

Les assises conceptuelles du droit de l'environnement en droit des biens : entre patrimoine collectif et relation fiduciaire

Yaëll Emerich and Alexis Hudon

Volume 47, Number 2, 2017

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1042931ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1042931ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Emerich, Y. & Hudon, A. (2017). Les assises conceptuelles du droit de l'environnement en droit des biens : entre patrimoine collectif et relation fiduciaire. *Revue générale de droit*, 47(2), 519–561.
<https://doi.org/10.7202/1042931ar>

Article abstract

The absolute character of ownership is one of the founding myths of civilian property law. However, the rise of environmental issues has made the limitation of individual ownership rights necessary. Two movements of limits can be distinguished. The first movement is grounded in private law and characterized by interdependency and an anthropological consequentialism. It manifests itself notably through neighbourhood disturbances. The second movement of limits, anchored in public law, can be distinguished by its biocentric dimension. This movement is characterized by a net decrease in the powers of owners as it emerged with the birth of environmental law. Through the lens of property law, it is hard to conceptualize the encroachment of environmental law on the powers of owners and to establish its basis. Concepts traditionally situated between environmental and property law—such as the res communes, the public trust doctrine, or the common heritage—enrich the analysis of the interactions between these branches of law, but cannot entirely account for them. Hence, this paper proposes the image of a collective patrimony, based on a collective interest in the environment, to legitimize the legislator's intervention in environmental matters, in the context of property law. The idea of a collective patrimony also conveys the idea of a fiduciary relationship, which is particularly relevant in the context of the environmental protection.

Les assises conceptuelles du droit de l'environnement en droit des biens : entre patrimoine collectif et relation fiduciaire

YAËLL EMERICH* ET ALEXIS HUDON**

RÉSUMÉ

Le caractère absolu de la propriété est l'un des mythes fondateurs du régime civiliste du droit des biens. Cependant, l'émergence des enjeux environnementaux a rendu nécessaire l'imposition de limites à la propriété individuelle. On peut distinguer deux mouvements de limites. Le premier mouvement, fondé sur le droit privé, est caractérisé par l'interdépendance et par un conséquentialisme anthropocentrique. Il se manifeste, notamment, par le trouble de voisinage. Le second mouvement de limites, ancré dans le droit public, est marqué par une dimension biocentrique. Il est caractérisé par une diminution nette des prérogatives du propriétaire et correspond à l'entrée en scène du droit de l'environnement. Dans une perspective de droit des biens, il est difficile de conceptualiser cet empiètement du droit environnemental sur les prérogatives du propriétaire et d'en établir le fondement. Les concepts qui se situent traditionnellement à la frontière du droit des biens et de l'environnement — comme la chose commune, la fiducie publique et le patrimoine commun — enrichissent l'analyse de l'interaction entre ces branches du droit, sans toutefois parvenir à en rendre compte entièrement. Cet article propose la figure du patrimoine collectif, fondé sur un intérêt collectif dans l'environnement, afin de légitimer l'intervention du législateur en matière environnementale dans le contexte du droit des biens. L'idée de patrimoine collectif évoque, en outre, le registre fiduciaire, particulièrement riche dans le contexte de la protection environnementale.

MOTS-CLÉS :

Droit des biens, propriété, droit de l'environnement, chose commune, doctrine de la fiducie publique, patrimoine commun.

* Professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université McGill. Cette recherche n'aurait pu être accomplie sans le soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH/SSHRC).

** Candidat au BCL/LLB 2018 de la Faculté de droit de l'Université McGill.

ABSTRACT

The absolute character of ownership is one of the founding myths of civilian property law. However, the rise of environmental issues has made the limitation of individual ownership rights necessary. Two movements of limits can be distinguished. The first movement is grounded in private law and characterized by interdependency and an anthropological consequentialism. It manifests itself notably through neighbourhood disturbances. The second movement of limits, anchored in public law, can be distinguished by its biocentric dimension. This movement is characterized by a net decrease in the powers of owners as it emerged with the birth of environmental law. Through the lens of property law, it is hard to conceptualize the encroachment of environmental law on the powers of owners and to establish its basis. Concepts traditionally situated between environmental and property law—such as the res communes, the public trust doctrine, or the common heritage—enrich the analysis of the interactions between these branches of law, but cannot entirely account for them. Hence, this paper proposes the image of a collective patrimony, based on a collective interest in the environment, to legitimize the legislator's intervention in environmental matters, in the context of property law. The idea of a collective patrimony also conveys the idea of a fiduciary relationship, which is particularly relevant in the context of the environmental protection.

KEY-WORDS:

Property law, ownership, environmental law, res communes, public trust doctrine, common heritage.

SOMMAIRE

Introduction.....	521
I. Aux frontières de l'appropriable : l'évolution des limites de la propriété dans le contexte environnemental.....	524
A. Le mythe du caractère absolu de la propriété privée.....	525
B. Double mouvement de limites : du droit privé au droit public.....	527
II. Narrations alternatives à la propriété privée : revue des concepts du droit des biens à vocation environnementale.....	535
A. Chose commune.....	536
1. Présentation.....	536
2. Évaluation.....	539
B. Fiducie publique.....	541
1. Présentation.....	541
2. Évaluation.....	545

C.	Patrimoine commun de l'humanité	548
1.	Présentation.	548
2.	Évaluation.	550
III.	Vers un patrimoine collectif, vecteur de protection environnementale? ...	551
A.	Patrimoine collectif et patrimoine commun	551
B.	Patrimoine collectif et relation fiduciaire.	554
1.	Le droit environnemental et le dépassement du cadre traditionnel du droit des biens	554
2.	Le vecteur du « patrimoine » collectif et la relation fiduciaire.	555
	Conclusion	560

INTRODUCTION

Dans une affaire récente, l'arrêt *Wallot*¹, la Ville de Québec a adopté un règlement forçant les propriétaires riverains à revégétaliser les berges du lac, pour préserver son approvisionnement en eau potable. Les propriétaires ont ainsi perdu la faculté d'user et de jouir comme ils l'entendent d'une bande de dix à quinze mètres de leur terrain². Ils allèguent qu'il s'agit d'une expropriation déguisée, car on les prive de la jouissance de leur droit. Pourtant, la Cour d'appel juge qu'il ne s'agit pas d'une expropriation, mais d'une limite légitime imposée à la propriété dans un contexte environnemental³. L'idée de limite à la propriété suggère que le droit de propriété n'est pas « stérilisé », mais plutôt « diminué », et donc qu'il n'y a pas eu de « confiscation » de la part de la Ville⁴. Cette tension entre le droit de propriété et ses limites évoque la difficulté de la *répartition des droits entre les différents usagers de l'environnement*, en l'occurrence entre l'usage des berges par les propriétaires et celui de l'eau potable par la collectivité des citoyens de la Ville⁵.

1. *Wallot c Québec (Ville de)*, 2011 QCCA 1165 [*Wallot*].

2. *Ibid* au para 41.

3. La notion d'environnement utilisée ici est très large. Voir par exemple la définition qu'en donne la *Loi sur la qualité de l'environnement* : « "environnement" : l'eau, l'atmosphère et le sol ou toute combinaison de l'un ou l'autre ou, d'une manière générale, le milieu ambiant avec lequel les espèces vivantes entretiennent des relations dynamiques ». *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ c Q-2, art 1(4) [LQE].

4. *Wallot*, *supra* note 1 aux para 43, 47.

5. Meryem Deffairi, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, Paris, IRJS, 2015 à la p 709, citant Martin Gilles, *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, thèse de doctorat en droit, Université de Nice, 1976 [non publiée] à la p 110.

Comment ce type de limites ou de diminutions du droit de propriété s'inscrit-il dans l'architecture du droit des biens? Par exemple, dans l'affaire *Wallot*, quels étaient les droits de la Ville antérieurement à l'adoption du règlement, s'il ne s'agit pas d'une confiscation? Ces questions n'ont pas de réponses simples, la jurisprudence sur le droit de propriété étant avare de commentaires⁶. Le droit de l'environnement n'est pas non plus éclairant; selon plusieurs auteurs, malgré son essor quantitatif important, il manque encore à son corps de règles une cohérence conceptuelle pour qu'il soit érigé en « système juridique véritable »⁷.

On trouve une illustration de cette absence de cohérence dans la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau*. L'intitulé de la loi consacre le caractère « collectif » de l'eau, alors que son article premier en fait le « patrimoine commun »⁸ de la nation québécoise. Cette loi, comme le *Code civil du Québec* [ci-après Code civil], établit aussi que l'eau est une « chose commune »⁹ et déclare également l'État « gardien » de cette ressource¹⁰, passant ainsi du collectif au commun et de la chose commune à l'idée de gardien. Or, la chose commune et le patrimoine commun sont deux concepts distincts. Il n'est même pas clair qu'ils soient compatibles, puisque la chose commune est située en dehors de l'appropriable, alors que le patrimoine commun semble plutôt renvoyer au domaine de l'appropriable, afin de l'encadrer. Par ailleurs, ni le patrimoine commun ni la chose commune, du moins dans leur conception traditionnelle, ne renvoient directement au registre fiduciaire qu'évoque l'idée de gardien.

6. Sarah E Hamill, « Common Law Property Theory and Jurisprudence in Canada » (2015) 40:2 *Queen's LJ* 679 à la p 680 [Hamill, « Common Law Property Theory »]. En droit civil, voir par exemple deux décisions récentes sur le fond en droit des biens, lesquelles n'explorent pas les enjeux théoriques soulevés : *Ostiguy c Allie*, 2017 CSC 22 (limites temporelles); *Homans c Gestion Paroi inc*, 2017 QCCA 480 (limites en contexte environnemental).

7. Adeline Meynier, « Le rôle des concepts dans la fondamentalisation du droit de l'environnement » dans Pauline Milon et David Samson, dir, *Révolution juridique, révolution scientifique vers une fondamentalisation du droit de l'environnement?*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2014, 113 aux pp 113–16; Deffairi, *supra* note 5 aux pp 2, 14. Voir aussi Dan Tarlock, « The Future of Environmental "Rule of Law" Litigation » (2000) 17:2 *Pace Env LR* 237 à la p 238 [Tarlock, « Rule of Law »].

8. *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, RLRQ c C-6.2, art 1 [*Loi sur l'eau*].

9. *Ibid*, art 1 al 2.

10. *Ibid*, préambule.

La présente étude vise à rendre compte de l'interaction entre le droit des biens contemporain et le droit de l'environnement¹¹. Plus spécifiquement, elle tente de cerner les fondements ou assises conceptuelles du droit de l'environnement dans une perspective de droit des biens. Cette réflexion se concentre sur le droit québécois. À son image, elle s'alimente toutefois des idées et développements juridiques provenant d'autres États, notamment de la France, du Royaume-Uni et des États-Unis. Elle s'inscrit aussi dans le contexte particulier de son époque, répondant aux appels à reconstruire notre relation avec la Nature, à aller au-delà de la maîtrise et de la possession cartésienne, et à maîtriser notre maîtrise¹².

Notre réflexion procède en trois étapes. Dans un premier temps (partie I), il s'agit de montrer que, si l'environnement a longtemps été le bénéficiaire indirect du droit privé, cette protection est désormais complétée par un cadre législatif et réglementaire élaboré, qui limite la liberté du propriétaire de jouir de ses biens comme il l'entend. Deux mouvements de limites à la propriété en faveur de l'environnement sont distingués : un premier mouvement, ancré dans le droit privé, et un second mouvement ancré, dans le droit public. L'émergence de ce second mouvement dans les dernières décennies soulève la question de son assise théorique : quel est le fondement de ces limites environnementales imposées à la propriété ? Par quels concepts la présence du droit de l'environnement en droit des biens se manifeste-t-elle ?

11. Il existe une littérature qui explore l'interaction entre propriété et nature, surtout en common law. De façon générale, elle examine la généalogie et la sémantique du concept de propriété afin de comprendre comment l'adapter aux réalités environnementales contemporaines. La présente étude se situe donc à la marge de cette littérature; elle n'aborde la propriété qu'indirectement, par l'entremise de ses limites dans le contexte environnemental. Voir, notamment, sur ce point Qija Li et Ji Luo, « Composantes fondamentales du droit à l'environnement » dans Anthony Chamboredon, dir, *Du droit de l'environnement au droit à l'environnement : à la recherche d'un juste milieu*, Paris, L'Harmattan, 2007, 110; Joseph L Sax, « Some Thoughts on the Decline of Private Property » (1983) 58 Wash L Rev 481 à la p 489 [Sax, « Private Property »]; Joseph W Singer, « The Ownership Society and Takings of Property: Castles, Investments, and Just Obligations » (2006) 30 Harv Envtl L Rev 309; Craig Anthony Arnold, « The Reconstitution of Property: Property as a Web of Interests » (2002) 26:2 Harv Envtl L Rev 281; Peter D Burdon, *Earth Jurisprudence, Private Property and the Environment*, New York, Routledge, 2015; David P Grinlington et Prue Taylor, *Property Rights and Sustainability: The Evolution of Property Rights to Meet Ecological Challenges*, Leiden (Pays-Bas), Martinus Nijhoff, 2011; Fred P Bosselmann, « Limitations Inherent in the Title to Wetlands at Common Law » (1996) 15:2 Stan Envtl L J 247. Voir également, plus largement, Gregory S Alexander et al, « A Statement of Progressive Property » (2009) 94:4 Cornell L Rev 743.

12. Michel Serres, *Le contrat naturel*, Paris, François Bourin, 1990 aux pp 58 et 61.

Dans un second temps (partie II), nous évaluerons les principaux concepts à vocation environnementale du droit des biens, pour montrer qu'ils ne fournissent pas de réponse entièrement satisfaisante à la question de l'assise théorique et conceptuelle du droit de l'environnement en droit des biens. Pour ce faire, trois concepts qui répondent partiellement à cet enjeu sont envisagés : la chose commune, la fiducie publique (*public trust doctrine*) et le patrimoine commun. Ces trois concepts se situent en périphérie du droit de propriété. Ils se sont développés historiquement, afin de garantir l'accessibilité à certains éléments environnementaux¹³. Ainsi, dans la tradition civiliste québécoise et française, la chose commune est inappropriable par essence et comprend l'air et l'eau. La fiducie publique joue un rôle analogue en common law, en assurant l'accès du public aux eaux navigables, et peut servir de fondement à une théorie plus générale de l'obligation fiduciaire de l'État envers l'environnement. Plus récemment, la notion de patrimoine commun de l'humanité a été développée, afin de protéger certaines ressources sur le plan international.

