître celles qui s'y trouvent déjà.

Dans une approche large, on évoque les « biens communs » pour renvoyer à l'idée de biens ou de ressources, appropriés ou non, qui présentent pour une communauté un intérêt collectif indivisible, que celui-ci soit culturel, écologique, de santé, vital, historique, scientifique, etc. On ne se réfère pas tant, alors, à des caractères intrinsèques de la chose ou du bien, mais au fait qu'une décision sociale, politique ou juridique associée à une « ressource » une communauté de bénéficiaires à qui l'on entend ouvrir l'usage du bien ou de la ressource en question et/ou en assurer la protection et la préservation pour son bénéfice présent ou

futur¹. L'identification d'un bien commun ne repose donc pas sur un simple constat, mais sur la reconnaissance politique ou juridique d'un intérêt commun, au bénéfice par exemple de la « communauté internationale » ou d'une communauté nationale, locale ou autre. Des règles organiseront alors l'usage de cette ressource ou ce bien au bénéfice de la communauté considérée ou garantiront la préservation du bien ou de la ressource pour cette communauté. Par exemple, à l'échelle internationale, viser l'Amazonie comme un « patrimoine commun de l'humanité » entend véhiculer l'idée que les neuf États souverains sur les territoires desquels elle se trouve, aussi bien que les propriétaires terriens qui y disposent de terrain, devraient accepter de nuancer leurs prérogatives (de destruction notamment) pour en assurer la préservation au bénéfice de la communauté « humanité » dans son ensemble². À une échelle nationale, l'exemple type tient en celui des biens classés monuments historiques et qui, du fait de ce classement, sont soumis à un régime particulier, notamment quant à l'encadrement des travaux ou transformations que peut entreprendre leur propriétaire (privé pour plus de la moitié d'entre eux), ce, dans une visée de préservation du bien pour les générations présentes et futures³. La conséquence de la reconnaissance d'un intérêt commun – dans nos

1. V. par ex. B. PARANCE et J. DE SAINT-VICTOR (dir.), *Repenser les biens communs*, Paris, CNRS éditions, 2014, 314 p. ; M. CORNU, V° Bien commun, in M. CORNU, F. Orsi et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, 2^e éd., PUF, « Quadrige », 2021.

2. Sur l'ensemble du droit applicable, national et international, ce même s'il n'est pas pleinement appliqué de manière effective, v. par ex. M. PRIEUR, « Que faut-il faire pour l'Amazonie ? », *Revue juridique de l'environnement* 2019/4 (vol. 44), pp. 665-669.

3. C. patrimoine, art. L. 621-9 et L. 621-11 et s.

exemples écologique et historique – tient alors en la place que va prendre cet intérêt dans le régime appliqué au bien, au côté de celui du propriétaire, notamment privé : on fera ainsi une place soit à l'intérêt d'usage d'autres personnes, soit à l'intérêt de préservation au bénéfice d'une communauté donnée. Évidemment, on le sent bien, étant donné les conséquences induites, que ce soit sur la propriété (des exploitants des terres, des propriétaires de monuments), voire sur la souveraineté des États (dans l'exemple international), il n'a jamais suffi de brandir ce type d'incantations pour que les objectifs souhaités soient atteints. Divers accords multilatéraux de protection de l'Amazonie existent par exemple. Mais ils n'ont pas, loin de là, démontré leur efficacité⁴. Cela ne veut pas dire, cependant, que de tels mécanismes ne puissent jamais garantir qu'un intérêt commun soit protégé. Si l'on reprend l'exemple hexagonal des monuments historiques, leur propriété implique bien des charges de conservation qui ont permis une certaine préservation⁵.

Cette première définition étant posée, il est nécessaire de marquer la distinction des biens communs d'avec des notions voisines, comme celle de « bien public » ou de « communs ».

Si on emploie la première dénomination, on se réfère en général et en dehors de la définition des biens publics livrée par la sphère juridique⁶, au sens que lui donne l'analyse classique de l'économie standard, soit à deux qualités qui seraient intrinsèques à un « bien » : elles ont été cartographiées par l'économiste Paul SAMUELSON (dans un article célèbre de 1954⁷) et tiennent au mode de consommation de la ressource ; elles relèvent du constat que cette consommation est à la fois non-rivale – l'usage qu'une personne fait d'un « bien public » ne diminue pas celui d'une autre – et non-exclusive (« excluable ») – l'usage que l'une en fait n'empêche nullement une autre personne de s'en servir dans le même temps. L'information en composerait l'exemple classique. Le bien

« public » n'est donc pas socialement ou juridiquement construit. Or, nombre des éléments à embrasser dans les préoccupations d'ouverture de l'usage ou de préservation ne répondent pas à ces caractéristiques et il vaut donc mieux admettre la notion de « biens communs ».



Il est nécessaire de marquer la distinction des biens communs d'avec des notions voisines, comme celle de « bien public » ou de « communs ».

Quand on parle de « communs » en second lieu, on ajoute à l'idée de bien commun la mise en œuvre d'une action collective organisée, pour le service et le respect de l'intérêt commun identifié, qui peut être l'usage ou la préservation d'une ressource, au bénéfice d'une communauté bénéficiaire. L'action d'une communauté organisée fait donc la différence avec les biens publics – ressources intrinsèquement ouvertes – aussi bien qu'avec les biens communs – ressources décrétées porteuses d'un intérêt commun et devant être en usage ouvert ou préservées. Plus précisément encore, selon une formalisation théorique que l'on doit à Elinor OSTROM et son École dite « de Bloomington⁸ » (même si la notion peut se réclamer d'autres variantes et descriptions⁹), formalisation extrapolée d'études de cas concrets (usages communs de forêts, de ressources halieutiques, de système d'irrigation, etc.), il existerait trois types de conditions à l'efficacité de « communs », efficacité évaluée à l'aune du critère de la préservation de la ressource et de la poursuite satisfaisante de l'intérêt commun.

4. M. PRIEUR, art. préc.

5. Cela ne veut pas dire que son institution n'ait pas généré un débat dense, v. J.-P. BADI, M. CORNU, J. FROMAGEAU, J. M. LENIAUD et V. NÉGRE, 1913, *Genèse d'une loi sur les monuments historiques*, La Documentation française, 2013, 602 p.

6. Pour plus de précisions, et les multiples définitions, v. par ex. C. CHARMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. UNTERMAIER, Dalloz, 2004, no 41, p. 34, et no 109 et s., p. 81 et s.; P. YOLKA, *Droit des biens publics*, 2^e éd., LGDJ, 2023.

7. P. A. SAMUELSON (1954), « The Pure Theory of Public Expenditure », *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, n° 4, novembre, pp. 387-389.

8. E. OSTROM, *The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, [1990], paru en français sous le titre trompeur de *La Gouvernance des biens communs : Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck, 2010, 301 p. Et pour les questions environnementales spécifiquement, E. Schlager and E. OSTROM, (1992), 'Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis', *Land Economics*, vol. 68, n° 3. Sur ces travaux, v. en français par ex. B. Coriat et F. Orsi (dir.), (2013/2), *Autour d'OSTROM : communs, droits de propriété et institutionnalisme méthodologique*, Revue de la Régulation, n° 14 ; M. CORNU, F. Orsi et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, op. cit. et les notices dédiées.

9. V. not. P. DARDOT et Ch. LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XX^e siècle*, La Découverte, 2014, spéc. p. 453 et s.

En premier lieu, les communs doivent renvoyer à des ressources ou à un ensemble de ressources (*Common Pool Resource* ou CPR), à l'origine matériels (dits aussi « communs fonciers ») et qui présentent la caractéristique qu'il est difficile d'en restreindre l'usage (il est par exemple difficile de bloquer l'accès à une forêt, aux poissons d'un lac, etc.); le propos sera néanmoins étendu par la suite à des ressources immatérielles (données médicales gérées par des chercheurs et une communauté de malades, encyclopédie contributive comme Wikipédia, organisée sous l'égide d'une communauté...), voire « à la connaissance » (l'extension emporte alors des questions différentes, notamment celle des modes d'incitation à la production plus que celles de préservation et de frein à l'épuisement de la ressource).



De façon générale, on peut reconnaître une part de communalité irréductible dans la propriété publique, la propriété intellectuelle, voire la propriété privée.

En deuxième lieu, les communs impliquent la distribution de différents droits au bénéfice d'une communauté, de taille moyenne (une centaine de personnes au plus): certains membres bénéficieront de droits d'utiliser la ressource (la forêt par exemple), voire d'y faire des prélèvements (de poissons ou d'eau); d'autres seront plus impliqués dans la gestion et auront des droits de définir les règles qui seront appliquées, les conditions d'utilisation de la ressource, les bénéficiaires de celle-ci (et que l'on doit exclure) et si l'on peut ou non céder la ressource. Il faut là noter, et le point est important, que dans cette conception, la propriété n'est plus le droit exclusif d'un seul, mais se conçoit davantage comme un « faisceau de droits » reliant des personnes entre elles (dans une théorie « relationnelle ») et regroupant des droits de divers niveaux: « inférieurs » pour ceux d'usages et « supérieurs » pour ceux de gestion. À nouveau, le propos sera extrapolé à des communautés plus larges, comme celle de la « connaissance », à des conditions quelque peu différentes. Enfin et en troisième lieu, les

communs se caractérisent par une organisation collective assurant le respect des droits de chacun et la préservation de la ressource (*commons-property regime*): c'est le centre de gravité et la caractéristique centrale des communs, puisque c'est cette organisation qui assurerait des conditions d'utilisation et de préservation de la « ressource ». L'apport d'OSTROM et de son école tient alors, principalement et par là, en un renversement des postulats selon lesquels seuls la propriété privée exclusive ou la réglementation étatique – le marché et l'État – garantiraient la considération du long terme et de la préservation: leur démonstration invite à reconnaître qu'il existe, en dehors des deux branches traditionnelles évoquées, une alternative qui évite elle aussi la dilapidation¹⁰. Le fonctionnement collectif qui en compose le cœur sera, par la suite, précisé par OSTROM et les siens, comme devant reposer sur huit principes (*design principles*), notamment ceux d'une gestion des communs par les membres de la communauté eux-mêmes selon des principes d'autogouvernement, de participation et de contrôle des usages; communautés de membres identifiés et en nombre arrêté, marquant par là l'existence de frontières; membres qui émettent des règles écrites ou coutumières s'insérant dans le système juridique au sein duquel le commun s'inscrit et, par conséquent, sans opposition à l'État ou à l'État de droit existant.

Le but des propositions avancées dans le rapport intitulé *Échelle de communalité. Propositions de réforme pour introduire les biens communs en droit*, rapport remis à la Mission « Droit et Justice » (devenu l'IERDJ) en 2021¹¹, n'a cependant pas été de faire entrer cette théorie, ou d'autres, au sein du droit positif, en tant que telles. Il fut, d'une part, de faire prendre conscience que nombre des institutions et agencements autour de choses ou de biens, qu'ils relèvent du droit privé ou public, comprennent une part de « communalité, c'est-à-dire dans

10. Thèse notamment popularisée par Garrett HARDIN (1968), dans son célèbre article *The Tragedy of the Commons*, Science, vol. 162, 1968, pp. 1243-1248 : HARDIN y décrivait un pâturage inapproprié et ouvert à l'accès de tous les bergers désirant y faire paître leurs chèvres et postulait que cette ressource fragile courrait à sa destruction par surexploitation ; selon les présupposés économiques classiques et à la description de *l'homo economicus*, en effet, chacun maximiserait son intérêt individuel (chaque berger y amènerait plus de bêtes) sans ressentir ni endosser les conséquences de court et long terme (le fait que chaque chèvre profiterait de moins en moins de fourrage, par exemple) et, partant, sans assurer la pérennité de la ressource ; les conséquences négatives étant partagées par tous, elles seraient inférieures au gain de chaque acteur qui, de ce fait, n'aurait aucune incitation à s'en préoccuper.

11. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2021/06/Rapport-17-34-final-Juin-2021.pdf>

une première approche (qui appellera des précisions par la suite), une considération d'un intérêt commun dans le régime de ces choses ou biens, ainsi que de tiers dans l'accès aux usages ou dans le bénéfice de leur préservation. Pour ce faire, il a été nécessaire de définir les critères de la « communalité », d'identifier les communautés – d'usage, de bénéfice de préservation, voire de gouvernement des choses – que la réintégration de cette part permettait d'identifier et, sur cette base, de reconnaître les agencements d'ores et déjà existants (1.). Le but a été, d'autre part et selon trois ordres de propositions, de dessiner les changements de perspective à insuffler dans chaque régime concerné, de dessiner un socle minimal de communalité ainsi que des modifications et réformes lorsque cela paraissait nécessaire en raison des enjeux actuels à affronter (2.).

1. De l'absence de catégorie juridique de biens communs à la reconnaissance de la part de communalité d'agencements existants

Le premier constat qui a guidé la recherche tenait en ce qu'il n'existe pas, en droit, de catégorie juridique de biens communs ou de communs. Pour autant, il se rencontre des agencements divers qui font une place à un intérêt commun et articulent autrement que sur le mode de l'exclusion réciproque le propre et le commun ; des agencements qui, en conséquence, poussent à reconnaître davantage la figure des tiers. Mais ceux-ci se déploient dans un assez grand désordre et dans une absence de compréhension d'ensemble, sans catégorisation cohérente, ce qui empêche d'en mesurer l'importance.

On peut tout d'abord citer, pour démontrer cette présence et à titre d'exemple, les choses communes, comme peuvent être parfois saisis l'air, l'atmosphère ou le domaine public informationnel : définies par l'article 714 du Code civil, elles font une place à l'ouverture à l'usage à tous, quand bien même elles sont passablement ignorées, voire marginalisées¹². On peut ensuite et aussi évoquer le domaine public, et son affectation à l'usage de tous ; les composantes des

différents « patrimoines communs¹³ » – de la nation, de l'Union européenne, de l'humanité ou des êtres humains – qui présentent quant à eux une vocation marquée à la préservation pour transmission aux générations futures et qui embrassent certaines espèces animales, la langue, des biens culturels (monuments classés, archives, musées de France¹⁴) l'eau¹⁵, etc. Des « composantes » de l'environnement¹⁶ sont également consacrées comme « patrimoine commun de la nation » dans le code dédié, quand ce n'est pas l'environnement dans son ensemble, comme « patrimoine commun des êtres humains ». Le Conseil constitutionnel a même, sous ce label, élevé un objectif de valeur constitutionnelle de sa préservation, dans une importante décision du 31 janvier 2020¹⁷. Il ne faut pas oublier, enfin, les possibilités de reconnaître volontairement à son bien une affectation à un intérêt commun, ainsi que le permettent l'obligation réelle environnementale aux mains d'un propriétaire privé¹⁸ ou certaines utilisations écologiques de la fiducie¹⁹. De façon générale, on peut reconnaître une part de communalité irréductible dans la propriété publique, la propriété intellectuelle, voire la propriété privée.

Dans le rapport *L'échelle de communalité. Proposition de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, nous nous sommes donc attachés, pour contrer ce désordre et le manque de cohérence évoqué, à rendre visible la diversité de ces agencements et à tenter une

12. Ce que des travaux importants ont tenté de contrer, v. M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préf. G. LOISEAU, LGDJ, 2006.

13. À partir du « patrimoine commun de l'humanité », v. A. KISS, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », RCADI 1982, t. II, vol. 175, pp. 99-256 ; S. PAQUEROT, *Le statut des ressources vitales en droit international. Essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, préf. R. PETRELLA, Bruylant, 2002. Et, plus spécifiquement en matière environnementale, v. not. Martine RÉMOND-GUILLOUD, « L'avenir du patrimoine », *Esprit* nov. 1995, 59 ; J. ATTARD, « Le fondement solidariste du concept environnement patrimoine commun », *RJE* 2/2003, 161 ; F.-G. TRÉBULLE, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », in *Mél. P. MALINVAUD*, Litec 2007, 659.

14. Rapport précité, p. 118 et s.

15. Il s'agit plus exactement d'une proposition du Rapport préc., p. 140 et s.

16. C. envir., art. L. 110-1, que le Rapport préc., p. 156 et s., propose de renforcer en matière pénale et procédurale.

17. Cons. const., 31 janv. 2020, n° 2019-823, QPC, « Union des industries de la protection des plantes », Droit administratif, n° 4, avril 2020, pp. 26-29, L. FONBAUSTIER ; *La revue des droits de l'homme*, février 2020, V. CHAMPEIL-DESPLATS, <https://doi.org/10.4000/revdh.8629> ; AJDA 2020, 264, 425, tribune V. GOESEL-LE BIHAN, et 1126, note F. SAVONITTO ; D. 2020, 1159, note B. PARANCE et S. MABLE, 1012, obs. V. MONTEILLET et G. LERAY, 1761, obs. N. REBOUL-MAUPIN, 1970, obs. S. Bollée, et 2021, 1308, obs. E. DEBAETS et N. JACQUINOT ; AJCT 2020, 340, étude G. BAILLY ; RFDA 2020, 501, chron. A. ROBLOT-TROIZIER ; *Constitutions* 2019, 594.

18. C. envir., art. L. 132-3, sur laquelle G. J. MARTIN, « Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation propter rem de protection de l'environnement », *RJE* 2008, n° spécial, p. 123.

19. V. par ex. T. SOLEILHAC, « La fiducie environnementale », *Énergie envir. infras*, juin 2017, Dossier 13.

cartographie. Pour cela, il a au préalable été nécessaire d'identifier leurs caractéristiques communes, c'est-à-dire les critères de la « communalité ». Deux nous ont paru pouvoir être dégagés²⁰.

Le premier tient en l'affectation de la chose ou du bien à un intérêt commun, que cette affectation se greffe sur une propriété ou non, et que cet intérêt soit un intérêt d'usage, de conservation ou encore de gouvernement commun de la ressource. Si l'on reprend l'exemple connu des immeubles classés monuments historiques, l'entrée dans cette catégorie va de pair avec la reconnaissance d'un intérêt commun, en l'occurrence historique; l'affectation à cet intérêt teintera leur régime. Par exemple encore, lorsque, par une soumission volontaire à une obligation réelle environnementale, un propriétaire affecte un terrain à la préservation d'insectes pollinisateurs, il reconnaît et consacre juridiquement l'affectation à un intérêt commun écologique, tourné vers la préservation.



Une fois définie et réintégrée, la part de communalité a permis d'identifier en conséquence des communautés intéressées, qu'elles soient d'usage, de bénéfice de préservation ou de gouvernement des choses.

Le second critère renvoie quant à lui à l'inclusivité²¹, que l'on peut définir comme l'absence de la capacité d'exclure totalement autrui des utilités de la chose, exclusion qui marque pourtant traditionnellement la propriété, privée au moins: dans les agencements précédemment énumérés, il existe une vocation à inclure plusieurs autres personnes dans l'usage d'une chose ou dans la vocation à bénéficier de sa préservation, ou encore à participer à son gouvernement; à l'inverse, il n'existe aucune possibilité d'exclure totalement autrui.

20. Rapport précité, p. 76 et s.

21. Ce critère a été défini sur le fondement des travaux de S. Dusollier, 'Inclusivity in intellectual property', in G. DINWOODIE (ed.), *Intellectual Property and General Legal Principles – Is IP a Lex Specialis?*, Edward ELGAR, 2015, pp. 101-118.

Une fois définie et réintégrée, la part de communalité a permis d'identifier en conséquence des communautés intéressées, qu'elles soient d'usage, de bénéfice de préservation ou de gouvernement des choses. Les critères posés impliquent en effet de considérer, d'abord qu'on ne le fait classiquement, le « revers » de la propriété, c'est-à-dire de discerner des tiers intéressés, les « communautés » tenues par l'intérêt commun. Le rapport a donc également tenté une cartographie de ces groupes informels et propose d'identifier au moins trois sortes de communautés.

La première serait la ou les communautés bénéficiaires, soit l'ensemble des personnes qui bénéficient de l'usage, de la préservation de la chose ou encore d'une participation à un gouvernement commun (les personnes au nom desquelles sont reconnus ces usages ou ces vocations). Par exemple, les générations futures ont récemment été consacrées par la Cour constitutionnelle allemande, dans une décision historique du 24 mars 2021, comme bénéficiaire d'un « devoir de protection » impliquant une lutte contre le dérèglement climatique, de sorte à leur « léguer » « les fondements naturels de la vie » « dans un état qui laisse à ces dernières un choix autre que celui de l'austérité radicale »; en conséquence, pour la Cour, il n'était pas conforme à leur respect de leur déléguer tout le fardeau de cette lutte (donc de repousser à après 2030 les mesures les plus radicales²²). Par exemple encore, le Conseil constitutionnel français a, dans sa décision évoquée du 31 janvier 2020 portant la « découverte » d'un objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement, considéré ce dernier comme « patrimoine des êtres humains » avec des implications non négligeables: sur ce fondement, il a considéré comme conforme à la Constitution une loi faisant obstacle à des exportations de pesticides interdits en France, en validant cet effet extraterritorial induit de

22. Tribunal constitutionnel allemand, 24 mars 2021, BVerfG 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, disponible en trois autres langues : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/FR/2021/03/rs20210324_1bvr265618fr.html. Pour des commentaires dans une perspective allemande, v. *Verfassungsblog* : <https://verfassungsblog.de/category/debates/der-klimabeschluss-des-bverfg/>, not. C. CALLIESS, « "Elfes" revisited ? », *VerfassungBlog*, 25 mai 2021, <https://verfassungsblog.de/elfes-revisited/>; J. BERKEMANN, *DOV* 2021. 701 ; S. SCHLACKE, *NVwZ*, 2021, p. 912 ; E. HOFMANN, *NVwZ* 2021, p. 1587 ; C. CALLIESS, *ZUR* 2021. 355 ; L. MUCKEL, *JA* 2021. 610 ; C. MÖLLERS, N. WEINBERG, *JZ* 2021. 1069 ; R. Sinder, *JZ* 2021. 1079. Dans une perspective française (ou en français), *AJDA* 2022. 166, obs. A. GAILLET et D. GRIMM ; *Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 7, juillet 2021, comm. 61, E. GAILLARD et comm. 62, L. FONBAUSTIER.



De gauche à droite : Sonya DJEMNI-WAGNER, Judith ROCHFELD, Laëtitia TRANCHANT.

la communauté considérée²³. On peut également citer les communautés autour de l'eau, les communautés d'habitants, le « public » des œuvres, etc. On notera seulement que cette sorte de communauté ne se superpose pas automatiquement à la communauté nationale et qu'elle peut comporter une dimension transgénérationnelle.

La deuxième sorte de communauté identifiée serait la ou les communautés délibératives, expression qui renvoie à celles qui ont ou devraient avoir un pouvoir de délibérer sur le sort de la chose : sur l'articulation des usages ou sur les modes de préservation. Ces communautés de délibération ne se rencontrent toutefois pas toujours en droit positif. En l'état, les domaines où l'on peut néanmoins en connaître sont ceux culturels ou écologiques (notamment avec les exigences d'information et de participation environnementales). Les prendre en

considération impliquerait de prévoir des prérogatives d'information et de participation et d'anticiper d'éventuels intérêts à agir en justice qui leur correspondent, ce qui fait l'objet de propositions de réforme (*infra*).

Enfin, on trouverait la ou les communautés de contrôle, c'est-à-dire celles qui s'assurent du respect de l'affectation commune du bien, ce, par diverses procédures. Cependant et en l'état du droit positif, ce contrôle se trouve parfois pris en charge par des institutions publiques, comme dans le cas des monuments historiques. Mais il peut aussi être endossé *via* des actions en justice de membres des communautés intéressées, actions visant à dénoncer le non-respect de l'intérêt commun (comme dans le cas environnemental, par exemple).

Évidemment, identifier l'affectation à un intérêt commun ainsi que des communautés intéressées, ne pouvait laisser intact le régime des choses ou biens concernés. Il s'est alors agi soit de rendre visibles des conséquences de cette communalité d'ores et déjà admises en droit positif, quand bien même on ne les évoquerait pas en ces termes, soit d'aller plus loin et de proposer un régime commun minimal ou un socle de communalité ou encore des propositions de réformes autres.

23. V. *supra*. Il manie également l'argument des générations futures, moins efficacement que la Cour allemande il est vrai, cf. Cons. const., déc. n° 2023-1066 QPC du 27 octobre 2023, *Association Meuse nature environnement et autres* [Stockage en couche géologique profonde des déchets radioactifs], La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 45, 14 novembre 2023, act. 651 ; La Semaine Juridique – Édition générale, 2023, doct. 1317, Vincent BRENOT ; La Semaine Juridique – Édition générale, 2023, doct. 1428, L. FONBAUSTIER et J. ROCHFELD (également pour une historique de sa démarche et les limites de celles-ci).

2. Des conséquences de la reconnaissance de la part de communalité sur le régime des biens

Les implications de cette conception visant à intégrer les biens communs dans notre droit des biens peuvent en effet ne pas être négligeables. Précisément, la redécouverte de ces agencements autour d'un intérêt commun implique d'infléchir le régime des choses dans deux directions : d'un côté, il faut s'assurer du respect et de la poursuite de l'intérêt commun – d'usage ou de préservation –, en plus de celui individuel du propriétaire privé ou en plus d'autres intérêts que peut poursuivre la puissance publique quand elle est propriétaire (notamment celui de valorisation) ; d'un autre côté, il est nécessaire de faire une place aux prérogatives des communautés intéressées, aux côtés des pouvoirs des propriétaires privés ou publics (quand ceux-ci existent ce qui n'est pas le cas des choses communes, rappelons-le). Ces directions ont été déclinées dans le rapport précité au titre de diverses propositions. On peut seulement, dans le volume contraint de cette synthèse, résumer celles-ci selon trois ordres.



Le Conseil constitutionnel en a ouvert la voie dans la décision précitée de 2020 : c'est sur son fondement qu'il a identifié un intérêt commun de préservation écologique – l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement – et une communauté transnationale intéressée, celle des « êtres humains ».

Une partie des propositions tendent, en premier lieu, à présenter une interprétation renouvelée de textes existants, autour d'une mise en cohérence de tous les agencements répondant aux critères identifiés, qu'ils relèvent du droit public ou du droit privé. Par exemple, le droit positif contient nombre d'évocations du « patrimoine commun », qu'il soit de la nation, de l'Union européenne, des êtres humains, etc. Prendre au sérieux cette notion, quand par exemple elle se trouverait avancée par un

demandeur, et lire ces patrimoines communs comme impliquant véritablement la poursuite d'un intérêt commun et la considération d'une communauté intéressée pourrait conduire à « activer » cette notion et à la manier dans ce sens. Le Conseil constitutionnel en a ouvert la voie dans la décision précitée de 2020 : c'est sur son fondement qu'il a identifié un intérêt commun de préservation écologique – l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement – et une communauté transnationale intéressée, celle des « êtres humains » ; c'est ce qui a justifié pour lui que la loi puisse nuancer la liberté d'entreprendre et qu'elle limite les exportations de produits interdits de vente en France, la communauté considérée étant internationale.

Mais, prendre au sérieux cette notion pourrait aussi impliquer d'aller plus loin et de considérer et généraliser des prérogatives au bénéfice des membres des communautés intéressées, notamment d'information et de participation, quand ce n'est pas d'action en justice. Une deuxième partie des propositions entend donc avancer des réformes possibles pour considérer plus largement les institutions d'intérêts communs quand cela est nécessaire pour affronter les enjeux contemporains et/ou les étendre à d'autres intérêts que ceux déjà visés. D'une part, de façon générale, le rapport propose alors un socle de « communalité », c'est-à-dire des règles communes s'appliquant dès que les critères de communalité seraient identifiés : notamment des droits à la conservation, à l'information, à la participation, et un principe de non-régression²⁴. Il adosse ce socle à la notion de « patrimoine commun » – quand bien même celle-ci n'est pas parfaite – parce qu'elle est actuellement la plus mobilisée dans notre droit positif, ce, dans de nombreux secteurs²⁵. Il insiste sur les prérogatives de gouvernance, soit les droits à l'information ou à l'accès du public à des données d'intérêt commun (sur le modèle de l'accès à l'information relative à l'environnement), voire à la participation ou à la codécision²⁶. D'autre part et plus spécifiquement, il formule des propositions de renforcement de la communalité à l'égard de certains

24. Rapport préc., p. 108 et s. et annexe n° 1, proposition de réforme n° 1 relatives au patrimoine commun, n° 1 à 4.

25. V., pour les arguments favorables et les réserves, rapport préc., p. 93 et s.

26. Rapport préc., p. 341 et s. et annexe n° 1, propositions de réforme n° 14 et s.



L'appréhension des intérêts à agir en justice s'en trouverait transformée et il deviendrait pertinent d'accueillir plus favorablement les intérêts diffus à l'usage ouvert d'une chose ou à sa préservation, intérêts collectifs transindividuels et indivisibles, à l'instar des systèmes ibérico-américains, c'est-à-dire sans que la personne demanderesse soit soumise à la démonstration d'une violation d'un droit ou d'une prérogative individuelle.

agencements connus. Par exemple, en matière d'affectation volontaire, trois types de renforcements pourraient être adoptés : visant à garantir davantage la pérennité de l'affectation volontaire ; à améliorer l'effectivité de l'affectation volontaire ; et à supprimer les obstacles liés au caractère onéreux de cette affectation²⁷. Pour chacune des techniques impliquées, également, on pourrait penser étendre le champ des intérêts communs concernés : il pourrait exister une possibilité de se soumettre à une obligation réelle pour d'autres intérêts communs qu'environnemental, au travers d'une obligation réelle d'intérêt commun (ORIC)²⁸. On pourrait aussi admettre la fiducie à objet environnemental, ou plus largement d'intérêt commun : la première est déjà acclimatée par une certaine pratique, notamment dans des buts de dépollution et de compensation²⁹ ; on pourrait l'accepter plus largement³⁰.

Enfin, l'ensemble des propositions invite à penser autrement l'action judiciaire, en intégrant plus largement ces intérêts communs. L'appréhension des intérêts à agir en justice s'en trouverait transformée et il deviendrait pertinent d'accueillir plus favorablement les intérêts diffus à l'usage ouvert d'une chose ou à sa préservation, intérêts collectifs transindividuels et indivisibles³¹, à l'instar des systèmes ibérico-américains, c'est-à-dire sans que la personne demanderesse soit soumise à la démonstration d'une violation d'un droit ou d'une prérogative individuelle. Témoin de cette possibilité d'orientation des décisions du Conseil d'État belge, notamment du 15 décembre 2006, à propos d'un territoire historique – celui de Waterloo – intégré à la catégorie de « patrimoine commun de la nation » par le Code wallon de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme (formulation dont on notera qu'elle est identique à celle que l'on trouve dans le Code français de l'urbanisme, pourtant laissée inactivée en France) : cette qualification a permis à une personne d'être jugée recevable dans son action à requérir le maintien de la vocation historique du site – l'affectation à intérêt commun – et l'annulation d'un permis de construire, contre des velléités de transformation de ce dernier en zone touristique, alors même qu'elle n'était pas propriétaire ni habitante du territoire, mais faisait partie de la « communauté » bénéficiaire et avait démontré un goût spécifique, en tant qu'amatrice, pour l'histoire³².

27. Rapport préc., p. 280 et s. et annexe n° 1, proposition de réforme n° 10, n° 1 à 4.

28. Rapport préc., p. 300 et s. et annexe n° 1, proposition de réforme n° 10, n° 4 ; G. J. MARTIN, *infra* n° compléter.

29. Rapport préc., p. 295 et s.

30. Rapport préc., p. 286 et s. et annexe n° 1, proposition de réforme n° 11.

31. Rapport préc., p. 331 et s.

32. CE Belge, 15 décembre 2006, n° 165.965, *Brassine-Vandergeeten c. Région wallonne*, et M. CORNU, F. MASSON et N. WAGENER, in *L'échelle de communalité...*, *op. cit.*, pp. 125-130, décision qui annule en conséquence le permis de construire sur le site protégé. V. égal. CE, 8 août 2008, no 185.638 et 25 novembre 2011, *Van Basten et consorts*, no 216.504.

Biens communs et « instances » de communalité : où et comment s'exprime l'intérêt commun ?

Marie CORNU

Directrice de recherche CRS (ISP, ENS Paris-Saclay, université Paris-Nanterre)



Marie CORNU.

Proposition de réforme pour intégrer les biens communs en droit, c'est le sous-titre de la recherche entreprise par cette entrée de l'échelle de communalité³³. Partir de cette grille de lecture de la communalité signifiait évidemment qu'on laissait de côté l'idée de dégager une notion juridique de bien commun à la façon dont les Italiens de la commission Rodota avaient envisagé d'intercaler, entre les biens privés et les biens publics, une catégorie tierce, les *beni communi*, beau projet même s'il n'a pas tout à fait abouti. Nous avons privilégié une autre voie : creuser la notion d'intérêt commun par ce questionnement sur le degré de communalité, ce qui imposait d'en dégager les traits saillants. La référence à un intérêt commun trouve plusieurs traductions, impératifs d'accessibilité, de conservation, idée d'inclusivité, degré d'ouverture au collectif. Dans cette réflexion autour des régimes de communalité, nous nous sommes notamment penchés

sur ce que nous avons appelé les instances de communalité, c'est-à-dire en somme les lieux, les espaces dans lesquels se manifeste cette dimension de la communalité, dans lesquels elle se met en mouvement, les acteurs la mettent en action. Il fallait aussi par conséquent cartographier plus finement les prérogatives attachées à cette notion de communalité.

Usage et conservation des biens communs – la pluralité des droits et intérêts

Quels sont les droits reconnus aux personnes et aux groupes, aux différentes communautés aptes à faire valoir cet intérêt commun ? Notre recherche s'est nourrie des travaux sur les communs, en particulier la théorie des faisceaux de droits qui permet de sortir de la seule lecture propriétaire des biens. La référence à la notion juridique de bien, on le sait, oriente invariablement vers la figure de la propriété, vers le rapport exclusif entre le propriétaire et la chose là où une pluralité d'autres droits ou intérêts peut cohabiter sur un bien serait-il approprié, qu'il s'agisse de droits directs sur la chose (droit d'usage, de jouissance, d'accès, etc.) ou encore de droit ou d'intérêt plus diffus, intérêt à ce que la chose existe, perdure, ne s'épuise pas, soit accessible, demeure de libre d'accès pour tout un chacun. Selon John COMMONS, l'un des théoriciens de la notion de faisceau de droits au XIX^e siècle, la propriété ne peut pas, par définition, être absolue et illimitée : « *La propriété n'est pas un droit unique et absolu, mais un faisceau de droits. Les différents droits qui la composent peuvent être distribués entre les individus et la société, certains d'entre eux sont publics d'autres privés, certains sont définis, une*

“ La référence à un intérêt commun trouve plusieurs traductions, impératifs d'accessibilité, de conservation, idée d'inclusivité, degré d'ouverture au collectif.

33. *L'échelle de communalité, propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit* (dir. J. ROCHFELD, M. CORNU, G.-J. MARTIN), rapport n° 17-34 avril 2021.

*partie restant indéfinie*³⁴ ». La théorie a été réactivée par les écoles contemporaines de pensée sur les communs, ce que rappelle Fabienne Orsi selon laquelle la notion « constitue l'un des piliers centraux de l'approche des communs portée par Elinor OSTROM* et l'école de Bloomington* », ouvrant ainsi « un espace original pour penser et concevoir *autrement* la propriété ».

Pour penser les communs, dans notre esprit, l'entreprise devait en outre être appréhendée non par la seule entrée des droits des personnes isolément ou en collectif, mais aussi considérée à partir de la chose elle-même, du besoin de la garder sinon intègre, du moins de la préserver. Car « en rester à la question de la satisfaction de droits multiples sur la chose laisse de côté une dimension essentielle : la part, dans la chose, qui échappe en toute hypothèse à ces maîtrises ; en somme l'intérêt de la chose elle-même et non de ceux qui, parce qu'ils en retirent une utilité, revendiquent des droits. Il y a, dans ces choses, une part irréductible qui échappe à l'emprise propriétaire, et plus largement qui se situe hors du champ des droits subjectifs. Elles recèlent une valeur autre que celles qui président aux échanges. Elles sont quelque part hors du marché, ou plus justement en dehors du jeu des négociations entre titulaires de droits, ce que certains auteurs ont exprimé à propos du patrimoine commun en les qualifiant de valeurs non marchandes³⁵ ».

Définir des instances de communalité – renforcer la capacité d'agir sur le devenir de ressources partagées

Partant de là, nous avons identifié plusieurs de ces instances de communalité au sein desquelles s'expriment ces droits, ce qui nous conduit à poser la question du pouvoir du collectif dans ses instances et des communautés qui peuvent y avoir vocation.

La première instance est celle de l'allocation de droits. C'est toute la question de savoir quel est le cercle des bénéficiaires. Quel est le périmètre des personnes qui peuvent accéder à la

chose et/ou en jouir, ou encore pour lesquelles la chose est conservée ou gouvernée ? C'est la communauté attributaire ou encore la communauté d'usage. Elle est à géométrie variable, selon qu'on raisonne sur la ressource en eau, sur la protection d'un paysage, sur la circulation des communs de la connaissance, etc., avec un élément de complexité qui est que les ressources étudiées pour un grand nombre sont des ressources transtemporelles, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas seulement profiter aux présents. Il faut intégrer le personnage des générations futures, par exemple, dans la considération des ressources naturelles ou patrimoniales. En somme, cette communauté concerne tout à la fois un ensemble de personnes physiques, les présents, mais aussi, une entité abstraite, ceux qui vont suivre, avec toute la difficulté de la faire exister dans le droit.

La deuxième instance, sans doute la plus complexe à analyser et à ordonner, est celle de la délibération et de la décision. Qui délibère et qui décide dans cet enjeu de la communalité ? Les deux sont reliés mais les pouvoirs peuvent en être découplés et le processus de décision peut bien se penser en dehors de toute délibération. Il peut y avoir, en l'occurrence, plusieurs arènes de délibération. En guise d'illustration, la convention citoyenne sur l'accompagnement de la fin de vie a été pleinement organisée en instance de délibération. S'annonce aujourd'hui le dépôt d'un projet de loi et alors, le travail de délibération se déplacera dans l'enceinte parlementaire, qui pourrait bien s'inspirer à la fois du mode opératoire, de la qualité du dialogue et des solutions préconisées.

Quels sont les contours de la communauté délibérative, ou décisionnaire : quelles personnes sont habilitées à être informées de la destinée de la chose, à participer à la prise de décisions qui la concerne, quelles personnes sont associées à sa gouvernance ou au gouvernement de la chose ? D'une façon générale, de quelle façon et dans quels termes les bénéficiaires peuvent-ils, ou non, être associés au processus de décision ? Nous avons cherché, pour chacun des objets, à saisir ce jeu d'acteurs privés et publics.

La troisième instance est celle du contrôle. C'est la question des personnes habilitées à défendre un droit, plus largement à contrôler que l'affectation à un intérêt commun (par exemple de conservation ou d'accessibilité) est bien respectée. Entrent évidemment dans ce

34. John COMMONS, *The Distribution of Wealth*, New York, 1893, publié en 2016 par Leopold Classic Library, p. 92.

35. Rapport *Échelle de communalité*.

plan du contrôle, les possibilités d'action en justice, l'intérêt à agir, mais aussi plus substantiellement, l'intérêt ou les intérêts à défendre.

De ce matériau des différentes instances aptes à produire de la communalité, la recherche collective sur l'échelle de communalité avait pour consigne d'élaborer des propositions. Il s'agissait d'une recherche-action, comportant un volet analytique, mais aussi un volet prospectif. C'était la commande, sachant qu'il est toujours un peu compliqué de naviguer entre la réflexion sur le droit et la fabrique du droit.



C'est la communauté attributaire ou encore la communauté d'usage. Elle est à géométrie variable, selon qu'on raisonne sur la ressource en eau, sur la protection d'un paysage, sur la circulation des communs de la connaissance, etc., avec un élément de complexité qui est que les ressources étudiées pour un grand nombre sont des ressources transtemporelles, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas seulement profiter aux présents.

Quoi qu'il en soit, cette entrée par les instances de communalité a fait apparaître la diversité des intérêts à défendre et partant, la multiplicité des communautés intéressées. C'est là qu'on croise l'enjeu de la participation, principe à nouveau à géométrie variable que connaissent les environmentalistes³⁶, mais qui diffuse dans d'autres espaces, en particulier sur le terrain de la culture et du patrimoine. Ce principe peut aller du simple droit à être informé au droit de donner son avis et encore aller jusqu'au droit de participer à l'élaboration et à la prise de décision. La participation est « une forme d'association et d'intervention des citoyens à la

préparation et à la prise de décision administrative³⁷ ». Il y a néanmoins une « échelle de participation », dont la forme la moins aboutie est celle dans laquelle les citoyens ont simplement la possibilité de contester une décision en justice. Viennent ensuite le droit à l'information, puis la participation au sens strict qui consiste à prendre part au débat jusqu'aux hypothèses de gestion directe, c'est-à-dire lorsqu'un « pouvoir de décision est accordé aux particuliers dans la gestion de la ressource » et enfin les hypothèses d'autogouvernance³⁸. Nous nous sommes alors posé la question de savoir comment « monter en généralité dans la gouvernance », suggérant un certain nombre de réformes, relatives tant aux modalités d'identification et de gestion des ressources que s'agissant de l'accès à la justice et les actions en défense des intérêts. Nous avons par exemple suggéré d'introduire une action diffuse, inspirée en particulier des systèmes lusophones, permettant d'élargir le cercle des personnes admises à agir pour la conservation et l'accès des biens communs.

Penser des régimes de communalité – le patrimoine commun noyau dur normatif de communalité

Partant de cette idée de l'échelle de communalité, variable au gré des conditions et modalités d'ouverture ou d'accès et compte tenu de la diversité des objets étudiés, nous avons imaginé un système à plusieurs étages, construction comme il en existe déjà dans le droit positif.

Nous avons d'abord isolé un régime primaire, premier étage de règles, sorte de socle irréductible de communalité, dont nous pensions qu'il devait pouvoir régir l'ensemble des items étudiés, l'eau, la biodiversité, l'espace public, l'information, le patrimoine culturel. Ce premier niveau devrait constituer une forme de « noyau dur normatif de communalité³⁹ ». À ce premier niveau de règles, s'agrégerait un deuxième étage fait de régimes spéciaux applicables à tel ou tel élément. Les problématiques sont différentes s'il s'agit de gérer la ressource

36. Raphaël BRET, *La participation du public à l'élaboration des normes environnementales*, thèse Université Paris Saclay, 2015 ; Cléa HANCE, *La participation des détenteurs à la sauvegarde de leur patrimoine culturel : émergence d'un standard juridique*, thèse Université Paris Saclay, 2022.

37. M. PRIEUR, « le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », RJE 1988, p. 398.

38. Rapport *Échelle de communalité*, pp. 520-525.

39. Rapport *Échelle de communalité*, p. 107.

ou de protéger des monuments historiques. Les enjeux d'accès, de conservation, la question du renouvellement de la ressource ne se posent pas dans les mêmes termes selon les objets considérés.

Dans cette idée d'instaurer un régime primaire, nous avons décidé d'investir la notion de patrimoine commun et d'en faire une notion transversale qui, précisément, formerait ce socle irréductible et traduirait le degré minimal de communalité. Quelques mots rapides de cette référence au patrimoine commun, à la fois du mot et de la chose. D'abord, le mot: les discussions ont été nourries sur le choix de ce vocabulaire: le patrimoine. Tous n'étaient pas nécessairement convaincus, tant le patrimoine est un mot chargé juridiquement, notamment dans le champ du droit privé, très ancré dans le ressort de la propriété. Plusieurs éléments ont fait que le terme a été considéré comme pertinent et, alors, pouvait être utilement investi. L'adjonction de l'adjectif *commun* le tirait vers une autre acception du terme. En outre, d'autres arguments plaidaient en faveur de l'emprunt de l'habit du patrimoine commun de la nation. En particulier, le mot est déjà dans plusieurs textes pour qualifier un certain nombre des biens ou ressources qui recèlent un intérêt collectif et sur lesquels nous travaillions (le territoire, l'eau, la biodiversité...). Quoique le rapport à la propriété varie dans ces différentes expressions du patrimoine commun, ce qui les rassemble est, au-delà des possibles appropriations privatives (le cas de l'eau est particulièrement emblématique), la présence d'un intérêt partagé. En droit français, il se traduit diversement. Le droit de l'eau ou encore le droit de l'environnement impose, par exemple, un certain nombre de contraintes au nom de cet intérêt commun, qui prennent notamment la forme de servitudes d'utilité publique, c'est-à-dire de restrictions au pouvoir propriétaire dictées par un intérêt général. Le terme de patrimoine commun de la nation a, d'une certaine façon, une fonction signalétique. Sous cette étiquette, parce qu'ils sont marqués par une dimension collective, les éléments ainsi désignés reçoivent une attention particulière à des degrés variables, plus ou moins spécifiés. Pour autant, la notion de patrimoine commun de la nation ne renvoie pas à une catégorie juridique qui viendrait encadrer la jouissance ou la disposition de la chose, ou encore l'impératif de sa conservation. Elle n'a pas, en soi, de charge juridique, du moins dans le droit français et tel que les juges ou la doctrine l'interprètent. Il y avait pourtant matière à

penser juridiquement cette notion, ce qu'ont fait nos voisins. Pour préserver le site de Waterloo d'aménagements touristiques dénaturants, les juges belges se sont fondés sur l'article premier du CWATUP qui, à l'instar du Code français de l'urbanisme, quoique dans une formule plus inclusive, déclare le territoire patrimoine com-



Le droit de l'eau ou encore le droit de l'environnement impose, par exemple, un certain nombre de contraintes au nom de cet intérêt commun, qui prennent notamment la forme de servitudes d'utilité publique, c'est-à-dire de restrictions au pouvoir propriétaire dictées par un intérêt général.

mun de la région wallonne de ses habitants. Les juges précisent, en outre, que le texte prévoit d'associer la population aux décisions de classement⁴⁰, dispositif de nature à renforcer cet intérêt à agir. La motivation mérite d'être ici rapportée à la fois quant à la défense de l'intérêt collectif et la nature du bien qualifié de patrimoine commun: « *en présence d'un site classé et, qui plus est, d'un site faisant partie du patrimoine exceptionnel de la Région, une personne, physique ou morale, de droit privé, (peut) agir en justice pour la préservation de ce patrimoine qui est, selon elle, menacé par un permis d'urbanisme, lorsque cette personne démontre, par ses activités ou par d'autres circonstances pertinentes, avoir consacré du temps et de « l'intérêt » au bien patrimonial concerné, en l'espèce, au lieu de mémoire insigne que constitue le champ de bataille de 1815; que cet intérêt à agir est renforcé par le fait que le CWATUP associe la population aux décisions de classement (voir l'article*

40. Article 197, 40, du CWATUP.

197, 40, du CWATUP) ». Plus loin ils décident que : « *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.* » L'intérêt collectif peut bien être porté par une personne dès lors qu'elle s'est investie au service de la cause patrimoniale, qu'elle a eu un rôle social. Et il se justifie en raison du fait que le site ne peut être considéré comme une propriété réservée.

Nous avons fait ce choix d'une montée en charge du patrimoine commun. La démarche est en adéquation avec l'article 410-1 du Code pénal selon lequel « les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel ». Nous parlons de patrimoine commun, non de patrimoine commun de la nation, c'est la formule usuelle dans les textes. Nous avons laissé de côté la référence à la nation, dans la mesure où il nous semblait que pour certains biens, la référence n'était pas nécessairement pertinente (ex. : en matière d'information, d'œuvres de l'esprit). Par ailleurs, la mention de la nation met au cœur du système le personnage de l'État, « laissant alors finalement peu d'espace aux autres acteurs, en particulier le public dont la figure juridique a été constamment gommée par cette prédominance de l'intervention étatique⁴¹ ». À partir de cette nouvelle catégorie de patrimoine commun, nous avons suggéré notamment qu'un certain nombre de principes pourraient être introduits dans le bloc de constitutionnalité, prenant appui sur la Charte de l'Environnement. Nous avons proposé d'inscrire au titre

du patrimoine commun la mention suivante : « Lorsque la loi répute qu'une chose relève d'un patrimoine commun, la chose est considérée comme d'intérêt commun. L'intérêt commun porté par la chose ne remet pas en cause les droits légalement acquis sur cette dernière. » Nous avons ensuite précisé le corps de règles minimales trouvant à s'appliquer aux biens en relevant. L'élévation au rang constitutionnel de cette catégorie de patrimoine commun et des droits qui en découlent permettrait de les invoquer dans des contentieux constitutionnels, administratifs, civils. Plusieurs séries de droits ont été isolées : un droit à la conservation de la chose, un droit à l'information, un droit de participation, un principe de non-régression qui trouverait sa limite dans la conciliation avec d'autres principes de valeur constitutionnelle. Ces différents aspects ont ensuite été travaillés plus spécialement pour chacun des objets envisagés, dans l'idée de consolider et de renforcer la charge de communalité de ces biens en fonction de leur spécificité.

41. Rapport *Échelle de communalité*, p. 103.

Biens communs et droit(s) des générations futures

Sonya DJEMNI-WAGNER

Avocate générale à la Cour de cassation
Autrice de l'étude *Droit(s) des générations futures*,
IERDJ, avril 2023



Sonya DJEMNI-WAGNER.

Il m'appartient donc de faire le lien entre ces recherches autour du droit des biens communs promues par l'Institut des études et de la recherche sur le droit et la Justice (IERDJ) et les réflexions menées sous l'égide de l'Institut sur le droit des générations futures.

Comme l'a rappelé Valérie SAGANT, l'IERDJ avance sur deux jambes : recherche fondamentale menée sur un temps long et réflexions prospectives réunissant durant quelques mois chercheurs, universitaires et praticiens du droit, qui explorent ensemble des thématiques porteuses d'avenir pour le droit et la justice et sont le signe d'évolutions sociétales marquantes.

Pour cette première étude de l'Institut – qui inaugure cette fonction nouvelle de laboratoire d'idées –, quelle thématique plus prospective que celle du droit des générations futures ?

Le groupe de réflexion, qui s'est réuni d'avril à octobre 2022, s'est appuyé sur les recherches fondamentales existantes, sur ses propres échanges et sur des auditions. Il a placé sa réflexion sous l'égide inspirante de Mireille DELMAS-MARTY et de ses forces imaginantes du droit. En exergue de l'étude sur le droit des générations futures, on peut lire cette citation : « Considérer le droit non pas comme un édifice immuable, mais comme un processus évolutif qui appelle à réinventer des modèles. »

Il est intéressant de rappeler pourquoi cette réflexion a été lancée.

Le président du Conseil constitutionnel, lors de l'événement de lancement de l'Institut, en novembre 2021, indiquait que le droit des générations était un sujet de conversation récurrent parmi ses homologues des autres pays. Il faisait le constat que jusqu'à il y a peu, la réflexion invitait plutôt à se pencher sur le poids du passé sur le présent, tandis que s'interroger sur celui du présent sur le futur pouvait sembler abstrait.

Le droit des générations futures peut donc se penser comme un contentieux qui émerge, un droit en train de se construire.

Nous avons donc tiré le fil des actions en justice (constitutionnelle, administrative, judiciaire). Et en chemin, nous avons rencontré, notamment, les biens communs.

Je vous propose de façon très simple d'évoquer, dans un premier temps, les grandes lignes – et même les très grandes lignes – de l'étude sur le droit des générations futures, qui pointe la juridicisation, puis la juridictionnalisation d'une notion.

Puis, dans un second temps, je rapprocherai les notions de générations futures et de biens communs, qui appartiennent en quelque sorte à une même famille.

1. Des générations futures au droit des générations futures

1.1 Historique de la notion de générations futures

Le droit des générations futures, tel qu'il existe aujourd'hui, est sans doute un enfant des Lumières.

Au XVIII^e siècle, le naturaliste Buffon ose l'expression « générations futures » pour relever les comportements et les activités qu'opèrent les générations présentes au détriment des générations à venir⁴². Mais c'est chez Condorcet que la notion de générations futures trouve une

42. Voir Thibault SOLEILHAC, *Le temps et le droit de l'environnement*, thèse Lyon III, 2006, p. 1234 et suivantes.

place dans le discours politique et amorce sa consécration la plus concrète.

Le projet de déclaration des droits naturels, civils et politiques de l'homme de 1793 prévoit de permettre aux générations à venir de réviser les lois faites par les générations présentes. On peut lire, à l'article 28: « *Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures.* » Si la Constitution du 24 juin 1793, dans laquelle s'insère cet article, n'a jamais été appliquée, elle a permis une première prise de conscience de l'importance de sanctuariser les « générations futures » et de leur offrir, « malgré elles », une forme de protection.

Le développement au cours des XIX^e et XX^e siècles des parcs nationaux et autres réserves, inscrit la notion dans une dimension environnementale, voire écologique qui ne la quittera plus⁴³: car c'est au nom des générations futures que la nature est et doit être protégée. En 1916, le *National Park Service Organic Act*, qui crée le Service des parcs nationaux aux États-Unis, régit la protection des paysages et de la vie sauvage afin « *d'en assurer la jouissance d'une manière et par des moyens qui les laisseront intacts pour la jouissance des générations futures*⁴⁴ ».

À mesure que le monde prend conscience de la vulnérabilité du genre humain et de son environnement, la notion de générations futures glisse lentement vers celle de droit des générations futures. Le souci de la communauté internationale de préserver le devenir de l'humanité est inscrit dans le préambule de la Charte des Nations unies (1945) – « *Nous, Peuples des Nations unies, [sommes] résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre.* » Lui succède 20 ans plus tard le souci de cette même communauté de préserver l'environnement de l'homme au nom des générations futures.

En 1972, la Conférence internationale de Stockholm marque le « *coup d'envoi* » du droit

de l'environnement. Elle assigne aussi aux gouvernements « *le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures* ». La même année, la Convention de l'Unesco concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel affirme dans son article 4 qu'il incombe en premier chef aux États « *d'assurer l'identification, la protection, la conservation, la mise en valeur et la transmission aux générations futures du patrimoine culturel et naturel* ».



À mesure que le monde prend conscience de la vulnérabilité du genre humain et de son environnement, la notion de générations futures glisse lentement vers celle de droit des générations futures.

