

Avis de droit

pour le compte du

Service de l'eau de la Ville de Lausanne

établi par

Loïc Parein

Docteur en droit

Avocat au barreau du canton de Vaud

Avocat spécialiste FSA droit pénal

Chargé de cours (Université de Lausanne)

Chargé d'enseignement (Université de Genève)

Chargé de cours (Université de Fribourg)

I. De l'avis de droit

Le 6 décembre 2021, un postulat a été déposé en vue d'inviter la Municipalité à étudier l'opportunité d'entreprendre toutes les démarches utiles pour que la Ville de Lausanne soit signataire de l'Appel du Rhône (II).

Le présent avis de droit a pour but de rendre compte, de manière générale, du mouvement de personnification juridique des éléments naturels, particulièrement des cours d'eau, dans le prolongement de l'interrogation d'Oliver Stone dans son article datant de 1972 : « *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ?* »¹ (III).

Il sera ensuite fait état de réserves que la littérature juridique nourrit à l'égard du mouvement tendant à cette attribution de la personnalité juridique (IV).

Pour un panorama complet en la matière, il conviendra de mentionner des alternatives à la personnification évoquées dans la littérature juridico-politique en tant qu'instruments utiles à la planification écologique (V).

L'avis contient enfin des conclusions (VI).

II. Du postulat

Le 6 décembre 2021, Sara Gnoni et consorts déposaient un postulat ayant la teneur qui suit.

L'Appel du Rhône est une mobilisation citoyenne, populaire et transnationale pour la reconnaissance d'une personnalité juridique du Rhône (de son glacier à son delta). Elle part du constat que la protection du Rhône, compris comme un ensemble d'écosystèmes fondamental à la fois pour les populations locales, pour la nature et pour le climat, est actuellement insuffisante. En témoignent les atteintes massives que subit tout le bassin du Rhône depuis des décennies, qui s'aggravent avec le temps : fonte du glacier, pollutions des eaux, déchets plastiques, aménagements qui portent atteinte aux biotopes, etc.

Les règles de protection, d'aménagement et d'utilisation du Rhône sont fragmentées entre un grand nombre d'instruments juridiques de part et d'autre de la frontière entre la Suisse et la France, et sont ainsi d'une grande complexité. Le caractère transfrontalier du Rhône renforce la nécessité d'une mise en œuvre d'une nouvelle norme fondamentale garantissant une réponse immédiate et efficace aux défis auxquels la survie du fleuve est confrontée.

Il y a divers précédents ailleurs dans le monde : la rivière Vilcabamba, en Equateur (2011), le fleuve Atrato, en Colombie (2016) ou encore le fleuve Whanganui, en Nouvelle-Zélande (2017). Ces démarches ont permis d'améliorer la prise de conscience des impératifs écologiques concernant ces cours d'eau, tout en favorisant l'émergence de nouveaux instruments de protection.

Concrètement, l'Appel du Rhône vise à encourager toutes les démarches permettant d'élargir les mécanismes de protection du Rhône par de nouveaux mécanismes de protection (droits de recours). L'Appel vise à sensibiliser la population à la nécessité d'améliorer la protection du Rhône et de toutes ses composantes naturelles.

¹ STONE, Should Trees Have Standing ? Towards Legal Rights for Natural Objects, Southern California Law Review, 1972, p. 450ss.

L'Appel du Rhône a déjà été signé par un très grand nombre de particuliers, d'associations et de collectivités publiques, à l'image de la Ville de Lyon. Peu d'organismes en Suisse ont toutefois fait le pas à ce jour.

Sur la base des éléments exposés ci-dessus, le postulat invite la Municipalité à étudier l'opportunité d'entreprendre toutes les démarches utiles pour que la Ville de Lausanne soit signataire de l'Appel du Rhône.

III. Du phénomène de la personnification de la nature

Bien qu'ésotérique par le passé, le projet de personnaliser sur le plan juridique des éléments du milieu naturel (fleuve, lac, forêt, etc.) est de plus en plus mobilisé. Certains projets ont même connu une concrétisation très remarquable, comme indiqué ci-dessous. Historiquement, le phénomène connaît une accélération sous la pression de l'urgence climatique et environnementale. Il donne logiquement naissance à de nouvelles revendications mettant au défi, sur le plan politique, les régimes démocratiques de répondre aux attentes sociales tout en respectant les principes fondamentaux, tels que celui de l'État de droit². Le postulat s'inscrit sans aucun doute dans ce contexte. Il convient donc de retracer brièvement les contours du mouvement en vue d'en saisir les implications.

Sur le plan du droit international, il faut d'emblée remarquer qu'aucun instrument contraignant ne reconnaît le principe de la personnification d'éléments naturels. On retrouve tout au plus des instruments de nature essentiellement symbolique. A ce titre, on discerne deux textes :

- la Charte mondiale de la nature qui proclame la valeur intrinsèque de cette dernière (Résolution 37/7 de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 28 octobre 1982),
- la Déclaration universelle des droits de l'animal proclamée le 15 octobre 1978 à l'Unesco.

