

Le régime des biens environnementaux : propriété publique et restrictions administratives au droit de propriété

L'intitulé même de cette présentation révèle de multiples questions qui sont absolument déterminantes. Le « régime des biens environnementaux » peut être envisagé de bien des façons. Y a-t-il un régime unique ou ne faut-il pas considérer qu'il en existe plusieurs, selon certains caractères des biens envisagés. Mais la notion même de « biens », qui est porteuse de sens en droit français est-elle adaptée pour évoquer des éléments qui se rattachent davantage à la notion de « choses » qui en est différente. En cela seul, le sujet mérite donc attention.

Mais au-delà, le singulier est employé pour évoquer la propriété publique et le pluriel pour ce qui est des restrictions administratives. A l'heure de l'adoption du Code général de la propriété des personnes publiques¹ on perçoit qu'il y a une pluralité, si ce n'est de propriétés, du moins dans les personnes concernées.

L'analyse qu'il faut mener, plutôt que d'envisager individuellement la multiplicité des restrictions au droit de propriété, consiste, après avoir déterminé ce que l'on peut entendre par biens environnementaux, d'essayer de voir en quoi le régime de ces biens environnementaux, encore largement en gestation, remet en cause la conception traditionnelle de la propriété et induit un nouveau rapport au bien qui n'est plus tant fondé sur la souveraineté, sur l'exclusion, que sur l'idée d'un inéluctable partage de certaines utilités des biens, partage qui justifie très largement une intervention publique de plus en plus prégnante.

I – La détermination des biens environnementaux

Les biens environnementaux – En droit français, l'expression « biens environnementaux » est encore source d'interrogations. En effet, le terme usuel en matière de droit international où il est employé pour désigner des *Bien ou service pour lequel les droits de propriété ne sont*

¹ **Ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006**

*pas définis. En l'absence d'intervention des pouvoirs publics, les biens d'environnement, ou biens environnementaux (air, eau) sont considérés comme des biens publics. Pour l'organisation des Nations unies les biens publics sont des biens, services ou ressources qui bénéficient à tous, et se caractérisent par la **non-rivalité** (la consommation d'un bien par un individu n'empêche pas sa consommation par un autre) et la **non-exclusion** (personne ne peut être exclu de la consommation de ce bien). Le PNUD consacrant une place particulière aux "biens publics globaux" à gérer dans le cadre de la mondialisation économique.*

Mais en droit interne le terme ne correspond pas à une qualification unique. Les biens environnementaux peuvent appartenir à plusieurs catégories juridiques : il peut s'agir de choses communes qui ne sont pas appropriées et ne peuvent pas l'être. Il peut s'agir de choses sans maîtres appropriables (*res nullius*), il peut également s'agir de biens appropriés dont la dimension environnementale fait des biens environnementaux, c'est le cas du sol.

Enfin, même si ce n'est pas toujours parfaitement assumée le terme peut désigner des ensembles de biens envisagés dans leur unité : le paysage est, à cet égard, très révélateur de l'évolution en la matière et l'on peut s'interroger pour déterminer s'il s'agit d'un bien environnemental ou non.

A - Les biens environnementaux traditionnels : Les choses communes

On ne peut qu'être saisi, par la modernité de l'affirmation de Domat pour lequel "*Les cieux, les astres, la lumière, l'air et la mer sont des biens tellement communs à toute société des hommes qu'aucun ne peut s'en rendre le maître ni en priver les autres*". Pour autant, l'affirmation, qui reste exacte, doit être relue à la lumière des évolutions contemporaines qui font que certains disposent désormais des moyens d'une telle maîtrise. Il ne doivent pour autant pas l'exercer car ce faisant ils en priveraient les autres sans justification.

De ce point de vue, il est certainement souhaitable de passer de l'idée de *communauté négative* avancée par Pothier², à une communauté positive qui s'exprime par la consécration, désormais explicite, d'un droit à un environnement équilibré et respectueux de la santé : Pour Pothier, et derrière lui pour beaucoup, contrairement aux choses sacrées, *divini juris*, les

² Œuvres, T.X, Traité du droit de propriété , n°21, p.14

choses communes « sont susceptibles de l'acquisition qui se fait à titre d'occupation »³. Il est possible d'affirmer qu'aujourd'hui, en substance, les choses communes doivent être perçues comme choses de l'humanité, pouvant être utilisées par chacun mais acquises par personne, recouvertes d'une forme laïcisée de sacralité⁴.

Le constat du caractère limité des choses communes, de la possible « "occupation sauvage" des biens environnement par les pollueurs »⁵, implique de réfuter l'idée qu'elles seraient inépuisables et qui s'exprime dans la formule courante selon laquelle "*les choses communes existent en si grande abondance que chacun peut en prélever ce qui lui est nécessaire sans que les autres s'en trouvent privés*"⁶.

Cela ne signifie pas qu'il ne soit pas possible d'en user, d'opérer un prélèvement, mais impose que cet, usage, ce prélèvement ne soit pas envisagé comme une acquisition, une appropriation, ne confère aucune prérogative sur la part prélevée qui doit, telle l'eau de la rivière, être restituée après son usage normal sans avoir subi d'altération⁷.

Parce qu'elles ne peuvent être appropriées les choses communes ne sont pas des biens, ne peuvent pas devenir des biens. L'appropriation d'une partie, aussi minime soit elle, de ces choses se traduirait par la consécration d'une exclusion contraire à leur nature.

On a démontré⁸ l'incompatibilité de l'idée d'appropriation des choses communes avec la lettre comme avec l'esprit de l'article 714 du Code civil⁹. Elle trouve sa raison d'être dans le caractère fragile de ces choses qui constituent des éléments primordiaux de l'environnement, dans leur irréductible destination universelle¹⁰ qui conduit à regarder l'utilisateur comme comptable de la gestion qu'il fait de la chose en son pouvoir : s'il atteint, par un usage

³ Pothier, op. cit., n°22, p.15

⁴ V. G. Lhuillier, Les œuvres d'art, res sacrae ? : RRJ 1998-2, p.513

⁵ G.J. Martin, Thèse, n°118 observe qu'en "*utilisant de l'air ou de l'eau de telle manière que nul autre ne puisse le faire dans le même temps, les pollueurs ne se contentent plus d'user des biens-environnement : ils en disposent.*"

⁶ Aubry et Rau, droit civil Français, les biens 7^e éd. par Esmein

⁷ La nature de chose commune de l'eau impose à l'industriel de l'épurer après usage pour la rendre dans son état originel (Civ. 3^e 12 février 1974, JCP 75.2.18106 n. M. Despax, approuvant l'obligation faite à un industriel de construire une station d'épuration au motif qu'en application des articles 640 et 644 C.Civ., Le propriétaire riverain doit restituer l'eau prise à la rivière avec sa pureté naturelle).

⁸ A. Sériaux, La notion de choses communes, in droit et environnement, propos pluridisciplinaires sur un droit en construction, PUAM, 1995, n°5

⁹ Rapp. R. Libchaber, La recodification du droit des biens, in Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz-Litec, 2004, p. 347

¹⁰ Contra, Terré et Simler, Aubry et Rau, Capitant et Julliot de la Morandière, M. Rémond-Gouilloud, Zénati, Malaurie et Aynès... Pour lesquels l'utilisation des choses communes passe par leur appréhension. La chose perdrait alors sa qualité de chose commune pour devenir *res nullius* et appartiendrait alors de droit à celui qui l'a recueillie

impropre, à ses caractéristiques, il peut être astreint à indemniser les autres utilisateurs potentiels et/ou à contribuer à la réparation de la chose.

La catégorie des choses communes n'est, à bien y regarder, pas remise en cause par le droit de l'environnement, mais, tout au contraire, confortée par celui-ci. Il lui redonne toute sa force et la lutte contre les pollutions de l'air ou de l'eau peut être considérée comme trouvant sa justification dans l'alinéa 2 de l'article 714 du Code civil "*Des lois de police règlent la manière d'en jouir*": c'est parce que l'air et l'eau sont communs à tous et n'appartiennent à personne que personne ne peut y porter atteinte. Dans la mesure où une altération des caractères de la chose trouble les droits de tous, c'est logiquement aux Etats qu'il incombe de sanctionner ces atteintes, non sans tenir compte de la part inéluctable de dégradation qu'implique toute activité, corporelle ou industrielle. C'est dans cette perspective que s'impose le double impératif de limitation des nuisances passant par une sanction du pollueur et de renforcement de l'accessibilité à la chose afin d'assurer son usage. Ceci pose certaines difficultés, traditionnelles pour ce qui est de l'eau, plus nouvelles pour l'air.