Dans les années 1980, à la suite de la formulation de nouveaux concepts tels que le « *patrimoine commun de l'humanité*⁴⁵ », le rapport Brundtland, *Notre avenir à tous* (1987), consacre la notion de « *développement durable* », défini comme « *un développement qui répond aux besoins du présent, sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs* ».

La Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement (CNUED) se réunit à Rio de Janeiro en juin 1992. Le principe 3 de la déclaration de Rio précise: « *Le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures.* »

Dans les années 1990, à la faveur de congrès internationaux, la responsabilité des

43. Voir les travaux de Guillaume BLANC dont la thèse: *Les territoires des parcs nationaux* (Canada, Éthiopie, France). *Logiques identitaires, patrimoniales et nationales*, Paris 1, 2013.

44. Voir le *National Park Service Organic Act* en 1916: « *Shall promote and regulate the use of the Federal areas known as national parks, monuments, and reservations hereinafter specified by such means and measures as conform to the fundamental purpose of the said parks, monuments, and reservations, which purpose is to conserve the scenery and the natural and historic objects and the wild life therein and to provide for the enjoyment of the same in such manner and by such means as will leave them unimpaired for the enjoyment of future generations* ».

45. Voir Article 11 de l'accord du 5 décembre 1979 régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes; articles 136, 137 et 140 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer adoptée à Montego Bay le 10 décembre 1982.

génération présente envers les générations futures est clairement affichée, comme l'atteste la déclaration éponyme de l'Unesco du 12 novembre 1997, qui rappelle que chaque génération reçoit « *temporairement la Terre en héritage* » (article 4) et « *afin que les générations futures puissent bénéficier de la richesse des écosystèmes de la Terre* », enjoint les générations présentes à « *œuvrer pour un développement durable et préserver les conditions de la vie, et notamment la qualité et l'intégrité de l'environnement* » (article 5). À la fin des années 1970, constatant la dégradation presque générale de l'environnement marin et les conséquences possibles pour les générations futures, le commandant Cousteau avait proposé que l'ONU adopte une « Charte des droits des générations futures » dont cette déclaration s'inspire.

Si le droit des générations futures peut concerner des champs très divers (finances publiques, bioéthique, culture, etc.), les textes juridiques et le contentieux tel qu'il se développe à travers le monde concernent pour l'essentiel la question environnementale.

1.2. La juridictionnalisation de la notion

L'étude sur le droit des générations futures souligne le fait que le rôle de la société civile est déterminant à beaucoup d'égards.

D'abord, le recours au juge est souvent l'expression d'une frustration face à ce qui est considéré comme une action insuffisante ou inadaptée des États, notamment pour les procès climatiques. Elle est aussi destinée à contrer les activités néfastes d'un point de vue écologique de certaines entreprises.

Ces actions en justice, en augmentation partout dans le monde et dans tous les domaines du droit, sont souvent portées par des jeunes. Ces jeunes, pour certains juges, incarnent les générations futures ou, pour le moins, constituent le maillon qui les relie aux générations présentes.

L'étude souligne par ailleurs le rôle essentiel joué par la science dans ces procès centrés sur l'environnement et les générations futures. La science est un levier. Elle fournit des données difficilement contestables, qui viennent nourrir les processus politiques, comme les COP. On sait le rôle des données du GIEC dans l'adoption de l'accord de Paris, qui a servi lui aussi de fondement pour nombre de procès climatiques. On peut aussi évoquer les travaux de l'IPBES – le GIEC de la biodiversité – ou ceux

des nombreux centres de recherches comme le Sabin Center for Climate Change Law, qui recense et compile les litiges climatiques aux États-Unis ou le Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment de la LSE de Londres. Les scientifiques sont parfois cités directement comme témoins dans les procès environnementaux par les plaideurs.

Ces plaideurs utilisent une argumentation tous azimuts mobilisant le maximum de moyens. Cette stratégie a permis de tester plusieurs pistes en espérant qu'une d'elles convainque le juge. Cela ne fonctionne pas toujours mais la persévérance est une qualité qui caractérise cette société civile qui agit en justice. Les échecs ont été contrebalancés par des victoires retentissantes dans quelques décisions majeures dont nous reparlerons dans les prochaines tables rondes.



Le recours au juge est souvent l'expression d'une frustration face à ce qui est considéré comme une action insuffisante ou inadaptée des États, notamment pour les procès climatiques.

C'est à une circulation mondiale des idées qu'on assiste. Les décisions sur les générations futures sont rendues sur tous les continents, en précisant que les premières l'ont été en Asie et en Amérique latine. S'il existe un dialogue des juges, il existe aussi un dialogue de la société civile mondiale, dont les membres échangent d'abord entre eux, avant de porter leurs arguments devant les tribunaux.

Il est intéressant d'en revenir à l'analyse de Mireille DELMAS-MARTY qui écrivait : « *C'est aussi un changement de méthode. Il ne suffit pas d'inventer de nouveaux concepts comme ceux élaborés au siècle dernier : le « patrimoine commun de l'humanité », apparu dans les années 1960 à propos des océans, de la lune et des autres corps célestes ; les « biens publics mondiaux » ou « biens communs mondiaux », empruntés aux économistes dans les années*

1980 (rapport du Programme des Nations unies pour le développement en 1987) pour désigner des biens à la fois non exclusifs (pouvant être utilisés par tous) et non rivaux (leur usage ne compromet pas l'utilisation par autrui). On sait que ces innovations terminologiques n'ont pas réussi à modifier l'équilibre des pouvoirs. Le droit international est resté le quasi-monopole des États qui défendent leurs intérêts nationaux et se retirent des traités quand leur intérêt diverge de l'intérêt mondial: on se souvient du Canada dénonçant le protocole de Kyoto après avoir été sanctionné pour violation de ses engagements.

Au lieu de nouveaux concepts, l'accord de Paris met en place un processus pour tenter de préserver l'avenir (et le présent) de la planète. Il ne faut pas le lire comme un objet isolé, séparé du mouvement dans lequel il s'insère, mais en le situant dans l'ensemble du mouvement sans lequel il n'existerait pas. Il fait partie d'un processus dynamique qui doit être régulièrement actualisé⁴⁶ ».

S'agissant du contentieux relatif aux générations futures, l'accord de Paris joue un rôle déterminant. Comme dans cette citation de Mireille DELMAS-MARTY, les concepts de droit commun et de générations futures peuvent faire l'objet d'un rapprochement, qui n'est pas que sémantique.

À cet égard, les décisions des juridictions néerlandaises « Urgenda » sont exemplaires: « pour condamner les Pays-Bas à la réduction de leurs rejets de gaz à effet de serre, le juge n'a pas hésité à reconnaître, par le biais de la recevabilité de l'action, que la fondation Urgenda défendait certes les intérêts des citoyens sur le sol des Pays-Bas mais aussi, selon l'examen de ses statuts tournés vers la défense d'une "société durable", les intérêts des citoyens dans leur ensemble, présents et futurs ». Ces décisions ont marqué en se fondant sur les intérêts des citoyens du monde entier et liant changement climatique et protection des droits de l'homme pour juger que les Pays-Bas avaient agi en violation des articles 2 (droit à la vie) et 8 (droit au respect de

la vie privée et familiale) de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁷.

D'autres décisions marquantes, et pionnières, viennent du sud.

On citera, en 2008⁴⁸, la décision de la Cour constitutionnelle de Colombie, dans l'affaire *Lozano Barragán et autres v. Présidence de la République de Colombie et autres*, qui reconnaît que « les générations futures sont sujettes des droits ». Saisie par 25 jeunes ayant intenté une action notamment contre le président de la Colombie, qui soutenaient que la déforestation dans la région amazonienne du pays et les émissions de gaz à effet de serre qui en résultaient menaçaient leur droit à un environnement sain, à la vie, à l'alimentation et à l'accès à l'eau, la Cour estime que le gouvernement n'a pas fait face efficacement à ses obligations s'agissant de la déforestation et ordonne au gouvernement d'élaborer des plans d'actions ou « pacte intergénérationnel pour la vie de l'Amazonie colombien », en collaboration avec les populations concernées, dans un délai de quatre à cinq mois à compter de la date de notification de la décision. Elle affirme également l'existence d'une « justice intergénérationnelle ».

La décision pionnière a été rendue en 1993 par la Cour suprême des Philippines. Dans sa décision *Oposa V. Factoran*⁴⁹, la cour, saisie d'un recours présenté notamment par Antonio Oposa, juriste et militant écologiste, au nom de ses enfants et par une ONG (Réseau écologiste des Philippines) pour remettre en cause la délivrance excessive de permis de déboisement, a non seulement reconnu le droit à agir des enfants, mais aussi le principe d'une responsabilité intergénérationnelle.

47. Depuis lors, la Grande Chambre de la CEDH a reconnu une violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et de l'article 6 § 1 (accès à un tribunal) de la Convention européenne des droits de l'homme, faute de mise en œuvre de mesures suffisantes par les autorités suisses pour lutter contre le changement climatique (CEDH, 9 avril 2024, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse n° 53600/20) ; en revanche, elle a déclaré irrecevables les requêtes introduites contre le Portugal et 32 autres États portant sur le changement climatique pour non-épuisement des voies de recours internes (CEDH, 9 avril 2024, Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres, n° 39371/20) et a déclaré irrecevable la requête de l'ancien maire de la commune de Grande-Synthe en raison du défaut de qualité de victime selon l'article 34 de la Convention (CEDH, 9 avril 2024, Carême c. France n° 7189/21).

48. *Lozano Barragán and Others v. Presidency of the Republic of Colombia and Others*. Décision STC4360-2018 Radicación no 11001-22-03-000-2018-00319-01 de la Cour suprême de justice. <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/01/Fallo-Corte-Suprema-de-Justicia-Litigio-Cambio-Clim%C3%A1tico.pdf?x54537&x54537>. Cf. <https://www.escri-net.org/fr/membre/dejusticia-centro-estudios-derecho-justicia-y-sociedad>

49. Cour suprême des Philippines, 30 juillet 1993, *Oposa v. Factoran*, G.R. n° 101083.

46. *Une boussole des possibles - Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, Collège de France, pp. 6-80.



De gauche à droite : Sonya DJEMNI-WAGNER, Judith ROCHFELD, Laëtitia TRANCHANT, Marie CORNU et Noé WAGENER.

2. Générations futures et biens communs, des notions cousines

Les notions de générations futures et de biens communs ont plusieurs points communs. Ce sont des notions critiquées qui se recoupent partiellement.

2.1. Des notions non juridiques et critiquées

Les deux notions ont pour caractéristiques communes d'être toutes deux des notions utilisées sans lien avec le droit, dans des discours politiques notamment. Elles sont familières et s'appliquent à des réalités très différentes, au point qu'elles deviennent – c'est surtout vrai pour les générations futures – un lieu commun.

Elles font aussi l'objet de critiques communes. Alors que les réflexions autour du statut du vivant et de la nature se développent, elles sont parfois vues, dans le contexte de la crise environnementale, comme des notions qui ne remettent pas en cause de façon suffisamment radicale le système qui a conduit à la catastrophe. Leur caractère anthropocentrique est décrié. Les générations futures ne prendraient en compte le long terme que pour préserver le bien-vivre des humains sans prendre en compte le vivant dans son ensemble. Ce dernier serait considéré uniquement pour l'utilité qu'il représente pour les humains et non pour sa

valeur propre. Les biens communs, tout autant, contribueraient au mythe qui fait de l'homme le maître et possesseur de la nature.

À quoi, il peut aussi être répondu que ces notions sont également une réponse faite à ceux qui accusent l'écologie de préférer la nature à l'homme. Justement parce qu'elle est anthropocentrique, la notion de générations futures, comme celle de biens communs, échappe aux critiques adressées à l'écologie fondamentaliste : la « haine des hommes » par « amour de la nature » est marginale dans ce débat sur leurs conditions futures d'existence⁵⁰. Plus prosaïquement, même sans visage, les générations futures sont des personnes, pour lesquelles il est possible de ressentir de l'empathie, et les biens communs un intérêt bien entendu.

2.2. Des notions qui se recoupent partiellement

Les notions de générations futures et de biens communs se recoupent partiellement. On peut dire qu'elles partagent une aire commune : celle de l'intergénérationnel et du

50. Marcel GAUCHET, « Sous l'amour de la nature, la haine des hommes », *Le Débat*, 60, 1990.

transtemporel. Toutes deux renvoient à un patrimoine commun de l'humanité.

En 1984, dans un article fondateur *The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity*⁵¹, la juriste américaine Edith Brown Weiss construit une théorie de la transmission d'un héritage commun en matière environnementale au profit des générations futures. Cette théorie trouvera son aboutissement quelques années plus tard lorsqu'elle proposera l'élaboration d'une justice pour les générations futures⁵²: « *Les principes proposés ici reconnaissent le droit de chaque génération à utiliser les ressources de la Terre pour son propre bénéfice. Ils limitent également l'utilisation des ressources de la Terre par la génération actuelle. Les principes donnent des indications, mais ne dictent pas comment chaque génération doit gérer ses ressources. Ils n'exigent pas que la génération actuelle prédise les préférences des générations futures, un exploit impossible*⁵³. »



Les biens communs, pour leur part, concernent des ressources transtemporelles. D'une façon générale, les droits intergénérationnels sont des droits collectifs plutôt que des droits individuels, détenus par rapport aux autres générations, passées, présentes et futures. Ils existent quels que soient le nombre et l'identité des individus composant chaque génération.

Les biens communs, pour leur part, concernent des ressources transtemporelles. D'une façon générale, les droits intergénérationnels sont des droits collectifs plutôt que des droits individuels, détenus par rapport aux autres générations, passées, présentes et futures. Ils existent quels que soient le nombre

et l'identité des individus composant chaque génération.

Cette dialectique « individuel/commun » et « présent/futur » se retrouve aussi bien pour la notion de générations futures que pour celle de biens communs.

On constate, par ailleurs, une « fondamentalisation » commune aux deux notions.

S'agissant des générations futures, les actions en justice sont le plus souvent menées en relation avec les droits humains, qui permettent d'opérer une jonction entre les droits des personnes actuelles et celles à naître. Ces actions visent à réclamer aux tribunaux la garantie effective de droits fondamentaux. Elles s'appuient sur les déclarations existantes, soit en « verdissant » les droits humains traditionnels, soit en exploitant les dispositions spécifiques relatives aux générations futures qui figurent dans les conventions ou les constitutions. Dans le premier cas, le droit à la vie et le droit à la santé constituent le socle le plus usité, notamment devant la CEDH (la Convention EDH n'ayant pas inclus de droits spécifiques sur l'environnement et les générations futures⁵⁴), mais les requérants invoquent aussi le droit à la liberté et à la propriété.

Du côté des biens communs, on peut rappeler que la commission Rodota, mise en place par le Sénat et chargée d'introduire dans le Code civil italien la catégorie de « biens communs » en 2017, a défini les biens communs pour en assurer la protection en les liant aux droits fondamentaux dont ils permettent l'exercice. Ces biens communs ont été définis dans ce cadre comme des biens qui « *indépendamment du titre de propriété, se révèlent fonctionnels à la poursuite et à la satisfaction des intérêts de la collectivité et des droits fondamentaux de la personne, aussi bien en tant que particulier qu'en tant que participant à des formations sociales* ».

Il était également précisé que les biens communs devaient « *être protégés et sauvegardés par le système juridique aussi en vue du bénéfice des générations futures* ».

51. Edith BROWN WEISS, « The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity », *Ecology Law Quarterly*, vol. 11, n° 4, 1984, pp. 495-582.

52. Edith BROWN WEISS, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Transnational Publishers, 1989.

53. *Ibid.*

54. Voir *supra*, depuis lors, les décisions du 9 avril 2024 par lesquelles la CEDH, bien que la Convention européenne des droits de l'homme ne consacre pas en tant que tel un droit à l'environnement, a été amenée à développer une jurisprudence dans le domaine de l'environnement en raison du fait que l'exercice de certains des droits garantis par la Convention peut être compromis par la dégradation de l'environnement et l'exposition à des risques environnementaux en matière de changement climatique (CEDH, 9 avril 2024, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse n° 53600/20 ; CEDH, 9 avril 2024, Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres, n° 39371/20 ; CEDH, 9 avril 2024, Carême c. France n° 7189/21).

Les deux notions stimulent les actions en justice et sont utilisées en combinaison avec d'autres notions. On peut citer, à cet égard, les affaires pionnières Urgenda aux Pays-Bas qui ont conduit à la condamnation de l'État néerlandais dont les objectifs de réduction des gaz à effet de serre ont été considérés comme trop faibles au regard de l'accord de Paris. Les juges néerlandais ont utilisé une notion classique du droit international, celle de « due diligence », qui désigne alors l'obligation d'un État de ne pas porter préjudice à un autre État – pour fonder une obligation d'agir d'un État envers ses citoyens face à un risque majeur. C'est en recourant à cette notion qu'ils combinent à celle d'équité, et à celle de « communs » (ainsi est qualifiée l'atmosphère), que les juges néerlandais ont pu établir le lien de causalité leur permettant de reconnaître l'existence d'un dommage futur⁵⁵. Il semble que ce soit à l'émergence d'une exigence d'anticipation des entreprises que l'on assiste, fondée sur la nécessité de prévenir les violations des droits de l'homme nées du non-respect des trajectoires identifiées dans les rapports du GIEC et entérinées par l'accord de Paris.

Ces actions en justice lient intérêts humains, individuels et communs, et intérêt de la Nature. C'est également le cas dans la décision rendue par la Cour constitutionnelle de Colombie le 5 avril 2018 dans l'affaire Lozano Barragán d'une action contre le président de la Colombie, le ministère de l'Environnement, le ministère de l'Agriculture et les municipalités de l'Amazonie colombienne soutenant que la déforestation dans la région amazonienne du pays et les émissions de gaz à effet de serre qui en résultent menacent leur droit à un environnement sain, à la vie, à l'alimentation et à l'accès à l'eau. La Cour a conclu que « l'État constitutionnel » vise le respect de « l'autre » comme limite des principes juridiques et, dans le cas en l'espèce, « l'autre » s'étend aux populations habitant la planète, dont les générations futures, ainsi que d'autres espèces animales et végétales. L'affaire a donc été jugée recevable. Sur le



Du côté des biens communs, on peut rappeler que la commission Rodota, mise en place par le Sénat et chargée d'introduire dans le Code civil italien la catégorie de « biens communs » en 2017, a défini les biens communs pour en assurer la protection en les liant aux droits fondamentaux dont ils permettent l'exercice. [...] Il était également précisé que les biens communs devaient « être protégés et sauvegardés par le système juridique aussi en vue du bénéfice des générations futures ».

fond, la décision historique en Colombie affirme également l'existence d'une « justice intergénérationnelle ». La Cour reconnaît que « les générations futures sont sujettes de droits » et estime que le gouvernement n'a pas fait face efficacement à ses obligations s'agissant de la déforestation. La Cour a également jugé que la forêt amazonienne bénéficie de droits.

On peut remarquer, enfin, que ces notions complexes nécessitent pour les saisir au mieux une transdisciplinarité, transdisciplinarité dont l'IERDJ fait une condition pour le financement des recherches. Elles sont le produit des « forces imaginantes du droit », chères à Mireille DELMAS-MARTY.

55. Cf. M. TORRE-SCHAUB, « La justice climatique. À propos du jugement de la Cour de district de La Haye du 24 juin 2015 », *op. cit.*, p. 12 et s.

Table ronde n° 2

La protection des biens communs culturels et archéologiques

- *Addendum*

Laurent FONBAUSTIER

Professeur de droit public, université Paris-Saclay

- La culture comme bien public mondial, un nouveau commun ?

Vincent NÉGRI

Chercheur à l'Institut des sciences sociales du politique (UMR 7220), ENS Paris-Saclay

- Le droit de l'archéologie au service des biens communs ?

Catherine GOSSELIN-RIGAMBERT

Vice-présidente du tribunal administratif de Versailles

- Le patrimoine archéologique immergé : identification, conservation et protection

Frédéric LEROY

Directeur adjoint du Département des recherches archéologiques subaquatiques et sous-marines (DRASSM), service à compétence nationale du ministère de la Culture, établi à Marseille

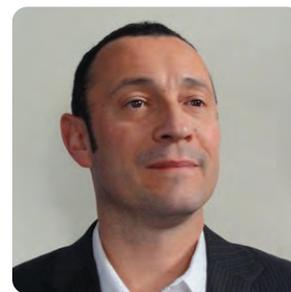


De gauche à droite : Frédéric LEROY, Vincent NÉGRI, Laurent FONBAUSTIER, Catherine GOSSELIN-RIGAMBERT.

Addendum

Laurent FONBAUSTIER

Professeur de droit public, université Paris-Saclay



Laurent FONBAUSTIER.

Il nous revenait, paraît-il⁵⁶, d'ajouter un bref *addendum* aux riches perspectives ouvertes par la table ronde que j'eus le plaisir de présider, et qui donna l'occasion à Vincent NÉGRI⁵⁷, Catherine GOSELIN-RIGAMBERT⁵⁸ et Frédéric LEROY⁵⁹ de verser leurs réflexions et leurs expériences à la thématique de la protection des biens communs culturels et archéologiques.

Emparons-nous d'emblée d'une métaphore facile, presque offerte sur un plateau (mais alors, de quelle époque ?) par le thème de notre table ronde : une investigation portant sur les biens communs culturels, matériels comme immatériels (ce point est important), impose des recherches qui s'apparentent à des fouilles, tant pourraient être convoquées les strates d'une histoire aussi longue que peut s'étirer celle de la culture. On emprunterait bien ici à la dynamique induite par une célèbre intervention de Pierre Delvolvé lors d'un colloque, en 1988, sur le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État : il y affirmait en effet que s'il y a toujours de l'opportunité dans le contrôle, il n'y a jamais de contrôle de l'opportunité⁶⁰. « Biens communs culturels et archéologiques », peut-on lire au frontispice de cet *addendum* ? Jouons sur les facilités suggérées par les mots ainsi que par la conjonction de coordination pour proposer : il nous faut toujours une archéologie en matière culturelle ; ce n'est jamais sans un fond(s) culturel qu'on fait de l'archéologie.

 **Il nous faut toujours une archéologie en matière culturelle ; ce n'est jamais sans un fond(s) culturel qu'on fait de l'archéologie.**

Certains mystères demeurent en effet épais lorsqu'on s'intéresse aux relations complexes que nouent le matériel et l'immatériel dans le double cadre dessiné par la notion de biens culturels et archéologiques. On n'ira pas jusqu'à écrire qu'on navigue toujours un peu en eaux troubles⁶¹, même si, très opportunément, Catherine GOSELIN-RIGAMBERT attira notre attention sur l'importance et le caractère si précieux des façades et de l'espace maritimes français. Elle rappela à cet égard joliment les propos d'un ancien archéologue pour qui, d'une certaine manière, « la mer est le plus grand musée du monde ». Un propos que ne démentit point Frédéric LEROY, lui aussi archéologue (mais contemporain), scientifique aux prises avec des textes dont l'application est si souvent mise à mal par bien des convoitises,

56. En réalité à l'aimable proposition de Florence Noire, que nous remercions chaleureusement.

57. « La protection du patrimoine culturel, bien commun et bien public mondial ».

58. « Le droit de l'archéologie au service des biens communs ».

59. « Le patrimoine archéologique immergé : identification, conservation et protection ».

60. *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Lgdj, 1988, p. 269.

61. La magnifique exposition « Trésors coupables, pillages archéologiques en France et dans le bassin méditerranéen », que nous eûmes le plaisir de visiter, véritablement embarqués par Frédéric LEROY, le 28 septembre 2023 au Musée d'histoire de Marseille, constitua une expérience inaugurale du plus haut intérêt pour qui voulait se préparer au colloque.

elles-mêmes attisées par certains malentendus et ayant pour effet de fréquentes soustractions frauduleuses.

Vincent NÉGRI, avec la clairvoyance qu'on lui connaît, a contribué à notre commune édification à travers un habile panorama relatif aux biens publics mondiaux. Il faut toujours savoir retracer l'histoire des genèses, des premiers frémissements notionnels. Et l'on constatera alors, entre évidence et surprise, une certaine place tenue par l'OCDE et les économistes dans cette première fabrique. Rien n'est jamais vraiment neutre, lorsqu'on s'intéresse à ce qui peut être sous-jacent ou se déployer dans le sillage de notions anciennes et pourtant toujours balbutiantes : « Communs » ou « Biens communs », on sait qu'il y avait là, au fond d'une terminologie souvent discutée, matière à lourdes controverses... Est-ce un hasard, d'ailleurs, si l'entrée, dans le si précieux *Dictionnaire des biens communs*, à l'expression « Biens culturels » se fait explicitement par l'approche économique⁶² ? Au royaume de la culture, pas moins qu'ailleurs, les scrupuleux juristes prendront toujours le soin de « soulever la dalle des mots », pour reprendre une suggestive formule de Georges PERROS⁶³ et filer encore la métaphore des fouilles archéologiques, décidément inséparable d'un « travail en sous-sol » (Catherine GOSSELIN-RIGAMBERT utilisera explicitement, non sans un certain sens de la mise en abyme, l'expression « sous les mots »). On risque alors d'y rencontrer des signifiants étranges, à l'acoustique hésitante, possible « levain de certaines aliénations » (Vincent NÉGRI) : « ressources », « externalités » (négatives ou positives d'ailleurs), mots qui nous tordent un peu le bras (et même parfois les oreilles) en nous invitant à nous demander de quel type de conception des « communs », de la « culture » et de la « mondialité » certains termes sont finalement le nom. Apprenons donc en effet à repérer la langue des symptômes, et ne nous méprenons pas sur ce que peut avoir de discrètement mais puissamment performatif, à travers la constitution parfois sournoise d'images mentales, l'emploi d'un certain vocabulaire⁶⁴. Rien ne nous garantit en

effet l'absence d'un décalage, d'un désajustement plus ou moins chronique lorsqu'on tente de juxtaposer des affirmations comme le fait que l'humanité dans son ensemble pâtit des menaces pesant sur tel élément culturel, valeur spécialement protégée par le droit international, et les interprétations concurrentes de notions comme « patrimoine », « biens » et « publics ». La question du jeu (si c'en est encore un...) pratiqué par la puissance publique est ici centrale, puisqu'en fonction des temps et des lieux, on constatera tantôt l'influence, parfois jusqu'à l'omniprésence, du droit privé, tantôt comme une « reprise en main » par un État se voulant plus ou différemment protecteur (Catherine GOSSELIN-RIGAMBERT le montre très bien à propos des fouilles archéologiques et du statut historique des objets découverts⁶⁵), parfois dans le cadre d'une narration alimentant l'édification d'une mémoire commune et du « roman national ».



Apprenons donc en effet à repérer la langue des symptômes, et ne nous méprenons pas sur ce que peut avoir de discrètement mais puissamment performatif, à travers la constitution parfois sournoise d'images mentales, l'emploi d'un certain vocabulaire.

Lorsque l'enquête fait remonter à la surface des réalités longtemps demeurées enfouies du fait d'un persistant « angle mort⁶⁶ », on peut se demander comment faire alors coexister certaines visions qui semblent irréductiblement antagoniques : la reconnaissance, au titre du patrimoine culturel immatériel, de traditions, de

62. X. GREFFE, « Biens culturels (approche économique », dans M. CORNU, F. Orsi, J. ROCHFELD, dir., *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, pp. 113-119.

63. Georges PERROS, *Échancrures*, Paris, Calligrammes, 1978.

64. P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Fayard, 1982, pp. 149-161.

65. Elle évoque à cet égard une tendance historique au passage du « tout privé au tout public », au risque, parfois, que soit malmenée, jusqu'au déséquilibre, la propriété privée.

66. On notera, avec Frédéric LEROY, qu'au demeurant, en particulier pour le patrimoine culturel archéologique maritime, des périodes d'inondation et d'exondation peuvent se suivre, et dans le cas de la grotte Cosquer, par exemple, on se souvient que celle-ci fut ornée à l'air libre, la Méditerranée se situant à l'époque environ 120 mètres au-dessous de son niveau actuel (étant précisé qu'avec la montée des eaux en cours, elle est vouée à disparaître).

savoir-faire, caractérisant une identité ethnique, celle d'un peuple autochtone, d'une population, d'une « petite communauté humaine » (Frédéric LEROY) les expose au risque d'implications divergentes, entre protection plurielle et menaces polymorphes. Le droit international, dont les États restent des acteurs non pas uniques mais majeurs, demeure sensible à diverses logiques d'instrumentalisation⁶⁷, de déformations économiques (ou touristiques, « certifiées », « labellisées ») ou de dominations (institutionnelles) implicites. Elles invitent à s'interroger sur les conséquences, pour ne citer que quelques exemples parmi une foule d'illustrations possibles, d'un classement au patrimoine mondial, dans le cadre de la Convention de Paris de 2003⁶⁸, des « climats de Bourgogne », du « cavage des truffes en Italie », des « pratiques ancestrales liées au parfum en pays de Grasse » ou de « l'appel des dromadaires en Arabie saoudite ». Mais alors, aux peuples autochtones, dont Vincent NÉGRI a rappelé l'entrée en scène tardive et la place particulière qu'ils tinrent dans la détermination de ces biens publics mondiaux culturels⁶⁹, faudra-t-il quelque jour apprendre à lire dans les entrailles des drones ?

« Porter le patrimoine pour ceux qui viendront demain », a pu, plein d'un enthousiasme communicatif, formuler Frédéric LEROY lors des échanges avec la salle. On songe alors aux réflexions de Dominique BOURG, lorsqu'il insiste sur le fait que « notre humanité comme ses conditions d'existence constituent une forme de patrimoine, que l'on doit protéger de l'arbitraire individuel ou étatique⁷⁰ ». Osera-t-on ajouter que la protection doit également être assurée non seulement contre les risques inhérents à la massification touristique née d'une convergence simultanée d'intérêts dont certains demeurent pourtant légitimes ? ; elle doit l'être encore et en effet contre certaines intentions d'institutions et autres agents économiques, parce qu'ils contribuent à leur manière

 **On songe alors aux réflexions de Dominique BOURG, lorsqu'il insiste sur le fait que « notre humanité comme ses conditions d'existence constituent une forme de patrimoine, que l'on doit protéger de l'arbitraire individuel ou étatique ».**

et à différents niveaux aux phénomènes qui peuvent menacer ou simplement trahir le sens et la finalité d'une préservation aux intentions qu'on se hasarderait à qualifier d'originellement « pures » des biens communs culturels. Alors que le champ des possibles est si vaste, nous confie Frédéric LEROY, qu'il condamne à des réductions de voilure induites par d'indispensables levées d'options et autres hiérarchisations (l'amer, toujours recommencé...), comment déterminer ceux des biens qui doivent bénéficier d'un statut protecteur offrant certaines garanties sans en figer ni la liste ni les fonctions ou la philosophie ? Voilà, semble-t-il, une question qu'il s'agit de creuser sans relâche. En scrupuleux gardien du temple, Frédéric a bien montré, en effet, qu'outre la tragédie de choix (donc de renoncements) quasi quotidiens de la part de la puissance publique, toute préqualification serait hasardeuse, dès lors que la catégorie, d'ailleurs récente, de « bien culturel maritime », repose elle-même sur des critères ouverts et des caractéristiques hautement interprétables (« patrimonial », « géographique »). D'autant qu'on rencontrerait vraisemblablement, sur notre chemin, quelques données contre-intuitives, parmi lesquelles cette idée que l'intérêt général et l'utilité publique (tels que perçus par l'État) et le régime de « bien commun » ne se superposent pas aussi nécessairement et évidemment qu'on voudrait l'imaginer. Négligerait-on, d'ailleurs, le fait qu'un bien peut devenir trésor national sans avoir pour autant la moindre valeur vénale ou marchande, du seul et simple fait de son intérêt archéologique reconnu (Catherine GOSELIN-RIGAMBERT) ?

67. Vincent NÉGRI s'interroge ainsi et se demande si l'État est bien toujours, dans ces affaires (comme dans d'autres, voudrait-on poursuivre), le « pur » représentant (peut-être même le « représentant pur » de l'intérêt général).

68. Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, dont le texte est ici accessible : <https://ich.unesco.org/fr/convention>

69. Il évoque les peuples autochtones comme une question « toujours délicate ». Vincent NÉGRI cite ici les propos de la présidente de la cour administrative d'appel de Marseille, Laurence HELMLINGER, qui nous accueillit et ouvrit de façon très prometteuse la journée.

70. D. BOURG, prés., *Inventer la démocratie du XXI^e siècle. L'Assemblée citoyenne du futur*, Éditions Les liens qui libèrent, 2017, pp. 77-78.



De gauche à droite : Frédéric LEROY, Vincent NÉGRI, Laurent FONBAUSTIER, Catherine GOSSELIN-RIGAMBERT.

Pour refermer cet *addendum* sur une autre métaphore, comment ne pas finir en repensant à la scène stupéfiante de *Fellini Roma* (1972), au cours de laquelle sitôt exhumées, à la faveur de travaux souterrains dus à la construction du réseau de transport urbain à Rome, les peintures romaines antiques, si longtemps à l'abri et pendant un instant offertes au regard d'un public aussi hétérogène que stupéfait, s'effacent brutalement, sous les assauts ravageurs des courants d'air et du temps... ? Ce qu'il peut en coûter au patrimoine enfoui, pour un progrès collectif pourtant assuré (ici, la construction du métro). Mettre au jour, identifier, protéger expose toujours les éléments d'un patrimoine culturel, matériel ou immatériel⁷¹, aux risques

d'une corrosion, insidieuse, inéluctable. Et voici alors les biens communs culturels menacés de gangrène et de microfissures dans lesquelles s'insinuera volontiers l'air corrompu du temps. C'est aussi, un peu, ce dont nous parla si bien Frédéric LEROY à propos d'éléments du patrimoine culturel maritime qui, sortis de leur milieu liquide, deviendront physiquement vulnérables alors qu'on aspirait à les préserver. Serait alors constaté le passage de la métaphore à l'un des effets paradoxaux du droit : extraire, voire abstraire un bien culturel de son milieu d'origine pour le faire bénéficier d'un régime juridique protecteur, n'est-ce pas déjà le soumettre à tant de nouveaux risques ?

71. En ne perdant jamais de vue que le patrimoine culturel peut être matériel ou immatériel, et parfois pour ne pas dire bien souvent simultanément les deux : un élément du patrimoine culturel matériel est environné d'immatérialité ; un bien appartenant au patrimoine culturel immatériel se glisse dans des formes empruntant souvent les voies du monde matériel.

La culture comme bien public mondial, un nouveau commun ?

Vincent NÉGRI

Chercheur à l'Institut des sciences sociales du politique (UMR 7220), ENS Paris-Saclay



Vincent NÉGRI.

L'avènement n'est pas un dépassement du temps, il est une promesse d'événements, écrit Maurice MERLEAU-PONTY dans *La prose du monde*⁷². La qualification de la culture comme bien public mondial procède d'un tel avènement. Ce tournant a été opéré lors de la Conférence mondiale de l'UNESCO sur les politiques culturelles et le développement durable, à Mexico en septembre 2022.

En premier lieu, l'inscription de la culture parmi les biens publics mondiaux peut sembler l'apogée d'un mouvement amorcé depuis le début des années 2000, où le paradigme de la diversité culturelle est devenu à la fois une matrice des interventions de l'UNESCO, dans le champ de la culture et du patrimoine, et, armé juridiquement de l'exception culturelle, le ressort de l'affirmation d'une prééminence de certaines activités – biens et services culturels – dans un monde régenté par un système économique capitaliste –, autrement dit, l'exception culturelle comme l'expression d'une volonté de pratiquer une entaille dans le monde envisagé comme un marché globalisé. L'exception culturelle, conçue comme l'instrument juridique de la diversité, n'instille des dérogations au droit du marché que dans des domaines particuliers, notamment celui des industries culturelles, et ne fait pas l'objet d'une reconnaissance unanime, ni partagée; elle suscite des oppositions fortes par les tenants d'une économie libéralisée où les flux marchands ne doivent pas connaître d'entraves. On pourrait voir dans le recours au concept de bien public mondial une entreprise, si ce n'est de réaffirmer la prééminence de la culture et, plus fortement,

d'accroître la juridicité de la culture sur des marges ou des territoires que l'exception culturelle n'atteint pas. En ce sens, sur le terrain du droit, le bien public mondial culture procède davantage d'une incrémentation de la diversité culturelle que comme une norme nouvelle, dont il faudrait sonder la portée et le système de responsabilité qu'elle déploie.

 **L'exception culturelle, conçue comme l'instrument juridique de la diversité, n'instille des dérogations au droit du marché que dans des domaines particuliers, notamment celui des industries culturelles, et ne fait pas l'objet d'une reconnaissance unanime, ni partagée [...].**

Le contenu de la Déclaration sur les politiques culturelles et le développement durable, adoptée à l'issue de la Conférence de Mexico le 30 septembre 2022, ne nous renseigne guère sur les gains attendus par le recours au concept de bien public mondial. Il y est mentionné l'engagement des États « en faveur d'un multilatéralisme renforcé, qui reconnaît la culture comme un bien public mondial, doté d'une valeur intrinsèque, vecteur et moteur de développement durable ». Il est alors prescrit que l'UNESCO s'appuie « sur son mandat global et spécialisé sur la culture, ainsi que sur ses instruments normatifs et ses programmes » pour la mise en œuvre de la Déclaration. En d'autres termes, on assiste à un retournement du concept sur les principes et les activités qui

72. Maurice MERLEAU-PONTY, *La prose du monde*, Paris, Gallimard, 1969, p. 116.

marquent l'intervention de l'UNESCO dans le domaine de la culture. C'est ainsi qu'il a été relevé que « *la Déclaration laisse entrevoir des domaines stratégiques de participation à l'élaboration des politiques pour l'avenir, notamment (i) les droits culturels, (ii) la culture à l'ère du numérique, (iii) les dimensions culturelles du changement climatique, (iv) l'économie de la culture, (v) le patrimoine en crise: trafic et destruction de biens culturels, et (vi) l'intégration de la culture dans l'éducation*⁷³ ». Dès lors, que signe l'inclusion, par l'UNESCO, de la culture comme bien public mondial? Serait-ce un simple point d'appui de ces politiques que conduit déjà l'organisation internationale dans le domaine de la culture, pour en rehausser les bénéfices attendus, ou une conversion à venir de ces mêmes politiques par la construction de nouvelles normativités visant l'affirmation du positionnement particulier de la culture dans le champ des politiques économiques et sa prééminence sur les lois du marché?

Les prémisses

La genèse du concept de bien public mondial s'inscrit dans une pensée économique; ce qu'occulte la Déclaration de Mexico de 2022. Après les travaux pionniers de l'économiste Charles POOR KINDLEBERGER sur les biens publics internationaux⁷⁴, d'où il ressort que certains biens doivent bénéficier à tous alors que les États peuvent ne pas avoir un intérêt propre à les produire, le concept de bien public mondial est mis à l'agenda du Programme des Nations unies pour le développement (PNUD). Cette institution publie en 1999 une série d'études thématiques, au prisme de la théorie des biens publics mondiaux⁷⁵, collectées dans un volume sous la direction de trois économistes: Inge KAUL, Isabelle GRUNBERG et Marc A. STERN⁷⁶. La culture ne fait l'objet que d'une approche sectorielle à travers deux études,

l'une sur le patrimoine culturel, l'autre sur les connaissances. On est loin de la perspective multiforme et multisectorielle qu'entend promouvoir la Déclaration de 2022 proclamant la culture comme bien public mondial.

Une première affirmation de la connaissance comme bien public a été formulée lors la Conférence mondiale de l'UNESCO sur la science en 1999, soulignant le besoin « de nouveaux principes pour sauvegarder le statut de la connaissance scientifique en tant que bien public⁷⁷ ». Au même moment, le PNUD publiait les analyses de Joseph E. STIGLITZ sur la connaissance comme bien public mondial⁷⁸. Première expression du concept appliqué sur un segment du domaine culturel, le bien public mondial est un modèle qui relève alors exclusivement de l'analyse économique. Il est défini à partir de trois critères: la non-exclusivité (l'impossibilité d'empêcher quiconque d'y accéder), l'absence de rivalité (la possibilité d'étendre la consommation sans que le bien se raréfie) et la non-divisibilité (une obligation d'utilisation de manière conjointe⁷⁹).



La culture ne fait l'objet que d'une approche sectorielle à travers deux études, l'une sur le patrimoine culturel, l'autre sur les connaissances. On est loin de la perspective multiforme et multisectorielle qu'entend promouvoir la Déclaration de 2022 proclamant la culture comme bien public mondial.

À ces attributs, Inge KAUL, Isabelle GRUNBERG et Marc A. STERN adjoignent une autre condition: leurs avantages doivent être pratiquement universels, tant du point de vue du champ géopolitique (la communauté des États), du nombre d'individus concernés (le plus

73. Doc. UNESCO 216EX/11, 28 mars 2023, § 3.

74. Charles P. KINDLEBERGER, « International Public Goods without International Government », *The American Economic Review*, vol. 76, n° 1, 1986, pp. 1-13.

75. Outre un chapitre sur les concepts, les thèmes abordés concernent l'équité et la justice, l'efficacité des marchés, l'environnement et le patrimoine culturel, la santé, la connaissance et l'information, la paix et la sécurité.

76. Inge KAUL, Isabelle GRUNBERG & Marc A. STERN (eds), *Global Public Goods. International Cooperation in the 21st Century*, UNDP, Oxford University Press, 1999.

77. Philippe HUGON, « Les écarts de connaissance scientifiques et techniques Nord/Sud au regard de la théorie des biens publics mondiaux », *Revue Tiers Monde*, t. XLIII, n° 172, 2002, p. 893.

78. Joseph E. STIGLITZ, « Knowledge As a Global Public Good », in Inge KAUL, Isabelle GRUNBERG & Marc A. STERN (eds), *préc.*, pp. 308-325.

79. Claude FREUD, « Les biens publics mondiaux », *Cahiers d'études africaines*, n° 198-199-200, 2019, p. 6.

grand nombre, voire toutes les populations) et le nombre de générations – en ce sens, ils doivent être à la disposition des générations présentes et futures, et, selon les termes du rapport Brundtland⁸⁰, avoir la capacité de satisfaire les besoins des générations présentes sans compromettre les choix des générations futures⁸¹. Ils en déduisent que :

Cette propriété fait de l'humanité l'ensemble du *publicum*, c'est-à-dire l'ensemble des bénéficiaires des biens publics mondiaux⁸².

Mais derrière ce lexique des biens publics mondiaux, sourd la question de « l'entité [à laquelle] se réfèrent les biens publics mondiaux pour être publics et mondiaux⁸³ ». C'est là que se dessinent les limites de la pensée économique sur les biens publics mondiaux, au risque de provoquer l'interrogation sur le point de savoir « si ces biens publics mondiaux sont un leurre destiné à calmer nos inquiétudes face à la sauvagerie des marchés ou un projet digne de ce nom dont on aurait simplement oublié de penser la mise en œuvre ou le mode d'emploi⁸⁴ ».

La Déclaration de 2022 proclamant la culture comme bien public mondial ne résout pas ce dilemme. Les plus pessimistes y décèleront un exercice d'autolégitimation par l'UNESCO de son propre rôle ; les autres y verront une ouverture pour le renouvellement des politiques publiques dédiées ou ancrées sur la culture.

Le bien public mondial à l'épreuve du patrimoine commun

Le concept de bien public mondial capte le vocabulaire de la propriété publique dans les droits internes des États pour le colorer d'un attribut d'universalité, en lui adjoignant l'épithète *mondial*, et le projeter dans la sphère internationale. On a pu s'interroger sur le bien-fondé d'un concept pour continuer à qualifier ce qui, en 1999, semblait indubitablement



Le concept de bien public mondial capte le vocabulaire de la propriété publique dans les droits internes des États pour le colorer d'un attribut d'universalité, en lui adjoignant l'épithète *mondial*, et le projeter dans la sphère internationale.

appartenir aux biens publics mondiaux, comme le climat, la biodiversité, la paix... mais dont nous éprouvons aujourd'hui la vulnérabilité et dont la consommation s'affirme, en fait, rivale⁸⁵. Entre biens publics mondiaux et communs mondiaux, la question reste ouverte. À moins que dans les appariements de ces deux notions, la seconde soit la condition de la première, pour précisément en penser la mise en œuvre ou le mode d'emploi. Une des voies est d'observer, dans le droit international, comment la notion de *commun* a pris corps, en s'arrimant d'abord au *patrimoine*, pour fonder le patrimoine commun de l'humanité, assorti d'un régime juridique.

Dans le recueil des conférences qu'il prononça au Collège de France, publié sous le titre *L'humanité dans l'imaginaire des nations*, René-Jean DUPUY écrit :

« L'humanité n'étant pas seulement celle des contemporaines et étant déjà porteuse de ceux qui viendront, le droit l'a vue comme une donnée en formation continue. Voilà pourquoi, si tous ceux qui composent l'humanité ont intérêt à affronter au mieux les questions que lui posent le présent et l'avenir, les peuples qui souffrent des temps actuels et attendent de demain la fin de leur misère, mettent leurs espoirs dans le mythe prospectif à la base du patrimoine commun⁸⁶ ».

Ce mythe prospectif dans lequel l'humanité placerait ses espérances cardinales est celui dont Arvid PARDO, représentant de Malte auprès des Nations unies, dessinait les contours

80. Gro HARLEM BRUNDTLAND, *Notre avenir à tous*, rapport de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement, 1987, Montréal, Éditions du Fleuve, 1988.

81. Inge KAUL, Isabelle GRUNBERG & Marc A. STERN (eds), préc., p. 2.
82. « This property makes humanity as a whole the *publicum*, or beneficiary of global public goods », *ibid.* p. 3.

83. Bernard HOURS, « Des biens communs aux biens publics mondiaux », *Revue Développement durable et territoires* [en ligne], Points de vue 2008, p. 7.

84. *Ibid.*

85. Gaël GIRAUD, « Communs et biens publics mondiaux », *Revue d'économie financière*, n° 151, 2023, p. 43.

86. René-Jean DUPUY, *L'humanité dans l'imaginaire des nations, Conférences, essais et leçons du Collège de France*, Paris, éd. Julliard, 1991, p. 225.

en 1967 dans son intervention lors de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies, au sein de la première commission appelée à examiner la question de « l'affectation à des fins exclusivement pacifiques du lit des mers et des océans ainsi que de leur sous-sol, en haute mer, au-delà des limites de la juridiction nationale actuelle, et de l'exploitation de leurs ressources dans l'intérêt de l'humanité ». Il lançait alors :

« Plus de la moitié de l'humanité se trouve déshéritée, sous-alimentée et sous-développée, et [...] la haute mer est un patrimoine commun à toute l'humanité. »



L'humanité est placée au rang d'allocataire et comme finalité. C'est dans cette acception que le patrimoine commun de l'humanité est la chambre d'écho des vertus allouées à la culture comme bien public mondial ; il s'inscrit aussi dans une longue tradition [...].

Ce faisant, l'ambassadeur de Malte relaie une résolution adoptée quelques mois plus tôt, lors de la Conférence mondiale pour la paix par le droit, tenue à Genève en juillet 1967, et qui réunit plus de 2 000 juristes et magistrats, représentant 127 pays. Ce qu'éclairent les analyses de René-Jean DUPUY :

« Englobant l'ensemble des humains, le concept porte à imaginer la réconciliation de tous les peuples dans la propriété commune d'un domaine⁸⁷ ».

Il poursuit :

« Ainsi s'est édifié un système culturel qui tend à placer l'humanité d'aujourd'hui sous l'emprise progressive de valeurs d'égalité et celle de demain dans la perspective de sa pérennité⁸⁸ ».

L'humanité est placée au rang d'allocataire et comme finalité. C'est dans cette acception

que le patrimoine commun de l'humanité est la chambre d'écho des vertus allouées à la culture comme bien public mondial ; il s'inscrit aussi dans une longue tradition, depuis le cosmopolitisme du siècle des Lumières, celui de Kant qui pose les ferments d'une communauté débordant le cadre des Nations, jusqu'au positivisme d'Auguste Comte pour qui l'humanité n'est pas un agrégat d'individus, « elle constitue une réalité autonome d'ordre distinct et supérieur aux individus qui la composent⁸⁹ ». Dans le domaine de la culture et des arts, c'est Quatremère de Quincy qui, à la charnière des XVIII^e et XIX^e siècles, pose les conditions d'un tel débordement :

« Ce sera comme membre de cette république générale des arts et des sciences, et non comme habitant de telle ou telle nation, que je discuterai cet intérêt que toutes les parties ont à la conservation du tout. Quel est cet intérêt ? C'est celui de la civilisation, du perfectionnement des moyens de bonheur et de plaisir, de l'avancement du progrès de l'instruction et de la raison, de l'amélioration enfin de l'espèce humaine. Tout ce qui peut concourir à cette fin appartient à tous les peuples ; nul n'a le droit de se l'approprier ou d'en disposer arbitrairement⁹⁰ ».

C'est dans ce même sillon que s'inscrivent, plus d'un siècle plus tard, les réflexions d'Euripide Foundoukidis, alors Secrétaire général de l'Office international des musées et administrateur de l'Institut international de coopération intellectuelle, sous l'égide de la Société des Nations :

« La conservation du patrimoine artistique et historique intéresse la communauté des États : les pays détenteurs des richesses artistiques n'en sont que les dépositaires et ils en restent comptables vis-à-vis de la collectivité⁹¹ ».

La notion de bien public mondial, réactivée par l'UNESCO en 2022 dans la Déclaration sur les politiques culturelles et le développement durable, ranime cette doctrine et enjambe la juridicité du patrimoine commun de l'humanité théorisé lors de la Conférence mondiale pour

89. Catherine LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, Paris, éd. Lextenso/LGDJ, 2012, p. 16.

90. Quatremère DE QUINCY, *Lettres sur le préjudice qu'occasionneraient aux Arts et à la Science, le déplacement des monuments de l'art de l'Italie, le démembrement de ses Écoles, et la spoliation de ses Collections, Galeries, Musées, etc.*, Paris, 1796, Rome, 1815, pp. 4-5.

91. Euripide FOUNDOKIDIS E., « La coopération intellectuelle dans le domaine des arts, de l'archéologie et de l'ethnologie au cours de l'année 1938 », *Mouseion*, vol. 43-44, 1938, p. 288.

87. *Ibid.*, p. 226.

88. *Ibid.*, p. 227.

la paix par le droit en 1967. Sans doute reste-t-il à tisser le réseau de droits qui tracerait le profil juridique de la notion.

L'équité intergénérationnelle à l'épicentre du bien public mondial

La notion de bien public mondial n'est pas une curiosité que la nouveauté rendrait originale. Cette notion était déjà au cœur de réflexions économiques à la fin des années 1990; le rapport publié par le PNUD en 1999 indique:

« La solidarité internationale lue à travers la grille des biens publics mondiaux n'est plus une affaire de charité ou de générosité, mais d'identification des intérêts communs et de partage des responsabilités⁹² ».

L'inclusion de la culture comme bien public mondial en 2022 peut être analysée comme l'apogée ou le point d'inflexion d'un processus amorcé au début des années 2000, où la question de la diversité culturelle et des biens et services culturels est réglée sous le prisme de l'économie⁹³ et où le patrimoine est qualifié de ressources⁹⁴.

Sur un autre versant, l'écueil serait qu'arrimée à la culture, la notion de bien public mondial ne relève que d'un ordre symbolique et devienne « un mythe légitimateur pour l'action collective⁹⁵ » dépourvu de toute efficacité juridique. Cette critique a pu être exprimée sur les usages de la notion de patrimoine commun dans les conventions culturelles de l'UNESCO⁹⁶, sans que soit mis en forme un « véritable statut juridique de biens sur lesquels ne s'exercerait aucune souveraineté étatique⁹⁷ », ni que l'affirmation d'un intérêt commun fonde « une



L'inclusion de la culture comme bien public mondial en 2022 peut être analysée comme l'apogée ou le point d'inflexion d'un processus amorcé au début des années 2000, où la question de la diversité culturelle et des biens et services culturels est réglée sous le prisme de l'économie et où le patrimoine est qualifié de ressources.

appropriation collective au profit de l'humanité⁹⁸ ». Mais l'efficacité du recours à la notion de patrimoine commun est sans doute ailleurs; il agit comme une matrice de l'action de l'UNESCO sur laquelle s'aligne la volonté des États de ratifier ou d'adhérer à ces conventions internationales. Au surplus, on pourra relever que c'est dans le droit international pénal que le concept de patrimoine commun recouvre une juridicité. Il inspire le libellé des incriminations, sanctionnant les restrictions délibérées de biens culturels dans le statut de la Cour pénale internationale et, auparavant, dans celui du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, dont la jurisprudence affirme que « c'est l'humanité dans son ensemble qui est affectée par la destruction d'une culture religieuse spécifique et des objets culturels qui s'y rattachent⁹⁹ ».

La reconnaissance de la culture comme bien public mondial ne peut se départir de ces trajectoires du droit international de la culture adossées à l'affirmation continue de ce qui fait communauté. C'est en ce sens que se noue une dette du bien public mondial *culture* aux normes qui ont progressivement densifié un droit international de la culture et arrimé ce droit aux autres branches du droit international. Aux côtés des instruments de l'UNESCO assurant la protection et la sauvegarde des différentes formes ou catégories de patrimoines et des expressions culturelles, ainsi que la prévention des conflits et des

92. Inge KAUL, Isabelle GRUNBERG & Marc A. STERN (eds), *préc.*, p. XII.
93. Voir *supra*.

94. Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société, adoptée à Faro le 27 octobre 2005. Son article 2 dispose que « le patrimoine culturel constitue un ensemble de ressources héritées du passé que des personnes considèrent, par-delà le régime de propriété des biens, comme un reflet et une expression de leurs valeurs, croyances, savoirs et traditions en continuelle évolution. Cela inclut tous les aspects de l'environnement résultant de l'interaction dans le temps entre les personnes et les lieux ».

95. François CONSTANTIN (dir.), *Les biens publics mondiaux. Un mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris, L'Harmattan, 2002.

96. La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, adoptée à Paris, le 20 octobre 2005, pose pour principe que « la diversité culturelle constitue un patrimoine commun de l'humanité ».

97. Cédric GROULIER, « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *Actualité juridique Droit administratif*, 2005, p. 1034.