On mentionnera encore les efforts des Nations Unies. La Journée mondiale de l'eau a par exemple lieu chaque année le 22 mars afin d'attirer l'attention sur l'importance de l'eau douce et de plaider pour la gestion durable de cette ressource naturelle. Il s'agit d'agir pour lutter contre la crise mondiale de l'eau, en appui aux Objectifs de développement durable (ODD), soit notamment la garantie de l'accès à l'eau et son assainissement (6 ODD) ainsi que la protection des océans, des mers et des ressources marines (14 ODD), à atteindre d'ici 2030.

Sur le plan du droit interne des États, la revendication d'attribution de la personnalité juridique se manifeste au travers de régimes juridiques divers contenant une personnification soit générale de la nature, soit de certains éléments, notamment des fleuves, dont on peut faire ci-dessous une rétrospective non-exhaustive.

Avec François Ost³, on observe d'abord la jurisprudence développée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme entre 2001 à 2010 dans une série d'affaires opposant des communautés indiennes (Nicaragua, de Suriname et du Paraguay) à des entreprises qui, avec la complicité des

² TAYLAN, Les milieux communs – Vers une démocratie écologique, La démocratie des communs, Revue Esprit n° 486, 2022, p. 84.

³ OST, La personnalisation de la nature et ses alternatives, Les Possibles n° 26 Hiver 2020-2021, p. 1.

États, les déposaient de leurs terres par toutes sortes d'activités extractives⁴. L'autorité judiciaire se faisait alors l'écho d'une certaine vision du monde, soit animiste et holiste, propre à ces communautés. Aux yeux de celles-ci, ces terres sont des « communs » inaliénables méritant un respect inconditionnel dès lors qu'ils font partie intégrante de leur identité. Autrement dit, en leur donnant raison, l'autorité judiciaire conférait une valeur juridique à une conception personnaliste et traditionnelle de la nature.

En 2008, on remarque l'inscription, dans la Constitution de l'Équateur, de la personnalité juridique de la nature. S'ensuit l'attribution à la Pachamama (Terre-Mère) de divers droits : existence, maintien, et régénération de ses cycles vitaux, de sa structure, de ses fonctions et de ses processus évolutifs, et droit à la restauration en cas de préjudice. Sous l'angle de la représentation en justice, toute personne (communauté, peuple ou nation) est investie du droit de saisir les autorités afin de faire valoir ces droits. A lire le préambule du texte fondateur, ces modifications avaient ainsi pour but de construire une nouvelle forme de vie citoyenne⁵.

S'agissant de la représentation en justice en particulier, on souligne que celle-ci est un enjeu lorsqu'il s'agit d'accroître la protection à un milieu opérée selon des institutions propres aux traditions juridiques de l'État. Aux États-Unis par exemple, la technique du *public trust*, intégrée dans la Constitution des États fédérés, confère une protection renforcée à certains milieux naturels par la désignation d'un mandataire, le *trustee*, en vue de protéger, devant les instances judiciaires, ce statut spécifique⁶. En cas de véritable personnification, on peut mentionner la solution adoptée en Bolivie dans la Loi sur les droits de la Terre-Mère. Cette législation garantit en effet les droits à la vie, à la biodiversité, à l'eau, à l'air pur, à l'équilibre, à la restauration et à la non-pollution. Est en conséquence investi un ombudsman chargé de protéger ces intérêts⁷.

Comme indiqué plus haut, il arrive que des éléments naturels spécifiques obtiennent le statut de sujet de droit. En 2017, on mentionne par exemple l'attribution de la personnalité juridique au Gange et à son affluent la Yamuna par la Cour suprême de l'État de l'Uttarakhand en Inde⁸ et la personnification juridique du troisième fleuve de Nouvelle-Zélande, le Whanganui, en vertu d'une loi adoptée par le Parlement néo-zélandais⁹. Cette dernière consécration est d'ailleurs mentionnée expressément dans le postulat soumis à la Municipalité de Lausanne.

L'attribution de la personnalité juridique au Gange découle d'une décision de justice. Ce résultat a été rendu possible par le fait qu'il s'agit d'un État de *common law*, soit un régime constitué de règles établies principalement par les tribunaux. Il convient cependant de préciser que la décision semble avoir été rendue moins pour des raisons écologiques que pour des motifs tenant ici aux droits culturels des Indous au terme d'une suite de précédents¹⁰. De la même manière, une statue religieuse peut par exemple bénéficier de la personnalité juridique en vue de sa taxation, décision dont on

⁴ FARGET, Entre discontinuité et complexité dans la conception de l'environnement des instances interaméricaines et des requérants autochtones revendiquant leur droit au territoire, *in* La représentation de la nature devant le juge : approche comparative et prospective, VertigO, 2015, p. 61s.

⁵ Cf. KOTZE/VILLAVICENCIO CALZADILLA, Somewhere between rhetoric and reality : environmental constitutionalism and the rights of nature in Ecuador, *in* Transnational Environmental Law, 2017/2, p. 1-33, cité par MISONNE, Une nature hors du commun, *in* Le droit malgré tout. Hommage au professeur François Ost, sous la direction de Y. Cartuyvels et al., Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, p. 717.

⁶ SHELTON, Nature as legal person, *in* La représentation de la nature devant le juge, *op. cit.*, p. 23ss.