En tout état de cause, les choses communes, précisément parce qu'elles sont communes, sont rétives à l'appropriation et ne sont tout simplement pas objet de propriété, pas plus publique que privée. Si l'Etat est appelé un rôle central dans l'accès à ces ressources c'est bien dans une démarche de gestion et non d'appropriation.

A propos des biens publics, mondiaux ou régionaux, on retrouve le même phénomène, déjà analysé au moyen âge. Renouant avec l'analyse selon laquelle nul n'a le droit de s'approprier les ressources naturelles, *res omnium* et non *res nullius*, appartenant non pas à personne mais à l'ensemble du genre humain¹¹, l'analyse des biens publics met en jeu les mêmes éléments¹².

Les enjeux en la matière, couvrant les questions de pollution, d'eau, de sécurité, d'information, d'éducation¹³ sont de deux ordres, naturels et culturels. Pour les biens publics

¹¹ Cf. Déclaration de Venise du 10/06/2002 : 4^e objectif « *Nous n'avons pas reçu de pouvoirs illimités sur la création, nous ne sommes que les gardiens du patrimoine commun* » ; Centesimus Annus, n. 37 ; Populorum Progressio, n. 22

¹² A côté des **biens publics purs** qui se caractérisent par les principes de non-rivalité et de non-exclusion, dont la consommation par une personne n'altère pas l'usage d'une autre et dont l'usage est offert à tous, existent des **biens publics impurs**, connaissant soit l'exclusion et la non rivalité (lorsque l'accès au bien est réservé à des agents ayant acquis le droit d'en jouir) soit par la rivalité et la non-exclusion (cas de l'eau)

¹³ V. Kaul I., Grunberg I., Stern M. *Les biens publics à l'échelle mondiale-la coopération internationale au XXI ème siècle*, Oxford university Press, 1999

naturels, environnementaux, (l'eau¹⁴, l'air, le climat, les milieux...), on peut observer qu'ils suscitent d'autant plus l'attention que, pour l'essentiel, ils ne sont pas fabriqués par l'homme¹⁵.

C'est donc principalement en termes d'accès à la ressource, de restrictions d'usage, et de coût de restauration qu'ils seront appréhendés.

La question de l'appropriation, privée ou publique, apparaît largement antinomique avec la reconnaissance du caractère mondial de l'intérêt en cause. C'est la raison pour laquelle cette notion a été perçue comme perturbant les structures institutionnelles traditionnelles¹⁶. Il faut nuancer cette appréciation car elle conduit en fait principalement à approfondir, en droit interne, la notion de chose commune. Il s'agit d'étendre et de structurer le rapport à ces biens en intégrant non seulement l'impossibilité de leur appropriation, mais encore en soulignant la nécessaire de distribution de droits d'usage.

Les conséquences pratiques sont extrêmement difficiles à mettre en place mais l'on peut observer qu'au travers du principe pollueur-payeur et des quotas d'émission, c'est bien ce qui a d'ores et déjà été fait. Tout porte à croire que le rapport renouvelé aux choses communes par la notion de biens publics mondiaux ne devrait aller qu'en se développant.

Juridiquement, l'identification de cette catégorie pose d'importantes questions dans la mesure où ses caractères s'opposent frontalement à la validité de leur appropriation et conduit à adopter une logique de gestion et non de pouvoir absolu. En tout état de cause, il s'agit d'une notion qui rend impératif non seulement un renouvellement de l'approche internationale de ces biens, mais surtout, une analyse de l'intervention de l'Etat sur les éléments ainsi qualifiés¹⁷.

¹⁴ Sylvie Paquerot, De l'intuition à la précision conceptuelle, les différentes perceptions du/des/bien/s public/s à l'échelle mondiale : l'exemple de l'eau douce : Montréal, 2004, http://www.yorku.ca/robarts/projects/global/papers/gcf_intuition.pdf

¹⁵ Ce qui n'est que partiellement exact dans la mesure où des milieux artificiels, résultant de pratiques culturelles par exemple, pourront être regardés comme des biens publics.

¹⁶ Colloque - 25-26 octobre 2001 Pau : Faculté de Droit, Économie, Gestion <http://www.hcci.gouv.fr/lecture/synthese/sy001.htm>

¹⁷ O. Godard, « *Jeux de nature : quand le débat sur l'efficacité des politiques publiques contient la question de leur légitimité* », 1989 ; pour une analyse juridique v. G. Canivet et D. Guihal Protection de l'environnement par le droit pénal : l'exigence de formation et de spécialisation des magistrats D. 2004, p. 2728 « *Parce que les biens environnementaux - pureté de l'air et de l'eau, innocuité des sols, biodiversité, beauté des paysages et des sites - sont insusceptibles d'appropriation par des personnes privées et même par des Etats, et parce que les activités polluantes engendrent des nuisances diffuses qui ne lèssent pas seulement les générations présentes mais obèrent également l'avenir, la protection de l'environnement paraît mal assurée par les règles classiques de la responsabilité civile. Si les tentatives supranationales d'adaptation de ces mécanismes sont encore balbutiantes, en revanche, le rôle stratégique de la répression pénale est généralement reconnu.* »

Certains sont sceptiques devant l'efficacité de cette notion, toujours essentiellement cantonnée dans l'ordre juridique international¹⁸, mais, il est impossible de l'ignorer. Avec la notion de patrimoine commun, accueillie en droit interne, elle offre à un champ essentiel à l'analyse des interactions entre environnement et droit des biens.

B – Les biens environnementaux émergents : l'apport de la notion de patrimoine commun

Le texte de la Charte de l'environnement adossée en 2005 à la Constitution est un bon point de départ pour l'évocation du patrimoine commun. Son préambule précise en effet que **l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains**. La préservation de l'environnement y apparaît comme l'un des intérêts fondamentaux de la nation et la Charte place la gestion de ce patrimoine dans la perspective du développement durable. Il y a dans le préambule de la Charte la trame commune à toutes les consécutions du patrimoine commun. Mais le législateur n'a pas attendu 2005 pour consacrer la notion en droit interne.

Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut mentionner un certain nombre de dispositions qui traduisent la force de la notion et sa généralité.

On trouve dans le Code de l'environnement de nombreuses références au patrimoine commun, tantôt explicitement envisagé comme tel, tantôt évoqué de manière apparemment autonome.

L'article L. 110-1 est la disposition la plus significative dans la mesure où cet article définit comme faisant partie du patrimoine commun de la nation : **les espaces, les ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent**. L'article L. 210-1 complète cette énumération en prévoyant que **l'eau** fait également partie du patrimoine commun de la nation. Il en tire deux conséquences en retenant que « *Sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général* », et en soulignant (al. 2) que « *l'usage de l'eau appartient à tous* ».

¹⁸ V. Daniel COMPAGNON, La conservation de la biodiversité, improbable bien public mondial http://www.afsp.msh-paris.fr/archives/archivessei/biensmond_prog.html

Cette formulation incluant certains éléments dans le patrimoine commun est plus satisfaisante que celle retenue à l'article L 110 C. Urb. qui dispose simplement que « *Le territoire français est le patrimoine commun de la nation* »¹⁹ ; il ne saurait être discuté que le territoire n'est que l'un des éléments qui composent ce patrimoine commun de la nation. Cette dernière disposition présente toutefois un intérêt sur lequel nous reviendrons.

Au sein du patrimoine commun de la nation, certains sous-ensembles apparaissent très clairement, et sont eux-mêmes qualifiés de « patrimoines ». Ainsi en va-t-il du **patrimoine paysager** (art. L. 131-2 C.env.) dont il peut être dressé inventaire par les comités régionaux de l'environnement, ou du **patrimoine naturel**, pour lequel l'article L. 310-1 C.env. indique que l'inventaire établi par l'Etat dans chaque département recense « *Les sites, paysages et milieux naturels définis en application de textes dont la liste est fixée par décret* » et qui sont à l'évidence visés à l'article L. 110-1.

L'observation révèle que les patrimoines composant le patrimoine commun peuvent être divisés en patrimoines distincts, eux-mêmes décomposés en sous ensembles²⁰.