98. *Ibid.*

99. TPIY, jugement du 26 février 2001, *aff. Le Procureur c/ Dario KORDIC et Mario CERKEZ*, IT-95-14/2.

crises, c'est sur le terrain des générations futures que le concept de bien public mondial appliqué à la culture trouve une expression performative. La Déclaration de 2022 fait référence à « la responsabilité individuelle et collective, au nom des générations futures, d'assurer la conservation, la sauvegarde et la promotion du secteur culturel tout entier, tant matériel qu'immatériel, en tant qu'impératif éthique ».

C'est dans les Directives de Goa de 1988 relatives à l'équité intergénérationnelle¹⁰⁰, qui postulent une complémentarité entre les droits de l'homme et les droits intergénérationnels, que ces droits ont été articulés sur la conservation de la diversité culturelle et, en regard, sur la préservation de la biodiversité :



Le principe de l'équité intergénérationnelle exige que l'on préserve la diversité et la qualité des ressources biologiques [...].

« À chaque génération, tous les êtres humains, en tant qu'espèce, héritent des générations précédentes un patrimoine naturel et culturel, dont ils sont à la fois les bénéficiaires et les gardiens ayant le devoir de transmettre cet héritage aux générations futures. L'idée qui est au cœur de cette théorie est que le droit de chaque génération de tirer avantage de cet héritage naturel et culturel est inséparablement lié à l'obligation d'en user de manière à pouvoir le transmettre aux générations futures dans un état au moins équivalent à celui dans lequel il se trouvait lorsqu'elle l'a reçu des générations précédentes. Cette obligation implique la conservation et, le cas échéant, l'amélioration

de la qualité et de la diversité de cet héritage. La conservation de la diversité culturelle est tout aussi importante que celle de la diversité de l'environnement pour offrir diverses options aux générations futures.

Plus précisément, le principe de l'équité intergénérationnelle exige que l'on préserve la diversité et la qualité des ressources biologiques [...].

Les principes d'équité qui régissent la relation entre les générations [...] touchent aux intérêts primordiaux des générations passées, présentes et futures, et s'étendent aux ressources naturelles et culturelles. »

C'est dans ce sillon que s'inscrit en 1997 la *Déclaration de l'UNESCO sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures*, et en 2001, la *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle* proclamera que cette notion « doit être reconnue et affirmée au bénéfice des générations présentes et des générations futures¹⁰¹ ».

Sous le concept d'équité intergénérationnelle affleure un autre concept – la responsabilité – dont Hans Jonas nous rappelle que « l'archétype de toute responsabilité est celle de l'homme envers l'homme¹⁰² ». C'est sur le terrain de la responsabilité des générations présentes pour les générations à venir que se révèle la densité du principe d'équité intergénérationnelle, à la confluence des droits¹⁰³.

Proclamer que la culture est un bien public mondial induit de repenser à frais nouveaux la question de l'intérêt commun. L'équité intergénérationnelle apparaît comme l'expression la plus aboutie de cet intérêt commun, pour qu'« aux côtés d'une globalisation économique, par l'économie de marché mondialisée, apparaisse une globalisation éthique appuyée sur des droits humains¹⁰⁴ ». En d'autres termes, ce principe d'équité serait la condition pour que le concept de bien public mondial appliquée à la culture fasse système et donne corps à l'archétype dont Hans JONAS trace le profil.

100. Le comité consultatif institué dans le cadre du projet de l'Université des Nations unies sur le droit international, le patrimoine commun et l'équité intergénérationnelle, réuni à Goa en Inde, a adopté le 15 février 1988 un document final intitulé « Directives de Goa de 1988 relatives à l'équité intergénérationnelle » ; reproduit dans : Edith Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, New York, Transnational Publishers 1989, appendice A, pp. 293-295.

101. Art. 1^{er} de la Déclaration de 2001.

102. Hans JONAS, *Le Principe responsabilité*, coll. Champs essais, Paris, Flammarion, 2013, p. 193.

103. Sur cette question, voir : Sonya DJEMNI-WAGNER (avec la collaboration de Victoria VANNEAU), *Droit(s) des générations futures*, Étude 01, Paris, Institut des études et de la recherche sur le droit et la justice, 2023.

104. Bernard HOURS, *préc.*, p. 6.

Le droit de l'archéologie au service des biens communs ?

Catherine GOSSELIN-RIGAMBERT

Vice-présidente du tribunal administratif de Versailles

Bien qu'adosés aux termes « droit de l'archéologie », les biens communs dont il va être question ne sont pas les droits que l'on rencontre dans l'ancien droit, tels le droit de vaine pâture ou le droit d'affouage. Il s'agira des biens archéologiques du type artefacts, qu'ils soient meubles ou immeubles, qu'ils se situent sur la terre, dans les milieux aquatiques ou sous-marins. Dès 1928, l'archéologue Salomon REINACH rappelait en effet que « la mer est le plus grand musée du monde ».

D'autre part, évoquer un « droit de l'archéologie » relève de la gageure, car s'il y a bien un droit non homogène, c'est bien le droit de l'archéologie. Du fait de son caractère pluridisciplinaire, l'archéologie est régie par un droit multifacette, qui emprunte aussi bien au droit civil qu'au droit pénal, au droit administratif, au droit fiscal, au droit de l'urbanisme ou au droit de l'exportation des œuvres d'art ; cela pour s'en tenir au droit interne. Par ailleurs, on rencontrera à cette occasion diverses appellations : bien communs, bien culturels, trésor national. Cela étant, on constatera que ces emprunts à de multiples droits se sont toujours effectués

dans une même perspective : la connaissance, la préservation et l'accessibilité des biens archéologiques, tout au long de l'émergence de ce « droit de l'archéologie ».

La formation d'un droit de l'archéologie : but de la préservation et de la connaissance

Indépendamment des actions isolées et sporadiques menées par des individus, l'une des premières manifestations d'un droit de l'archéologie se rencontre dans les années 1793-1795 avec la création du musée du Louvre, dont le but était la présentation de biens offerts à la royauté ou de sa propriété, qui se révèlent bien souvent être des biens archéologiques, à côté des multiples tableaux, ceci pour la « délectation du public ». On retrouve cette perspective, en termes moins choisis, à l'article L. 410-1 du Code du patrimoine, qui évoque « le plaisir du peuple ». Il faut aussi évoquer l'action incroyable d'Alexandre LENOIR pendant la Révolution et la création du musée des monuments français qui, là aussi, n'a eu pour but que de préserver et faire connaître les plus prestigieux vestiges de l'archéologie française. Peu de temps après, Napoléon BONAPARTE se fait accompagner de savants durant sa campagne d'Égypte, en 1803, afin de découvrir et faire connaître les trésors archéologiques trouvés et comprendre cette grande civilisation.

Soucieux de cet aspect de la recherche et de ses impacts sur la propriété, le Code civil de 1804 inscrit la règle de la dévolution du trésor à l'article 716, l'un des seuls à n'avoir jamais été modifié : « *La propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds ; si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient*



Évoquer un « droit de l'archéologie » relève de la gageure, car s'il y a bien un droit non homogène, c'est bien le droit de l'archéologie.

pour moitié à celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds. » Dans les années 1980, un magistrat judiciaire avait mené un travail de recherche sur cet article et avait constaté que le terme de « trésor » n'avait jamais recouvert que des biens archéologiques¹⁰⁵. Autre constatation, le droit privé est le seul évoqué, de même que dans l'article 552 du même code¹⁰⁶.

La deuxième étape de la formation d'un droit de l'archéologie est illustrée par l'action des sociétés savantes et de l'État vis-à-vis de celles-ci. L'essentiel des recherches archéologiques qui sont réalisées alors le sont par des individus qui, le plus souvent, font partie de telles sociétés. Mais l'on constate au fil du temps que l'État tente de prendre le contrôle des activités de ces sociétés : ainsi, pour l'une des plus importantes sociétés, la société des antiquaires de Normandie, on note que GUIZOT en a été de longues années le président, ou le préfet de l'Eure.



Mais l'apport le plus important dans l'élaboration d'un droit de l'archéologie est sans conteste possible la loi du 27 septembre 1941, validée en 1945.

Ce souhait de l'État de maîtriser l'archéologie s'illustre encore plus avec Napoléon III et la quête du site de Gergovie, ou la constitution de la première équipe d'archéologie municipale à Lyon dont le premier but a été de retrouver le lieu où sainte Blandine a été martyrisée. Ce souhait est en fait intimement lié à la fabrique du lien national, du Roman national, de nature à forger le creuset commun de la France.

Parallèlement, le droit de l'archéologie se fonde dans d'autres droits ou d'autres procédures

qui voient le jour. Il en est ainsi de la législation sur les monuments historiques (la première liste de Violet-le-Duc de 1840 comprenait majoritairement des vestiges qui relèvent, au XIX^e siècle, de l'archéologie), mais aussi les procédures d'expropriation pour cause d'utilité publique ou de déclaration d'utilité publique : le droit de la puissance publique intervient alors pour la première fois, toujours dans la même perspective de protéger des sites utiles à la formation du Roman national.

C'est le même sentiment qui a été à l'origine du premier projet de loi sur l'archéologie en 1910, après l'exportation de résultats de fouilles par le Dr HAUSER à Berlin, alors que l'Alsace et la Lorraine étaient occupées, exacerbant le sentiment national. Mais à l'époque, la prégnance du droit de propriété a fait échouer ce projet, pourtant très peu contraignant¹⁰⁷.

Mais l'apport le plus important dans l'élaboration d'un droit de l'archéologie est sans conteste possible la loi du 27 septembre 1941, validée en 1945¹⁰⁸. Bien que témoignant de recherches se déroulant dans un milieu essentiellement rural, elle forme un consensus équilibré entre le respect du droit privé et l'intervention du droit public avec ses deux premiers titres qui traitent, pour le premier, des fouilles réalisées par des particuliers, relevant du droit privé et pour le deuxième des fouilles exécutées par l'État, qui sont marquées par le sceau de l'utilité publique, voire du service public. Pour la première fois, le rôle de la police administrative apparaît.

Le droit de l'archéologie ne se démarque pas s'agissant de l'archéologie sous-marine, pour laquelle la loi de 1961¹⁰⁹ ne forme qu'un titre. Ainsi, la question de la propriété ne se pose pas car tout appartient à l'État, y compris les épaves ramenées dans un port français en premier lieu et provenant de la haute mer. Ces dispositions étaient déjà identiques au XVII^e siècle¹¹⁰.

105. G LANNON, non publié.

106. 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.

107. Voir l'exposé des motifs n° 400 du projet de loi déposé par MM. FALLIÈRES, BRIAND et DOUMERGUE - annexe au PV de la séance du 25 octobre 1910 de la Chambre des députés.

108. Loi du 27 septembre 1941 relative à l'archéologie, JO du 15 octobre 1941, p. 443, validée par l'ordonnance n° 45-2092 du 13 septembre 1945, JO du 14 septembre 1945 et modifiée par l'ordonnance n° 58-997 du 23 octobre 1958, JO du 25 avril 1958 p. 3668. La loi de 1941 est issue d'un projet déjà rédigé au moment de la déclaration de la guerre et qui était issue des travaux d'un colloque international qui s'était déroulé en 1938.

109. Loi n° 61-1262 du 24 novembre 1961 relative à la police des épaves maritimes, JO du 25 novembre 1961, p. 10820 et son décret d'application n° 61-1547 du 26 décembre 1961, JO du 12 janvier 1962, p. 37. Ce dispositif a été complété par l'arrêté du 4 février 1965, JO du 13 février 1965, p. 1260.

110. Ordonnance royale sur la marine de 1681.



Collection DRASSM (Département des recherches archéologiques subaquatiques et sous-marines), ministère de la Culture.

L'aspect de la protection des biens archéologiques n'apparaissait toutefois que faiblement. Cette lacune a été comblée avec l'insertion de l'article 257-1 du Code pénal issu de la loi de 1980, prise pendant « l'année du patrimoine ». Ces nouvelles dispositions renforçaient la protection pénale et surtout, insérées dans le Code pénal, étaient mieux connues et mieux accessibles aux magistrats judiciaires¹¹¹.

À l'extérieur de nos frontières, les biens archéologiques ont bénéficié d'une protection supplémentaire avec la possibilité de constituer un « trésor national » insusceptible d'être

exporté, et ce, sans aucune limitation de valeur : en effet, le ministère de la Culture a réussi à convaincre les douanes qu'un bien archéologique pouvait revêtir une grande importance scientifique sans pour autant présenter une valeur commerciale élevée¹¹².

Enfin, la dernière étape de cette mainmise de l'État sur le droit de l'archéologie a été la loi de 2001 modifiée par la loi de 2016¹¹³ dont les articles sur le droit de la propriété sont désormais repris aux articles L. 541-1¹¹⁴

111. Loi n° 80-532 du 15 juillet 1980 relative à la protection des collections publiques contre les actes de malveillance. Initialement codifiée à l'article 257-1 du Code pénal, cette disposition figure depuis 2011 à l'article 322-3-1 : « La destruction, la dégradation ou la détérioration est punie de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende lorsqu'elle porte sur : 1° Un immeuble ou objet mobilier classé ou inscrit en application des dispositions du code du patrimoine ou un document d'archives privées classé en application des dispositions du même code ; 2° Le patrimoine archéologique, au sens de l'article L. 510-1 du Code du patrimoine ; 3° Un bien culturel qui relève du domaine public mobilier ou qui est exposé, conservé ou déposé, même de façon temporaire, soit dans un musée de France, une bibliothèque, une médiathèque ou un service d'archives, soit dans un lieu dépendant d'une personne publique ou d'une personne privée assurant une mission d'intérêt général, soit dans un édifice affecté au culte ; 4° Un édifice affecté au culte. »

112. Voir la loi n° 92-1477 du 31 décembre 1992 et l'article 4 du décret n° 93-124 pris pour son application.

113. Loi n° 2001-44 du janvier 2001 relative à l'archéologie préventive, modifiée plusieurs fois mais surtout, sur le point de la propriété par la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine JO du 8 juillet 2016.

114. « Les dispositions de l'article 552 du Code civil relatives aux droits du propriétaire du sol ne sont pas applicables aux biens archéologiques immobiliers mis au jour à la suite d'opérations archéologiques ou de découvertes fortuites réalisées sur des terrains dont la propriété a été acquise après la publication de la loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive. Ces biens archéologiques immobiliers appartiennent à l'État dès leur mise au jour à la suite d'opérations archéologiques ou en cas de découverte fortuite./L'État verse au propriétaire du fonds où est situé le bien une indemnité destinée à compenser le dommage qui peut lui être occasionné pour accéder audit bien. À défaut d'accord amiable sur le montant de l'indemnité, celle-ci est fixée par le juge judiciaire. »

et L. 541-4¹¹⁵ du Code du patrimoine en attribuant à l'État la propriété de la totalité des biens culturels, instaurant ainsi une nationalisation du sous-sol archéologique. L'une des conséquences est le passage de la compétence des juridictions judiciaires à celle des juridictions administratives des litiges nés de ces fouilles. Seule une indemnité est prévue pour le propriétaire; la possibilité d'effectuer un dépôt de l'objet auprès de la collectivité locale intéressée n'a pas été reprise dans la codification.

Ainsi, en deux siècles, le droit de l'archéologie est passé d'une sphère exclusivement privée à un droit quasi exclusif de droit public.

Face à cette évolution totale du droit de l'archéologie, on peut s'interroger sur son efficacité et ses limites:

En premier lieu, l'évolution du droit de l'archéologie a connu, comme il a été rappelé *supra*, un regain d'efficacité s'agissant de la protection des vestiges. En effet, la loi de 1980 n'a pas seulement inséré un article dans le Code pénal, il a aussi créé un dispositif de constatation sur le terrain en prévoyant l'assermentation des archéologues. Initialement peu enthousiaste par ce dispositif, la communauté archéologique a fini par en percevoir l'avantage; ainsi, les forces destinées à préserver les vestiges se trouvaient multipliées de façon notable.

Le second apport de ces éléments du droit de l'archéologie a été de sensibiliser les collectivités locales à leur patrimoine archéologique. La possibilité de mettre en place des équipes archéologiques municipales, avec l'emploi

d'archéologiques de collectivités locales, a renforcé les actions de diffusion des recherches, notamment avec l'apport de financement. Cela étant, le contrôle scientifique de l'État n'est pas toujours facile et, comme les actions de l'Inventaire ou des Archives, le dynamisme des recherches dépend de priorités parfois plus politiques que scientifiques.



Les possibilités du droit de l'archéologie à protéger, organiser les recherches et diffuser le patrimoine archéologique, se sont trouvées, ces dernières années, limitées par d'autres considérations : les relations internationales et la jurisprudence.

Mais les possibilités du droit de l'archéologie à protéger, organiser les recherches et diffuser le patrimoine archéologique, se sont trouvées, ces dernières années, limitées par d'autres considérations: les relations internationales et la jurisprudence.

Comme on l'a vu, les recherches archéologiques contribuent fortement au Roman national. Ce constat ne se rencontre pas uniquement en France. L'un des exemples les plus aigus est la difficulté d'organiser des fouilles archéologiques sereines en Israël et en Palestine. Non seulement les frontières entre ces deux États ne tiennent pas toujours compte de l'implantation des sites archéologiques (ex. de Naplouse), mais encore, le but de la recherche est presque toujours considéré comme une provocation par l'autre partie, évoquant un « piratage de l'héritage culturel » ou un instrument de colonisation¹¹⁶.

En France, nous avons aussi connu ces difficultés. Ainsi, en 1988, le ministère de la Culture a eu à connaître de la fouille sous-marine de l'Alabama. Navire sudiste particulièrement dévastateur pendant la guerre de Sécession, il avait été coulé par un navire nordiste au large

115. « Les articles 552 et 716 du Code civil ne sont pas applicables aux biens archéologiques mobiliers mis au jour à la suite d'opérations de fouilles archéologiques ou de découvertes fortuites réalisées sur des terrains dont la propriété a été acquise après la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine. Ces biens archéologiques mobiliers sont présumés appartenir à l'État dès leur mise au jour au cours d'une opération archéologique et, en cas de découverte fortuite, à compter de la reconnaissance de l'intérêt scientifique justifiant leur conservation. /Lors de la déclaration de la découverte fortuite qu'elle doit faire en application de l'article L. 531-14 du présent code, la personne déclarante est informée, par les services de l'État chargés de l'archéologie, de la procédure de reconnaissance de l'intérêt scientifique de l'objet susceptible d'être engagée. L'objet est placé sous la garde des services de l'État jusqu'à l'issue de la procédure. /La reconnaissance de l'intérêt scientifique de l'objet est constatée par un acte de l'autorité administrative, pris sur avis d'une commission d'experts scientifiques. L'autorité administrative se prononce au plus tard cinq ans après la déclaration de la découverte fortuite. La reconnaissance de l'intérêt scientifique de l'objet emporte son appropriation publique. Cette appropriation peut être contestée pour défaut d'intérêt scientifique de l'objet devant le juge administratif dans les délais réglementaires courant à compter de l'acte de reconnaissance. /Quel que soit le mode de découverte de l'objet, sa propriété publique, lorsqu'elle a été reconnue, peut être à tout moment contestée devant le juge judiciaire par la preuve d'un titre de propriété antérieur à la découverte. »

116. Voir *Le Figaro* 2023 à propos de fouilles décidées en mai 2023, avec notamment comme exemple le site de Selastria installé sur l'État hébreu, mais dont le parking relève de l'Autorité palestinienne.

de Cherbourg, alors que les eaux internationales n'étaient que de 3 milles marins. Passée à 12 milles nautiques en 1971, l'épave se trouvait donc désormais en zone territoriale française, mais les États-Unis en revendiquaient la propriété (et ce, alors que la confédération des États du sud ne constituait pas l'État officiel des États-Unis à l'époque¹¹⁷). Le droit de l'archéologie a cependant dû s'incliner devant un accord entre les deux États, d'où il ressortait que si les fouilles étaient autorisées par le ministre de la Culture, les vestiges sortis de l'eau devenaient la propriété des États-Unis d'Amérique.

Mais la limite la plus importante est venue des juridictions françaises avec l'affaire de M. M-D. Cette personne avait acquis une propriété sur laquelle a été découverte une grotte préhistorique. Comme il a été dit plus haut, les nouvelles dispositions du Code du patrimoine faisaient de cette grotte (et de ses retombées commerciales) une propriété de l'État, seule une indemnité était possible pour le propriétaire. Celui-ci a contesté ces dispositions en se fondant notamment sur le premier protocole additionnel de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹¹⁸. Dans deux décisions, la cour administrative d'appel de Bordeaux¹¹⁹, puis le Conseil d'État¹²⁰ ont écarté l'application de l'article 552 du Code civil, mais ont retenu la violation du premier protocole de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, estimant qu'« il n'y avait pas de juste équilibre entre l'exigence de l'intérêt général et celles de la sauvegarde du droit de propriété ».



La conclusion que l'on peut porter, devant cette montée de l'étatisation du droit de l'archéologie, est naturellement le regret d'un abandon de cette notion d'équilibre entre privé et public qui a traversé les décennies.

Cette décision a fait l'objet de plusieurs commentaires¹²¹ dans lesquels la doctrine a estimé que l'État avait monté un « traquenard », « un stratagème » pour obtenir cette nationalisation, dont personne, à l'époque, n'avait mesuré la portée¹²².

La conclusion que l'on peut porter, devant cette montée de l'étatisation du droit de l'archéologie, est naturellement le regret d'un abandon de cette notion d'équilibre entre privé et public qui a traversé les décennies. Même si le cas de M. M-D était un peu particulier dès lors qu'il avait acquis sa propriété avant l'entrée en vigueur de la loi, il est évident que, comme le soulignait R. HOSTIOU dans sa chronique, l'évolution n'est pas close car, au regard de ce premier protocole additionnel, le juge européen ne s'est pas encore prononcé.

117. Indépendamment des revendications britanniques qui se sont fait jour, dès lors que le navire avait été construit à Liverpool.

118. « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international./ Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. »

119. CAA Bordeaux 23 décembre 2010, ministre de la Culture et de la Communication n° 09BX00104.

120. CE 24 avril 2012 M. M-D n° 346.952.

121. R. HOSTIOU *Vestiges archéologiques, propriété du tréfonds et droit au respect des biens* - AJDA Actualité juridique - Droit administratif, n° 24 (9 juillet 2012), pp. 1345 à 1349 ; A. FOUBERT « *La propriété des vestiges archéologiques immobiliers* » - RFDA n° 5 (septembre-octobre 2012), p. 893 ; N. FOULQUIER « *La quasi-expropriation des vestiges archéologiques immobiliers* » - RDI n° 9 (septembre 2012), pp. 451 à 454.

122. Seul *Le Journal des Arts* avait vu cette nationalisation rampante : voir M. BRIDGE et P. CABROL « *L'État s'approprie le patrimoine archéologique* » JdA 20à4 n° 186, p. 29.

Le patrimoine archéologique immergé : identification, conservation et protection

Frédéric LEROY

Directeur adjoint du Département des recherches archéologiques subaquatiques et sous-marines (DRASSM), service à compétence nationale du ministère de la Culture, établi à Marseille



Frédéric LEROY.

Merci infiniment de me permettre, pour le ministère de la Culture, pour le service que j'incarne, que je représente, d'intervenir ici aujourd'hui.

Je n'aurai pas un propos de juriste évidemment, étant plutôt scientifique et archéologue. En revanche, je suis chargé d'appliquer un certain nombre de textes et je serai plutôt un témoin et un usager de la législation en matière de biens culturels en zone maritime.

Je ferai un mouvement tournant à mon tour pour rappeler plusieurs choses : un point de géographie qui a déjà été évoqué par Catherine GOSELIN-RIGAMBERT, pour évoquer ce que sont les biens culturels maritimes tels qu'ils sont définis aujourd'hui par le Code du patrimoine ; des constats sur le terrain de ce que l'action humaine peut avoir comme conséquences sur leur conservation aujourd'hui et potentiellement demain ; la question aussi de la conservation, de la mise en valeur, de la protection des biens culturels maritimes et j'essaierai d'aborder cela de façon dynamique et de manière illustrée.

Le domaine maritime français est gigantesque et dans ce cadre, nous avons des espaces qui ont des statuts différents, sur lesquels le Code du patrimoine ne va pas s'appliquer exactement de la même manière. Et puis nous avons des zones de profondeurs différentes, qui posent des problématiques en termes de vestiges conservés qui ne vont pas être les mêmes non plus. Et à cela s'ajoute que la variation du niveau marin et le changement climatique font que des zones maritimes jusqu'à 130-135 mètres correspondent à de bas niveaux marins qui ont été fortement anthropisés. On trouve des vestiges – la grotte Cosquer en est un magnifique exemple – qui n'ont rien à voir avec l'archéologie navale, avec l'archéologie maritime que l'on peut avoir à l'esprit.

La notion de bien culturel maritime apparaît en 1989, codifiée aujourd'hui dans le Code du patrimoine à l'article L. 532-1. On peut en retenir quatre aspects bien particuliers. Il peut s'agir de sites homogènes, d'épaves ou d'objets isolés. Il n'y a pas de limite chronologique, historique, et un critère patrimonial ainsi qu'un critère géographique nous permettent de savoir dans quelle zone on peut jouer. Si aucun propriétaire n'est susceptible d'être trouvé, les biens culturels maritimes appartiennent à l'État. Ils appartiennent au domaine public maritime. Mais l'Inventaire va disposer d'un temps restreint pour pouvoir en faire la déclaration à l'autorité administrative. En cas d'enlèvement fortuit, on a là encore un encadrement, avec la nécessité de révéler la découverte. Toute personne qui a découvert ou déclaré un bien culturel maritime et dont la propriété est attribuée à l'État peut bénéficier d'une récompense selon trois critères : non pas selon la valeur vénale, mais en fonction de l'intérêt scientifique, national, régional ou international. Mais la découverte d'un bien culturel maritime ne vaut en aucun cas droit de propriété.



Le domaine maritime français est gigantesque et dans ce cadre, nous avons des espaces qui ont des statuts différents, sur lesquels le Code du patrimoine ne va pas s'appliquer exactement de la même manière.

Pour pouvoir mettre en œuvre cette législation, André MALRAUX, le Premier ministre de la Culture, a été visionnaire. Demain sera le 58^e anniversaire de la création du DRASSM, basé dès le départ à Marseille, qui est aujourd'hui un service à compétence nationale, et qui, à partir de l'Estaque à Marseille, développe une stratégie nationale pour l'administration centrale à laquelle nous sommes rattachés, à la direction générale du patrimoine et de l'architecture. Depuis 2022, nous avons aussi bénéficié d'un renforcement dans le cadre de l'action de l'État en mer et pour vous dire l'importance que revêt l'espace maritime dans le développement de cette politique sur les espaces maritimes, le ministère de la Culture s'est doté, au cours des 10 dernières années, de trois navires pour pouvoir couvrir un certain nombre de ces espaces.

Le domaine public maritime comprend des zones immergées, mais aussi des zones exonérées et en particulier outre-mer avec la zone des 50 pas géométriques, élargissant la notion de bien culturel maritime. Et puis nous avons aussi une transversalité avec le milieu naturel. La variation du niveau marin implique que des zones autrefois découvertes sont aujourd'hui recouvertes.

Une diversité des biens culturels maritimes, donc. On peut avoir des grottes, mais aussi des habitats naturels, des matériaux périssables, des bois, des cuirs, y compris des pollens qui vont pouvoir être conservés des milliers d'années en milieu anaérobie et dans le noir.

Mais la pression va être de plusieurs ordres. On va pouvoir rencontrer, à l'occasion de déplacements, des encouragements publicitaires de grands groupes dans les aéroports alors que nul ne peut effectuer des recherches avec des détecteurs de métal ou des sonars sans en avoir au préalable obtenu l'autorisation. On rencontre aussi des situations d'imprudence, d'équipes constituées, qui ont obtenu des autorisations mais qui, dans une frénésie de communication à l'égard de découvertes qu'elles pensent avoir faites, indiquent publiquement qu'elles ont trouvé un gisement antique parfaitement intact au large de Cannes. Le mal est déjà fait, même involontairement, car un groupe s'est constitué et a commencé à vider le gisement. Il a alors fallu intervenir et organiser une fouille, mais des pièces conséquentes avaient déjà disparu, de même que le contexte de fouille lui-même, essentiel à la recherche archéologique et à la préservation du bien sur le long terme, s'est trouvé affecté. On retrouve aussi parfois, à la demande de magistrats, des documents qu'on

va nous demander de caractériser pour savoir si, dans le cadre d'une saisie, il peut y avoir un lien avec un bien culturel maritime.

Des outils professionnels peuvent servir également à cette mise en contexte d'opérations illicites. Ce qui amène à se dire qu'il y a une nécessaire recherche par l'État d'un préjudice moral à raison de la destruction de sites. Dans certains cas, il y a une véritable frénésie pour ramasser tout ce qui passe, biens culturels maritimes, ressources naturelles, afin de capitaliser. Des réseaux se constituent, avec des filières, parfois des commanditaires, qui ramassent poissons, biens culturels maritimes de qualité, dès lors qu'ils sont revendables.



Des objets sortis d'un contexte dans lequel ils se trouvaient depuis 150 ans, à l'abri de la lumière et de l'oxygène, se détruisent heure après heure. Un bois sorti de l'eau depuis plus de 24 heures, car il n'a plus de cellulose à l'intérieur, va se transformer en pop-corn. Ce processus est irréversible. Les collections démontées subissent ainsi les affres de la destruction inéluctable.

Des objets sortis d'un contexte dans lequel ils se trouvaient depuis 150 ans, à l'abri de la lumière et de l'oxygène, se détruisent heure après heure. Un bois sorti de l'eau depuis plus de 24 heures, car il n'a plus de cellulose à l'intérieur, va se transformer en pop-corn. Ce processus est irréversible. Les collections démontées subissent ainsi les affres de la destruction inéluctable. Des canons en fonte de fer subissent des microfissures hors de l'eau et vont exploser en quelques semaines, mois ou années.

L'intervention concertée, transversale, est nécessaire pour caractériser sur place, pour récupérer un certain nombre de documents, pas uniquement les pièces archéologiques, mais aussi les éléments du délit, les cartes maritimes archéologiques, par exemple. On trouve parfois des objets récupérés, découpés pour

former des assemblages et donc des monstres alors que ces objets n'existaient pas à l'origine. Un leurre total.

Un aspect fondamental à nos yeux a été l'extension de la compétence des juridictions du littoral spécialisées (JULIS) aux infractions d'atteinte aux biens culturels maritimes en 2017. Car là, un certain nombre d'acteurs et de services qui pouvaient intervenir auparavant se sont alors dit que cela faisait partie de leurs objectifs. Des acteurs se sont alors tournés vers le DRASSM pour atteindre leurs propres objectifs. On a alors pris en compte les atteintes aux biens culturels maritimes et on a vu se monter des dossiers complexes avec le soutien des magistrats pour pouvoir éviter que des sites cessent d'être des sites homogènes, tel un site d'amphores de l'Antiquité constitué à la suite d'un naufrage qui vient cristalliser un instant d'une petite communauté humaine donnée. Nous sommes désormais saisis, y compris parfois par WhatsApp, de la question de la nécessité d'une saisie ou de l'ouverture d'une procédure.

Un outil essentiel est la constitution par l'État de la carte archéologique pour recenser le patrimoine archéologique français connu sur le territoire. Sa réalisation repose sur les services archéologiques, selon trois orientations: réaliser la carte au niveau de leur territoire de compétence; gérer la documentation scientifique dont les archives de fouilles; tenir à jour l'application informatique nationale. Cette carte est essentielle dans l'espace maritime car les sites sont dissimulés sous une sorte de miroir gigantesque. On a aujourd'hui 8500 sites répertoriés dans les eaux françaises, permettant d'avoir une vision assez fine de notre patrimoine.

Il y a aussi la nécessité de mener des campagnes de détection, de caractérisation du risque patrimonial, pour ne pas perdre la connaissance scientifique et historique, par la production, l'enregistrement et la conservation d'une documentation scientifique de l'archéologie qui fait référence et qui est maîtrisée totalement par l'État.

Les menaces sur le patrimoine culturel sont grandes. La voici, la tragédie. Il peut y avoir l'érosion littorale résultant des perturbations climatiques et l'élévation du niveau marin, le recul du trait de côté, les aménagements littoraux et la multiplication des tempêtes, qui conduisent à la destruction de sites archéologiques, à des pertes irréversibles. Il y a aussi la vente sur internet avec la possibilité de s'affranchir d'un certain nombre de contraintes qui permet aussi de pister les biens culturels

maritimes. À l'occasion d'un anniversaire du Débarquement en Normandie, on peut trouver en ligne un moteur d'avion sur une remorque avec le numéro de téléphone du vendeur. Il y a aussi des questions de trésors monétaires, des affaires qui ont défrayé la chronique et qui continueront à le faire, comme celle du trésor de Lava. Mais tout cela montre la nécessité de ne jamais renoncer.



Les menaces sur le patrimoine culturel sont grandes. La voici, la tragédie. Il peut y avoir l'érosion littorale résultant des perturbations climatiques et l'élévation du niveau marin, le recul du trait de côté, les aménagements littoraux et la multiplication des tempêtes, qui conduisent à la destruction de sites archéologiques, à des pertes irréversibles. Il y a aussi la vente sur internet avec la possibilité de s'affranchir d'un certain nombre de contraintes qui permet aussi de pister les biens culturels maritimes.

La tradition du travail de l'action de l'État en mer est ancienne dans la mesure où le préfet maritime ou le délégué du gouvernement à l'action de l'État en mer est le coordinateur de l'action des services qui œuvrent en mer. Mais aujourd'hui, on se pose la question de l'intégration du service du ministère de la Culture et de ses moyens, qui signifie des moyens supplémentaires potentiellement pour la protection de l'environnement et de pouvoir bénéficier en retour d'une sensibilisation et d'une montée en gamme des autres administrations au bénéfice de la protection, de la surveillance et éventuellement de la caractérisation des infractions.

Dans un certain nombre d'entités, il y a des agents qui parfois sont commissionnés, mais ne savent pas forcément utiliser leur commissionnement dans le cadre de la protection des biens culturels maritimes. Donc, on a élargi en quelques années un réseau et, même si c'est



Collection DRASSM, ministère de la Culture.

 Protéger le patrimoine, c'est aussi le montrer, l'exposer, mais essentiellement l'expliquer et obtenir une adhésion par rapport à cette explication.

chronophage, on a sensibilisé et accueilli un certain nombre de ces collègues pour avoir une réflexion commune. On n'a, certes, pas encore développé tous les outils, mais on parle d'utiliser plus souvent encore des satellites pour être plus efficaces, ce que l'on faisait déjà dans une certaine mesure et notamment pour les îles éparses du canal du Mozambique. Puis, la perspective est surtout de se rapprocher des options qui permettent d'avoir une stratégie sur des cibles qui scientifiquement ont une forte valeur ajoutée et de, petit à petit si la mécanique fonctionne bien, d'élargir. Mais en aucun cas il n'est question de diffuser trop largement la carte archéologique élaborée par les services de l'État compte tenu des mauvaises expériences passées. Car à partir du moment où l'on a fourni un certain nombre d'éléments, tenant par exemple à un système d'information géographique, cela peut donner ensuite lieu à des pillages. Il faut en tout cas une stratégie commune.

L'État s'est doté d'un certain nombre d'outils pour pouvoir nourrir des bases de données, pour être utile, efficace, pour savoir où se trouve la documentation, avoir une gestion, une stratégie, une vision, en se disant qu'il faut être le plus proche possible de ces territoires où les découvertes sont faites et aussi remettre dans le circuit la possibilité pour la population, pour

la communauté internationale, d'avoir accès à cette documentation, qu'il s'agisse des scientifiques ou des citoyens.

La possibilité de communiquer et de sensibiliser à travers des expositions nous semble également essentielle pour pouvoir, là aussi, tenter de toucher l'ensemble de la communauté nationale. Une exposition *Trésors du fond des mers*, qui s'est terminée au musée d'Arles il y a quelques mois, traitait ainsi d'un sujet de sensibilisation et de l'impact que les différentes agressions peuvent avoir sur notre patrimoine commun. Protéger le patrimoine, c'est aussi le montrer, l'exposer, mais essentiellement l'expliquer et obtenir une adhésion par rapport à cette explication.

Je finirai en vous disant que la sauvegarde par l'étude scientifique pour un patrimoine non renouvelable comporte certaines contraintes. D'abord, l'espace maritime ne dispose d'aucun vrai système de sécurité, mais représente 11 millions de kilomètres carrés. Ensuite, chacun peut le visiter jour et nuit sans être nécessairement contrôlé. En outre, personne ne dispose d'un inventaire détaillé des collections *in situ* et nous sommes bien placés pour le savoir même si chaque jour, nous enregistrons de nouvelles découvertes. Enfin, et pour partie, les vestiges doivent encore être localisés.

Enfin, avec le réchauffement climatique, et son accélération est exponentielle, nous n'aurons jamais les ressources pour y répondre. Chaque jour, nous faisons des choix drastiques et il y a des sites archéologiques qui souffrent parmi ceux que nous connaissons. Ces choix sont parfois pour nous difficiles. Mais si cela nous permet d'avancer, il y a des sacrifices que, de temps en temps, nous devons accepter.

Je ne suis pas sûr qu'il y ait de bonnes solutions. En revanche, il faut en discuter, et ce sont des occasions comme aujourd'hui qui permettront peut-être de faire mûrir petit à petit des orientations, des évolutions des textes qui nous permettront de gagner en efficacité ou au moins en lucidité par rapport à la situation telle qu'elle est et pas simplement par rapport à celle dont on rêverait ou par rapport aux œillères qu'on préfère parfois se mettre parce que c'est plus confortable.

J'ai tendance à être plutôt utopiste, sinon, je ne serais pas là et pas non plus à ce poste, mais ça en vaut la peine, c'est extraordinaire. Ce patrimoine, il faut absolument qu'on puisse essayer de le porter pour ceux qui, demain, pourront encore en parler, quand bien même il a été déstructuré, fouillé et en partie détruit. Nous avons, en revanche, la responsabilité de consigner cette information de manière factuelle pour que, demain, elle puisse être utilisée par d'autres au regard de nouvelles problématiques, de nouveaux outils qui permettront de magnifier les résultats qui, dans un premier temps, avaient été examinés à la lueur des outils dont on disposait en 2023.

Je vous remercie.



Table ronde n°3

Quels instruments juridiques pour un accès et une protection effectifs des biens communs naturels ?

- Introduction

Camille CROS

Avocate au barreau de Marseille – Cabinet RR & A Avocats

- La préservation par le juge administratif des ressources naturelles

Fabien RAYNAUD

Président adjoint de la section des études, de la prospective et de la coopération du Conseil d'État

- La propriété au service des biens communs ? Des obligations réelles environnementales aux obligations réelles d'intérêt commun

Gilles J. MARTIN

Professeur émérite de l'université Côte d'Azur
GREDEG, CNRS

- La domanialité publique au service des biens communs ?

Samuel DELIANCOURT

Premier conseiller, cour administrative d'appel de Lyon
Professeur associé, faculté de droit de Saint-Étienne, université Jean Monnet

- Agir pour des biens communs sous tension, agir pour des biens communs oubliés

Nathalie CHAUDON

Directrice de l'association France Nature Environnement Provence-Alpes-Côte d'Azur



De gauche à droite : Nathalie CHAUDON, Fabien RAYNAUD, Camille CROS, Gilles J. MARTIN, Samuel DELIANCOURT.

Introduction

Camille CROS

Avocate au barreau de Marseille –
Cabinet RR & A Avocats



Camille CROS.

La tragédie des biens communs développée par Garrett James HARDIN pouvait être évitée selon ce dernier grâce à trois solutions :

- la nationalisation ;
- la privatisation ;
- et la gestion par les locaux.

45 ans après sa théorie, les instruments juridiques publics et privés en vigueur aujourd'hui offrent-ils un accès et une protection effectifs des biens communs naturels ?

C'est l'objet de cette 3^e table ronde.

I. Le corpus normatif pour la protection de l'environnement est important au niveau international, national et local. Cet ensemble de dispositions traduit la préoccupation croissante des pouvoirs publics en la matière.

Quel est le rôle du juge administratif dans la mise en œuvre de ces textes et leur interprétation ? A-t-il évolué ? De quelle manière ? Selon quelle méthodologie ?

Fabien RAYNAUD, président adjoint de la section du rapport et des études du Conseil d'État, ancien président de la 6^e chambre spécialisée en droit de l'environnement de la section du contentieux, vous aurez la lourde tâche de nous dire si le juge administratif préserve les ressources naturelles.

II. Qu'en est-il du droit privé en pareille matière et plus particulièrement de la propriété privée par rapport au droit de l'environnement ? Tout le monde ici présent se souvient de ses premiers cours de droit civil où il nous a été appris que la propriété privée est « *le droit d'user, de jouir et de disposer d'une chose de manière propre, exclusive et absolue sous les restrictions établies par la loi* ». Est-elle, à ce titre, gardienne de la nature ?

C'est la question qui est posée à Gilles MARTIN, professeur émérite de l'université Côte d'Azur, GREDEG, CNRS, président du Conseil scientifique du parc national de Port-Cros, « *La propriété au service des biens communs ? : des obligations réelles environnementales aux obligations réelles d'intérêt commun* », qui ne manquera pas de nous parler des mécanismes des obligations réelles environnementales.

III. La domanialité publique est-elle la garantie de la préservation des biens communs ? Un garde-fou ou une chimère ? La réponse n'est pas si aisée et l'analyse par Samuel DELIANCOURT, magistrat administratif, rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon, ne manquera pas de nous apporter l'éclairage nécessaire.

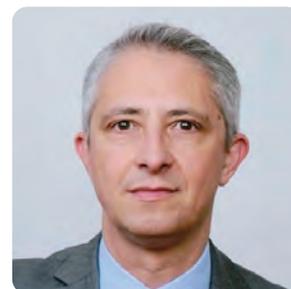
IV. Parmi les biens communs, il est enfin apparu indispensable de s'arrêter sur l'eau, l'air et le sol et sur le retour d'expériences et des contentieux de l'association France Nature Environnement par la voix de sa directrice Provence-Alpes-Côte d'Azur, Nathalie CHAUDON.

À l'heure où les combats environnementaux se livrent sur les réseaux sociaux à coups d'images chocs dans les arbres ou dans les musées, les instruments juridiques actuels permettent-ils un accès et une réelle protection des biens communs par les citoyens et les associations de protection de l'environnement ? Quel retour d'expérience ? Quelles pistes d'amélioration ?

La préservation par le juge administratif des ressources naturelles

Fabien RAYNAUD

Président adjoint de la section des études, de la prospective et de la coopération du Conseil d'État



Fabien RAYNAUD.

Je voudrais tout d'abord remercier l'IERDJ ainsi que la cour administrative d'appel de Marseille et sa présidente de m'avoir invité à participer à ce colloque très important.

Le juge administratif contribue-t-il, et dans quelle mesure, à préserver les ressources naturelles ?

Pour répondre à cette question, je voudrais commencer par quelques rappels qui vont paraître des banalités, mais qui me semblent importants pour cadrer ce que le juge administratif peut faire et ce qu'on doit en attendre.

D'abord, il faut rappeler une évidence : le juge est là pour trancher les litiges qui lui sont soumis, qui relèvent de sa compétence et qui sont recevables. Il est là pour trancher ces litiges en fonction des moyens qui sont soulevés devant lui. Sa réponse dépendra ainsi en grande partie de la qualité et de la pertinence des arguments juridiques qui sont invoqués devant lui, comme le sait bien la représentante de la FNE ici présente ! Enfin, le juge, et c'est important pour notre sujet, s'il peut bien sûr avoir des opinions en tant que citoyen, doit se déterminer en pur droit et en fonction des éléments qui lui sont apportés par les parties : il ne peut évidemment, en aucune façon, avoir une démarche militante.



Le juge, et c'est important pour notre sujet, s'il peut bien sûr avoir des opinions en tant que citoyen, doit se déterminer en pur droit et en fonction des éléments qui lui sont apportés par les parties : il ne peut évidemment, en aucune façon, avoir une démarche militante.

Ensuite, s'agissant du juge administratif plus particulièrement, je voudrais rappeler qu'il connaît des questions qui relèvent de cette problématique depuis très longtemps. On peut même dire depuis son origine, car on peut remonter au décret impérial de 1810 qui, déjà, dans une certaine mesure, avec un vocabulaire et un contexte évidemment différents, soulevait des questions se rattachant à cette problématique. On n'appelait pas cela à l'époque l'environnement ou les biens communs, mais la problématique était en réalité déjà présente ou, du moins, sous-jacente. Au cours de son histoire, le juge administratif a eu très régulièrement à connaître d'un contentieux que l'on qualifierait aujourd'hui d'environnemental.

Ce qui est vrai, c'est que depuis quelques décennies, et même au cours des dernières années, je l'ai vraiment vécu comme président de la 6^e chambre, en charge du contentieux de l'environnement de 2016 à 2022, en six ans, il y a eu une véritable transformation de l'importance de ce contentieux et de l'importance des questions posées.

Il y a à cela, je crois, deux raisons majeures : j'en donnerai des exemples et je pense que d'autres intervenants y reviendront.

D'une part, les textes relatifs à la protection de l'environnement se sont développés, à la fois en termes matériels – ils sont plus précis, plus exigeants – et aussi en termes de niveau dans la hiérarchie des normes – au niveau constitutionnel, au niveau international, au niveau européen. Ce premier élément explique que le juge, qui applique le droit, soit devenu plus exigeant par rapport à l'action de l'administration : c'est parce que c'est le droit lui-même qui est devenu plus exigeant.

D'autre part, la seconde explication, en lien avec ce que je disais sur le fait que le juge est saisi de litiges par des requérants, c'est

l'activisme d'un certain nombre d'associations de défense de l'environnement. La FNE, présente ici, en est un exemple, d'autant plus qu'elle produit des requêtes souvent de grande qualité. Ces associations ont, au cours de ces dernières années, véritablement fait le choix de la voie juridictionnelle pour faire avancer la cause de la défense de l'environnement avec l'idée de passer par le juge pour faire bouger les choses.

Après ces éléments d'introduction, j'en viens aux quelques exemples de décisions importantes que le juge administratif a rendues au cours de ces dernières années sur la question des biens communs pour illustrer de manière concrète ce qu'il a été amené à juger dans des contentieux exemplaires voire, pour certains, spectaculaires.

Le premier exemple, c'est l'air. Vous parliez, Maître, en introduction de l'eau, l'air, le sol... Pour parler de l'air, il y a eu, vous le savez, des contentieux particulièrement importants en matière de qualité de l'air qui ont été très structurants et je vais les rappeler rapidement.

La première décision, c'est la décision *Association Amis de la Terre* de 2017, par laquelle le Conseil d'État a annulé le refus des autorités publiques de prendre toute mesure permettant de repasser sous les valeurs limites prévues par la directive 2008-50 du 21 mai 2008 sur la qualité de l'air. C'est un exemple intéressant d'articulation entre le droit européen et le droit national. Il y a le droit européen, en l'occurrence la directive, qui fixe de manière très précise les objectifs chiffrés sur les teneurs limites en dioxyde d'azote et en particules fines, que la CJUE, dans un arrêt du 19 novembre 2014 *Clientearth* – d'ailleurs une question préjudicielle posée par un tribunal britannique – interprète comme étant des objectifs de résultat et pas uniquement comme des objectifs à caractère généraux sur lesquels on fait les meilleurs efforts. La CJUE dit pour droit que ce sont des objectifs de résultat et que les juges nationaux, s'ils sont saisis de contestations en la matière, doivent déployer tous les moyens qui sont à leur disposition, qui entrent dans leur compétence, pour en assurer le respect.

À la suite de cette décision, le Conseil d'État est saisi par l'association Les Amis de la Terre et, en 2017, il donne un plein effet aux dispositions invoquées, de manière presque mécanique. Car il constate qu'il y a un dépassement structurel dans un certain nombre de régions françaises – à l'époque, il y en avait 15 pour le dioxyde d'azote, 3 pour les particules fines – et

il constate que l'obligation de résultat posée par la directive telle qu'interprétée par la cour n'est pas respectée et que doit donc être mis en œuvre ce que prévoit la directive en cas de dépassement, c'est-à-dire que les autorités nationales adressent à la Commission européenne un plan permettant de repasser sous les valeurs limites dans le délai le plus court possible. Donc le Conseil d'État, se fondant sur ces dispositions – celles de la directive et celles qui l'ont transposée en droit national – fait droit à la requête et enjoint au Premier ministre de prendre ces plans d'ici au 31 mars 2018 et de les notifier à la Commission. Jusqu'à présent, c'est une décision assez classique dont l'intérêt est quand même, en termes de recevabilité, d'admettre qu'on puisse attaquer le refus des autorités de prendre toute mesure.



Ces associations ont, au cours de ces dernières années, véritablement fait le choix de la voie juridictionnelle pour faire avancer la cause de la défense de l'environnement avec l'idée de passer par le juge pour faire bouger les choses.

Ensuite, la deuxième décision dans cette affaire, c'est celle de l'assemblée du contentieux du 10 juillet 2020. Elle est rendue au stade de l'exécution de la première décision et je voudrais en profiter pour insister sur l'importance que le juge administratif accorde désormais à l'exécution de ses décisions. Nous sommes loin des critiques formulées par le fameux Huron au Palais Royal de Jean Rivéro en 1962, grâce aux pouvoirs qui ont été donnés au Conseil d'État par le décret de 1963 et qui ont été repris et amplifiés par les textes ultérieurs – pouvoirs qui, il faut le relever, n'existent pas nécessairement dans d'autres systèmes juridiques... Par cette décision de juillet 2020, l'assemblée du contentieux tranche trois questions importantes. Tout d'abord, elle constate que, même si le nombre de régions en dépassement s'est réduit, il n'en demeure pas moins qu'il en reste un certain nombre – 8 pour le dioxyde d'azote et 2 pour

les particules fines – et que, parmi ces régions, il n'y en a qu'une seule pour laquelle le document notifié à la Commission peut être regardé comme un plan permettant le retour sous les valeurs limites dans le délai le plus court possible; pour toutes les autres régions en situation de dépassement persistant, les éléments transmis à la Commission en exécution de la décision de 2017 sont trop imprécis, trop parcellaires ou prévoient des retours sous les valeurs limites à des dates trop lointaines ou pas assez justifiées pour pouvoir être regardés comme ayant exécuté la décision de 2017.

L'assemblée du contentieux tranche une deuxième question majeure en tirant les conséquences de cette inexécution et en infligeant à l'État une astreinte de 10 millions d'euros par semestre de retard pour l'avenir, ce qui est un record par rapport au niveau des astreintes que la juridiction administrative a pu infliger jusqu'alors. Elle justifie ce montant par la nature de l'inexécution en cause, sa gravité, sa durée.

La troisième question que tranche l'assemblée du contentieux est sans doute plus importante encore, eu égard à son audace et à son caractère systémique. Elle juge en effet que, alors que la lettre de l'article L. 918 du Code de justice administrative se borne à prévoir que le produit de l'astreinte va soit au requérant, soit à l'État, il existe une troisième solution lorsque l'État est en cause, pour éviter de se retrouver dans une impasse qui conduirait soit à une forme d'enrichissement sans cause du requérant, soit à rendre l'astreinte sans portée réelle. L'assemblée affirme ainsi, de manière très prétorienne, que, dans un cas comme celui de l'espèce, le juge peut décider d'attribuer le produit de l'astreinte à une tierce personne, qui n'est donc ni le requérant ni l'État, mais qui peut être soit une personne publique suffisamment indépendante de l'État, soit une personne privée sans but lucratif dont, dans les deux cas, l'objet de leur action est en lien avec le litige en cause.

Enfin, le Conseil d'État a été amené à prendre encore deux décisions dans cette affaire, le 4 août 2021 et le 17 octobre 2022, qui sont, là encore, des décisions d'exécution. Par ces décisions, il liquide plusieurs tranches d'astreinte, sans les modérer, ce qu'il aurait pu faire d'autant qu'il n'y avait plus que 5 régions en dépassement pour le dioxyde d'azote (dont une repassée sous les valeurs limites, mais pas suffisamment stabilisée) et une seule pour les particules fines lors de la décision de 2021 et seulement 4 pour le dioxyde d'azote et aucune pour les particules fines dans celle de 2022.



Le juge administratif assume son rôle de gardien de la légalité, y compris dans un cas aussi complexe, n'hésitant pas à mettre en œuvre ses prérogatives, tout en veillant à rester réaliste.

On voit qu'il y a un effet positif et, en même temps, qu'il s'agit d'une action très difficile pour les pouvoirs publics car le niveau du dioxyde d'azote dans l'air dépend de leur action, mais aussi de l'action des acteurs économiques, des particuliers et même de ce qui se passe chez nos voisins... À chaque fois, le Conseil d'État a réparti l'essentiel du montant de l'astreinte entre des acteurs publics (ADEME, ANSES, CEREMA), mais aussi des acteurs privés à but non lucratif (Airparif, Atmo, Atmo Auvergne-Rhône-Alpes et Atmo Sud, qui en a bénéficié puisque la zone d'Aix-Marseille se trouvait en dépassement)¹²³.

Si l'on s'efforce à l'objectivité, le bilan peut apparaître en demi-teinte puisque l'on a toujours une inexécution, au moins partielle; mais le juge administratif assume son rôle de gardien de la légalité, y compris dans un cas aussi complexe, n'hésitant pas à mettre en œuvre ses prérogatives, tout en veillant à rester réaliste. Le niveau de l'astreinte, fixé à 10 millions, est à la fois élevé par rapport à ce qui se pratiquait avant cette décision; mais on peut dire aussi que c'est peu au regard de la taille du budget de l'État et par rapport même à ce que la CJUE a fait par le passé, notamment dans une affaire de pêche où elle avait infligé à la France une astreinte de 57 millions d'euros par semestre de retard, soit cinq fois plus. Mais il y a aussi l'idée

¹²³. Le Conseil d'État a, par une troisième décision portant sur l'exécution, rendue le 24 novembre 2023, liquidé deux nouvelles tranches d'astreinte, mais en modérant cette fois le montant (10 millions pour deux semestres de retard) en ayant relevé que l'exécution était toujours insuffisante que dans deux zones seulement, pour lesquelles il a pris en compte les mesures prises ainsi que la baisse du niveau des dépassements constatés.

que l'astreinte va peser sur le budget du ministère qui a aussi en charge, justement, l'amélioration de la situation et qu'il ne faut pas non plus prendre le risque d'être contreproductif. En tout cas, c'est un effort d'équilibre et de réalisme tout en allant au bout des exigences du droit en matière de protection de l'environnement.