Dans un troisième temps (partie III), nous proposerons l'utilisation de la notion de patrimoine collectif, afin d'interpréter les modifications récentes du droit des biens à l'aune de l'environnement. Le « patrimoine » collectif emprunte au patrimoine commun une acception symbolique, plutôt que technique, du terme patrimoine. N'étant ni public ni commun, ce patrimoine est en opposition aux notions de chose commune et de fiducie publique, son caractère collectif lui conférant, en outre, une souplesse capable d'embrasser le dynamisme et la polymorphie des régimes réglementaires environnementaux. Surtout, le patrimoine collectif se conjugue harmonieusement avec l'idée d'une relation fiduciaire, plus large que la fiducie publique de la common law.

I. AUX FRONTIÈRES DE L'APPROPRIABLE : L'ÉVOLUTION DES LIMITES DE LA PROPRIÉTÉ DANS LE CONTEXTE ENVIRONNEMENTAL

Après avoir évoqué le mythe du caractère absolu de la propriété privée (A), nous rendrons compte du double mouvement de limites à la propriété à l'œuvre en matière environnementale (B).

13. Voir les parties II.A.1 et II.B.1 ci-dessous.

A. Le mythe du caractère absolu de la propriété privée

Le caractère absolu du droit de propriété est profondément ancré dans la tradition civiliste; il procède d'une image simple et intuitive de la propriété: le terrain clôturé, clairement délimité, le « ceci est à moi » rousseauiste fondant la société civile¹⁴. C'est le droit le plus absolu¹⁵ et la source des autres droits réels; la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* en fait un droit « naturel » et « sacré »¹⁶. Le propriétaire règne « sans partage sur la chose »¹⁷; il a les pleins pouvoirs sur elle (la *plena in re potesta* romaniste)¹⁸. Cette conception est alimentée par les principaux textes législatifs. Ainsi, selon le *Code civil du Bas-Canada*, la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses « de la manière la plus absolue »¹⁹. Le Code civil a remplacé le qualificatif « absolu » par « librement et complètement »²⁰, mais l'idée reste la même, du moins dans l'interprétation qui en est faite. De plus, le droit de propriété est aussi privé et exclusif²¹. Les modèles propriétaires alternatifs, tels que la propriété commune, ont toujours fait figure d'exception²².

Cette plénitude de la propriété civiliste est aussi en contraste avec la common law, selon laquelle on peut considérer que la persistance du système de *tenures* s'oppose à la propriété pleine et entière²³. Au sein de cette tradition juridique, la propriété n'occupe pas un rôle aussi central dans l'architecture du droit des biens que dans celle de la tradition

14. Jean-Jacques Rousseau, *Origine et fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1762 à la p 67. Le Code civil reflète cette image simple dans les dispositions sur le bornage; voir arts 977–78 CcQ.

15. Charles Demolombe, « Cours de Code Napoléon », t 9, *Traité de la distinction des biens*, Paris, Imprimerie générale, 1878 au n° 473 à la p 373.

16. *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*, 26 août 1789, arts 2, 14; Judith Rochfeld, « Penser autrement la propriété: la propriété s'oppose-t-elle aux "communs"? » (2014) 28:3 RID écon 351 à la p 352.

17. Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, Paris, LGDJ, 2006 à la p 340.

18. Frédéric Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété » (1993) RTD civ 305.

19. Art 406 CcBC; art 544 CN.

20. Art 947 CcQ.

21. Le droit de propriété civiliste s'est développé en opposition à l'écheveau obligationnel de l'Ancien Régime. Voir Rochfeld, *supra* note 16 à la p 352.

22. Sylvio Normand, *Introduction au droit des biens*, 2^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014 à la p 152.

23. Yaëll Emerich, *Droit commun des biens: perspectives transsystémiques*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2017 aux pp 280 et s [Emerich, *Droit commun des biens*].

civiliste²⁴. Il ne saurait y avoir que des intérêts propriétaires, qui se rattachent plus aisément à une conception limitée des intérêts qu'ils confèrent²⁵.

La propriété civiliste a toutefois perdu de sa superbe, comme l'a rappelé la Cour suprême dans *Ciment du Saint-Laurent inc c Barrette* : « [m]algré son caractère apparemment absolu, le droit de propriété comporte néanmoins des limites »²⁶. Certains considèrent même qu'il est « désormais d'une affligeante banalité de dénoncer le "déclin du droit de propriété" »²⁷. L'absolutisme de la propriété individuelle résulterait d'un « malentendu », voire d'un aveuglement volontaire quant aux limites déjà en germe au moment de la codification²⁸. Les codificateurs se seraient inspirés du droit romain, dont il est souvent admis qu'il considérait la propriété privée comme un droit subjectif absolu (*plena in re potestas*)²⁹. On a pu voir dans ce malentendu un passage obligé par « une époque, dite "moderne", par laquelle il fallait probablement passer pour se délivrer de ce que l'Ancien Régime avait d'insupportable »³⁰. Après la Première Guerre mondiale, de nouvelles techniques de crédit permettant l'accès massif à la propriété individuelle ont secoué les « dispositions minutieuses dont les biens immobiliers avaient été dotés par le Code civil »³¹. Sous la bannière de l'utilité publique, les contraintes se sont multipliées, au point de « cern[er] de toutes parts » le droit de propriété³². En milieu urbain particulièrement, la desserte des propriétés individuelles par des équipements communs

24. Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, *Les biens*, Paris, Presses universitaires de France, 2008 au para 163 à la p 259; Frédéric Zenati-Castaing, « Le crépuscule de la propriété moderne. Essai de synthèse des modèles propriétaires » dans *Les modèles propriétaires; actes du colloque international organisé par le CECOJ en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas*, Paris, Université de Poitiers, 2012 au para 225 à la p 228. Voir aussi Frédéric Zenati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit » (2006) RTD civ 445.

25. Voir par exemple Emerich, *Droit commun des biens*, supra note 23 à la p 164.

26. *Ciment du Saint-Laurent inc c Barrette*, 2008 CSC 64 au para 86, [2008] 3 RCS 392 [*Ciment du St-Laurent* (CSC)].

27. Jean-Louis Bergel, « Paradoxes du droit immobilier français à la fin du XX^e siècle » dans Rémy Cabrillac et al, dir, *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001 à la p 642.

28. *Ibid.*

29. Yigit Sayin et al, « Land Law and Limits on the Right to Property: Historical, Comparative and International Analysis » (2017) 5 Law Schools Global League 1 à la p 11.

30. François-Guy Trébulle, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun: le renouveau du domaine universel » dans Jean-Louis Baudouin et Philippe Malinvaud, dir, *Mélanges en l'honneur du professeur Malinvaud*, Paris, Litec, 2007, 659 à la p 660 [Trébulle, « Domaine universel »].

31. Bergel, supra note 27 à la p 641.

32. Trébulle, « Domaine universel », supra note 30 aux pp 659–60, 674.

a engendré une interdépendance qui limite inévitablement les prérogatives du propriétaire³³. Pour ne prendre qu'un exemple, le *Code de l'urbanisme* français liste les empiètements sur le droit de propriété n'ouvrant droit à aucune indemnité³⁴. Les exceptions sont désormais si nombreuses qu'elles sont devenues la règle³⁵.

B. Double mouvement de limites : du droit privé au droit public

On peut observer un double mouvement de limites à la propriété. Un premier mouvement, fondé sur le droit privé, l'intérêt privé et les droits subjectifs, est à l'œuvre dans les tentatives initiales de protection de l'environnement³⁶. Il se distingue d'un second mouvement, plutôt ancré dans le droit public et l'intérêt public ou collectif, qui prend largement sa source dans le régime réglementaire contemporain de protection de l'environnement³⁷.

Le premier mouvement de limites à la propriété est caractérisé par *l'interdépendance*. La limitation des droits de tous permet d'assurer à chaque propriétaire la jouissance la plus complète de son bien. On empêche la prérogative de l'un d'empiéter sur celle des autres. Cette idée possède sa manifestation archétypale dans la prohibition des troubles de voisinage³⁸. Dans le Code civil, l'ensemble du chapitre sur les règles particulières à la propriété immobilière, établissant un régime de réciprocité entre propriétaires, va dans le même sens³⁹. On peut voir dans ces limites l'empreinte des bénéfices que chaque propriétaire en retire. Ainsi, je ne peux couper les racines des arbres de mon voisin, même si elles s'avancent sur mon fond, mais mon voisin non plus ne

33. Bergel, *supra* note 27 à la p 645.

34. Art R. 126-1, annexe, *Code de l'urbanisme*; Bergel, *supra* note 27 à la p 643.

35. Georges Renard et Louis Trotabas, *La fonction sociale de la propriété privée. Le point de vue technique : le régime administratif de la propriété privée*, Paris, Sirey, 1930 à la p 40.

36. Voir Stuart Bell et Donald McGillivray, *Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008 aux pp 330 et s.

37. L'adoption de la LQE en 1972 marque la première articulation générale de dispositions environnementales en droit québécois et le point de départ du second mouvement : *Loi sur la qualité de l'environnement*, LQ 1972, c 49.

38. Art 976 CcQ. Voir aussi Yaëll Emerich, « Contribution à une étude des troubles de voisinage et de la nuisance : la notion de devoirs de la propriété » (2011) 52:1 C de D 3 [Emerich, « Trouble de voisinage »].

39. Voir arts 977–78 CcQ sur le bornage, arts 984–86 CcQ sur le statut des arbres, arts 987–92 CcQ sur l'accès au fond d'autrui, arts 993–996 CcQ sur les vues, arts 997–1001 CcQ sur les droits de passage, et arts 1002–08 CcQ sur les clôtures et ouvrages mitoyens.

peut couper les racines de mes arbres⁴⁰. De même, la prestation des services publics est souvent impossible sans grever les fonds de servitudes ou admettre des charges réelles, de sorte que la limitation des prérogatives du propriétaire fait émerger un bénéfice collectif, soit l'extension de la jouissance possible du fond. C'est ce qui fait dire à certains qu'en définitive, pour les propriétaires, la somme de cet ensemble de limites est positive⁴¹.

Dans le cadre du premier mouvement de limites, on voit les atteintes à l'environnement comme un inconvénient parmi d'autres pour le propriétaire. L'environnement est protégé en vertu d'un *conséquentialisme anthropocentrique*. On reconnaît l'atteinte à l'environnement dans la mesure où celle-ci est préjudiciable à un être humain⁴², telle l'influence directe de la pollution sur la qualité de vie⁴³. Certains suggèrent que l'environnement joue également un rôle esthétique ou spirituel analogue aux chefs-d'œuvre artistiques⁴⁴.

Le trouble de voisinage (ou la *nuisance privée* de la common law) est l'action de droit commun la mieux adaptée à la protection de ce type d'intérêts privés⁴⁵. Si une activité polluante (incommoder par exemple, l'émission de fumée ou de poussière), un recours pour trouble de voisinage permet d'en obtenir la cessation⁴⁶ et facilite l'application du principe du pollueur-payeur, en imposant une responsabilité sans faute au pollueur⁴⁷. On place d'ailleurs couramment cette action à la racine

40. Art 985 CcQ.

41. Voir Sax, « Private Property », *supra* note 11 aux pp 489 et s.

42. Voir Catherine Larrère, « Les éthiques environnementales » (2010) 18:4 Nat Sci Soc 405 aux pp 406–07.

43. Bell et McGillivray, *supra* note 36 aux pp 332–33.

44. Peter Singer, *Practical Ethics*, 2^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 1993 (1^{re} éd en 1979) aux pp 264–72. On peut également voir un écho de cette idée dans le mouvement préservationniste de la fin du XIX^e siècle ayant mené à la création des grands parcs naturels; voir l'essai de Mark Sagoff, « Settling America or the Concept of Place in Environmental Ethics » dans Mark Sagoff, *The Economy of the Earth: Philosophy, Law, and the Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 157.

45. Deffairi, *supra* note 5 à la p 144. Voir aussi Emerich, « Troubles de voisinage », *supra* note 38 aux pp 10–11.

46. Voir Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile, vol 1 : Principes généraux*, 8^e éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2014 aux para 250 et 256.

47. *Ciment du St-Laurent (CSC)*, *supra* note 26 au para 80; *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, Assemblée générale des Nations Unies, A/CONF.151/26 (vol I), 12 août 1992, principe 16.

du droit de l'environnement⁴⁸. Ainsi, selon Trébulle : « pour le privatiste, l'environnement, c'est d'abord le voisinage! »⁴⁹

Le recours pour trouble de voisinage offre toutefois une protection incomplète en matière environnementale. Ainsi, dans l'Angleterre du XIX^e siècle, plusieurs poursuites pour pollution de rivières ont été réglées, non pas en cessant les activités polluantes, mais en les relocalisant en aval de la propriété du demandeur⁵⁰. Le recours pour trouble de voisinage ne vise pas à contrôler l'activité polluante, mais plutôt son effet sur le droit ou l'intérêt du propriétaire⁵¹ ou du locataire⁵². De plus, l'application de ce recours dépend du caractère du voisinage. Dans un secteur industriel déjà pollué, il est de peu de secours, ce qui est problématique : « ceux qui souffrent le plus des ravages de la pollution sont ceux qui bénéficient de la protection la plus faible » [notre traduction]⁵³. Finalement, en pratique, la complexité technique d'un recours en responsabilité pour dommages environnementaux le rend peu accessible⁵⁴.

La radicalité des enjeux environnementaux contemporains⁵⁵ suggère que les limites relatives aux droits subjectifs ne suffisent pas à leur

48. René Seerden, Michiel A Heldeweg et Kurt Deketelaere, dir, *Public Environmental Law in the European Union and the United States—A Comparative Analysis*, La Haye, Kluwer Law, 2002 à la p 567.

49. François-Guy Trébulle, « Environnement et droit des biens » dans Association Henri Capitant, dir, *Le droit et l'environnement — Journées nationales*, t 11, Paris, Dalloz, 2010, 85 à la p 112 [Trébulle, « Environnement et droit des biens »].

50. Bell et McGillivray, *supra* note 36 aux pp 17–18.

51. *Ibid* à la p 332.

52. La théorie de la responsabilité *propter rem* a été rejetée par la Cour suprême dans *Ciment du St-Laurent*, après avoir été acceptée par la Cour d'appel. Voir *Ciment du St-Laurent* (CSC), *supra* note 26 aux para 81 et s; *Ciment du St-Laurent inc c Barrette*, 2006 QCCA 1437 aux para 160–66, [2006] RJQ 2633.