Outre son évocation du territoire, le Code de l'urbanisme connaît également du développement de la notion. Ainsi en va-t-il de la notion de « **patrimoine architectural, urbain et paysager** » auquel sont consacrées les ZPPAUP des articles L. 642-1 et suivants du Code du patrimoine²¹. De même ce code renvoie aux articles L. 313-1 et suivants du Code de l'urbanisme, manifestant clairement que les secteurs sauvegardés font également partie du patrimoine commun de la nation, ce que l'article L. 110 C. urb. invitait de toute façon à retenir.

Il apparaît clairement, au vu de ces éléments, que l'existence du patrimoine commun en droit interne est une donnée dont l'occultation est impossible. La même situation peut être observée en droit international où est consacrée la notion de patrimoine commun de l'humanité, également composé d'un patrimoine culturel et d'un patrimoine naturel²². Ce dernier, ou plus

¹⁹ Sur le droit belge qui reprend cette idée v. J.F. Neuray, Droit de l'environnement, Bruxelles, Bruylant, 2001, n°292, p.590

²⁰ Ainsi on n'aura aucune peine à admettre que le **patrimoine minéralogique** (L. 342-1 C.env.), ou le **patrimoine biologique** à la préservation et à la surveillance duquel est consacré le chapitre 1^{er} du titre 1 du livre IV du Code de l'environnement (art. L. 411-1 et s.), font partie du patrimoine naturel. Le **patrimoine faunistique et floristique** (L. 411-5 C.env.) qui semble inclure le **patrimoine faunique** de l'article L. 420-1, le **patrimoine cynégétique** (L. 421-5 C .env. et L. 221-2 C. rural) ainsi que le **patrimoine piscicole** des articles L. 430-1 et suiv. sont eux-mêmes compris dans le patrimoine biologique

²¹ V. J. Morand-Deville, Patrimoine architectural et urbain : Jurislc. Environnement, fasc., 548, 1998

²² sur ce point v. not. A. Kiss, Le patrimoine commun de l'humanité, Rec. des cours, Acad de droit international 1982, t. II, Martinus, 1983 ; R.J. Dupuy, Réflexions sur le patrimoine commun de l'humanité : Droits, n°1, 1985 , p.63 ; M. Flory, Le patrimoine commun de l'humanité

exactement les éléments qui le composent doivent être considérés comme des « biens environnementaux ». Non plus parce qu'ils sont susceptibles de faire l'objet d'une appropriation privée, mais dans la mesure où ils font l'objet d'une patrimonialisation originale mais bien réelle.

On peut d'ores et déjà souligner certains traits de ce patrimoine commun révélateurs de son essence en ce qu'ils se rencontrent dans toutes ses acceptions. Premièrement, il touche indifféremment des biens appropriés et des choses sans maître sans affecter leur qualification. Singulièrement, il n'y a pas de remise en cause de la nature juridique des liens préexistants portant sur les éléments du patrimoine commun. Les choses communes (l'eau, l'air) le restent, les biens du domaine public ou du domaine privé de l'Etat comme les biens appartenant à des personnes privées ne voient pas leur statut juridique changé sous le rapport de l'appropriation²³.

Deuxièmement, il englobe des meubles, des immeubles, des ensembles définis ou indéfinis. La plasticité de la qualification apparaît d'évidence lorsque l'on intègre la diversité des éléments qui le composent. On perçoit de la sorte très bien que la qualification d'élément du patrimoine commun est réalisée dans une perspective qui n'est pas appropriative (si même elle était envisageable), dans la mesure où l'on ne peut pas appréhender une « diversité », un « équilibre », une « qualité » (de l'air), un « espace », un « milieu » ou un « paysage » en termes de propriété. Bien sûr, certains des éléments en cause sont susceptibles de faire l'objet d'une appropriation, mais ce n'est jamais l'angle sous lequel la notion est employée : la qualification vise à identifier des ensembles dans une universalité : le territoire, la ressource en eau, les sites, les trésors nationaux etc. sont envisagés non pas dans leur individualité mais comme des universalités se rejoignant dans une universalité plus large : le patrimoine commun.

dans le droit international de l'environnement, in *Droit et environnement...*, PUAM 1995, p.39 ; M. Rêmond-Gouilloud, L'autre humanité (remarques sur une homonymie) : in *Mélanges A. Kiss*, 1998, p.55 ; J. Charpentier, L'humanité : un patrimoine, mais pas de personnalité juridique : in *Mélanges A. Kiss*, 1988, p.17 ; F. Terré, L'humanité, un patrimoine sans personne : *Mélanges Ardant*, p. 339 ; coll. *Le droit saisi par le collectif*, Bruylant, Bruxelles, 2004 ; S. Pacquerot, *Le statut des ressources vitales en droit international. Essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, Bruylant, Bruxelles, 2002

²³ J. de Malafosse, Le droit des autres à la nature, in *Religion, société et politique, Mélanges en hommage à J. Ellul*, PUF, p.510, observe que des trois éléments physiques de la nature prise en compte au titre de l'environnement, notamment par l'article L. 110-1 C.env., l'air, l'eau et sol, seul ce dernier est susceptible d'appropriation, ce qui nous semble exact mais on ne peut occulter l'ampleur du débat relatif à la question de la possible appropriation des choses communes, sur lequel v. A. Sériaux, La notion de choses communes, in *droit et environnement, propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995

Troisièmement, le patrimoine commun repose sur une logique institutionnelle spécifique. Schématiquement, on peut la décrire autour de quelques étapes communes qui ne se rencontrent toutefois pas de manière systématique :

- Le constat de l'appartenance au patrimoine commun. Cette étape est décisive ; résultant d'une déclaration commune de divers Etats, du législateur ou de la réalisation d'un inventaire, cette identification est déclarative et non constitutive.
- L'identification de l'entité compétente pour traiter des questions qui y sont relatives.
- L'élaboration d'un régime spécifique qui vient s'ajouter au régime de droit commun et se traduit généralement par l'organisation de contrôles des éléments identifiés, la sujétion à des contraintes spécifiques et l'édiction de restrictions des prérogatives liées à leur usage, parfois sanctionnées pénalement. Ce régime est placé dans une double perspective de conservation et de transmission.

L'appartenance d'une chose ou d'un bien au patrimoine commun de la nation conduit à identifier une qualité particulière de cet élément dont il résulte, effectivement ou potentiellement, une évolution du régime auquel il est soumis. Ce constat est fondamental et conduit à des interrogations nombreuses portant non seulement sur l'identification de ce patrimoine, en tant que réalité, et par comparaison avec le patrimoine tel qu'on le rencontre en droit civil, sur l'existence de son titulaire, mais encore sur l'étendue des conséquences de la possible appartenance d'un même bien à deux patrimoines, le patrimoine commun, d'une part, et le patrimoine de son propriétaire, de l'autre.

C – Les biens environnementaux appropriés : Le cas des sols

A côté des biens environnementaux purs caractérisés par une nature qui permet aisément de saisir en quoi ils ne peuvent être appropriés, des biens environnementaux révélés par leur appréhension dans le cadre des patrimoines communs dont la globalité complique l'analyse, d'autres biens, reconnus comme tels par le droit dans la mesure où ils sont considérés comme susceptibles d'appropriation jouent un rôle essentiel c'est principalement le cas, fondamental, du sol.

Le sujet est particulièrement d'actualité dans la mesure où la Commission européenne vient, outre une communication sur le sujet des sols pollués²⁴ de proposer une directive définissant un cadre pour la protection des sols²⁵.

Là où, traditionnellement, les sols étaient essentiellement envisagés sous le prisme de la propriété privée, nonobstant la référence à l'inclusion du territoire dans le patrimoine commun de la nation, les initiatives communautaires complètent une analyse et font apparaître au premier plan leur dimension de biens environnementaux²⁶.

L'originalité de la démarche entreprise est qu'elle considère non plus le sol dans sa seule dimension de production alimentaire ou dans sa vocation immobilière mais dans une perspective qui se fonde sur ses multiples utilités et y voit « essentiellement d'une ressource non renouvelable »²⁷, « une ressource naturelle d'intérêt général »²⁸ et insiste sur la nécessité de le protéger dans ses fonctions « en raison de leur importance socio-économique et environnementale »²⁹. Beaucoup a été dit et écrit sur la place de la propriété foncière et, singulièrement, sur le fait que c'est pour elle qu'ont été pensées un grand nombre des solutions connues par notre droit positif.