⁷ GREENE, Le cas des constitutions équatorienne et bolivienne, *in* Des droits pour la nature, Éditions Utopia, 2016, p. 74ss ; FERNANDEZ FERNANDEZ, Les controverses autour de l'intérêt à agir pour l'accès au juge constitutionnel : de la défense du droit à l'environnement (Costa Rica) à la défense des droits de la nature (Équateur) », *in* La représentation de la nature devant le juge : approche comparative et prospective, VertigO, 2015, p. 125ss.

⁸ Il faut mentionner que cette décision a par la suite été cassée par la Cour suprême du pays.

⁹ OST, La personnalisation de la nature et ses alternatives, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰ *Ibidem*.

perçoit au passage les enjeux économiques à l'arrière-plan. De cette situation se sont dégagés le caractère fonctionnel et pragmatique de la construction juridique (l'imputation fictive de droits et d'obligations) et une aptitude à s'appliquer aux entités les plus diverses, animées ou inanimées (église, hôpital, bibliothèque, université, *trust*, fondation philanthropique, société de commerce, etc.). A nouveau, ces entités ainsi personnifiées agissent par le truchement de mandataires désignés, dont l'action est régie par le droit.

On mentionnera encore deux décisions de la Cour constitutionnelle de Colombie¹¹. La première, en mai 2017, a trait à la pollution du fleuve Atrato par une exploitation minière. Après avoir attribué au fleuve la qualité de sujet de droit et justifié logiquement l'obligation de le pourvoir d'un représentant légal, l'autorité judiciaire a sommé le gouvernement d'agir en instituant un tel représentant chargé de mener les actions nécessaires contre cette mine illégale utilisant nombre de substances toxiques, du mercure notamment. La seconde, en avril 2018, a reconnu une personnalité juridique au bassin amazonien. La cour a en conséquence invité les autorités politiques à élaborer des plans de sauvegarde du bassin.

Plus récemment encore, on évoquera l'assemblée de citoyens au sein du Parlement de la Loire réunis afin de discuter de l'attribution d'une personnalité juridique au fleuve. Même si le processus n'a pas abouti, il faut souligner combien celui-ci avait en priorité pour but de construire un récit collectif instituant comme catalyseur de changement de paradigme. On citera encore la Mar Menor qui est entrée dans l'histoire du système juridique espagnol et européen. En 2022, cette lagune d'eau salée de 170 km² de la région autonome de Murcie, dans le sud-est de l'Espagne, est devenue la première zone naturelle d'Europe dotée d'une entité juridique propre après un vote favorable au Sénat espagnol. Elle est désormais un sujet de droit au même titre qu'une personne ou une société, ce qui devrait lui permettre d'intenter une action en justice en son nom.

D'un point de vue de l'histoire du droit, ces phénomènes conduisent Marie-Angèle Hermitte à parler d'une percée d'un « animisme juridique ». Cette consécration est différemment articulée, c'est-à-dire en lien avec des approches tantôt religieuses tantôt connectées à un fort sentiment d'appartenance communautaire¹². Sur le plan général, les préoccupations écologiques paraissent rarement soutenir cette évolution. Quoiqu'il en soit, son caractère atypique dans le monde occidental explique sa médiatisation.

Le phénomène de personnification est aujourd'hui récupéré à l'occasion d'une lecture critique des politiques publiques continentales. En somme, au cours des Trente Glorieuses, ces politiques publiques étaient axées sur une planification économique et sociale¹³. Il s'en est suivi un mode de consommation et des infrastructures présentant un bilan négatif sur le plan écologique¹⁴. Ce constat a provoqué une réorganisation de la planification en vue de modifier des comportements collectifs et individuels, comme l'usage de la voiture¹⁵. Dans cette optique, la question est de savoir si l'attribution d'une personnalité juridique au Rhône est un instrument de protection opportun.

De manière générale, il y a lieu de souligner une forme de choc des cultures. En effet, la personnification repose visiblement sur des représentations en tension avec celles irriguant la culture juridique occidentale. Dit brièvement, elle remet en question la *summa divisio* héritée du droit romain et accentuée par le dualisme cartésien entre les personnes (catégorie traditionnellement

¹¹ OST, La personnalisation de la nature et ses alternatives, *op. cit.*, p. 3.

¹² HERMITTE, Artificialisation des droits de la nature et droit(s) du vivant, *in* Les natures en question, sous la direction de Ph. Descola, Éditions du Collège de France, 2018, p. 265 ss.

¹³ TAYLAN, Les milieux communs, La démocratie des communs, *op. cit.*, p. 84.

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

réservée aux êtres humains ou au regroupement d'êtres humains, comme les personnes morales) et les choses (ou êtres naturels)¹⁶. Cette division pose de nos jours un triple problème puisque la catégorie de chose aggrave le risque d'abus des éléments naturels¹⁷ ; ce statut ne permet pas de considérer ces éléments comme faisant partie d'un tout scientifiquement démontré comme interconnecté ; l'absence de représentation en justice pour leur compte empêche la saisine de tribunaux¹⁸. Cette situation crée donc un hiatus entre la vision juridique et la vision écologique de la situation actuelle¹⁹ justifiant une demande de bouleversement des représentations : « *Ne serait-il pas temps que l'humanité se perçoive comme une seule et même nation et qu'elle reconnaisse enfin son interdépendance avec un seul et même territoire : la planète Terre ? Nous devons encourager cela, reprendre notre pouvoir aux États en tant qu'individus solidaires au sein d'une seule communauté humaine et construire le droit positif [...] selon des règles objectives dictées par des nécessités biologiques* »²⁰.