53. « *Those who suffer most from the ravages of pollution are the least worthy of protection* » dans Stuart Bell et al, *Environmental Law*, 9^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2017 à la p 359.

54. *Ibid* à la p 381 :

The key point is that there will usually be some monitoring on the site recording the breach; only rarely does the regulator have to take samples from the environment and try to establish where the pollutant came from. This, however, is often what has to be done in environmental tort claims. For instance, airborne deposits could have originated from a site many miles from the area of the damage; seeking to show that the damage emanates from a particular site in these circumstances is particularly difficult. In heavily industrialized areas, the problem is even more acute.

55. Naess évoque « *an exponentially increasing and partially or totally irreversible environmental deterioration or devastation* »; Arne Naess et David Rothenberg, *Ecology, Community and Lifestyle: Outline of an Ecosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989 à la p 23.

répondre sur le plan juridique. Contrairement aux fumées d'une usine qui incommode ses voisins, les changements climatiques et le déclin de la biodiversité sont des phénomènes globaux, mais diffus : ni leurs victimes ni leurs responsables ne sont facilement identifiables⁵⁶. Pour en appréhender toute l'ampleur, il faut recourir à des idées, comme celle de générations futures⁵⁷. Cette idée est particulièrement présente dans le contexte autochtone, qui pourrait nous mettre sur la voie d'une meilleure protection de la Nature, qui ne serait pas uniquement fondée sur une vision anthropocentrique du monde⁵⁸.

Ce premier mouvement de limites est aussi vulnérable à des critiques plus fondamentales. Sur le plan épistémologique, l'anthropocentrisme présuppose que la compréhension par l'humanité de son impact sur les écosystèmes suffit à la protéger contre les effets potentiellement dévastateurs de la crise environnementale. Mais cette idée ne fait pas consensus; Hans Jonas soutient le contraire, de manière assez convaincante : souvent l'humanité ne réalise les conséquences de ses choix qu'après coup, d'où l'importance du principe de prévention⁵⁹. Sur le plan éthique, l'anthropocentrisme suggère que la valeur de l'environnement est purement instrumentale à celle de l'humain⁶⁰. On peut toutefois considérer qu'il y a quelque chose de fallacieux à rationaliser ainsi la protection de la Nature⁶¹.

Plusieurs philosophes soutiennent que la Nature a plutôt une valeur intrinsèque. Leopold et Callicott y voient une évolution naturelle de notre sens moral⁶². Originellement, l'individu n'accordait une valeur morale qu'à lui-même et à ses proches. Graduellement, son sens moral

56. Seerden, Heldeweg et Deketelaere, *supra* note 48 à la p 567.

57. Voir Stephen Gardiner, *Climate Ethics: Essential Readings*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

58. Voir Natasha Bakht et Lynda M Collins, « "The Earth Is Our Mother": Freedom of Religion and the Preservation of Indigenous Sacred Sites in Canada » (2017) 62:3 RD McGill 777; *Ktunaxa Nation v British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2015 BCCA 352 (requête d'appel à la Cour suprême accueillie).

59. Hans Jonas, *Principe de responsabilité : une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Cerf, 1995.

60. Voir C Larrère, *supra* note 42 aux pp 406–07.

61. Christopher Stone, « Should Trees Have Standing? » (1972) 45 S Cal L Rev 450 à la p 490 : « I myself feel disingenuous rationalizing the environmental protectionist's position in terms of a utilitarian calculus, even one that takes future generations into account, and plays fast and loose with its definition of "good" ».

62. Voir John Baird Callicott, *In Defense of the Land Ethic: Essays in Environmental Philosophy*, Albany (NY), State University of New York Press, 1989.

s'est étendu à sa communauté, puis à sa nation, pour en venir à englober l'espèce humaine entière⁶³; l'environnement serait la prochaine étape :

Jusqu'à présent, toute l'éthique a évolué sur la base d'une prémisses unique : l'appartenance de l'individu à une communauté de parties interdépendantes. [...]. L'éthique de la terre élargit simplement les frontières de cette communauté afin d'inclure le sol, l'eau, la faune et la flore, ou collectivement : la terre⁶⁴.

Pour Naess et le mouvement de l'écologie profonde (*deep ecology*), la nature humaine est intrinsèquement liée à tous les organismes vivants. Un tel mouvement de pensée rejette l'image de « l'humain-dans-l'environnement », en faveur d'une image relationnelle totale, dans laquelle tous les organismes font partie d'un champ complet et complexe de relations⁶⁵.

Le professeur Stone a, pour la première fois, articulé juridiquement le *biocentrisme*, en proposant l'octroi de droits à l'environnement et d'une capacité juridique à agir afin de les faire valoir⁶⁶. Ce courant de pensée reconnaît une valeur intrinsèque à toute entité vivante sur Terre et place chacune d'entre elles sur un pied d'égalité⁶⁷. La proposition

63. Aldo Leopold, *A Sand County Almanac, and Sketches Here and There*, Oxford, Oxford University Press, 1987 [1^{re} éd 1949] aux pp 202–03; David Grinlington et Prue Taylor, « Chapter 1. Property Rights and Sustainability: Toward a New Vision of Property » dans Grinlington et Taylor, dir, *supra* note 11, 1 à la p 2 [Grinlington et Taylor, « Chapter 1 »].

64. Leopold, *supra* note 63 aux pp 203–04 :

All ethics so far evolved rest upon a single premise: that the individual is a member of a community of interdependent parts. His instincts prompt him to compete for his place in that community but his ethics prompt him also to co-operate [...]. The land ethic simply enlarges the boundaries of the community to include soils, waters, plants, and animals, or collectively: the land.

65. Arne Naess, « The Shallow and the Deep, Long-Range, Ecology Movement: A Summary » dans John O'Neill et al, dir, *Environmental Ethics and Philosophy*, Northampton (MA), Edward Elgar Pub, 2002, 400; Arne Naess, « The Basics of Deep Ecology Movement » dans Alan Drengson et Bill Devall, dir, *Ecology of Wisdom: Writings by Arne Naess*, Berkeley (CA), Counterpoint, 2008, 105 [Naess, « The Basics of Deep Ecology »]:

The deep ecology movement rejects the human-in-environment image in favor of the relational, total-field image: organisms as knots in the biospherical net or field of intrinsic relations. An intrinsic relation between two things A and B is such that the relation belongs to the definitions or basic constitutions of A and B, so that without the relation, A and B are no longer the same things.

66. Stone, *supra* note 61; Deffairi, *supra* note 5 à la p 558.

67. C Larrère, *supra* note 42 à la p 407. Voir Raphaël Larrère et Catherine Larrère, « Should Nature Be Respected » (2007) 46:1 Soc Sci Info 9 à la p 23. Voir aussi Naess, « The Basics of Deep Ecology », *supra* note 65.

d'accorder des droits subjectifs, voire une personnalité à la Nature, comporte une grande puissance symbolique⁶⁸. En 2010, la Bolivie a adopté en grande pompe la *Loi des droits de la Terre-Mère*⁶⁹. Deux ans plus tôt, l'Équateur avait été le premier État à conférer des droits à la Nature, ou *Pachamama* (aussi appelée *Terre-Mère*), dans sa nouvelle constitution⁷⁰. Cette subjectivisation de la Nature se situe à la convergence des enjeux environnementaux et autochtones. C'est pourquoi on a qualifié la loi bolivienne de première constitution autochtone⁷¹. Si la personnification ou la subjectivisation de la Nature sont des manifestations éclatantes du biocentrisme, elles n'en sont pas l'unique transposition juridique.

À plusieurs égards, le *second* mouvement de limites à la propriété — le régime de réglementations environnementales — constitue une manifestation plus sobre du biocentrisme⁷². La distinction sémantique entre le droit à l'environnement et le droit *de* l'environnement l'indique. Le droit *de* l'environnement (ou droit environnemental) relève du droit public : il vise la protection de l'environnement, indépendamment des intérêts privés en jeu⁷³. Cela est manifeste dans le régime de la *Loi sur la qualité de l'environnement*⁷⁴. Ses deux dispositions maîtresses, soit l'interdiction de polluer⁷⁵ et l'obligation d'obtenir un certificat d'autorisation pour les activités polluantes⁷⁶, reposent sur la

68. Dans un système civiliste, cette idée soulève aussi plusieurs enjeux qui sont hors du propos du présent article : quelle est la nature des droits réclamés ? Sont-ils attachés à un patrimoine ? Le cas échéant, ce patrimoine contient-il également des obligations ? Comment la Nature peut-elle être débitrice d'obligations ?

69. *Ley de Derechos de la Madre Tierra*, 20 décembre 2010, Ley 071. Voir aussi Klaus Bosselmann, « Chapter 2. Property Rights and Sustainability: Can They Be Reconciled ? » dans Grinlington et Taylor, *supra* note 11, 23 à la p 36 [Bosselmann, « Property and Sustainability »].

70. Constitution équatorienne, arts 10, 71. Voir aussi Bosselmann, « Property and Sustainability », *supra* note 69 à la p 36.

71. Constitution équatorienne, *supra* note 70.

72. On retrouve une intuition similaire dans Patrick Thieffry, « La protection économique et financière du droit à l'environnement » dans Chamboredon, dir, *supra* note 11, 51 aux pp 57, 81. On peut noter que le droit de l'environnement a émergé de façon différente aux États-Unis, où son développement a été amorcé par des recours d'intérêt public et par l'activisme judiciaire plutôt que par l'intervention du législateur : voir Tarlock, « Rule of Law », *supra* note 7 à la p 240.

73. Xiong Zou, « Nouveau regard sur le délit environnemental » dans Chamboredon, dir, *supra* note 11, 91 aux pp 94–95. Voir aussi Robert Daigneault, « La protection de l'environnement et la règle de droit : concurrentes ou concurrentes ? » dans *Développements récents en droit de l'environnement* (2014), vol 385, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, 195.

74. LQE, *supra* note 3.

75. *Ibid*, art 20.

76. *Ibid*, art 22.

notion de pollution, définie comme l'émission d'un contaminant dans l'environnement. Or, le contaminant et l'environnement reçoivent tous deux des définitions qui cadrent davantage avec une analyse biocentrique. Ainsi, l'environnement n'est pas l'environnement de l'humain — ce qui priverait de protection tout espace non habité —, mais le milieu avec lequel « les espèces vivantes entretiennent des relations dynamiques »⁷⁷. Le contaminant est aussi défini largement comme une matière « susceptible d'altérer de quelque manière la qualité de l'environnement »⁷⁸. Si certaines dimensions de la réglementation environnementale demeurent anthropocentriques⁷⁹, il semble que ce soit au droit environnemental qu'incombe le devoir de réconcilier la liberté humaine avec les bornes écologiques de notre planète⁸⁰.

L'expansion du droit environnemental limite inévitablement le droit de propriété⁸¹. Pour protéger l'environnement, il est normal que le législateur « limite, parfois même sévèrement, l'absolutisme de la propriété individuelle »⁸². La doctrine fait consensus : « le droit environnemental est devenu si étendu et envahissant qu'il a substantiellement érodé la liberté privée de faire ce que l'on souhaite avec sa propriété »⁸³. Ainsi, en droit civil québécois, il est désormais interdit de contaminer son propre fond, puisque, ce faisant, on porte atteinte à l'environnement⁸⁴. Il n'existe pas de droits acquis en matière d'environnement et les droits acquis en matière d'aménagement et d'urbanisme sont limités pour favoriser la protection de l'environnement⁸⁵. Au Québec, le régime de protection des milieux humides illustre bien l'emprise du

77. *Ibid*, art 1.

78. *Ibid*.

79. Par exemple, les seuils d'émission de contaminants sont couramment établis à partir de leur toxicité chez l'humain. Les ministres canadiens de l'environnement et de la santé justifient, notamment, la mise en place d'un plan d'action sur les acides perfluorocarboxyliques par l'importance de « protéger davantage la santé des Canadiens et l'environnement contre l'exposition à ces substances » : *Gazette du Canada*, Partie I, vol 140, n° 24, Ottawa, 17 juin 2006, à la p 1541. Voir également Tarlock, « Rule of Law », *supra* note 7 à la p 249. Voir aussi LQE, *supra* note 3, art 2 al 2.

80. Grinlington et Taylor, « Chapter 1 », *supra* note 63 à la p 11.

81. Daigneault, *supra* note 73 à la p 195.

82. *Municipalité régionale de comté d'Abitibi c Ibitibi Ltée*, [1993] RJQ 1061, 1993 CanLII 3768 (QC CA).

83. Grinlington et Taylor, « Chapter 1 », *supra* note 63 à la p 11 : « *environmental law has become so extensive and invasive that it has substantially eroded private freedom to do what one wishes with property owned* ».

84. LQE, *supra* note 3, art 20.

85. Daigneault, *supra* note 73 aux pp 182–83.

droit environnemental sur le droit de propriété⁸⁶. Ainsi, lorsqu'une demande de certificat d'autorisation est faite concernant un projet en milieu humide, le ministre de l'Environnement peut exiger que le demandeur fasse l'acquisition d'un second fond en milieu humide, qu'il devra protéger afin de compenser l'impact environnemental du projet⁸⁷. Le droit environnemental limite ainsi clairement les prérogatives du propriétaire privé.

Ce second mouvement de limites, teinté de droit public⁸⁸, diffère fondamentalement du premier, qui relève davantage du droit privé. Alors que le premier mouvement empêche le propriétaire de nuire aux tiers et à leur intérêt privé grâce à la responsabilité délictuelle et au recours pour trouble de voisinage, le second mouvement empêche le propriétaire de nuire à l'environnement, qu'il y ait ou non atteinte aux droits des tiers⁸⁹. Au sein du premier mouvement, le coût total des limites imposées aux propriétaires est nul ou positif, puisque chacun bénéficie de l'imposition de ces limites sur tous les autres. L'interdiction de troubler le voisinage permet à tous de jouir plus pleinement de leur bien. En ce sens, on pourrait dire que le législateur *délimite* le droit de propriété plus qu'il ne le *limite*. Rien de cela ne s'applique au second mouvement de limites. Dans ce dernier cas, les propriétaires ne bénéficient pas du développement du droit de l'environnement. À l'exception de bienfaits sanitaires indirects, personne ne bénéficie directement de l'interdiction de polluer son propre fond; l'unique bénéficiaire, l'environnement, n'est traditionnellement pas reconnu comme une personne, même s'il est porteur d'un intérêt public ou commun, sinon

86. Dans un esprit semblable, voir également le contexte de la protection de l'habitat du poisson : *Loi sur les pêches*, LRC 1985, c F-14, art 35; Pêche et Océans Canada, *Politique de gestion de l'habitat du poisson*, Ottawa, Ministère des Pêches et des Océans, 1986.