Dans le cadre des réflexions actuelles, le fait que les sols soient objet d'appropriation n'est pas ignoré. Toutefois, la Commission, dans le but de prévenir la dégradation des sols, désigne un certain nombre d'activités comme dommageables car empêchant les sols de jouer la totalité de leurs rôles variés au service de l'homme et des écosystèmes (sont citées les

²⁴ COMMUNICATION DE LA COMMISSION, Stratégie thématique en faveur de la protection des sols COM(2006)231 final : 22.9.2006

²⁵ Proposition de directive définissant un cadre pour la protection des sols et modifiant la directive 2004/35/CE : COM(2006) 232 final, 2006/0086 (COD) du 22.9.2006 « *Le sol est une ressource d'intérêt général pour la Communauté, bien qu'il relève pour l'essentiel de la propriété privée, et sa nonprotection nuit au développement durable et, à long terme, à la compétitivité de l'Europe.* »

²⁶ Proposition de directive définissant un cadre pour la protection des sols et modifiant la directive 2004/35/CE : COM(2006) 232 final, 2006/0086 (COD) du 22.9.2006 : 12^e considérant : « ***Contrairement à l'air et à l'eau, le sol est pour l'essentiel propriété privée dans la Communauté. Il s'agit néanmoins d'une ressource naturelle d'intérêt général qui doit être préservée pour les générations futures. Dans l'intérêt général, il convient donc que les utilisateurs des terres soient tenus de prendre des précautions lorsqu'il est probable que l'usage qu'ils font du sol compromettra sensiblement les fonctions de ce dernier.*** »

²⁷ COMMUNICATION DE LA COMMISSION, Stratégie thématique en faveur de la protection des sols COM(2006)231 final : 22.9.2006 ; Proposition de directive définissant un cadre pour la protection des sols et modifiant la directive 2004/35/CE : COM(2006) 232 final, 2006/0086 (COD) du 22.9.2006, 1^{er} considérant

²⁸ Proposition de directive, préc. 3^e considérant

²⁹ V. déjà Charte européenne révisée sur la protection et la gestion durable des sols 28 mai 2003, rappelant le « rôle fondamental joué par les sols comme fondement de la vie des hommes, des animaux, des végétaux, comme élément essentiel pour maintenir un haut niveau de diversité biologique et paysagère, et comme manifestation du droit à la vie, à la santé et du droit à un environnement sain »;

pratiques agricoles et sylvicoles inadéquates, les activités industrielles, le tourisme, l'expansion urbaine et industrielle et les grands travaux).

Elle fixe comme objectif général la protection et l'utilisation durable des sols en se fondant sur deux principes directeurs :

- La prévention de la dégradation ultérieure des sols et la préservation de leurs fonctions
- La restauration des sols dégradés de manière à les ramener à un niveau de fonctionnalité correspondant au moins à leur utilisation actuelle et à leur utilisation prévue

Afin d'y parvenir, la Commission, dans la proposition de directive souligne le consensus sur « *la nécessité d'assurer aux sols le même niveau de protection qu'aux autres milieux naturels tels que l'air ou l'eau, parce que les fonctions du sol sont indispensables à la survie de l'homme et des écosystèmes* ».

Ainsi le parangon des objets de propriété se voit, avec la reconnaissance de sa dimension environnementale, attiré dans le cadre des biens environnementaux ; ce qui ne fait que confirmer un mouvement d'ensemble et doit avoir des conséquences sur le régime juridique des droits dont il fait l'objet³⁰.

II – Le régime juridique des biens environnementaux

A – La mise en cause du droit de propriété

Avant d'envisager en quoi la reconnaissance des biens environnementaux est de nature à modifier le rapport au droit de propriété, il faut revenir rapidement sur celui-ci. Sous

³⁰ Conseil économique et social, environnement et développement durable, avis du 12 mars 2003 : « *la dimension finie, au moins en première approche, de la terre et des « ressources naturelles », le caractère non renouvelable de beaucoup de ces ressources leur confèrent une dimension de patrimoine à préserver. Tel « un capital » constitué par les ressources naturelles, il ne faut en consommer que les « dividendes » c'est-à-dire la partie qui se renouvelle et pas le « capital » lui-même si l'on veut un « développement durable » sur notre terre. Cette gestion patrimoniale de notre environnement apparaît peu ou mal prise en compte dans nos comportements individuels et collectifs* ».

l'inspiration du droit romain, le droit de propriété tel qu'il est consacré dans le Code civil³¹ repose sur trois prérogatives : *l'usus*, le *fructus* et *l'abusus*. *L'usus* autorise à retirer personnellement l'utilité que peut procurer, par elle-même, une chose non productive ou non exploitée³². Le *fructus* est la jouissance, le droit de percevoir les revenus du bien, soit par des actes matériels de jouissance, soit par des actes juridique (loyers...). *L'abusus*, enfin, est traduit par l'expression "disposer". Le propriétaire peut disposer de la chose., soit en la consommant (si elle est consommable), soit en la détruisant (progressivement ou d'un seul coup), soit par des actes juridiques en en disposant.

La définition de l'art. 544 C.c. dispose que le droit de propriété est **absolu**, il est également **exclusif** et **perpétuel**. A vrai dire cet absolutisme n'a jamais été pleinement effectif et le droit français, influencé notamment par la théorie de la fonction sociale de la propriété³³ qui visait à passer « de la propriété-spéculation à la propriété-fonction »³⁴. Ce qui était vrai hier l'est bien plus aujourd'hui et le constat selon lequel, la jurisprudence et la loi fournissent un grand nombre de situations qui sont en contradiction absolue la conception individualiste absolutiste de la propriété droit subjectif est sans cesse confirmé. Il est probable que le droit de l'environnement accélère la désagrégation d'une certaine perception du droit de propriété³⁵.

Le Doyen Carbonnier³⁶, a notamment illustré la mise en œuvre de la théorie de la fonction sociale par la réception de lois restrictives des prérogatives du propriétaire : Les lois restrictives, seront justifiées à chaque fois que la fonction doit impérativement être assurée, même contre le gré du propriétaire (inexploitation des terres, inoccupation des logements...); ou lorsque une fonction supérieure, telle la préservation de l'environnement, nécessite des restriction.

³¹ **Art. 544.** - 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

³² Cependant cette faculté de ne pas user de la chose est de plus en plus restreinte, par des considérations s'inspirant plus ou moins ouvertement de l'analyse de la fonction sociale de la propriété. Les terres incultes, les logements vacants peuvent être réquisitionnés

³³ Léon Duguit, La propriété fonction sociale, in les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon, Paris 1920 rééd. MD 1999.

³⁴ L. Duguit, préc., p. 150

³⁵ Duguit op. Cit.p.155 ; pour une illustration : p.154 – LD Rapporte la position de Baudry-Lacantienrie, Droit civil, 1, 10^e éd. 1908, n°1296 p.726, selon laquelle le propriétaire "*peut légitimement faire sur sa chose des actes même quand il n'a aucun intérêt avouable à les faire*", et si, en le faisant, il cause un dommage à autrui, "*il n'est point responsable, parce qu'il ne fait qu'user de son droit*"...

³⁶ Biens n°75

Si c'est surtout *l'abusus* qui a été remis en cause, qui n'apparaît plus acceptable dans sa dimension matérielle dès lors que les biens en cause, bien qu'appropriés sont des biens environnementaux, c'est toute la conception de la propriété privée qui est en train d'évoluer.

Si la disposition juridique du bien est très largement neutre en termes environnementaux dans la mesure où c'est alors le droit seul qui est en cause : on dispose alors de son droit sur la chose et non de la chose elle-même. Il en va tout autrement de la disposition physique du bien.

Il est traditionnellement admis dans le cadre du droit civil que le propriétaire a le pouvoir de faire tous les actes qu'il juge bon :

- abattre des arbres, ou en planter,
- des bâtiments, ou en construire,
- tuer son animal, ou le faire se reproduire
- épuiser sa carrière,

Il a ainsi le droit de détruire sa chose par la disposition physique qu'il en a. Cette faculté de disposer matériellement de la chose distingue la propriété de tous les autres droits réels qui autorisent la jouissance de la chose sous la réserve expresse d'en conserver la substance.³⁷

Pourtant, il est très tôt apparu nécessaire d'encadrer ce droit du propriétaire et de restreindre sa faculté de destruction. C'est la raison d'être de nombreuses réglementations qui ont construit le droit de l'environnement avant même qu'il ne s'affirme en tant que tel. La protection des sites et monuments ne répond à rien d'autre qu'à la nécessité de défendre lesdits sites et monuments des atteintes qui pourraient leur être portées par leurs propriétaires.

