

## L'atmosphère comme un patrimoine et les générations futures : des questions juridiques-politico-économiques pour le droit humain au climat

### GRACE LADEIRA GARBACCIO

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Limoges (França), reconhecido no Brasil pela UFSC. Professora (CESMAC/AL, IDP e FIA). Professora convidada da Universidade de Laval (Québec/Canadá) e da Universidade Portuguesa de Porto (Portugal).

### FLÁVIA DANIELLE SANTIAGO LIMA

Doutora e Mestre em Direito Público (UFPE). Professora (UPE e UFPE).

### LYSSANDRO NORTON SIQUEIRA

Doutor em Direito (PUC-RIO). Mestre em Direito Empresarial (FDMC). Graduado em Direito (UFMG). Professor (ESDHC).

*SOMMAIRE : 1 Introduction • 2 Le droit des générations futures et l'environnement : valeurs intrinsèques aux éléments naturels • 3 Comment protéger ce nouveau patrimoine : l'atmosphère et les frontières de l'Etat • 4 Mais qui engagera cette responsabilité au nom de l'Humanité en l'absence d'un représentant institué de cette dernière ? La suppression de frontières • 5 L'atmosphère saine en tant que produit épuisé : la gestion de un bien public global • 6 L'atmosphère en tant que bien pour les générations futures • 7 Quelle sera la valeur de l'atmosphère : comment l'évaluer ? • 8 Conclusion • 9 Références.*

**RÉSUMÉ :** La diffusion du développement durable implique une démarche individuelle, un renouvellement des valeurs morales. Ce renouvellement des valeurs morales individuelles est en pleine discussion, comme il est déduit de l'affirmation du droit au climat dans les normes internationales, qui comprend l'atmosphère partagée par les générations présentes et futures. Il s'agit de procéder à un changement dans la hiérarchie des valeurs. Comment, de l'établissement de l'atmosphère comme patrimoine commun de l'humanité en droit international, est-il possible de garantir ce droit? Pour répondre à cette question de recherche, en tant qu'objectif général, il est proposé la description du droit à l'atmosphère, avec la prétention de la caractériser comme un droit universel, transcendant de la notion de frontières des Etats, mais aussi d'un bien social intergénérationnel dont la garantie a des répercussions économiques. C'est une

recherche exploratoire-descriptive, documentaire et bibliographique, qui combine la production académique dans le cadre du droit international et environnemental.

**MOTS-CLÉS:** Droit au climat • Atmosphère • Générations futures • Développement durable • Normes internationales.

## **A atmosfera como herança (patrimônio) e as gerações futuras: desafios jurídico-político-econômicos para o direito humano ao clima**

*SUMÁRIO: 1 Introdução • 2 O direito das gerações futuras e o meio ambiente: valores intrínsecos aos elementos naturais • 3 Como proteger esse novo patrimônio: a atmosfera e as fronteiras do estado • 4 Mas quem assumirá essa responsabilidade em nome da humanidade na ausência de um representante? A remoção de fronteiras • 5 A atmosfera saudável como um produto esgotado: a gestão de um bem público global • 6 A atmosfera como bem para as gerações futuras • 7 Qual será o valor da atmosfera: como avaliá-lo? • 8 Conclusão • 9 Referências.*

**RESUMO:** A difusão do desenvolvimento sustentável implica uma abordagem individual, uma renovação dos valores morais. Essa renovação dos valores morais individuais está em plena discussão, como se infere da positivação do direito ao clima nas normas internacionais, que compreende a atmosfera como bem compartilhado por gerações presentes e futuras. Trata-se de proceder à mudança na hierarquia de valores. Como, a partir do estabelecimento da atmosfera como um patrimônio comum da humanidade nas normas internacionais, é possível garantir esse direito? Para responder a esta pergunta de pesquisa, como objetivo geral, propõe-se a descrição do direito à atmosfera, com a pretensão de caracterizá-la como um direito universal, transcendente da noção de fronteiras estatais, mas também um bem social intergeracional, cuja garantia tem repercussões econômicas. Trata-se de pesquisa exploratório-descritiva, de cunho documental (normas internacionais) e bibliográfica, de caráter interdisciplinar, que conjuga a produção acadêmica no âmbito do direito internacional e ambiental.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Direito ao Clima • Atmosfera • Gerações Futuras • Desenvolvimento Sustentável • Normas Internacionais.*

## The atmosphere as an inheritance (heritage) and future generations: legal- political-economic challenges for the human right to climate

*CONTENTS: 1 Introduction • 2 The right of future generations and the environment: values intrinsic to natural elements • 3 How to protect this new patrimony: the atmosphere and the borders of the state • 4 But who will assume this responsibility in the name of humanity in the absence of a representative? The removal of borders • 5 The healthy atmosphere as a depleted product: the management of a global public good • 6 The atmosphere as good for future generations • 7 What will be the value of the atmosphere: how to evaluate it? • 8 Conclusion • 9 References.*

**ABSTRACT:** The diffusion of sustainable development implies an individual approach, a renewal of moral values. This renewal of individual moral values is in full discussion, as is inferred from the positivation of the right to climate in international norms, which comprises the atmosphere as well shared by present and future generations. It is about changing the hierarchy of values. How, from the establishment of the atmosphere as a common heritage of humanity in international standards, is it possible to guarantee this right? To answer this research question, as a general objective, the description of the right to the atmosphere is proposed, with the aim of characterizing it as a universal right, transcendent of the notion of state borders, but also an intergenerational social good, whose guarantee has economic repercussions. It is an exploratory-descriptive research, documental (international norms) and bibliographic, of an interdisciplinary character, that combines the academic production in the scope of international and environmental law.

**KEYWORDS:** Right to climate • Atmosphere • Future generations • Sustainable development • International standards.

## 1 Introduction

La diffusion du développement durable implique une démarche individuelle, un renouvellement des valeurs morales. Ce renouvellement des valeurs morales individuelles est en pleine discussion. Il s'agit de procéder à un changement dans la hiérarchie des valeurs. L'éthique s'attache plutôt aux choix individuels parmi des valeurs d'un même niveau ; Tandis que la morale individuelle conduit à une hiérarchie entre des catégories de valeurs. Alors que le discours de Jean-Baptiste de Foucauld mettait l'accent sur une rénovation radicale de ces valeurs, et que le développement durable remet en cause le primat systématique de la maximisation de l'intérêt individuel le cœur du débat est moral, car « il s'agit bien de faire vivre et évoluer une codification des droits et des devoirs sociaux » (*apud* DUGAS, 1999, p. 31-35). Alors que les valeurs relèvent du choix individuel, il existe un support commun qui permet aux individus de vivre en collectivité, et c'est ce support qu'il nous faut faire évoluer pour le convertir en solution pour encourager une société préoccupée par son futur autant que par son présent.

Les conséquences de ce changement de cadre moral sont importantes. Cela signifie que les pouvoirs publics, principaux responsables pour mettre en œuvre les aspirations de la société et pour veiller à son bien-être, vont devoir et sont déjà en train d'intégrer ces nouveaux éléments aux processus de décision, assumer et promouvoir des choix volontaristes et surtout trouver les moyens d'exciter la communication volontaire d'informations – les échanges de bonnes pratiques – leur permettant d'effectuer ces choix.