Dans le même esprit, je voudrais signaler le jugement rendu le 16 juin 2023 par le tribunal administratif de Paris, sur le terrain de la responsabilité de la puissance publique cette fois. Saisi par des requérants qui soutenaient que leurs filles avaient eu de manière répétée des maladies respiratoires, des otites, etc., à cause de la pollution atmosphérique dans la région Île-de-France, le tribunal, en s'appuyant notamment sur ce que le Conseil d'État avait jugé dans l'affaire dont je viens de parler, a estimé qu'il y avait une faute de l'État à ne pas avoir pris, dans cette région, un plan permettant de repasser sous les valeurs limites dans le délai le plus court possible; il a ensuite recherché, de manière très concrète et très précise, toujours dans un souci de réalisme du juge administratif, s'il y avait des raisons particulières de penser que les maladies respiratoires de ces petites filles étaient en lien avec la faute de l'État. Il a relevé que la famille habitait à un endroit particulièrement exposé à cette pollution et qu'un certain nombre d'éléments permettaient de retenir ce lien de causalité. En conséquence, il a condamné l'État à une somme de 2000 euros pour réparer le préjudice en cause, somme qui est certes plutôt modeste, mais qui est en rapport avec un préjudice lui-même en l'espèce assez circonscrit. Là encore, il y a le souci de tirer toutes les conséquences du défaut de protection des biens communs par la puissance publique que l'on retrouve au niveau du tribunal administratif.

Il y a également l'affaire *Commune de Grande-Synthe*, qui est plus connue et sur laquelle il sera donc possible d'être plus synthétique. Comme on le sait, la commune de Grande-Synthe a attaqué devant le Conseil d'État le refus opposé par l'État à sa demande tendant à ce que soit prise toute mesure pour réduire le niveau des émissions de gaz à effet de serre en France.

Ce qui est intéressant dans *Commune de Grande-Synthe*, c'est d'abord la question de la recevabilité de la requête. Dans la première décision avant dire droit, du 19 novembre 2020, le Conseil d'État a estimé que la commune de Grande-Synthe était recevable, mais pas le maire qui intervenait en mettant en avant sa seule qualité d'habitant de la commune

(rappelons que, par ailleurs, plusieurs associations de défense de l'environnement et plusieurs autres communes comme Paris et Grenoble ont été admises à intervenir au soutien de la requête). Cette position très nuancée correspond au souci du juge administratif en général et du Conseil d'État en particulier, d'avoir, s'agissant de l'accès à son prétoire, un libéralisme raisonnable afin d'éviter tant l'*actio popularis* qu'une conception trop restrictive de l'atteinte, de la lésion de l'intérêt, qui conduirait à ce que personne n'ait intérêt pour agir parce que les dommages sont trop potentiels, trop lointains dans le temps, ou trop largement répandus. L'équilibre trouvé en l'espèce a été de juger que la commune de Grande-Synthe, qui est une commune littorale dont une partie du territoire est sous le niveau de la mer et est ainsi très exposée aux conséquences du changement climatique – et tout cela était très documenté dans la requête – dont elle ne pourrait se prémunir des effets en 2030 ou 2040 puisque, par définition, une commune ne peut pas déménager! Donc, pour la commune, il a été jugé que l'atteinte est certes potentielle, pas immédiate, mais certaine compte tenu des conséquences du changement climatique, alors que pour l'habitant de la commune, qui ne fait état que de cette seule qualité, l'atteinte était trop indirecte, trop potentielle, pour lui reconnaître un intérêt pour agir.



Il y a le souci de tirer toutes les conséquences du défaut de protection des biens communs par la puissance publique que l'on retrouve au niveau du tribunal administratif.

Le deuxième intérêt de cette affaire, c'est ce que le Conseil d'État a été amené à dire pour éclairer le cadre juridique du litige qui lui était soumis. Il l'a éclairé en disant deux choses essentielles: d'une part, que les accords de Paris ne sont pas d'effet direct, mais, d'autre part, qu'ils doivent être pris en considération pour interpréter les textes pris pour leur

exécution, c'est-à-dire la loi française qui, en exécution de ces accords, a fixé l'objectif de réduction de 40 % des émissions de gaz à effet de serre en 2030 par rapport à 1990 concernant la France (le règlement européen, pris lui aussi pour l'exécution de ces accords, mais au niveau européen, attribue à notre pays un objectif de réduction de 37 % par rapport à 2005 ce qui revient au même en pratique). Autrement dit, le Conseil d'État juge que l'objectif chiffré adopté par le législateur français pour mettre en œuvre les accords de Paris n'est pas purement programmatique, mais qu'il est juridiquement invocable devant le juge. L'issue du litige en cause dépend donc du point de savoir si le refus de prendre des mesures supplémentaires pour réduire les émissions de gaz à effet de serre, refus attaqué par la commune requérante, est compatible avec le respect de la trajectoire définie pour atteindre l'objectif de 2030, telle qu'elle résulte des décrets pris pour l'application de la loi.



Autrement dit, le Conseil d'État juge que l'objectif chiffré adopté par le législateur français pour mettre en œuvre les accords de Paris n'est pas purement programmatique, mais qu'il est juridiquement invocable devant le juge.

Une fois le cadre juridique du litige éclairé par sa première décision et après avoir laissé le temps à un débat contradictoire entre les parties sur cette base, le Conseil d'État, par sa deuxième décision, du 1^{er} juillet 2021, a donné raison à la requérante en jugeant que le refus attaqué n'était pas compatible avec la trajectoire fixée par le décret du 21 avril 2020. Pour cela, il a relevé, d'une part, que s'il y avait eu des résultats plutôt satisfaisants en 2019, 2020 et 2021, cela s'expliquait en grande partie par l'effet du confinement; d'autre part, qu'il résulte du décret fixant la trajectoire que l'essentiel de l'effort de

réduction portera sur la fin de la période, impliquant une accélération sensible du rythme des efforts. Dans ces conditions, il a jugé que les éléments apportés par le gouvernement ne paraissaient pas suffisants pour établir cette compatibilité, d'autant que le gouvernement lui-même soulignait qu'il préparait des mesures supplémentaires, reconnaissant ainsi implicitement que des mesures supplémentaires étaient bien nécessaires... En conséquence, il a annulé le refus attaqué et a prononcé une injonction de prendre des mesures supplémentaires avant le 31 mars 2022, laissant ainsi un délai de près de 10 mois au gouvernement.

Par sa 3^e décision, du 10 mai 2023, le Conseil d'État, retrouvant sa compétence en matière d'exécution, relève, d'une part, comme l'y invitait le gouvernement, que beaucoup d'actions ont été lancées – à commencer par l'adoption de la loi d'août 2021 et l'édition de ses décrets d'application – mais, d'autre part, comme l'y invitait la requérante, que non seulement les projections produites par la défense elle-même s'avéraient fragiles (elles estimaient ainsi que, si toutes les mesures étaient mises en œuvre rapidement, il était possible d'atteindre une réduction de 38 % en 2030, ce qui était certes proche de l'objectif, mais un peu en deçà, avec des incertitudes méthodologiques assez importantes), mais encore que les projections réalisées à la demande de la requérante montraient au contraire un écart important. Il a relevé en outre qu'un certain nombre d'organes indépendants, comme le Haut Conseil pour le climat, avaient rendu des avis très circonspects, voire franchement critiques, sur le caractère suffisant des mesures prises pour respecter la trajectoire et atteindre l'objectif. Au total, le Conseil d'État considère que la décision de 2021 ne peut être regardée comme pleinement exécutée et il prononce en conséquence une nouvelle injonction de prendre des mesures supplémentaires d'ici au 30 juin 2024 avec une étape au 31 décembre 2023; toutefois, compte tenu des nombreuses mesures déjà prises, il estime qu'il n'est pas nécessaire d'assortir cette injonction d'une astreinte. Il s'efforce ainsi de faire preuve à la fois de réalisme, car on voit bien que les mesures ne peuvent pas être adoptées du jour au lendemain, qu'elles sont complexes et que beaucoup a déjà été fait, mais sans pour autant renoncer à faire appliquer le droit tel qu'il résulte de la loi et du décret pris pour son exécution.

En lien avec cette affaire, il faut mentionner les jugements du TA de Paris dans l'affaire dite du siècle. Dans la même logique que celle de

l'affaire *Commune de Grande-Synthe*, sur le terrain de la responsabilité cette fois (comme dans l'exemple que je citais sur la qualité de l'air), le tribunal juge, par son jugement avant dire droit du 3 février 2021, que les requérants (des associations de défense de l'environnement) sont bien recevables, que le dépassement de la trajectoire prévue par le premier décret a constitué une faute de l'État de nature à engager sa responsabilité et, par son deuxième jugement du 14 octobre 2021, que pour calculer le préjudice né de cette faute et qu'il convient de réparer, il faut déduire des millions de tonnes équivalent CO₂ émis en trop les millions émis en moins par rapport à la trajectoire pendant le confinement, ce qui donne un total résiduel de 15 millions qu'il va falloir compenser en émettant moins par rapport à la trajectoire prévue¹²⁴. Là encore, c'est donc un effort de réalisme, mais d'exigence quant au respect effectif du cadre juridique tel qu'il a été défini par le législateur et le pouvoir réglementaire.

Pour conclure, je voudrais formuler trois observations finales soulignant trois soucis constants du juge administratif que ces affaires illustrent bien :

1. Dans la recevabilité, l'attachement à un réalisme raisonnable, afin de rester suffisamment ouvert tout en évitant l'*actio popularis*;

2. Dans l'application de la norme, toujours s'efforcer de donner aux textes leur pleine efficacité. Ainsi, dans *Commune de Grande-Synthe*, le Conseil d'État n'est pas allé jusqu'à dire, comme d'autres juges ont pu le faire en Europe, que l'objectif de réduction lui-même était insuffisant : il s'est borné à prendre le chiffre tel que défini par le législateur français, mais en lui donnant sa pleine portée et en appréciant son respect effectif ;

3. Dans le suivi de ses décisions, en ayant le souci de leur effectivité, avec notamment l'action de la Section du rapport et des études¹²⁵, tout en étant conscient que c'est aux autorités politiques qu'il appartient de déterminer les mesures d'exécution et que la tâche, s'agissant des contentieux environnementaux, est souvent particulièrement difficile.

Je vous remercie.

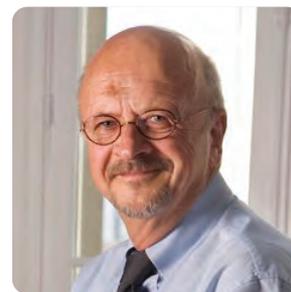
124. Par un jugement du 22 décembre 2023, le tribunal administratif de Paris, saisi de l'exécution de son jugement, a relevé que, sur les 15 Mt CO₂éq qu'il avait retenu comme constituant le préjudice à réparer, le moindre niveau des émissions de GES observées avait permis de réduire ce « trop émis » à 3 à 5 Mt non compensés ; il a estimé que, compte tenu des mesures provisoires pour 2023, qui laissaient apparaître, à nouveau, une moindre émission, il n'était pas nécessaire de prononcer une mesure d'injonction supplémentaire.

125. Devenue la section des études, de la prospective et de la coopération en vertu du décret n° 2024-167 du 1^{er} mars 2024.

La propriété au service des biens communs ? Des obligations réelles environnementales aux obligations réelles d'intérêt commun

Gilles J. MARTIN

Professeur émérite de l'université Côte d'Azur
GREDEG, CNRS



Gilles J. MARTIN.

La formulation du sujet qui nous est dévolu conduit naturellement à faire référence au célèbre article de Jehan DE MALAFOSSE, l'un des pionniers du droit de l'environnement, article paru dans les *Mélanges Flour* et ayant pour titre « La propriété gardienne de la nature¹²⁶ ». Il s'agit alors de montrer que, depuis fort longtemps déjà, il a été soutenu qu'il n'y avait pas une contradiction "génétique" entre la propriété privée et la protection de la nature. Comme il est facile de l'imaginer, la propriété dont il est ici question est exclusivement la propriété foncière. N'est donc pas convoquée dans ce débat la propriété des biens incorporels ou, plus généralement, ce que certains auteurs ont qualifié de « propriété économique¹²⁷ ».

Les exemples donnés au soutien de l'idée d'une propriété gardienne de la nature font en général référence aux grandes propriétés qui ont permis de conserver des espaces naturels intacts (ou presque), que ce soit le Cap d'Antibes ou le Cap Ferrat sur la Côte d'Azur ou les grandes propriétés de Sologne ou de la baie de Somme, par exemple.

Mais évidemment, cette présentation passe sous silence plusieurs caractéristiques qui atténuent la portée de l'argumentation. D'une part, il s'agit d'une gardienne « aléatoire » de la nature, dans la mesure où elle ne remplit ce rôle que si le propriétaire le veut bien et s'il y met les moyens, étant observé que ce caractère aléatoire s'inscrit dans la durée, puisque la volonté du propriétaire peut évoluer dans le temps. D'autre part, la nature dont il s'agit est, dans un très grand nombre d'hypothèses, une

nature « privatisée et exclusive » pour le seul bénéfice du propriétaire, c'est-à-dire à l'exact opposé de ce que l'on imagine pour les biens communs. Sur ce dernier point, il est cependant possible de nuancer la critique en observant, par exemple, que certaines fonctionnalités de cette « nature » protégée par la propriété privée peuvent bénéficier au plus grand nombre : ainsi en va-t-il du stockage du carbone par des forêts privées. De même, il faut prendre en considération l'existence de la propriété publique, qui, au moins dans sa dimension domaniale, connaît un régime juridique plus ouvert que celui qui s'applique à la propriété privée. C'est cependant de cette dernière qu'il sera seulement question dans les lignes qui suivent.



Force est alors de constater que, d'un point de vue général et en dehors de quelques exceptions, la limite essentielle à l'idée d'une propriété gardienne de la nature reste la volonté et la souveraineté du propriétaire [...].

Force est alors de constater que, d'un point de vue général et en dehors de quelques exceptions, la limite essentielle à l'idée d'une propriété gardienne de la nature reste la volonté et la souveraineté du propriétaire, même si elles sont encadrées par une réglementation aussi pléthorique que mal appliquée (mal appliquée parce que pléthorique, entre autres raisons!).

126. J. DE MALAFOSSE, *La propriété gardienne de la nature*, *Mélanges Flour, répertoire du notariat Deffrénois*, Paris 1979, pp.335-349.

127. Cf. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, La propriété, § 27, 3^e édit., PUF, Paris 2022.

Ce constat se vérifie d'autant plus que les théories de la propriété fonction sociale n'ont « pas atteint l'expression souhaitée par DUGUIT et JOSSERAND¹²⁸ ». Même si l'on admet que la fonction sociale de la propriété comporte un volet écologique, ce qui paraît raisonnable¹²⁹, et même si des évolutions intéressantes peuvent être observées¹³⁰, force est néanmoins de constater qu'elles n'ont jamais eu de réelles traductions dans la jurisprudence française, sauf pour venir justifier l'adoption de réglementations limitant les droits du propriétaire¹³¹ ou pour fonder des solutions permettant la prise en considération des droits du voisinage. Les textes sont certainement plus « offensifs » et les contrôles sans doute plus réels en Italie¹³² et surtout en Allemagne¹³³, mais on peine cependant à voir en quoi ils bouleversent la situation du propriétaire. En France, en tout cas, jamais un juge français n'a considéré que le fait pour un propriétaire de ne pas exercer son droit conformément à sa fonction sociale ou écologique pouvait être constitutif d'un abus de droit.

À ce stade, l'affaire paraît entendue et la propriété privée trouve mieux sa place sur le banc des accusés qu'aux côtés des défenseurs de l'environnement et des milieux naturels.

Si tout ce qui précède n'est guère contestable, il reste que lorsque le propriétaire souhaite mettre la puissance de son droit au service de la protection de l'environnement et même plus largement au service de certaines autres facettes de l'intérêt général, l'effet de levier peut être considérable. Dès lors, la question se pose un peu différemment et devient celle-ci : est-il possible d'inciter et de convaincre certains propriétaires d'exercer leur droit à des fins de conservation des espaces naturels, voire à des fins de promotion d'autres parcelles de l'intérêt général et, dans les hypothèses où ils l'acceptent, peut-on avec leur accord « fixer » cette volonté sur des durées suffisamment longues pour que cet engagement ait du sens au

regard précisément de l'intérêt commun pris en compte ? Il ne s'agira donc pas de reprendre à notre compte l'antienne de la propriété gardienne de la nature, mais seulement de souligner la nécessité de faire feu de tout bois pour atteindre cet objectif en étant convaincu que la réglementation unilatérale et la police administrative ne peuvent pas être l'alpha et l'oméga de la protection de l'environnement.



Les caractéristiques principales de l'ORE sont donc sa très grande souplesse et son adaptabilité aux besoins du site concerné ou des espèces qui l'habitent.

C'est cette conviction appuyée sur certaines expériences étrangères, qui nous avait conduits à proposer que soit inséré dans notre droit un mécanisme inspiré des « conservation easements » du droit américain¹³⁴, ou de dispositions comparables présentes dans d'autres droits¹³⁵. Ce fut chose faite avec la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages qui inscrit dans le Code de l'environnement un article L. 132-3 créant ce que le législateur français a choisi de baptiser « obligation réelle environnementale » (ORE).

128. Judith ROCHFELD, Les grandes notions du droit privé, La propriété, § 37, *op.cit.*

129. Cf. Gilles J. MARTIN, Quelques observations sur la confrontation du droit des biens avec les préoccupations environnementales – Regard d'un privatiste, in « Des petits oiseaux aux grands principes », Mélanges en l'honneur du professeur Jean UNTERMAÏER, Mare & MARTIN, Paris 2018, pp. 195-220, spéc. p. 207.

130. Judith ROCHFELD, *ibid.*

131. Gilles J. MARTIN, *op.cit.*, pp. 206 à 208.

132. L'article 42, al. 2 de la Constitution italienne dispose que « La propriété privée est reconnue et garantie par la loi qui en détermine les modes d'acquisition, de jouissance ainsi que les limites afin d'en assurer la fonction sociale et de la rendre accessible à tous ».

133. L'article 14(2) de la Loi fondamentale allemande pose en principe que « Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité ».

134. Les premiers exemples de *conservation easements* (servitudes de conservation) ont été relevés au tout début des années 1960 aux États-Unis d'Amérique. On s'accorde pour considérer que la toute première est apparue en 1961 dans le cadre d'un accord signé entre une ONG de protection de la nature (*The Nature Conservancy*), une agence publique à vocation de conservation de la nature (*The Bureau of Land Management*) et un propriétaire forestier, pour aider à la protection et organiser la cogestion d'une importante forêt ancienne considérée comme patrimoniale en Californie. Pour donner un cadre à ces initiatives, qui se sont assez rapidement multipliées, une loi fédérale vint proposer un modèle, *the Uniform Conservation Easement Act* (UCEA) qui fut définitivement approuvé en 1981 par la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. Les conservation easements sont aujourd'hui prévus et régis par la législation de quasiment tous les États fédérés et sont présents sur tout le territoire des États-Unis : 140 000 contrats au moins, couvrant 10 millions d'hectares, ont été conclus.

135. Ainsi le mécanisme se retrouve-t-il par exemple dans les droits de plusieurs provinces canadiennes comme dans les droits australiens, néo-zélandais, écossais, chilien ou suisse.

Essayant d'aller au-delà de l'intérêt commun environnemental, le groupe de recherche sur « l'échelle des communalités¹³⁶ » a proposé d'élargir la portée du mécanisme des obligations réelles environnementales, en proposant la création de *lege ferenda* d'une « obligation réelle d'intérêt commun » (ORIC).

L'examen de l'ORE et de son développement en droit positif précédera celui de la proposition doctrinale.

I. L'obligation réelle environnementale (ORE)

Comme tous les juristes s'intéressant aux questions environnementales le savent aujourd'hui, l'ORE est créée par un contrat authentique conclu, pour une durée maximum de 99 ans, entre un propriétaire privé (ou une personne publique intervenant sur son domaine privé) et une personne publique (collectivité territoriale, établissement public) ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement. Par ce contrat, le propriétaire constituant s'engage au bénéfice du cocontractant à faire et/ou à ne pas faire certaines choses, pourvu que ces obligations, librement déterminées dans le contrat, aient pour « finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques » (L. 132-3 du Code de l'environnement). Le propriétaire s'engage pour toute la durée du contrat et cette obligation se transmet à tous les propriétaires ultérieurs du bien pendant cette durée.

Il s'agit donc bien, comme nous l'évoquions plus haut, de « fixer » la volonté du propriétaire dans le temps et de lui donner l'occasion de faire de cette volonté une loi (la loi des parties qui découle des conventions qu'elles ont légalement faites, selon l'article 1103 du Code civil), avec cette particularité remarquable que l'obligation étant rattachée au bien et non à la personne du propriétaire, la loi contractuelle s'imposera à celui qui lui aura donné naissance, mais aussi à tous ceux qui lui succéderont en qualité de propriétaire dudit bien pendant la

durée du contrat. Cette transmission de l'obligation réelle tient à sa nature, mais elle est organisée et permise par la publicité foncière à laquelle la constitution de l'ORE est soumise.

L'ORE repose très largement sur la liberté contractuelle. Son périmètre est librement négocié et pourra concerner une parcelle tout entière, comme une simple allée d'arbres, la protection de toute la faune et de la flore sauvages présentes sur le site ou la seule préservation d'une espèce particulière ou du cours d'eau traversant la propriété. Elle peut être constituée pour protéger un arbre « remarquable » ou une forêt. De même, sa durée est librement négociée dans la limite de 99 ans, comme sont librement négociées les obligations de faire ou de ne pas faire, acceptées par le constituant, qui en définit avec son cocontractant le contenu précis. Les caractéristiques principales de l'ORE sont donc sa très grande souplesse et son adaptabilité aux besoins du site concerné ou des espèces qui l'habitent. Elle peut tout aussi bien, parallèlement aux mesures de stricte protection du milieu, permettre et organiser l'accès, l'ouverture et l'inclusivité – c'est très souvent le cas en pratique – et faire ainsi du bien qui lui sert d'assiette un authentique bien commun. Dans certaines hypothèses, elle est l'instrument par lequel un propriétaire renonce pour lui-même et tous ceux qui lui succéderont pendant la durée du contrat, à certaines de ses prérogatives – et parfois à presque toutes ses prérogatives – au bénéfice de certaines communautés ou de la communauté en général. Ainsi, par exemple, en 2021, un ancien entrepreneur, inquiet de voir se multiplier les atteintes au milieu naturel dans sa région, a acquis deux parcelles de forêts représentant ensemble 48 hectares et a décidé de consentir sur cet espace une ORE pour une période de 99 ans au bénéfice du parc naturel régional des Landes de Gascogne, en s'engageant à ne pas exploiter cet espace et à le laisser librement évoluer¹³⁷.

Comme on peut s'en douter, la naissance de cet outil a été longue et difficile ; il a suscité de multiples résistances¹³⁸. Après que l'idée d'un instrument de ce type eut été évoquée dans un rapport de 1997 sur « la protection conventionnelle des espaces naturels en droit français et

136. Judith ROCHFELD, Marie CORNU et Gilles J. MARTIN, *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Paris, Mission de recherche Droit & Justice, 2021, 520 p., disponible sur <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/lechelle-de-communalite>

137. S. Menet, journal *Sud Ouest*, 1^{er} mars 2021.

138. G. J. MARTIN, La servitude environnementale, histoire d'une résistance, in, *Repenser la propriété* (C. GUIBET LAFAYE, S. VANUXEM, dir.), PUAM, collection Droits de l'environnement, 2015, pp. 89-97.

comparé¹³⁹ », un deuxième rapport développant cette idée et faisant des propositions de mise en œuvre fut remis au gouvernement par la Société française pour le droit de l'environnement (SFDE) en 2004. Ce rapport resta sans lendemain¹⁴⁰. Lors de la préparation des lois « Grenelle » et des nombreux travaux qui furent conduits à cette occasion, un deuxième rapport fut remis au gouvernement et publié en 2008¹⁴¹. Discuté dans le cadre de groupes de travail et spécialement du Comité opérationnel de la trame verte et bleue, il fut salué comme proposant un instrument intéressant dans un rapport du sénateur Raoult¹⁴², mais se heurta à l'opposition radicale de certains acteurs, représentant le monde agricole et les propriétaires forestiers¹⁴³. Il fallut donc attendre 2013 pour qu'un projet de texte avec son exposé des motifs soit rédigé. C'est ce projet qui, amendé par le travail parlementaire, trouva sa place dans la loi « biodiversité » de 2016.

Pour connaître l'état actuel du développement de cet instrument en France, il est impossible de trouver l'information dans le seul rapport déposé, avec près de trois ans de retard, par le gouvernement sur les bureaux de l'Assemblée nationale et du Sénat, le 15 janvier 2021¹⁴⁴. De leur propre aveu, les auteurs du rapport reconnaissent ne pas avoir pu recueillir toutes les informations nécessaires et avoir en tout état de cause arrêté leur inventaire au 31 décembre 2019, alors précisément que les

ORE se sont surtout développées à partir de 2020! D'ailleurs, contrairement à son intitulé, le rapport n'indique pas non plus quels seraient « les moyens d'en renforcer l'attractivité ». Il faut donc aller chercher l'information auprès des acteurs qui, sur le terrain, participent au développement des ORE, et les renseignements recueillis sont nécessairement parcellaires.

S'agissant des ORE dites « patrimoniales¹⁴⁵ », au 9 octobre 2023, la Fédération des conservatoires d'espaces naturels – qui est l'une des institutions les plus engagées dans ce développement – avait connaissance de 57 contrats signés par des conservatoires régionaux, couvrant une surface de 1120 ha, tandis que 300 à 500 ha étaient en négociation. Si l'on compare ces chiffres avec ceux recueillis en 2021, les surfaces relevant de ce réseau ont pratiquement doublé.

À côté du réseau des conservatoires d'espaces naturels, se sont multipliées les ORE signées à l'initiative de personnes publiques, agences de l'eau¹⁴⁶, départements¹⁴⁷, conservatoire du littoral¹⁴⁸, notamment. Dans les zones où la pression foncière est très forte, ces personnes publiques se rendent compte aujourd'hui que la négociation et la signature d'une ORE permettent d'obtenir pratiquement les mêmes résultats qu'une acquisition, par préemption ou de gré à gré, mais à un coût bien moins élevé.

À la jonction du public et du privé, il est encore possible de relever des ORE signées par certaines SAFER.

Enfin, ont été à l'origine de nombreux contrats constitutifs d'ORE patrimoniales des propriétaires privés d'espaces naturels, soucieux de mettre un bien qu'ils avaient géré de manière respectueuse des enjeux environnementaux à l'abri d'un changement de situation (lié à leur décès ou à la vente du bien, par exemple), ou souhaitant que le bien qu'ils avaient acquis soit

139. C. GIRAUDEL (dir.), *La protection conventionnelle des espaces naturels – étude de droit comparé de l'environnement*, préf. M. PRIEUR, éd. PULIM, Limoges, 2000.

140. C. BARTHOD et T. LAVOUX (La question des servitudes contractuelles environnementales en France, IX^e Conférence internationale Droit de propriété, économie et environnement, Aix-en-Provence, 21-23 juin 2012) écrivent que face à « la réticence des acteurs agricoles et forestiers devant une nouvelle forme de servitudes permanentes... (au) blocage psychologique et social devant la terminologie des servitudes », le ministère et le gouvernement renoncèrent et choisirent plutôt de réfléchir à une évolution du bail rural par l'introduction de possibles « clauses environnementales ».

141. G. J. MARTIN, Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation propter rem de protection de l'environnement, *RJE* 2008, n° spécial, pp. 123-131.

142. Le rapport présenté au ministre par le sénateur Raoult, le 14 mars 2008, souligna l'intérêt de cette proposition, tout en relevant que « si un tel outil devait se développer en France, il faudrait alors l'articuler avec le statut français du fermage, s'agissant d'un point extrêmement sensible pour le monde agricole... » (C. BARTHOD et T. LAVOUX, 2012). Faute d'une réelle volonté politique et d'arbitrage clair, la proposition ne fut finalement pas retenue par le projet de loi succédant à la démarche initiée par le Grenelle de l'environnement et ne figura pas dans la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à sa mise en œuvre.

143. C. BARTHOD et T. LAVOUX (op. cit.) : « La proposition se heurta aux vives réticences des organisations professionnelles agricoles et forestières, nettement plus opposées qu'en 2004 ».

144. Rapport du gouvernement au Parlement sur la mise en œuvre du mécanisme d'obligations réelles environnementales et sur les moyens d'en renforcer l'attractivité, <https://www.vie-publique.fr/rapport/279397-mecanisme-d-obligations-reelles-environnementales>.

145. On distingue, en effet, les ORE ayant pour seul et unique objet la préservation et la conservation d'un patrimoine naturel de celles, dites « compensatoires » qui permettent de mettre en œuvre des mesures de compensation imposées par l'administration, en application de la loi, aux entreprises qui réalisent des travaux ou des aménagements portant atteinte à la biodiversité.

146. Les agences Rhin-Meuse et Seine-Normandie paraissent les plus actives dans ce domaine.

147. Le département de la Gironde s'est particulièrement engagé dans cette voie en lançant une campagne de presse pour inciter les propriétaires d'espaces naturels à entrer dans ce dispositif.

148. Réserve à l'origine, le conservatoire du littoral a signé plusieurs ORE avec des propriétaires privés, dont deux au moins sur le pourtour méditerranéen, dans le golfe de Saint-Tropez, et une très récemment constituée sur la presqu'île de la Hague pour protéger 94 ha composés d'un bois et de prairies naturelles (communiqué de presse du 6 octobre 2023).

conservé en l'état¹⁴⁹, ou bien encore ayant la volonté de compléter une protection partielle par une autre protection¹⁵⁰. Certaines entreprises, notamment dans le secteur de la cosmétique – c'est le cas de Clarins, par exemple¹⁵¹ – ont consenti des ORE sur des terrains qu'elles exploitent pour récolter des plantes entrant dans la composition de leurs produits.



Si l'instrument s'inscrit progressivement dans le paysage juridique français et commence à « se voir » sur le terrain, c'est sans aucun doute possible parce que sa souplesse et son adaptabilité en font un instrument relativement facile à utiliser et que ses potentialités sont très grandes et extrêmement variées.

Enfin, les ONG sont, en qualité de bénéficiaires, de plus en plus souvent tentées par le mécanisme. Ainsi, la Ligue de protection des oiseaux (LPO) a signé plusieurs contrats de ce type avec des propriétaires privés ; de même, l'Association de protection des animaux sauvages (l'ASPAS) a également adopté cette solution en septembre 2023 pour le premier « havre de la vie sauvage » du Moulin de Charzay à Melle, dans le département des Deux-Sèvres¹⁵² et annonce vouloir renouveler cette opération pour créer d'autres havres de paix.

On peut donc considérer qu'au total, ce sont au moins 3 000 à 4 000 ha qui ont été placés sous le régime d'une ORE patrimoniale. Ces ORE patrimoniales sont signées pour des durées longues de 30, 50 et, pour la grande

majorité, de 99 ans et comportent la plupart du temps des clauses de reconduction.

S'agissant des ORE compensatoires, il en existe plusieurs centaines, sans qu'il soit possible d'être beaucoup plus précis. Les différents recoupements que nous avons pu réaliser, notamment auprès de notaires, permettent, cependant d'avancer une fourchette raisonnable de 350 à 500 contrats portant sur des surfaces moyennes dépassant rarement 5 à 10 hectares. La durée de ces ORE est calée sur la durée des obligations de compensation souvent limitée par l'administration à 30 ans, alors que la loi prévoit expressément que les mesures de compensation doivent « être effectives pendant toute la durée des atteintes » (L. 163-1 du Code de l'environnement). Ces ORE compensatoires font parfois l'objet de critiques, mais en vérité, ces critiques visent le système de compensation lui-même et non l'ORE qui n'est qu'un des différents instruments qui permettent de la mettre en œuvre. Même les conservatoires d'espaces naturels signent aujourd'hui quelques ORE compensatoires, notamment dans les territoires où des opérations de compensation sont imposées et où la contrainte foncière est trop forte pour envisager d'autres solutions.

Ce sont donc au total entre 6 000 et 8 000 hectares qui sont désormais placés sous le régime d'une ORE, ce qui n'est pas négligeable d'autant que ce dispositif n'a bénéficié d'aucun portage ni politique ni administratif¹⁵³.

Si l'instrument s'inscrit progressivement dans le paysage juridique français et commence à « se voir » sur le terrain, c'est sans aucun doute possible parce que sa souplesse et son adaptabilité en font un instrument relativement facile à utiliser et que ses potentialités sont très grandes et extrêmement variées. Non seulement, l'ORE peut venir en appui de politiques publiques, en matière d'eau, de forêts, de réhabilitation de sites contaminés, ou encore pour la mise en œuvre des chartes d'adhésion sur les territoires hors cœur des parcs nationaux¹⁵⁴, mais elle permet aussi d'accompagner des choix privés, tels

149. Cf. *supra*.

150. C'est par exemple le cas du château de Bétange, en Lorraine, classé monument historique avec son parc, mais dont l'allée de 156 marronniers centenaires conduisant au château et abritant une faune importante de chiroptères et d'oiseaux et présentant un intérêt majeur paysager, n'avait jamais été protégée malgré des demandes réitérées. Cette allée est, depuis 2021, protégée par une ORE consentie par les propriétaires.

151. Une obligation réelle environnementale patrimoniale signée par une société privée (actu-environnement.com) : <https://www.actu-environnement.com/ae/news/obligation-reelle-environnementale-societe-privee-clarins-cen-haute-savoie-37638.php4>

152. EN IMAGES - Le 1^{er} Havre de Vie Sauvage® a été inauguré à Melle • ASPAS (aspas-nature.org) : <https://www.aspas-nature.org/le-1er-havre-de-vie-sauvage-a-ete-inaugure-a-melle/>

153. La carence du ministère chargé de l'Écologie et de l'Office français de la biodiversité (OFB) est, à cet égard, criante et ne peut s'expliquer que par l'absence quasi totale, et selon nous dramatique, de « culture contractuelle » dans l'administration française.

154. À cet égard, il est absolument incompréhensible qu'aucun parc national n'ait, à notre connaissance, signé une ORE pour mettre en œuvre les obligations contenues dans la charte signée avec les communes de l'aire d'adhésion. La remarque faite à la note précédente se confirme ici : l'absence de culture contractuelle des gestionnaires de parcs nationaux les conduit à ne pas s'intéresser à cet outil pourtant particulièrement bien adapté à la situation.

que la création de réserves naturelles volontaires ou la mise en œuvre de mesures compensatoires par ceux qui y sont tenus¹⁵⁵.

Comme le démontrent tous les exemples cités et comme le prévoit la loi, l'ORE ne peut cependant viser que des objectifs environnementaux, même si l'ORE relative au château de Bétange¹⁵⁶ essaye de déborder un peu les intérêts strictement environnementaux pour tenter de prendre en charge certaines dimensions culturelles et paysagères.

C'est précisément pour élargir la portée de l'instrument au-delà de la seule sphère environnementale que le rapport de recherche sur « l'échelle de communalité » soutenu par le GIP Droit et Justice, devenu l'IERDJ¹⁵⁷, a formulé la proposition d'inscrire dans notre droit positif une « obligation réelle d'intérêt commun » (ORIC).

II. La proposition d'obligation réelle d'intérêt commun (ORIC)

Le groupe de recherche à l'origine du rapport précité s'était fixé pour objectif de « proposer des réformes pour intégrer les biens communs en droit ». Ayant analysé l'ORE et ses potentialités, le groupe a proposé d'élargir son mécanisme à d'autres intérêts communs, par la création d'une « obligation réelle d'intérêt commun » qui pourrait être inscrite dans un Titre XIV bis du Livre III du Code civil et plus précisément dans un article 2031 (nouveau) de ce code. L'objectif étant d'ouvrir et de généraliser le mécanisme de l'obligation réelle afin de permettre la défense d'autres intérêts communs, la formulation retenue a été la suivante :

« Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé à but non lucratif en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité la protection d'un intérêt commun, qui peut être environnemental, culturel, social ou scientifique. »

La durée des obligations, les engagements réciproques et les possibilités de révision et de résiliation doivent figurer dans le contrat. Les obligations peuvent être prévues pour durer aussi longtemps que le requiert la réalisation de la finalité poursuivie. En cas de changement de circonstances non prévu au contrat rendant l'exécution des obligations excessivement onéreuse ou la poursuite de la finalité impossible ou très difficile, toute partie au contrat peut saisir le juge afin d'adapter les obligations dans la mesure nécessaire à la réduction de leur onérosité ou à la poursuite de la finalité.

Le contrat ne peut interdire ou limiter cette faculté d'intervention du juge, à moins que la mission d'adaptation définie à l'alinéa précédent ne soit confiée, par clause expresse, à un comité ad hoc. Le contrat définit alors la composition, les pouvoirs et l'organisation de ce comité.

Établi en la forme authentique, le contrat faisant naître l'obligation réelle n'est pas passible de droits d'enregistrement et ne donne pas lieu à la perception de la taxe de publicité foncière prévue, respectivement, aux articles 662 et 663 du Code général des impôts.

Le propriétaire qui a consenti un bail rural sur son fonds ne peut, sous peine de nullité absolue, mettre en œuvre une obligation réelle d'intérêt commun environnementale qu'avec l'accord préalable du preneur et sous réserve des droits des tiers. L'absence de réponse à une demande d'accord dans le délai de deux mois vaut acceptation. Tout refus doit être motivé. »

Cette proposition de texte appelle quelques commentaires rapides portant sur ses trois premiers alinéas, les deux derniers ne faisant que reprendre la formulation déjà retenue pour l'ORE.

L'alinéa 1^{er} du texte qui pose le principe reprend très fidèlement la formulation du premier alinéa de l'article L. 132-3 du Code de l'environnement relatif à l'ORE, à deux exceptions importantes près¹⁵⁸.

S'agissant des parties contractantes, il précise qu'une personne morale de droit privé pourrait être « bénéficiaire » d'une ORIC à la condition toutefois de ne pas avoir un but lucratif. Cette précision s'impose au regard de l'expérience des ORE ; elle découle aussi très logiquement de la généralisation des intérêts

155. G. J. MARTIN, Les potentialités de l'obligation réelle environnementale, droit de l'environnement, n° 249, octobre 2016, pp. 334-340.

156. Cf. *supra*, note 25.

157. Cf. *supra*, note 11.

158. En gras dans le texte ci-dessus.

visés par l'ORIC. Dans l'article L. 132-3 du Code de l'environnement, le législateur vise au titre des cocontractants du propriétaire constituant, outre les personnes publiques, « une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement ». Les premiers interprètes estimaient que cette formule visait exclusivement les associations et les fondations. Mais très vite, certaines sociétés commerciales prétendirent que lorsqu'elles exécutaient leurs obligations de compensation, elles devenaient des personnes de droit privé « agissant pour la protection de l'environnement ». La doctrine très majoritaire s'opposa à cette interprétation en faisant observer que l'objet social de ces sociétés de promotion immobilière, de travaux publics ou de construction d'autoroute ne pouvait être compatible avec l'expression « agissant pour la protection de l'environnement », d'autant que l'action invoquée n'était que l'exécution d'une obligation légale visant à compenser les atteintes portées à la biodiversité¹⁵⁹ ! Mais d'autres situations ont fait naître un véritable doute : le constructeur et l'opérateur d'éoliennes ou de fermes photovoltaïques, la société dont l'activité de bureau d'études est tournée vers les études d'impact, les suivis écologiques ou l'ingénierie écologique, ne peuvent-ils prétendre légitimement être des personnes morales de droit privé « agissant pour la protection de l'environnement » ? À notre connaissance, la jurisprudence n'a pas encore statué sur une question de ce type, mais il est certain que des contrats existent qui désignent comme « bénéficiaires » de l'ORE consentie par le propriétaire des opérateurs d'éoliennes ou des bureaux d'études spécialisés. Pour éviter de reproduire cette difficulté à propos de futures et potentielles ORIC, les auteurs de la proposition ont précisé que la personne morale de droit privé éventuellement cocontractante d'un propriétaire consentant une telle obligation devait être à but non lucratif. Cette solution s'impose d'autant plus que le texte proposé définit l'intérêt commun susceptible d'être promu par une ORIC comme « un intérêt commun, qui peut être environnemental, culturel, social ou scientifique », ce qui évidemment aurait pu laisser place à de nombreuses sociétés civiles ou commerciales à but lucratif.



Quant à la liste des intérêts communs visés, elle n'a guère fait de débat au sein du groupe de recherche. La formulation est assez large pour permettre le développement de nombreux projets d'intérêt commun, et assez précise pour éviter une utilisation abusive ou détournée du mécanisme.

Quant à la liste des intérêts communs visés, elle n'a guère fait de débat au sein du groupe de recherche. La formulation est assez large pour permettre le développement de nombreux projets d'intérêt commun, et assez précise pour éviter une utilisation abusive ou détournée du mécanisme.

Le deuxième alinéa traite de la durée des ORIC si elles venaient à être créées. La question de la durée a été très débattue à propos des ORE. Certains estimaient qu'elle devait être la plus longue possible pour que l'engagement de protéger l'environnement ait du sens. D'autres, considérant les limites aux prérogatives du propriétaire que le mécanisme introduisait, spécialement à l'égard des propriétaires ultérieurs du bien, estimaient que la durée de l'engagement devait être la plus courte possible. D'autres encore préconisaient de laisser jouer la liberté contractuelle en estimant que certains propriétaires pourraient vouloir figer la situation pour une durée assez longue, tandis que d'autres préféreraient tester l'outil pendant quelques années avant éventuellement de renouveler leur engagement. C'est cette thèse qui l'a emporté, le législateur ayant retenu à partir de 2022¹⁶⁰ la seule limite des 99 ans.

159. Cf. G. J. MARTIN, Les obligations réelles environnementales au service d'une protection des zones humides, Les Cahiers de droit, vol. 62 n° 4, décembre 2021, pp. 1091-1132, spéc. p. 1116.

160. Article 191 de la loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale.



C'est pour éviter ce terme sans grande signification, qui peut interdire la pérennisation d'un projet d'intérêt commun, que le texte propose d'offrir aux contractants la possibilité de faire durer les obligations « aussi longtemps que le requiert la réalisation de la finalité poursuivie ». Bien évidemment, cette formulation oblige alors à imposer dans le même temps la possibilité, pour chaque partie à l'acte, de demander la révision des engagements souscrits et leur adaptation pour tenir compte des changements qui peuvent intervenir sur le temps long et rendre « l'exécution des obligations excessivement onéreuse ou la poursuite de la finalité impossible ou très difficile ».

Cette mission d'adaptation est confiée au juge par le texte proposé, sans possibilité pour les parties d'écarter son intervention. Mais cette solution est supplétive et les parties peuvent ne pas la retenir si elles décident expressément de confier l'adaptation du contrat à un comité *ad hoc* dont elles auront pris soin de définir dans l'acte la composition, les pouvoirs et l'organisation.

Des dispositions fiscales peu innovantes et la reproduction de la solution prévue pour la seule obligation réelle environnementale en cas de présence d'un bail rural sur le terrain d'assiette de l'ORIC lorsqu'elle a une portée environnementale, parachèvent la proposition.

Si elle venait à être discutée, il ne fait guère de doute que le texte proposé ferait l'objet de nombreux débats et amendements. Elle permettrait, en tout cas, de donner à l'obligation réelle une portée et une dynamique nouvelles.

Ainsi se confirme à travers deux formules contractuelles, l'une de droit positif, l'autre encore en gestation, le lien qui unit parfois « positivement » l'intérêt général et le contrat¹⁶¹, ce dernier pouvant être le véhicule nécessaire pour mettre la propriété privée au service d'intérêts communs.



161. Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat*, Thèse, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris 2004.

La domanialité publique au service des biens communs ?

Samuel DELIANCOURT

Premier conseiller, cour administrative d'appel de Lyon
 Professeur associé, faculté de droit de Saint-Étienne, université Jean Monnet



Samuel DELIANCOURT.

1. La montagne est à tous. – Je me permettrai d'introduire mes propos par un souvenir suivi d'une réflexion tout à fait personnelle: alors que je courais dans le Vercors dans le cadre d'un événement sportif réunissant chaque année plusieurs centaines de coureurs, quelques randonneurs gênés par notre passage intempestif dans des endroits reculés se sont exclamés: « *La montagne est à tous!* » avec une forte pointe d'agacement dans la voix, troublant d'ailleurs la paisibilité des lieux et des paysages. Interpellé et interloqué, et alors que je poursuivais ma course, mon esprit s'est focalisé sur cette phrase et mon côté juriste s'est interrogé pendant les longues heures de course qui ont suivi et même encore maintenant: pourquoi la montagne n'est-elle pas à nous? Ou plutôt, à qui appartient-elle? Et pourquoi? Comment peut-elle être l'objet d'un droit de propriété alors qu'elle n'est pas toujours économiquement exploitable et fait l'objet d'usages des plus divers? N'existe-t-il point un risque d'appauvrissement dans la lignée des travaux de HARDIN¹⁶²? La tragédie serait-elle donc évitable?

2. Usages partagés. – Ce sont ces notions d'utilisation et d'usage qui renvoient à celle d'affectation, même s'il existe une différence de nature: l'affectation est la destination et finalité recherchée par la personne propriétaire et se distingue en cela de l'utilisation qui correspond à une situation de fait, davantage du côté de l'usager, de l'utilisateur. On pressent intuitivement que la propriété privée, excluante dans son acception contemporaine, ne permet pas

un usage collectif, même si certains existent, comme c'est le cas de certaines activités, notamment sportives¹⁶³ et de randonnée. À l'inverse, telle est en principe la finalité assignée du domaine public¹⁶⁴. Et propriété publique comme affectation à l'usage du public constituent des éléments de définition du domaine public. Dès lors, le droit applicable aux dépendances du domaine public se distingue-t-il des communs? Ont-ils des critères communs? Ces règles pourraient-elles protéger ce que l'on dénomme les « biens communs »?

“ Pourquoi la montagne n'est-elle pas à nous? Ou plutôt, à qui appartient-elle? Et pourquoi? Comment peut-elle être l'objet d'un droit de propriété alors qu'elle n'est pas toujours économiquement exploitable et fait l'objet d'usages des plus divers? ”

162. HARDIN (G.), *The Tragedy of the Commons*, Science, vol. n° 162, 1968, p. 1243.

163. SONTAG (K.), *Vers un dépassement de la propriété privée rurale : le cas des sports nature*, Revue de droit rural 2019, n° 473, Étude n° 13.
 164. On peut ainsi se reporter à l'article L. 321-9 du Code de l'environnement selon lequel, même si la notion de « plage » n'existe pas dans le code général de la propriété des personnes publiques, à la différence de celle de domaine public maritime naturel que « (...) L'usage libre et gratuit par le public constitue la destination fondamentale des plages au même titre que leur affectation aux activités de pêche et de cultures marines. (...) »

3. Origine de la notion. – Si cette notion de « commons », de « biens communs » ou encore de « choses communes », est contemporaine, elle n'est toutefois pas novatrice et tend – faut-il en douter ? – vers une forme d'intérêt général¹⁶⁵. Il s'agit de protéger, notamment, la biodiversité et, par là même, l'humanité même. Reste à savoir sous quelle(s) forme(s) juridique(s). La notion de « biens communs » peut se prévaloir d'un soubassement historique et inévitablement téléologique et religieux¹⁶⁶. D'ailleurs, la notion de propriété collective existait dans l'ancien droit et perdure toujours, certes de manière marginale. Agriculteurs, ruraux et juristes connaissent l'existence des sectionaux¹⁶⁷ comme des communaux¹⁶⁸ qui sont des propriétés collectives recensées et protégées par

le Code général des collectivités territoriales¹⁶⁹. Cette propriété collective est commune car elle constitue une forme de propriété privée¹⁷⁰ : il s'agit d'un groupement fermé ayant la qualité de personnes morales de droit public¹⁷¹, d'autant que le Code général de la propriété des personnes publiques ne les mentionne pas, maintenant une exclusivité des communs axés sur une utilisation commune¹⁷².

4. Absence de définition juridique. – La première difficulté de l'exercice tient à l'absence de reconnaissance et, par suite, de définition juridique de « biens communs », « choses communes » ou « commons » : ils n'existent pas (encore) en tant que catégorie juridique¹⁷³. Il faudrait en créer une nouvelle¹⁷⁴ au regard de l'inertie à renouveler les catégories juridiques existantes¹⁷⁵. Une proposition de loi a d'ailleurs été déposée en ce sens¹⁷⁶.

5. Intérêt doctrinal. – Contexte et pessimisme obligent, ce sujet est désormais d'actualité¹⁷⁷ et prend de l'ampleur. Aussi la doctrine juridique, mais également économique et sociale, s'en est emparée depuis un peu plus d'une dizaine d'années. Les dossiers dédiés comme les plaidoiries¹⁷⁸ dans les revues juridiques se multiplient, des travaux récents ont

165. OLLIVIER (M.), *Bien commun, intérêt général, ordre public*, Mélanges Ricci, *Grandeur et servitudes du bien commun*, Dalloz, 2023, p. 457.

166. Sur l'histoire et les origines de la notion de biens communs, voir RICCI (J.-C.), *Le Bien commun : les prémices d'une idée*, Les Cahiers Portalis 2017/1, n° 4, p. 21. V. égal. AUDE (M.), *Au commencement était Platon ou du bien commun aux biens communs en droit de l'environnement*, RJE 2022, n° spécial, p. 65.

167. Selon l'article L. 2411-1 du Code général des collectivités territoriales, « I. – Constitue une section de commune toute partie d'une commune possédant à titre permanent et exclusif des biens ou des droits distincts de ceux de la commune. / La section de commune est une personne morale de droit public. / Sont membres de la section de commune les habitants ayant leur domicile réel et fixe sur son territoire. (...) ». Voir CE 8 février 2019, Brunel et autres, n° 410714, JCP A 2019, n° 2205, note J.-F. JOYE : « La jouissance du bien d'une section de commune dont les fruits sont perçus en nature par ses membres constitue pour ces derniers, alors même qu'ils ne sont pas titulaires d'un droit de propriété sur ce bien, un droit patrimonial. »

168. Ils sont définis par l'article 542 du Code civil : « Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis. » Selon la loi du 10 juin 1793 : « Tous les biens communaux en général connus dans toute la République sous les divers noms de terres vaines et vagues, gastes, garrigues, landes, pacages, pâtis, ajoncs, bruyères, bois communs, hermes vacants, palus, marais, marécages, montagnes et sous toute autre dénomination quelconque, sont et appartiennent de leur nature, à la généralité des habitants ou membres des communes ou des sections de communes dans le territoire desquelles ces communaux sont situés. » Il découle de cette propriété, non indivise mais collective, que le bénéfice de la jouissance des biens d'une section de commune dont les fruits sont perçus en nature ne peut être reconnu qu'à un habitant de cette section (CE 22 novembre 1996, Bouchy, n° 147088, rec. tables, p. 752) mais, pour autant, « en vertu de l'article L. 2411-10 du même code, les membres de la section ont, dans les conditions résultant soit des décisions des autorités municipales, soit des usages locaux, la jouissance de ceux des biens de la section dont les fruits sont perçus en nature ; qu'ainsi, ils ne sont pas titulaires d'un droit de propriété sur ces biens ou droits » (Décision n° 2011-118 QPC du 8 avril 2011). Les revenus en numéraire ne peuvent en principe être distribués : CE 17 mars 2014, Commune de Vèze, n° 353089, rec. tables, p. 542 : « les revenus en espèces, qui doivent être affectés en priorité à la prise en charge des dépenses relatives à la mise en valeur et à l'entretien des biens de la section ainsi qu'aux équipements y afférents, doivent être employés dans l'intérêt exclusif de cette personne publique qui ne peut, en principe, les redistribuer entre ses ayants droit. V. égal. CE 2 mai 2018, Commune de Chanailles, n° 392497. Sur ce sujet, voir VIVIER (N.), *Propriété collective et identité communale – Les Biens Communaux en France 1750-1914*, Publications de la Sorbonne, 1998, 354, p. ; BOURJOL (M.), *Les biens communaux – Voyage au centre de la propriété collective*, LGDJ, 1989, 452 p. Voir égal. VIGUIER (J.), *Soliloque iconoclaste d'un publiciste ingénu sur les origines de la propriété collective*, In *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, Droits et ville, Tome n° 61, 2006, p. 225 ; VERN (F.) et JOYE (J.-F.), *Les communs fonciers au défi de l'aménagement et de la construction*, Construction-Urbanisme, 2022, n° 6, p. 14.

169. VERN (F.), *Les vertus environnementales d'un commun – Le cas des biens non délimités du Puy-de-Dôme*, RJE 2022, n° spécial, p. 305.

170. MASSON (F.), *La propriété commune*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 605, p. 63 et s.

171. Depuis le vote de l'article 1^{er} de la loi n° 2013-428 du 27 mai 2013 modernisant le régime des sections de commune.

172. MASSON (F.), *La propriété commune*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 605, p. 6 et s.

173. Voir CUMYN (M.), *Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématique du droit*, Les Cahiers du droit, 2011, Vol. n° 52, p. 351.