Il n'en demeure pas moins que l'ordre juridique suisse est en très grande partie construit autour de cette division. Ceci complexifie la réception d'institution découlant d'une forme d'animisme juridique. Cela s'est déjà observé par le passé s'agissant du statut des animaux. Il en résulte un régime juridique singulier en tension avec une représentation de base teintée de cartésianisme²¹. Ainsi, les animaux ne sont pas des choses (art. 641a al. 1 CC), mais, sauf disposition contraire, les dispositions s'appliquant aux choses sont également valables pour les animaux (art. 641a al. 2 CC). On peut donc raisonnablement se demander si la tradition juridique helvétique ne constitue pas un obstacle au phénomène de personnification à raison du caractère inconciliable des représentations sociales sous-jacentes.

Le choc des cultures rend compte d'une opposition philosophique de deux paradigmes fondateurs d'un ordre juridique²². D'un côté, il y a le modèle dit « anthropocentrique » qui réduit la nature à un objet, ce qui concourt à la situation actuelle particulièrement préoccupante. L'être humain met alors cet objet au service de ses aspirations. De l'autre, le paradigme biocentrique qui réduit l'humain à un simple maillon de la nature-sujet (« écocentrisme »). Par un renversement des représentations, l'être humain appartient à la nature²³. Cependant, cet anthropomorphisme est aisément critiquable : en feignant de nous effacer devant la « *voix de la nature, nous lui dictons [toujours] les notes de la partition* »²⁴.

En tout état de cause, la situation environnementale rend la remise en question attractive à raison d'un double constat d'échec. D'une part, l'échec des politiques publiques dans la prévention des atteintes durables à l'environnement donne naissance à une revendication forte de revisiter les moyens d'action. Ainsi, Dominique Bourg, après avoir fait le constat de « *cinquante ans d'échec* » du droit protecteur de l'environnement, déclare « *adopter une posture favorable à l'instauration des droits de la nature, car seule une mesure aussi radicale permettrait le décentrement dont nous avons besoin face à l'impérieuse logique économique* »²⁵. Le droit comparé peut s'avérer à cet égard une source d'inspiration témoignant d'une ouverture au pluralisme. D'autre part, cet échec est particulièrement celui du droit sous l'angle

¹⁶ TAYLAN, Les milieux communs, La démocratie des communs, *op. cit.*, p. 86.

¹⁷ On voit ici poindre la critique du cartésianisme par les défenseurs de la nature quand le philosophe invite à se « rendre comme maître et possesseur de la nature » dans le Discours de la méthode.

¹⁸ TAYLAN, Les milieux communs, La démocratie des communs, *op. cit.*, p. 86.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ CABANES, Un nouveau droit pour la Terre. Pour en finir avec l'écocide, Seuil, 2016 cité par TAYLAN, Les milieux communs, La démocratie des communs, *op. cit.*, p. 87.

²¹ C'est la théorie de Descartes autour de l'animal-machine énoncée dans le Discours de la méthode.

²² OST, La Nature hors la loi – L'écologie à l'épreuve du droit, 2003, p. 7ss.

²³ C'est notamment la revendication du courant de la *deep ecology* (écologie radicale).

²⁴ OST, La personnalisation de la nature et ses alternatives, *op. cit.*, p. 4.

²⁵ BOURG, A quoi sert le droit de l'environnement ? Plaidoyer pour les droits de la nature, in A quoi sert le droit de l'environnement ?, sous la direction de D. Misonne, Bruylant, 2019, p. 315.

de l'impossibilité de contenir les atteintes du passé. Les outils juridiques en vigueur apparaissent déficients, de sorte que des alternatives sont recherchées dans un souci de pragmatisme synonyme d'efficacité. La personnification survient dès lors comme un modèle à analyser qui ne serait, selon Serge Gutwirth à propos du projet de personnaliser les animaux, « [...] *ni plus ni moins qu'un moyen de technique juridique flexible qui n'impose en aucun cas de reconnaître à tous les animaux les mêmes droits qu'aux humains* »²⁶.

IV. De quelques réserves

Vu la situation environnementale, la fonction du droit est fondamentale. C'est non seulement le cas pour protéger la nature mais également pour intensifier la vie démocratique dans un régime devant indéniablement tenir compte d'impératifs climatique et intergénérationnel. A ce titre, la loi devient un champ de tensions considérable. De manière tout à fait légitime, il y a la revendication selon laquelle il faut agir plus et plus vite pour protéger la biodiversité, notamment en érigeant de nouvelles personnalités juridiques²⁷. Cela étant, on peut tout aussi légitimement craindre la multiplication désordonnée de normes juridiques concurrentes en matière de droit de la nature et des droits humains conduisant à une confusion juridique, voire à un affaiblissement de la démocratie²⁸. Aussi, même en admettant une perspective pluraliste et pragmatique, demeurent plusieurs réserves quant à l'opportunité d'importer la personnification juridique des éléments naturels.