87. *Loi concernant la conservation des milieux humides et hydriques*, LQ 2017, c 14. Voir aussi *Québec (PG) c Atocas de l'érable inc*, 2013 QCCA 1794. Sur les enjeux juridiques soulevés par la protection des milieux humides, voir Sophie Lavallée, Caroline Laberge et Jérôme Cimon-Morin, « Comment le droit peut-il favoriser l'objectif d'aucune perte nette de milieux humides au Québec dans une perspective de développement durable » dans *Développements récents en droit de l'environnement (2017)*, vol 433, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2017, 1 à la p 1.

88. Soulignons que la nature publique du régime contemporain de droit environnemental soulève des enjeux propres à cette branche du droit, notamment le pouvoir discrétionnaire des décideurs administratifs et la capacité des institutions à se renouveler et à innover, en réponse au développement des connaissances et à l'apparition de nouveaux risques environnementaux. Le présent article n'aborde pas ces questions. Pour une perspective américaine sur ce point, voir Tarlock, « Rule of Law », *supra* note 7.

89. Daigneault, *supra* note 73 à la p 195.

collectif⁹⁰. Comment, alors, concevoir ces limites? Quel est le fondement de cet empiètement du droit environnemental sur le droit de propriété⁹¹?

La tension relative à ces questions est aussi mise en évidence par la distinction entre les limites du second mouvement, qui relèvent du droit public, et l'expropriation. Au Canada, pour qu'il y ait expropriation et, donc, obligation d'indemnisation par l'État, il doit non seulement y avoir une « stérilisation »⁹² du droit de propriété, mais également une appropriation par l'État⁹³. Il n'est pas nécessaire que cette confiscation porte sur l'ensemble du bien. L'appropriation par l'État d'une servitude ou d'un droit de coupe pourrait constituer une expropriation⁹⁴. Or, qu'en est-il lorsque l'État éteint un droit sans se l'approprier? Le droit environnemental a souvent un tel effet. En termes civilistes, le droit stérilisé demeure-t-il dans le patrimoine du propriétaire? Disparaît-il ou entre-t-il dans un autre patrimoine? La souveraineté parlementaire permet au législateur d'imposer ces limites, mais elle ne leur fournit ni fondement ni articulation spécifique. L'un des objectifs de l'examen qui suit est de tenter de pallier ce manque.

II. NARRATIONS ALTERNATIVES À LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE : REVUE DES CONCEPTS DU DROIT DES BIENS À VOCATION ENVIRONNEMENTALE

La question est ici de savoir comment fonder en droit des biens le second mouvement de limites à la propriété, soit les régimes législatifs

90. L'intérêt collectif a une portée plus restreinte que l'intérêt public. En effet, l'intérêt collectif peut se rapporter à un ensemble d'intérêts privés ou correspondre à l'intérêt d'un groupe particulier ou d'une collectivité restreinte à l'intérieur même de la société. En revanche, l'intérêt public correspond à l'intérêt de la société entière. Par ailleurs, un intérêt commun est un intérêt partagé par une communauté déterminée de personnes. Voir Pierre Verge, « L'action d'intérêt collectif » (1984) 25:3 C de D 553 aux pp 557–58.

91. Dans *R v Tener*, une réglementation environnementale rend impossible pour celui qui possède le droit d'exploiter un minerai sur un territoire d'obtenir un permis d'exploitation. La Cour suprême conclut toutefois que, ce faisant, le gouvernement ne s'est pas approprié le droit d'exploiter le minerai et, donc, qu'il ne s'agit pas d'une expropriation. Voir *R v Tener*, [1985] 1 RCS 533, 17 DLR (4th) 1. Voir aussi Emerich, *Droit commun des biens*, *supra* note 23 aux pp 235–37.

92. *Wallot*, *supra* note 1 aux para 43 et 47.

93. Voir Hamill, « Common Law Property Theory », *supra* note 6 à la p 692. Voir aussi *Tener*, *supra* note 91 aux para 35–37.

94. Voir *Massie c St-Adolphe d'Howard (Municipalité de)*, (1990) RDI 463, 1990 CanLII 3712 (QC CA).

et réglementaires environnementaux. Plus précisément, par le truchement de quels concepts le droit environnemental actuel s'est-il frayé un chemin dans le droit des biens contemporain? Cette question importe, notamment, pour la cohérence, l'interprétation et le développement du droit environnemental au sein du droit des biens. Cette partie présente et examine tour à tour les trois principaux concepts ayant servi de vecteurs au droit de l'environnement en droit des biens contemporain, à savoir : la chose commune du droit civil (A), la fiducie publique de la common law (B) et le patrimoine commun du droit international (C).

A. Chose commune

Nous présenterons d'abord la notion de chose commune, issue du droit romain (1), avant d'en évaluer la pertinence (2).

1. Présentation

L'existence juridique de la chose commune remonte au droit romain, mais elle a longtemps été reléguée en marge du droit : « [h]ors du droit l'on trouve, d'abord, certains phénomènes naturels sur lesquels il n'est guère besoin d'insister. Qu'il vente, que le soleil brille ou que le ciel soit couvert de nuages, voilà des faits purs. Le droit n'a aucune prise sur eux »⁹⁵. La reconnaissance du caractère commun de ces éléments n'est que la constatation d'un état de fait. Cela explique peut-être la « relative indifférence » de la doctrine et de la jurisprudence à l'égard du concept⁹⁶. Comme le souligne Marie-Alice Chardeaux, dans une orchestration du régime des biens centrée sur la propriété privée, la chose commune fait figure de « fausse note »⁹⁷.

La tradition civiliste définit la chose commune comme étant non susceptible d'appropriation⁹⁸. Pour la doctrine, les choses communes sont si vastes, si abondantes et si nécessaires, que le contraire est difficilement

95. Laurent Leveneur, *Vocabulaire fondamental du droit*, t 35, Paris, Sirey, 1990 *sub verbo* « Le fait », à la p 142, spéc n° 15 à la p 162 cité dans Chardeaux, *supra* note 17 à la p 1.

96. *Ibid* à la p 4. On peut aussi noter, à titre illustratif, que le moteur de recherche SOQUIJ ne recense pas les décisions portant sur les choses communes.

97. *Ibid*.

98. Art 913 CcQ. Le *Code civil Français* [C civ] adopte une formulation similaire à son article 714 : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ».

concevable⁹⁹. Leur inappropriabilité est descriptive et naturaliste¹⁰⁰, elle tient à la nature de la chose¹⁰¹. Comme le dit Domat : « [L]es 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 »¹⁰². Cependant, les enjeux contemporains ont transformé cette conception traditionnelle de la chose commune¹⁰³. Il est désormais physiquement possible de s'approprier certains fragments des choses communes. Or, le Code civil, même lors de la recodification, maintient le principe selon lequel elles ne sont pas objets d'appropriation¹⁰⁴. Leur inappropriabilité n'est donc plus descriptive, mais normative¹⁰⁵. Le Code civil ne la constate plus, il la déclare.

L'inappropriabilité de la chose commune signifie qu'elle ne peut être l'objet d'un droit réel¹⁰⁶. On ne peut en avoir l'usufruit ou la propriété ni la grever d'une servitude. On ne peut non plus la posséder ou la détenir, puisque ces relations sujet-objet présupposent l'appropriabilité de leur objet¹⁰⁷. La chose commune n'est donc pas non plus l'objet d'une propriété collective qui, tout comme la propriété individuelle, emporte une forme d'exclusivité qui lui est antithétique¹⁰⁸. Ainsi, la chose commune n'est pas un bien, mais simplement une chose¹⁰⁹, dont l'inappropriabilité entraîne l'extracommercialité¹¹⁰.

99. Deffairi, *supra* note 5 à la p 130.

100. Rochfeld, *supra* note 16 à la p 357.

101. Marie-Christine Piatti, « Patrimonialisation et biodiversité, salir pour mieux s'approprier » dans Louis-Daniel Muka Tshibende, dir, *Personne et patrimoine en droit : variations sur une connexion*, Bruxelles, Bruylant, 2014 à la p 667.

102. Domat cité dans Trébulle, « Environnement et droit des biens », *supra* note 49 aux pp 87–88.

103. Chardeaux, *supra* note 17 à la p 7; Rochfeld, *supra* note 16 à la p 357. Voir Carol Rose, « The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property » (1986) 53:3 U Chicago L Rev 711; Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

104. L'air et l'eau qui ne sont pas destinés à l'utilité publique et qui sont mis en récipient sont toutefois appropriables; voir art 913 CcQ.

105. Voir Trébulle, « Environnement et droit des biens », *supra* note 49 aux pp 87–88; Rochfeld, *supra* note 16 à la p 357; Piatti, *supra* note 101 à la p 667. Pour Chardeaux, il est impossible d'occuper une chose commune dans sa globalité; on ne peut en occuper — et donc s'approprier — qu'un fragment; Chardeaux, *supra* note 17 à la p 91.

106. *Ibid* à la p 67.

107. *Ibid*.

108. Charles Duvers, « La propriété collective » (6 mai 2003) 90 Petites affiches à la p 4, cité dans Chardeaux, *supra* note 17 aux pp 72–73.

109. *Ibid* aux pp 55–56.

110. *Ibid* à la p 89.

Le libre accès ou la non-exclusivité sont des caractéristiques intrinsèques à la chose commune¹¹¹. Son inappropriabilité est organisée par le droit, afin d'en garantir un usage commun à tous¹¹². Le mot « tous » réfère ici à un ensemble d'utilisateurs, défini comme la « communauté universelle du genre humain », sans égard au statut de la personne, à sa capacité ou à sa nationalité¹¹³. La chose commune est donc gouvernée par un double principe de liberté et de gratuité, en vertu duquel son usage ne peut être subordonné à un paiement ou à une autorisation¹¹⁴. Il n'y a pas de consensus quant à la caractérisation juridique du libre accès ou de cet usage ouvert à tous. Certains y voient un droit subjectif, compris au sens large d'« intérêt juridiquement protégé »¹¹⁵. Ainsi, pour Proudhon, il s'agit d'une servitude personnelle au profit de tous¹¹⁶. D'autres voient dans cet usage une « possibilité », un « fait matériel » découlant de leur nature, plutôt qu'un droit¹¹⁷.

De façon plus générale, la catégorie des choses communes (*res communes*) et l'exclusion du champ de l'appropriable d'éléments essentiels de l'environnement — l'air et l'eau — par le législateur constituent une faiblesse de la vocation environnementale des mécanismes propriétaires. Dans la tradition civiliste, l'air et l'eau sont d'usage commun, ils n'appartiennent à personne¹¹⁸. Or, selon certains auteurs, « si une chose n'appartient à personne, personne ne peut se plaindre de sa dégradation »¹¹⁹. Pour Hardin, lorsqu'une chose n'appartenant à personne est profitable, non seulement personne n'a d'intérêt à la protéger, mais tous ont intérêt à l'exploiter¹²⁰ — c'est ce qui a été désigné comme « la

111. Rochfeld, *supra* note 16 à la p 357. En matière de libre accès à l'eau, il convient de lire conjointement les articles 913 et 920 CcQ. Voir par ex *Morin c Morin*, [1998] RJQ 23, 1997 CanLII 10213 (QC CA).

112. Art 913 CcQ; art 714 C Civ; Piatti, *supra* note 101.

113. Chardeaux, *supra* note 17 à la p 313.

114. *Ibid* à la p 315. Chardeaux souligne néanmoins qu'il existe certaines situations où les utilisateurs ne sont pas égaux, telle l'utilisation de l'eau de cours d'eau non domaniaux, puisque les propriétaires riverains y ont un droit d'usage privilégié; voir *ibid* à la p 322.

115. *Ibid* à la p 329.

116. *Ibid* à la p 43.

117. Deffairi, *supra* note 5 à la p 725.

118. Art 913 CcQ.

119. Trébulle, « Environnement et droit des biens », *supra* note 49 à la p 89. Chardeaux propose cependant de réformer le cadre applicable aux *res communes* pour créer un devoir de conservation des choses communes. Voir Chardeaux, *supra* note 17 aux pp 343-54.

120. Voir Garrett Hardin, « The Tragedy of the Commons » (1968) 162 *Science* 1243.

tragédie des biens communs »¹²¹. Ce problème serait évitable, selon une partie des auteurs, en renforçant le droit de propriété¹²², voire en étendant son assiette, afin de « reconnecter » les différents éléments de l'environnement entre eux¹²³. Suivant cet argument, en conférant un droit plus fort aux propriétaires, on leur permettrait de protéger plus efficacement leurs biens et la jouissance qu'ils en tirent. L'objectif est ici que l'environnement bénéficie indirectement de cette protection¹²⁴.

Cette solution est toutefois difficilement transposable à des éléments plus fondamentaux de l'environnement, dont l'air et l'eau. Faire de ces derniers l'objet d'un droit de propriété reviendrait à transformer leur statut juridique de façon radicale. De surcroît, cela poserait de sérieux problèmes éthiques, puisque l'air et l'eau sont essentiels à la survie¹²⁵.

2. Évaluation

La chose commune parvient-elle à justifier le second mouvement de limites environnementales à la propriété et à donner un cadre conceptuel adéquat au droit de l'environnement en droit des biens?

Le caractère antique de la notion lui confère une crédibilité certaine. Elle a aussi un potentiel symbolique fort, comme en témoigne la recrudescence de travaux universitaires sur la chose commune¹²⁶. L'universalité de l'intérêt porté à la chose commune constitue un moyen de donner du poids à des préoccupations environnementales générales. Cet argument est invoqué dans *Wallot* pour défendre l'intervention de la Ville¹²⁷. Ce serait ainsi sur la base du caractère commun de l'eau que

121. *Ibid.* Pour une critique de cette théorie, voir notamment Ostrom, *supra* note 103; Sigfried V Ciriacy-Wantrup et Richard C Bishop, « "Common Property" as a Concept in Natural Resources Policy » (1975) 15 Nat Res J 713.