Dans ce contexte, cet article vise à présenter le débat sur le droit des générations futures comme conséquence du classement du climat comme patrimoine commun de l'humanité, en tenant compte de la législation internationale établissant le droit à l'atmosphère en tant que droit de l'homme universel. De l'examen de la littérature sur le sujet, en utilisant une méthodologie exploratoire et descriptive, l'objectif général est de définir normativement le droit à l'atmosphère et d'explorer les défis juridico-politiques et économiques pour sa garantie. En ce sens, l'intention est d'organiser les obstacles à la réalisation de la loi, avec l'élection des objectifs spécifiques suivants : (i) caractériser l'atmosphère comme un droit universel, qui transcende les États et les frontières, exigeant la réconciliation des intérêts nationaux avec une société mondiale intégrée ; (ii) analyser l'atmosphère comme un bien social intergénérationnel, en combinant le binôme droit et devoir ; et (iii) exposer l'atmosphère comme un bien économique, lié à la notion de développement durable.

En fin de compte, l'objectif est d'innover dans l'approche de la question en combinant la littérature juridique – droit international et droit de l'environnement –

et la production académique sur le sujet et offrent des alternatives pour la discussion du droit à l'environnement en tant que droit humain intergénérationnel, qui montre les défis pour l'affirmation des droits de l'homme dans les temps contemporains.

## 2 Le droit des générations futures et l'environnement : valeurs intrinsèques aux éléments naturels

La crise environnementale elle-même est un sujet hybride : à la fois très naturel, réglé par une nécessité qui nous est extérieure et que nous sommes plutôt impuissants à maîtriser, car très artificielle puisqu'elle est résultat de notre action sur le milieu.

Nous découvrons alors que le problème n'est pas d'être pour ou contre la technique, comme s'il était possible de renoncer à l'action technique. Le problème est ailleurs : que la technique soit fruste ou sophistiquée, qu'elle soit mise en œuvre individuellement ou collectivement, il faut en l'appliquant, s'employer à en faire bon usage. Le *bon usage* est une très vieille idée que l'on trouve par exemple chez Aristote (*apud* LARRÈRE, C.; LARRÈRE, R., 1997, p. 16). Nous sommes responsables de la façon dont nous usons de la nature. Nous devons considérer que cette responsabilité concerne les générations futures nous obligeant à prendre en compte la façon dont nos actes présents engagent l'avenir.

Le bon usage vient examiner l'utilisation de la nature, déterminer les critères de cet usage. La crise environnementale a fait ressortir l'importance de son évaluation. Nous commençons à mobiliser les disciplines traditionnellement normatives, le droit, l'économie, auxquelles nous avons intégré de nouveaux objets : la notion de patrimoine commun, de brevetabilité du vivant, d'internalisation des externalités.

De nouvelles formes d'évaluation sont apparues, visant à attribuer aux éléments naturels une valeur intrinsèque. Cette valeur peut être interprétée comme le propulseur d'un changement de nos comportements, d'une nouvelle éthique de respect ou de responsabilité à l'égard de la nature.

Face à cette nouvelle évaluation, nous pouvons donc définir trois positions différentes : celle qui place l'homme, microcosme dans le macrocosme, au centre de la nature (typiquement grecque) ; celle qui met l'homme à l'extérieur de la nature, en position d'expérimentation et de maîtrise (la position moderne : elle sépare le sujet et l'objet, ouvrant la possibilité d'une maîtrise expérimentale et technique) ; celle qui réinscrit l'homme dans la nature, sans position privilégiée, et qui le considère comme un compagnon – voyageur des autres espèces dans l'odyssée de l'évolution (la plus récente insiste sur notre appartenance à la nature, elle y insère la relation de connaissance ainsi que celle de technique).

Nous pouvons dire que Hans Jonas (1990) a ouvert le débat sur le droit des générations futures, sur l'avenir de l'humanité. A l'enracinement dans la vie on peut objecter, à la façon Kantienne, que ce naturalisme interdit l'humanité : ce n'est pas comme être vivant que l'homme est un être moral, mais comme un être libre qui ne se laisse pas enfermer dans sa pathologie, dans sa dimension corporelle, celle du sentir. Maintenir les conditions de vie de l'humanité sur terre ne peut donc être qu'une obligation indirecte (il n'y a d'obligation directe qu'à l'égard des sujets moraux), et celle-ci fait partie d'une attitude générale à l'égard de la nature, dont l'humanité, comme espèce biologique, ne se distingue pas.

Les droits des générations futures résultent de la façon dont les générations présentes auront su s'acquitter de leurs devoirs, de notre capacité de regarder vers l'avenir. La possibilité que cette génération, nos enfants et nos petits enfants, aura d'exercer ses droits sera en fonction de notre comportement actuel éthique et intellectuel.

Dès ses tous premiers mots, la Charte des Nations Unies évoque le sort des générations futures. Cela n'est pas du tout surprenant. Ce qui peut être considéré comme étonnant, c'est que l'on n'ait pas cherché ensuite à approfondir cette notion de générations futures, en particulier sous l'angle des droits qui devaient sans attendre leur être reconnus. Certes, la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, adoptée par la Conférence générale de l'*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* – UNESCO en 1972 a été inspirée par la préoccupation de sauvegarder ce patrimoine afin de le transmettre intact aux générations futures – et l'expression figure dans le texte. Vingt ans après, au Sommet de la Terre, est adoptée la Déclaration de Rio de 1992, d'où émerge, renforcée, affirmée, la notion de solidarité entre les générations.

Nos actions aujourd'hui ont une influence sur les droits des générations futures. Il nous faut donc garantir ceux-ci pour ne pas les hypothéquer et les mettre en danger. Ceci est valable pour le changement climatique. Les choix de consommations des énergies disponibles et leur gestion, ainsi que les émissions que l'ont fait doivent donc tenir compte de cet impératif. Quelle que soit le type de solution défendue et l'intérêt – politique, économique, financier – qui la motive, ils doivent mettre l'accent sur le droit des générations futures.

Plusieurs droits des générations futures sont en réalité concernés, des droits de l'homme dont la communauté internationale doit légitimement se préoccuper : le droit à la vie et à la conservation du patrimoine génétique, le droit au développement et à l'épanouissement individuel et collectif et le droit à un environnement écologiquement équilibré.

Il faut avouer que les droits des générations futures sont d'une catégorie nouvelle par rapport aux droits de l'homme de la Déclaration universelle de 1948. Certes, le droit connaît, depuis les romains, des cas dans lesquels des droits sont reconnus aux personnes à naître, pas le cas des générations futures – leurs titulaires n'existent pas encore. Il s'agit simplement de généraliser cette possibilité, sans qu'il en résulte pour autant un statut juridique précis pour l'enfant à naître ou pour l'embryon, question dont l'opportunité est actuellement en discussion dans de nombreux pays.

En réalité, l'interprétation doit suivre le chemin opposé : cette nouvelle catégorie de droits est à la charge des générations actuelles comme ses devoirs correspondants. En somme, il s'agit d'un rapport dialectique droits/devoirs, qui devrait nous rendre conscients de l'unité intrinsèque de l'espèce humaine, dans l'espace comme dans le temps.

Prendre en considération les générations futures requiert des concepts plus spécifiques, de façon à saisir les générations dans leur succession et leur différence. La notion de patrimoine semble remplir cette fonction : ce concept, d'origine juridique, a été repris par la sociologie (le patrimoine culturel). « Le patrimoine fait appel à l'idée d'un héritage légué (ou enrichi) par les générations qui nous ont précédés et que nous devons transmettre intact aux générations qui nous suivent » (PRIEUR, 1984, p. 287).