A cet égard, on rappellera que le droit est de nature conflictuelle. L'attribution d'une personnalité aux éléments naturels n'aura pas pour conséquence que ces sujets obtiennent systématiquement gain de cause face à d'autres sujets de droit, sauf à s'exposer à une forme d'« écotecnocratie », voire d'« écofascisme »²⁹. Le droit d'un fleuve à son maintien entrera nécessairement en concurrence avec d'autres droits humains, comme la liberté économique, ou non-humains, comme ceux protégeant une nature non-personnifiée³⁰. Autrement dit, la personnification du Rhône n'entraînera pas une protection automatique.

A cela s'ajoute que l'attribution d'une personnalité à un élément et pas à d'autres crée une asymétrie dans la protection déjà dénoncée dans les conflits entre êtres humains. Cette asymétrie juridique engendrerait une justice environnementale à deux vitesses. Ainsi le Rhône pourrait être protégé sans que le Léman ne le soit.

Si le postulat est porté par un désir de pragmatisme protecteur, le droit comparé invite à s'intéresser aux résultats dans les pays pratiquant la personnification. Sous cet angle, l'expérience équatorienne, qui remonte à 2008, semble ne pas être satisfaisante. En effet, très peu de recours semblent avoir été intentés sur la base des droits reconnus à la nature, et dans les rares cas où est intervenue une décision favorable, celle-ci est restée inexécutée parce qu'on ne savait comment réparer le dommage³¹. Edgar Fernandez Fernandez en conclut que « *cette personnification et cette reconnaissance ne sont pas des conditions indispensables pour la sauvegarde de la nature, car cet objectif peut aussi bien être atteint en reconnaissant un intérêt à agir aussi large que possible à toute personne, individuellement ou en collectivité, pour*

²⁶ GUTWIRTH, Penser le statut juridique des animaux avec Jean-Pierre Marguenaud et René Demogue : plaidoyer pour la technique juridique de la personnalité, *Revue juridique de l'environnement*, vol. 40, n° 1 (2015), p. 70.

²⁷ TAYLAN, Les milieux communs, *La démocratie des communs*, *op.cit.*, p. 85.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ TAYLAN, Les milieux communs, *La démocratie des communs*, *op.cit.*, p. 84.

³⁰ THOMAS, Le sujet de droit, la personne et la nature, *Le Débat* n° 100, p. 85ss.

³¹ FERNANDEZ FERNANDEZ, Les controverses autour de l'intérêt à agir pour l'accès au juge constitutionnel : de la défense du droit à l'environnement (Costa Rica) à la défense des droits de la nature Equateur, *op. cit.*, p. 135.

accéder au juge dans un but de protection de l'environnement »³². On ne peut donc pas affirmer, preuve à l'appui, qu'une personnification du Rhône améliorerait de manière significative sa protection.

Ces réserves ne visent pas à disqualifier le phénomène de personnification. Elles encouragent bien plutôt à se montrer critique en vue d'atteindre l'objectif poursuivi, à savoir l'amélioration de la protection de l'environnement. Ceci suppose à la fois de réformer l'ordre juridique de manière cohérente compte tenu des représentations fondatrices tout en recherchant une efficacité nécessaire vu l'urgence climatique.

Puisque le postulat le mentionne, dans le cas du Whanganui, sa valeur intrinsèque est incontestable mais l'essentiel du récit fondateur de sa protection trouvait son origine dans la culture, les croyances, les modes de vie, les responsabilités assumées par les peuples autochtones concernés. Le titre donné par Catherine J. Iorns Magallanes à son étude le démontre: « les droits culturels des Maoris : protéger la cosmologie qui protège l'environnement »³³. Plus que des droits individuels classiques ou des droits attribués à la seule nature, ce sont ces droits culturels collectifs qui pourraient s'avérer les plus efficaces, et les plus alternatifs au paradigme dominant, selon cette auteure³⁴.

Dans ce contexte, ce qui apparaît en définitive prioritaire est de repenser les pratiques collectives articulées au service du projet social intégrant la protection de la nature. A cet égard, d'aucuns considèrent que l'attribution d'une personnalité juridique n'apparaît pas décisive pour assurer à la communauté une prise en charge continue, cohérente et résolue³⁵. Ce constat n'est pas pessimiste puisqu'il existe d'autres instruments juridiques de planification écologique.

V. Des outils juridiques de planification écologique, particulièrement la piste des communs

Dans le cadre d'une planification écologique apparaît la réflexion sur l'approche dite des « communs » parmi les autres outils juridiques devant concourir à la protection de l'environnement.

La notion de commun (*commons*) a été redécouverte à l'occasion des travaux de Elinor Ostrom. Ses recherches portaient notamment sur la gestion d'une nappe phréatique menacée de surexploitation au sud de Los Angeles et, plus largement sur la gestion de ressources naturelles³⁶. Sur le terrain, elle constatait que les citoyens avaient su trouver des solutions pour réguler leur consommation d'eau et reconstituer les réserves, sans passer par la privatisation, ni la nationalisation, ce qui annonce un réagencement de la place de la propriété. Bien plutôt, les citoyens se regroupaient en associations d'usagers et mobilisaient les tribunaux au besoin. Devenue professeure à l'Université de l'Indiana, Elinor Ostrom étend son champ de recherche sur l'exploitation des forêts au Népal, sur des systèmes d'irrigation en Espagne, sur des activités de pêche dans le Maine et en Indonésie et sur la gestion de l'eau dans des villages de montagne dans les Alpes suisses. Elle démontre alors que si les acteurs, considérés moins comme des propriétaires que des usagers, communiquent, échangent, délibèrent, ceux-ci finissent par trouver la bonne organisation pour ne pas épuiser les ressources en accès libre. Ils en tirent une définition des règles d'usage et sanctionnent les profiteurs. Sa démonstration lui vaudra d'être la première femme à recevoir le prix Nobel d'économie en 2009.