122. Voir par ex Elizabeth Brubaker, « Property Rights: The Key to Environmental Protection », (mai 2017), *Fraser Forum* (blogue), en ligne : <www.heartland.org/-template-assets/documents/publications/21395.pdf> à la p 19.

123. Dan Tarlock, « Reconnecting Property Rights to Watersheds » (2000) 25 WM & Mary Envtl L & Pol'y Rev 69 [Tarlock, « Watersheds »].

124. Voir *ibid*; Hardin, *supra* note 120.

125. Voir *Loi sur l'eau*, *supra* note 8, préambule.

126. Cet essor s'inscrit notamment dans la foulée des travaux d'Ostrom et de Rose sur les *commons*. Voir Rose, *supra* note 103; Ostrom, *supra* note 103; Chardeaux, *supra* note 17 à la p 7.

127. Dans *Wallot*, *supra* note 1 au para 19, les intervenants allèguent que l'eau potable comme faisant partie d'un patrimoine commun. Cette qualification vient de la *Loi sur l'eau*, dont il a été montré qu'elle maintient le statut de chose commune de l'eau. Voir *Loi sur l'eau*, *supra* note 8,

la Ville limiterait la prérogative des propriétaires riverains. Autrement dit, bien que l'intérêt immédiat des propriétaires riverains puisse être de maintenir un droit de propriété fort, l'intérêt de tous dans la qualité de l'eau du lac, chose commune, justifie l'intervention de la Ville de forcer la revégétalisation des rives du lac. Appréhender le droit de l'environnement à travers la lentille de la chose commune va, en outre, dans le sens d'une présomption selon laquelle « toute loi est adoptée pour promouvoir l'intérêt général »¹²⁸.

Investir la chose commune d'une mission justificatrice à l'égard du droit environnemental pose toutefois certains problèmes. D'abord, la réglementation environnementale est indépendante du statut juridique de son objet¹²⁹. Le droit environnemental protège l'air et l'eau, mais touche aussi d'autres objets, notamment le sol ou la terre, biens appropriables par excellence¹³⁰.

Ensuite, la réglementation environnementale est édictée par tous les ordres de gouvernement, ce qui est difficilement réconciliable avec le caractère universel de la chose commune¹³¹. Il existe au Canada une loi fédérale et une loi provinciale sur la protection de l'environnement¹³². Or, qui peut gouverner une chose sur laquelle tous ont un intérêt ? Au Québec, la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau*, par exemple, déclare « l'État » gardien de l'eau¹³³, sans préciser à quel ordre étatique se référer. Il n'est pas rare non plus que les municipalités agissent afin de protéger l'environnement, comme on le voit dans *Wallot*¹³⁴ : doit-on n'y voir qu'une délégation de pouvoirs ? Dans

préambule; Madeleine Cantin Cumyn, « L'eau, une ressource collective : portée de cette désignation dans la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection* » (2010) 51:3-4 C de D 595.

128. Voir en ce sens Pierre Issalys et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale : précis de droit des institutions administratives*, 2^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 aux pp 67-70.

129. Voir Deffairi, *supra* note 5 à la p 728.

130. Exception faite du minerai que l'État se réserve; voir Emerich, *Droit commun des biens*, *supra* note 23 à la p 229.

131. Voir par ex Jean-François Girard, « La protection des lacs et cours d'eau au Québec : un navire avec plusieurs capitaines... » dans Paule Halley et Julia Sotousek, dir, *L'environnement, un patrimoine commun et son État gardien — Aspects juridiques nationaux, transnationaux et internationaux*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012, 525.

132. LQE, *supra* note 3; *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, LC 1999, c 33.

133. *Loi sur l'eau*, *supra* note 8, quatrième considérant.

134. Voir aussi 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c Hudson (Ville de)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 RCS 241 [*Canada c Hudson*].

tous les cas, l'intervention d'une autorité publique subétatique souffre d'un défaut de légitimité, parce qu'elle ne représente qu'une partie du groupe.

En outre, si la chose commune a un intérêt certain, puisqu'elle permet de garder hors du champ de l'appropriation privative certains biens jugés essentiels par une société donnée, le concept est toutefois entaché d'une certaine fragilité, en raison de son absence de contenu positif. Autrement dit, aucune responsabilité particulière de l'État ou de la collectivité ne découle de ce statut; la chose commune semble ainsi se perdre dans la généralité de ses conséquences. La chose commune, du moins dans son acception traditionnelle, fournit donc une justification incomplète de l'intervention étatique en matière environnementale et de la manifestation du droit de l'environnement en droit des biens.

B. Fiducie publique

Plutôt que la chose commune, la common law invoque la fiducie publique pour garantir l'accès du public à certains éléments essentiels, dont les eaux navigables. La question se pose donc de savoir si l'on pourrait s'en inspirer pour justifier les limites du second mouvement et lui donner un cadre.

1. Présentation

La catégorie de chose commune est largement étrangère à la common law¹³⁵. En common law, les choses communes du droit civil, telles que l'air et les grandes étendues d'eau, étaient traditionnellement attribuées au souverain¹³⁶. Cela les rapproche davantage des choses ou des biens publics (*res publicæ*) que des choses communes (*res communes*). Cependant, contrairement à la chose commune, le bien public appartient à l'État ou à la couronne : il est exclusif et n'a pas à être ouvert à tous¹³⁷.

135. D'où la nouveauté de la thèse de Rose, *supra* note 103.

136. Sarah E Hamill, « Private Rights to Public Property: The Evolution of Common Property in Canada » (2012) 58:2 RD McGill 365 à la p 374 [Hamill, « Private Rights to Public Property »]; *People v New York & Staten Island Ferry Co*, 68 NY 71 (NY 1877) à la p 76.

137. Chardeaux, *supra* note 17 à la p 17.

En common law, il serait toutefois inexact de qualifier le littoral et les eaux navigables de biens publics. Dès 1215, la *Magna Carta* contraint légèrement la prérogative du souverain sur le littoral dans l'intérêt public¹³⁸. Sur cette base, la jurisprudence a ensuite progressivement étendu la portée de ces dispositions, renforçant ainsi le droit du public au littoral¹³⁹. Plusieurs siècles plus tard, la doctrine a tiré de cette évolution jurisprudentielle la théorie de la fiducie publique (*public trust doctrine*)¹⁴⁰.

Selon cette théorie, certains éléments naturels, comme le littoral et les eaux navigables, constituent une fiducie publique (*public trust*), sur laquelle le gouvernement n'a qu'un contrôle restreint¹⁴¹. La fiducie publique se distingue du modèle propriétaire par sa destination d'intérêt public et par l'inaliénabilité de son objet¹⁴². Les droits du public sur le contenu de la fiducie publique ne sont généralement pas considérés par la doctrine comme étant de nature propriétaire. On y voit parfois un type de servitude (*easement*) — quoiqu'il y ait une certaine ambiguïté sur cette question, attribuable en partie à la proximité conceptuelle et historique de la fiducie publique et de la chose commune¹⁴³. L'État étant fiduciaire des choses qui font l'objet de cette fiducie, il ne peut les aliéner ou en changer la destination¹⁴⁴. Cette conception est également avalisée par des considérations plus générales. Certaines choses sont si intrinsèquement publiques qu'il serait

138. William Drayton Jr, « The Public Trust in Tidal Area » (1970) 79:5 Yale LJ 762 aux pp 765 et s; Bradley Freedman et Emily Shirley, « England and the Public Trust Doctrine » (2014) 8 J Plan & Envtl L 839 à la p 840.

139. Drayton, *supra* note 138 aux pp 767–68.

140. Voir par ex Joseph Angell, *A Treatise on the Right of Property in Tide Waters and in the Soil and Shores Thereof*, 1^{re} éd, 1826 aux pp 33–34, cité dans Drayton, *supra* note 138 à la p 768. Voir aussi Joseph L Sax, « The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention » (1969) 68 Mich L Rev 471 aux pp 476–77 [Sax, « PTD »].

141. *Ibid.* Voir aussi Rose, *supra* note 103 aux pp 727–28.

142. Voir Hamill, « Private Rights to Public Property », *supra* note 136 aux pp 368, 384; Rose, *supra* note 103 à la p 728. Cette idée est aussi présente dans la tradition civiliste par la notion de « surintendance » du roi sur le domaine de la couronne. Voir Deffairi, *supra* note 5 à la p 127; Chardeaux, *supra* note 17 à la p 48.

143. Voir Richard J Lazarus, « Changing Conceptions of Property and Sovereignty in Natural Resources: Questioning the Public Trust Doctrine » (1985) 71 Iowa L Rev 631 à la p 647; Rose, *supra* note 103 à la p 761; Drayton, *supra* note 138 aux pp 766, 769.

144. Sax, « PTD », *supra* note 140 aux pp 476–78 et 486.

contestable d'en permettre l'appropriation¹⁴⁵ — ce qui rejoint ici le raisonnement civiliste en matière de choses communes.

Au cours des XVIII^e et XIX^e siècles, les tribunaux américains se sont approprié la doctrine de la fiducie publique et l'ont développée¹⁴⁶. L'affaire *Illinois Central* constitue son incarnation la plus forte¹⁴⁷. Dans cette affaire, la législature de l'État de l'Illinois avait octroyé à une compagnie ferroviaire la propriété d'une large bande littorale au centre-ville de Chicago, s'étendant loin sous le lac Michigan¹⁴⁸. Quatre ans plus tard, le gouvernement de l'Illinois a souhaité revenir sur sa décision et a demandé au tribunal de déclarer le transfert invalide¹⁴⁹. La Cour suprême américaine a fait droit à cette demande, estimant que l'État ne peut se défaire entièrement d'un espace pour lequel il a la responsabilité d'assurer l'accessibilité des droits¹⁵⁰. Le titre que possède l'État sur les fonds marins et le littoral est ainsi différent de celui qu'il détient sur les terres publiques¹⁵¹. Alors que l'État peut vendre son droit de propriété sur les terres publiques, il détient le titre sur le littoral et les fonds marins en fiducie pour le public, afin de garantir le droit d'accès de celui-ci aux eaux navigables¹⁵².

La portée de la théorie de la fiducie publique est demeurée plutôt étroite en Angleterre¹⁵³. Dès le XIX^e siècle, les tribunaux ont écarté la possibilité d'un droit d'accès du public au littoral¹⁵⁴. Cela contribue à

145. Ainsi, en common law américaine, on ne peut avoir d'intérêt propriétaire dans l'eau. On ne peut avoir qu'une forme d'usufruit. Voir *ibid* à la p 485.

146. Voir *Arnold v Mundy*, (Supreme Court of New Jersey, 1821) 6 NJL 1; *Greer v Connecticut*, 161 US 519 (1896) aux pp 533–34.

147. Scott Kidd, « Keeping Public Resources in Public Hands: Advancing the Public Trust Doctrine in Canada » (2006) 16:2 J Envtl L & Pract 187 à la p 193; Harry Bader, « Antæus and the Public Trust Doctrine: A New Approach to Substantive Environmental Protection in the Common Law » (1992) 19:4 Boston College Envtl Aff L Rev 749 à la p 752.

148. *Illinois Central R Co v Illinois*, 146 US 387 (1892) aux pp 433–34 [*Illinois Central R Co*]. Voir aussi Kidd, *supra* note 147 à la p 193.

149. Kidd, *ibid*.

150. *Illinois Central R Co*, *supra* note 148 aux pp 453–54. Voir aussi Bader, *supra* note 147 à la p 752.

151. *Illinois Central R Co*, *supra* note 148 à la p 452.

152. *Ibid*.

153. « *not as well formed in England [...] as it is in the United States* »: Freedman et Shirley, *supra* note 138 à la p 842. Voir également la récente analyse de la Cour suprême du Royaume-Uni dans *R (on the application of Newhaven Port and Properties Limited) v East Sussex County Council and another*, [2015] UKSC 7. Voir aussi Hamill, « Private Rights to Public Property », *supra* note 136 à la p 390.

154. *Blundell v Caterall*, (1821) 5 B & ALD 268, [1821] Eng R 579.

expliquer la quasi-absence de la théorie de la fiducie publique en jurisprudence canadienne¹⁵⁵. Seules une décision de la Cour suprême de la fin du XIX^e siècle¹⁵⁶ et quelques décisions de tribunaux de première instance¹⁵⁷ réfèrent à la notion de fiducie publique — bien que la doctrine y soit sensible depuis plusieurs décennies¹⁵⁸. En 2004, la Cour suprême a « flirté »¹⁵⁹ avec l'idée dans l'arrêt *Canadian Forest Products*, où elle note qu'il ne semble y avoir « aucun obstacle juridique » à la reconnaissance de la fiducie publique au Canada, sans toutefois trancher la question¹⁶⁰. Peu de temps après, les tribunaux de l'Île-du-Prince-Édouard ont refusé de radier une réclamation contre le gouvernement fédéral sur la base de l'existence d'une fiducie publique en matière de pêche¹⁶¹. La fiducie publique n'a toutefois connu aucun développement au Canada depuis lors.

L'émergence et le développement de la fiducie publique répondent donc d'abord à des impératifs économiques et commerciaux : on protège le droit d'accès, de pêche et de navigation. Il faut attendre l'année 1970 pour que Sax propose d'étendre la doctrine de la fiducie publique en réponse aux enjeux environnementaux¹⁶². Cet auteur a notamment

155. « *Largely unknown and unused in Canada* » : Kendra Fogarty et al (panel), « Emerging Legal Issues in the Great Lakes Such as the Public Trust Doctrine, Subterranean Rights and Municipal Regulatory Arrangements » (2010) 34:2 Can-US LJ 279 à la p 294; Samuel Silverstone, « Canadian Park Systems as Open Space: How Much Protection » (1974) 22:9 Chitty's LJ 324 à la p 326.

156. *R v Robertson*, (1882) 6 SCR 52.

157. *Green v Ontario* (1972), 34 DLR (3rd) 20 (Ont HCJ); *R v Mann*, 1990 CanLII 603 (BC SC); *Mann v Canada*, 1991 CanLII 1962 (BC SC).

158. Constance D Hunt, « The Public Trust Doctrine in Canada » dans John Swaigen, dir, *Environmental Rights in Canada*, Canadian Environmental Law Research Foundation, Toronto, Butterworths, 1981 à la p 151; John C Maguire, « Fashioning an Equitable Vision for Public Resource Protection and Development in Canada: The Public Trust Doctrine Revisited and Reconceptualized » (1997) 7 J Envtl L & Prac 1; Barbara Von Tigerstrom, « The Public Trust Doctrine in Canada » (1997) 7 J Envtl L & Prac 379; Jane Matthews Glenn, « Crown Ownership of Water » (2010) 51 C de D 493 à la p 503.