Françoise Choay (1992, p. 78) nous transmet ses réflexions sur le patrimoine comme une notion de pouvoir magique. Elle transcende les barrières du temps et du goût. Dans la catégorie des biens immeubles, elle rassemble, avec les antiquités nationales, les antiquités gréco-romaines et surtout un héritage architectural moderne, parfois même contemporain. Le concept de patrimoine induit alors une homogénéisation du sens des valeurs qui est reproduite, selon un processus différent, quand, après la Seconde guerre mondiale, les architectures des XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècles ont été progressivement intégrées dans la catégorie des monuments historiques.

### **3 Comment protéger ce nouveau patrimoine : l'atmosphère et les frontières de l'Etat**

L'homme s'intéresse depuis longtemps à la mer, pour des questions de défense, de ressources économiques et de transport. Depuis le début des années 1990, le monde maritime connaît de profondes mutations dans ses modes d'exploitation. La croissance continue de la production mondiale des pêches entre 1950 et 1990 est actuellement en cours de révision. Les bilans assez alarmants de l'état des ressources halieutiques maritimes dressés par les institutions internationales (Organisation des Nations Unies pour l'Agriculture et l'Alimentation – OAA), régionales (commission de pêche) ou certains Etats côtiers ont fait prendre conscience de la nécessité de modifier les modes de

conditions d'exploitation des stocks. Face à cette situation, la reconnaissance d'une notion de *pêche responsable* a débouché parmi les pêcheurs. Les pêches représentent une ressource devant alors faire l'objet d'une gestion et d'une conservation durables. L'atmosphère est également une ressource naturelle et doit ainsi faire l'objet d'une gestion et d'une conservation sous la même notion de durabilité.

Mais ce n'est que très récemment (depuis les années 1960 pour la France) que l'Etat s'intéresse à la zone dépassant la proximité immédiate de ses côtes, que ce soit pour des problèmes de police et de défense, de pêche ou d'exploitation des fonds. La protection de l'extension des zones maritimes sous la souveraineté d'un pays fait partie de sa responsabilité, de sa compétence exclusive.

En partant de la côte, les différentes zones maritimes sont les suivantes : eaux intérieures, mer territoriale, zone contiguë, zone économique, plateau continental, haute mer. Concernant la mer territoriale, la Convention UNCLOS – United Nations *Convention on the Law of the Sea* de 1982 sur le droit de la mer a établi que:

1. La souveraineté de l'Etat côtier s'étend, au-delà de son territoire et de ses eaux intérieures et, dans le cas d'un Etat archipel, de ses eaux archipélagiques, à une zone de mer adjacente désignée sous le nom de mer territoriale.

[...]

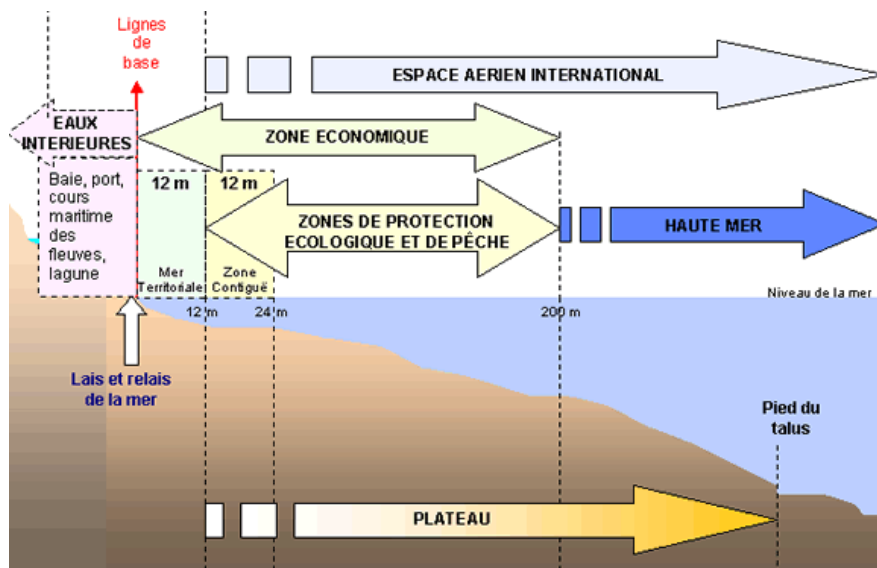
Tout Etat a le droit de fixer la largeur de sa mer territoriale, cette largeur ne dépasse pas 12 milles marins mesurés à partir de lignes de base établies conformément à la Convention.

En pratique, la largeur des eaux territoriales de la France et de celles de la majorité des pays est fixée à 12 milles marins.

La zone économique exclusive (ZEE) est située au-delà de la mer territoriale et adjacente à celle-ci. Elle ne s'étend pas au-delà de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale. Dans la ZEE, l'Etat côtier a : des droits souverains aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles, biologiques ou non biologiques ; des eaux surjacentes aux fonds marins, des fonds marins et de leur sous-sol, ainsi qu'en ce qui concerne d'autres activités tendant à l'exploration et à l'exploitation de la zone à des fins économiques, telles que la production d'énergie à partir de l'eau, des courants et des vents ; une *jurisdiction en ce qui concerne la mise en place et l'utilisation d'îles artificielles, d'installations et d'ouvrages, la recherche scientifique marine, la protection et la préservation du milieu marin.* (UNCLOS, 1982).

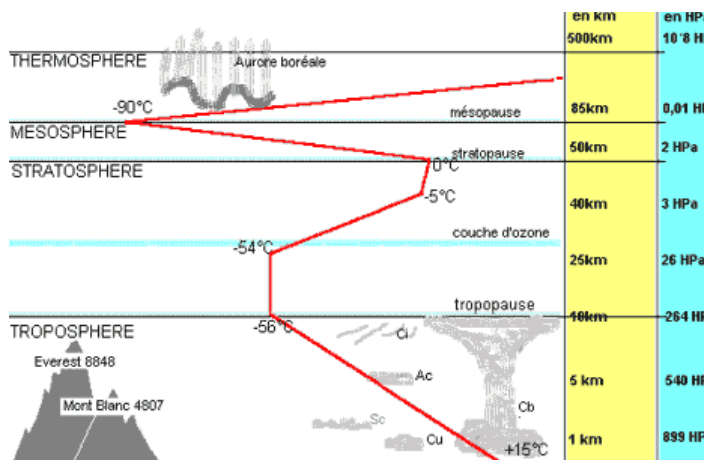


Voici un résumé de la délimitation des zones maritimes en milles marins (m) :



Source : <https://tinyurl.com/y7dcqrkz>

Prenant en compte cette délimitation maritime, nous pouvons constater que l'espace aérien international ne se limite pas à la partie correspondante à la haute mer. Il regroupe les zones de protection écologique de pêche et aussi les 12 milles de respectives à la mer territoriale. Notre analyse concernant l'atmosphère peut suivre le même chemin y agréant la partie de l'atmosphère sur le territoire. Ainsi, la partie de l'atmosphère sous la protection d'un pays correspondra à la partie sur son territoire et aussi la partie maritime de 200 milles, en excluant la haute mer. Ce qui ne ressemble pas à la délimitation de l'espace aérien international. Notre analyse ne va pas approfondir l'étude de la hiérarchie de la protection de l'atmosphère au niveau vertical, c'est-à-dire nous n'allons pas faire évoluer l'étude jusqu'à la différenciation de la protection entre ses couches comme présentées ci-dessus.