Mais c'est désormais plus directement que l'atteinte à l'*abusus* se fait, qu'il est remis en cause dans son principe même. Ainsi, si l'on pouvait citer en 1989³⁸ le fait que le propriétaire ayant pollué son terrain et son étang, n'était pas sanctionnable, il n'en est plus ainsi. Et par le biais de la protection de l'eau³⁹, les protections se multiplient, soit par le recours au délit de pollution, soit par la mise en œuvre, par le préfet, des pouvoirs qu'il tient de l'article R211-12

³⁷ F. Terré et Ph. Simler (les biens, 4e éd. n° 112)

³⁸ M. Rémond-Gouilloud, le droit de détruire, PUF 1989, not. p.91, citant Douai, 22 avr. 1981 JCP 82, IV,363

³⁹ Cass. crim., 25 septembre 2001 pourvoi n°01-81254, cité par J. de Malafosse, le droit de l'eau est différent de celui de la pêche mais la réciproque n'est pas vraie : Environnement, 2002, repère n°9 : un propriétaire qui a fait curer une mare communiquant, ne serai-ce que par capillarité avec tous les lieux environnants et même en aval avec une rivière est déclaré coupable de réalisation d'ouvrages ou de travaux dangereux pour le poisson sans autorisation dans un cours d'eau

C.env.⁴⁰, soit par le biais de la protection des milieux et espèces, ainsi que cela a été récemment retenu⁴¹.

Le propriétaire qui se rend coupable d'une pollution ou destruction, quand bien même ses agissements ne concerneraient que sa propriété, peut faire l'objet des sanctions prévues par le droit de l'environnement : sa souveraineté est combattue par la protection de l'environnement et il apparaît bien qu'il n'est pas possible au propriétaire de se réfugier derrière son droit de propriété et son *abusus* pour justifier un comportement « environnementicide ».

La protection de l'environnement justifie de plus en plus nettement des atteintes portées au principe de libre disposition de son bien par le propriétaire. Cela passe en réalité par le biais du mécanisme d'autorisation. Un certain nombre d'activités qui relèveraient « normalement » de l'exercice, par le propriétaire, de son pouvoir de disposition, vont se trouver soumises au contrôle de l'administration qui, dans le cadre de ce contrôle, va pouvoir exercer une influence déterminante sur les modalités d'exercice de ce droit de disposition.

Ce contrôle peut prendre différentes formes et sans développer ici les atteintes pures et simples à la propriété qui passent par l'expropriation ou la constitution de servitudes administratives, on peut évoquer les autorisations dans le cadre du droit de la construction et de l'urbanisme (permis de construire et son volet paysagé; permis de démolir...) et bien sûr les autorisations à portée très directement environnementale que l'on retrouve notamment en droit forestier, en droit rural, en matière de carrières et d'installations classées.

⁴⁰ ancien R. 111-14 C. rural qui prévoit la possibilité, pour le préfet, de prendre des arrêtés de protection afin de prévenir la disparition d'espèces menacées. Pour ce faire, il peut imposer des mesures destinées à favoriser « *la conservation des biotopes tels que mares, marécages, marais, haies, bosquets, landes, dunes, pelouses ou toutes autres formations naturelles, peu exploitées par l'homme, dans la mesure où ces biotopes ou formations sont nécessaires à l'alimentation, à la reproduction, au repos ou à la survie de ces espèces* ». Dans la même logique, l'article R 211-14 C.env., permet au préfet d'interdire « *les actions pouvant porter atteinte d'une manière indistincte à l'équilibre biologique des milieux et notamment l'écobuage, le brûlage des chaumes, le brûlage ou le broyage des végétaux sur pied, la destruction des talus et des haies, l'épandage de produits antiparasitaires* ». Il y a là aussi l'adoption de mesures qui contreviennent au libre exercice de ses prérogatives par le propriétaire en raison de considérations environnementales.

⁴¹ Cass. crim. 27 juin 2006 ; p. n°05-84090 : Gaz. Pal. ½ sept 2006, jur. p. 20 admettant que devait être déclaré coupable de **dégradation du milieu particulier d'espèces protégées** (leucorrhina pectoralis dans l'ordre végétal et utricularia vulgaris dans l'ordre animal), le propriétaire d'un étang qui avait fait procéder au curage de celui-ci sans respecter la procédure administrative. L'article L. 411-1 C. env. prévoit en effet l'interdiction, afin de protéger le patrimoine biologique (animales non domestiques ou végétales non cultivées), de « la destruction, l'altération ou la dégradation du milieu particulier à ces espèces animales ou végétales ».

On peut trouver des illustrations de ce mécanisme dans un grand nombre de dispositions du code de l'environnement. Trois sont particulièrement révélatrices :

Réserves naturelles - En matière de réglementation des réserves naturelles, il est évident que la logique de préservation vient se heurter de front aux prérogatives du propriétaire qui ne peut plus, à compter du jour où l'autorité administrative lui a notifié son intention de constituer une telle réserve apporter aucune modification à l'état des lieux ou à leur aspect pendant un délai de 15 mois (art. L. 332-6). Une fois le classement opéré, ses effets « *suivent le territoire classé, en quelque main qu'il passe* » et l'on peut observer qu'en réalité il y a une affectation profonde du droit que tout propriétaire peut exercer sur le bien. Le bien n'a pas changé mais il devient impossible d'exercer l'abusus physique qui est en quelque sorte paralysé. Il l'est très fortement dans la mesure où l'acte de classement va permettre de contrôler ou d'interdire toute « *action susceptible de nuire au développement naturel de la faune et de la flore et, plus généralement, d'altérer le caractère de ladite réserve* » (L. 332-3)⁴². Et de « geler » les biens immobiliers dans la mesure où « *Les territoires classés en réserve naturelle ne peuvent être ni détruits ni modifiés dans leur état ou dans leur aspect, sauf autorisation spéciale de l'autorité administrative délivrée selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat prévoyant, notamment, la consultation préalable des organismes compétents* » (L. 332-9 C.env.). On voit la disposition physique cesse d'être la règle pour devenir l'exception dans la mesure où les modifications ne pourront être apportées que si elles sont autorisées spécialement. Par extension, cette affectation de la propriété se rencontrera également dans le cadre des périmètres de protection qui peuvent être institués autour des réserves naturelles et à l'intérieur desquels il est possible d'interdire « toute action susceptible d'altérer le caractère ou de porter atteinte à la réserve naturelle » (L. 332-16 et 332-17)

Sites – Dans une logique qui cesse d'être globale mais qui se fait beaucoup plus individuelle, l'identification de l'intérêt particulier d'un site ou d'un paysage au point de vue artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque pourra justifier l'inscription de ce site sur une liste départementale, par arrêté ministériel pris suite à l'initiative de la commission départementale des sites, perspectives et paysages. Cette inscription, qui est notifiée au propriétaire, entraîne « *l'obligation pour les intéressés de ne pas procéder à des travaux*

⁴² L'article poursuit en visant « notamment la chasse et la pêche, les activités agricoles, forestières et pastorales, industrielles, minières et commerciales, l'exécution de travaux publics ou privés, l'extraction de matériaux concessibles ou non, l'utilisation des eaux, la circulation du public, quel que soit le moyen employé, la divagation des animaux domestiques et le survol de la réserve. »

autres que ceux d'exploitation courante en ce qui concerne les fonds ruraux et d'entretien normal en ce qui concerne les constructions sans avoir avisé, quatre mois d'avance, l'administration de leur intention » (L. 341-1). Là encore, il est patent que le propriétaire, sans être dépossédé de sa propriété, se trouve privé d'attributs importants de celle-ci. Il dispose toujours du droit de propriété, mais d'un droit diminué, amputé d'une part significative de ses attributs. Il est intéressant d'observer que si le propriétaire s'oppose au classement, l'article L. 341-6 C.env. prévoit que le classement sera prononcé par décret en Conseil d'Etat et non par arrêté. Ce même article envisage très restrictivement l'indemnisation du propriétaire dépossédé d'une partie de ses droits dans la mesure où il dispose uniquement que « *Le classement peut donner droit à indemnité au profit du propriétaire s'il entraîne une modification à l'état ou à l'utilisation des lieux déterminant un préjudice direct, matériel et certain* ». Il n'y a qu'une possibilité d'indemnisation qui ne se rencontre que dans des conditions très strictes alors même que la paralysie qui touche le site inscrit devrait permettre d'accueillir très largement l'existence du préjudice. La modification à l'utilisation qui est envisagée ne semble cependant faire référence qu'à l'utilisation actuelle et interdire de prendre en considération une perte de potentialité. Ceci est très réducteur et le droit de la responsabilité a bien intégré cette nécessité d'indemnisation, notamment de la perte de valeur qui ne semble pas directement envisageable dans le cadre du classement.