159. Paul Finn parle de « recent flirtation » du tribunal avec la notion dans Paul Finn, « Public Trusts and Fiduciary Relations » dans Ken Coghill, *Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust*, Surrey, Ashgate Publishing Company, 2012, 31 à la p 36.

160. *Colombie-Britannique c Canadian Forest Products Ltd*, 2004 CSC 38 aux para 74 et s, [2004] 2 RCS 74 au para 82 : « Le présent pourvoi ne se prête pas à l'examen de ces questions difficiles » [*Canadian Forest Products*]. Voir Glenn, *supra* note 158 à la p 504.

161. En première instance de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard : *Prince Edward Island v Canada (Minister of Fisheries & Oceans)*, 2005 PESCTD 57 aux para 5–6, 256 Nfld & PEIR 343. Et en appel : 2006 Carswell PEI 72. Voir aussi Andrew Gage, *Public Environmental Rights: A New Paradigm for Environmental Law?*, Vancouver, Continuing Legal Education Society of BC, 2007 à la p 10.

162. Voir en ce sens *ibid*. Voir aussi Lazarus, *supra* note 143 à la p 640.

suggéré d'utiliser la théorie de la fiducie publique pour contraindre l'État à respecter ses obligations de fiduciaire¹⁶³.

2. Évaluation

Bien que présentant un certain intérêt, le concept de fiducie publique constitue sans doute un fondement insuffisant aux limites du second mouvement. Tout comme la chose commune, la fiducie publique attribue un ensemble d'intérêts au public en général¹⁶⁴. Cependant, elle offre davantage de flexibilité et de contenu. En effet, la référence au contexte de la fiducie importe les modalités de gestion qui y sont applicables¹⁶⁵. La notion de chose commune, provenant d'une époque où l'humanité n'avait aucune emprise sur elle, ne porte en elle-même aucune indication quant à sa gouvernance, contrairement à l'utilisation potentielle de la fiducie. Les auteurs soulignent également la fonction justificatrice de la fiducie publique. À l'origine, le pouvoir d'intervention environnementale des autorités gouvernementales était faible et un intérêt, que le civiliste qualifierait de réel, dans l'objet de la réglementation, était nécessaire¹⁶⁶. La fiducie publique le lui fournissant, elle constituait la condition d'une possibilité de son intervention. Cette condition n'est plus nécessaire aujourd'hui, grâce à l'essor du droit environnemental.

Cependant, au moins dans son état actuel, la doctrine de la fiducie publique est notoirement vague — particulièrement en matière environnementale¹⁶⁷. On lui reproche son incapacité à expliquer pourquoi et dans quelles circonstances des droits sont acquis par la fiducie publique¹⁶⁸. On peut également invoquer son faible contenu normatif. Outre l'obligation de garantir l'accès et une certaine interdiction d'aliéner, quels sont les devoirs de l'État fiduciaire envers l'environnement ? Comme le souligne la Cour suprême du Canada, cette doctrine soulève « des questions de politiques générales nouvelles et manifestement importantes » :

163. Sax, « PTD », *supra* note 140 à la p 561.

164. Gage, *supra* note 161 à la p 10.

165. Dans un esprit similaire, Cantin Cumyn suggère que la *Loi sur l'eau* rende le régime juridique de l'administration du bien d'autrui applicable au législateur : voir Cantin Cumyn, *supra* note 127 à la p 605.

166. Lazarus, *supra* note 143 aux pp 665, 668.

167. Rose, *supra* note 103 à la p 722. Voir aussi Lazarus, *supra* note 143 à la p 642.

168. Rose, *supra* note 103 à la p 722.

Parmi ces questions, mentionnons la responsabilité possible de la Couronne pour *inaction* en cas de menaces pour l'environnement, l'existence ou l'absence d'obligations fiduciaires contraignantes de la Couronne envers le public à cet égard, les limites du rôle et de la fonction des gouvernements pour les mesures prises à l'encontre d'actes préjudiciables à la jouissance des ressources publiques par le public ainsi que les voies de droit qui leur sont ouvertes sous ce rapport, et le spectre d'une responsabilité indéterminée qui serait imposée à des parties privées pour des sommes indéterminées en cas de préjudice écologique ou de dommage environnemental [italiques dans le jugement]¹⁶⁹.

Par ailleurs, il existe une certaine incompatibilité entre la doctrine de la fiducie publique et le *trust* traditionnel¹⁷⁰. La common law exige que le sujet et l'objet du trust soient certains¹⁷¹. Or, il est difficile de prétendre que la fiducie publique satisfait ces conditions — particulièrement depuis l'impulsion de Sax, qui souhaite voir la fiducie publique englober davantage d'éléments environnementaux.

De façon générale, la jurisprudence canadienne est réticente à l'idée d'imposer des obligations de nature fiduciaire aux autorités publiques¹⁷². L'autorité publique, dans l'exercice de ses fonctions, doit souvent concilier des intérêts divers. Cette réalité est difficilement conciliable avec l'imposition d'obligations fiduciaires qui requièrent, au contraire, un devoir de loyauté envers un bénéficiaire unique¹⁷³.

En droit civil québécois, la doctrine de la fiducie publique peut être considérée comme problématique, compte tenu de la définition restreinte de la fiducie par le Code civil¹⁷⁴:

169. *Canadian Forest Products*, supra note 160 au para 81.

170. Glenn, supra note 158 aux pp 507 et s. Glenn montre qu'une fiducie publique ne comprenant que les eaux *in situ* pourrait toutefois satisfaire à ces conditions.

171. *Knight v Knight*, (1840) 49 ER 58.

172. *Guerin c La Reine*, [1984] 2 RCS 335 à la p 385 : « la Couronne n'est pas normalement perçue comme un fiduciaire dans l'exercice de ses fonctions administratives et législatives ». Voir aussi *Norfolk v Roberts* (1913), 28 OLR 593, 13 DLR 463, où la Cour d'appel de l'Ontario refuse d'imposer des obligations fiduciaires à une municipalité.

173. *Harris c Canada*, [2002] 2 RCF 484 au para 178, 2001 CFPI 1408. Voir aussi Andrew S Gold, « Reflections on the State as Fiduciary » (2013) 63:4 UTLJ 655 à la p 656.

174. Sur le lien possible entre gestion de l'eau et fiducie en droit civil québécois, voir Hugo Tremblay, « La gestion économique de l'eau souterraine par le droit de propriété au Québec » (2008) 38 RDUS 483 aux pp 524–26.

1260. La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.

On peut se demander qui serait le constituant de la fiducie publique et à quelle fin ces biens seraient affectés. S'il n'est pas impossible que l'État soit le constituant d'une fiducie publique, il faudrait alors établir quels biens en constitueraient l'objet. L'eau est une composante essentielle des doctrines traditionnelle et moderne de la fiducie publique. Or, son statut de chose commune, en droit québécois, est *a priori* contraire à sa patrimonialisation.

Ce constat ne condamne pas l'idée à être entièrement abandonnée. La professeure Cantin Cumyn préfère — pour des raisons similaires — qualifier l'État de « gardien » plutôt que de « fiduciaire » des ressources en eau¹⁷⁵. Elle conclut néanmoins à l'applicabilité du régime de l'administration du bien d'autrui¹⁷⁶. Le fiduciaire agissant à titre d'administrateur du bien d'autrui¹⁷⁷, les obligations imposées à l'État sont donc similaires, qu'on le désigne comme fiduciaire ou gardien de la ressource. Il doit agir avec prudence, diligence et dans l'intérêt supérieur de la fin poursuivie¹⁷⁸. Par ailleurs, selon Groulx-Julien, la *Loi sur l'eau* québécoise « attribue implicitement un statut de fiduciaire à l'État »¹⁷⁹. Notamment, l'auteure est d'avis que le concept d'État gardien confère une obligation fiduciaire à l'État québécois envers la population québécoise en matière de protection des ressources d'eau¹⁸⁰. Par conséquent, l'État québécois détient de grands pouvoirs de protection de l'eau, mais doit, en revanche, assumer d'importantes responsabilités envers sa population, bénéficiaire de cette fiducie sociale¹⁸¹.

Le cadre de gestion des ressources mis en place par le droit civil québécois et, notamment, par la *Loi sur l'eau* est donc compatible avec

175. Cantin Cumyn, *supra* note 127 à la p 605.

176. *Ibid*; arts 1299–1370 CcQ.

177. Art 1278 CcQ al 2.

178. Art 1309 CcQ.

179. Raphaëlle Groulx-Julien, « Les obligations fiduciaires de l'État pour la protection de l'environnement », Note de recherche, (2009) Cahiers de la CRCDE 1 à la p 2.

180. *Ibid* à la p 30.

181. *Ibid* à la p 5.

l'idée d'une fiducie publique. L'absence de cadre similaire pour d'autres ressources environnementales — ou d'un régime exhaustif de gestion environnemental — indique toutefois que la notion de fiducie publique peut difficilement constituer un fondement général des limites imposées par le droit de l'environnement et lui donner un cadre.

C. Patrimoine commun de l'humanité

Une partie des difficultés posées par la chose commune et la fiducie publique vient de la tentative de recycler une notion antique en vue de satisfaire des besoins contemporains. Au XX^e siècle, dans un esprit de solidarité, la communauté internationale a adopté l'approche inverse en élaborant une notion nouvelle, celle de patrimoine commun de l'humanité¹⁸².

1. Présentation

Le patrimoine commun de l'humanité vise à garantir une utilisation pacifique et équitable de ressources et d'espaces partagés entre les pays¹⁸³. Son élaboration résulterait de la double prise de conscience de la finitude des ressources environnementales planétaires et de leur nécessité pour la survie de l'espèce humaine¹⁸⁴.

La patrimonialité de ce concept est métaphorique, au sens où, selon la doctrine majoritaire, elle n'adopte pas l'acception technique que la tradition civiliste lui attribue¹⁸⁵. Comme la traduction anglaise, *common heritage*, le suggère, le patrimoine commun « renoue avec le champ sémantique originel du terme "patrimoine" »¹⁸⁶ et renvoie aux idées de préservation et de transmission. En effet, le patrimoine commun n'entraîne pas l'application d'un régime juridique aux éléments qui le composent¹⁸⁷. Au contraire, c'est plutôt l'application à une chose d'un régime possédant certaines caractéristiques qui justifie la qualification de patrimoine commun.

182. Deffairi, *supra* note 5 à la p 307.

183. *Ibid.*

184. Alexandre Kiss, «The Common Heritage of Mankind: Utopia or Reality?» (1984–85) 40 *Int'l J* 423 à la p 424.

185. Voir Chardeaux, *supra* note 17 à la p 222; Deffairi, *supra* note 5 aux pp 34, 301.

186. Chardeaux, *supra* note 17 à la p 222. Voir aussi Deffairi, *supra* note 5 à la p 301.

187. Voir Kiss, *supra* note 184 à la p 425; Deffairi, *supra* note 5 à la p 34.

Le patrimoine commun est fondé sur l'intérêt commun de l'humanité à gérer convenablement ces ressources, notamment pour les transmettre aux générations futures¹⁸⁸. Il vise la saine gestion de son contenu, en empêchant les États de revendiquer les ressources pour eux-mêmes. Selon un auteur, ce principe de non-appropriation donne « tout son sens au concept juridique de patrimoine de l'Humanité »¹⁸⁹, car « ce n'est pas la patrimonialité, mais l'extrapatrimonialité »¹⁹⁰ qui caractérise le patrimoine commun. En ce sens, le patrimoine commun rejoint la chose commune.

L'acceptation d'« extrapatrimonialité » doit toutefois être bien comprise. Le patrimoine commun ne vise pas à soustraire son contenu au commerce, mais à lui imposer un régime international de gestion empêchant les États de le revendiquer ou d'acquérir des droits souverains sur lui. On cherche ainsi à garantir une utilisation pacifique et rationnelle des ressources, relativement à leur préservation ou à leur renouvellement, au moyen d'une gestion internationale¹⁹¹. Le principe de non-appropriation ne signifie donc pas que le contenu du patrimoine commun est intrinsèquement inappropriable, mais plutôt qu'un État ne peut se l'approprier¹⁹². Un exemple classique de patrimoine commun peut être trouvé dans le contexte de la mise en place de l'Autorité internationale des fonds marins [ci-après Autorité] par la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* [ci-après Convention], afin d'organiser, sans l'interdire, la patrimonialisation des ressources des grands fonds marins¹⁹³. L'Autorité est une organisation intergouvernementale, qui agit pour le compte et dans l'intérêt de « l'humanité tout entière »¹⁹⁴. Selon le texte de la Convention, les fonds marins eux-mêmes sont

188. Chardeaux, *supra* note 17 à la p 221; voir Kiss, *supra* note 184 à la p 435.

189. Raphaël Rodrigues, « La nation a-t-elle un patrimoine? » dans Muka Tshibende, *supra* note 101, 59 à la p 88.

190. *Ibid.*

191. Deffairi, *supra* note 5 à la p 307; Andréanne Martel, *Le patrimoine commun de l'humanité: solution possible à l'anthropocentrisme en droit international de l'environnement?*, Mémoire de maîtrise en droit international, Montréal, UQAM, 2012 aux pp 76–77; Chardeaux, *supra* note 17 à la p 192.

192. Deffairi, *supra* note 5 à la p 307; Martel, *supra* note 191 aux pp 76–77.

193. *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 1833 UNTS 3, art 136; Deffairi, *supra* note 5 à la p 309; voir Kiss, *supra* note 184 à la p 439. Le patrimoine commun comprend aussi l'espace et les corps célestes; la gestion du continent antarctique présente également plusieurs similitudes avec le concept: *Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes*, 610 UNTS 205; *Traité sur l'Antarctique*, 402 UNTS 5778.

194. *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, *supra* note 193, arts 137, 140.

inaliénables, mais les minéraux qui en sont extraits peuvent être aliénés, conformément à la Convention et aux règles de l'Autorité¹⁹⁵.