Source : <https://tinyurl.com/y9b3kr9c>

Comme le souligne Mazzuoli (2012, p. 811-812), la Convention de Paris a été élaborée pour traiter de l'espace aérien international, dans lequel la thèse de la souveraineté complète et exclusive de chaque État sur l'espace atmosphérique au-dessus de son territoire a été adoptée. Ce document international était toutefois clairement axé sur la réglementation de la navigation aérienne.

On comprend, dans la notion d'environnement naturel ou physique, le sol, l'eau, l'air, la flore et la faune, de sorte qu'il réfléchit sur les éléments abiotiques et biotiques dans leurs généralités, en tant que ressources naturelles caractéristiques de la planète. Malgré les différences, ce sont des ressources étroitement liées et constituent donc des écosystèmes (MILARÉ, 2007, p. 204).

Ce qui nous intéresse ici, est de démarquer la zone horizontale de l'atmosphère, son extension et d'établir la position où chaque Etat doit agir en qualité de protecteur.

En ce sens, les biens qui constituent une préoccupation commune de l'humanité, tels que « le changement climatique de la Terre et ses effets négatifs », qui ont des répercussions sur la conception de l'atmosphère (MAZZUOLI, 2012, p. 1163). Les changements climatiques sont un sujet global, mais pour attaquer cette menace, il nous faut ajuster l'action nationale de chaque pays et pour cela délimiter ses frontières.

Les biens du patrimoine sont des ressources nationales à valeur économique dont la qualification comme patrimoine de l'humanité constitue une spoliation de leur titulaire légitime, l'Etat ; la notion de patrimoine de l'humanité entrant alors en conflit manifeste avec le principe de la souveraineté permanente des Etats sur leurs ressources naturelles consacré par la Résolution 1803 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 14 décembre 1962. Ce raisonnement est valable pour

l'ensemble des autres ressources naturelles nationales présentant un intérêt pour l'environnement mondial, c'est également le cas de l'atmosphère.

Comme présenté par Pietro Perlingieri (2005, p. 91), l'auteur remarque que le bien public n'a pas une seule destination, mais il est surtout utilisable en divers destinations pour répondre à une certaine utilité sociale juridiquement importante.

La première difficulté de la prise en compte de l'atmosphère en tant que patrimoine de l'humanité vient de ce que l'on a voulu la sortir du domaine circonscrit où elle est apparue pour l'étendre, sans en mesurer toutes les implications juridiques, à un champ déjà balisé et au statut juridique déjà défini. En effet, à l'origine, la notion de patrimoine commun de l'humanité a été suggérée et appliquée à des ressources naturelles situées en dehors des territoires étatiques et dans des espaces échappant à la juridiction nationale des Etats : les fonds marins de la zone internationale, par exemple.

La qualification de patrimoine de l'humanité avait elle-même le statut de « *res communis* » et que les ressources qui s'y trouvent sont des « *res communes* ». Il était donc relativement aisé sur le plan juridique de transformer ces biens qui n'appartiennent à personne et qui étaient ouverts à la libre jouissance de tous en patrimoine d'un être abstrait nommé l'Humanité. (KAMTO, 1998, p. 73).

Selon Stefano Rodotà,

[...] il ne faut toutefois pas oublier que l'abstraction du sujet était indispensable pour sortir de la société de statuts et permettre ainsi la reconnaissance de l'égalité. L'invention du sujet de droit, l'institution de l'homme en tant que sujet dans la sphère juridique, reste l'un des grands acquis de la modernité, dont il faut comprendre les traits et la fonction historique. Il faut pour cela, rejeter un usage strictement politique, qui a peu à peu contribué à masquer la force historique et théorique de cette invention, en réduisant le sujet à un squelette qui isole l'individu, l'extrait de tout contexte et néglige ses conditions matérielles d'existence. (2016, p. 3).

Or les ressources naturelles nationales sont des biens entrant dans le patrimoine des êtres juridiques identifiables, dotés de la personnalité juridique nécessaire et de la capacité de vouloir et d'agir : les Etats, représentants légaux des peuples et des nations.

La seconde difficulté de l'institution de la notion de l'atmosphère en tant que patrimoine de l'humanité est intrinsèque à cette notion même. Elle tient au caractère évanescent du titulaire du patrimoine. Mais cette humanité située dans le temps est morcelée dans sa consistance. Ce n'est pas l'Humanité entendue comme *le genre humain* dans sa perpétuation, désignant l'ensemble des peuples de la terre, disons du genre

humain, d'aujourd'hui et de demain. C'est une humanité circonscrite et confinée dans sa représentation à l'objet ou la chose qui justifie du coup son existence.

Reste que ces choses ou ces ressources font l'objet d'une allocation naturelle à des Etats déterminés, ou d'une acquisition dans certains cas, ou d'une attribution par affectation territoriale ou à la suite d'une délimitation des frontières. Dans tous les cas leurs propriétaires sont connus ou identifiables. Il serait dès lors infondé en droit et irréaliste en pratique d'envisager que la propriété de ces ressources naturelles fût au profit d'une entité supérieure voire transcendante dont ils participent, c'est-à-dire l'humanité.

Certes en s'appuyant sur la conception civiliste inspirée du droit romain, on pouvait à première vue appliquer utilement, dans une perspective internationaliste, à la gestion durable des forêts, et plus largement des ressources naturelles, la théorie moderne du droit de propriété telle qu'elle a été reconstruite par la doctrine et la jurisprudence. En appliquant la théorie de l'*abus de propriété* on pourrait, en effet, développer l'idée que ce n'est pas parce qu'il est le propriétaire des ressources naturelles situées sur son territoire que l'Etat peut les gérer de façon anarchique et écologiquement irrationnelle. Dans l'observation des dispositions pertinentes des conventions auxquelles il a souscrit, voire avec une intention de nuire à l'environnement des pays voisins ou à l'équilibre écologique mondial : « l'abus du droit de propriété engage la responsabilité du propriétaire dans le terme du droit commun » (KAMTO, 1998, p. 76).

En se rapportant au propos de Rodotà :

[...] on retrouve ici le lien fondamental entre souveraineté et propriété, ou bien, dans les analyses les plus récentes, entre État et marché, une dyarchie que la catégorie de « *biens communs* » permettrait justement de dépasser. La dissolution de ce lien constitue depuis longtemps un problème que l'on a cherché à résoudre à partir des années 1960, en construisant une catégorie de biens déclarés comme patrimoine *commun* de l'humanité. Les traités et les conventions internationales se réfèrent à certains de ces biens en leur donnant une valeur juridique et des significations différentes : il s'agit, en particulier, du fond des mers, de l'Antarctique, de l'espace extra-atmosphérique, du patrimoine culturel de chaque État, du génome humain. Autrement dit, on le voit, des biens de natures très différentes, qu'il est toutefois possible de rapprocher pour démontrer l'existence d'une dynamique institutionnelle visant à la reconnaissance de biens publics à l'échelle globale. (2016, p. 5, grifons dans l'original).

#### 4 Mais qui engagera cette responsabilité au nom de l'Humanité en l'absence d'un représentant institué de cette dernière ? La suppression de frontières

C'est pourquoi il importe de repenser la notion d'Humanité dans une conception opérationnelle telle qu'elle semble se dégager de la pensée (juridique) contemporaine. L'Humanité y est fondamentalement justiciable d'une approche éthique et non pas rigoureusement juridique. Privilégiant le contenu voire la finalité de la notion, à l'exactitude et la rigueur des concepts, on en vient à fonder l'existence juridique de l'Humanité par sa nécessité ou son utilité : l'humanité existe en tant que sujet de droit titulaire d'un patrimoine parce qu'elle doit exister dans l'intérêt de la gestion durable des ressources naturelles et au nom d'une théorie du patrimoine écologique intergénérationnel (KAMTO, 1998, p. 76).