Les effets du classement d'un site sont très proches de ceux liés à la réserve naturelle. L'article L. 341-9 prévoit ainsi que ces effets suivent le monument naturel ou le site classé, en quelque main qu'il passe. L'article L. 341-10 prévoit quant à lui que « *Les monuments naturels ou les sites classés ne peuvent ni être détruits ni être modifiés dans leur état ou leur aspect sauf autorisation spéciale* ». ⁴³

Paysages – Le Code de l'environnement permet de prendre en considération l'intérêt paysager de certains territoires. S'il n'est pas fait usage des directives territoriales d'aménagement prises en application de l'article L. 111-1-1 du code de l'urbanisme, l'Etat peut prendre des **directives de protection et de mise en valeur des paysages**, régies par les articles L. 350-1 et suivants du C. env. Ces directives, approuvées par décret en Conseil d'Etat

⁴³ Il faut rapprocher de ces sites, les « autres sites protégés » à propos desquels l'article L. 342-1 prévoit que : « Lorsqu'un intérêt scientifique particulier ou les nécessités de la préservation du patrimoine minéralogique le justifient, est interdite la destruction ou l'altération des sites dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la protection de la nature, en raison de leur importance pour la compréhension de l'histoire de la terre et de l'utilisation des ressources naturelles par l'homme. L'accès et le prélèvement de tout objet minéral peuvent y être réglementés ou, le cas échéant, interdits par l'autorité administrative. »

« déterminent les orientations et les principes fondamentaux de protection des structures paysagères qui sont applicables à ces territoires » (L. 350-1 II)⁴⁴

Le constat a été fait il y a déjà longtemps: « l'idée d'utilité publique, qui se révèle de plus en plus importante vient pénétrer et même dénaturer profondément le droit de propriété ... Sous le développement et la multiplicité croissante des exceptions, celles-ci sont devenues la règle »⁴⁵. Le droit de l'environnement ne fait qu'accélérer ce processus et conduit au constat selon lequel ces restrictions aux prérogatives du propriétaire ne traduisent pas tant des exceptions que la **consécration d'une maîtrise concurrente sur la chose, l'existence d'un nouveau domaine universel** portant directement sur des biens appropriés et permettant, sans qu'il y ait, au sens strict, appropriation publique, à identifier une nouvelle forme de rapport au bien.

B – Le nouveau rapport aux biens environnementaux

Depuis toujours, le rapport au droit de propriété illustre une perpétuelle tension entre l'individuel et le collectif et l'on peut reprendre l'image évoquée il y a presque un siècle selon laquelle « à la crise qui nous a redonné l'ancienne organisation foncière romaine va succéder peut-être un retour vers une conception plus socialisée, plus limitée, plus utile du droit de propriété »⁴⁶.

Dans la mesure où l'on peut constater la superposition du patrimoine commun au rapport qui lie le propriétaire à la chose sans l'abolir⁴⁷, il s'en déduit nécessairement une limitation

⁴⁴ Leur force est considérable dans la mesure où l'article L. 350-1 IV° précise que « Leurs dispositions sont opposables aux demandes d'autorisations de défrichement, d'occupation et d'utilisation du sol : 1o En l'absence de plan d'occupation des sols opposable aux tiers ou de tout document d'urbanisme en tenant lieu ; 2o Lorsqu'un plan d'occupation des sols ou tout document d'urbanisme en tenant lieu est incompatible avec leurs dispositions. »

⁴⁵ L. Trotabas, La fonction sociale de la propriété privée : le point de vue technique : le régime administratif de la propriété privée, Sirey, 1930, p.40 ; R. Patry, Rapport général de droit public interne, p. 271, in , La maîtrise du sol, préc., p. 275, n°4, « le principe de la propriété privée a donc maintenant tendance à devenir relatif car la nécessité est apparue d'établir un certain équilibre entre les intérêts privés et l'intérêt général » ; F. Zénati, Pour une rénovation de la théorie de la propriété : RTDCiv., 1993.305

⁴⁶ Meynial, préc., p.419 ; P. Baumes, Essai sur le domaine éminent de l'Etat en droit moderne, Thèse Paris, 1902 On retrouve cette idée expressément formulée par Besnier in De la loi des douze tables à la législation de l'après-guerre : quelques observations sur les vicissitudes de la notion romaine de propriété : Ann. d'Hist. ,Ixe an. , n°46, 1937,spéc. P.340-341 ; comp. G. Morin, Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété, préc., p.15 ; F. Moderne, Rapport de Synthèse, in La maîtrise du sol, préc., p.23, évoque des techniques d'érosion du droit de propriété qui conduisent à détacher du droit de propriété, et de manière non provisoire, certains de ses attributs

⁴⁷ Bertrand Mathieu, Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement : in La Constitution et l'environnement, Cah. Cons. constit., n°15

corrélative des droits du propriétaire sur ses biens en considération de leur affectation à un intérêt supérieur⁴⁸.

Le droit contemporain, non seulement Français mais européen, sans le formuler expressément renoue avec une division que l'on a connu pendant plus de mille ans et sur laquelle reposait le système féodal. L'étude des restrictions au droit de propriété révèle qu'existent non pas un seul rapport à la chose appropriée, mais deux : l'un l'unissant à son propriétaire, l'autre l'unissant à la collectivité toute entière⁴⁹. L'interrogation sur cette dualité n'est pas nouvelle et, à propos du droit de l'urbanisme, elle a déjà été formulée depuis quelques temps avec l'identification de la constitution d'une "*sorte de système féodal dans lequel les collectivités locales exerceraient un domaine éminent*"⁵⁰ ; il est logique que les spécificités de la protection de l'environnement⁵¹ et des sciences du vivant⁵² permettent à la réflexion sur ce point de connaître des avancées décisives.

En mettant à mal l'*abusus*, la faculté de détruire la chose, le droit contemporain a rompu avec la conception de la propriété liée à l'héritage romain et renoue avec celle qui repose sur le constat d'une coexistence de droits superposés sur la chose qui « *oblige tous les ayants droits à la conservation de la chose* »⁵³. Cela ne signifie pas qu'il y ait remise en cause du droit de propriété, mais plutôt que la définition généralement admise des prérogatives du propriétaire (privé ou public) doit désormais tenir compte de l'existence d'un domaine universel. Ce domaine, caractérisé par un pouvoir sur la chose, procède du constat de la nécessaire organisation d'une protection de certains éléments identifiés comme appartenant au patrimoine commun⁵⁴.

⁴⁸ P.-L. Frier, v° Patrimoine, in D. Alland et S. Rials, Dictionnaire de la culture juridique, PUF, quadrigé

⁴⁹ Jacques Foyer, Rapport Français de droit rural, in La maîtrise du sol, préc., p. 641 ; v. égal. J. de Malafosse, La propriété gardienne de la nature, Etudes J. Flour, p.335. Jourdain, Les biens, Dalloz 1995, n°36 p.38 ; D. Tomasin, L'évolution de la propriété immobilière, préc., p.17

⁵⁰ H. Périnet-Marquet, la propriété à l'épreuve de la décentralisation : D. 1986, Chron., p. 128, n°9, faisant écho à une interrogation de Jean Foyer : J.O. Débats A.N. 1982, p. 7740 ; à propos de l'article L. 110 C. urb., v. aussi F. Terré, L'humanité, un patrimoine sans personne, préc. ; v. aussi J.C. Bonichot, Convention EDH et droit de l'urbanisme, in Libertés, justice, tolérance, Mélanges Cohen-Jonathan, vol.1, Bruylant, 2004, p.283

⁵¹ J. de Malafosse, La genèse du régime juridique de l'environnement, préc. ; v. aussi ses interrogations in La propriété gardienne de la nature, Etudes J. Flour, p.335 ; M. Rémond-Gouilloud, L'avenir du patrimoine, préc., p.64 et 68 ; W. Leisner, les propriétaires au service de l'environnement, in Ecologie et Liberté, une autre approche de l'environnement, M. Falque et G. Millière (dir.), Litec1992, p.210, « *la confrontation propriétaire-Etat est en train de changer de nature et l'on voit s'instaurer une propriété « suprême » de l'Etat, un « droit éminent », semblable à ce qui existait dans l'Ancien régime* »

⁵² J.-C. Galloux, Les enjeux d'une déclaration universelle sur la protection du génome humain, D. 1996.141 relève que la notion de patrimoine commun de l'humanité résulte de la dissociation des compétences afférentes à une ressource naturelle qui se révèle « *lorsque les prérogatives sur cette ressource se trouvent réparties entre un usager, titulaire d'une sorte de domaine utile, et une autorité investie d'un pouvoir de protection et de contrôle, titulaire d'une sorte de domaine éminent* ».