2. Évaluation

Le patrimoine commun constitue une justification partielle du second mouvement de limites, à savoir les limites tirées du droit public, et ne peut donc fournir un cadre conceptuel totalement satisfaisant. Il peut sembler contradictoire de l'invoquer comme support général de l'intervention publique nationale ou municipale en environnement. En effet, le patrimoine commun vise précisément le contraire, soit d'empêcher les États de gérer des ressources individuellement et unilatéralement¹⁹⁶. De plus, le patrimoine commun est un produit du droit international. Son évolution est donc entièrement tributaire de la volonté des États¹⁹⁷. Or, si certaines dispositions environnementales québécoises découlent de conventions internationales¹⁹⁸, ce n'est pas la règle. La déclaration de la *Loi sur l'eau*, selon laquelle l'eau est le patrimoine commun de la nation québécoise (évoquée, notamment, par les intervenants dans *Wallot*¹⁹⁹), ne renvoie donc sûrement pas à la définition classique du patrimoine commun, car elle n'est pas applicable. La communauté internationale n'a jamais fait de l'eau un patrimoine commun de l'humanité.

Par ailleurs, il n'est pas clair que le patrimoine commun de l'humanité soit en mesure de répondre à l'ampleur et à l'urgence des enjeux environnementaux contemporains²⁰⁰. En effet, le patrimoine commun suppose une extrapatrimonialité qui peut inquiéter certains États. Cette tension est perceptible dans la *Convention de Rio sur la diversité*

195. *Ibid*, art 137.

196. Voir Rodrigues, *supra* note 189 à la p 87.

197. Martel, *supra* note 191 à la p 5.

198. Par exemple, le *Règlement sur les halocarbures du Québec* a été adopté afin de se conformer aux obligations du Canada en vertu de la *Convention de Vienne: Règlement sur les halocarbures*, RLRQ c Q-2, r 29; *Convention de Vienne sur la protection de la couche d'ozone*, 1513 UNTS 293; Jean-François Simard, *Conférence de presse du ministre délégué à l'Environnement et à l'Eau sur le Projet de règlement sur les halocarbures*, 16 septembre 2002, Assemblée nationale, en ligne: <www.assnat.qc.ca/en/actualites-salle-presse/conferences-points-presse/ConferencePoint Presse-1185.html>. Voir également Charles-Emmanuel Côté, *L'utilisation du droit international en droit canadien de l'environnement*, Calgary, Institut canadien du droit des ressources, 2012.

199. *Wallot*, *supra* note 1 au para 19.

200. Deffairi, *supra* note 5 aux pp 35, 295; Martel, *supra* note 191 à la p 71; Pierre-François Mercure, « La proposition d'un modèle de gestion intégrée des ressources naturelles communes de l'humanité » (1999) 36 *Can Yearbook of Intl L* 41 à la p 42.

biologique de 1992, dans laquelle la notion de patrimoine commun est absente²⁰¹. Cette omission a vraisemblablement été motivée par le désir des pays du Sud de préserver leur souveraineté sur cette ressource, qu'ils détiennent majoritairement²⁰². Le pragmatisme du développement durable semble être davantage parvenu à harmoniser les impératifs de protection environnementale avec ceux du développement économique, essentiel pour les pays en développement²⁰³.

Ainsi, le patrimoine commun, contrairement au développement durable, possède des qualités sémantiques qui en font un concept évocateur. Sa polysémie est cependant à double tranchant, car si elle lui donne une aura « mythique, voire mystique »²⁰⁴, elle entraîne des confusions inévitables.

III. VERS UN PATRIMOINE COLLECTIF, VECTEUR DE PROTECTION ENVIRONNEMENTALE?

Les limites des concepts actuels du droit des biens permettant de donner un cadre au droit de l'environnement conduisent à proposer le « patrimoine » collectif comme vecteur possible de protection environnementale. Après avoir suggéré le « patrimoine » collectif comme idée permettant de protéger l'environnement en droit civil québécois (A), nous verrons qu'un tel concept se marie bien avec la reconnaissance d'une relation fiduciaire étatique dans le contexte environnemental (B).

A. Patrimoine collectif et patrimoine commun

Le patrimoine commun de l'humanité est une notion de droit international, qui ne s'applique pas directement en droit interne. Son développement a néanmoins créé un espace symbolique qu'ont récupéré les législateurs, notamment en France. Il s'agit cependant ici de montrer que le cadre du patrimoine commun, qui a été utilisé en droit civil français, ne devrait pas nécessairement être adopté en droit civil québécois.

En droit français, le patrimoine commun est devenu la figure type de la reconnaissance d'un intérêt commun plutôt que privé ou public,

201. Chardeaux, *supra* note 17 à la p 206.

202. *Ibid.*

203. Mercure, *supra* note 200 aux pp 42–44.

204. Deffairi, *supra* note 5 aux pp 5–6 et 300.

patrimonial ou non²⁰⁵; il constitue une véritable « matrice du droit de l'environnement »²⁰⁶. Le législateur français y a régulièrement recours²⁰⁷, déclarant, par exemple, dans la *Charte de l'environnement* « que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains »²⁰⁸.

Si le patrimoine commun se répand, il ne gagne toutefois pas en précision. Il demeure, pour reprendre les mots de Deffairi : une « source d'inspiration, une donnée première, un principe au-dessus des principes juridiques du droit de l'environnement, qui n'a pas vocation à fonder l'application d'un régime juridique particulier »²⁰⁹. Dans la mesure où elle est déclarée par le législateur, l'incorporation d'un objet au patrimoine commun relève du droit positif, mais elle n'emporte pas de conséquence juridique autonome²¹⁰.

En droit français, le patrimoine commun est indifférent à la patrimonialisation de son contenu²¹¹. C'est ainsi que les biens privés comme les choses communes conservent leur statut après avoir été intégrés au patrimoine commun. C'est une qualification plastique, recouvrant un ensemble hétérogène d'éléments pour les soumettre à une « logique institutionnelle »²¹², à travers laquelle on établit l'appartenance au patrimoine commun, identifie l'organisation compétente et élabore un régime complémentaire au droit commun²¹³.

205. *Ibid* à la p 36.

206. Meynier, *supra* note 7 à la p 123.

207. Selon l'article L 110-1 du *Code de l'environnement*, 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 font partie du patrimoine commun de la nation. Selon l'article L 210-1, l'eau fait partie du patrimoine commun de la nation. Selon l'article L 110 du *Code de l'urbanisme*, le territoire français est le patrimoine commun de la nation. Mentionnons également le patrimoine paysager (art L 131-2, *Code de l'environnement*), le patrimoine minéralogique (art L 342-1, *Code de l'environnement*), la faune et la flore (art L 411-5, *Code de l'environnement*), l'architecture et les paysages (art L 642-1, *Code du patrimoine*). Voir Trébulle, « Domaine universel », *supra* note 30 aux pp 662–63.

208. *Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement*, JO, 2 mars 2005, n° 0051, 3697, préambule.

209. Deffairi, *supra* note 5 à la p 480.

210. *Ibid* à la p 504; Chardeaux, *supra* note 17 à la p 224.

211. Trébulle, « Domaine universel », *supra* note 30 à la p 664; Deffairi, *supra* note 5 à la p 508.

212. Trébulle, « Domaine universel », *supra* note 30 aux pp 664–65; Deffairi, *supra* note 5 à la p 508.

213. Cette logique institutionnelle n'a pas à opérer à l'échelle de l'État. Le législateur français a déclaré que le territoire français est un patrimoine commun, tout en décentralisant sa gestion. Les collectivités locales sont ainsi généralement responsables de l'urbanisme. Voir Conseil d'État, *Enjeux juridiques de l'environnement*, Paris, La documentation française, 2014 à la p 97.

Cet engrenage institutionnel rappelle la parenté entre le patrimoine commun de droit interne et celui de droit international.

Le professeur Trébulle perçoit un « renouveau du domaine éminent » dans l'essor du patrimoine commun en droit interne français²¹⁴ et une « corrélation profonde » entre les limites imposées à la propriété et la reconnaissance d'une dimension commune à certains biens²¹⁵. Ces biens demeurent dans le patrimoine de leur propriétaire, tout en étant « intégré[s] » à un patrimoine commun, auquel participent tous les membres de l'humanité ou de la nation. Le patrimoine commun soustrait certains aspects des ressources qu'il contient à la prérogative du propriétaire, en justifiant l'intervention de l'État²¹⁶. À cet égard, le patrimoine commun s'apparente au domaine éminent de l'Ancien Régime²¹⁷. Le patrimoine commun témoigne d'une évolution du rapport de l'humain au monde, marquée par la conscience de sa fragilité²¹⁸. Trébulle y voit un retour à « une vision organisée de l'Univers »²¹⁹. Il ancre donc le patrimoine commun dans le droit naturel et une analyse de la propriété qui articule le rapport entre l'individu et la communauté.

La notion de patrimoine commun en droit interne français confère une assise théorique générale à l'intervention de l'État en matière environnementale. Le législateur déclare un intérêt fort de tous envers l'environnement. La doctrine s'est quant à elle emparée de cette notion et œuvre à l'intégrer de façon harmonieuse au droit commun. Qu'en est-il en droit civil québécois? La présente étude part d'une reconnaissance de la préoccupation de l'autorité publique québécoise pour l'environnement²²⁰ et cherche à fonder les interventions qui en découlent afin de réunir sous un même principe de légitimation la pléthore de régimes juridiques environnementaux existants, à l'image du patrimoine commun en droit interne français²²¹. En l'absence d'une

214. Trébulle, « Domaine universel », *supra* note 30 aux pp 659–60. Voir Rochfeld, *supra* note 16 à la p 365; Daigneault, *supra* note 73 aux pp 216–17.

215. Trébulle, « Domaine universel », *supra* note 30 à la p 659.

216. Deffairi, *supra* note 5 à la p 523.

217. Trébulle, « Environnement et droit des biens », *supra* note 49 à la p 108.

218. Trébulle, « Domaine universel », *supra* note 30 aux pp 666–67.

219. *Ibid* à la p 667.

220. *Cie pétrolière Impériale ltée c Québec (Ministre de l'Environnement)*, 2003 CSC 58 au para 19, [2003] 2 RCS 624: « La législation québécoise reflète la préoccupation croissante du législateur et de la société d'assurer la préservation de l'environnement ».

221. Deffairi, *supra* note 5 aux pp 294 et 504.

volonté expresse du législateur québécois de recourir à la notion de patrimoine commun pour articuler son intervention en matière environnementale, et en raison des limites du recours au concept de patrimoine commun en droit interne, force est de constater l'imperfection du patrimoine commun dans le paysage juridique québécois. L'idée d'un patrimoine collectif, fondé sur l'intérêt collectif dans l'environnement semble plus fertile.

B. Patrimoine collectif et relation fiduciaire

Après avoir rendu compte du dépassement du cadre traditionnel du droit des biens par le droit environnemental (1), nous verrons que le vecteur du patrimoine collectif semble plus approprié et se marie bien avec la possibilité d'une relation fiduciaire (2).

1. *Le droit environnemental et le dépassement du cadre traditionnel du droit des biens*

Du point de vue du droit des biens, l'émergence du droit de l'environnement se manifeste par l'imposition de limites au droit de propriété²²². Certaines choses se voient ainsi conférer un caractère inappropriable. Ce caractère ne les met toutefois pas hors de la portée du droit des biens. La rationalité interne du droit des biens n'est pas restreinte à l'appropriable, l'inappropriable en étant une composante, qui prend une importance nouvelle dans le contexte environnemental.

La notion de chose commune, par exemple, rend inappropriables l'air et l'eau, deux éléments essentiels à la vie. Par elle-même, cette notion emporte toutefois un faible bagage normatif, d'où la nécessité d'élaborer un régime de protection *ad hoc* comme celui de la *Loi sur l'eau*. Par ailleurs, la chose commune, ainsi que la fiducie publique avec laquelle elle partage certains traits, ont une assiette trop étroite pour fournir une justification générale à l'effet du droit de l'environnement sur le droit des biens. Les sols et la biodiversité, deux aspects fondamentaux de l'environnement, leur échappent. Les premiers sont typiquement objets d'un droit de propriété privée, et la seconde n'est ni appropriable ni commune, en vertu de son statut de chose sans maître.

Les concepts de chose commune et de fiducie publique participent également de la division tripartite du droit des biens entre privé, public

222. Voir la partie I.A ci-dessous.

et commun. Tout doit appartenir à quelqu'un, à l'État ou à tous. L'environnement constitue toutefois un ensemble polymorphe d'éléments dont certains sont appropriables (le sol et la terre) et d'autres non (l'air et l'eau) — éléments qui échappent au cadre traditionnel du droit des biens. Par ailleurs, l'environnement n'a pas de frontières et les symptômes de la crise environnementale se manifestent à toutes les échelles. Certains phénomènes environnementaux, comme les changements climatiques, nous affectent tous; d'autres sont localisés et n'ont d'effets que sur un groupe, comme la pollution de l'eau du lac dans l'affaire *Wallot*.

2. Le vecteur du « patrimoine » collectif et la relation fiduciaire

La pluralité des manifestations du droit de l'environnement appelle un cadre plus flexible, qui pourrait être associé au *patrimoine collectif* plutôt que commun, soutenu par un *intérêt collectif* dans l'environnement²²³. C'est dans une telle direction que semble s'orienter le législateur québécois, qui a récemment précisé ce qui suit dans le préambule de la *Loi sur la qualité de l'environnement* :

[Les dispositions de la présente loi] affirment le caractère collectif et d'intérêt public de l'environnement, lequel inclut de manière indissociable les dimensions écologiques, sociales et économiques.

Les objectifs fondamentaux de cette loi font que la protection, l'amélioration, la restauration, la mise en valeur et la gestion de l'environnement sont d'intérêt général [nos soulignés]²²⁴.

Si le patrimoine collectif n'est pas un patrimoine technique classique au sens d'Aubry et Rau, il s'agit toutefois d'un patrimoine au sein duquel la relation fiduciaire peut jouer²²⁵. Le patrimoine collectif ne constitue pas la réunion d'un passif et d'un actif ni un patrimoine de tous, ce qui serait contraire au principe de l'unicité du patrimoine. Il est

223. Sur l'intérêt collectif et les limites à la propriété, voir Emerich, *Droit commun des biens*, *supra* note 23 aux pp 227 et s.

224. *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement afin de moderniser le régime d'autorisation environnementale et modifiant d'autres dispositions législatives notamment pour réformer la gouvernance du Fonds vert*, LQ 2017, c 4.