Certes en s'appuyant sur la conception civiliste inspirée du droit romain, on pouvait à première vue appliquer utilement, dans une perspective internationaliste, à la gestion durable des forêts, et plus largement des ressources naturelles, la théorie moderne du droit de propriété telle qu'elle a été reconstruite par la doctrine et la jurisprudence. En appliquant la théorie de *l'abus de propriété*, on pourrait, en effet, développer l'idée que ce n'est pas parce qu'il est le propriétaire des ressources naturelles situées sur son territoire que l'Etat peut les gérer de façon anarchique et écologiquement irrationnelle. Dans l'inobservation des dispositions pertinentes des conventions auxquelles il a souscrit, voire avec une intention de nuire à l'environnement des pays voisins ou à l'équilibre écologique mondial : « l'abus du droit de propriété engage la responsabilité du propriétaire dans le terme du droit commun » (KAMTO, 1998, p. 76).

En l'état actuel du droit positif, l'Humanité n'existe que comme sujet de droit institué et s'est effectivement représentée que dans le domaine des fonds marins et accessoirement en matière pénale, que ce soit dans l'ordre interne des Etats ou dans l'ordre international.

Pour le reste est inclus l'atmosphère, l'Humanité demeure une idéalité et non une identité, une virtualité, non une réalité ; c'est un concept refuge dans lequel la pensée contemporaine projette ses rêves d'humanisme et d'altruisme. Nous souhaitons que cette réalité évolue vers une protection active de l'atmosphère. Nous disposons d'instruments juridiques modestes, comme la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques – CCNUCC de 1992 et le Protocole de Kyoto de 1997, mais le débat progressivement.

La doctrine du patrimoine national d'intérêt mondial cherche à suppléer l'absence d'un contrôle international institué et contraignant de la gestion de ce patrimoine par

les Etats, par une obligation morale de le gérer de façon écologiquement rationnelle au nom de l'unité de la planète et de l'interdépendance de ses écosystèmes qui font que nul n'est à l'abri d'un désastre écologique qui se produit ailleurs. En l'absence d'un représentant juridique de l'humanité, ces instruments de contrôle ou de limitation peuvent prendre la forme d'actes et d'actions individuels ou concertés d'un ou de plusieurs Etats tels que l'institution et l'exigence de labels écologiques pour la circulation internationale de certains produits (KAMTO, 1998, p. 78).

Création ou produit de la conscience collective des peuples, cette Humanité-là n'est pas un étranger ni un être juridique imposé, menaçant, mais un être de conscience qui habite chaque personne et lui rappelle qu'elle participe à une chaîne de la création qui commande de transmettre en meilleur état ce qu'on a reçu en héritage : la vie – celle de l'homme comme celle des autres espèces – qui ne peut, dans tous les cas, être enserrée dans des normes juridiques. Ainsi, la protection de l'atmosphère est un sujet dont l'évolution positive ne tarde pas à prendre la force méritée.

Par certains, la notion de limite est attachée à la notion de frontière. De plus en plus invisibilité et abolition sont évoquées. Nous avons des catégories de frontières : géographiques, politiques, culturelles, etc. L'utopie d'une humanité unifiée est justifiée par la simple raison que les catégories de frontière nourrissent les conflits entre les hommes : les guerres, le racisme, etc. Il est important de souligner que cette unification ne fait pas l'unanimité : il existe toujours la barrière de l'esprit des hommes. La pensée est contradictoire car les frontières peuvent être interprétées comme mécanisme de maintien de l'identité.

L'universalisme politique, dont le propulseur est la paix, présente le réajustement ou la redéfinition de la notion de frontière. Sa première manifestation se réalise avec le projet de maintien du commerce libre entre les Nations à partir de la perpétuation de la paix entre les souverains chrétiens. Cette pratique a été déployée sous le règne d'Henri IV.

Adam Smith (1776), véritable précurseur du capitalisme moderne, annonce l'apparition de la *République mercantile universelle* – autrement dit, un monde sans frontière marchande. Cette manifestation est interprétée comme ordre naturel ou ordre immanent, considéré par Smith comme la main invisible. Pour lui, la paix peut être établie par le développement du commerce.

Il reste que les problèmes d'environnement de portée internationale sont plus difficiles à régler que les problèmes nationaux pour deux raisons : d'une part, l'absence d'autorité supranationale habilitée à formuler et à appliquer les politiques qui

s'imposent ; d'autre part, les solutions retenues doivent prendre en compte la variation possible du rapport coûts avantages d'un pays à l'autre.

La protection de l'atmosphère fait partie de la genèse du droit international de l'environnement et contribué à l'avancement des connaissances scientifiques en matière de pollution atmosphérique (BODANSKY, 2011, p. 19). Reconnaisant qu'il existe des obstacles importants à surmonter pour que sa qualification soit considérée comme un bien commun, il présente comme solution le traitement d'un espace environnemental international<sup>1</sup>:

[...] ceux qui ne font pas nécessairement référence aux limites de l'État, mais qui sont définis conformément aux normes environnementales internationales, comme l'habitat des animaux protégés, le climat, l'ozone qui entoure l'atmosphère terrestre et d'autres phénomènes caractérisés par la norme juridique internationale. (SOARES, 2001, p. 99, notre traduction).

L'auteur insiste également sur la notion d'impact *transfrontalier*, considéré comme un impact, pas exclusivement de nature mondiale, dans une zone relevant de la juridiction d'une partie, causée par une activité contrôlée, dont l'origine physique est située en totalité ou en partie dans la zone relevant de la juridiction d'une autre partie (SOARES, 2001, p. 215).

À cet égard, le chapitre neuf d'Action 21 traitait de trois grandes préoccupations internationales concernant l'atmosphère: pollution transfrontalière, protection de la couche d'ozone et changement climatique (KISS; SHELTON, 2004, p. 556).

La question présente un intérêt particulier pour la question de la pollution atmosphérique transfrontière, en tant que sources coutumières du droit international – conformément à l'arbitrage final de l'affaire Trail – établir le principe selon lequel aucun État n'a le droit d'utiliser ou d'autoriser l'utilisation de son territoire de manière à causer des dommages au territoire d'un autre État (KISS; SHELTON, 2004, p. 562)

Indépendamment des difficultés que provoque la conclusion d'un accord sur l'adoption d'une stratégie mondiale, deux raisons essentielles peuvent expliquer pourquoi il est difficile de définir une réponse appropriée au réchauffement par effet de serre : quelles que soient les actions engagées aujourd'hui, leurs effets ne se feront sentir qu'à long terme car il existe déjà une forte concentration de gaz dans

---

1 L'auteur insiste également sur la notion d'impact *transfrontalier*, considéré comme un impact, pas exclusivement de nature mondiale, dans une zone relevant de la juridiction d'une partie, causée par une activité contrôlée, dont l'origine physique est située en totalité ou en partie dans la zone relevant de la juridiction d'une autre partie.

l'atmosphère ; de nombreuses incertitudes demeurent au plan scientifique en ce qui concerne les rapports entre les concentrations de gaz dans l'atmosphère et l'évolution du climat.

## 5 L'atmosphère saine en tant que produit épuisé : la gestion de un bien public global

Il est donc important de réconcilier développement et durabilité, souvent opposés et de donner ainsi tout son sens au concept de développement durable. Autrement dit, il faut trouver le moyen d'optimiser l'utilisation des ressources rares et de s'assurer que l'impact de cet emploi soit aussi neutre que possible afin de ne pas déséquilibrer la biosphère.