⁵³ Meynial, Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé ... , Mélanges Fitting, II, p.414 ; cette conception est assez proche de celle défendue par H. Ahrens, Cours de droit naturel, préc., p.107 qui considère que l'humanité étant un organisme physique et moral, « *il faut que la propriété soit régie par un principe organique d'après lequel la propriété d'un membre inférieur,... soit toujours soumise à des restrictions et à des impositions qui maintiennent les obligations que toutes les parties ...ont à remplir vis-à-vis des parties supérieures dans un tout organique* » et considère que l'époque féodale offre un exemple historique d'une constitution organique de la propriété, vicieuse mais apte à faire comprendre comment des propriétés peuvent être ordonnées par divers degrés de liens.

⁵⁴ J. de Malafosse, La genèse du régime juridique de l'environnement, préc., p. 26-27 observait déjà qu'« *En 1804, on n'avait aucune idée du problème de l'environnement et le communautarisme impliqué par certaines situations actuelles aurait été certainement mieux compris par les praticiens du moyen âge* » . H. Ahrens, Cours de droit naturel, préc.,p.150, souligne que la propriété divisée permet de réaliser non une

La notion de domaine universel permet de revenir sur le fait que la propriété est avant tout un droit, un lien social⁵⁵, et d'abandonner toute confusion entre ce droit et la chose sur laquelle il porte. Il n'y a là que l'un des avatars du mouvement contemporain qui voit le droit se délivrer du rattachement à la corporalité et qu'illustre la dématérialisation.

Il est symptomatique d'observer que la consécration de la propriété coutumière, ne conférant pas l'*abusus* mais « *enserrée dans un faisceau de contraintes, juridiques ou seulement sociales, liées au respect du droit des autres sur le même immeuble* »⁵⁶, s'est faite au prix de la perte du caractère corporel du droit de propriété. Meynial⁵⁷ le décrit fort bien, et souligne que le *dominium* est devenu chez Bartole, un droit incorporel, un droit à l'usage plus ou moins étendu de la chose qui autorise la constatation de *dominia* concurrents pouvant correspondre à la diversité des fonctions des droits réels. De la même manière, A.M. Patault⁵⁸, voit dans la propriété foncière coutumière *un pouvoir médias sur l'immeuble, un pouvoir organisé en rapport social*, qui est « *associé à des rapports d'obligation et à des contraintes parce qu'il juxtapose ou superpose sur le même immeuble des propriétés à objets différents. la propriété foncière de notre ancien droit est une institution à double face* ».

La doctrine a récemment renouvelé la conception de la propriété en soulignant qu'il ne s'agit pas d'un bien, mais d'une prérogative attachée à la personne⁵⁹. La notion de patrimoine commun va dans le sens d'une rupture avec l'illusion d'une confusion du droit et de son objet consacrée par le Code civil⁶⁰. De même, le retour à la notion de domaine, permet de mettre fin à la confusion entre ce terme et celui de souveraineté⁶¹. Plus exactement, on peut admettre qu'un même bien peut être compris dans divers domaines dont la coexistence implique le respect mutuel des prérogatives liées à un pouvoir différencié. L'affirmation à laquelle nous arrivons a également été posée par une observatrice avisée du droit public qui a pu souligner que « *l'idée de domaine public transcendant l'appartenance patrimoniale, ou domaine éminent, sans remettre en cause le fait que la chose fait partie du patrimoine d'une personne, selon les cas, privée ou publique, exprime le constat que certains biens sont*

division quantitative de la propriété en quotes-parts « *mais une division qualitative, selon la prépondérance dans l'exercice de certains droits pour des buts différents* ».

⁵⁵ M. Fabre-Magnan, Propriété, patrimoine et lien social : RTDCiv., 1997, p. 583

⁵⁶ A.M. Patault, regard historique sur l'évolution du droit des biens, Histoire de l'immeuble corporel, in l'évolution contemporaine du droit des biens, 3e journées R. Savatier, PUF 1991, p.6

⁵⁷ préc., p. 467

⁵⁸ A.M. Patault, regard historique sur l'évolution du droit des biens, préc.

⁵⁹ F. Zénati, Pour une rénovation de la théorie de la propriété : RTDCiv. 1993.305

⁶⁰ A.M. Patault, Introduction historique au droit des biens, PUF, n°187

⁶¹ v. M. Xifaras, La propriété, étude de Philosophie du droit, préc., p.93 et s.

susceptibles de procurer à d'autres personnes des utilités ou jouissances ne résultant pas de servitudes au sens du droit civil »⁶².

L'usage (dans une certaine mesure), et la disposition (plus fréquemment) des biens environnementaux seront affectés par leur inclusion dans le patrimoine commun⁶³. L'existence du domaine universel implique donc une atteinte aux prérogatives du propriétaire, ou de l'usager, qui devra se traduire par la mise en cause de leur responsabilité en cas d'atteinte à ces éléments et, à chaque fois que cela est possible, par une réparation en nature permettant de retrouver les utilités perdues⁶⁴. Au demeurant, la responsabilité est encourue non seulement par celui qui aurait agi au mépris du domaine universel, mais encore par l'administrateur de celui-ci qui aurait manqué à ses obligations⁶⁵.

Corrélativement, l'existence du domaine universel fonde également des obligations pour la communauté qui doit participer activement à la préservation du bien dans ses attributs intégrés au patrimoine commun. La réglementation applicable aux monuments historiques, ou, dans une toute autre direction, à l'eau, en est une illustration manifeste. Quelle que soit la forme que prendra cette contribution à la préservation du bien, elle est une conséquence inéluctable de l'identification du domaine. A l'inverse, le propriétaire du bien concerné, quel qu'il soit, devra tolérer les mesures destinées à permettre l'action de la communauté.

Ces réflexions conduisent à se placer dans la perspective renouvelée de la notion de propriété publique⁶⁶. L'intégration dans le patrimoine commun de la nation ne saurait impliquer aucun transfert de propriété - il n'y a pas d'expropriation - et elle n'apparaît dès lors pas réductible à une forme de propriété publique. En revanche, l'analogie doit être faite avec la conception de la domanialité publique qui y voit un régime exorbitant de droit public qui « *s'ajoute à la*

⁶² M.-A. Latournerie, Point de vue sur le domaine public, Montchrestien, Clefs, 2004, p.143-144

⁶³ On retrouve ici des similitudes évidentes avec la théorie de la fonction sociale de la propriété qui s'articule autour des notions d'affectation du bien et d'obligations pesant sur le propriétaire, v. Duguit, op. cit., p. 148-149 ; 160, 174-175, on relèvera toutefois que le domaine universel a un champ d'application plus restreint que cette théorie.

⁶⁴ Dans un mécanisme assez proche de celui qui a été consacré par la Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux : JOCE n° L 143 du 30 avril 2004, p. 56

⁶⁵ I. Savarit, Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ?, préc., « *Intendante et usagère du patrimoine commun, la nation est responsable, tenue de gérer ce patrimoine collectif. Ayant écarté l'idée de propriété, elle exerce finalement un "droit de garde et de surintendance" ».*

⁶⁶ Ph. Yolka, La propriété publique, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, 1997 ; Y. Gaudemet, L'avenir du droit des propriétés publiques, in L'avenir du droit, Mélanges Terré, Dalloz, Puf, Juris-classeur éd., 1999, p.567 ; Y. Gaudemet, Droit administratif des biens, LGDJ, 12^e éd., 2002, p.21 ; H. Hubrecht, Faut-il définir le domaine public et comment ?, AJDA, 2005.598.

propriété et en durcit les effets pour autant que dure l'affectation (et le classement) et dans les limites de ce que celle-ci requiert » sans être une forme de propriété⁶⁷.