³² FERNANDEZ FERNANDEZ, Les controverses autour de l'intérêt à agir pour l'accès au juge constitutionnel : de la défense du droit à l'environnement (Costa Rica) à la défense des droits de la nature (Equateur), *op.cit.*, p. 125-132.

³³ MAGALLANES, Maori cultural rights in Aotearoa New Zealand : protecting the cosmology that protects the environment, *Widener Law Review*, vol.21 (2015), p. 273ss.

³⁴ MAGALLANES, Maori cultural rights in Aotearoa New Zealand : protecting the cosmology that protects the environment, *op. cit.*, p. 327.

³⁵ OST, La personnalisation de la nature et ses alternatives, *op. cit.*, p. 6 et références citées.

³⁶ CORNU/ORSI/ROCHFELD, Dictionnaire des biens communs, PUF, 2021, p. XV.

Pour Elinor Ostrom, on peut concevoir les institutions de gestion communautaire d'une ressource (ou *common pool resource institutions* [CPRI]) comme des arrangements institutionnels localisés créés sur une base volontaire par un groupe d'utilisateurs dépendant, en principe de manière vitale, d'un système de ressources communes (pâturage, forêt, système d'irrigation, rivière, poissons, etc.) en vue d'une gestion aussi durable que possible de cette dernière³⁷.

Une CPRI³⁸ comprend un ensemble de règles relatives notamment à³⁹ :

- la distribution, entre ses différents membres, des droits d'usage et des devoirs d'entretien du système de la ressource dans le cadre d'un régime de propriété commune (*common property regime*) ;
- les modalités de l'auto-contrôle du respect des règles par l'ensemble des membres ;
- les sanctions des contrevenants ;
- les relations avec les autres organisations et institutions environnantes.

De manière générale, la notion de communs, qui n'a rien à voir avec une vision communiste en termes politiques, peut comprendre trois dimensions⁴⁰ :

- des habitants humains juridiquement inséparables des composants biophysiques de leur milieu, ce qui permet de défendre cette entité sans réifier les composants humains ou non-humains ;
- l'autogouvernement de ce milieu selon le principe politique du commun dont le mode de propriété, ni privée ni publique, l'ouvre à des usages selon des règles décidées par les participants ;
- un principe d'autolimitation des usages du milieu en fonction de l'intégrité écosystémique, ce qui implique une connaissance écologique devenue partie intégrante de cet autogouvernement.

A titre d'illustration concrète, la société coopérative (art. 828ss du Code civil suisse, CC) peut être considérée comme une institution juridique s'inscrivant dans le champ du commun. C'est particulièrement le cas en matière de logement. L'habitat est la ressource limitée. L'immeuble n'est alors ni la propriété d'un seul (propriété individuelle) ou de plusieurs (copropriété). C'est une personne morale qui est propriétaire mais les sociétaires, qui ne sont pas locataires, ont des droits (droit d'usage, par exemple), respectivement des obligations (devoir d'entretien, par exemple). Par ailleurs, ils participent à la gestion de leur habitat. Cette modalité d'exploitation reste cependant encadrée. Une corporation publique peut notamment intégrer cette forme juridique dans sa politique de logement, comme c'est le cas à Lausanne.

³⁷ NAHRATH/GERBER/KNOEPFEL/BRÉTHAUT, Gestion des ressources communes en Suisse : le rôle des institutions de gestion communautaire dans les politiques environnementales et d'aménagement du territoire, *in* Natures Sciences Sociétés 2012/1 (Vol. 20), n° 1.

³⁸ CORNU/ORSI/ROCHFELD, Dictionnaire des biens communs, *op. cit.*, entrée Ostrom (Elinor) (Approche économique).

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ TAYLAN, Les milieux communs, La démocratie des communs, *op.cit.*, p. 91-92.

Ces pratiques collectives indiquent que l'essentiel tient moins à l'appartenance partagée qu'au développement de modes communautaires de gestion de la ressource : un « faire » collectif, et pas seulement un « avoir », individuel ou partagé⁴¹. Un engagement collectif en faveur de ce milieu (humains-nature) dément la fable libérale classique s'opposant à toute forme de partage et de gestion commune : la prétendue « tragédie des communs » de Garrett Hardin, selon laquelle toute ressource exploitée en commun serait nécessairement promise à la surexploitation et finalement à sa destruction⁴².