Comme présenté par Melo et Gatto,

[...] à partir d'une étude de cas pratiques, Elinor Ostrom a élaboré un ensemble de principes et de règles pour la gouvernance de la propriété collective, s'appuyant sur un système de gestion par la communauté des utilisateurs, dans le but d'éviter le chevauchement de l'exploration et de l'utilisation exhaustive des ressources communes, définissant ainsi les vecteurs d'actions et d'habitudes qui servent de mesure de précaution au risque de pénurie. (2014, p. 101-102, notre traduction).

L'accroissement des prix entraîne une baisse de l'utilisation de la ressource rare, ainsi que les recours aux substituts et l'augmentation dans l'efficacité d'utilisation ; l'accroissement des prix engendre l'abondance dans la mesure où : plusieurs ressources deviennent intéressantes à exploiter, le recyclage devient profitable, la prospection augmente. L'augmentation des prix engendre le développement technique, l'épargne au moment de la consommation et la substitution de la ressource en question. L'utilisation de l'atmosphère a été jusqu'à présent gratuite. Avec sa tarification, son exploitation sera au minimum mieux gérée ou du moins réduite.

La valeur qu'un agent économique attache à l'environnement peut être divisée en deux parties : l'utilité que l'agent reçoit en exploitant cet environnement ; la valeur ajoutée à cet actif naturel, sans que l'agent économique l'exploite directement ou indirectement. La valeur d'usage peut à son tour être divisée en valeur d'usage directe, en valeur d'usage indirecte et en valeur d'option. La valeur d'usage directe est la plus utilisée pour l'estimation d'une ressource. Une modification quantitative ou qualitative de l'actif entraîne une modification de la consommation de cet actif, qu'il s'agisse d'un bien alimentaire, de carburant ou d'agrément rencontré dans l'admiration d'un paysage. La valeur d'usage indirecte et moins perceptible compte tenu de la fonction qu'elle remplit. Ainsi, on cite la fonction de régulation de l'eau de la végétation, ce qui



minimise les risques d'inondations et régule les nappes d'eaux souterraines. Et la valeur d'option indique le consentement à payer pour les possibilités futures des deux usages précédents. (THIOMBIANO, 2004).

La valeur de non-usage se divise en deux parties : la valeur attribuée aux valeurs d'usages et aux valeurs de non-usage, et qui constituent un legs aux générations futures ; et la valeur attribuée à la valeur d'existence pure, comme le fait de savoir qu'une race animale risque de disparaître, ceci malgré son utilité pour les générations actuelles et futures.

La situation actuelle est un combat. Le combat d'une pollution non contrôlée de l'atmosphère avec les émissions de GES sans l'imposition d'une limite. Prenant en compte les émissions de 1990, l'idée est la réduction des émissions actuelles pour y retourner. Le niveau de 1990 n'est pas l'exemple d'atmosphère saine, mais cela représente le début des actions qui doivent poursuivre le chemin de réduction et de neutralisation à partir d'un certain moment. Une atmosphère complètement saine avec zéro d'émission est un rêve inattendu. Par contre les actions qui permettent neutraliser les futures émissions pourront compenser cette pollution inévitable.

La réduction est le premier pas, mais nous allons arriver à un niveau où cette réduction ne sera plus réalisable. C'est ainsi que la neutralisation devient le palliatif à maintenir au maintien des conditions de la qualité constante de l'atmosphère.

Changer en totalité la composition de l'atmosphère est aussi une erreur, car composée de divers gaz : l'azote, l'oxygène, l'hydrogène, l'ozone, le gaz carbonique, etc., en proportions diverses, nous devons agir de façon à ce que l'activité anthropique n'altère pas cette proportionnalité de composition, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.

Nous sommes devant une réalité d'épuisement de l'atmosphère saine. Comme présenté par Melo et Gatto,

[...] à la fin des années 1960, Garrett Hardin publie l'article qui est devenu célèbre sur un terrain d'entente – *The Tragedy of the Commons* – dans lequel il soutient que les utilisateurs d'un bien commun sont piégés dans un système fataliste, dans la mesure où la dégradation des ressources naturelles dont ils dépendent est une conséquence inévitable. (2014, p. 103, notre traduction).

Ainsi nous devons agir de façon à appliquer le système de bilan carbone neutre. Nous pouvons juste dire qu'un bilan carbone neutre c'est quand le total des émissions de GES / personne / an qui est égal à la capacité de la planète à pouvoir

les recycler. A ce jour, la constante de la planète Terre est de *traiter* jusqu'à 500 Kg éq. C / an / personne. Eq. C. = équivalent Carbone. Dans le CO<sub>2</sub>, le poids du seul carbone sera donc de 12/44èmes du total, ou encore 0,274 du total. De ce fait, un kg de CO<sub>2</sub> *vaut* 0,274 kg d'équivalent carbone. Pour les autres gaz, l'équivalent carbone est donné par la formule : Equivalent carbone du gaz = poids du gaz (en kg) x PRG à 100 ans x 0,274. Inversement, on passera de l'équivalent carbone à l'équivalent CO<sub>2</sub> en multipliant par 44/12, ou encore 3,67 (ADEME, 2007, p. 19).

Au-dessus de ce seuil l'être humain pollue l'atmosphère et contribue au réchauffement climatique, en dessous c'est l'homme idéal ... Les émissions de GES varient d'un Etat à l'autre, en effet : un français moyen émet environ 2 tonnes éq. C par an, un africain quant à lui émet 300 à 400 kg éq. C.

Il y a ceux qui attaquent le système en assurant que ce concept donne une fausse impression pour continuer à polluer comme avant et que ce genre d'initiatives individuelles peut suffire à résoudre le problème du changement climatique, ou encore ceux qui mentionnent aussi qu'il y a un manque de contrôle et de transparence des entreprises qui proposent ce service.

Tous ces arguments, par contre, n'ont pas une implication directe sur le bilan carbone neutre. Le manque de contrôle et de transparence est une dysfonction du système que nous trouvons pour n'importe quel engagement. Et l'idée de continuer à polluer est d'une certaine façon correcte à l'exception que le bilan carbone neutre doit être appliqué à partir du moment où nous arrivons à un niveau d'émission de GES égal à celui des années 1990. A partir de cette étape, nous pouvons dire que ce bilan sera efficace car il maintiendra les émissions à un niveau constant.

L'économie est en constant développement. D'autre part, nous pouvons nous développer de façon équilibrée avec l'environnement. La neutralisation est l'une de ces façons pour limiter les émissions de GES. Nous ne voyons pas où se trouve le problème pour atteindre une quantité de GES – quantité établie et contrôlée à un certain niveau pour chaque pays en fonction de ses engagements nationaux – et pour agir en même temps pour la capture de ces gaz. Cela nous amène à une situation de recherche d'une atmosphère saine.

L'épuisement de l'atmosphère saine, indispensable à la survie des êtres vivants, est une réalité encore loin. Nonobstant nous sommes déjà victimes de certains effets néfastes occasionnés à cette ressource naturelle. Certaines maladies respiratoires

sont provoquées ou incitées par la pollution des grands centres urbanisés, comme par exemple à Linfen en Chine, à Mexico au Mexique etc<sup>2</sup>.

Notre génération doit réduire ses émissions de GES et en tant qu'engagement en partant du local au mondial notamment, la gestion de l'atmosphère doit suivre le concept de bien public global – que nous présentons dans la partie suivante.