Le domaine universel n'est pas un domaine public, ne serait-ce que parce que celui-ci est substantiellement lié à l'appropriation publique⁶⁸. Il participe toutefois de la même réalité et, englobant tout à la fois des biens publics, des biens privés et des choses sans maître, il invite à repenser l'échelle de la domanialité⁶⁹ en y intégrant les conséquences de son existence⁷⁰.

Par ailleurs, il ne fait pas de doute que le caractère collectif de ce domaine conduit nécessairement à un très large accueil des actions engagées par les membres de la communauté concernée et leurs associations⁷¹. On retrouve d'ailleurs cette observation chez ceux qui identifient dans la notion de patrimoine commun une illustration du solidarisme⁷². Il est indéniable que le développement des actions associatives en matière d'environnement illustre très largement l'effectivité de leurs interventions liées à des éléments composant le patrimoine commun⁷³.

Le mouvement que traduit la prise en compte des biens environnementaux est différent des restrictions de l'exercice de la propriété telles qu'elles peuvent résulter de l'article 544 du Code civil, et dont on a pu observer qu'elles ne remettent pas en cause la relation d'exclusivité. Contrairement à ce que soutiennent des auteurs⁷⁴, certaines contraintes externes, celles découlant de l'inclusion dans le patrimoine commun, sont bien des immixtions directes

⁶⁷ Y. Gaudemet, L'avenir du droit des propriétés publiques, préc., p.572 ; Ph. Yolka, La propriété publique, préc., p.605

⁶⁸ J. Morand-Deville, Cours de droit administratif des biens, 3^e éd., Montchrestien, 2003, p. 22 ; Ph. Yolka, La propriété publique, préc., p.494 ; Ch. Debbasch, J. Bourdon, J.-M. Pontier, J.C. Ricci, Dt administrative des biens, Puf, p.25 ; J.M. Auby, P. Bon, J.B Auby, Droit administratif des biens, 4^e éd., Dalloz, 2003

⁶⁹ L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. III, 3^e éd., 1928

⁷⁰ J. Morand-Deville, Cours de droit administratif des biens, préc., p.15 rappelle l'analyse de Portalis qui considérait que les choses communes « sont incapables d'être l'objet d'une propriété privée et ne peuvent appartenir à titre de domaine proprement dit, à qui que ce soit, pas même à l'Etat qui n'a que la simple tutelle de ces choses et le droit de protéger leur destination naturelle ». Elle s'interroge sur l'application de cette appréciation à la notion contemporaine de patrimoine commun de la nation ou de patrimoine commun de l'humanité. Le domaine universel nous semble permettre de répondre à cette interrogation ; v. égal. les conclusions de H. Hubrecht, Faut-il définir le domaine public et comment ?, préc. ; J. Clam, Qu'est-ce qu'un bien public ? Une enquête sur le sens et l'ampleur de la socialisation de l'utilité dans les sociétés complexes : Arch. phil. droit, 1997, p.215

⁷¹ F. Ost, La nature hors la loi, L'écologie à l'épreuve du droit : La découverte, 1995 rééd. 2003, p. 316 ; J.F. Neuray, Droit de l'environnement, préc., p.591

⁷² J. Attard, préc., n°7 ; on peut, à cet égard, méditer l'observation de Demogue, La notion de sujet de droit, RTDCiv. 1909, p. 640 qui souligne que les théories solidaristes « nous ont heureusement éloignés de cet individualisme rigide qui a si longtemps régné : elles nous ont familiarisé avec le caractère complexe des phénomènes et avec ces faits qui répandent autour d'eux comme des ondes sonores de moins en moins fortes »

⁷³ v. J. Lamarque, Les associations de protection de la nature et de l'environnement : AJDA, 1980, p.150 ; J.-C. Hélin et R. Hostiou, les associations, l'environnement et le droit : Paris, Economica, 1985 ; J. Raymond, En matière de défense de l'environnement : la qualité pour agir des associations et le recours pour excès de pouvoir : RJE, 1991, n°4, p.453 ; R. Léost, L'agrément des associations de protection de l'environnement : RJE, 1995, n°2 p. 265 ; J. Morand-Deville : Les associations de défense de l'environnement et la décision administrative : LPA, 24 avril 1996, p.67 ; Les réformes apportées au droit des associations et de la participation publique : RFDA 2-1996, p.218 ; B. Busson, Le mauvais procès des recours des associations : faux arguments et vraies menaces : RJE, 2001, n°1, p.59 ; V. aussi Carbonnier, Droit civil, les biens, PUF, 2000, n°46, p.85 qui souligne que les droits subjectifs à la nature « sont des droits publics, mais qui peuvent avoir un effet réflexe en droit privé, par ils ouvrent éventuellement une action contre ceux, fussent-ils propriétaires, qui prétendraient me priver d'un certain contact avec la nature et même un droit d'ingérence pour la faire respecter ».

⁷⁴ Th. Revet, Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire : Droit & patr., mars 2004, n°124, p.20 ; v. également R. Libchaber, La propriété, droit fondamental, in T. Revet (dir), Libertés et droits fondamentaux : Dalloz, 2004, n°829 pour lequel « Même si le propriétaire immobilier subit des contraintes qui n'étaient pas prévues en 1804, il continue d'être propriétaire : ses prérogatives sont diminuées sans que sa vocation à bénéficier de toutes soient entamées ».

dans la relation entre le propriétaire et la chose⁷⁵. L'inclusion dans le patrimoine commun fait plus que restreindre le droit de propriété, elle conduit à remettre en question le rapport exclusif qu'il prétend établir entre le propriétaire et son bien⁷⁶. La propriété est bien toujours le droit «*d'imposer à autrui une relation privative au choses ... de protéger cette relation*»⁷⁷, mais l'existence du domaine universel interdit de soustraire totalement la chose sur laquelle il porte à l'emprise directe de la collectivité, elle traduit non pas une exclusion mais une véritable «*co-maîtrise*»⁷⁸ sur les éléments qui y sont compris.

L'élargissement des biens environnementaux et le fait qu'ils recouvrent des biens appropriés induit une subordination à l'intérêt collectif d'une communauté identifiée, et traduit une interrogation sur les fins de l'homme et de la nature réunis notamment dans la notion d'environnement⁷⁹.

Enfin, on soulignera que le phénomène ici décrit permet également d'accueillir un rapport aux biens qui intègre la possibilité d'une diversification des usages, indépendamment de l'analyse focalisée sur la seule propriété.

⁷⁵ Lorsque le bien est intégré au patrimoine commun, il n'est plus possible de soutenir que «*à l'intérieur de la muraille de l'exclusivité, tout est possible... Le propriétaire peut donner libre cours à sa liberté d'action dans son espace privatif sans avoir à requérir aucune licence*» F. Zénati, pour une rénovation de la théorie de la propriété, préc., p. 315 ; Tout au contraire, par le seul fait de l'existence du domaine universel, il voit les plus importantes manifestations de ses prérogatives paralysées et subordonnées à l'accord de l'entité administrant le domaine lorsqu'il en existe une. F. Zénati ne s'y trompe pas lorsqu'il relève que «*inventorier les droits d'usage du propriétaire, c'est les réduire et accréditer que celui-ci se trouve dans la même situation que le titulaire d'un droit sur la chose d'autrui,... c'est le ramener, au bout du compte, à ce statut, pourtant aboli par la Révolution*» ; différemment de l'ancien droit certes, mais d'une manière manifeste, ce statut nous semble rétabli par le recours à la notion de patrimoine commun.

⁷⁶ E. Zaccai, Générations futures, humanité, nature : Difficultés des collectifs pour la protection de l'environnement, in *Le droit saisi par le collectif*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 275

⁷⁷ F. Zénati, RTDCiv. 93.316, préc.

⁷⁸ v. F. Moderne, Rapport de Synthèse, Travaux de l'association H. Capitant, La maîtrise du sol, Tome XLI, 1990, *Economica*, p.35

⁷⁹ notions que l'on retrouve dans l'identification du sens du mot domaine proposée par M.F Renoux-Zagamé, v° propriété, in *Dict. de phil. pol.*, P. Raynaud et S. Rials (dir.), PUF.