174. CORNU (M.), *Le bien commun, nouvelle catégorie juridique ?*, La Revue du Centre Michel de L'Hospital, n° 19, 2019.

175. Del Rey-Bouchentouf (M.-J.), *Les biens naturels, un nouveau droit objectif*, D. 2004, chron., p. 1615.

176. Dharréville (P.) et autres, Proposition de la loi n° 4590 créant un statut juridique des biens communs, Ass. Nat., 19 octobre 2021. Voir le commentaire de B. Grimonprez, *Les biens communs aux portes du Code civil*, Revue de droit rural, 2022, n° 499, Focus n° 1. Cette proposition propose d'insérer un 2nd alinéa à l'article 714-1 dans le Code civil : « Le statut de bien commun peut être attribué à des biens matériels ou immatériels, quel que soit leur régime de propriété, au regard de leur destination commune, de l'usage collectif qui en est ou pourrait en être fait, de leur caractère de ressource nécessaire à toutes et tous, des droits fondamentaux qui peuvent s'y rattacher, de l'histoire collective qui a permis leur constitution ou encore, de leur caractère de rareté et de leur caractère patrimonial remarquable eu égard aux menaces qui pourraient les mettre en danger. »

177. Par ex. PERROUD (T.), *Services publics et communs : à la recherche du service public coopératif*, éditions Le Bord de l'eau, septembre 2023, 192 p.

178. Par ex. CAMPROUX-DUFFRÈNE (M.-P.), *Plaidier pour un monde commun viable. Des ancrages conceptuels pour une théorie juridique des communs naturels*, RJE 2022, n° spécial, p. 39.

été publiés¹⁷⁹ et la première thèse sur ce sujet vient d'être soutenue¹⁸⁰. Les auteurs cherchent encore une définition juridique et surtout un régime socialement acceptable et durable¹⁸¹.

6. Proposition de définition. – Les communs pourraient être identifiés juridiquement par l'existence d'une communauté déterminée d'ayants droit dotée de la personnalité juridique avec un droit d'accès aux dites utilités collectives du bien concerné¹⁸². Mais conférer la personnalité à une communauté se distingue de celle conférée aux entités juridiques elles-mêmes comme il a pu être fait à l'étranger.

7. Personnalité juridique conférée à des entités naturelles. – Exemples étrangers. – Si les communs naturels doivent faire l'objet d'une protection¹⁸³, et nul ne peut en disconvenir, quelle forme celle-ci devrait-elle prendre ? Une tendance contemporaine depuis une vingtaine d'années consiste à attribuer la personnalité juridique à toute chose de la nature, cours d'eau, arbres, etc., pour en faire un sujet de droits. Les objets de droit deviennent ainsi sujets de droit. Les exemples étrangers¹⁸⁴ abondent, qu'une telle reconnaissance provienne du législateur comme du juge : l'Espagne avec l'adoption de la loi n° 19/2022 du 30 septembre 2022 protégeant la lagune de la Mar Menor¹⁸⁵, l'Inde (le Gange et la Yumana), la Bolivie, l'Équateur, la Nouvelle-Zélande, etc.

8. Personnalité juridique conférée à des entités naturelles. – Le cas de la France. Si la France n'a pas pour le moment franchi juridiquement le Rubicon en dépit des exemples précités. On peut citer néanmoins

une association corse qui a entendu protéger de l'urbanisme et des pollutions le fleuve Tavignanola en lui conférant par une déclaration médiatisée et destinée à mobiliser les consciences la personnalité juridique ainsi que des droits, ou encore s'agissant de la Loire pour lequel un travail de réflexion d'origine citoyenne est mené depuis 2019¹⁸⁶. Un autre exemple est la délibération adoptée le 29 juin 2023 par l'assemblée de la Province des îles Loyauté portant sur les droits du vivant conférant la qualité d'entité naturelle sujette de droits aux éléments de la nature, espèces vivantes et sites naturels énumérés et de leur reconnaître des droits fondamentaux¹⁸⁷. Il reste toutefois à apprécier si cette voie de droit est la plus protectrice et donc la plus pertinente¹⁸⁸, mais qui devrait à mon sens aller au-delà du seul système de responsabilité civile¹⁸⁹.

9. État actuel du droit. – Il est nécessaire d'éviter une utilisation intensive et/ou non limitée de ces biens communs à peine de « tragédie¹⁹⁰ », dont on pourrait discuter et supputer à l'envie de son caractère inéluctable et inévitable. Mais, même sans aller jusque-là, afin d'éviter au moins dans un premier temps leur épuisement dans un souci de cohérence à l'échelle régionale, si ce n'est planétaire. Admettre les communs en tant que catégorie juridique propre et autonome et leur conférer un statut quant à la gestion et leur protection serait

179. Voir les travaux de recherche de Rochefeld (J.), CORNU (M.) et MARTIN (G.-J.) (dir.), *L'échelle de communalité : Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, GIP Mission de recherche Droit et Justice, n° 17-34, 2021. Voir notamment la « Section 2 : Propriété publique et communalité », p. 60 et s.

180. MEERSMAN (J.), *Contribution à une théorie juridique des biens communs*, Thèse, Toulouse, 2022.

181. GUTWIRTH (S.), *Quel(s) droit(s) pour quel(s) commun(s) ?*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2018/2, vol. n) 81, p. 83.

182. *Op. cit.*, p. 217 et s.

183. CAMPROUX-DUFFRENE (M.-P.), *Les communs naturels comme expression de la solidarité écologique*, RJE, 2020, n° 4, p. 689.

184. Voir PIMENENTO ECHEVERRI (J.), *Les biens publics au défi des droits de la nature*, RDP 2022, p. 933.

185. DELZANGLE (H.), *La reconnaissance, en Espagne, de la personnalité juridique et de droit à la « Mar Menor »*. – Une contribution à la réflexion sur les « biens communs environnementaux » ?, RJE 2022, n° spécial, p. 173 ; TORRE-SHAUB (M.), *La nature sujet de droits en Espagne - La loi sur la protection de la Mar Menor - Entre révolution législative et outil de gestion durable, pour quelle effectivité ?*, RJE 2023, n° 2, p. 289 ; Sohnle (J.), *La personnalisation juridique de Mar Menor en Espagne*. – Un premier pas en Europe vers l'émancipation juridico-politique des éléments de la nature, RJE 2023, n° 2, p. 271.

186. A été institué à cet effet un « Parlement de Loire », créé par le Polau (pôle arts et urbanisme), à l'occasion des 500 ans de la Renaissance et du programme « Génie-Génies ».

187. Article 242-16 : « Sur le territoire de la province des îles Loyauté, en application du principe unitaire de vie édicté à l'article 110-3 et afin de tenir compte de la valeur coutumière dans la culture kanake, les éléments de la nature, espèces vivantes et sites naturels énumérés à l'article 242-17 se voient reconnaître la qualité d'entité naturelle sujet de droits. Des droits fondamentaux leur sont reconnus. Elles n'ont pas de devoirs. Ni les entités naturelles sujets de droit, ni leur porte-parole, ni la province des îles Loyauté ne peuvent être tenus responsables d'éventuels dommages qu'elles pourraient causer. Chaque entité naturelle sujet de droit dispose d'un intérêt à agir, exercé en son nom par le président de la province des îles Loyauté, par un ou plusieurs porte-parole, conformément aux articles 242-22 et 242-23, par les associations agréées pour la protection de l'environnement et les groupements particuliers de droit local à vocation environnementale dont il est fait mention aux articles 124-1 à 124-3 du présent Code. » / Article 242-17 : « **Les requins et les tortues marines sont des entités naturelles sujets de droit au sens de la présente section. D'autres éléments du vivant ainsi que des sites et monuments naturels pourront être reconnus comme entités naturelles sujets de droit par l'assemblée de la province des îles Loyauté au titre de la présente section, sur proposition d'autorités coutumières par acte coutumier, de GDPL à vocation environnementale ou à l'initiative du président de l'assemblée de province après avis des autorités coutumières.** »

188. GAILLARD (A.), *Sacraliser la nature plutôt que la personnifier (ou les mirages de la personnification)*, D. 2018, p. 2422.

189. DRAPIER (S.), *Quel régime de responsabilité civile pour les choses communes endommagées ?*, RJE 2016, p. 691.

190. HARDIN (G.), *The Tragedy of the Commons*, Science, vol. n° 162, 13 décembre 1968, p. 1243.

tout à fait novateur et remettrait en cause un certain nombre de dogmes, sans compter que les classifications contemporaines devraient être repensées. Et c'est justement parce que les communs bousculent les droits applicables que ce concept non juridique doit être interrogé.

10. Questionnements. – S'agissant d'espaces utilisés de manière collective, partagés, le lien avec l'affectation au public qui constitue avec la propriété publique les deux éléments de définition du domaine public, le droit régissant ce dernier ne pourrait-il pas suffire pour les protéger de manière satisfaisante? Mais ne serait-il pas alors contre nature que les biens aux usages communs devant être protégés soient juridiquement définis notamment par l'existence d'un droit de propriété?



Penser les communs au regard du droit applicable au domaine public oblige tout d'abord à repenser le critère premier qu'est la propriété publique dans son acception issue de la Révolution française.

11. Finalités. – Penser les communs au regard du droit applicable au domaine public oblige tout d'abord à repenser le critère premier qu'est la propriété publique dans son acception issue de la Révolution française (I.). Le second critère tiré de l'affectation au public peut perdurer, mais en réalité, la conception patrimoniale du domaine public peut conduire à remettre en cause les utilités et au final à l'appauvrir (II.). Quant au régime de protection de ces dépendances, il existe, certes, mais sans constituer pour autant un obstacle dirimant tant que la représentation des intéressés, c'est-à-dire des usagers/utilisateurs, n'est ni effective ni suffisante (III.).

I) La remise en cause indispensable de la perception contemporaine du droit de propriété

12. « La propriété, c'est le mensonge ! » – On connaît la célèbre citation de P.-J. PROUDHON: « *La propriété, c'est le vol*¹⁹¹. » Sans aller jusque-là, ni céder à la tentation de l'anarchisme, même si sa démonstration est séduisante et fortement étayée dans son ouvrage qui retranscrit son discours présenté aux membres de l'académie de Besançon, il est possible d'affirmer que « *la propriété, c'est le mensonge* ». Et c'est peut-être même le vol des usages!

A) La propriété privée: un droit, absolu, de libération des individus aboutissant à l'exclusion

13. L'aristocratie a perdu. – Le droit actuel des biens privés et subséquemment celui des biens publics, mais surtout leur perception en réalité, sont fondés sur un dogme, un postulat, lequel n'est pas ou plus, par définition, à démontrer: le droit de propriété, entendu comme un droit individuel et exclusif, acté lors de la Révolution française, a été pensé comme un instrument juridique destiné à libérer les citoyens en mettant fin aux régimes d'usage jusque-là applicables tout en permettant le remplacement des élites d'alors¹⁹². Le droit des biens est ainsi destiné à favoriser la circulation des immeubles, à l'inverse de ce qui se pratiquait sous l'Ancien régime¹⁹³. Le droit de propriété marque ainsi la victoire de la bourgeoisie sur la noblesse et l'aristocratie.

14. Pas de liberté sans propriété. – Il ressort en effet des travaux préparatoires et historiques, que ce soit en 1789 avec l'abolition de la féodalité comme lors de l'adoption du Code civil, que la propriété a été pensée depuis la Révolution française, puis perçue comme un facteur de liberté, une condition nécessaire à l'émancipation individuelle: point de liberté sans propriété, laquelle, selon la thèse chère à Rousseau, fonde

191. PROUDHON, *Qu'est-ce que la propriété ?*, Livre de poche, Les classiques de la philosophie.

192. CHEMINANT (P.-A.), *Les débats sur le droit de propriété de Thermidor au Code civil - Naissance d'un état d'exception (1794-1804)*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2023, p. 263 et s.

193. PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, p. 77 et s.

la société¹⁹⁴. Cette conception est clairement affirmée par l'article 544 du Code civil qui en fait un droit absolu : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.* » Toutefois, cette affirmation solennelle de ce droit absolu est paradoxalement et immédiatement réduite ensuite avec la seconde partie de l'affirmation, des dispositions applicables, mais encore des procédés autoritaires comme l'expropriation, mentionnée dès l'article suivant, ou encore l'utilisation abusive de ce droit selon la théorie de l'abus de droit développée par la Cour de cassation avec la célèbre affaire et décision éponyme *Clément-Bayard*¹⁹⁵.

15. Une rédaction politique. – C'est pour affirmer cette liberté, sa reconnaissance, et plus spécialement la libération du servage, que le droit de propriété est considéré depuis comme un droit unique, absolu et exclusif. Il s'agissait de mettre fin aux propriétés simultanées de l'Ancien régime, et notamment la tenure qui était une forme d'asservissement. Cette rédaction, historiquement politique, a surtout été justifiée juridiquement par la suite¹⁹⁶. On sait en effet depuis le début du XX^e siècle¹⁹⁷ que l'article 544 du Code civil ne définit le droit de propriété qu'en fonction de ses attributs que sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*¹⁹⁸.

16. Du droit sur la chose au pouvoir d'exclure. – Le droit de propriété tel qu'il est enseigné, apprécié et appréhendé a été érigé comme un droit exclusif. Il fera par la suite l'objet d'une extension juridico-sociale (passage

du titulaire d'un droit sur la chose dans le droit romain – *proprietas* – à l'appropriation de la chose), passant ainsi d'une relation bilatérale entre une personne et un bien à une relation entre personnes¹⁹⁹. Dit autrement, notamment depuis Planiol et Ripert, le droit de propriété ne s'exerce pas contre une chose, mais contre autrui en raison d'une conception individualiste considérant principalement ce droit comme un droit d'exclusion²⁰⁰, même si l'inclusion reste possible²⁰¹. Il s'agit par suite d'un droit subjectif et personnel.

17. Exclusion et inclusion. – Le droit de propriété s'oppose-t-il *par nature* aux communs²⁰²? Il faudrait idéalement et préalablement « *déconstruire la relation du droit de propriété* »²⁰³. Ce droit tel qu'il est perçu et accepté et, bien que l'article 544 possède des possibilités d'ouverture²⁰⁴, est difficilement compatible avec la notion même de communs. De plus, la propriété foncière, par nature et par définition divisée, s'avère impossible, et, à tout le moins non compatible avec un mode de gestion durable des ressources et communs naturels. Au surplus, le droit de propriété en matière d'environnement n'est ni absolu ni exclusif en raison des nombreuses prescriptions : il est à la fois un mirage et une tentation devant être dépassés²⁰⁵.

194. « *Le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisait de dire : Ceci est à moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, que de guerres, de meurtres, que de misères et d'horreurs n'eût point épargnés au genre humain celui qui, arrachant les pieux ou comblant le fossé, eût crié à ses semblables : Gardez-vous d'écouter cet imposteur; vous êtes perdus, si vous oubliez que les fruits sont à tous, et que la terre n'est à personne.* » Voir XIFARAS (M.), *La destination politique de la propriété chez Jean-Jacques ROUSSEAU*, Les Études philosophiques, 2003/3, n° 66, p. 331.

195. Cass., 3 août 1915.

196. CHAZAL (J.-P.), *La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel*, RTDCiv. 2014, p. 763 ; DROSS (W.), *Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ?*, RTDCiv. 2015, p. 27 ; LARDEUX (G.), *Qu'est-ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire*, RTDCiv. 2013, p. 741 ; ZENATI (F.), *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTDCiv. 1993, p. 305 ; ZENATI-CASTAING (F.), *La propriété, mécanisme fondamental du droit*, RTDCiv. 2006, p. 446.

197. Voir VAREILLES-SOMMIÈRES, *La définition et la notion juridique de la propriété*, RTDCiv. 1905, p. 443.

198. FERRACCI (A.), *Réflexions autour de l'évolution récente des controverses quant à la nature du droit de propriété*, Les Cahiers Portalis, 2018/1, n° 5, p. 63.

199. Selon le doyen CARBONNIER : « *Au vrai, rien n'est simple dans la réalité que l'article 544 recouvre si simplement. C'est déjà en soi une erreur, pour la sociologie, que d'étudier le droit de propriété en général. Sociologiquement la propriété n'existe pas ; il n'existe que des propriétés diverses, autant que de catégories de choses et de personnes, toutes les variables y compris la quantitative, devant être combinées. La remarque n'a pas seulement une portée scientifique, mais politique : à traiter la propriété comme un bloc - celle des fabriques de souliers et celles de mes souliers - on rend toute conclusion législative impossible. Les uns savent tendre le piège ; les autres ne savent point s'en garder* », In *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 361.

200. KOUBI (J.), *Propriété et Révolution*, Presses universitaires de Toulouse, 1990.

201. POUX (V.), *La jouissance partagée d'un bien : une voie d'accès aux communs environnementaux ?*, RJE, n° spécial, 2022, p. 131.

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

203. FONTANIEU (G.), *La relation à la propriété comme variable d'identification d'un commun environnemental*, RJE 2022, n° spécial, p. 91.

204. STARKY NGWA MENDOME (T.), *La fragmentation du droit de propriété*, LPA juin 2023, p. 5.

205. RÉMOND-GUILLOUD (M.), *Du droit de détruire - Essai sur le droit de l'environnement*, PUF, 1989. Voir le chapitre I de la 2^e partie : « *La tentation de propriété* ». Pour l'auteur : « *On ne s'étonne pas en tout cas de ce que les ressources naturelles fassent figure de fausse note dans l'orchestration du régime des biens. Dans un système conçu autour du droit de propriété foncière, où tout autre pouvoir ne se justifie que comme son démembrement ou son diminutif, la chose sans maître, catégorie résiduelle instituée précisément parce qu'elle ne supporte pas l'appropriation, n'a pas sa place. Lorsque le besoin de la protéger se fait sentir, la transposition de règles destinées à la protection des propriétaires ne peut constituer qu'un palliatif. Si certains traits de la propriété favorisent en effet la protection de ces ressources, d'autres au contraire paraissent ici inopérants, voire nocifs.* » (p. 124).

B) Le domaine public : un droit initial de protection de l'affectation publique à la valorisation économique

18. Extension du droit de propriété. –

Le domaine public était initialement un droit régissant les propriétés royales et destiné à éviter leur aliénation, notamment en cas de guerre, en raison de leur utilisation (à distinguer de l'affectation) publique. La question de la nature du droit que détiennent l'État et désormais les autres collectivités publiques sur les dépendances alors utilisées et utiles au public a longtemps été débattue par la doctrine²⁰⁶. C'est avec le doyen HAURIOU qu'une conception propriétaire du domaine public²⁰⁷, notion dont le concept a été attribué à tort à PROUDHON²⁰⁸, s'affirmera avant que la question soit finalement tranchée par le Conseil d'État au début du XX^e siècle. Partant, le droit de propriété des personnes publiques s'est inévitablement aligné sur celui des personnes privées et sur la conception majoritaire de celui-ci.

1- Un droit de propriété publique affirmé

19. Art. 538 du Code civil. – Dans la rédaction originelle de l'article 538 du Code civil, lui-même reprenant le « Code » domanial de 1790, « *Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public.* » Mais cette rédaction n'avait pas pour objet de déterminer les dépendances relevant du domaine public, ni de définir celui-ci : cette disposition se bornait à faire la liste de ce qui n'était pas appropriable et donc seulement à exclure les choses communes²⁰⁹ du champ d'application du Code civil puisque celles-ci étaient insusceptibles de faire l'objet d'un droit de propriété. Cet article sera finalement et opportunément relu comme



Le domaine public était initialement un droit régissant les propriétés royales et destiné à éviter leur aliénation, notamment en cas de guerre, en raison de leur utilisation (à distinguer de l'affectation) publique. La question de la nature du droit que détiennent l'État et désormais les autres collectivités publiques sur les dépendances alors utilisées et utiles au public a longtemps été débattue par la doctrine.

donnant une définition du domaine public, permettant à l'État d'en revendiquer la propriété et d'acquérir le statut de propriétaire de ces dépendances. Cette acception contemporaine permettra ainsi au final « *de réserver les droits de l'État sur une catégorie de biens, des droits qui ne sont pas d'ailleurs autrement définis*²¹⁰ ».

20. Un droit de propriété débattu. – Le droit détenu par une personne publique sur les biens qui lui sont confiés et dont le public peut jouir et bénéficier a longtemps été débattu en doctrine : droit de police, droit de propriété, droit de garde, droit de surintendance, etc. ? « *Il n'existe en réalité qu'un seul domaine public placé sous la surintendance de l'État*²¹¹. » Citons le Parlement de Bordeaux dans son arrêt du 30 juin 1766 : « *Il y a des biens partant en commun à la nation, tels que les rivières les rivages de la mer, etc., dont la garde et la conservation sont l'attribut de la souveraineté. Il n'était pas besoin de loi, pour déclarer ces biens inaliénables, parce qu'ils le sont par leur nature. Ce n'est pas une véritable propriété dans la main du souverain mais plutôt un dépôt qui lui a été confié de la chose commune ou publique, pour la conserver, la protéger virgule pour la rendre plus utile à tous ses sujets.* » Selon l'article 1^{er} de la loi du 2 novembre – 1^{er} décembre 1790, « *Le domaine national proprement dit s'entend de toutes les propriétés foncières et de tous les droits*

206. BERNARD (L.), *Du droit de propriété de l'État sur les biens du domaine public*, Thèse, Aix-en-Provence, 1910. Voir égal. BARKHAUSEN (H.), *Étude sur la théorie du domaine public*, RDP 1902, p. 401 et RDP 1903, p. 31 ; Lagrange (M.) *L'évolution du droit de la domanialité publique*, RDP 1974, p. 5.

207. V. XIFARAS (M.), *Le code hors du code. Le cas de la « transposition » de la propriété au droit administratif*, Droits 2005/02, n° 42, p. 49.

208. TOUZEIL-DIVINA (M.), *Dix mythes du droit public*, LGDJ, 2019, p. 193 et s.

209. CE 2 mai 1884, ministre de la Marine et LECARDONNERL et autres c/ HÉDOUIN et HARASSE, rec. p. 331 : « *Il était de principe dans l'ancien droit comme dans le droit moderne que les rivages de la mer font partie du domaine inaliénable et imprescriptible, et ce parce qu'ils échappent par la nature des choses à toute appropriation privée.* »

210. GAUDEMLET (Y.), *Du domaine de la Couronne au domaine public – Étude d'histoire des doctrines*, Mélanges Lachaume, Dalloz, 2007, p. 525.

211. REGRAY, *Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible*, Thèse, 1900, p. 15.

réels ou mixtes qui appartiennent à la nation [...] » La nation ne se distingue alors pas de l'État et le domaine de la nation équivaut au domaine public, ce qui explique la rédaction de l'article 538 du Code civil adoptée en 1804.

21. HAURIUO. – Le doyen M. HAURIUO a développé l'idée d'une « propriété administrative » grevée d'affectations, et donc affublée d'une servitude²¹². Il y voit une forme de fiducie, c'est-à-dire une gestion déléguée par le public aux collectivités publiques. Cette propriété serait ainsi différente de la propriété privée, mais sans l'être toutefois fondamentalement²¹³.

22. De l'herbe et des ports. – Le Conseil d'État prendra le parti de développer une conception liée à l'existence d'un droit de propriété de l'État sur les dépendances du domaine public faisant l'objet d'un usage commun comme collectif. La Haute Assemblée affirmera en 1923 sans ambages, à propos d'une dépendance située dans le port d'Oran, l'existence d'un véritable droit de propriété des personnes publiques²¹⁴. Notions ici que les fruits du domaine public, l'herbe par exemple, ont toujours été considérés comme objets de propriété²¹⁵.

23. Choses communes. – Quid des choses communes ? Il existe juridiquement des choses communes qui sont – ou étaient – par nature insusceptibles de faire l'objet d'une propriété, à la différence des *res nullius*, qui peuvent être appropriées mais ne le sont pas encore. Selon l'article 714 du Code civil, « *Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous*²¹⁶. » Les exemples le plus souvent cités sont l'air, la lumière, les eaux courantes, les eaux de

mer²¹⁷, etc. Leur usage est commun et ils sont parfois également dénommés « biens publics », avec donc une utilité publique, commune, voire collective²¹⁸. Il s'agit ici de « *communautés négatives* », c'est-à-dire sans propriétaire. Peut-être pourrait-il être envisagé de les protéger *via* cet article²¹⁹. Mais précisons que ce même texte précise que « *Des lois de police règlent la manière d'en jouir*²²⁰. » Le droit du domaine public permet pourtant à l'État de s'en approprier certains.

24. La mainmise de l'État sur des propriétés. – « Les personnes publiques ont la tentation de grignoter ces choses communes et de se les approprier, lorsqu'elles y voient un intérêt²²¹ ». L'étude des textes comme de la jurisprudence démontre si nécessaire que le droit français regorge d'exemples d'appropriation de la part de l'État sans qu'il y ait eu lieu à débats. L'État affirme son droit de propriété, ou à tout le moins un droit patrimonial, sur plusieurs biens, corporels comme incorporels, comme l'image des biens publics, par exemple.

25. Exemples. – On peut citer les rivages de la mer²²² dont l'extension liée au recul du trait de côte ne serait liée qu'à ce « phénomène naturel²²³ » qu'est la montée des eaux, mais

212. HAURIUO (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 11^e éd., 1927, p. 636. Pour l'auteur : « Un premier point certain est que ce domaine public est réquisitionné. Ce caractère de réquisition correspond au caractère de nécessité du domaine public, car il est nécessaire que des choses soient tenues à la disposition du public et des services. » (op. cit., p. 636).

213. DE LAUBADÈRE (A.), *Domanialité publique, propriété administrative et affectation*, RDP 1950, p. 5, spéc. p. 16.

214. CE 17 janvier 1923, ministre des Travaux publics et gouverneur général de l'Algérie c/ PICCIOLI, rec. p. 44, S. 1925, 3, p. 17, note M. HAURIUO : « il résulte de l'instruction que le charbon dont les sieurs Piccioli réclament une part, a été extrait des déblais effectués au cours des travaux eux-mêmes exécutés dans le port d'Oran, c'est-à-dire dans des terrains appartenant à l'État ».

215. CE 24 février 1911, JACQUEMIN, S. 1912, 3, p. 73, note M. HAURIUO : « Considérant que l'herbe qui croît sur les accotements des chemins vicinaux et ruraux est la propriété de la commune ; qu'à défaut d'une délibération du conseil municipal donnant à bail le droit de récolter les herbes, il appartenait au maire de déterminer, conformément d'ailleurs, à l'usage local, les conditions de la jouissance en nature dont bénéficient les habitants ».

216. Voir le mémoire de master 2 de FOURES-DIOP (A.-S.), *Les choses communes*, *Revue juridique de l'Ouest*, 2011-1, p. 59 (1^{re} partie) et 2011-2, p. 195 (2^{de} partie).

217. CE 27 juillet 1984, ministre de la Mer c/ Galli, n° 45338.

218. ÉTRILLARD (C.), *Du bien public aux biens d'utilité collective. Quelle qualification pour les biens environnementaux ?*, LPA, 26 octobre 2016, n° 216, p. 7. Voir égal. PROUTIERE-MAULION (G.), *L'évolution de la nature juridique du poisson de mer – Contribution à la notion juridique de bien*, D. 2000, chron., p. 647.

219. Voir CAMPROUX DUFFRENE (M.-P.), *Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs*, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2018/2, Vol. n° 81, p. 297.

220. Voir par ex. TA Rennes, ord., 8 août 2022, SASU Le Clec'h Armement Croisières, n° 2203766, rendue à propos de la limitation de l'accès des navires lors à l'occasion du départ, le 6 novembre 2022, de la manifestation nautique « La route du Rhum – Destination Guadeloupe » : « Si, selon l'article 714 du Code civil, les eaux de la mer constituent une chose dont l'usage est commun à tous et ne sauraient faire l'objet, en principe, d'une appropriation privative à titre exclusif, elles peuvent néanmoins donner lieu à l'exercice d'activités, y compris commerciales, et les autorités de police compétentes disposent du pouvoir d'y réglementer ces activités dans des conditions de temps et de lieu dûment proportionnées aux objectifs qu'elles poursuivent. Dans les circonstances de l'espèce, compte tenu des impératifs de sécurité en jeu, il n'est pas contesté par la société requérante que le préfet maritime de l'Atlantique a réglementé, dans des conditions proportionnées de temps et de lieu, les conditions de la circulation maritime, y compris aux abords immédiats du couloir de départ des concurrents notamment pour les navires professionnels de passagers souhaitant tirer un revenu commercial de la course. »

221. CHAMARD-HEIM (C.), *Droit des biens publics*, Thémis, PUF, 2022, p. 178, n° 321.

222. Art. L. 2111,4, CGPPP.

223. Décision n° 2013-316 QPC du 24 mai 2013, SCI Pascal et autre : « les dispositions contestées ont notamment pour objet de fixer, sur le rivage de la mer, la limite entre le domaine public maritime naturel et les propriétés privées ; qu'en prévoyant que cette limite est fixée en fonction de tout ce que la mer « couvre et découvre jusqu'où les plus hautes mers peuvent s'étendre en l'absence de perturbations météorologiques exceptionnelles », le législateur a confirmé un critère physique objectif indépendant de la volonté de la puissance publique ».

qui n'est rien d'autre en réalité qu'un fait juridique²²⁴. D'autres actifs ont été appropriés par l'État, qu'il s'agisse du sous-sol des propriétés privées lorsqu'il s'agit de mines²²⁵ ou encore la force motrice créée par le seul écoulement de l'eau avec l'adoption de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique²²⁶, même s'il ne s'agit que d'un droit patrimonial. S'agissant toujours de l'eau, celle-ci n'est pas la propriété de l'État en mer, ni celle de source, mais elle relève du domaine public à partir du moment où elle est captée²²⁷ ! De nouvelles difficultés pourraient survenir. On pense ici au projet de transport d'eau douce se jetant dans l'étang salé de Berre par tanker au Moyen-Orient ou en Afrique. Cette appropriation peut également porter sur des biens immatériels, à l'instar des ondes hertziennes²²⁸, lesquelles ont été attribuées aux enchères pour plus de 3 milliards d'euros et dont l'utilisation donne lieu à la perception de redevances²²⁹.

2- Un droit aligné sur le droit de propriété privée : d'une police de protection à la valorisation du patrimoine

26. Protection constitutionnelle. – Une fois l'existence d'un véritable droit de propriété affirmé juridiquement et socialement admis, il sera jugé par le Conseil constitutionnel identique à celui dont sont titulaires les personnes privées : le droit de propriété des personnes privées concerne et protège également au même

titre les personnes publiques²³⁰. Cette appréciation ne sera pas remise en cause²³¹ et cette protection constitutionnelle sera érigée en véritable impératif²³².

27. De l'utilisation à la patrimonialisation et à la valorisation. – La propriété publique était déjà appréhendée comme un patrimoine²³³ soumis en tant que tel aux exigences de valorisation, voire de rentabilité²³⁴, à l'origine de la multiplication des contentieux²³⁵. En matière de droit du domaine public, puisque la propriété publique n'était pas clairement affirmée, seule l'existence d'un pouvoir de police était admise, notamment la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle. Puis, l'intérêt financier dans les modes gestion des personnes publiques, qu'il s'agisse tant des services publics dont celles-ci avaient la charge²³⁶ que de leurs propriétés²³⁷, constituera une composante. On le retrouve en débat au début du XX^e siècle avec la « querelle des gaziers et des électriciens » : il s'agissait de déterminer si le retrait d'une permission de voirie destinée à permettre l'implantation de réseaux sur le domaine public viaire ne

224. V. FOULQUIER (N.), *Le domaine public maritime naturel : la so-disant évidence de la nature*, AJDA 2013, p. 2260.

225. Loi du 21 avril 1810 sur les mines, minières et carrières. Selon l'article L. 100-3 du Code des mines, « Les substances minérales ou fossiles assujetties au régime légal des mines n'appartiennent pas au propriétaire du sol et sont administrées par l'État, sous réserve des compétences dévolues aux collectivités mentionnées aux titres XII et XIII de la Constitution et des dispositions spécifiques qui leur sont applicables. (...) »

226. HAURIUO (A.), *La mainmise de l'État sur l'énergie des cours d'eau non navigables ni flottables (Loi du 16 octobre 1919)*, Thèse, Toulouse, Impr. du Centre, 1921.

227. CE 16 novembre 1962, Ville de Grenoble, rec. p. 611, JCP G 1963, II, n° 13395, note J. DUFAU ; TC 18 mars 2013, Orcière, n° 3887, RDP 2014, p. 69, note J.-P. ORLANDINI, JCP A 2023, n° 2182, note C.-A. DUBREUIL : « les eaux de source ainsi captées par la commune et destinées à l'alimentation d'une fontaine publique, de même que les eaux surabondantes s'écoulant de cette fontaine, appartiennent au domaine public de la commune ». Sur renvoi : CAA Marseille, 12 mai 2015, n° 13MA04257, Orcière, JCP A 2015, n° 2255, concl. S. DELIANCOURT.

228. Art. L. 2111-7, CGPPP. JANIN (L.), *Valeur du spectre hertzien*, Revue française d'économie 2009/3, p. 79. V. PEZ (T.), *Le domaine public hertzien - Attribution et exploitation des fréquences radioélectriques*, LGDJ, Système, 2011, 214 p.

229. Décret n° 2007-1532 du 24 octobre 2007 relatif aux redevances d'utilisation des fréquences radioélectriques dues par les titulaires d'autorisations d'utilisation de fréquences délivrées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.

230. Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social : « la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur ; que cette règle découle du principe d'égalité invoqué par les députés auteurs de la saisine ; qu'elle ne trouve pas moins un fondement dans les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ; que cette protection ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques ». Voir GAUDEMET (Y.), *Constitutions et biens publics*, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 37, 2012.

231. Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, loi relative aux contrats de partenariat : « le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques ainsi que la protection du droit de propriété, qui ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers, mais aussi la propriété de l'État et des autres personnes publiques, résultent respectivement, d'une part, des articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789 et, d'autre part, de ses articles 2 et 17 ; que ces principes font obstacle à ce que des biens faisant partie du patrimoine de personnes publiques puissent être aliénés ou durablement grevés de droits au profit de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine ».

232. CE 21 mars 2003, Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux, n° 189191, rec. p. 144 : « en vertu de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, auquel se réfère le Préambule de la Constitution, la protection du domaine public est un impératif d'ordre constitutionnel ».

233. Voir LAVIALLE (C.), *Regard sur l'appropriation publique*, In *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, Droits et ville, Tome n° 61, 2006, p. 319.

234. BERNARD (S.), *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome n° 218, 2001, 392 p. V. à propos spécifiquement domaine public, p. 210 et s.

235. Par ex. VICTOR (R.), *Les litiges liés à la valorisation des biens publics sont en plein essor, Droit de la voirie*, septembre/octobre 2023, n° 234, p. 134.

236. Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

237. TEITGEN-COLLY (C.), *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, 1981.

constituait qu'une mesure de police ne pouvait dès lors pas être prise pour un motif financier. Et le Conseil d'État jugeant que oui²³⁸, cette mesure de police deviendra une mesure de gestion. Une telle conception visant à la valorisation, le plus souvent exclusivement *financière*, peut entrer en conflit avec les usages de ces dépendances faisant l'objet d'un usage commun ou collectif²³⁹.

3- Sortir de la dichotomie ? Ou comment l'utilisation devrait primer sur le droit de propriété

28. Dilemme. – Judith ROCHFELD énonce que « *La propriété publique, l'affectation au public, les biens publics ont (...) concentré les problématiques des utilités communes et étouffé le développement d'autres modèles intermédiaires entre marché - appropriation privée et État-appropriation publique*²⁴⁰ ». Avec raison. Il semble plus que nécessaire et impératif de faire émerger un nouveau modèle ou alors de redéfinir le domaine public. Alors oui, nul autre choix que de « *revisiter la propriété pour construire les communs*²⁴¹ ». Plus largement, le droit de propriété, parce que concernant de nombreuses parcelles et immeubles de nature très diverse, ne permet pas la protection adéquate de l'environnement²⁴². Il en va de même du droit du domaine public confronté également à des préoccupations autres²⁴³.

29. La propriété est-elle indispensable ? – Dans la logique contemporaine, ne pas avoir de personnalité juridique et donc ne pas pouvoir être titulaire du droit de propriété pose une difficulté d'approche conceptuelle²⁴⁴. Mais, à la différence de la logique ayant présidé la rédaction du Code civil dans un contexte de rupture, la logique actuelle est celle d'une utilisation collective par un mécanisme de non-exclusion en vue de préserver les ressources et le futur. La prise

de conscience que la biodiversité²⁴⁵ est essentielle dans un contexte de pollution et d'« épuisabilité » des ressources incite à la protection²⁴⁶. L'accès reste la finalité. À partir de là, soit il est nécessaire de repenser le droit de propriété tel qu'on le connaît depuis presque 250 ans²⁴⁷, soit d'en faire l'économie.



La prise de conscience que la biodiversité est essentielle dans un contexte de pollution et d'« épuisabilité » des ressources incite à la protection. L'accès reste la finalité. À partir de là, soit il est nécessaire de repenser le droit de propriété tel qu'on le connaît depuis presque 250 ans, soit d'en faire l'économie.

30. Des protections efficaces existantes.

– Il serait intellectuellement malhonnête, à ce niveau de l'intervention, de ne pas mentionner les corpus de règles s'affranchissant des considérations propriétairestes. Je prendrai un exemple tiré du droit forestier et de la gestion durable des forêts qui est un impératif et une exigence issue du Code forestier²⁴⁸, sans préjudice de la propriété. Et, plus généralement, il existe des biens appartenant à des personnes privées et qui sont affectés à l'utilité publique²⁴⁹, à l'instar par exemple des voies privées ouvertes à la circulation générale.

238. CE 27 décembre 1901, PÉCARD, rec. p. 924 ; CE 6 juin 1902, GORET, rec. p. 420, S. 1903, 3, p. 65, note M. HAURIUO.

239. Voir DELIANCOURT (S.), *Les permis de stationnement comme actes de gestion du domaine public : une approche doctrinale*, Mélanges LAVIALLE, Presses de l'université de Toulouse Capitole I, 2021, p. 223.

240. ROCHFELD (J.), *Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français ?*, In *Le retour des communs – La crise de idéologie propriétaire*, dir. B. Coriat, Les liens qui libèrent, 2015, p. 87, spéc. p. 88.

241. ORSI (F.), *Revisiter la propriété pour construire les communs*, In *Le retour des communs – La crise de l'idéologie propriétaire*, dir. B. Coriat, Les liens qui libèrent, 2015, p. 51.

242. GRIMONPREZ (B.), *La fonction environnementale de la propriété*, RTDCiv. 2015, p. 539.

243. INSERGUET-BRISSET (V.), *Propriété publique et environnement*, LGDJ, Thèse, 1994, 314 p.

244. Voir DENIS-FATOME (A.), *Biens publics, choses communes ou biens communs ?*, In Mélanges Fatôme, *Bien public, bien commun*, Dalloz, 2011, p. 99.

245. PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, p. 411 et s.

246. CAMPROUX-DUFRÈNE (M.-P.), *Un statut juridique protecteur de la diversité biologique : regard de civiliste*, RJE 2008, n° spécial, p. 33 ; CAMPROUX-DUFRÈNE (M.-P.), *Une protection de la biodiversité via le statut de res communis*, Revue Le Lamy Droit civil, 2009, n° 56.

247. CRÉTOIS (P.), *La propriété repensée par l'accès*, RIDE 2014, p. 319.

248. Selon l'article L. 112-2 dudit code, « *Tout propriétaire exerce sur ses bois et forêts tous les droits résultant de la propriété dans les limites spécifiées par le présent code et par la loi, afin de contribuer, par une gestion durable, à l'équilibre biologique et à la satisfaction des besoins en bois et autres produits forestiers. / Il en réalise le boisement, l'aménagement et l'entretien conformément à une gestion durable et multifonctionnelle* ». V. LATOURNERIE (M.-A.), *Quelques réflexions à partir du droit forestier*, In Mélanges Truchet, *L'intérêt général*, Dalloz, 2015, p. 307.

249. LOGÉAT (C.), *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2011, 492 p.

31. Retour vers le futur. – Mais peut-être ne s'agit-il tout simplement que de revenir à des conceptions prérévolutionnaires. Celles-ci ne connaissaient pas la propriété au sens où l'on l'entend depuis 1789. Il existait des multiples propriétaires avec des rapports hiérarchiques. C'est ce qui conduisait ainsi par exemple à distinguer le *domaine direct* du *domaine utile*, c'est-à-dire le domaine utilisé²⁵⁰.

II) D'une logique de protection de l'affectation du domaine public à sa valorisation

32. Décision d'affecter. – Après la propriété publique, l'affectation au public est actuellement le critère second de la domanialité publique, même si, pendant longtemps, il sera le seul critère de définition. Il est depuis considéré que l'affectation découle du droit de propriété²⁵¹.

33. Changements de paradigme. – Le droit des propriétés publiques a pour origine la protection des biens. Puis, le système capitaliste progressant dans un contexte industriel et post-industriel, une logique devenue un impératif de valorisation de ces dépendances émergera. Aussi passe-t-on d'une logique de protection de l'affectation à celle de valorisation²⁵², phénomène encore accentué à la suite de l'entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2006 du CG3P: « *D'une lourdeur inutile, l'intitulé du code – qui vise la propriété, pas les domaines – révèle toutefois un nouveau paradigme: le centre de gravité de la théorie domaniale se déplace d'une logique de protection (centrée sur l'affectation publique) vers une démarche de valorisation (fondée sur le droit de propriété)*²⁵³ ». Le domaine public est un patrimoine à valoriser. Qu'en est-il, alors, de l'affectation au public? L'autorité gestionnaire est seule compétente pour décider

de l'affectation comme de la comptabilité d'un usage privatif avec l'usage collectif premier.

A) La volonté d'affecter comme expression de l'administration propriétaire

34. Volonté d'affectation²⁵⁴. – Alors que le régime applicable au domaine public a pour objet comme pour finalité de protéger son *utilisation* par le public²⁵⁵, la logique de gestion est devenue patrimoniale en raison de la notion même de domaine public dans un contexte économique de valorisation. Afin que le domaine ne soit pas étendu et entendu trop largement, la jurisprudence a exigé le critère de l'*affectation* à l'usage du public qui suppose la manifestation préalable de la volonté de l'administration²⁵⁶: seule cette dernière décide si le bien est affecté; ce n'est dès lors plus seulement une situation de fait liée à une utilisation libre et collective²⁵⁷ qui s'impose à la collectivité publique²⁵⁸. La notion de « communs » permettrait de recentrer le débat et de revenir sur la logique première qui est celle de l'utilisation par le plus grand nombre et librement des dépendances concernées.

35. Privatisation du domaine public et compatibilité. – Les dépendances relevant du domaine public, lequel ne doit pas être confondu avec la notion non juridique et imprécise, d'espace public²⁵⁹, qui constitue en principe un espace de liberté²⁶⁰, peuvent être affectées à des usages qui sont conformes à leur destination (cimetières, halles et marchés, etc.) ou seulement « compatibles²⁶¹ ». Il incombe à l'autorité gestionnaire d'apprécier cette compatibilité. Il existe ainsi des usages partagés de

250. BLAUFARB (R.), *L'invention de la propriété privée*, La Chose publique, Champ Vallon, 2016, p. 73 et s.

251. SIORAT (L.), *La notion d'affectation en matière domaniale*, RDP 1958, p. 866.

252. Par ex. CE 6 juin 1902, GORET, rec. p. 420, D. 1904, III, p. 17, concl. ROMIEU; CE 6 mai 1932, Taillandier, rec. p. 466; CE 23 juin 1986, THOMAS, n° 59878, rec. p. 167: « *M. Thomas n'est, par suite, fondé à soutenir ni que la décision de dénonciation du contrat n'était pas justifiée ni qu'en prenant une telle décision à l'effet d'obtenir de meilleures conditions financières, l'établissement a commis un détournement de procédure ou un détournement de pouvoir.* »

253. *Naissance d'un code : la réforme du droit des propriétés publiques*, JCP A 2006, act. 413.

254. V. MOYSAN (H.), *Le droit de propriété des personnes publiques*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome n° 219, 2001, p. 47 et s. V. égal. LAFAGE (P.), *Le pouvoir de gestion du domaine public – Essai sur les mutations d'une prérogative administrative*, ANRT, 2000; SCHMALTZ (B.), *Les personnes publiques propriétaires*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, Vol. n° 160, 2016.

255. On peut ainsi lire dans la décision Marécar du 28 juin 1935 qui est regardée comme consacrant ce critère que le cimetière « est affecté à l'usage du public ».

256. MARCUS (L.) et PERRIN (A.), *La volonté de l'administration d'incorporer un bien au domaine public*, RFDA 2003 p. 67.

257. MAROGER (G.), *L'affectation à l'usage du public des biens des patrimoines administratifs*, Thèse, Paris, Sirey, 1942.

258. CE 2 novembre 2015, Commune de Neuves-Maisons, n° 373896, rec. tables, p. 665, BJCL 11/2015, p. 789, concl. J. LESSI, p. 793, note F. HOFFMANN, JCP A 2016, n° 2051, note M. CORNILLE. Droit de la voirie et du domaine public 2015, n° 187, p. 167, Dr. adm. 2016, comm. n° 13, note G. ÈVEILLARD.

259. HANICOTTE (R.), *Espace public, impasse des libertés*, JCP A 2012, n° 2227.

260. BROUANT (J.-P.), *Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie ou atteinte ?* LPA, 15 juillet 1994, n° 84, p. 21; GAUDEMET (Y.), *Libertés publiques et domaine public*, Mélanges ROBERT, LGDJ, 1998, p. 125.

261. Art. L. 2122-1 et s., CGPPP.

dépendances artificielles comme naturelles. L'autorité dispose d'un pouvoir de réglementation et de police à des fins de protection, mais également de valorisation. L'usage privatif s'est rapidement imposé à l'usage premier qui était, par définition, un usage collectif. Le paysage actuel montre des réseaux enfouis et des places de stationnement avec terrasses de café. Il est ainsi mis fin à certains usages au profit d'autres.

36. Multiplication des usages privatifs.

– Tout ceci n'est qu'une construction sociale contemporaine. Les conceptions changent. Qui se rappelle que le stationnement sur la voie publique a été interdit²⁶² et réprimé²⁶³ jusque dans les années 1930 ? Il faudra attendre la fameuse décision du 18 mai 1928, *Laurens*²⁶⁴ pour que le Conseil d'État admette que la possibilité de stationner constitue un usage normal des voies publiques²⁶⁵, ce qu'admettra la Cour de cassation par la suite²⁶⁶. Cette possibilité changera la perception et, par suite, l'utilisation du domaine public routier²⁶⁷.

B) La liberté d'accéder pour permettre un usage commun

37. Faculté d'inclusion. – Pour accéder à certaines dépendances, la propriété n'est pas une condition : des propriétaires laissent ainsi des tiers parcourir leurs propriétés. Le droit de propriété permet d'exclure, mais ce n'est pas une obligation, il s'agit seulement d'une *possibilité*. On pense ici, par exemple, aux voies privées pourtant ouvertes à la circulation du public. Il en va de même des terrains en montagne sur lesquels circulent randonneurs, skieurs et autres

types d'usagers. La propriété est multiple sur ces espaces. Mais lorsque le propriétaire décide d'exclure, l'autorité administrative ne saurait légalement contraindre un propriétaire à ouvrir sa propriété comme à ne pas la fermer²⁶⁸.

38. Réserver, c'est préserver. – Nombre de sites et paysages sont protégés par eux-mêmes. Je pense ici aux parcs naturels nationaux et, pour prendre un exemple proche, aux mécanismes de protection comme d'accès du public des calanques comme celles des Pierres Tombées et Sugiton²⁶⁹ mis en place par exemple avec un système de permis de visite et donc réservation préalable obligatoire jusqu'en 2027 afin de limiter l'accès des 2 000 personnes/jour à 400²⁷⁰.

C) Une protection spécifique destinée à protéger l'affectation

39. CGV. – Afin de permettre le libre accès et éviter que certaines dépendances du domaine public soient détériorées, le régime des contraventions de grande voirie, en plus d'une protection pénale²⁷¹, existe. Ainsi que Lafferrière l'exprimait, la contravention de grande voirie a « *pour but d'assurer l'intégrité de ce domaine, son affectation exclusive aux usages que la loi lui a assignés, la réparation des dommages qui lui sont causés. C'est pourquoi la législation de la grande voirie se préoccupe moins des personnes que des choses [...] 272* ». Cette procédure tout à

262. Ordonnance du 17 juillet 1781 ; décret du 10 août 1852 sur la police du roulage ; décret du 21 août 1928.

263. Voir par ex. Cass. Crim., 13 juillet 1900, Ministère public c/ Dujarrier, D. 1901, I, p. 141 : « les termes mêmes de cet article sont généraux et absolus et n'admettent d'autre excuse que celle de la nécessité, laquelle ne doit pas s'entendre de simples convenances et ne peut notamment résulter de cette seule circonstance que le propriétaire de la voiture avait à faire des achats chez divers fournisseurs – Attendu que la contravention de stationnement ne saurait résulter de sa plus ou moins longue durée, du moment où il n'est pas constaté que le stationnement a eu lieu par nécessité et que cette contravention existe alors même que la voiture serait restée sous la garde d'un cocher ».

264. Rec. p. 645 ; D. 1928, III, p. 65, concl. M. RIVET, note M. WALINE. V. égal. CE, Sect., 6 mai 1932, GENTHON, rec. p. 461.

265. Voir notamment en ce sens, DUFAY (J.), *Le régime juridique du stationnement des automobiles dans les agglomérations*, AJDA 1976, p. 493, spéc. p. 494.

266. Cass. Crim., 14 novembre 1962, Bull. n° 318, p. 660 : « les voies appartenant au domaine public sont, de par leur destination même, affectées à l'usage de la circulation et du stationnement ».

267. A. DE LAUBADÈRE, dans sa thèse de 1935 sur « *L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques* », relevait ainsi que « *Le stationnement n'est plus momentané, il est prolongé, il n'a plus pour but la desserte d'un immeuble, mais l'utilisation de la rue comme garage temporaire.* » (p. 79).

268. CE 5 mars 2008, BERMOND et autres, n° 288540, rec. tables, p. 625-651-740-834-975 ; BJCL 2008, p. 257, concl. J.-P. THIELLAY, JCP A 2008, n° 2164, note J. MOREAU, AJDA 2008, p. 1334, note S. DELIANCOURT.

269. Laquelle ne relève pas du domaine public : CAA Marseille, 23 avril 2013, Carrara, n° 14MAO4657 : « *l'ensemble géologique de la calanque de Sugiton, lequel inclut le lieu de l'accident et tout particulièrement la calanque des Pierres Tombées, est resté en son état naturel et sauvage qui le rend difficile d'accès ; que ce site ne peut, dès lors, être regardé comme directement affecté à l'usage du public ni comme affecté à un service public et spécialement aménagé à cet effet, malgré la signalisation qui y a été implantée en vue d'avertir les randonneurs du danger qu'il y a à le parcourir et les travaux de purge de la falaise qui y ont été effectués, lesquels ne revêtent pas le caractère de travaux publics ; qu'il ne fait donc pas partie du domaine public de la commune de Marseille cette calanque ne peut dès lors être regardée ni comme directement affectée au service public ni spécialement aménagée en vue d'un service public auquel elle serait destinée* ». On peut d'ailleurs se demander si l'accès réservé ne constituerait pas une forme d'aménagement (rapp. CE 16 mars 2010, FOURREL DE FRETTE et VIARD, n° 328961, Revue de droit rural 2011, n° 391, p. 40, note R. DUCOURAU), étant rappelé qu'il existe un service public touristique et de loisirs (*Ibid.* ; TC 14 mai 1990, Commune de Bouyon, n° 02611, rec. tables, pp. 615-634-636-769-770-859) ainsi qu'un service public de protection de l'environnement (TC 22 octobre 2007, Doucedame, n° 3625, rec. p. 607).

270. Arrêté n° AR-2022-18 du 17 mai 2022 réglementant l'accès, la circulation et le stationnement des piétons dans les calanques de Sugiton et des Pierres Tombées.

271. Art. 322-3 du Code pénal.

272. LAFFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1896, 2^e éd., Tome II, p. 630.



De gauche à droite : Gilles J. MARTIN. Samuel DELIANCOURT.

fait particulière confère au juge administratif ou judiciaire, selon la nature de la dépendance, un pouvoir répressif. Celui-ci se traduit par une amende (action publique) et surtout par la possibilité d'ordonner la remise en état des lieux (action domaniale/restitutive) selon la situation à la date à laquelle il se prononce²⁷³. Elle est notamment utilisée pour mettre fin à des occupations sans titre sur le domaine public maritime naturel, avec quelques exemples médiatisés²⁷⁴, dans une logique de « réappropriation » des littoraux par l'État²⁷⁵.

40. Critiques. – Cette procédure n'est toutefois pas exempte de critiques²⁷⁶. Nous en relèverons, faute de temps, trois. Tout d'abord, elle dépend, sauf exception, du préfet qui dispose d'un monopole archaïque²⁷⁷. Ensuite, la jurisprudence réserve, une fois encore, l'intérêt

général puisque le préfet peut, pour ce motif, refuser légalement d'engager cette procédure de protection²⁷⁸, ce qui a été le cas lors du naufrage de l'*Erika*²⁷⁹ et sera jugé légal de manière assez surprenante. Et enfin, alors même qu'il aurait saisi le tribunal, il peut toujours se désister par la suite²⁸⁰. *Quid*, dans ces conditions, de l'effectivité de la protection? Je ne parle même pas ici du montant de l'amende pénale limitée à 1500 euros...

273. Par ex. CE 7 décembre 2015, Société CMA CGM, n° 362766, rec. tables, p. 669.

274. Pour l'exemple de « La Voile Rouge » sur la plage de Pampelonne à Ramatuelle démolie le 7 décembre 2011, voir CE 25 septembre 2013, Tomaselli, n° 354677, rec. p. 591-592-785-801, AJDA 2014, p. 290, note S. DUROY, Dr. adm. 2013, comm. n° 81, note J.-F. GIACUZZO.

275. Voir la circulaire du 20 janvier 2012 relative à la gestion durable et intégrée du domaine public maritime naturel et son point 6 relatif à « La poursuite systématique des occupants sans titre ».

276. Sur le sujet, voir LE ROUX (M.), *Contravention de grande voirie, domaine public naturel et protection pénale de l'environnement*, Thèse, Nantes, 1999.

277. YOLKA (Ph.), *Un archaïsme : le monopole préfectoral pour poursuivre les contraventions de grande voirie*, JCP A 2009, n° 2152.