Cette représentation présente une compatibilité accrue avec celle déjà opérante dans le droit positif. En effet, comme le souligne Marie-Pierre Camproux-Duffrène, « plaider pour la reconnaissance de l'intérêt du commun naturel, c'est donc prendre le parti pour une protection d'un monde partagé auquel l'imaginaire occidental peut accéder »⁴³. Dans ce cadre, c'est la relation commune qui prime, à la fois sur l'avoir et sur l'être. Dans cette veine, Philippe Descola note que, « lorsque les représentants de la communauté de Sarayaku sont venus à Paris lors de la Cop 21 pour demander la reconnaissance des terres qu'ils habitent en Amazonie équatorienne, ils ne l'ont pas fait en invoquant la protection de la biodiversité, la préservation du milieu contre les compagnies pétrolières, ou même l'autochtonie ; non, ils ont allégué qu'il fallait préserver des relations [nous soulignons] plutôt qu'un espace, en l'occurrence la 'relation matérielle et spirituelle que les peuples indigènes tissent avec les autres êtres qui habitent la forêt vivante'. Cette dernière étant vue comme 'entièrement composée d'êtres vivants et de relations de communication que ces êtres entretiennent' ; de sorte que tous ces êtres, depuis la plante la plus infime jusqu'aux esprits protecteurs de la forêt, sont des personnes qui vivent en communauté et développent leur existence de manière analogue à celle des êtres humains »⁴⁴.

Dans le prolongement de ce qui précède, la protection du Rhône serait susceptible d'être plus aisément articulée autour de la notion de commun vu la culture juridique helvétique. C'est déjà ce qu'une partie de la doctrine le propose déjà s'agissant de l'air⁴⁵. La planification écologique communale pourrait donc s'en inspirer.

A cette politique des communs peuvent s'ajouter d'autres techniques juridiques s'inscrivant dans le cadre d'un « Contrat social planétaire » pour reprendre l'appellation de François Ost. A ce titre, on peut citer le développement de plusieurs outils juridiques :

- La collaboration inter et intra-étatique

La protection des cours d'eau est susceptible de s'opérer par le biais d'outils traditionnels. Tel est le cas de conventions entre États ou entre entités de droit publics à l'interne. Ainsi, désireux, en se fondant sur une vision globale, d'œuvrer dans le sens d'un développement durable de l'écosystème du Rhin prenant en compte la richesse naturelle du fleuve, de ses rives et de ses zones alluviales, les Gouvernements de la République fédérale d'Allemagne, de la République française, du Grand-Duché de Luxembourg, du Royaume des Pays-Bas, de la Confédération suisse et la Communauté européenne ont signé une convention sur la protection de ce fleuve⁴⁶. Cette convention est entrée en vigueur en 1999. Plusieurs principes y sont consacrés, comme les principes de précaution ou du

⁴¹ OSTROM, Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles, De Boeck, 2014.

⁴² LAFARGUE, Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement. Droit au cadre naturel et réalités socioculturelles : interdépendances et interdisciplinarité, *in* Droit et Société, n° 74 (2010), p. 161-162 ; OST, La Nature hors la loi – L'écologie à l'épreuve du droit, *op. cit.*, p. 130ss.

⁴³ CAMPROUX-DUFFRÈNE, Les communs naturels comme expression de la solidarité écologique, *Revue juridique de l'environnement*, vol. 45 n°4, 2020, p. 689-713.

⁴⁴ DESCOLA, De la nature universelle aux natures singulières : quelle leçon pour l'analyse des cultures ?, *in* Les natures en question sous la direction de Ph. Descola, Éditions du Collège de France, 2018, p. 134.

⁴⁵ LARGEY, Le statut juridique de l'air - Fondements pour une théorie de l'air en tant que chose commune, en droit suisse et international, Stämpfli, 2017.

⁴⁶ RS 0.814.284.

pollueur-payeur. S'agissant du Rhône, un instrument de ce type pourrait être envisagé, ne serait-ce que sous la forme d'une convention intercommunale.

- L'accroissement des devoirs

Sur le plan philosophique, la situation actuelle exige une véritable et durable prise de conscience de la nécessité de l'autolimitation éludée par le mode de consommation moderne qui se méfie de toutes formes d'entrave à l'extension du moi et au déploiement de ses désirs⁴⁷. Il est nécessaire d'accroître les contraintes légales. Dans cette optique, on peut citer la Charte de l'environnement qui a introduit de nouveaux principes, droits et devoirs en lien avec le respect de l'environnement dans le droit français. Elle a valeur constitutionnelle. Sur dix articles au total, elle proclame, à l'égard de « toute personne », quatre devoirs (art. 2, 3, 4, 7 et 8) pour un seul droit (art. 1), tandis qu'elle énonce deux devoirs s'adressant aux « autorités publiques » (art. 5 et 6). Elle formule encore à l'égard de destinataires indéterminés, un quadruple devoir d'éducation, de formation, de recherche et d'innovation (art. 8 et 9). Ainsi, ce genre d'outil juridique paraît pleinement compatible avec la culture occidentale, lequel pourrait trouver des expressions en matière de droit communal.

- La reconnaissance des droits ayant une incidence sur le milieu

Au chapitre de l'accentuation des droits en rapport avec le milieu, il faut mentionner le projet de Pacte international relatif aux droits des êtres humains à l'environnement émanant du Centre international de droit comparé de l'environnement (CIDCE).