225. Sur la conception classique du patrimoine, voir notamment Normand, *supra* note 22 aux pp 16 et s; Charles Aubry et Frédéric-Charles Rau, *Cours de droit civil français*, 4^e éd, t 6, Paris, Marchal et Billard, 1873 aux pp 229 et s.

également difficile d'y voir une « émanation de la personnalité »²²⁶, sauf à reconnaître la Nature comme personne ou sujet de droit. L'idée d'un patrimoine collectif permet plutôt d'exprimer juridiquement le fait que les éléments de la Nature ainsi que les droits sur eux peuvent être à la fois intégrés au patrimoine personnel des individus et protégés par le droit de l'environnement. Il peut ainsi être vu comme une forme de patrimoine d'affectation, mis au service d'un intérêt collectif. Ce faisant, on évite d'en faire un patrimoine des individus ou de l'État — ce qui risquerait d'entraîner des tensions entre les intérêts propres du titulaire du patrimoine et la vocation intrinsèquement collective du patrimoine collectif.

Le collectif renvoie à un ensemble diffus, une collectivité qui va du quartier à la nation, en passant par le village et la région. L'échelle du collectif est élastique. Le collectif se situe entre « l'intérêt général de l'ensemble de la société » et celui de l'individu²²⁷. Il peut être compris comme « la conséquence d'une convergence d'intérêts individuels vers un intérêt commun supérieur qui dépasse la somme des intérêts individuels de ses membres »²²⁸. Il s'insère dans les interstices du commun, du privé et du public — qui ne suffisent pas à rendre compte de l'ensemble de la protection environnementale²²⁹. Ainsi, l'idée d'un intérêt collectif et celle d'un patrimoine collectif semblent bien correspondre à la réalité et aux enjeux des problématiques environnementales.

L'intérêt collectif se distingue fondamentalement de l'intérêt privé. À cet égard, il convient de différencier deux acceptions possibles d'« intérêt collectif »²³⁰. Selon la première, l'intérêt collectif constitue simplement la somme de divers droits individuels. Il n'est alors qu'une modalité plurale de l'intérêt individuel²³¹. La seconde acception d'« intérêt collectif » constitue plutôt la matérialisation de l'intérêt de la collectivité dans l'environnement. Il intéresse la collectivité *en tant*

226. Normand, *supra* note 22 à la p 16. Voir aussi Emerich, *Droit commun des biens*, *supra* note 23 aux pp 343–44.

227. Verge, *supra* note 90 à la p 555.

228. Gaële Gidrol-Mistral, « L'affectation à un but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs? Réflexions autour de l'article 1030 du *Code civil du Québec* » (2016) 46:1 RGD 95 à la p 123.

229. Sur l'importance de la collectivité dans certains phénomènes, voir Rose, *supra* note 103 à la p 767.

230. Voir par analogie Gidrol-Mistral, *supra* note 228 aux pp 97–98.

231. Par exemple, à certains égards, le patrimoine familial constitue un patrimoine collectif; voir arts 414–15 CcQ.

que *collectivité* et non en tant que regroupement d'individus. Il « transcende l'intérêt subjectif individuel de chacun »²³². Ce caractère émergent confère à l'intérêt collectif une qualité « méta-individuel[le] »²³³. Cette dernière acception du patrimoine commun, qui possède une nature différente de celle de l'intérêt privé, est visée ici²³⁴.

Même s'il s'en approche, l'intérêt collectif se distingue aussi de l'intérêt public, parfois aussi dénommé intérêt général. Le terme « public » renvoie à la fois à l'État et à l'ensemble des citoyens²³⁵. L'intérêt public est « l'ensemble des intérêts communs de la collectivité »²³⁶. Il n'est pas incompatible avec l'intérêt collectif. Au contraire, l'État constitue une collectivité. Toutefois, l'intérêt collectif ne vise pas nécessairement un ensemble aussi total. Il n'a pas le caractère d'unicité de l'intérêt public. L'intérêt collectif englobe aussi l'intérêt des collectivités subétatiques et est donc plus vaste que l'intérêt public. En ce sens, la déclaration du nouveau préambule de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, selon laquelle l'environnement a un caractère « collectif et d'intérêt public » n'est ni contradictoire ni incompatible avec l'idée que les limites qu'impose le droit de l'environnement à la propriété reposent ultimement sur un patrimoine collectif.

Lorsqu'une collectivité établit une norme environnementale, elle dit en substance au propriétaire qui déroge à celle-ci : « tu détruis quelque chose que tu ne possèdes pas seul, mais qui nous appartient à tous »²³⁷. L'intérêt collectif fonde ainsi l'intervention législative et réglementaire en matière environnementale²³⁸.

La question des limites à la propriété est ultimement celle des droits que la collectivité retire sciemment au propriétaire. Lorsque l'on analyse la signification et la cohérence de cette masse de droits extirpés du champ de l'appropriable, la notion de patrimoine surgit naturellement

232. Verge, *supra* note 90 à la p 558.

233. *Ibid.*

234. À cet égard, notons qu'il est question ici d'un « intérêt » collectif et non d'un « droit » collectif, le statut de ce dernier et son caractère distinct des droits de l'individu étant plus problématiques. Voir Frédérick Charette, « Des usages intempestifs de l'expression "droits collectifs" » (1997) 38:3 C de D 691.

235. Verge, *supra* note 90 aux pp 557–58.

236. Issalys et Lemieux, *supra* note 128 aux pp 67–70.

237. Trébulle, « Domaine universel », *supra* note 30 à la p 667.

238. Voir les arts 913 et 952 CcQ. Cette fonction de légitimation peut sans doute être rapprochée de celle de la notion d'utilité publique en matière d'expropriation ou de chose commune.

pour le civiliste. En effet, le patrimoine, dans son acception non technique, renvoie à des idées de préservation, de valeur intrinsèque et de transmission aux générations futures, qui sont au fondement d'un rapport sain avec l'environnement²³⁹. L'idée de patrimoine collectif évoque également la nécessité de l'administration de ce patrimoine et les obligations de nature fiduciaire qui s'imposent à ceux qui administrent le bien d'autrui²⁴⁰. En effet, bien que le patrimoine collectif ne constitue ni un patrimoine technique ni une fiducie, il est possible, en suivant Fox-Decent, de défendre une conception plus large de l'obligation fiduciaire, selon laquelle la relation entre l'État (ou les collectivités) et les citoyens est intrinsèquement fiduciaire. Ni une déclaration fiduciaire explicite ni une action du bénéficiaire ne sont alors nécessaires à la mise en place d'une relation fiduciaire : il suffit que l'intérêt du bénéficiaire puisse constituer l'objet d'une obligation fiduciaire, que le fiduciaire ait un pouvoir administratif sur cet intérêt, et que le bénéficiaire soit incapable de contrôler le pouvoir du fiduciaire ou d'administrer lui-même l'intérêt en question²⁴¹. Cet intérêt doit être d'une nature telle qu'il n'est opposable qu'au fiduciaire²⁴².

La présence de bénéficiaires multiples n'est pas fatale à la relation fiduciaire entre État et citoyens. Le devoir fiduciaire de loyauté se transforme en un devoir d'agir de façon raisonnable et équitable envers les différents bénéficiaires, devoir qui demeure de nature fiduciaire; cette transformation « universalise » le devoir fiduciaire de loyauté²⁴³. Cette description de la notion de relation fiduciaire par le professeur Fox-Decent contribue également à justifier l'imposition de limites à la propriété. En effet, l'État aurait comme obligation de respecter son devoir fiduciaire de loyauté et d'agir au nom de tous ses bénéficiaires en matière de protection de l'environnement.

Les citoyens n'ont pas à être les bénéficiaires uniques de cette relation fiduciaire. En effet, le patrimoine collectif — qui se situe quelque part entre le privé, le public et le commun — constitue un vecteur de

239. Voir la partie II.C.1 ci-dessous.

240. Voir par analogie la partie II.B.2 ci-dessous.

241. Evan Fox-Decent, *Sovereignty's Promise: The State as Fiduciary*, Oxford, Oxford University Press, 2011 aux pp 93–94 [Fox-Decent, *Sovereignty's Promise*]. Voir également Evan Fox-Decent, « The Fiduciary Nature of State Legal Authority » (2005) 31 *Queen's LJ* 259.

242. Fox-Decent, *Sovereignty's Promise*, *supra* note 241 à la p 110.

243. *Ibid* aux pp 33–34.

subsidiarité, qui permet à « tous les niveaux de gouvernements »²⁴⁴ de participer à la protection de l'environnement²⁴⁵. L'environnement pensé en termes d'intérêt collectif contribue ainsi à expliquer l'intervention des divers ordres de gouvernement sur des biens qui ne sont pas de leur ressort — qu'ils soient privés ou qu'ils relèvent de la prérogative d'un autre ordre de gouvernement²⁴⁶. Ainsi, un niveau de gouvernement intermédiaire comme le palier municipal, où s'est récemment cristallisée la lutte contre les énergies fossiles²⁴⁷, se trouve à la fois le bénéficiaire et le fiduciaire de cette relation fiduciaire, bien qu'à des égards différents. En effet, les municipalités subissent les décisions des paliers provincial et fédéral, mais constituent par ailleurs des instances ayant une influence majeure sur les citoyens²⁴⁸. Cette élasticité du patrimoine collectif est essentielle. Renvoyant à une pluralité de phénomènes divers, sinon chaotiques, l'environnement s'accommoderait mal de l'imposition d'un régime juridique unique et standardisé²⁴⁹.

L'idée d'un patrimoine collectif en matière environnementale milite également en faveur de la reconnaissance d'un intérêt à agir et d'un large droit à l'information environnementale, lesquels découlent de l'intérêt que l'on reconnaît à la collectivité en matière environnementale²⁵⁰. Le patrimoine collectif consacre aussi une analyse fonctionnelle de la propriété. Le bien n'est plus uniquement un objet de droit réel,

244. *Municipalité de St-Luc-de-Vincennes c Compostage Mauricie Inc*, [2008] 2 RJQ 309 (CA), 2008 QCCA 235, cité dans Michel Gagné et Mira Gauvin, « Le droit à un environnement sain et respectueux de la biodiversité : valeur symbolique ou effet concret? » dans *Développements récents en droit de l'environnement* (2009), vol 300, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009, 3 à la p 36.

245. L'importance du principe de subsidiarité a été reconnue par la Cour suprême dans *Canada c Hudson*, *supra* note 134 au para 3.

246. Notons toutefois que l'idée d'intérêt collectif demeure soumise aux principes fondamentaux du droit constitutionnel, notamment celui de la prépondérance fédérale; voir notamment *Québec (PG) c IMTT-Québec inc*, 2016 QCCS 4337.

247. Hugo Tremblay, « Municipalités et hydrocarbures : chargées à blanc sur la ligne de front? » (2016) 46:1 RGD 179 aux pp 180–81.

248. Sur la tension entre les pouvoirs municipaux et ceux des paliers provincial et fédéral en matière environnementale, voir *ibid*.

249. Sur ce sujet, voir notamment Tarlock, « Watersheds », *supra* note 123.

250. Voir Jean Baril et Michel Bélanger, *Mémoire du Centre québécois de droit de l'environnement*, Commission des transports et de l'environnement de l'Assemblée nationale, 31 août 2015 à la p 56, en ligne: <ccqde.org/wp-content/uploads/2015/08/M%C3%A9moire-CODE-R%C3%A9forme-LQE-2015.pdf>. Sur l'intérêt collectif à agir, voir également Verge, *supra* note 90.

il est également un véhicule de fonctions environnementales²⁵¹. Le sol, par exemple, assure plusieurs fonctions écosystémiques essentielles qui doivent être sauvegardées, son propriétaire ne pouvant légitimement prétendre en compromettre les fonctions collectives²⁵². Ainsi, la matrice juridique d'un bien comporte à la fois des dimensions collectives et individuelles.

CONCLUSION

L'environnement a longtemps été le bénéficiaire indirect des limites imposées à la propriété par le droit privé. L'ampleur de la crise environnementale de la fin du XX^e siècle a toutefois rendu nécessaire l'émergence d'un second mouvement de limites, le droit de l'environnement. Ce nouveau champ normatif a connu une croissance fulgurante. Bien que cette expansion affecte irrémédiablement le droit de propriété, il n'existe pas d'arrimage solide entre le droit des biens et le droit de l'environnement.

Les concepts traditionnels du droit des biens rendent difficilement compte de l'ensemble des limites imposées à la propriété en matière environnementale, notamment celles issues du droit public. La chose commune, la fiducie publique et le patrimoine commun présentent tous un certain intérêt, mais coïncident mal avec les particularités du droit civil québécois et avec la nécessité de fournir un cadre adéquat au droit de l'environnement au sein du droit des biens.

Ainsi, c'est plutôt dans l'idée d'un patrimoine collectif, fondé sur l'intérêt des collectivités dans l'environnement, qu'il faut voir le fondement du second mouvement de limites à la propriété dans l'intérêt public. Le législateur québécois a d'ailleurs récemment reconnu le « caractère collectif et d'intérêt général de l'environnement »²⁵³. En conséquence, l'expansion du droit de l'environnement ne devrait pas être conçue comme un empiètement sur le droit de propriété, mais plutôt comme l'expression sous-jacente de la présence d'un patrimoine collectif, sinon technique, du moins symbolique, en droit civil québécois.

251. Voir François-Guy Trébulle, « Droit communautaire de l'environnement: vers une consécration de l'analyse fonctionnelle de la propriété? » (2006) RDI 436 aux pp 436-37 [Trébulle, « Analyse fonctionnelle »]; Aurore Chaigneau, « Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun » (2014) 3 RIDE 335 à la p 336.

252. Trébulle, « Analyse fonctionnelle », *supra* note 251 aux pp 436, 438; Eric T Freyfogle, « Taking Property Seriously » dans Grinlington et Taylor, dir, *supra* note 11, 43 à la p 57.

253. LQE, *supra* note 3, préambule.

Dans le contexte québécois, la notion de patrimoine collectif semble donc plus juste que celle de patrimoine commun. Contrairement au législateur français, le législateur québécois n'a pas adopté la voie du patrimoine commun pour donner une assise générale à son intervention en matière environnementale. La dimension *collective* du patrimoine collectif reflète également la diversité des sources du droit environnemental. Finalement, en se dissociant du patrimoine commun qui n'offre que peu de contenu normatif en droit interne, le recours au patrimoine collectif en droit civil québécois justifie un renvoi plus large à l'idée de relation fiduciaire, particulièrement riche dans le contexte de la protection environnementale.