278. « L'obligation ainsi faite à ces autorités trouve sa limite dans les autres intérêts généraux dont elles ont la charge et notamment dans les nécessités de l'ordre public » (CE, Sect., 23 février 1979, ministre de l'Équipement c/ Association « Des amis des chemins de ronde », n° 4467, rec. p. 75, concl. A. BACQUET ; AJDA 1979, p. 83, chron. DUTHELLET DE LAMOTHE et ROBINEAU ; D. 1979, inf. rap. p. 267, obs. P. DELVOLVÉ ; D. 1979, J., p. 405, note M. LOMBARD ; JCP G 1980, II, 19329, note F. DAVIGNON ; CE 30 septembre 2005, Cacheux, n° 263442, rec. p. 406 ; AJDA 2005, p. 2469, concl. P. COLLIN ; AJDA 2005, p. 1873, obs. Y. JÉGOUZO ; Environnement 2005, comm. n° 74, note P. TROUILLY ; JCP A 2005, act. 622, M.-C. ROUAULT ; JCP G 2005, IV, 3294, chron. M.-C. ROUAULT ; LPA 5-6 juin 2006, p. 12, étude ROCHE et TOUZEIL-DIVINA ; RFDA 2005, p. 1217 ; RJEP août-sept. 2006, p. 347, note C. GUETTIER).

279. CE 30 septembre 2005, Cacheux, préc.

280. Voir cependant TA Grenoble, 11 juillet 2017, Préfet de l'Isère, n° 1504252, C+, AJDA 2017, p. 2266, note X. BRAUD) : « le préfet, qui dispose du monopole des poursuites, n'a pas le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'engager la procédure de contravention de grande voirie et qu'il n'est pas soutenu que le domaine public ait été remis en état ».

III) S'assurer des logiques de gestion dédiées aux utilités communes *via* une gestion idoine

41. Problématique. – Mais ce n'est pas parce qu'un bien relève du domaine public que l'affectation est protégée de manière définitive. Pour prendre un exemple, un bien toujours affecté en pratique peut être cédé, ce qui pose la question de la place des usagers dans la gestion de ces dépendances.

A) L'utilisation par le public n'exclut pas toute cession

42. Déclassement. – Un certain nombre de règles applicables et appliquées démontrent que cette affectation n'est plus forcément protégée. Il n'est pas en principe légalement possible de déclasser un bien toujours utilisé, toujours affecté. Lorsque tel est le cas, le bien demeure dans le domaine public jusqu'à l'intervention indispensable d'une décision de déclassement²⁸¹ en vertu de la logique aujourd'hui rappelée à l'article L. 2141-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. Mais la jurisprudence admet cependant qu'une décision de déclassement puisse emporter par elle-même désaffectation²⁸². Aussi des places publiques ont été cédées à des promoteurs immobiliers au détriment de leur usage premier. Et c'est bien la collectivité propriétaire qui dispose du pouvoir de décision dans une logique administrative et financière et parfois avec une vision à court terme²⁸³. Une telle logique de *dominium* de la part du seul propriétaire ne peut que heurter la conception historique du domaine public et pose ainsi naturellement la place, ou plutôt

l'absence de place de l'utilisateur dans ces prises de décisions importantes.

B) L'absence d'intervention du public dans la gestion des dépendances ou le problème de la gouvernance

43. Autogestion. – Les communs pourraient en principe être autogérés mais il reste actuellement inconcevable que cela puisse être le cas, même s'il existe quelques exemples en matière de propriété privée. Sans aller jusque-là, le public usager devrait être davantage associé aux modalités de gestion. Sous quelle forme? Ce droit « *pourrait fondamentalement résider dans un ensemble de procédures permettant l'expression d'une volonté collective [...] ; bref des techniques de gestion – comme des règlements d'administration partagée – non plus verticales, descendantes, mais horizontales (parce que collaboratives), voire ascendantes (à partir du terrain)*²⁸⁴ ».

44. Processus décisionnel. – Les logiques décisionnelles accordent une place plus ou moins grande aux usagers, que ce soit à titre individuel, représentatif ou collectif comme par le biais d'associations et/ou de représentants²⁸⁵. Les logiques vont de l'information du public à sa consultation avec sa participation à la prise de décision. Rien de tout cela s'agissant du domaine public, sauf trop rares exceptions. Le postulat est que l'administration qui représente l'intérêt général sait mieux décider²⁸⁶,

281. Art. L. 2141-1, CGPPP.

282. CE 9 juillet 1997, Association de défense de la forêt de la Caboche, n° 168852 ; CAA Versailles, 23 mars 2006, Commune du Chesnay, Collectivités territoriales – Intercommunalités 2006, comm. n° 80, note G. PÉLISSIER ; AJDA 2008, p. 1676 ; CAA Bordeaux, 2 octobre 2008, Association pour la protection du patrimoine rochelais, n° 07BX022296 ; CAA Marseille, 11 juin 2009, Commune de Castirla, n° 07MA03107 ; CAA Marseille, 6 mai 2014, Ségalas, n° 12MA01889, Les Annales des loyers, janvier-février 2015, p. 109, concl. (contraires) S. DELIANCOURT. V. égal. DUFAU (J.), Déclassement et désaffectation du domaine public, JCP A 2004, n° 1044.

283. Voir LUCARELLI (A.), *Biens communs. Contributions à une théorie juridique*, Droit et Société 98/2018, p. 141 : « *La dimension de propriété qui structure le rapport dominus-biens, enclavée aujourd'hui dans le flux des processus de privatisation, renforce les activités marchandes accaparant les biens communs, en les privant du libre accès et de la libre jouissance des communautés. Même l'inaliénabilité des biens domaniaux ne garantit pas en soi l'accès et la jouissance des biens en relation aux droits fondamentaux. Elle constitue le présupposé juridique et factuel pour que de tels biens soient assurément accessibles et disponibles, mais elle n'exclut pas un gouvernement autocratique de tels biens* ».

284. YOLKA (Ph.), *Sur le « droit administratif des communs », droit de la voirie*, 2020, n° 217, Tribune, p. 201.

285. À l'instar des conseils d'administration des parcs nationaux qui sont composés de représentants de l'État, de représentants des collectivités territoriales intéressées et de leurs groupements, d'un représentant du personnel de cet établissement ainsi que de **membres choisis pour partie pour leur compétence nationale et pour l'autre partie pour leur compétence locale dans le domaine d'activité de l'établissement**. Les membres choisis en fonction de leur compétence comprennent notamment des représentants des associations de protection de l'environnement, des propriétaires, des habitants et des exploitants, des professionnels et des usagers (art. L. 331-8 du Code de l'environnement). Il en va de même des aires marines protégées pour lesquelles un conseil de gestion est composé de représentants locaux de l'État de façon minoritaire, de représentants des collectivités territoriales intéressées et de leurs groupements compétents, du représentant du ou des parcs naturels régionaux intéressés, du représentant de l'organisme de gestion d'une aire marine protégée contiguë, de représentants d'organisations représentatives des professionnels, d'organisations d'usagers, d'associations de protection de l'environnement et de personnalités qualifiées (art. L. 334-4, II du Code de l'environnement).

286. CE 22 mars 1901, Pagès, rec. p. 315 : « *Considérant qu'en statuant sur les demandes d'autorisation qui lui sont présentées par les riverains des cours d'eau non navigables ni flottables, l'Administration ne doit se décider que par des motifs tirés de l'intérêt public, tels que la nécessité de prévenir les inondations, de conserver aux eaux leur écoulement naturel, d'assurer la salubrité publique ou l'exécution des règlements en vigueur; qu'il ne lui appartient pas de se constituer juge de l'étendue des droits conférés par le Code civil aux propriétaires riverains de ces cours d'eau, sur laquelle l'autorité judiciaire a seule compétence pour se prononcer.* »

dans les logiques cependant qui ont été citées plus avant, et parfois éloignées tant des réalités que du souci de protection d'une utilisation collective. Face à des affectations diverses et partagées dans un contexte de valorisation, la participation du public pourrait au moins constituer un contrepoids efficient dans une véritable logique d'intérêt général dépouillé au moins pour partie de contingences financières. Pourquoi ne pas mettre en place un « *Parlement des choses* » afin de rendre hommage à Bruno Latour²⁸⁷ ? La valorisation des propriétés publiques ne saurait se réduire à leur seule valorisation financière.

45. Conclusion – Les communs doivent se distinguer du domaine public et s'affranchir du droit de propriété de la personne publique qui induit son pouvoir d'affectation et de gestion sur ces dépendances. En l'état du droit et de la jurisprudence, je ne pense pas que les « communs » soient efficacement et surtout durablement protégés par le droit applicable au domaine public, lequel peine déjà à l'être correctement et à préserver l'utilisation collective. Certes, possiblement à titre temporaire, mais on ne peut que constater tout en le regrettant que, bien souvent, la préservation d'une utilisation commune comme collective ne soit plus la raison d'être comme la finalité des règles qui lui sont applicables. Pourtant, ainsi que l'exprimait pertinemment le doyen de la faculté de Dijon, J.-B. PROUDHON : « *Le domaine public se rattache également au droit naturel de la société car il faut bien qu'il y ait un pouvoir pour régler la manière de jouir des choses dont l'usage est commun à tous ; autrement, l'état de la société ne serait qu'état de bouleversement, où l'on se trouverait perpétuellement exposé à se voir subjugué par la loi du plus fort*²⁸⁸. »

287. LATOUR (B.), *Esquisse d'un Parlement des choses*, *Écologie & politique*, 2018/1, n° 56, p. 47 (article écrit en 1994).

288. PROUDHON (J.-B.), *Traité du domaine de propriété (ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public)*, Tome 1, Dijon, 1843, p. 64.

46. Perspectives. – Concepts, perceptions et définitions juridiques actuelles ne permettent pas de classer les communs dans une catégorie existante. Une nouvelle branche du droit pourrait être créée²⁸⁹ ou il faut alors recourir à d'autres approches, y compris d'anciennes. Il serait possible, par exemple, d'envisager de revenir aux *propriétés simultanées*²⁹⁰, c'est-à-dire un droit de propriété portant sur certaines utilités de la chose, telle que cette conception existait sous l'Ancien droit à un moment où la propriété n'était pas perçue comme exclusive et donc excluante²⁹¹. Il s'agit à tout le moins de modifier les classifications existantes. Ce qui importe est l'usage commun et de préservation. Le droit, y compris celui de propriété, n'est qu'un moyen, un support. Rousseau écrivait : « *Vous êtes perdus si vous oubliez que les fruits sont à tous et que la terre n'est à personne.* » Séparer l'usage de la propriété n'est guère difficile juridiquement, car le droit n'est qu'un moyen et non une finalité : il s'agit seulement d'une conception, d'une perception, bref, d'un projet de société imposant une rupture qui serait, juridiquement, socialement et socialement, la plus importante depuis 1789. Mais les esprits et consciences sont-ils prêts et suffisamment déterminés ? Je vous en laisse seuls juges.

289. Voir, par ex., la conclusion de M.-J. DEL REY-BOUCHENOUF, *Les biens naturels – Un nouveau droit objectif : le droit des biens spéciaux*, D. 2004, p. 1615 : « *il n'est aucunement question de détourner la théorie classique des biens de sa vocation première, à savoir la bonne circulation et le commerce des biens. Il n'en demeure pas moins que celle-ci est parfois incompatible avec les préoccupations scientifiques prises en compte par le droit de l'environnement. C'est pourquoi, la reconnaissance d'une nouvelle branche du droit qui intégrerait les nouvelles préoccupations environnementales tout en les harmonisant avec celles déjà existantes du droit des biens semble indispensable aujourd'hui. Les éléments naturels quitteraient la sphère du droit des biens, pour être désormais régis par une nouvelle branche du droit qui leur serait propre, tout du moins en ce qui concerne la sauvegarde de leurs particularités écologiques.* »

290. PATAULT (A.-M.), Introduction historique au droit des biens, PUF, 1989, p. 421 : « *La propriété exclusive de l'un n'a pu être affirmée qu'au détriment des propriétés simultanées des autres.* ». V. égal. AUBIN (D.) et NAHRATH (S.), *De la plura dominia à la propriété privative : émergence de la conception occidentale de la propriété et ses conséquences pour la régulation des rapports sociaux à l'égard de l'environnement et du foncier*, In *Les conceptions de la propriété foncière à l'épreuve des revendications autochtones : possession, propriété et leurs avatars*, Pacific-Credo publication, 2015, p. 51.

291. PATAULT (A.-M.), *La propriété non exclusive au XIX^e siècle : histoire de la dissociation juridique de l'immeuble*, revue historique de droit français et étranger, 1983, p. 217.

Agir pour des biens communs sous tension, agir pour des biens communs oubliés

Nathalie CHAUDON

Directrice de l'association France Nature Environnement Provence-Alpes-Côte d'Azur



Nathalie CHAUDON.

l'objectif de France Nature Environnement est l'émergence d'une société soutenable s'ajustant de plusieurs façons : démocratique, juste et équitable aux limites de la biosphère. FNE est la fédération des associations de défense de l'environnement et rassemble plus de 9 000 associations en France et en outre-mer. L'un de nos moyens d'action est le respect du droit et son renforcement par le biais de nos plaidoyers.

Préambule : une urgence à agir : des tensions fortes sur les biens communs en région Provence-Alpes-Côte d'Azur

D'après le Groupe Régional d'Experts sur le Climat Sud, la région méditerranéenne a subi de plus fortes pressions sur ces biens communs, avec une augmentation de +2,1 degrés depuis l'ère industrielle, quand le national en est à 1,1 degré.



Le lac du Broc à sec en novembre 2022. Il est dépendant de la nappe du fleuve Var dans les Alpes-Maritimes qui alimente en eau le bassin niçois.

Cela perturbe toutes les composantes du cycle de l'eau, engendrant :

- des vagues de chaleur et des sécheresses comme celles subies ces deux derniers étés, qui entraînent des stress hydriques importants sur les milieux et l'ensemble des êtres vivants dont l'humain (cf. incendie de la plaine des Maures, dans le Var, sur plus de 8 000 hectares) ;
- des épisodes méditerranéens, avec des pluies intenses comme celles vécues dans les hautes vallées des Alpes-Maritimes en 2020 (cf. tempête Alex) ou encore en Corse en 2022, ont des récurrences de plus en plus fréquentes.

Cette accélération du dérèglement climatique est liée à nos modes de vie et à nos choix quotidiens.

Comment le droit appréhende-t-il cette situation ? FNE PACA, par le biais de ses actions en justice, démontrera la nécessité d'avoir des instruments juridiques protecteurs tout en exposant les limites et faiblesses du droit.



Ainsi, le Code de l'environnement ne reconnaît pas le sol au titre des milieux physiques comme il le fait pourtant pour l'eau et l'air, et ne règle que le sort du sol « malade » (réhabilitation des sols pollués). Le droit n'est donc pas tourné explicitement vers un objectif de protection du sol.

Constat

Le Livre II du Code de l'environnement, milieu physique, traite de l'eau et de l'air, mais pas du sol.

Article L. 210-1: L'eau fait partie du patrimoine commun de la nation. Sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général.

Article L. 220-1: Il est reconnu à chacun « le droit de respirer un air pur qui ne nuise pas à sa santé ».

Or, en tant qu'êtres vivants, nous avons besoin de trois milieux physiques pour répondre à nos besoins fondamentaux.

Ainsi, le Code de l'environnement ne reconnaît pas le sol au titre des milieux physiques comme il le fait pourtant pour l'eau et l'air, et ne règle que le sort du sol « malade » (réhabilitation des sols pollués). Le droit n'est donc pas tourné explicitement vers un objectif de protection du sol.

Pour l'eau et l'air, quelle est l'effectivité du droit protecteur de ces biens communs ?

Effectivité du droit de l'eau

Rappel du cadre juridique protecteur

Au sein du Livre II du Code de l'environnement, plusieurs règles protègent l'eau ; à titre d'exemple, nous pouvons citer :

- la gestion équilibrée et durable de la ressource en eau ;
- les objectifs de résultats de bon état qualitatif, quantitatif et écologique des masses d'eau ;
- les débits réservés ;
- la hiérarchisation des usages : eau potable, milieux naturels et usages économiques.

Retour sur zone de non-traitement : mise en œuvre du droit en lien avec l'objectif de bon état qualitatif

Le droit de vivre #LoinDesPesticides est l'un des grands combats menés par le mouvement France Nature Environnement. Pour notre santé, la proposition est de bon sens. Pourtant, l'obtention de Zones Non Traitées aux pesticides à proximité des lieux de vie se révèle être un parcours semé d'embûches. Rétrospective d'un combat qui dure depuis trop longtemps.

Depuis le 4 mai 2017, les préfets ont davantage de pouvoir pour définir les zones de non-traitement (ZNT), bandes de 30 cm à 5 m en bordure d'un point d'eau sur lesquelles il est interdit d'épandre des pesticides. Contre toute logique, certains préfets en profitent pour être bien plus laxistes sur la protection de nos cours d'eau.

La loi donne trois critères pour définir un cours d'eau qui est un « *écoulement d'eaux courantes dans un lit naturel à l'origine, alimenté par une source et présentant un débit suffisant la majeure partie de l'année* ». Tous les cours

d'eau doivent être protégés par une zone non traitée aux pesticides dans un périmètre de 5 m minimum.

La réglementation oblige également le préfet à protéger les éléments du réseau hydrographiques figurant sur les cartes IGN des pesticides, ce qui inclut notamment cours d'eau intermittents, mares, fossés, lacs...

Dès lors que les cours d'eau et les éléments du réseau hydrographique sont identifiés, une zone de non-traitement des pesticides de minimum 5 m doit être mise en place.



**La réglementation oblige également le préfet à protéger les éléments du réseau hydrographiques figurant sur les cartes IGN des pesticides, ce qui inclut notamment cours d'eau intermittents, mares, fossés, lacs...
Dès lors que les cours d'eau et les éléments du réseau hydrographique sont identifiés, une zone de non-traitement des pesticides de minimum 5 m doit être mise en place.**

Dans une décision du 26 juin 2019, le Conseil d'État précisait que les préfets n'avaient pas de possibilité d'apporter des restrictions à la définition légale.

FNE au niveau national a mené de nombreux recours gracieux tous rejetés et au total, 31 recours contentieux gagnés. Le dernier est celui du tribunal administratif de Marseille qui a décidé, le 25 mai 2023, d'annuler l'arrêté du préfet des Bouches-du-Rhône qui interprétait de manière restrictive les catégories de points d'eau à prendre en compte dans les zones non traitées aux pesticides (ZNT). Le juge administratif a contraint le préfet à modifier cet arrêté illégal.

Autres exemples en France :

Le tribunal administratif de Nantes affirme :

« 4. Selon l'article 1^{er} de l'arrêté interministériel du 4 mai 2017, les points d'eau sont définis comme 'les cours d'eau définis à l'article L. 215-7-1 du Code de l'environnement et éléments du réseau

hydrographique figurant sur les cartes 1/25 000^e de l'Institut géographique national.' Cette définition doit être regardée comme couvrant, outre les cours d'eau définis par l'article L. 215-7-1 du Code de l'environnement, l'ensemble des eaux de surface au sens de la directive du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau. Il en résulte qu'au même titre que l'arrêté du 12 septembre 2006 relatif à la mise sur le marché et à l'utilisation des produits visés à l'article L. 253-1 du Code rural et de la pêche maritime, abrogé par l'article 16 de l'arrêté du 4 mai 2017, ce dernier arrêté inclut dans les points d'eau les fossés répondant à cette définition, destinés à figurer sur les cartes au 1/25 000^e de l'IGN. Par ailleurs, l'arrêté du 4 mai 2017 a confié aux préfets le soin de préciser par arrêté les points d'eau à prendre en compte conformément aux critères fixés à son article 1^{er}, sans possibilité d'y apporter des restrictions au vu des caractéristiques locales contrairement à ce que prévoyaient les dispositions antérieures de l'arrêté du 12 septembre 2006. [...] »

Ainsi, le tribunal administratif de Montpellier indique, dans un jugement n° 1802562 du 5 novembre 2019, concernant les canaux :

« 6. Si dans ces motifs, l'arrêté préfectoral du 7 juillet 2017, rappelant les possibilités que, lors de l'application des produits phytosanitaires, une partie des produits atteigne ou soit acheminée vers des éléments du réseau hydrographique et engendre une pollution des eaux, [...] eau », il est constant qu'il n'a pas entendu inclure dans la définition édictée à son article 1^{er} l'ensemble des éléments du réseau hydrographique, excluant, notamment, compte tenu du renvoi à ceux visés dans l'arrêté du 24 avril 2015 relatif aux règles de bonnes conditions agricoles et environnementales, des canaux, ainsi que de nombreux fossés permanents ou intermittents. Au demeurant, les écritures en défense du préfet confirment qu'il a estimé que la définition de l'arrêté du 4 mai 2017 était un "maxima" et qu'il lui appartenait d'apprécier, en fonction des situations particulières et des enjeux locaux, les points d'eau pouvant bénéficier de la protection.

7. Si les dispositions citées au point 4 de l'arrêté interministériel confient aux préfets le soin de préciser, par arrêté, les points d'eau à prendre en compte conformément aux critères fixés à son article 1^{er}, elles ne prévoient pas la possibilité d'y apporter des restrictions au vu des caractéristiques locales, contrairement à ce que soutient le préfet de l'Aude et à ce que prévoyaient les dispositions antérieures de l'arrêté

du 12 septembre 2006, lequel a été abrogé par l'arrêté du 4 mai 2017.

8. Par suite, en n'incluant pas dans la définition édictée à l'article 1^{er} de son arrêté du 7 juillet 2017 tous les éléments du réseau hydrographique figurant sur les cartes 1/25 000 de l'Institut géographique national, le préfet de l'Aude a méconnu les dispositions de l'arrêté interministériel du 4 mai 2017. Compte tenu de l'illégalité entachant son arrêté du 7 juillet 2017, le préfet de l'Aude était tenu de faire droit à la demande d'abrogation "en tant que" présentée par les associations requérantes. Il y a lieu, par suite, d'annuler la décision implicite par laquelle il a refusé de faire droit à cette demande. »

Mise en œuvre du droit en lien avec l'objectif de bon état quantitatif

Le débit minimum biologique est la quantité minimale d'eau qu'il faut laisser s'écouler dans un cours d'eau afin de permettre le maintien d'une vie aquatique normale. Ce débit est calculé par une étude scientifique relative aux volumes prélevables.

Le 29 novembre 2022, le tribunal administratif de Montpellier a imposé au préfet des Pyrénées-Orientales de faire respecter le débit minimum biologique du fleuve Têt, en relevant directement le débit qui était défini dans plusieurs arrêtés préfectoraux. Nous contestons le refus que nous avait opposé le préfet de relever les débits minimums biologiques qui étaient imposés à six prises d'eau de canaux sur la Têt. Les représentants des six préleveurs d'eau ainsi que l'État ont fait appel.

L'obligation de fixer un débit minimum biologique est fixée par la loi (art. L. 214-18 du C. env.), et était applicable depuis le 1^{er} janvier 2014. Le préfet des Pyrénées-Orientales avait fixé, par six arrêtés du 6 septembre 2017, un débit minimum aux droits de prises d'eau de canaux sur la Têt (entraînant un débit de 0,6 m³/s) largement inférieur au débit minimum qui avait été calculé par l'étude scientifique sur les volumes prélevables (soit 1,5 à 2,2 m³/s). Cette valeur aurait dû être imposée dès le 1^{er} janvier 2014.

La Têt, plus long fleuve du département des Pyrénées-Orientales, abrite plusieurs espèces emblématiques de poissons telles que la truite fario ou le barbeau méridional. Pour vivre, ces poissons ont besoin d'une quantité d'oxygène minimale et d'une température maximale qui n'est permise que lorsque le débit du fleuve est suffisant. En deçà de ces limites, le risque de mortalité s'accroît rapidement.

Depuis 2010, le bassin-versant de la Têt est identifié comme étant en « déséquilibre quantitatif », car les prélèvements d'eau sont trop importants pour garantir un fonctionnement satisfaisant des écosystèmes. Depuis longtemps, l'eau de ce fleuve est en effet utilisée pour la culture de fruitiers ou le maraîchage (et bientôt la viticulture?) grâce à l'irrigation gravitaire, assurée par l'aménagement de canaux le long du cours d'eau depuis le XII^e siècle.

En 2011, le préfet de département a donc conduit une étude permettant de définir les débits minimums à maintenir dans le cours d'eau, ainsi que les volumes pouvant être prélevés pour les usages humains.

Effectivité du droit relatif à la qualité de l'air

La pollution de l'air par les navires de croisière en Méditerranée

D'après une étude de Santé publique France, la pollution de l'air entraîne 48 000 morts prématurées par an en France.

Les bateaux de croisière en Méditerranée utilisent un carburant dont les teneurs en soufre sont actuellement à 0,5 % (art L. 218-211 du Code de l'environnement).

La création d'une zone de limitation des teneurs en soufre dans les carburants des navires (zone SECA) entraîne l'obligation, pour tous les navires qui entrent en Méditerranée, d'utiliser un combustible dont la teneur en soufre ne dépasse pas les 0,1 % en masse, soit un fuel 5 fois moins polluant que la norme internationale dans les zones hors SECA. Elle entrera en vigueur juridiquement en 2024 pour être effective en 2025 après une adoption au prochain Comité de décembre 2022, et un délai légal incompressible prévu par la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL).

Pour la première fois en France, le 26 octobre 2018, le capitaine d'un navire de croisière est poursuivi pour « utilisation en mer territoriale de combustibles dont la teneur en soufre est supérieure aux normes autorisées en matière de pollution de l'air ».

En effet, le carburant utilisé avait une teneur en soufre de 1,68 % supérieure aux normes. L'utilisation de ce carburant lui permettait ainsi

de réaliser une économie au détriment de la protection de la santé et de l'environnement.

La pollution de l'air par les industries : le cas d'ArcelorMittal

Située près de l'embouchure du Rhône, à Fos-sur-Mer, l'usine métallurgique ArcelorMittal est l'une des deux grandes aciéries de France. Issue de la volonté d'implanter la sidérurgie sur mer, elle est un des symboles de la zone industrielle de Fos-sur-Mer depuis 40 ans. Longtemps l'usine de la Solmer, puis Sollac et aujourd'hui ArcelorMittal Méditerranée, constitue l'un des piliers de l'industrie locale avec 3 000 emplois directs et tout autant en indirect.

ArcelorMittal est le numéro un mondial de la production sidérurgique et de l'exploitation minière, avec une empreinte industrielle dans 19 pays et une présence dans 60 pays. Le groupe est le premier fournisseur d'acier de qualité pour de grands secteurs d'activité tels que l'automobile, le bâtiment, l'énergie et l'emballage.

À Fos-sur-Mer, une étude récente financée par l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES) a démontré les effets directs des activités industrielles sur les habitants, qui ont deux fois plus de cancers que la moyenne nationale. Poussières, benzène, sulfocyanures, les rapports d'inspection ont montré que l'aciérie de Dunkerque a dépassé à de nombreuses reprises les limites de rejets de polluants dans l'environnement. Ces dépassements peuvent constituer un délit de « *dégradation substantielle de la qualité de l'air* » et celui de « *mise en danger par émissions dans l'air* ».

Le cas d'ArcelorMittal ne concerne plus seulement la protection de l'environnement, mais est aussi un cas de santé publique.

Cette entreprise a fait l'objet de nombreux arrêtés de mise en demeure, deux amendes administratives et trois condamnations en justice.

En 2023, le non-respect des normes d'émission continue. FNE a porté plainte auprès du tribunal judiciaire de Marseille.



Le droit positif ne traite de la question du sol qu'à travers le droit de propriété (article 552 du Code civil), l'urbanisme avec des outils protecteurs en fonction des milieux naturels et des espèces faunistiques et floristiques, ou encore dans le Code de l'environnement via les activités polluantes (article L. 556-1 et s.).

Classée Seveso seuil haut en raison de la dangerosité de ses activités, ArcelorMittal Méditerranée exploitait ce site en infraction avec son arrêté d'autorisation depuis de nombreuses années. Benzène, oxyde d'azote, dioxyde de soufre, particules fines... l'usine sidérurgique rejette un cocktail de substances qui dépassent régulièrement les valeurs limites d'émission fixées par la réglementation. Ces polluants présentent pourtant des effets néfastes sur la santé des salariés et des habitants de la région. Il s'agit de cancérigènes avérés, altérant la fonction pulmonaire chez l'enfant et exacerbant des symptômes respiratoires aigus chez l'adulte, pouvant conduire à l'insuffisance pulmonaire permanente.

Une absence de cadre juridique protecteur pour les sols

À l'inverse du cadre juridique protecteur relatif à l'air et l'eau, les sols ne font pas partie du Livre II du Code de l'environnement en tant que milieux. Nous voyons une légère avancée en 2016 avec les principes généraux du droit :

- Le patrimoine commun de la nation : « *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* » (Code de l'environnement, art. L. 110-1).

Cette avancée est tempérée par une formulation pour le moins ambiguë, car il faut bien lire que les sols ne font pas partie du patrimoine commun de la nation, mais qu'ils y participent, c'est-à-dire que ce ne sont pas les sols en tant que tels qui sont visés par la qualification, mais que leur rôle est reconnu dans la formation des paysages, dans la biodiversité, etc.

Le droit positif ne traite de la question du sol qu'à travers le droit de propriété (article 552 du

Code civil), l'urbanisme avec des outils protecteurs en fonction des milieux naturels et des espèces faunistiques et floristiques, ou encore dans le Code de l'environnement *via* les activités polluantes (article L. 556-1 et s.). Dans ce dernier cas, l'obligation de remise en état par l'exploitant est conditionnée en fonction de l'usage futur du site ce qui est très limitatif et ne met aucunement en place une approche avec des objectifs de résultat qualitatifs préalablement définis.

La reconnaissance du sol comme élément naturel à part entière avec l'ensemble de ses fonctions est un enjeu fort à l'échelle nationale et européenne.

FNE demande un cadre pour la protection des sols et la préservation de leur capacité à remplir chacune des fonctions écologiques, économiques, sociales et culturelles suivantes :

- production de biomasse, notamment pour l'agriculture (95 % de notre alimentation) et la foresterie;
- stockage, filtrage et transformation d'éléments nutritifs, de substances et d'eau;
- vivier de la biodiversité, notamment habitats, espèces et gènes (1/4 de la biodiversité est dans le sol);
- environnement physique et culturel de l'homme et des activités humaines;

- réservoir de carbone (20 000 mégatonnes en 25 ans à l'échelle mondiale);
- conservation du patrimoine géologique et architectural.

Le projet de directive actuellement en discussion (après deux échecs dans l'aboutissement de la démarche) prévoit des mesures pour prévenir les processus de dégradation des sols, tant naturels que provoqués par les activités humaines, compromettant la capacité des sols à remplir ces fonctions: atténuation des effets de ces processus, remise en état et assainissement des sols dégradés de manière à leur restituer un niveau de fonctionnalité compatible au moins avec leur utilisation effective et leur utilisation future autorisée...

Conclusion : pourquoi ce décalage entre le droit et la réalité sur le terrain ?

Il ressort de notre expérience de terrain deux éléments :

- le droit est régulièrement bafoué par les décideurs publics et les entreprises à travers une vision à court terme favorisant l'économie avant tout;
- on assiste également à des conflits d'usages accrus par le changement climatique se traduisant parfois par des actes de violence.

Or, le temps du vivant est différent et s'inscrit sur le long terme. Le droit est véritablement le dernier rempart pour respecter les biens communs, mais encore faut-il que le projet de société soit partagé par chaque acteur et politiquement soutenu pour une protection effective des biens communs pour aujourd'hui et les générations futures.

Il est donc urgent de construire un nouveau contrat social, démocratique et écologique pour répondre au défi de l'humanité face à la préservation du vivant.



La reconnaissance du sol comme élément naturel à part entière avec l'ensemble de ses fonctions est un enjeu fort à l'échelle nationale et européenne.

Table ronde n° 4

Prévenir et sanctionner les atteintes aux biens communs

- Propos introductifs

Jean-Baptiste PERRIER

Professeur à Aix-Marseille université (LDPSC – UR 4690)
Doyen de la faculté de droit de science politique

- Porter en justice la voix des biens communs

Sébastien MABILE

Avocat au barreau de Paris – Cabinet Seattle Avocats

- Le droit pénal au secours des biens communs ? Retour d'expérience des juridictions spécialisées de Marseille

Michel SASTRE

Premier vice-procureur de la République en charge des pôles spécialisés
Tribunal judiciaire de Marseille

- Saisir la complexité des atteintes à l'environnement

Mathilde BLOCH

Vice-présidente chargée de l'instruction au pôle santé publique et environnement du tribunal judiciaire de Marseille

- Prévenir et sanctionner les atteintes aux Calanques

Gaëlle BERTHAUD

Directrice du parc national des Calanques

Domitille PÉLISSIER

Responsable de la mission Police de l'environnement

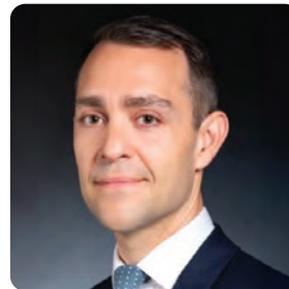


De gauche à droite : **Mathilde BLOCH**, **Sébastien MABILE**.

Propos introductifs

Jean-Baptiste PERRIER

Professeur à Aix-Marseille université (LDPSC – UR 4690)
Doyen de la faculté de droit de science politique



Jean-Baptiste PERRIER.

Compte tenu des enjeux, à savoir les usages et la protection des biens communs, il n'est pas surprenant de voir cet ouvrage, reprenant la richesse des interventions proposées lors du colloque du 29 septembre 2023, s'achever sur des réflexions portant sur le droit pénal. Si l'on peut espérer que l'usage des biens communs soit vertueux, si l'on peut souhaiter que sa protection soit garantie, il convient sans doute d'être réaliste et d'admettre que la vertu n'est pas universellement partagée et qu'une protection efficace est difficile, sinon impossible à atteindre. Ce constat invite alors à poser la question de la réaction du droit face à un usage des biens communs qui leur nuirait, à une protection qui serait ignorée ou dévoyée, et cette réaction est souvent contenue dans le droit pénal.



Lorsque l'on s'intéresse toutefois aux détails, aux angles choisis par les différents intervenants, les réflexions portent sans doute plus sur la sanction que sur la prévention.

Le thème de ces dernières contributions s'inscrit donc dans le prolongement des précédentes, autour de la prévention et de la sanction des atteintes aux biens communs et, à travers eux, à l'environnement. Lorsque l'on s'intéresse toutefois aux détails, aux angles choisis par les différents intervenants, les réflexions

portent sans doute plus sur la sanction que sur la prévention. Il est en effet question de répression, d'action à cette fin, d'organisation de cette répression au sein des juridictions, et d'un certain nombre de questions que cette répression et ces actions posent concrètement. Certes, il est possible de considérer que, d'une certaine façon, la répression des atteintes aux biens communs aurait un effet dissuasif et donc préventif, mais il n'est pas certain que cette répression soit pensée dans cet objectif, que l'on pense à la faible sévérité de la sanction ou, plus encore, à son (in)effectivité.

Peut-il en être autrement? Ne serait-il pas possible de prévenir les atteintes aux biens communs au-delà de cette fonction prétendument dissuasive de la sanction? Sur ce point, les travaux du groupe de travail relatif au droit pénal de l'environnement²⁹², présidé par le procureur général François MOLINS, ont notamment porté sur la possibilité d'introduire des mécanismes purement préventifs, à travers par exemple des mécanismes de référé repensés. Il existe en la matière de nombreux procédés, les référés civils²⁹³, les référés en matière administrative²⁹⁴, ou encore le référé pénal environnemental²⁹⁵. Il serait toutefois possible d'aller plus loin, de donner à ces mécanismes une autre consistance, une plus grande efficacité. Ces premières pistes conduisent également à

292. *Le traitement pénal du contentieux de l'environnement*, rapport du groupe de travail relatif au droit pénal de l'environnement présidé par François MOLINS, PUAM, 2023.

293. Notamment celui prévu par l'article 835 du Code de procédure civile. Pour des propositions d'améliorations, v. la réflexion conduite dans le cadre de la « Mission flash sur le référé spécial environnemental », communication de Mmes MOUTCHOU et UNTERMAIER du 10 mars 2021, Assemblée nationale.

294. Art. L. 521-1, L. 521-2 et L. 521-3 du Code de la justice administrative.
295. Art. L. 216-13 du Code de l'environnement.

poser la question de savoir devant quel juge ces actions devraient être introduites, avec la perspective d'un juge unique, compétent pour l'ensemble de la matière environnementale.



Dans le système actuel ou dans un système repensé, la question est de savoir qui porte les actions visant à prévenir ou à sanctionner les atteintes aux biens communs. [...]

Si le rôle de l'association et de l'avocat est important, il ne faudrait pas pour autant considérer que l'autorité judiciaire n'aurait pas d'initiatives en la matière. Bien au contraire, les actions conduites par l'autorité judiciaire permettent d'éviter les difficultés relatives à l'intérêt à agir des associations.

Sans aller jusqu'à ces réflexions prospectives, il n'en demeure pas moins que, dans le système actuel ou dans un système repensé, la question est de savoir qui porte les actions visant à prévenir ou à sanctionner les atteintes aux biens communs. Le rôle de l'association est présenté dans cet ouvrage, et l'avocat joue ici une place essentielle, qu'il agisse d'ailleurs au nom de l'association ou à un tout autre titre. Quelles sont les actions qu'il peut porter et devant quel juge, et surtout, quelle stratégie peut-il élaborer? Autant d'interrogations

sur lesquelles le regard de Maître Sébastien MABILE sera riche d'enseignements.

Si le rôle de l'association et de l'avocat est important, il ne faudrait pas pour autant considérer que l'autorité judiciaire n'aurait pas d'initiatives en la matière. Bien au contraire, les actions conduites par l'autorité judiciaire permettent d'éviter les difficultés relatives à l'intérêt à agir des associations. Michel SASTRE, premier vice-procureur près le tribunal judiciaire de Marseille, partage ici son expérience sur l'usage du droit pénal au secours des biens communs; quelles sont les priorités identifiées, quels sont les outils mobilisés face à ces défis? Ici encore, les questions sont nombreuses et cet éclairage est fort utile.

Pour répondre à ces défis, la loi du 24 décembre 2020²⁹⁶ a également souhaité renforcer la spécialisation des juridictions, en créant les pôles régionaux environnementaux (PRE)²⁹⁷. Après deux années, quel bilan tirer de leur création et surtout, quelle plus-value face aux affaires de grande complexité? Mathilde BLOCH, vice-présidente du tribunal judiciaire de Marseille chargée de l'instruction au pôle santé publique et environnement, nous livre un regard à la fois critique et optimiste, même si certains regrettent que des moyens plus importants n'aient pas été mis en œuvre.

Enfin, et pour terminer avec un exemple particulièrement instructif, la protection du parc des Calanques est à l'évidence une priorité locale, mais aussi nationale au titre de la protection des biens communs; à travers lui, il est possible de saisir toute la difficulté, mais aussi toute l'importance des questions que nous nous posons. Gaëlle BERTHAUD, directrice de ce parc national, témoigne ici de cet enjeu, de sa complexité, mais aussi de sa nécessité, pour garantir la pérennité de cet espace remarquable et de la possibilité, pour les générations à venir, d'en faire usage et de le protéger à leur tour.

296. Loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée.
297. Art. 706-2-3 du c. pr. pén.

Porter en justice la voix des biens communs

Sébastien MABILE

Avocat au barreau de Paris – Cabinet Seattle
Avocats



Sébastien MABILE

Le droit distingue les choses nulles des choses communes. Les premières, « *res nullius* », regroupent les choses non appropriées mais appropriables telles que le gibier ou le poisson tandis que les secondes, « *res communus* », sont non appropriées et non appropriables à l'instar de l'océan, du climat, ou de la biodiversité prise dans son ensemble et sa diversité.

Faute de gardien humain identifié, ces choses nulles ou communes sont négligées, dégradées et soumises à des pressions multiples, comme en témoignent l'effondrement de la biodiversité, la crise climatique, la pollution chimique ou le dépassement de nombreuses limites planétaires. Ne disposant pas de la personnalité juridique, elles n'ont pas la capacité de porter leur propre voix devant la justice et de demander réparation des préjudices qu'elles subissent.

La problématique de la péjoration des communs n'est pas nouvelle. Déjà Aristote écrivait dans *Politique* que « *ce qui est commun au plus grand nombre fait l'objet des soins les moins attentifs. L'homme prend le plus grand soin de ce qui lui est propre, il a tendance à négliger ce qui est commun* ».

1. Qui pour agir en justice ?

Le droit d'agir en justice est fortement encadré. Selon l'expression des doyens CORNU et FOYER, « *n'importe qui n'a pas le droit de demander n'importe quoi, n'importe quand à un juge* ».

Afin de « moraliser » l'accès au prétoire, les questions de recevabilité de l'action se posent généralement en amont. Et lorsqu'une personne dispose d'un « intérêt à agir », cela ne signifie pas pour autant qu'elle a un droit à réparation.

En matière civile, l'article 31 du Code de procédure civile pose le principe selon lequel « *l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* ».

L'« intérêt légitime à agir » conditionnant le bien-fondé de la demande ne fait pourtant pas l'objet d'une définition juridique, mais peut s'entendre comme la capacité d'une demande à améliorer la condition juridique de celui qui la porte. Il réunit deux composantes : l'existence d'une situation litigieuse qui cause un trouble au demandeur que le jugement sollicité serait de nature à faire cesser.

L'appréciation de l'existence d'un intérêt à agir relève du pouvoir souverain des juges du fond, lesquels doivent se placer au jour de l'introduction de la demande en justice, le défaut d'intérêt à agir entraînant l'irrecevabilité de la demande (article 122 du Code de procédure civile).

En matière pénale, l'article 2 du Code de procédure pénale prévoit que « *l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* ».

L'intérêt en cause doit être né et actuel, direct et personnel.

De ces règles générales, nous pouvons tirer deux enseignements :

- le premier, c'est que les « communs », dépourvus de personnalité juridique, ne peuvent agir en justice, et doivent le faire par l'intermédiaire de représentants ;
- le second, c'est que ces représentants des « communs » ne remplissent pas les conditions prévues par les articles 31 du Code de procédure civile et 2 du Code de procédure pénale.

2. Qui pour défendre les communs ?

Il a donc fallu recourir à la création de fictions juridiques, car personne n'était en mesure de se prévaloir d'un préjudice né d'une atteinte aux communs, indépendamment de ses répercussions sur des personnes juridiques, qu'elles soient physiques ou morales.

La Cour de cassation a donc eu recours à une appréciation plus lâche des conditions de l'intérêt à agir, notamment au regard des associations et des intérêts collectifs qu'elles s'étaient statutairement donné pour mission de défendre. Ainsi, dans un arrêt du 14 janvier 1971, la chambre criminelle a reconnu l'intérêt direct et personnel d'une association pour agir pour la mémoire des déportés du nazisme, car la mission de protection de cette mémoire figurait parmi son objet social.

S'agissant des dommages causés à l'environnement, et donc aux communs, une première approche a consisté à n'autoriser l'action en réparation du dommage qu'aux seules associations agréées de protection de l'environnement. Cette solution a ensuite été étendue à certaines personnes morales de droit public visées à l'ancien article L. 263-1 du Code rural, aujourd'hui codifié à l'article L. 132-1 du Code de l'environnement.

L'action civile en réparation d'un dommage à l'environnement a ainsi été ouverte à « l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie, le Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres, les agences financières de bassin et la Caisse nationale des monuments historiques et des sites ».

Par cette technique, le législateur habilite certaines personnes morales, expressément désignées, à défendre des intérêts « collectifs » leur permettant de demander réparation des atteintes causées aux choses dépourvues de personnalité juridique telles que les animaux, les écosystèmes, le climat ou l'océan.

Cette solution est insatisfaisante, car la liste fixée par le législateur se révèle toujours incomplète : pourquoi par exemple habiliter l'ADEME ou le Conservatoire du littoral et non les parcs nationaux ? Consciente de cette difficulté, la chambre criminelle de la Cour de cassation est venue préciser par deux arrêts du 8 mars 1995 (Cass. Crim., 8 mars 1995, n° 94-82566) et du 7 avril 1999 (Cass. Crim., 7 avril 1999, Bull. n° 69) que cette liste n'était pas exhaustive.

Le critère déterminant pour fonder une demande de réparation d'une atteinte aux communs réside désormais dans la preuve, par le

demandeur, que l'une des missions dont il a légalement la charge a été atteinte par l'infraction ou la faute reprochée. C'est ce qu'affirmait la Cour de cassation dans son arrêt du 7 avril 1999 dans lequel elle substituait au fondement légal un fondement statutaire spécial.

Elle jugeait ainsi :

« Que les articles 2 et 3 du Code de procédure pénale ouvrent l'action civile à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage matériel ou moral, découlant des faits objet de la poursuite, sans en exclure les personnes morales de droit public [...]. Attendu qu'en statuant (comme il l'a fait), alors que l'atteinte portée, par la contravention retenue, aux intérêts que le parc national avait pour mission légale de préserver en application de l'article L. 241-1 du Code rural, caractérise, pour celui-ci, un préjudice personnel découlant directement des faits poursuivis, distinct du trouble social, l'arrêt a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelé » (Cass. Crim. 7 avril 1999, Bull. n° 69).



S'agissant des dommages causés à l'environnement, et donc aux communs, une première approche a consisté à n'autoriser l'action en réparation du dommage qu'aux seules associations agréées de protection de l'environnement. Cette solution a ensuite été étendue à certaines personnes morales de droit public visées à l'ancien article L. 263-1 du Code rural, aujourd'hui codifié à l'article L. 132-1 du Code de l'environnement.

Cette solution est conforme à celle retenue en faveur des actions engagées par des associations non agréées « protection de l'environnement » au titre des articles L. 141-1 et L. 141-2 du Code de l'environnement. Dans des arrêts du 2 mai 2001 et du 27 mai 2004, les chambres civiles de la Cour de cassation ont ainsi accueilli favorablement l'action d'associations dépourvues d'habilitation législative. La Chambre

criminelle a suivi ce mouvement en jugeant recevable la constitution de partie civile d'une association de protection de l'environnement qui ne se prévalait d'aucun agrément (Cass. Crim., 12 septembre 2006, Bull n° 217).

C'est dans la continuité de ce mouvement jurisprudentiel que, dans l'affaire du naufrage du pétrolier *Erika*, l'action en réparation du préjudice subi par les communs – en l'espèce la biodiversité marine et littorale – a été largement ouverte aux collectivités territoriales, dès lors que leur territoire était affecté (CA Paris, 30 mars 2010 et Cass. Crim., 25 septembre 2012, 10-82.938, publié au bulletin).

3. La consécration et l'internationalisation de la représentation des communs

La loi du 8 août 2016 relative à la reconquête de la biodiversité a ensuite consacré ces principes en organisant un régime de réparation du préjudice écologique codifié aux articles 1246 et suivants du Code civil.

L'intention du législateur était bien d'ouvrir le prétoire aux communs définis comme « les éléments et les fonctions des écosystèmes », à savoir l'eau, l'air, le sol, la faune et la flore à travers des représentants disposant de la personnalité juridique. Pour reprendre les propos de Marie-Angèle Hermitte, il s'agit d'une « personification procédurale » permise par « des mécanismes d'action en justice » qui « donnent une voix plus ou moins perceptible à des non-humains ».

Cela suppose cependant de déterminer quels sont les représentants des communs.

Deux visions se sont opposées lors des débats parlementaires précédant l'adoption de la loi du 8 août 2016 : d'une part, les partisans d'une action très largement ouverte, à l'instar des actions populaires existantes dans certains pays sud-américains, notamment ; d'autre part, ceux qui considéraient que l'action devait être limitée à l'État et à ses démembrements, qu'il s'agisse d'agences (OFB, ADEME) ou d'établissements publics (ONF, parcs nationaux). Les représentants des collectivités faisaient valoir leur combat en faveur de la réparation du préjudice écologique dans le procès *Erika*, pointant un risque de régression, ainsi que les associations souvent seules à agir depuis la loi de 1976, qui se considéraient comme les plus légitimes à porter la voix des communs.

C'est une solution de compromis qui a été choisie, soit le recours à une liste fermée de personnes susceptibles de demander réparation du préjudice écologique, tout en précisant que l'action restait ouverte à « toute personne justifiant d'un intérêt à agir ».



La représentation des communs s'est ensuite internationalisée avec l'adoption de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des entreprises donneuses d'ordre, laquelle a favorisé le développement d'actions aux liens plus distendus avec le territoire français.

La représentation des communs s'est ensuite internationalisée avec l'adoption de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des entreprises donneuses d'ordre, laquelle a favorisé le développement d'actions aux liens plus distendus avec le territoire français. S'appuyant sur la présence d'un siège social en France, des associations françaises ou étrangères ont ainsi pu engager des actions visant à protéger les communs, qu'il s'agisse de l'Amazonie (Casino, BNP), du climat (TotalEnergies), ou de l'océan et de l'atmosphère saturés de plastique (Danone).

4. Le climat et la représentation des communs

L'irruption de la question climatique dans les prétoires a considérablement modifié notre relation aux communs et à ses représentations. Alors que la reconnaissance du préjudice écologique s'inscrivait dans une démarche très écocentrique, le climat a replacé les humains au rang des premiers bénéficiaires des actions en justice. Il est en effet désormais établi à propos du changement climatique, comme l'a rappelé la Haute-Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme en 2019, que « le monde n'a

jamais vu une menace sur les droits de l'homme de cette envergure²⁹⁸ ».

La question de l'intérêt à agir reste cependant centrale, notamment en raison de l'irruption de nouveaux acteurs tels que les jeunes, au titre de la défense des « générations futures ». Dans une décision qualifiée d'historique du 24 mars 2021, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a ainsi reconnu, à l'égard des jeunes, l'existence d'un intérêt à agir, né et actuel, qui va se prolonger dans le futur.

Le Conseil d'État français a lui reconnu l'existence d'un intérêt à agir d'une collectivité, la commune de Grande-Synthe, dans le cadre d'une action engagée contre l'État et visant à solliciter un rehaussement du niveau d'ambition des baisses d'émissions. La plus haute juridiction administrative a, en revanche, déclaré irrecevable l'action de son maire en raison d'une absence d'intérêt à agir. Dans l'attente de la position de la Cour européenne des droits de l'homme²⁹⁹, cette décision illustre les difficultés encore existantes pour déterminer qui était fondé à agir en faveur du climat.

Le climat bouscule ces notions d'intérêt à agir et de recevabilité car nous sommes tous potentiellement victimes d'un phénomène global, cette qualité de victime étant susceptible de nous conférer un intérêt à agir.

Les premières décisions rendues par le tribunal de Paris dans le cadre des actions fondées sur le devoir de vigilance illustrent une dérive inquiétante dans l'appréciation, par le juge judiciaire, de l'intérêt à agir : les quatre premières actions engagées au titre de la loi de 2017 ont en effet toutes été jugées irrecevables, soit par le juge des référés (TotalEnergies Eecop et Tilanga), soit par le juge de la mise en état (TotalEnergies climat, Suez et EDF).

Dans l'affaire relative à la contribution de TotalEnergies dans les émissions mondiales de gaz à effet de serre, le juge de la mise en état du tribunal judiciaire de Nanterre avait pourtant affirmé que « la lettre de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce révèle que la préservation des droits humains et de la nature en général [...] commande un contrôle judiciaire. Et, celui-ci ne peut passer que par un contrôle social fort permis par la publicité du plan de vigilance et par une

définition lâche de l'intérêt à agir, l'action étant très largement ouverte ("toute personne justifiant d'un intérêt à agir"). Ici, les associations et collectivités territoriales demanderesse ne mettent pas en œuvre un intérêt de nature commerciale, mais exclusivement la part de l'intérêt général qu'elles représentent et qui est précisément celle qui déborde de la dimension commerciale de la gestion de la SE Total » (TJ Nanterre, ordonnance du 11 février 2021).



Le climat bouscule ces notions d'intérêt à agir et de recevabilité car nous sommes tous potentiellement victimes d'un phénomène global, cette qualité de victime étant susceptible de nous conférer un intérêt à agir.

C'est une lecture formaliste et excessivement procédurale qui a ensuite prévalu devant le tribunal judiciaire de Paris, le juge ajoutant des conditions à la loi pour juger irrecevable l'action engagée par des associations ou des collectivités. Mais c'est sur la question de la réparation du préjudice écologique que l'évolution est la plus inquiétante : le juge de la mise en état du tribunal judiciaire de Paris a ainsi considéré, à l'égard des collectivités territoriales que « le préjudice écologique dont elles se prévalent concerne non seulement leur territoire, mais le monde entier. S'il fallait les déclarer recevables au seul motif que le dommage qu'elles entendent voir réparer ou prévenir concerne leur territoire, cela signifierait que n'importe quelle collectivité locale dans le monde pourrait assigner une société devant le tribunal de céans au motif qu'elle contribue par son activité au réchauffement climatique. Le contentieux de la réparation et de la prévention du dommage écologique deviendrait alors impossible à maîtriser » (TJ Paris, ordonnance du 6 juillet 2023).

En énonçant cette condition relative à l'invocation d'un dommage « particulier affectant leur territoire et uniquement celui-ci », le juge semble emprunter au régime de responsabilité civile de droit commun conditionnant la reconnaissance d'un dommage à son caractère direct et personnel (i.e. atteignant le demandeur dans sa personne ou dans ses biens), ce, alors

298. Michelle BACHELET, ouverture de la 42^e session du Conseil des droits de l'Homme à Genève, le 9 septembre 2019.

299. Depuis lors, la Grande Chambre de la CEDH a déclaré irrecevable la requête de l'ancien maire de la commune de Grande-Synthe en raison du défaut de qualité de victime selon l'article 34 de la Convention (CEDH, 9 avril 2024, Carême c. France n° 7189/21).

même que la réparation d'un préjudice écologique répond à des conditions dérogatoires au droit commun telles qu'énoncées à l'article 1247 du Code civil.

Il revient désormais à la cour d'appel de Paris, et très certainement demain à la Cour de cassation, de se saisir de la question de la recevabilité d'une action en cessation du préjudice écologique découlant d'émissions massives de gaz à effet de serre.

La question de la représentation des communs n'a donc pas fini d'enflammer les prétoires, dans l'attente de trouver un juste équilibre entre l'action populaire très largement ouverte à tous et l'impossibilité à toute personne de porter la voix des communs dans le cadre de pollutions systémiques qui n'affectent pas « que » leur territoire, mais le monde entier.