Le patrimoine est plutôt un concept politique manifestant de manière claire et assez solennelle, par référence à la théorie civiliste selon laquelle chacun a un patrimoine qui se transmet, la volonté du législateur de protéger la nature. Sagement gérée, comme un patrimoine, celle-ci pourra être remise aux générations futures.

La reconnaissance de la nature en tant qu'élément du *patrimoine commun de la Nation*<sup>3</sup> (Code rural, art. L. 200-1) issue de la loi Barnier du 2 février 1995, le patrimoine deviendrait-il une véritable notion de droit public ? Ce qui n'est pas le cas pour le moment.

La taxe sur les passagers maritimes embarqués à destination d'espaces naturels protégés instituée en 1996 par le Décret n° 96-25 du 11 janvier – Code des douanes, art. 285 quater (FRANCE, 1996) est-ce un instrument nouveau ou simplement une taxe parmi d'autres ? Dans le cas des allocations de quotas, le paiement d'un surplus par ceux qui dépassent leurs limites peut être considéré comme une taxe. L'atmosphère, comme l'eau par exemple, est un bien indispensable pour la survie des êtres, ainsi nous ne distinguons pas la différence entre la taxe payée en fonction de la consommation d'eau et la taxe possible à payer en fonction des émissions de GES excédentaires dans l'atmosphère.

On peut faire du neuf avec du vieux, mais dans le droit, l'innovation réside également dans l'apparition de concepts nouveaux ou même dans le recours à des concepts connus mais revisités, définis ou appliqués autrement.

Le droit ainsi que l'économie développent à présent une approche linéaire et en ce sens ils s'efforcent d'assurer la continuité de la protection de l'atmosphère aux générations futures.

---

2 Selon l'étude du The World's Worst Polluted Places – The Top ten of the dirty thirty de l'Institut Blacksmith de New York, publiée en septembre 2007.

3 C'est en 1983, avec l'art. L. 110 du Code de l'urbanisme relatif au territoire, que le concept de patrimoine commun de la Nation est apparu en droit français.

## 6 L'atmosphère en tant que bien pour les générations futures

L'optimisation versus durabilité : c'est le problème de l'équité intergénérationnelle. Il est clair que l'un des problèmes centraux concerne le bien-être des générations futures face à la pression croissante sur l'environnement.

Malgré l'engagement concernant les allocations, il est reconnu que son efficacité, en tant qu'instrument unique face aux changements climatiques, est insuffisante pour assurer une distribution satisfaisante du bien-être entre les générations. L'utilisation inefficace des ressources peut entraîner une diminution inacceptable des niveaux de vie pour les générations futures sous certaines conditions économiques et certains critères de bien-être.

Dans ces conditions, ce que l'on qualifiait dans le passé de sentiers optimaux de développement est peut-être insoutenable. De même, ce qui est soutenable peut ne pas être optimal. En d'autres termes, la maximisation de la valeur présente est compatible avec le non durable.

L'échange inter temporel implique l'échange entre des générations distinctes mais imbriquées et une analyse globale de l'allocation inter temporelle du capital naturel doit alors examiner le rôle joué par la distribution des actifs entre générations dans la détermination des équilibres concurrentiels.

D. W. Pearce et J. J. Warford (*apud* FAUCHEUX; NOËL, 1995, p. 270) avancent l'idée que les sentiers optimaux peuvent n'être ni soutenables ni survivants et que les sentiers soutenables peuvent ne pas être optimaux, si l'on en juge à partir des définitions suivantes : l'optimalité caractérise un sentier qui maximise la valeur présente des gains futurs en bien-être social ; la soutenabilité s'apparente à la non décroissance du bien-être social ; la survivance est relative à un sentier de développement qui reste au-dessus d'un niveau minimal de bien-être.

La consommation est alors croissante dans le temps, ce qui est compatible avec un développement soutenable. On peut noter qu'il ne s'agit que d'une condition nécessaire et non suffisante. Les économistes sont de plus en plus efficaces pour l'utilisation des ressources. Cela n'empêche pas leur consommation de croître. Ce qu'il nous faut maintenant, c'est consommer durablement.

Au total, la compatibilité de la croissance optimale et de la croissance soutenable dépend de la relation entre la productivité du capital naturel et le taux d'actualisation.

La croissance de la population n'induit pas une augmentation du revenu, le pouvoir d'achat ne suit pas forcément la croissance populationnelle. Elle rend la croissance soutenable plus difficile à atteindre dans la mesure où la productivité du capital doit

dorénavant excéder la somme du taux d'actualisation et du taux de variation de la population et non le seul taux d'actualisation. Un raisonnement analogue doit être appliqué au progrès technique pour montrer que ce dernier rend une croissance soutenable plus facile à réaliser. La consommation soutenable est dépendante de la conscience environnementale des consommateurs, mais aussi des développements technologiques nous permettant la possibilité de choix entre les produits, c'est-à-dire le développement de produits plus écologiques et plus performants face aux besoins écologiques : réduction de la consommation d'énergie, des émissions des GES, du niveau des déchets, etc.

L'intégration de l'équité intergénérationnelle dans les modèles de générations imbriquées : l'équité intergénérationnelle peut alors être représentée dans une structure néoclassique utilitariste en intégrant ce souci de distribution inter temporelle dans la fonction d'utilité comme un problème de legs. De tels legs pourraient inclure la compensation pour des dommages irréversibles en supposant que l'hypothèse que de telles compensations sont possibles. La distribution des droits et des actifs entre les générations détermine si l'allocation efficiente des ressources soutiendra à long terme le bien-être des générations, c'est ce qu'expriment R. B. Howarth et R. B. Norgaard (*apud* FAUCHEUX; NOËL, 1995, p. 273). Selon l'argument éthique, les générations futures ont le droit d'attendre un héritage suffisant qui leur permettra d'engendrer pour elles-mêmes un niveau de bien-être correspondant à celui de la génération actuelle. Selon Sylvie Faucheux et Jean-François Noël « c'est une sorte de contrat social intergénérationnel » (1995, p. 275).

L'analyse de la distribution des droits et des transferts de capital naturel entre les générations imbriquées successives affectent l'équité intergénérationnelle qui repose sur les hypothèses de base suivantes : il existe une économie fermée avec une structure de générations imbriquées. Les individus d'une génération quelconque sont identiques de telle sorte qu'aucune question d'équité intra générationnelle n'est abordée ; il existe une fonction de bien-être social intergénérationnelle que la société (telle qu'elle est représentée par son gouvernement) veut maximiser selon le critère de la valeur présente ou une quelconque autre formulation ; une série de transferts de ressources ou de revenus de la première à la dernière génération peut être faite pour refléter les valeurs sociales intergénérationnelles ; il existe une concurrence des ressources, des marchés de biens et de travail sur lesquels le jeune de la génération échange avec le vieux de la génération précédente durant la période X, traitant leurs transferts de ressources ou de revenus comme des dotations données.