- Le développement de la responsabilité sociale de l'État

Le renforcement de la responsabilité étatique n'est pas une nouveauté. Adoptée en 1998 à Aarhus (Danemark), la Convention de la Commission économique de l'ONU pour l'Europe (CEE-ONU) sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement est entrée en vigueur en 2001. La Suisse l'a ratifiée en mars 2014 et en est devenue partie le 1er juin de la même année. Au total, 46 États ainsi que l'Union européenne ont adhéré à cette convention. Cela étant, la mise en cause de cette responsabilité des États est beaucoup plus systématiquement invoquée aujourd'hui, notamment dans le cas du contentieux climatique, comme dans l'affaire Urgenda aux Pays-Bas ponctuée par le rejet du pourvoi du gouvernement par la Cour suprême en 2019⁴⁸. Il s'ensuit un véritable contentieux environnemental. En tant que pouvoir politique, la justice a un rôle primordial dans l'application de la loi.

- L'intensification du droit pénal

Dans ce domaine, on dénombre plusieurs propositions de réforme qui n'ont pas pour vocation d'éliminer les atteintes à l'environnement, mais de compléter le dispositif législatif, notamment sur le plan communal.

A titre d'exemple, la doctrine propose la modification du Code pénal suisse, dans le prolongement de l'art. 230^{bis} CP relatif à la mise en danger par des organismes génétiquement modifiés ou pathogènes, en vue d'introduire des infractions réprimant d'autres atteintes aux bases naturelles de la vie, les écosystèmes, et ce de manière plus systématique. Ainsi, comme le note Anne-Christine Favre, cette évolution contribuerait à une approche plus holistique des atteintes qui ne sont pas

⁴⁷ OST, La personnalisation de la nature et ses alternatives, *op.cit.*, p. 6.

⁴⁸ Arrêt de la Cour suprême du 20 décembre 2019, aff. n° 19/00135.

toutes comprises dans le dispositif pénal de la Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (LPN)⁴⁹. Cette extension traduirait le passage d'un droit pénal anthropocentré à un droit pénal plus écocentré basé, à l'échelle planétaire, sur des systèmes de relations et d'interrelations tournés vers un objectif global et commun : la viabilité de la planète, l'équilibre de la biosphère et la survie de l'humanité⁵⁰.

Sur le plan international, on dénombre plusieurs pratiques d'appropriation. Il y a notamment celle qui se traduit par de « *nouvelles enclosures de la connaissance* » pour reprendre la formule de Boyle⁵¹. A cela s'ajoute l'appropriation de ressources naturelles, comme des semences, conduisant sinon à leur épuisement du moins à leur utilisation contraire à l'intérêt commun. Tel est notamment le cas de la biopiraterie consistant à s'approprier par la voie légale, notamment via le droit des brevets, des connaissances et des ressources devant relever du patrimoine de l'humanité⁵². A cet égard, la Suisse s'est d'ores et déjà distinguée par une législation pénale avant-gardiste en réprimant la violation de l'obligation d'indication de la source des ressources génétiques et des avoirs traditionnels (art. 49 et 81a de la Loi fédérale sur les brevets d'invention⁵³).

VI. Des conclusions

En définitive, il faut retenir que la situation sur le plan écologique est à ce point préoccupante qu'elle favorise l'émergence d'instruments juridiques originaux, comme la personnification juridique des éléments naturels, notamment l'eau. Le postulat s'inscrit dans ce phénomène identifiant l'attribution d'une personnalité juridique au Rhône comme un moyen d'en assurer une meilleure protection.

Il ressort de l'examen du mouvement de personnification qu'il repose moins sur des considérations liées à la protection de la nature qu'à la consécration de représentations. La dimension culturelle de la reconnaissance d'une personnalité juridique constitue ainsi un obstacle à sa réception en droit occidental. Nonobstant cet obstacle découlant des représentations traditionnelles fondant cet ordre juridique, le pluralisme et le pragmatisme engagent à sonder le phénomène de personnification juridique, ce qui suppose d'en examiner les limites. A cet égard, plusieurs réserves doivent être émises, notamment d'un point de vue de l'efficacité de l'attribution d'une personnalité à l'eau au terme d'un examen comparatiste.

Les difficultés liées à l'importation encouragent l'identification d'alternatives à la personnification sous la forme d'autres modifications du droit présentant à la fois une meilleure compatibilité avec l'ordre juridique suisse et des garanties d'efficacité, telles que celles découlant de la recherche autour des communs.

Lausanne, le 14 juin 2023

Loïc Parein



⁴⁹ RS 451 ; FAVRE, Infractions environnementales et qualité pour agir, *in* Droit pénal de l'environnement – Quelle consécration ?, Favre/Fornage/Parein, Helbing & Lichtenhahn, 2022, p. 600.

⁵⁰ JAWORSKI, De la résilience face aux risques environnementaux, *in* Droit pénal de l'environnement – Quelle consécration ?, Favre/Fornage/Parein, Helbing & Lichtenhahn, 2022, p. 57.

⁵¹ CORNU/ORSI/ROCHFELD, Dictionnaire des biens communs, *op. cit.*, p. XVI.

⁵² ANDRADE, Lutter contre la biopiraterie : le droit pénal comme outil ?, *in* Droit pénal de l'environnement – Quelle consécration ?, Favre/Fornage/Parein, Helbing & Lichtenhahn, 2022, p. 475.

⁵³ RS 232.14.