Le droit pénal au secours des biens communs ? Retour d'expérience des juridictions spécialisées de Marseille

Michel SASTRE

Premier vice-procureur de la République
en charge des pôles spécialisés
Tribunal judiciaire de Marseille



Michel SASTRE.

En matière de lutte contre les atteintes à l'environnement, l'ambition modeste du parquet de Marseille dans ses compétences de pôle environnement est de lutter contre un sentiment d'impunité encore trop prégnant en ce domaine, tant au niveau des entreprises qui fondent leurs activités sur tout ou partie d'activités illégales, que de celles bien implantées qui ponctuellement, sur la base d'un bilan gain économique à polluer/risque pénal, privilégient encore trop souvent le premier.

Cette insuffisante prise en compte du risque pénal trouve sa cause notamment dans deux origines. D'une part, elle procède d'une insuffisante saisine de la justice par l'administration de signalements. Personne n'ignore qu'il peut arriver à cette dernière de faire primer des considérations qu'elle considère comme économiques et sociales sur les enjeux de préservation de l'environnement et de santé publique. À cela s'ajoute une culture tournée vers l'avenir, visant plus à accompagner les entreprises par la mise en place de moyens d'exploitation moins polluants plutôt qu'à envisager des sanctions. La justice pénale a plutôt une culture de la lutte contre l'impunité et de l'égalité devant la loi. Le curseur de la complémentarité de ces deux missions mérite donc encore d'être ajusté.

D'autre part, le manque de visibilité du risque pénal en matière d'atteintes à l'environnement résulte également du renvoi pas suffisant devant le tribunal correctionnel des infractions portant sur les atteintes à l'environnement. En effet, nous avons un recours fréquent aux alternatives aux poursuites pour des affaires qui pourraient mériter parfois une audience. Des considérations de gestion de flux des affaires à juger n'y sont évidemment pas étrangères. Enfin, ce manque de visibilité procède, pour partie aussi, de peines pas toujours à la hauteur des dommages causés aux biens communs. Dans cette

optique, il nous arrive ponctuellement de faire des appels au *quantum*.

Cela a pour conséquence que l'on ne trouve pas suffisamment de jurisprudence avec pour corollaire une incertitude sur l'interprétation des normes réglementant la protection de l'environnement. La réalité d'un droit éparpillé dans un nombre considérable de codes et en mutation permanente participe également de la complexité du maniement de ce droit.



Le manque de visibilité du risque pénal en matière d'atteintes à l'environnement résulte également du renvoi pas suffisant devant le tribunal correctionnel des infractions portant sur les atteintes à l'environnement.

Le corollaire de la complexité des normes environnementales est la nécessaire spécialisation des magistrats de l'ordre judiciaire. Cet enjeu est très sérieusement pris en compte par le haut niveau des formations proposées par l'École nationale de la magistrature aussi bien dans le cadre de la formation initiale que de la formation continue. La spécialisation doit bien entendu également toucher les services enquêteurs qui sont parfois démobilisés par des normes qu'ils n'ont que peu ou jamais pratiquées. C'est pourquoi cette tendance s'observe notamment aussi bien au niveau national, par le déploiement des services de l'Office central de lutte contre les atteintes à l'environnement et à la santé publique (OCLAESP), qu'au

niveau déconcentré par la spécialisation de gendarmes *via* le Commandement pour l'environnement et la santé (CESAN) qui s'appuie sur plus de 4 000 militaires formés, en charge des questions de sécurité environnementale et sanitaire, présents sur l'ensemble du territoire.

Très fréquemment, pour donner un appui technique aux enquêteurs dans le cadre de leurs investigations, nous les cosaisissions avec un autre service spécialisé (DREAL, OBF, DDTM, etc.).

Même si des efforts significatifs ont été réalisés ces dernières années pour créer des services d'enquête, la pression de la délinquance de droit commun mobilise beaucoup les enquêteurs et trop souvent, les procédures touchant à des infractions environnementales peinent à être finalisées pour trouver une suite judiciaire. Mathilde BLOCH, qui intervient ici en tant que juge d'instruction, vous confirmera que le temps judiciaire de ce type d'affaire est encore trop long. En effet, à la problématique de la mise à disposition d'effectifs d'enquêteurs suffisants, s'ajoutent les délais d'expertises parfois très complexes et les recours diligentés ensuite dans le cadre des informations judiciaires contre ces dernières.

Organisation du parquet

Les pôles spécialisés de Marseille sont composés au niveau du parquet de 3 magistrats et de 3 juges d'instruction spécialisés pour le siège. La compétence de cette section va au-delà des questions environnementales puisqu'elle traite aussi des questions d'urbanisme, d'habitat insalubre, de sécurité alimentaire, de trafic de médicaments et de dopage. Elle partage également avec Paris une compétence pôle accident collectif.

À la technicité juridique du droit de l'environnement s'ajoute la complexité des questions scientifiques posées par le contentieux des atteintes à l'environnement et à la santé. C'est pourquoi nous sommes épaulés par quatre assistants spécialisés (AS), dont un AS vétérinaire et formé à l'environnement vert, un AS ingénieur spécialiste des questions industrielles, un AS médecin et un AS pharmacien. Ces compétences nous permettent de faire une première évaluation des affaires dont les pôles peuvent se saisir. Ils réalisent ainsi des notes techniques à l'attention du parquet, mais aussi des juges d'instruction des pôles spécialisés. Ils

sont aussi amenés parfois à préparer des projets de questions sur des points spécifiques pour les enquêteurs.

Compétences des pôles spécialisés

En matière d'environnement, les compétences du parquet de Marseille, au-delà de celles qui s'exercent sur le ressort du tribunal judiciaire de Marseille, s'étendent sur des ressorts territoriaux plus larges.

Le **pôle santé publique environnement** (PSPE) exerce une compétence partagée sur le Grand Sud de la France, soit 7 cours d'appel réunissant 33 tribunaux judiciaires; l'autre pôle de compétence étant celui de Paris. La compétence des PSPE est définie par l'article 706-2 du Code de procédure pénale sur le critère de la présence de produits ou substances auxquels l'homme et l'environnement sont exposés et qui sont réglementés en raison de leurs effets ou dangerosité. Créés il y a 21 ans, ces pôles ne traitaient initialement que d'affaires de santé publique.

Il doit s'agir d'affaires dites de grande complexité, c'est-à-dire de dimension nationale ou internationale, ayant une technicité certaine, causant des dommages à un grand nombre de victimes. Nous avons ainsi des affaires de pollutions industrielles, notamment dans le site de Fos-sur-Mer ou dans la vallée du Rhône, des procédures d'amiante, de pollutions chimiques dont seraient victimes des salariés, d'exploitations utilisant des produits phytosanitaires interdits, de trafic de déchets.

Le **pôle régional environnement** (PRE), étend la compétence du parquet de Marseille sur tout le ressort de la cour d'appel d'Aix-en-Provence sur le fondement de l'article 706-2-3 du Code de procédure pénale. Ils ont été créés en 2020 au sein de toutes les cours d'appel. Il s'agit d'une compétence pour les affaires dites complexes et techniques ayant causé un important préjudice environnemental. Les infractions que peuvent poursuivre les PRE prennent leur fondement dans les codes de l'environnement, forestier, minier, rural et de la pêche. Le contentieux porte actuellement sur des trafics régionaux de déchets provenant du BTP ou sur des pollutions maritimes causées par l'industrie ou des stations d'épuration.

La **Juridiction du littoral spécialisée** (JULIS) traite les infractions de pollution maritime et atmosphérique commises à partir de la mer et également les atteintes aux biens culturels

maritimes. Les JULIS existent depuis 23 ans. On en retrouve six en France. Celle de Marseille a compétence sur toute la mer Méditerranée française. Les affaires de pollution par hydrocarbures sont fort heureusement beaucoup moins fréquentes aujourd'hui et concernent actuellement plutôt les navires de plaisance sur des pollutions limitées et, malgré tout, systématiquement poursuivies à raison de la sensibilité en termes de biodiversité des zones atteintes.

Une politique pénale volontariste est menée contre les pollutions atmosphériques causées par les navires de commerce et les croisiéristes. Ces actions sont menées en lien avec le centre de sécurité de navire dépendant des affaires maritimes. Lorsqu'un navire est contrôlé en infraction en raison de la non-conformité du combustible utilisé, et notamment sur le taux de soufre, le parquet de Marseille ordonne son immobilisation qui ne pourra être levée qu'après la terminaison de l'enquête et le versement d'un cautionnement (actuellement entre 80 000 et 120 000 euros) à la régie du tribunal. Au-delà de la pénalité financière, le retard pris dans le programme commercial des navires incite les commandants et les sociétés exploitantes des navires à mieux prendre en compte les enjeux de protection de l'environnement. Lorsque le navire est autorisé à appareiller, une convocation en justice a été remise au commandant. Il sera alors jugé devant la JULIS et dans ce cas, la société exploitante sera citée sur le fondement d'une disposition du Code de l'environnement pour prendre en charge tout ou partie des amendes auxquelles sera condamné le commandant.

L'autre option choisie peut être la voie de la convention judiciaire d'intérêt public environnementale (CJIPE). Nous en avons conclu plusieurs contre des personnes morales exploitantes de navires de commerce ou des compagnies de croisière pour des montants entre 60 000 et 140 000 euros. Des comparaisons ont pu parfois être faites avec les CJIP du Parquet national financier en faisant observer que ces pénalités ne semblaient pas suffisamment importantes à l'aune de la surface financière des exploitants. Or, nous nous devons nécessairement de

prendre en compte qu'à travers cette politique pénale, les infractions sanctionnées n'existaient pas il y a seulement quelques années. En outre, chaque jour d'immobilisation génère des frais portuaires significatifs, ce à quoi doit s'ajouter le préjudice commercial.



Au-delà de la pénalité financière, le retard pris dans le programme commercial des navires incite les commandants et les sociétés exploitantes des navires à mieux prendre en compte les enjeux de protection de l'environnement.

L'objectif est de créer un équilibre entre les choix d'orientation vers les CJIPE et les citations devant le tribunal correctionnel de Marseille qui comporte une 6^e chambre spécialisée dans les affaires d'atteintes à l'environnement.

Enfin, la lutte contre les atteintes à l'environnement s'invite dans le contentieux du **tribunal maritime** par le prisme d'une réglementation prise par le préfet maritime. Elle vise à mieux organiser le mouillage des navires de la grande plaisance pour préserver des posidonies – une plante à fleur maritime endémique protégée que l'on retrouve le long de nos côtes – en raison de son rôle fondamental dans le fonctionnement de la biodiversité. Cette juridiction spécialisée, composée de trois magistrats et de deux assesseurs professionnels de la mer, s'occupe du contentieux de la sécurité de la navigation. Elle a compétence sur toute la Méditerranée française et a rendu sur cette réglementation un certain nombre de décisions encourageantes, aussi bien en termes de réponse pénale que sur la question de la réparation du préjudice écologique.

Saisir la complexité des atteintes à l'environnement

Mathilde BLOCH

Vice-présidente chargée de l'instruction au pôle santé publique et environnement du tribunal judiciaire de Marseille ³⁰⁰



Mathilde BLOCH.

Les premières juridictions spécialisées en matière environnementale, les juridictions du littoral spécialisées (JULIS) et les pôles santé publique et environnement (PSPE), ont été créés il y a plus de 20 ans. On pourrait donc s'attendre à ce que l'autorité judiciaire dispose aujourd'hui d'une expérience lui permettant de traiter efficacement les infractions environnementales les plus complexes.

Ceci ne reflète pas la réalité, car jusqu'à une période très récente, le nombre de procédures d'environnement portées devant les juridictions était faible. Les choses sont en train de changer puisque le volume de saisines en matière environnementale augmente, certainement sous l'impulsion d'une sensibilité croissante des magistrats à cette problématique et d'une mobilisation de plus en plus forte des citoyens et des associations qui, portés par des avocats spécialisés, initient davantage de procédures que par le passé. Cet essor est également à mettre en lien avec la création des pôles régionaux environnementaux (PRE), par la loi du 24 décembre 2020 relative à la justice environnementale, qui connaissent des atteintes à l'environnement complexes.

Il est intéressant de noter que la création de pôles régionaux s'inscrit à rebours de la tendance actuelle, qui consiste à instituer des parquets et des juridictions à compétence nationale pour connaître des sujets les plus complexes. C'est le cas de la grande criminalité et du terrorisme, qui sont de la compétence de la Juridiction nationale chargée de la lutte contre la criminalité organisée (JUNALCO), du Parquet national financier (PNF) et du Parquet

national antiterroriste (PNAT). Pour autant, il ne faut pas en déduire que l'environnement, parce qu'il ne bénéficie pas de sa juridiction nationale, serait un sujet de rang inférieur. Ce choix se comprend au regard de la nécessité, pour lutter efficacement contre les atteintes à l'environnement, de nouer un dialogue entre l'autorité judiciaire et ses partenaires institutionnels, ce qui ne peut se faire de manière opérationnelle qu'à un échelon local. Il importe également de pouvoir décliner une politique pénale adaptée aux enjeux environnementaux spécifiques à chaque région.

En dépit de la dynamique qui est à l'œuvre dans les pôles régionaux environnementaux, le développement d'une pratique judiciaire performante s'inscrira sans doute dans une temporalité assez longue en raison de la complexité de la matière.

Cette complexité tient en premier lieu à la nature protéiforme des atteintes à l'environnement, qui peuvent concerner l'air, l'eau, le sol, la faune, la flore, les écosystèmes, être circonscrites à un territoire ou être diffuses. Dans la conduite des investigations qui sont menées pour établir une infraction, il est donc difficile de modéliser les savoir-faire, ce qui permet habituellement de gagner en efficacité. Par exemple, dans les procédures d'amiante, qui sont pourtant techniques, les enquêteurs ont mis au point un canevas des actes à réaliser, tels que la synthèse de la réglementation, les documents à recueillir auprès des administrations, les personnes à entendre, canevas qu'ils adaptent à chaque affaire et qui leur permet de prendre en charge plus rapidement les procédures. En matière environnementale, la singularité de chaque affaire est telle qu'elle nécessite sa propre stratégie d'investigations.

300. Conseillère référendaire à la Cour de cassation depuis le 1^{er} janvier 2024.

En deuxième lieu, la résolution d'une affaire fait appel à des connaissances scientifiques qui font défaut aux magistrats, dans des domaines aussi variés que la chimie, la physique ou la biologie, et qui nécessitent donc qu'un éclairage technique soit apporté sur ces questions.

Enfin, en troisième lieu, la réflexion juridique s'exerce sur des incriminations qui sont dispersées entre différents codes, et, au sein même du code de l'environnement, entre différentes polices spéciales, ce qui rend la loi pénale peu lisible. S'y ajoute que bien souvent, pour caractériser la faute pénale, il conviendra d'analyser différents textes, tels que les autorisations délivrées par l'administration concernant les installations classées pour la protection de l'environnement, les réglementations spécifiques s'appliquant aux parcs nationaux et aux réserves naturelles, ou encore concernant les espèces, la convention de Washington sur les espèces CITES et les arrêtés nationaux de protection.

Pour faire face à cette complexité, plusieurs outils et bonnes pratiques peuvent être mobilisés par l'autorité judiciaire. Ils ont trait au fonctionnement des pôles spécialisés, à la saisine de services d'enquête disposant d'une compétence spécifique en matière environnementale, et à l'ouverture aux compétences extérieures à l'administration de la justice.

Au tribunal judiciaire de Marseille, trois juges d'instruction sont spécialisés dans le traitement des affaires d'environnement et compétents au titre des trois juridictions environnementales que sont le PSPE, le PRE et la JULIS. Leur champ de compétence dépasse l'environnement puisqu'ils instruisent également les procédures de santé publique, d'accidents collectifs et plus généralement les dossiers d'atteintes involontaires aux personnes. Bénéficiant tous les trois d'une expérience de juge d'instruction généraliste, ils se sont spécialisés au contentieux environnemental au fil des procédures et en suivant les formations dispensées par l'École nationale de la magistrature (ENM) sur cette thématique. L'ENM a d'ailleurs fait évoluer son offre de formation puisqu'elle propose depuis l'année dernière un cycle approfondi sur la justice environnementale, d'une durée totale de 15 jours, destiné à accompagner les magistrats civilistes et pénalistes en charge des contentieux environnementaux.

L'une des particularités du travail des magistrats instructeurs au sein des pôles de l'environnement est la fréquence des cosaisines à deux,

voire trois juges d'instruction, faculté ouverte par l'article 83-1 du Code de procédure pénale pour les affaires graves et complexes. Cette cosaisine introduit de la collégialité dans une fonction qui est par essence solitaire, et permet de conduire plus efficacement certaines investigations, telles que des perquisitions dans de grandes entreprises et des interrogatoires très longs ou simultanés.

La dimension collective du travail au sein des pôles spécialisés en matière environnementale est d'autant plus riche qu'elle est de nature pluridisciplinaire, grâce au concours des assistants spécialisés.



Au tribunal judiciaire de Marseille, trois juges d'instruction sont spécialisés dans le traitement des affaires d'environnement et compétents au titre des trois juridictions environnementales que sont le PSPE, le PRE et la JULIS. Leur champ de compétence dépasse l'environnement puisqu'ils instruisent également les procédures de santé publique, d'accidents collectifs et plus généralement les dossiers d'atteintes involontaires aux personnes.

En application de l'article 706 du Code de procédure pénale, peuvent exercer les fonctions d'assistant spécialisé les fonctionnaires de catégorie A et B ainsi que les personnes titulaires, dans des matières définies par décret, d'un diplôme national sanctionnant une formation d'une durée au moins égale à quatre années d'études supérieures et qui justifient d'une expérience professionnelle de quatre années.

Au pôle spécialisé de Marseille, les magistrats coordonnent ainsi une équipe de quatre assistants spécialisés composée d'un médecin, un pharmacien, un vétérinaire et un inspecteur de l'environnement, qui sont des fonctionnaires détachés de leurs administrations d'origine. De formation scientifique, ils exercent un rôle de conseiller technique auprès des magistrats dans les différents aspects de leurs missions.

Ainsi, ils rédigent des notes d'analyse versées à la procédure, participent aux auditions, aux perquisitions et recherchent des experts. À Marseille, le choix s'est porté sur le recrutement de professionnels qui avaient tous exercé auprès des administrations en qualité d'inspecteurs de santé publique ou d'inspecteurs de l'environnement. Par cette expérience, ils bénéficient d'une culture administrative et d'une maîtrise de la réglementation qui sont très utiles pour traiter les affaires de santé et d'environnement. En définitive, les assistants spécialisés apportent les connaissances techniques et réglementaires que la formation initiale des magistrats et leur parcours au sein de l'institution judiciaire ne leur ont pas permis d'acquérir.

La complexité des atteintes à l'environnement impose, en outre, la saisine de services d'enquête pourvus d'une compétence spécifique dans ce domaine. Ainsi, l'Office central de lutte contre les atteintes à l'environnement et à la santé publique (OCLAESP), créé en 2004, est un service de police judiciaire qui dispose d'une compétence nationale en matière d'environnement et de santé publique. Organisé en neuf détachements territoriaux, l'OCLAESP est composé en majorité de gendarmes et dépend du ministère de l'Intérieur. Il dispose, en qualité de sachants, d'un conseiller environnement, d'un pharmacien inspecteur de santé publique et d'un référent dopage, ce qui n'est pas suffisant au regard du nombre et de la complexité des affaires dont ce service est saisi. Pour pallier ce manque de moyens, l'Office s'ouvre à la société civile par le recrutement, en qualité de réservistes, de professionnels qui ont des compétences dans des domaines particuliers. Ces réservistes interviennent ponctuellement dans les procédures en appui des services d'enquête, par exemple, pour analyser une documentation technique ou aider à l'exploitation d'un système d'information.

À côté de l'OCLAESP, il existe un autre service à compétence nationale en matière environnementale, l'Office français de la biodiversité (OFB). Issu de la fusion de l'Agence française pour la biodiversité (AFB) et de l'Office national de la chasse et de la faune sauvage (ONCFS) par la loi n° 2019-771 du 24 juillet 2019, l'OFB est un établissement public placé sous la double tutelle des ministères de la Transition écologique et de l'Agriculture. Il exerce de multiples missions de police administrative dans les domaines de l'eau, des espaces naturels, des

espèces, de la chasse et de la pêche, aide à la mise en œuvre de politiques publiques et peut également intervenir dans un cadre judiciaire. Ainsi, en vertu de l'article L. 171-10 du Code de l'environnement, les inspecteurs de l'environnement affectés à l'OFB peuvent être requis par le procureur de la République et recevoir des commissions rogatoires du juge d'instruction. Leurs pouvoirs sont cependant limités à certaines prérogatives de police judiciaire qu'ils tiennent des lois spéciales. La loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 a créé un nouveau service d'enquête spécialisé composé d'inspecteurs de l'environnement ayant la qualification d'officiers judiciaires environnementaux (OJE), qui disposent, selon l'article 28-3 du Code de procédure pénale, des mêmes prérogatives que les officiers de police judiciaire pour la recherche et la constatation des infractions environnementales. Toutefois, d'après les annonces qui ont été faites, seulement 8 OJE seront déployés sur trois départements, ce qui interroge sur le décalage qui peut exister entre la volonté affichée par la réforme de renforcer l'efficacité de la justice environnementale et les moyens qui sont effectivement mis en œuvre.



La complexité des atteintes à l'environnement impose, en outre, la saisine de services d'enquête pourvus d'une compétence spécifique dans ce domaine.

Les ressources propres à l'administration de la justice, que constituent les pôles spécialisés des juridictions et la police judiciaire, ne sont pas toujours suffisantes pour établir la preuve des infractions environnementales.

Ainsi, une expertise s'avère souvent nécessaire pour identifier et quantifier la composition des émissions polluantes, comme leurs conséquences sur la santé, la biodiversité et les milieux. L'expert doit employer des méthodes d'analyse reconnues et validées au niveau national et être en capacité d'interpréter les résultats pour répondre aux questions de la mission. La principale difficulté tient à l'insuffisance d'experts dotés des compétences nécessaires pour réaliser des expertises en matière

environnementale. Cette lacune contraint les magistrats à désigner en qualité d'experts des professionnels non inscrits sur les listes de la Cour de cassation et des cours d'appel dressées en application de la loi du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires. Bien que l'article 157 du Code de procédure pénale ne prévoit cette possibilité qu'à titre exceptionnel, elle est fréquemment utilisée en matière environnementale. Dans ces situations, la méconnaissance par l'expert non inscrit des règles procédurales et des enjeux de son intervention dans un cadre judiciaire est source d'insécurité juridique. Il est donc nécessaire pour le magistrat d'accompagner l'expert dans sa mission, tout en veillant à préserver sa liberté d'appréciation. Il convient également de s'assurer de son impartialité, par des entretiens informels qui sont conduits en amont de sa désignation et par des recherches en source ouverte. Le but est de vérifier que l'expert n'a pas accompli des missions pour le compte des plaignants ou de l'entreprise visée, par exemple en réalisant des études d'impact, ni pris des positions partisans sur l'affaire. Dans les dossiers les plus sensibles, il est demandé à l'expert de signer une déclaration d'intérêts qui est versée à la procédure. Cette précaution n'est pas prévue par la loi, mais a été introduite par la pratique afin de sécuriser les expertises.

Malgré le soin apporté dans le choix des experts, il n'est pas toujours possible de déterminer les conséquences environnementales d'une infraction. D'une part, car il n'existe pas encore de consensus sur les techniques appropriées pour évaluer le préjudice écologique, faute de jurisprudence suffisamment abondante en la matière. D'autre part, car l'origine d'une contamination environnementale est souvent multifactorielle. Dans un grand nombre d'hypothèses, elle est certes anthropique, mais procède de différentes activités humaines, qui sont autorisées pour la majorité d'entre elles. Elle peut également être difficile à discriminer de causes naturelles, liées par exemple à la géologie du milieu, qui peut contenir des contaminants chimiques. Ces circonstances induisent des questionnements sur l'imputabilité du dommage environnemental auxquels les experts, guidés par leur rigueur scientifique, ne peuvent pas toujours apporter des réponses tranchées.

La complexité de l'enquête environnementale requiert enfin une bonne collaboration avec les administrations qui disposent de compétences dans ce domaine, telles que la DREAL. Ces administrations, parce qu'elles délivrent les

autorisations et contrôlent les activités nuisibles à l'environnement au titre de la police administrative, sont une source d'information essentielle et peuvent aussi aider à la compréhension d'aspects techniques. Dans les procédures d'environnement, il leur est donc demandé de communiquer des informations, telles que les arrêtés préfectoraux, les rapports de contrôle, les mises en demeure et, dans le cadre des informations judiciaires, elles sont également systématiquement entendues. Il est aussi possible, pour le magistrat et l'enquêteur, de requérir, sur le fondement de l'article 60 du Code de procédure pénale, l'assistance des inspecteurs de l'environnement en qualité de personnes qualifiées lors d'une audition, d'une perquisition, ou pour réaliser une analyse technique.



La complexité de l'enquête environnementale requiert enfin une bonne collaboration avec les administrations qui disposent de compétences dans ce domaine, telles que la DREAL. Ces administrations, parce qu'elles délivrent les autorisations et contrôlent les activités nuisibles à l'environnement au titre de la police administrative, sont une source d'information essentielle et peuvent aussi aider à la compréhension d'aspects techniques.

Il arrive qu'en sollicitant le concours de l'administration, on ne suscite pas sa pleine adhésion, situation qui peut se rencontrer lorsqu'elle n'est pas à l'origine de la procédure. L'objectif poursuivi par l'autorité judiciaire en matière pénale est la répression des agissements qui constituent des infractions. De son côté, l'autorité administrative doit, dans l'exercice de ses pouvoirs de police, tenir compte d'impératifs tenant à la préservation de l'emploi, à la richesse économique d'un territoire ou à la fourniture d'un service essentiel pour la collectivité. L'on observe ainsi qu'exception faite des situations dans lesquelles l'activité en cause est

totale­ment occulte, en cas d'écart à la régle­men­ta­tion, le premier réflexe de l'au­to­ri­té admi­nis­tra­tive n'est pas tou­jours la sanc­tion. Celle-ci s'efforce plu­tôt d'ac­com­pa­gner l'ex­ploi­tant pour qu'il se mette en con­for­mi­té avec ses obli­ga­tions en­vi­ron­ne­men­tales. Des dif­fé­ren­ces d'ap­pré­cia­tion peu­vent donc naître entre l'au­to­ri­té ju­di­ciaire et l'ad­mi­nis­tra­tion sur l'op­por­tu­ni­té de faire usage d'un pou­voir de sanc­tion vis-à-vis de l'en­tre­prise qui n'est pas en con­for­mi­té. Un autre fac­teur li­mitant la co­opé­ra­tion de l'ad­mi­nis­tra­tion est le manque de moyens dont elle dis­pose, et qui fait écho à la si­tu­a­tion que connaît l'in­sti­tu­tion ju­di­ciaire.

Nous l'avons vu, des solu­tions exis­tent pour ré­pon­dre à la com­plexité des at­tein­tes à l'en­vi­ron­ne­ment. Pour au­tant, en dépit des évo­lu­tions con­sidé­rables de ces der­nières dé­cen­nies, le dis­po­si­tif ju­di­ciaire est en­core per­fec­ti­ble. C'est l'objet de la ré­flexion con­duite au pa­rquet gé­né­ral de la Cour de cas­sa­tion par le groupe de tra­vail sur le tra­ite­ment pé­nal du con­ten­tieux de l'en­vi­ron­ne­ment pré­si­dé par François MOLINS. Le groupe de tra­vail formule dans son rap­port

13 recom­man­da­tions qui con­cernent l'amé­lio­ra­tion de la co­or­di­na­tion et du dia­logue des dif­fé­ren­ts ac­teurs du con­ten­tieux, la mo­di­fi­ca­tion de l'or­ga­ni­sa­tion ju­di­ciaire, et l'amé­lio­ra­tion de la ré­pon­se pé­nale et de son suivi. Parmi les pré­co­ni­sa­tions du rap­port, il est pro­posé de mettre en œuvre une ac­cul­tu­ra­tion solide au con­ten­tieux de l'en­vi­ron­ne­ment, notam­ment en ren­for­çant les for­ma­tions communes réu­nis­sant ma­gis­trats des ordres ju­di­ciaires et ad­mi­nis­tra­tifs, of­fi­ciers de po­lice ju­di­ciaire et in­spec­teurs de l'en­vi­ron­ne­ment. Le groupe de tra­vail recom­mande éga­le­ment la créa­tion d'un ser­vice na­tional d'en­quête unique en ma­tière en­vi­ron­ne­men­ta­le, sur le mo­dèle du ser­vice d'en­quêtes ju­di­ciaires des finances, ainsi que la mise en place d'une ju­ri­dic­tion en­vi­ron­ne­men­ta­le à com­pé­ten­ce civile et pé­nale, et l'ex­ten­sion de la com­pé­ten­ce du pa­rquet eu­ro­péen aux at­tein­tes à l'en­vi­ron­ne­ment les plus graves. L'on peut espérer que ces pro­po­si­tions seront une source d'in­spira­tion pour les in­stances ad­mi­nis­tra­tives et poli­ti­ques et qu'elles con­tri­bueront à ren­for­cer l'ef­fec­ti­vité de la jus­tice en­vi­ron­ne­men­ta­le.



Prévenir et sanctionner les atteintes aux Calanques

Gaëlle BERTHAUD

Directrice du parc national des Calanques

En collaboration avec

DOMITILLE PÉLISSIER

Responsable de la mission Police de l'environnement



Gaëlle BERTHAUD.

Les parcs nationaux incarnent une part de l'identité culturelle de la nation et assurent la préservation de patrimoines emblématiques.

Un parc national est un outil

C'est un Établissement public, destiné à la protection des patrimoines naturels, culturels et paysagers et à la sauvegarde de l'esprit des lieux, également désigné « caractère ». La définition des composantes du « caractère » doit refléter l'essence même du territoire, ce qui fait son identité en tant que socle de valeurs communes hiérarchisées et permettra ainsi de faciliter les décisions à venir de l'Établissement public en termes de modalités de protection.

En son article 1^{er}, l'arrêté du 23 février 2007 (1) arrêtant les principes fondamentaux applicables à l'ensemble des parcs nationaux fixe des objectifs.

« La création d'un parc national vise à protéger un patrimoine naturel, culturel et paysager exceptionnel, dont la composition est déterminée en partie par certaines activités humaines respectueuses des espaces naturels qui concourent au caractère du parc, tout en prenant en compte la solidarité écologique entre les espaces protégés du cœur et les espaces environnants concernés par une politique de protection, de mise en valeur et de développement durable.

L'État promeut une protection intégrée exemplaire ainsi qu'une gestion partenariale à partir d'un projet de territoire afin de garantir une évolution naturelle, économique et sociale compatible avec le caractère du parc. »

Le parc national des Calanques est issu de la génération des « jeunes parcs », créés après la loi n° 2006436 du 14 avril 2006 (2), ayant intégré la promotion par l'État d'une gouvernance locale des parcs nationaux autour de projets de territoires.

La désignation des patrimoines (« les biens »)

Le territoire héberge 100 espèces terrestres animales protégées; 60 espèces marines patrimoniales, plus de 900 espèces végétales recensées dans le périmètre du parc national, 38 sont protégées et 43 reconnues remarquables, 29 habitats terrestres et 14 habitats marins d'intérêt communautaire, c'est-à-dire considérés comme rares et fragiles, des châteaux, des bastides, des villas d'artistes, un phare, une grotte rupestre, des épaves de bateaux et d'avions, des édifices religieux, agricoles, industriels, militaires, sanitaires, ainsi que quelques surprises, comme un télescope et de mystérieuses inscriptions...

Les actions

Le parc national des Calanques a 11 ans aujourd'hui et il s'est installé à l'issue d'un long processus de concertation avec les acteurs locaux, ayant duré 10 ans. La question du temps n'est pas anodine dans la nature, et lorsqu'on s'intéresse aux solutions qui s'offrent à nous pour protéger ce patrimoine, il importe d'avoir conscience que le souci du temps long ne caractérise généralement pas les politiques

publiques, en raison notamment du mode de fonctionnement des démocraties représentatives, tant du côté des élus que de celui des citoyens.

D'autant que la finalité d'un parc national est bien de protéger les richesses patrimoniales qu'il héberge, mais aussi de les faire découvrir au public et de les transmettre aux générations futures.

Nos objectifs se concrétisent par la mise en place d'actions conjuguées visant à :

- développer la connaissance et le suivi scientifique par la mise en place d'observatoires, d'inventaires, de comptages et de cartographies ;
- conserver, gérer et si besoin restaurer les patrimoines naturels, culturels et paysagers par les actions de police générale (surveillance, procès-verbaux) et de police administrative (réglementation des usages dans le cœur du parc), lutter contre les espèces exotiques envahissantes ;
- favoriser les usages contribuant à la préservation des patrimoines et au développement durable par un travail mené en concertation avec les acteurs du territoire pour rendre leurs actions vertueuses pour l'environnement ;
- sensibiliser, animer, éduquer aux enjeux de la préservation des patrimoines de ces territoires et offrir au(x) public(s) un accueil de qualité, compatible avec les objectifs de préservation ;
- mettre en avant l'intérêt du classement en parc national pour le territoire.

L'intérêt fondamental à défendre est l'intérêt collectif (l'intérêt commun). La gouvernance de l'établissement *via* ses quatre instances œuvre dans ce but, par la qualité de ses représentants, acteurs locaux, membres du Conseil d'administration, du Conseil scientifique, ou du Conseil économique, social et culturel.

Un socle de droit commun et des règles spéciales

Les parcs nationaux sont régis par les dispositions législatives et réglementaires du Code de l'environnement. L'outil est assorti d'un cadre juridique permettant la mobilisation de moyens humains et financiers pour mener à bien ses actions (décret 2012-507 du 18 avril 2012 (3) et sa charte).

Le décret en Conseil d'État créateur de chaque parc national fixe la réglementation afférente aux espaces du cœur terrestre et marin.

Au-delà des règles existantes prévues par le décret, les textes prévoient que le directeur et/ou son conseil d'administration peuvent réglementer les activités.

Il en est ainsi de nouvelles activités ou activités « émergentes », à terre ou en mer, identifiées comme susceptibles d'avoir un impact défavorable direct sur les patrimoines ou plus indirect, sur le « caractère » et l'esprit des lieux du parc national.

Ont notamment fait l'objet de réglementation spéciale depuis 2019, après délibération des instances : la location et la conduite de navires à moteur ; la circulation des vélos ; l'accès estival aux calanques de Sugiton et des Pierres Tombées ; l'accès motorisé au cap Croisette, la création d'une zone de non-chasse.

Les affaires du parc national des Calanques jugées dernièrement reflètent une véritable prise en compte des enjeux par les plus hautes juridictions administratives et judiciaires : le Conseil d'État (ordonnance n° 463394 du 22 juin 2023 ; ordonnance n° 488112 du 13 février 2024) et la Cour de cassation (arrêt n° 01400 du 28 novembre 2023).

Les textes sont puissants et pertinents si on leur donne leur pleine efficacité, avec lucidité et sans concession.

Quelles perspectives ? L'attachement individuel fort au territoire peut-il être une garantie de protection pour les générations futures ?

Dans un contexte périurbain, le fléau principal est constitué par une hyperfréquentation des espaces naturels et par des activités organisées à but strictement lucratif ; l'occupation du territoire devient non respectueuse de l'environnement.

Nous croyons à la fonction protectrice du droit et nous agissons aussi, car cela fait partie des missions, afin de rechercher des solutions initiées par les acteurs locaux, dans la concertation, avec leur intelligence propre et leur référentiel.

Quel est le degré d'acceptation, aujourd'hui, des nouvelles règles de protection ?

Il n'est pas envisagé de sanctuarisation dans un parc national à la française, pourtant se pose la question de l'agir humain si l'espace et les milieux occupés sont menacés et se dégradent. Tout est question d'approche écologique, de compréhension des interactions les plus

élémentaires du monde du vivant et de capacité des communautés humaines à adapter ou créer des pratiques responsables.

Protège-t-on mieux ce qu'on connaît bien? Le partage de la connaissance acquise et des suivis scientifiques est nécessaire.

Quelle capacité à adapter, voire réinventer le modèle des années 1990? On voit que des controverses émergent autour du concept de service écosystémique (4).



90 % du parc est marin.

Ce qui s'y joue est considérable : réchauffement accéléré des eaux de la mer Méditerranée et modification des écosystèmes, pêche mais braconnage, activités récréatives mais hyperfréquentation, pollutions issues de terre et en mer, travaux sous-marins (la plupart des télécommunications mondiales transitent par des câbles sous-marins et leur nombre augmente régulièrement).

Nous sommes sur un territoire très fragile. Des risques sont identifiés : risque incendie, pollutions, surfréquentation, espèces exotiques envahissantes.

Les patrimoines ne restent pas intacts. Les phénomènes climatiques anciens et la submersion auront-ils raison des peintures rupestres

de la grotte Cosquer? Son entrée se trouve aujourd'hui à 37 mètres sous le niveau de la mer, les dégâts peuvent devenir irréparables.

Le changement climatique nécessitera-t-il une refonte partielle des objectifs? ou du cadre juridique de protection?

Comment aborder la question de la patrimonialisation et d'une rentabilité? Sur 1 euro investi par l'État, combien profite au territoire?

90 % du parc est marin. Ce qui s'y joue est considérable : réchauffement accéléré des eaux de la mer Méditerranée et modification des écosystèmes, pêche mais braconnage, activités récréatives mais hyperfréquentation, pollutions issues de terre et en mer, travaux sous-marins (la plupart des télécommunications mondiales transitent par des câbles sous-marins et leur nombre augmente régulièrement).

La Charte de l'environnement de 2004 (5) a consacré la reconnaissance de l'environnement comme le patrimoine commun des êtres humains.

Tant de questions méritent un autre regard. Mais revenons à la définition du trait de « caractère » du parc national des Calanques, elle peut nous inspirer.

Le cœur est un lieu d'isolement et de silence, d'apaisement et de ressourcement, d'autant plus apprécié qu'il est périurbain, son aspect sauvage contrastant fortement avec l'artificialisation des villes.

Un lieu d'où le regard peut souvent balayer l'horizon, même au-delà du parc national, sans rencontrer de constructions humaines.

Cette impression d'isolement, de « bout du monde », est l'un des traits du caractère.

(Charte du parc national des Calanques – Volume I)

Synthèse³⁰¹

Michaël REVERT

Président assesseur à la cour administrative d'appel de Marseille



Michaël REVERT.

Mesdames et messieurs,

« *Les biens communs : regards croisés et perspectives* »

Comment aurait-il été possible d'imaginer une rencontre scientifique telle que celle qui s'achève autour des biens communs, sous l'égide de l'IERDJ, sans lui conférer un caractère pluridisciplinaire, sinon transdisciplinaire ? Le sujet, chacun des intervenants l'a démontré, est luxuriant : historiquement mis en lumière par un biologiste (Garret HARDIN. *La tragédie des communs*, PUF 2018, rééd., 93 p.), porté ensuite par l'économie politique (école dite de Bloomington, Elinor OSTROM, prix Nobel d'économie 2009. *La gouvernance des communs*, 1990), source d'une puissante idéologie politique (V. Naomi KLEIN. *Reclaiming the commons*, 2001, newleftreview.org), le thème exigeait bien cette dimension transversale, même ramenée à la sphère juridique. Pluridisciplinaires, hétérogènes, les regards portés tout au long de la journée sur les biens communs se sont croisés et se sont souvent trouvés.

Fréquemment, ces regards ont dû prendre du champ par rapport à l'état du droit existant, ses terres encore en friche et décevantes, et néanmoins non incultes.

Tous, et c'est heureux, se sont départis de cet œil tragique que ne manque pas de jeter sur les communs une certaine école de pensée (Garret HARDIN, 1968, *La tragédie des communs*), pour adopter une vision à la fois lucide, souvent critique et forte d'une certaine espérance.

Parvenus à la fin de cette journée, il nous faut donc en dresser un bilan, un bilan d'étape

certainement dans ce long processus de formation d'une notion juridique nouvelle, déjà largement entamé par les importants travaux de nos intervenants avant ce colloque (*L'échelle de communalité*, rapport d'avril 2021 ; *Archéologie et bien commun*, juin 2021) et qui se poursuivra. Un bilan qui a le mérite de livrer de précieuses considérations sur l'objet juridique des biens communs, à deux égards : en suggérant ce que le droit pourrait et devrait nous dire des biens communs (1), et en renseignant ce que les biens communs peuvent nous dire de notre droit (2).

I- Ce que le droit pourrait et devrait nous dire des biens communs, nos intervenants ont entrepris de l'exposer en évoquant, tour à tour, trois questions, ici restituées dans l'ordre décroissant de difficulté : au point de vue strictement juridique, que sont les biens communs ? Quel(s) régime(s) leur réserver ? Comment leur prêter une effectivité juridique certaine ?

1- Juridiquement, que sont les biens communs ?

Cette matinée a permis aux tenants d'un positivisme juridique dur comme à ceux plus ouverts aux considérations prospectives, d'y voir plus clair sur la notion de biens communs, malgré l'existence d'« angles morts » suivant les mots de Vincent NÉGRI.

Puisque des emprunts ont été faits aujourd'hui à la grammaire de Léon DUGUIT, je ne peux m'empêcher à mon tour de reprendre l'une de ses formules, très terre à terre : si DUGUIT n'a jamais déjeuné avec une personne morale, le juge a rarement à écrire, dans un jugement ou un arrêt, qu'il fallait protéger

301. Ce texte est la retranscription des propos de synthèse tenus en fin de colloque.

un « bien commun ». Et pourtant, nous disent nos intervenants, ces biens communs existent juridiquement.

a) *Un constat unanime se dégage de toutes les contributions*: l'approche purement positiviste, concentrée sur l'étude des règles de droit existantes, laisse encore l'observateur, en droit français, passablement sur sa faim.

Pour avoir **directement** une preuve d'existence des biens communs dans le corpus juridique, il faut remonter aux racines romaines du droit français, scindées en ce qui concerne les choses, entre les *res nullius* et les *res communes*³⁰², et trouver leur traduction dans le Code civil aux articles 713 et 714, la formulation poétique de la seconde catégorie étant immaculée depuis l'adoption de celui-ci (« *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.* »).

L'eau a été maintes fois citée aujourd'hui comme le parangon de la chose commune lorsque, du moins, elle court et n'est ni navigable ni flottable, avec cette conséquence, suivant HAURIOU, que s'en sont trouvés augmentés « *les droits de l'Administration dont la police est toujours plus forte sur les choses communes que sur les propriétés privées* » (note sous CE, 22 mars 1901, Pagès, Sirey, 1903, III, p. 73). Le Code civil n'explicite pas cette partie du statut de l'eau, mais se borne à en déduire l'un des effets qui, d'après ses articles 643 et 644, est d'ouvrir aux riverains d'un cours d'eau non domanial un droit d'usage³⁰³.

En revanche, les textes de droit positif sont nombreux pour proclamer des notions, distinctes des biens communs, qui en assurent néanmoins une bonne compréhension par effet *de voisinage* ou *de cousinage*. En somme, les biens communs existent juridiquement de manière **indirecte**. Parmi ces notions voisines, le patrimoine commun paraît bénéficier des faveurs du législateur



Les textes de droit positif sont nombreux pour proclamer des notions, distinctes des biens communs, qui en assurent néanmoins une bonne compréhension par effet de voisinage ou de cousinage. En somme, les biens communs existent juridiquement de manière indirecte.

français, non sans peine à la suite du droit international public dont Vincent NÉGRI nous a démontré, à l'échelle de l'humanité, qu'il a laissé prospérer la notion parallèlement à celle des biens publics mondiaux. Les codes français font de la nation le titulaire de nombreux patrimoines communs: le territoire français (L. 110-1 du Code de l'urbanisme), le milieu marin (art. L. 219-7 du Code de l'environnement), l'eau, patrimoine des patrimoines (art. L. 210-1 du Code de l'environnement), les espaces ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sons et odeurs qui les caractérisent, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, la qualité de l'eau, les êtres vivants et la biodiversité... (article L. 110-1 du Code de l'environnement).

Ce sont même des pans entiers de notre droit qui ont été édifiés autour de l'idée de protéger des biens communs: le droit de la domanialité publique dont nous a entretenus Samuel DELIANCOURT, ou le droit de l'archéologie qui en serait l'insigne exemple, comme nous l'a montré Catherine GOSSELIN-RIGAMBERT.

Malgré ce paysage déjà encombré, les sols manqueraient encore à l'inventaire légal des biens communs ainsi que l'a pointé Nathalie CHAUDON, dont un écho des préoccupations peut être trouvé non seulement dans la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil définissant un cadre pour la protection des sols, mais encore dans les travaux d'économistes et philosophes qui désignent les sols pollués comme les « communs négatifs » (Alexandre MONIN. Les « communs négatifs ». *Entre déchets et ruines*, études, septembre 2021, pp. 59-68).

b) Heureusement, une définition et des critères de reconnaissance et d'identification

302. Cicéron mettait déjà en garde « *vous n'empêchez pas le fleuve de couler parce qu'il est un bien commun à tous sans être la propriété de personne, il en est de même de l'air, car il est insaisissable* » (cité par V. INSERGUET-BRISSET. *Propriété publique et environnement*, LGDJ, 1994, p. 11).

303. Soit dit en passant, on a tendance à l'oublier, c'est encore dans le Code civil (article 542) que se logent les fameux « *biens communaux* » dont le statut n'est pas exactement celui de choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous, mais qui expriment, depuis le décret-loi du 17 juin 1793 et la loi du 9 ventôse an XII, le frottement persistant de la propriété publique – les biens communaux relèvent du domaine privé communal – et de l'usage restreint – seuls les habitants de la commune peuvent jouir de droits de pâturage, d'affouage et de cueillette.

des biens communs nous ont été proposés, qui visent à faire de ces communs une voie de sortie de la propriété exclusive, et un lieu d'accès et d'usage partagés de ressources essentielles. Une définition des biens communs « clé en main » nous a été livrée par Judith ROCHFELD, suivant laquelle la notion de biens communs renvoie à « *l'idée de biens ou de ressources, appropriés ou non, qui présentent pour une communauté un intérêt collectif indivisible, que celui-ci soit culturel, écologique, de santé, vital, historique, scientifique* ». L'identification des communs ne relèverait pas d'un simple constat, mais d'une véritable reconnaissance politique et juridique. En écoutant nos différents contributeurs, on comprend également que pour obtenir cette reconnaissance, les biens communs doivent remplir certaines conditions : d'abord concourir à la réalisation d'activités essentielles pour le développement, l'intégration et la sécurité de la société, ensuite garantir l'accès de tous à des services essentiels, et enfin se traduire par la préservation des ressources agricoles, écosystèmes, la biodiversité ou du patrimoine culturel.

Par conséquent, la tâche consistant en l'identification des ressources à gérer et de la communauté qui la prend en charge, est tout bonnement titanesque.

Pour l'accomplir, Judith ROCHFELD et Marie CORNU ont défendu, à la suite de leurs importants travaux de recherches, la confection et l'utilisation d'une « échelle de communalité » (DUGUIT est toujours présent), la communalité se définissant à partir de deux critères : le premier critère tient à l'affectation à un intérêt déterminé, commun socialement et juridiquement reconnu, au bénéfice d'une communauté plus ou moins large, et le second critère correspond à une inclusivité, ie l'impossibilité d'exclure les autres, dont nous a entretenus Noé WAGENER. Il s'agit là, sans aucun doute, de critères fortement opératoires, qui amènent à déconstruire et à reconstruire le droit autour des communs.

L'une des vertus de cet outil de lecture est – Judith ROCHFELD et Marie CORNU le revendiquent même – qu'il ne fait pas table rase des notions et instruments juridiques existants. Il est question, en quelque sorte, de les réaffecter, le pied de l'échelle logeant au stade du patrimoine commun, qui laisse une place à la propriété, et son sommet coïncidant avec la notion de chose commune, exclusive de toute propriété.

c) S'il n'est donc pas envisageable encore de dresser une liste exhaustive des biens communs

dont le droit a la charge, il est possible de cerner les biens communs du point de vue de la science juridique elle-même. N'est-on pas en présence d'une catégorie juridique nouvelle, en surplomb du droit public et du droit privé, qui a vocation à les irriguer aussi bien qu'à les structurer, et dont l'objet est de permettre l'opération de qualification juridique des faits si cruciale pour les juristes ? Ce qualificatif, cher à Marie CORNU, fait étrangement écho avec l'émergence en France, dans les années 90, de la notion de droit fondamental qui n'a plus quitté son système juridique et qui conduit certains d'ailleurs à évoquer une « échelle de fondamentalité³⁰⁴ ».



L'identification des communs ne relèverait pas d'un simple constat, mais d'une véritable reconnaissance politique et juridique.

2- Ce qui est certain, c'est que demeurent en devenir le ou les régimes juridiques des biens communs.

a) Là encore, un constat partagé par tous les intervenants pointe les virtualités des instruments juridiques actuels, pour mieux formuler des propositions de techniques juridiques nouvelles.

* Du côté du droit privé et au point de vue de l'impératif de protection des ressources naturelles, des critiques classiques sont adressées aux concepts de *res nullius* et de *res communes* ; personne n'est fondé à se plaindre de la dégradation d'une *res nullis*, dont le statut l'expose à toutes les atteintes, tandis que le régime de liberté associé au statut des *res communes* légitime les atteintes portées à l'environnement, « *une ressource à laquelle tout le monde a accès étant une ressource dont personne n'a intérêt à assurer l'entretien*³⁰⁵ ».

La propriété privée, par le lien d'exclusivité qui unit le bien à son propriétaire, et le pouvoir

304. E. PICARD. *L'émergence des droits fondamentaux en France*, AJDA, 1998, p. 6 et s.

305. V. INSERGUET-BRISSET. *Propriété publique et environnement*, op. cit., p. 11.

souverain de celui-ci, fait par nature, en droit français, échec à toute idée de communalité. Il existe certes le pouvoir de police administrative générale, les pouvoirs de police spéciale qui permettent de prévenir ou de faire cesser des atteintes à certaines ressources et intérêts, mais leur mise en œuvre intéresse, avant tout, le propriétaire privé et l'autorité compétente. L'institution d'une servitude d'utilité publique, quant à elle, exige une loi d'habilitation, et un acte administratif subséquent.

La propriété publique, très influencée par les thèses propriétairestes sur lesquelles est revenu Samuel DELIANCOURT, se prête mal à l'idée que d'autres personnes que le propriétaire public puissent s'imposer comme les défenseurs du bien commun.

* Mais, dans le respect de la propriété privée comme de la propriété publique, des outils se sont inventés pour constituer un régime des biens communs.



Mais, dans le respect de la propriété privée comme de la propriété publique, des outils se sont inventés pour constituer un régime des biens communs.

Du côté de la propriété privée, l'ingénierie contractuelle a été mise au service des communs par l'insertion de clauses environnementales dans les baux ruraux, les baux à ferme ou les baux à métayage et surtout grâce à la consécration par le législateur (art. L. 132-3 du Code de l'environnement) des obligations réelles environnementales, autrement dit des servitudes contractuelles de protection de l'environnement. Ce sont d'ailleurs ces deux procédés qui ont été pensés par la loi du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et la simplification, comme des gages de la préservation des surfaces agricoles comprises dans une aire d'alimentation de forages, en cas d'exercice du droit de préemption de l'article L. 218-1 du Code de l'urbanisme. Gilles J. MARTIN, artisan de l'obligation réelle environnementale, a plaidé aujourd'hui pour l'institution d'une obligation

réelle d'intérêt commun, dont le champ déborderait la stricte protection de l'environnement. Ce qui ne manque pas d'être une stimulante proposition de confortement de la fonction sociale de la propriété privée.

Du côté de la propriété publique, S. DELIANCOURT nous a montré que la théorie de la garde, dont DUGUIT était le porte-drapeau, permettait non seulement de découpler le domaine public de la propriété publique, mais encore de penser le gardien du domaine comme le garant de son affectation « à l'usage direct du public... » ou « à un service public » pourvu qu'en ce cas, « il fasse l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ».

b) Un régime juridique commun, minimal, des biens communs s'est fait jour au fil des discussions, avec pour point d'appui l'idée, portée par Marie CORNU, d'instances de communalité, destinées à assurer une gouvernance des biens communs. Ces instances seraient vouées à la représentation et à l'expression de l'objet de communalité et de la communauté qui y est associée, communauté bénéficiaire ou communauté délibérative. On retrouve là les prérogatives qui sont reconnues au public en matière environnementale: droit à la communication, droit à l'information, droit à la participation et principe de non-régression.

3- C'est à une troisième et dernière grande question que les interventions ont cherché à répondre: comment prêter aux biens communs une réelle effectivité juridique?

L'entreprise n'est pas mince, mais semble devoir passer par la justiciabilité des biens communs, c'est-à-dire leur capacité d'existence dans un procès.

Celle-ci présuppose l'existence de textes à densité normative suffisante pour l'édiction de principes fondamentaux, qui ne soient pas dotés d'une simple valeur proclamatoire; il y va de la place prééminente des communs dans la hiérarchie des valeurs défendue par la société, et de la hiérarchie des normes censée lui correspondre.

Jusqu'ici, devant les juridictions françaises, les articles préliminaires des codes proclamant l'existence de différents patrimoines communs de la nation ne se sont pas vu reconnaître une densité normative suffisante pour être utilement

invoquée; on pense au sort réservé à l'article L. 110-1 du Code de l'urbanisme (CE, 30 juillet 1997, Schneider, n° 171237).

Mais la décision du Conseil constitutionnel (n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes*) est à surveiller de près: à partir du préambule de la Charte de l'environnement, le juge constitutionnel a dégagé un objectif de valeur constitutionnelle de « *protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains* », de nature à justifier la limitation de la liberté d'entreprendre, qui était le droit invoqué au titre de la question prioritaire de constitutionnalité alors posée.

Sur un plan plus procédural, la justiciabilité des communs paraît déjà fortement assurée au travers des actions en responsabilité civile et pénale liées aux atteintes à l'environnement, ainsi que l'ont exposé Sébastien MABILE, Mathilde BLOCH et Michel SASTRE, et grâce encore à la procédure d'exécution devant la juridiction administrative susceptible, comme l'a prouvé Fabien RAYNAUD, d'être assortie d'un véritable calendrier. S'agissant du patrimoine archéologique, notamment sa partie immergée, le plus ancien des services à compétence nationale, le département des recherches archéologiques subaquatiques et sous-marines (DRASSM), dont son directeur adjoint Frédéric LEROY nous a présenté les missions, veille en amont à sa protection, tout en contribuant en aval à nourrir l'effectivité des procédures correspondantes.

Mais l'idée que l'impératif de protection d'un bien commun justifie un élargissement de l'accès au juge, à des personnes qui ne sont pas titulaires d'un droit réel complet sur ce point, a fait son chemin; c'est elle qui fonde la notion juridique de préjudice écologique et l'idée d'un préjudice archéologique, c'est elle qui motive les souhaits d'élargissement de l'intérêt à agir devant le juge administratif.

Là, plane le spectre de l'*actio popularis*, que la jurisprudence administrative conjure et continue de conjurer au nom d'un « *libéralisme raisonné* » selon l'heureuse formule de Fabien RAYNAUD: pour qu'un citoyen puisse saisir le juge du référé-liberté, en invoquant le droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé, tel que proclamé par l'article premier de la Charte de l'environnement, il doit justifier, au regard de sa situation personnelle, notamment si ses conditions ou son cadre de vie sont gravement et

directement affectés, ou au regard des intérêts qu'elle entend défendre, qu'il y est porté une atteinte grave et manifestement illégale (CE, 20 septembre 2022, M. et M^{me} Panchaud). La simple qualité de citoyen ou de contribuable de l'État s'avère presque par principe insuffisante.



Mais l'idée que l'impératif de protection d'un bien commun justifie un élargissement de l'accès au juge, à des personnes qui ne sont pas titulaires d'un droit réel complet sur ce point, a fait son chemin [...].

Une porte s'est peut-être ouverte avec la célèbre décision « Commune de Grande-Synthe » du 19 novembre 2020, dont nous a entretenus Fabien RAYNAUD et qui a admis l'intérêt à agir d'une commune compte tenu des risques que fait peser le réchauffement climatique sur son territoire. Mais on a bien compris que, de la sorte, il ne s'est pas agi de revenir sur une jurisprudence qui n'admet pas qu'une commune puisse agir pour voir indemniser les préjudices subis par ses habitants (CE, 4 mars 1977, n° 96592, Société Pettens-Service), ni sur la règle plus générale voulant qu'une personne morale n'ait pas qualité pour demander à être indemniée des préjudices subis par les personnes physiques qui la constituent ou qui en font partie (pour une association syndicale, 20 juillet 1971, Association syndicale libre des propriétaires constructeurs du lotissement « les Prélots » et HURTARD T. p. 1145; pour une association de propriétaires, CE, 6 juin 1973, Association des propriétaires privés d'eau du lotissement de l'Aubarède, T. p. 1070.).

La question, qu'ont suggérée Judith ROCHFELD et Noé WAGENER, n'en reste pas moins pendante: si une commune peut agir pour la conjuration des risques pesant sur son territoire, pourquoi n'en serait-il pas ainsi au bénéfice l'un de ses habitants, l'un des membres de la communauté ainsi formée? À l'échelle de communalité devrait correspondre, suivant la proposition de Judith ROCHFELD et de Noé WAGENER, une manière d'action diffuse.

II- Ce qu'il est également ressorti des échanges de cette journée, autour des biens communs, c'est ce qu'ils nous disent, eux-mêmes, de notre droit :

Chacun des intervenants me semble avoir exprimé les préoccupations fortes que nourrissent les biens communs concernant l'une des fonctions contemporaines assignées au droit, chacun a rendu compte des attentes que le droit suscite quant à cette fonction, la fonction de protection. La fonction protectrice du droit est apparue au cours de ces deux demi-journées clairement mise au défi par les biens communs (1), dont les effets se font sentir également sur l'une des caractéristiques majeures du droit français, la distinction du droit public et du droit privé et suscitent cette question, un brin provocatrice: la montée en puissance des biens communs ne concourrait-elle pas à la publicisation du droit? (2)

1) La fonction protectrice du droit mise au défi par les biens communs

« *Le droit est le dernier rempart des biens communs* », a lancé Nathalie CHAUDON cet après-midi. L'idée même de biens communs charrie cette nécessité de protéger durablement ce qui les constitue, vulnérable ou pas, essentiel toujours, et ainsi de les transmettre. L'idée de biens communs interroge le droit sur sa capacité à assumer pleinement cette fonction sociale qui l'investit de la double tâche de stabiliser le temps et d'ordonner l'espace³⁰⁶.

Cette journée a livré de nombreuses preuves des ressources du droit français, qui puise dans ses tréfonds des éléments constitutifs capables, immédiatement, de répondre à certains des défis des communs: le droit romain est convoqué, les théories classiques sont mobilisées pour être mieux revisitées, mais est-ce suffisant?

La question se pose lorsque l'on s'interroge sur ce qui, au juste, est protégé au travers des biens communs. Pour reprendre le vocabulaire de Judith ROCHFELD et de Marie CORNU, est-ce seulement l'objet de la communalité, la ressource, ou la communauté à laquelle il se rapporte? Sous le rapport de l'appropriation,

qui accompagne nécessairement la notion de biens, comme l'a rappelé Laëtitia TRANCHANT, ou sous celui du simple usage, les biens communs renvoient dans notre droit inmanquablement à la personnalité juridique: les biens sont des objets de droit, les titulaires de droits sur ces biens sont des sujets de droit par le truchement de la personnalité juridique. Le support du patrimoine commun en est un exemple, sur lequel s'est appuyée notamment Marie CORNU.

Si le patrimoine commun ne reçoit pas une expression juridique complète en droit français, en particulier devant le juge, c'est probablement qu'il n'est rattaché qu'à la nation, ou à l'humanité, c'est-à-dire des entités désincarnées, apersonnelles. La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, qui associe étroitement le patrimoine à la personnalité juridique, diffuse en effet encore tous ses parfums, en droit privé comme en droit public.



Si le patrimoine commun ne reçoit pas une expression juridique complète en droit français, en particulier devant le juge, c'est probablement qu'il n'est rattaché qu'à la nation, ou à l'humanité, c'est-à-dire des entités désincarnées, apersonnelles.

Une conception plus proche de la théorie allemande du patrimoine, qui met l'accent sur le but particulier auquel il est affecté, participerait davantage de cette fonction protectrice des biens communs; une conception plus familière de celle promue par François OST (*La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, éd. La découverte, Paris, 2003) qui porte la représentation « *à la table du droit négocié, des intérêts de la nature et ceux des générations futures* » (page 130) et qui intègre les biens comme « *hérités, indivis et irremplaçables* » (page 310). Il ne s'agirait alors plus seulement de protéger, mais aussi de sauvegarder les biens patrimoniaux.

La fonction de protection du droit en est encore, en droit français, subordonnée non seulement à une approche « anthropocentrée »,

306. Je renvoie ici aux développements lumineux de Jacques ELLUL sur l'artificialité du droit dans sa trop méconnue philosophie du droit : J. ELLUL, *Philosophie du droit*. Cours professé à l'Institut d'études politiques de Bordeaux, La Table Ronde, 2022, spéc. pp. 200-248.

comme l'a indiqué Sonya DJEMNI-WAGNER, mais encore à l'incarnation de l'élément à protéger, en sujet de droit, en une personne juridique, et au mieux en une personne morale.

C'est ce lien indéfectible entre le patrimoine et la personne juridique qui oppose une résistance à l'émergence d'un préjudice archéologique dont la réparation pourrait être obtenue par des titulaires plus « diffus » que son seul propriétaire quand il existe, ainsi que l'a suggéré Vincent NÉGRI, ou à une indemnisation satisfaisante du préjudice écologique. Celui-ci se distingue du préjudice moral subi par une association de protection de l'environnement, mais ce préjudice moral n'est, quant à lui, indemnifiable que s'il lui est personnel (CE, 30 mars 2015, ASPAS, n° 374394). Et, l'affaire du siècle portée devant le TA de Paris (TA de Paris, 3 février 2021 Oxfam et autres n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1) a montré combien encore, par la liste énumérative des personnes susceptibles d'obtenir réparation du préjudice écologique, celle-ci est tributaire de la technique de la personnalité juridique.



Avec le droit des générations futures, c'est un autre défi auquel est confronté notre droit sous l'effet des biens communs : comment intégrer les normes de préservation de ces biens dans le temps long ? Il n'est pas douteux qu'un début de réponse réside au niveau constitutionnel de ces normes, le plus apte à inscrire la protection des communs dans un continuum temporel.

Les ressources sont loin d'être toutes logées dans les règles de droit français, comme l'a souligné Vincent NÉGRI en prenant l'exemple du poids normatif croissant des communautés. Et l'on a perçu dans cette journée que le recours au concept juridique des intérêts à protéger, des intérêts communs, encore appelés intérêts

partagés, peut ouvrir une voie de contournement de la personnalité juridique.

La montée en charge normative du droit des générations futures, entité pourtant sans personnalité juridique, bouscule plus encore ce pan de l'architecture du droit français, Sonya DJEMNI-WAGNER nous l'a démontré, et pourrait fournir de nouvelles briques au droit des biens communs. Et ce, depuis que le juge constitutionnel lui-même a reconnu que les générations futures jouissent du droit de vivre dans un environnement sain, à partir d'une combinaison du préambule de la Charte de l'environnement et de l'article 1^{er} de celle-ci (n° 2022-843 DC du 12 août 2022, loi portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat). Il n'est d'ailleurs pas déraisonnable d'attendre ces nouvelles briques de la décision à intervenir du Conseil constitutionnel sur la question prioritaire posée par le Conseil d'État le 2 août dernier au sujet de l'article L. 542-10-1 du Code de l'environnement relatif aux centres de stockage en couche géologique profonde de déchets radioactifs (2 août 2023, association Meuse nature environnement et autres, n° 467370)³⁰⁷.

Avec le droit des générations futures, c'est un autre défi auquel est confronté notre droit sous l'effet des biens communs : comment intégrer les normes de préservation de ces biens dans le temps long ? Il n'est pas douteux qu'un début de réponse réside au niveau constitutionnel de ces normes, le plus apte à inscrire la protection des communs dans un continuum temporel.

En comparaison à ce défi, la question des effets produits par les biens communs sur la distinction entre droit public et droit privé semble bien dérisoire, mais elle n'est pas négligeable, pour autant.

2- Les biens communs, source de publicisation du droit ?

En écoutant nos intervenants, on constate que les points d'ancrage actuels de la distinction entre droit public et droit privé bougent sous la pression des biens communs. Sous

³⁰⁷ Depuis cette synthèse, le Conseil constitutionnel a rendu sa décision sur cette question : décision n° 2023-1066 QPC du 27 octobre 2023, association Meuse nature environnement et autres [stockage en couche géologique profonde des déchets radioactifs]. Voir le commentaire de cette décision par Judith ROCHFELD et Laurent FONTBAUSTIER : « Le Conseil constitutionnel et les intérêts des générations futures : À propos de Cons. const., 27 oct. 2023, n° 2023-1066, QPC », *La Semaine juridique*. Édition générale, 11 décembre 2023, n° 49, pp. 2156-2162.



De manière plus fondamentale, les biens communs justifient la mise au point et l'application de règles qui, finalisées dans le sens de la préservation, conduisent à devoir mettre en balance des intérêts particuliers avec l'intérêt qui est ainsi à préserver.

ce rapport, les communs rejoignent d'autres notions en voie de formation qui redessinent les frontières de cette *summa divisio*, tel le couple espaces publics/espaces privés pour ne citer que lui. On ne peut pas non plus s'empêcher de se demander si, d'une part, le droit des biens communs en gestation ne recouvre pas, pour sa majeure partie, les préoccupations du droit public et si, d'autre part, mécaniquement, donner toute sa place au premier ne serait pas accroître l'ombre portée du second. Les travaux de ce jour paraissent confirmer la première intuition, mais semblent démentir la seconde.

Dans quelle mesure ? Au point de vue de la technique juridique, il serait raisonnable de s'attendre à ce que la protection des communs passe par la multiplication et la légitimation des interventions de la puissance publique, qui limitent l'exercice du droit de propriété, mais aussi de libertés individuelles, telle la liberté d'entreprendre ou la liberté de contracter. Le droit français lui reconnaît en effet toute légitimité pour exercer la fonction de protection. N'oublions pas les mots d'HAURIOU : « *la police est toujours plus forte sur les choses communes que sur les propriétés privées* ». Cette supposition apparaît en réalité bien saugrenue à l'examen de la technique de l'obligation réelle d'intérêt commun, promue par Gilles MARTIN précisément pour démontrer que la prise en charge de la protection de l'environnement ou d'autres intérêts communs peut être pleinement assurée par des personnes privées. Et de fait, la définition donnée de l'obligation réelle environnementale par l'article L. 132-3 du Code de l'environnement ne conduit pas immédiatement celle-ci à grossir les rangs des contrats administratifs : qu'il

s'agisse de la convention conclue par le propriétaire d'un bien immobilier avec une collectivité publique ou un établissement public³⁰⁸ agissant pour la protection de l'environnement, en vue de faire naître à la charge de ce propriétaire, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, ou qu'il s'agisse du contrat de cession lui-même, lorsqu'il est conclu par une personne privée sur une partie de son domaine privé, la clause qui porte cette obligation, bien qu'elle ait pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques, ne relève pas du régime exorbitant des contrats administratifs puisque les prérogatives qu'elle porte sont reconnues avant tout à la personne privée contractante. Elle ne fait pas non plus participer le propriétaire à l'exécution même d'un service public. À rebours de l'affirmation première, l'obligation réelle environnementale, et bientôt l'obligation réelle d'intérêt commun, seraient en somme l'illustration d'une privatisation du droit sous l'effet des communs, un « *nouvel outil exorbitant du droit public*³⁰⁹ ». Et si l'administration contractante n'agit pas dans ce cadre en simple particulier et sera tentée, dans une finalité qu'elle estime d'intérêt général, de contractualiser le contrôle de l'exécution de cette obligation et du suivi de l'affectation du bien, dans des proportions la ramenant dans le giron de l'exorbitance, une telle hypothèse s'avèrera bien trop marginale pour appliquer à l'obligation un régime de droit public.

De manière plus fondamentale, les biens communs justifient la mise au point et l'application de règles qui, finalisées dans le sens de la préservation, conduisent à devoir mettre en balance des intérêts particuliers avec l'intérêt qui est ainsi à préserver. Cette conciliation s'avère nécessaire si l'on veut désamorcer la charge liberticide des biens communs au sujet de laquelle Laëtitia TRANCHANT nous a mis en garde dans son propos introductif de la première table ronde. Cette préoccupation soulève aussitôt plusieurs questions : qu'est-ce qui distinguera, au juste, cet intérêt partagé, cet intérêt commun à préserver, d'un intérêt public, défini classiquement en France, depuis l'abbé SIEYÈS

308. Le texte prévoit que cette convention peut être conclue également avec une personne privée agissant pour la protection de l'environnement.

309. O. JASPART. *L'obligation réelle environnementale : la propriété comme outil de préservation d'un bien commun*, RJE, 2023, HS 22, vol. 48, pp. 271-278.

et Jean-Jacques ROUSSEAU, comme l'intérêt « *distinct des intérêts particuliers et formé des intérêts déclarés communs à l'ensemble des associés dans un contrat social*³¹⁰ », sinon l'assise de la communauté ainsi considérée? Quelle place réserver à l'intérêt général dans cette concurrence des intérêts? Et concilier les intérêts particuliers avec l'intérêt public, n'est-ce pas là l'un des ressorts de la gestion de la chose publique, autrement dénommée le droit public? Bien sûr, pour ne reprendre que l'exemple du droit des biens, il faut convenir avec Noé WAGENER que le droit administratif français n'est pas toujours « très bon » pour prendre en charge les rapports collectifs aux choses, et Samuel DELIANCOURT a abondé dans ce sens concernant le domaine public lui-même. Mais au-delà de cette incapacité actuelle du droit public à saisir les communs dont il partage pourtant les enjeux principaux, il ne faudrait pas que la gouvernance des communs naisse au détriment du gouvernement de la chose publique.

Quoi qu'il en soit de ces dernières digressions et inquiétudes, citoyens et autorités publiques, chercheurs et praticiens, ont pris conscience de l'existence et de l'importance



Quoi qu'il en soit de ces dernières digressions et inquiétudes, citoyens et autorités publiques, chercheurs et praticiens, ont pris conscience de l'existence et de l'importance juridiques des biens communs, et de la nécessité de les prendre au sérieux.

juridiques des biens communs, et de la nécessité de les prendre au sérieux. Le savoir et la connaissance, du droit notamment, ressources immatérielles, devraient figurer en bonne place sur l'échelle de la communalité, en position privilégiée dans l'inventaire des biens communs. Nul doute que le colloque qui s'achève y a puissamment contribué.

310. E. ZOLLER. *Introduction au droit public*, Dalloz, 2^e édition, p. 175.

Programme du colloque

LES BIENS COMMUNS

Usages et protection : regards croisés et perspectives

29 septembre 2023

Cour administrative d'appel de Marseille

8h45

Accueil café

9h15

Propos introductifs

- Laurence HELMLINGER, présidente de la cour administrative d'appel de Marseille
- Valérie SAGANT, directrice de l'Institut des études et de la recherche sur le droit et la justice

9h30-11h

Table ronde n°1

Les biens communs saisis par le droit

- **Vers un droit des biens communs ?**
- **Biens communs et communalité : définition et critères de la communalité ; communautés identifiées**
- **Biens communs et « instances » de communalité : où et comment s'exprime l'intérêt commun ?**
- **Biens communs : accès, ouverture, inclusivité**
- **Biens communs et droit(s) des générations futures**
- Animatrice : Laëtitia TRANCHANT, professeure de droit, Aix-Marseille université
- Judith ROCHFELD, professeure de droit privé à l'École de droit de l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- Marie CORNU, directrice de recherche CNRS, Institut des sciences sociales du politique, ENS Paris-Saclay
- Noé WAGENER, professeur de droit à l'université Paris-Est Créteil
- Sonya DJEMNI-WAGNER, avocate générale à la Cour de cassation, inspectrice générale de la justice

Pause

11h15-12h30

Table ronde n°2

La protection des biens communs culturels et archéologiques

- **La protection du patrimoine culturel, bien commun et bien public mondial**
- **Le droit de l'archéologie au service des biens communs ?**
- **Le patrimoine archéologique immergé : identification, conservation et protection**
- Animateur : Laurent FONBAUSTIER, professeur de droit public, université Paris-Saclay
- Vincent NÉGRI, chercheur à l'Institut des sciences sociales du politiques (UMR 7220), ENS Paris-Saclay
- Catherine GOSSELIN-RIGAMBERT, vice-présidente du tribunal administratif de Versailles
- Frédéric LEROY, directeur adjoint du Département des recherches archéologiques subaquatiques et sous-marines (DRASSM), service de l'État à compétence nationale établi à Marseille

Échanges avec la salle

12h30 -14h

Pause déjeuner

14h30-16h00

Table ronde n°3

Quels instruments juridiques pour un accès et une protection effectifs des biens communs naturels ?

- **La préservation par le juge administratif des ressources naturelles : air, climat, eau, biodiversité**
- **La propriété au service des biens communs ? : des obligations réelles environnementales aux obligations réelles d'intérêt commun**
- **La domanialité publique au service des biens communs ?**
- **Agir pour des biens communs sous tension, agir pour des biens communs oubliés**
- Animatrice : Camille CROS, avocate au barreau de Marseille – Cabinet RR&A Avocats
- Fabien RAYNAUD, président adjoint de la section du rapport et des études du Conseil d'État, ancien président de la 6^e chambre spécialisée en droit de l'environnement de la section du contentieux
- Gilles J. MARTIN, professeur émérite de l'université Côte d'Azur, GREDEG, CNRS, président du Conseil scientifique du parc national de Port-Cros
- Samuel DELIANCOURT, magistrat administratif, Rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon
- Nathalie CHAUDON, directrice de l'association France Nature Environnement Provence-Alpes-Côte d'Azur

Échanges avec la salle

16h15-17h45

Table ronde n° 4

Prévenir et sanctionner les atteintes aux biens communs

- **Porter en justice la voix des biens communs en France et à l'étranger : climat et biodiversité**
- **Le droit pénal au secours des biens communs ? Retour d'expérience des juridictions spécialisées de Marseille**
- **Saisir la complexité des atteintes à l'environnement**
- **Prévenir et sanctionner les atteintes aux calanques**
- Animateur : Jean-Baptiste PERRIER, doyen de la faculté de droit et de science politique, Aix-Marseille université
- Sébastien MABILE, avocat au barreau de Paris – Cabinet Seattle Avocats
- Michel SASTRE, premier vice-procureur en charge des pôles spécialisés, tribunal judiciaire de Marseille
- Mathilde BLOCH, vice-présidente chargée de l'instruction au pôle santé publique et environnement du tribunal judiciaire de Marseille
- Gaëlle BERTHAUD, directrice du parc national des Calanques

Échanges avec la salle

16h15-17h45

Synthèse

- par Michaël REVERT, président assesseur à la Cour administrative d'appel de Marseille

18h15

Cocktail

Biographies

Gaëlle BERTHAUD, ingénieure de formation, a occupé successivement les postes de cheffe de service Aménagement Logement Environnement à la Direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement (DREAL) PACA, de directrice régionale PACA de l'Agence de l'eau Rhône-Méditerranée-Corse puis de directrice du Cerema Méditerranée. Elle est directrice du parc national des Calanques depuis septembre 2022.

Mathilde BLOCH a débuté sa carrière dans la magistrature en 2008 par l'exercice des fonctions de juge d'instruction au tribunal de grande instance de Digne-les-Bains. Entre 2010 et 2012, elle a réalisé différentes missions dans les juridictions du ressort de la cour d'appel d'Aix-en-Provence en qualité de juge placée.

À partir de 2012, elle a occupé le poste de juge en première chambre civile au tribunal de grande instance de Marseille, avant de devenir, en 2016, vice-présidente chargée de l'instruction au service général de cette même juridiction.

Le 1^{er} septembre 2018, Mathilde BLOCH a intégré le pôle de l'instruction spécialisé en santé publique, environnement et accidents collectifs du tribunal judiciaire de Marseille, où elle exerce toujours.

En marge de son activité juridictionnelle, elle a participé sous l'autorité de monsieur François MOLINS au groupe de travail relatif au droit pénal de l'environnement, qui a rendu en décembre 2022 son rapport intitulé *Le traitement pénal du contentieux de l'environnement*.

Elle a été nommée conseillère référendaire à la Cour de cassation à compter du 1^{er} janvier 2024.

Nathalie CHAUDON est la directrice de l'association France Nature Environnement Provence-Alpes-Côte d'Azur.

Après un master 2 en droit et gestion de l'environnement, elle a intégré le milieu associatif en tant que juriste spécialisée en droit de l'environnement.

Elle a occupé différents postes au sein de l'association France Nature Environnement : juriste, cheffe de projet, représentante de la fédération régionale au conseil économique, social et environnemental régional (CESER), avant d'être nommée à la direction de la FNE PACA.

Elle est également chargée d'enseignement en droit de l'environnement en masters 1 et 2 au sein de l'université d'Aix-Marseille.

Marie CORNU est directrice de recherche au CNRS (ISP, Institut des sciences sociales du politique, UMR 7220, ENS Paris Saclay, université Paris-Nanterre). Ses thématiques portent sur le droit de la culture et du patrimoine ainsi que sur les rapports entre langue et droit et plus généralement sur l'évolution des figures de la propriété. Elle est l'auteure de nombreuses publications, notamment : *Droit, œuvres d'art et musée* avec Nathalie MALLET-POUJOL, CNRS éd., 2006 ; *Dictionnaire de droit comparé du droit du patrimoine culturel*, avec Jérôme FROMAGEAU, Catherine WALLAERT, CNRS, 2012 (en cours de refonte) ; *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2^e édition, 2021 (dir. M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD) ; 2002, *Genèse d'une loi sur les musées* (dir. M. CORNU, D. POULOT, J. FROMAGEAU), Comité d'histoire du ministère de la Culture, documentation française, 2022 ; *Entretemps, le bien culturel et le droit*, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2023.

Camille CROS est avocate associée au sein du cabinet d'affaires marseillais RR&A dont elle dirige le pôle droit public. Elle intervient plus particulièrement en droit des contrats publics et en droit de l'urbanisme.

Elle est coresponsable de la commission droit public du barreau de Marseille et coorganise le colloque annuel en droit public des Rencontres de droit et procédure administrative (RDPA).

Camille CROS est également membre de l'association AJCP (association des juristes du contentieux public de l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne) et de l'association Les Elles du public (association des cadres féminines des activités de service public).

Enfin, elle est chargée d'enseignement en droit auprès de l'antenne marseillaise de l'ESCT (École supérieure de conduite de travaux).

Samuel DELIANCOURT est magistrat de l'ordre administratif depuis 2005, Samuel DELIANCOURT, premier conseiller, a exercé les fonctions de rapporteur puis de rapporteur public au tribunal administratif de Clermont-Ferrand et à la cour

administrative d'appel de Marseille. Rapporteur public à la cour administrative de Lyon depuis 2016, il est notamment spécialiste du droit de la domanialité, de l'environnement et de l'agriculture. Maître de conférences associé à la faculté de droit de Lyon 3 de 2019 à 2022, il est désormais professeur associé à la faculté de droit Jean Monnet de l'université de Saint-Étienne. Il prend part à la formation des professionnels du droit et a participé à de nombreux colloques et publications sur le droit administratif des biens, la valorisation et la protection du domaine public, notamment maritime naturel, et du patrimoine culturel. Il est nommé vice-président au tribunal administratif d'Orléans à compter du 1^{er} septembre 2024.

Sonya DJEMNI-WAGNER est avocate générale à la Cour de cassation.

Diplômée de Sciences Po Paris, elle est titulaire d'une maîtrise en Droit européen. Elle a été substitut du procureur de la République au tribunal de grande instance de Bobigny, vice-procureure au tribunal de grande instance de Paris et vice-présidente du tribunal de grande instance de Nantes (en 1998, 2004 et 2011). Elle a également exercé à la Commission européenne en tant qu'experte nationale détachée, entre 2008 et 2011, à la direction générale Justice. En 2015, elle est nommée sous-directrice de la négociation et de la législation pénales à la direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la Justice. À partir de 2017, elle a été durant deux ans, conseillère justice au cabinet du président de la République. Elle a ensuite été nommée inspectrice générale de la justice, a été membre de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) et représentante de la France à la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) du Conseil de l'Europe. Comme déléguée générale au développement stratégique de l'Institut des études et de la recherche sur le droit et la justice, elle a coordonné la mission de préfiguration qui a conduit à la création de l'Institut. Elle a participé à de nombreux groupes de réflexion ou travaux autour notamment de la place institutionnelle et l'organisation de la justice, l'espace européen de justice, la justice environnementale.

Laurent FONBAUSTIER est professeur agrégé des facultés de droit à l'université Paris-Saclay. Ses principaux tropismes disciplinaires sont : le droit de l'environnement (qu'on préférerait nommer « droit mésologique » ou « droit des milieux »), le droit constitutionnel, le droit des

libertés fondamentales et l'histoire des idées politiques. Il est responsable ou auteur de différentes rubriques et chroniques de droit de l'environnement (dans des revues juridiques généralistes ou spécialisées : *Revue de droit immobilier*, *Jurisclasseur périodique – Général, Administratif* –, revues *Énergie, environnement, infrastructures*, *Revue française de droit constitutionnel*, *Titre VII*, *Revue française d'Histoire des idées politiques*, AOC Médias, etc.), membre de divers comités scientifiques. Il est codirecteur du master droit de l'environnement à l'université Paris-Saclay et directeur de la collection « Droit, sciences & environnement » aux éditions Mare & Martin.

Laurent FONBAUSTIER est l'auteur de différents ouvrages : *John Locke. Le droit avant l'État*, Michalon, « Le bien commun », 2004 ; *La déposition du pape hérétique. Une origine du constitutionnalisme ?*, Mare & Martin, « Bibliothèque des thèses », 2016 ; *Manuel de droit de l'environnement*, PUF, coll. « Droit fondamental », 3^e édition, 2022 ; et le co-coordonnateur (avec Maryse DEGUERGUE, *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline MORAND-DEVILLER*, Montchrestien, 2007 ; avec Camille BROUELLE, *Mélanges en l'honneur de François Julien-Laferrière*, Bruylant, 2011 ; avec Véronique MAGNIER (dir.), *Développement durable et entreprise*, Dalloz, « Thèmes & Commentaires », 2013 ; avec Géraldine GOFFAUX-CALLEBAUT, *Un patrimoine vivant, entre nature et culture. Mélanges en l'honneur de Jérôme FROMAGEAU*, Mare & Martin, 2019) et d'un certain nombre d'articles, essentiellement dédiés au droit de l'environnement et à l'écologie juridique. En janvier 2021, il a fait paraître *Environnement*, aux éditions Anamosa, coll. « Le mot est faible ».

Ses recherches académiques se concrétisent également à travers des conférences et colloques (universités, Collège de France, milieux associatifs...). Elles ont notamment pour objet l'étude de la façon dont les systèmes politico-juridiques libéraux peuvent préserver et même étendre certaines de leurs valeurs fondatrices tout en se réinventant en profondeur, sous l'effet de contraintes ou opportunités, parmi lesquelles la biodiversité (le vivant), les « ressources naturelles » et le climat occupent une place déterminante.

Catherine GOSSELIN-RIGAMBERT est vice-présidente au tribunal administratif de Versailles. Après avoir soutenu son mémoire sur Max WEBER et la science administrative, elle a intégré le ministère de la Culture, où elle a monté le service

juridique de la sous-direction de l'archéologie. Elle a ensuite soutenu sa thèse de doctorat d'État sur le régime juridique de l'archéologie française, sous la direction de R. DRAGO. Magistrat, elle a exercé sa mobilité comme rapporteur à la Cour des comptes.

Frédéric LEROY est archéologue, spécialisé en préhistoire récente, tout particulièrement entre terre et mer dans les contextes autrefois terrestres et aujourd'hui submergés. Conservateur en chef du patrimoine, il est chargé de la recherche et directeur adjoint du Département des recherches archéologiques subaquatiques et sous-marines (service à compétence nationale de la direction générale du patrimoine du ministère de la Culture), référent pour les enjeux du patrimoine culturel maritime ultramarins.

Sébastien MABILE est avocat au barreau de Paris, au sein du cabinet Seattle Avocats et vice-président du Comité français de l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN). Docteur en droit public (thèse en droit de l'environnement), Sébastien MABILE intervient sur les questions de droit pénal et de droit de l'environnement, matière qu'il enseigne en tant que chargé d'enseignement à l'université d'Aix-Marseille depuis 2013.

Il est aussi membre du groupe d'experts du Pacte mondial pour l'environnement, de la commission environnement du Club des juristes et du Club des avocats environnementalistes. Coauteur de l'ouvrage *Sûreté nucléaire, droit et gouvernance mondiale*, Bruylant, 2012, il est l'auteur de nombreux articles et tribunes dans la presse généraliste et spécialisée.

Gilles J. MARTIN est professeur émérite de l'université Côte d'Azur et membre du Groupe de recherche en droit, économie, gestion (GREDEG – UMR 7321 du CNRS). Il a enseigné le droit de l'environnement à Sciences Po Paris jusqu'en 2014 et a également été avocat au barreau de Nice. Président honoraire de la Société française pour le droit de l'environnement, il a présidé la Commission d'expertise pour l'élaboration du Code de l'environnement. Auteur de nombreuses publications en droit de l'environnement et en droit économique, il a également présidé le Conseil scientifique du parc national de Port-Cros.

Vincent NÉGRI est chercheur à l'Institut des sciences sociales du politique (UMR 7220), École normale supérieure Paris-Saclay. Ses travaux et publications portent sur le droit international et le droit comparé de la culture et du patrimoine. Il est engagé dans des travaux interdisciplinaires entre droit, anthropologie et philosophie. Il a dirigé la recherche « *Archéologie et bien commun. Figures de la propriété et du préjudice archéologiques* » (IERDJ 2021). Il intervient comme expert auprès de l'UNESCO et d'autres organisations internationales et régionales.

Jean-Baptiste PERRIER est professeur de droit privé et de sciences criminelles (LDPSC – UR 4690) et doyen de la faculté de droit et de science politique de l'Université d'Aix-Marseille. Spécialiste de droit pénal et de procédure pénale et à travers l'étude de la réponse pénale, il a pu s'intéresser au développement de la transaction en matière pénale dans différentes branches du droit, particulièrement en droit de l'environnement. Il a participé à ce titre au groupe de travail relatif au Traitement pénal du contentieux de l'environnement, sous la direction de François MOLINS.

Fabien RAYNAUD. Entré au Conseil d'État en 1994 à sa sortie de l'École nationale d'administration (ENA), Fabien RAYNAUD exerce, depuis mai 2022, la fonction de rapporteur général, président-adjoint de la section du rapport et des études du Conseil d'État, après avoir été président de la 6^e chambre de la section du contentieux (2016-2022), compétente pour le contentieux de l'environnement. Auparavant, il a été conseiller Europe du président de la République française (2007-2012), conseiller juridique de la Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne à Bruxelles (2002-2007) et conseiller juridique du Secrétariat général des affaires européennes (1999-2002). Il a été responsable du service des études du Conseil d'État (1997-1999) et rapporteur à la section du contentieux (1994-1997).

Michaël REVERT est magistrat de l'ordre administratif. Il a occupé les fonctions de rapporteur et rapporteur public. Il est aujourd'hui président assesseur à la cour administrative d'appel de Marseille et président vacataire à la Cour nationale du droit d'asile. Il est également maître de conférences associé à Sciences Po Aix.

Judith ROCHFELD est docteure en droit et agrégée des facultés de droit privé et de sciences criminelles. Elle est professeure de droit privé à l'École de droit de la Sorbonne, université Paris 1, Panthéon-Sorbonne et membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne. Elle est notamment l'auteure des *Grandes notions de droit privé*, aux PUF, dont la 3^e édition est parue en 2022, a publié de nombreux articles et ouvrages relatifs aux biens communs et aux communs et, notamment, a codirigé, avec Marie CORNU et Fabienne ORSI, le *Dictionnaire des biens communs*, dont la 2^e édition est parue aux PUF en 2021. Elle a également publié *Justice pour le climat ! Les nouvelles formes de mobilisations citoyennes*, aux éditions O. Jacob, en 2019. Elle a dirigé la recherche collective dédiée à « L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit français », IERDJ 2021.

Michel SASTRE est premier vice-procureur en charge des pôles spécialisés au tribunal judiciaire de Marseille. Docteur en droit public, Michel SASTRE est maître de conférences depuis 2000 et magistrat. Substitut à Douai (2003-2005), il est juge des enfants à Mayotte de 2005 à 2009 avant d'être nommé vice-procureur du tribunal de justice de Fort-de-France de 2009 à 2011. Il devient ensuite secrétaire général du procureur général, à la cour d'appel de Fort-de-France puis substitut général, chargé de mission au parquet général d'Aix-en-Provence de 2014 à 2020 avant d'occuper sa fonction actuelle à Marseille.

Laëtitia TRANCHANT est agrégée de droit privé, professeure à l'Université d'Aix-Marseille, où elle dirige la mention et le master droit notarial, est notamment coauteur du *Traité de « Droit civil, Les Biens »*, du Mémento « Droit des obligations » et rédige notamment des Chroniques de droit foncier auprès de la Revue Droit Immobilier et le Répertoire Defrénois.

Noé WAGENER est professeur de droit public à l'université Paris-Est Créteil, rattaché au laboratoire Marchés, Institutions, Libertés. Il travaille principalement sur les formes du droit du patrimoine culturel, sur la question de l'accès aux archives publiques et sur l'histoire de la pensée juridique au XX^e siècle. Il a notamment coordonné avec Marie CORNU, Christine NOUGARET, Yann POTIN et Bruno RICARD le livre *1979. Histoire d'une loi sur les archives* paru à La Documentation française en 2019.

Bibliographie

Recherches et études soutenues par l'IERDJ

Recherches

L'échelle de communalité : propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit, avril 2021, sous la direction de Judith ROCHFELD, Marie CORNU, Gilles J. MARTIN

- Lien vers le rapport de recherche : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2021/06/Rapport-17-34-final-Juin-2021.pdf>
- Lien vers la note de synthèse : <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/view/lechelle-de-communalite/>

Archéologie & bien commun : figures de la propriété et du préjudice archéologiques, juin 2021, sous la direction de Vincent NÉGRI, avec le concours de Marie CORNU, Élisabeth FORTIS

- Lien vers le rapport de recherche : http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2021/06/1735-RF-Arche%CC%81ologie-et-bien-commun_Rapport-de-recherche.pdf
- Lien vers la note de synthèse : http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2021/06/1735_Arche%CC%81ologie-et-bien-commun_Note-de-synthe%CC%80se.pdf

Étude

Droit(s) des générations futures, Sonya DJEMNI-WAGNER, Victoria VANNEAU, IERDJ, avril 2023
Étude résultant d'un groupe de travail composé de : Nadia BELAÏDI, Vincent DELBOS, Pascale DEUMIER, Sarah FAURE, Laurent FONBAUSTIER, Stéphane HOYNCK, Benjamin LEMOINE, Sébastien MABILE, Jean MAÏA, Laurent NEYRET, Camila PERRUSO, Judith ROCHFELD, Bénédicte VASSALLO et Yoan VILAIN.

- Lien vers l'étude : <https://gip-ierdj.fr/wp-content/uploads/2023/04/DJ-Rapport-etude-GENERATIONS-FUTURES-web-OK-1104.pdf>
- Lien vers la note de synthèse traduite en anglais, espagnol, allemand, portugais : <https://gip-ierdj.fr/fr/publications/synthese-de-letude-droits-des-generations-futures-traductions/>

Bibliographie indicative sur les biens communs

Carlos Manuel ALVES, *La biodiversité, patrimoine commun de l'Union européenne. Alliance naturelle ou mariage contre nature ?*, Revue juridique de l'environnement 2023/2 (Volume 48)

J. ATTARD, « *Le fondement solidariste du concept environnement patrimoine commun* », RJE n° 2/2003, p. 161

Patricia BENEZECH-SARRON, *Exclusivisme propriétaire et communs fonciers environnementaux : perspectives de conciliation*, Revue juridique de l'environnement 2023/2 (Volume 48)

Dominique BOURG, « *À quoi sert le droit de l'environnement ? Plaidoyer pour les droits de la nature* », Les Cahiers de la Justice, 2019/3 (n° 3)

Mariana BRUCK MORAES PONNA SCHIAVETTI, *La gouvernance des aires marines protégées à la lumière des communs ostromiens : le cas des réserves extractivistes marines au Brésil*, Revue juridique de l'environnement 2023/2 (Volume 48)

Clément CAILLETEAU, *La santé : un bien commun ? Quelques éclairages du droit de la sécurité sociale à la pensée des communs*, Revue juridique de l'environnement 2023/2 (Volume 48)

Marie-Pierre CAMPROUX DUFFRÈNE, *Plaider pour un monde commun vivable. Des ancrages conceptuels pour une théorie juridique des communs naturels*, Revue juridique de l'environnement 2023/2 (Volume 48)

Quitterie DE CAUNES, *La non-appropriation des espaces communs en droit international*, Revue juridique de l'environnement 2023/2 (Volume 48)

Estelle CHAMBAS, *La Commission centrale pour la navigation du Rhin*, Revue internationale de droit économique, 2022/2, p. 25 à 35

Marie-Sophie DE CLIPPELE, *La dimension collective du patrimoine culturel : la nature et les prérogatives des acteurs du collectif – Perspectives de droit belge*, Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, avril 2022

Marie-Sophie DE CLIPPELE, *La logique de durabilité du nouveau Code civil belge ouvre une (petite) porte aux communs*, Revue juridique de l'environnement 2023/2 (Volume 48)

B. CORIAT et F. ORSI (dir.), « *Autour d'Ostrom : communs, droits de propriété et institutionnalisme méthodologique* », Revue de la Régulation, 2013/2, n° 14

M. CORNU, *Le bien commun, nouvelle catégorie juridique ?*

M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.) (2021), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, « Quadrige », 2^e édition, 2021.

Marie CORNU, Fabienne ORSI, Judith ROCHFELD, *Genèse d'un ouvrage collectif : Le Dictionnaire des biens communs*, Revue internationale des études du développement 2018/1 (n° 233)

Pierre CRÉTOIS, *La propriété repensée par l'accès*, Revue internationale de droit économique, 2014/3, pp. 319 à 334

P. DARDOT et C. LAVAL, Commun. *La révolution du XXI^e siècle*, La Découverte, 2014, 400 p.

Bruno DEFFAINS, Sacha BOURGEOIS-GIRONDE, Thomas Perroud, *Communs transnationaux*, Revue internationale de droit économique 2022/2

Odile DELFOUR-SAMAMA, *De la notion de « patrimoine commun de l'humanité » à celle de « bien commun de l'humanité ». L'espace océanique, terrain de nouvelles expérimentations normatives et institutionnelles ?*, Revue juridique de l'environnement 2023/2 (Volume 48)

Hubert DELZANGLES, *La reconnaissance, en Espagne, de la personnalité juridique et de droits à la « mar menor ». Une contribution à la réflexion sur les « biens communs environnementaux » ?*, Revue juridique de l'environnement, 2023/2

Maylis DESROUSSEAUX, *Les presque communs : réflexions autour de l'alinéa 2 de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement*, Revue juridique de l'environnement 2023/2 (Volume 48)

Mélanie DULONG DE ROSNAY, *De l'accès ouvert aux biens communs numériques*. Droit. Université Paris-Nanterre, 2021

Marie EUDE, *Au commencement était Platon. Ou du bien commun aux biens communs en droit de l'environnement*, Revue juridique de l'environnement 2023/2 (Volume 48)

Daniela Anna FESTA, *Dictionnaire des biens communs* (Italie), 2021

L. FONBAUSTIER, G. Goffaux-Callebaut, *Un patrimoine vivant, entre nature et culture*, Mare & Martin, 2019

L. FONBAUSTIER, intervention lors du colloque *Le patrimoine culturel en péril : les solutions*, Institut d'études de droit public, 9 décembre 2022

Guillaume FONTANIEU, *La relation à la propriété comme variable d'identification d'un commun environnemental*, Revue juridique de l'environnement 2023/2 (Volume 48)

Luis Roman ARCINIEGA GIL, *La gouvernance des données en tant que « biens communs » : étude juridico-stratégique pour une valorisation publique des données informationnelles*, thèse, 2022

Benoît GRIMONPREZ, *Les biens communs aux portes du Code civil*, Revue de droit rural, 2022

Romain GOSSE, *Le droit comme (in)commun. Ce que l'environnement fait au droit*, Revue juridique de l'environnement 2023/2 (Volume 48)

G. HARDIN, « *The Tragedy of the Commons* », Science, volume 162, 1968

Jean-Marie HARRIBEY, *Service(s) public(s) et bien(s) commun(s) : opposition ou complémentarité ?*, Revue juridique de l'environnement 2023/2 (Volume 48)

- M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Faut-il accorder la personnalité juridique à la nature ? », D., 2017, p. 1040
- François Huleux. *La contribution de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel à la conservation de la biodiversité*, thèse, 2020
- Olivier JASPART. *L'obligation réelle environnementale : la propriété comme outil de préservation d'un bien commun*, Revue juridique de l'environnement 2023/2 (Volume 48)
- Shelly KREICZER-LEVY, *Share, Own, Access*, Yale Law & Policy Review 36 : pp. 155-218, 2017
- Julien LAGOUTTE, *Esquisse d'un droit pénal de l'environnement rêvé : pour une protection pénale des communs, entre droit commun et droit hors du commun*, Revue juridique de l'environnement 2023/2 (Volume 48)
- Roberto LOUVIN, *Les expériences italiennes en matière de communs*, Revue juridique de l'environnement 2023/2 (Volume 48)
- Alberto LUCARELLI, *Biens communs. Contribution à une théorie juridique*, Traduit de l'italien par Jérémy Mercier, Thomas Perroud, avec l'aimable relecture de Eleonora Bottini, Droit et société 2018/1 (n° 98)
- Sébastien MABILE, *Si la nature avait des droits ?*, publication Village de la Justice, février 2022
- Jean-François MARCHI, *Bien commun et droit international*, *Les Cahiers Portalis*, n° 4, juillet 2016
- Gilles J. MARTIN, *Pour l'introduction en Droit français d'une servitude contractuelle ou d'une obligation propter rem de protection de l'environnement*, RJE 2008, n° spécial, p. 123
- Gilles J. MARTIN, *Les « biens-environnement », biens communs ou biens marchands ?* in Les nouveaux marchés de l'environnement, Dossier RIDE 2010, n° 3
- Gilles J. MARTIN, *Le parc national de Port-Cros : un exemple de gouvernance de la complexité*, in *Scientific reports of Port-Cros national Park*, numéro spécial publié pour le cinquantenaire du Parc, septembre 2013, pp. 355-367
- Gilles J. MARTIN, *La servitude environnementale de droit privé*, in « Les servitudes environnementales » (N. HUTIN et J.-F. STRUILLLOU, dir.), Les cahiers du GRIDAUH, n° 28, 2015
- Gilles J. MARTIN, *La servitude environnementale, histoire d'une résistance*, in Repenser la propriété (C. Guibet Lafaye, S. Vanuxem, dir.), PUAM, collection Droits de l'environnement, 2015, p. 89
- Gilles J. MARTIN, *Les « biens-environnements ». Une approche par les catégories juridiques*, Revue internationale de droit économique 2015/2
- Gilles J. MARTIN, *Les potentialités de l'obligation réelle environnementale*, Droit de l'environnement, n° 249, octobre 2016, p. 334 et s.
- Gilles J. MARTIN, *Verbo « Biens environnement » et « Servitude environnementale »*, in Dictionnaire des biens communs, (dir. M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld), PUF, 2017, p. 122 et s. et 1116 et s.
- Gilles J. MARTIN, *Quelques observations sur la confrontation du droit des biens avec les préoccupations environnementales - Regard d'un privatiste*, in « Des petits oiseaux aux grands principes », Mélanges en l'honneur du Professeur Untermaier, Mare et Martin, 2018, p. 221 et s.
- Gilles J. MARTIN, « *Obligations réelles environnementales* » et « *Les unités de compensation* », in Dictionnaire de la transition écologique, (A. Van Lang, dir.), Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 539 et s. et p. 827 et s.
- Gilles J. MARTIN, *Les obligations réelles environnementales au service d'une protection des zones humides*, Les Cahiers de droit, décembre 2021
- Roïla MAVROULI. *L'environnement comme perspective pensée autour du « bien commun » : commun, communauté et avenir commun*, Revue juridique de l'environnement 2023/2
- François MOLINS, *Le traitement pénal du contentieux de l'environnement*, rapport du groupe de travail relatif au droit pénal de l'environnement présidé par François MOLINS, procureur général près la Cour de cassation, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, mars 2023

Vincent NÉGRI, *Étude juridique sur la protection du patrimoine culturel par la voie des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies : Le patrimoine culturel dans le prisme de la résolution 2199 (2015) du Conseil de sécurité* », Rapport pour l'UNESCO, avril 2015

Vincent NÉGRI et Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF, *Des mots pour nommer et normer le patrimoine*, Droit et cultures, 2021/1

L. NEYRET, « *La consécration du préjudice écologique dans le Code civil* », D., 2017, p. 924

E. OSTROM, *The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990, parution en français, *La Gouvernance des biens communs : Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck, 2010.

B. PARANCE et J. DE SAINT VICTOR (dir.), *Repenser les biens communs*, CNRS éditions, 2014, 314 p.

B. PARANCE, J. ROCHFELD, « *Grande-Synthe 3* », *l'émergence d'un contrôle judiciaire continu de la conformité de la trajectoire climatique*, La Semaine juridique, n° 20, 22 mai 2023

Nicolas PAUTHE, *Savoirs autochtones et communs environnementaux en Équateur et en Bolivie*, Revue juridique de l'environnement 2023/2

Jean-Baptiste PERRIER, *La transaction en matière pénale*, Thèse Aix-Marseille Université, 2012

Jean-Baptiste PERRIER, « *La transaction pénale et la protection des milieux aquatiques* », dossier Justice pour l'eau, actes du colloque de Clermont-Ferrand du 6 juin 2018, Revue du Centre Michel de l'Hospital 2019, n° 18

Thomas PERROUD, *Les biens communs naturels et la reconceptualisation des propriétés*, Revue du Mauss, 2023/1 (n° 61)

Loïc PEYEN, *Les patrimoines communs en droit de l'environnement*, Revue juridique de l'environnement 2023/2

Quentin PRIM, *La propriété peut-elle sauver la planète ?*, Revue juridique de l'environnement 2023/2

Victor POUX, *La jouissance partagée d'un bien : une voie d'accès aux communs environnementaux ?*, Revue juridique de l'environnement 2023/2

M. RÉMOND-GOUILLOUD, *Du droit de détruire*, PUF, 1989

M. RÉMOND-GOUILLOUD, « *L'avenir du patrimoine* », Esprit, novembre 1995, p. 59

J.-C. RICCI, « *Le Bien commun : les prémices d'une idée* », Les cahiers Portalis, vol. 1, 2017, n° 4, p. 29

Catherine RIGAMBERT, *Le droit de l'archéologie française*, préface de Robert DRAGO, Paris, Picard, 1996.

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

Judith ROCHFELD, *Quel modèle pour construire des « communs » ?*, in B. PARANCE et J. DE SAINT VICTOR (dir.), *Repenser les biens communs*, Editions du CNRS, 2014, pp. 103-128

Judith ROCHFELD, *La défense du climat, figure de l'émergence de « communautés diffuses » autour de « ressources communes »*, in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et S. PORCHY-SIMON, *Le changement climatique : quel rôle pour le droit privé ?* Dalloz, Thèmes et commentaires, 2019, pp. 225-241

Judith ROCHFELD, *Justice pour le climat. Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, Odile Jacob, 2019, 198 p.

Judith ROCHFELD, *Procès climatiques : une voie pour le commun ?* in Revue des juristes de Sciences Po, janvier 2020, n° 18, pp. 82-89

Judith ROCHFELD (dir.), *Introduction de l'étude de la Cour de cassation pour l'année 2019 – La propriété*, La Documentation française, 2020, 232 p.

Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 3^e éd., PUF, « Thémis », nov. 2022 (Prix du Livre juridique 2012), 696 p.

Judith ROCHFELD (dir.), avec M. CORNU et F. ORSI, *Dictionnaire des biens communs*, PUF, « Quadrige », 2^e éd., 2021 (300 notices – 193 contributeurs), 1392 p.

Judith ROCHFELD, *Le capitalisme à l'épreuve du droit des générations futures*, RED 2022/1 (N° 4)

Comment pérenniser les communs numériques ?
Échange avec Judith ROCHFELD, 15 décembre 2022 : <https://cnnumerique.fr/paroles-de/comment-perenniser-les-communs-numeriques-echange-avec-judith-rochfeld>

Judith ROCHFELD, *Préface à H. DELZANGLES et A. ZABALZA (dir.), Les communs en droit de l'environnement*, RJE, numéro spécial 2023/2, pp. 7-14

Florian SAVONITTO, *La résurrection de la notion de « commun(s) » depuis la Charte de l'environnement de 2004*, Revue juridique de l'environnement 2023/2

E. SCHLAGER and E. OSTROM, « *Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis* », Land Economics, 1992, vol. 68, n° 3.

Gonzalo SOZZO, *Les biens collectifs environnementaux en Amérique du Sud et l'idée de biens communs environnementaux*, Revue juridique de l'environnement, 2023/2

F.-G. TRÉBULLE, « *La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel* », in Mélanges P. MALINVAUD, Litec, 2007, p. 659

Flora VERN, *Les vertus environnementales d'un commun. Le cas des biens non délimités du Puy-de-Dôme*, Revue juridique de l'environnement 2023/2

Julien VIEIRA, *Le droit de tout un chacun. Les contours juridiques de l'accès aux communs environnementaux en Europe du Nord*, Revue juridique de l'environnement 2023/2

Alexandre ZABALZA, *Paralogisme des droits de la nature et personnification des communs environnementaux*, Revue juridique de l'environnement 2023/2

Notre avenir à tous, Rapport Brundtland, Commission des Nations unies sur l'Environnement et le Développement, 1987

Directrice de la publication : Valérie SAGANT

Coordination et rédaction : Florence NOIRE

Suivi d'édition : Xavier CAYON, Léa DELION

Réalisation : Créapix

Secrétariat de rédaction : Florian LEVY

Crédits photos : DRASSM (Département des recherches archéologiques subaquatiques et sous-marines), IERDJ, DR

Impression : CIN – Juin 2024

L'IERDJ, structure de référence pour la recherche sur le droit et la justice

L'IERDJ assure la promotion d'une réflexion originale et prospective, le développement de la recherche et son soutien, ainsi que la mobilisation et la diffusion de connaissances sur les normes, la régulation juridique, les missions et le fonctionnement de la justice dans tous les champs disciplinaires pertinents.

Groupement d'intérêt public (GIP) riche d'une expérience de trente ans, il est le fruit du rapprochement en 2022 de l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ) et de la Mission de recherche Droit et Justice (MRDJ). Par son statut, sa gouvernance, son histoire, la composition de son équipe et une démarche résolument interdisciplinaire, l'IERDJ se situe au point de convergence des ordres judiciaires, des professions juridiques, des institutions et de la multiplicité des cultures juridiques. Il constitue un lieu de liberté de pensée, d'imagination et de rencontres pour les professionnels et les chercheurs et s'appuie sur la rigueur, l'indépendance, la reconnaissance et l'ouverture d'esprit qui caractérisent le monde de la recherche.

Courriel

contact@gip-ierdj.fr

Courrier postal

Institut des études et de la recherche
sur le droit et la justice
Ministère de la Justice
13, place Vendôme
75042 Paris Cedex 01

Venir dans nos locaux

47 bis, rue des Vinaigriers
75010 Paris



gip-ierdj.fr