On trouve un résultat qui est en fait une extension simple mais puissante dans un cadre intergénérationnel du résultat standard de l'économie du bien-être : « le choix de la distribution du revenu est le même que le choix d'une réallocation de dotations, et ceci à son tour est équivalent au choix d'une fonction de bien-être particulière» (VARIAN, 1984, p. 209 *apud* FAUCHEUX; NOËL, 1995, p. 276). Dans ces conditions, le long des sentiers considérés comme optimaux du point de vue de la génération présente qui détient tous les droits de propriétés, il y a aura des transferts intergénérationnels (sous la forme de capital naturel conservé ou de capital technique accumulé), en raison même de la préoccupation de la génération présente pour son propre futur. Cependant, ces transferts ne conduiront pas en général à une distribution de bien-être optimal au cours du temps tel que l'indique la fonction de bien-être social intergénérationnelle. La série des droits de propriété intergénérationnels qui permet à la concurrence de maximiser le bien-être social empêchera en général les générations futures d'obtenir une propriété quelconque. L'efficacité allouée et la soutenabilité ne coïncident pas nécessairement. Ainsi comme présenté par Pascal Grouiez :

[...] la propriété y est décrite comme une institution sociale évoluant, au sein du capitalisme naissant, vers plus d'individualisme, d'absolutisme et d'attachement à la chose et à son propriétaire. Ce droit subjectif finit par se disloquer et, au début du XXe siècle, la propriété cesse d'être un droit de l'individu pour devenir une fonction sociale. (GROUIEZ, 2015, p. 4).

Dans R. B. Howarth et R. B. Norgaard (*apud* FAUCHEUX; NOEL, 1995, p. 277) l'analyse passe des ressources non renouvelables à la pollution cumulative. Ils montrent que la taxe sur la pollution efficiente (la valeur de l'environnement) et le taux d'intérêt dépendent tous deux de la fonction de bien-être social intergénérationnelle choisie. Ils expliquent que si l'on prend en compte le fait que les individus dans une génération peuvent sentir privativement l'utilité de leur propre enfant ou de toute la génération suivante, on ne retrouve pas le résultat de base de leurs études antérieures. Un tel altruisme privé peut aussi entraîner des transferts entre générations, qui sont insuffisants pour permettre à l'optimum social d'être atteint.

« Au total, de telles approches reviennent à intégrer la préoccupation de l'équité intergénérationnelle dans une structure utilitariste. Or beaucoup d'auteurs critiquent une telle démarche. C'est en particulier le cas des tenants de la soutenabilité forte» (FAUCHEUX; NOËL, 1995, p. 277).

Ainsi, nous posons la question concernant la valeur de l'atmosphère ou mieux comment l'évaluer pour que nous puissions comprendre le montant du déficit que nous pourrions laisser aux générations futures.

## 7 Quelle sera la valeur de l'atmosphère : comment l'évaluer ?

Comme le souligne Paulo de Bessa Antunes, le droit de l'environnement « doit être considéré comme un droit [...] plutôt que comme une structure kabbalistique capable de résoudre des problèmes au-delà du droit » (2010, p. 165, notre traduction). La reconnaissance de ces contraintes montre la longue trajectoire des distorsions entre la protection de l'environnement et le biais économique d'appréhension de la réalité.

Smith a remarqué que le mot valeur a deux significations différentes : tantôt il exprime l'utilité d'un objet quelconque, tantôt la faculté que cet objet transmet à celui qui le possède, la faculté d'acheter d'autres marchandises. Dans un cas la valeur prend le nom de valeur en usage ou d'utilité ; dans l'autre celui de valeur en échange. Le raisonnement jusqu'à présent a été souvent le suivant : les choses qui ont le plus de valeur d'utilité – l'air et l'eau – n'ont souvent que fort peu de valeur échangeable ; tandis que l'or, l'argent, d'autre cas – qui ont le plus de faveur échangeable ont fort peu de valeur d'utilité. Les choses, une fois qu'elles sont reconnues utiles pour elles-mêmes, tirent leur valeur échangeable de deux sources : de leur rareté et de la quantité de travail nécessaire pour les acquérir. (RICARDO, 1971, p. 55).

La situation du réchauffement planétaire est un train de changer cette discrimination de la valeur entre les ressources dont le possible épuisement rendra l'air et l'eau propres aussi valorisés en tant qu'objet d'échange.

Les valeurs esthétique, morale, éthique n'ont pas de prix. Ces valeurs supposent avoir un prix quand nous incorporons une valeur de marché : l'échange, la vente, la production, etc. C'est le cas de l'atmosphère quand nous parlons d'allocation de quotas.

L'environnement accède au marché lorsque l'homme lui a reconnu une valeur et quand il existe une valeur ajoutée (soit la technologie, une transformation quelconque). Il s'agit de la marchandisation des éléments constitutifs de l'environnement. Chiffrer la *partie immergée* de l'iceberg que représentent l'environnement, les relations sociales et les valeurs éthiques est complexe mais il est toujours possible de décréter une valeur au moins pour l'environnement et tenir une sorte de comptabilité environnementale.

L'investissement est un processus individuel et par essence égoïste : il s'agit de retirer une plus-value à l'échéance d'un placement présentant un certain risque, indépendamment de toute considération.

En écartant la morale de l'analyse économique proprement dite pour fonder ce que l'on a appelé utilitarisme, les économistes ont peu à peu perdu de vue le facteur humain : l'utilitarisme « implique une double fongibilité : fongibilité des personnes, qui individuellement, peuvent être sacrifiées au bonheur collectif et fongibilité des plaisirs qui quelle que soit leur nature concurrent à déterminer le résultat du calcul utilitariste » (OST, 1988, p. 248). Cette fongibilité assumée des personnes et des préférences individuelles a eu pour conséquence d'établir de fait l'interchangeabilité des valeurs et la représentation mentale d'une forme d'équilibre global et immuable de ces valeurs, ce qui explique partiellement l'incompréhension d'une partie des théoriciens économiques face au développement durable.

L'utilitarisme débouche en fait sur une forme de relativisme absolu en matière de valeurs morales. Si les valeurs sont toutes d'importance égale, alors aucune ne prime sur l'autre et n'interfère dans le champ économique de manière durable. Les valeurs, comme les modes, passent, tandis que le système économique reste immuable et insensible aux modes intégrées par les marchés sans que le fonctionnement du système proprement dit en soit affecté. Or certaines valeurs, tels que les droits de l'homme, sont universelles car leurs influences intellectuelle, morale et sociale sont générales.

John Rawls a ainsi replacé :

[...] d'une part, l'irréductibilité de la personne morale, égale et rationnelle, et, d'autre part, une hiérarchie stricte des biens individuels au regard de la capacité à garantir la moralité des personnes» au cœur du système économique grâce à la notion de justice sociale (*apud* DEMARIA, 2004, p. 70) .

Cette notion permet notamment d'intégrer la notion d'équité dans l'économie, face à l'égalité, et de répondre à la vision de Tocqueville selon laquelle les hommes seraient condamnés à la concurrence économique. L'équité permet de prendre en compte les différences entre les hommes pour améliorer la justice sociale, et, pour ce qui concerne le développement durable, de comprendre l'intérêt individuel et collectif à promouvoir ses principes.

L'approche conservatrice de la soutenabilité forte applique la règle du maintien constant du capital naturel. Les hypothèses retenues par H. E. Daly sont les suivantes : le taux d'actualisation est nul car le droit et l'intérêt des générations futures sont exactement les mêmes que ceux de la génération présente ; et l'élasticité de substitution entre le capital reproductible et le capital naturel est nulle car les fonctions de production sont à facteurs complémentaires. L'argument avancé stipule que le capital manufacturé n'est pas indépendant du capital naturel puisque sa production nécessite



le plus souvent l'intervention du capital naturel. Au-delà, ce dernier remplit des fonctions de survie qui ne peuvent pas être remplies par le capital manufacturé, c'est l'exemple de l'atmosphère et de la couche d'ozone. « Le constat essentiel de H. E. Daly est que nous vivons dans un monde où le capital créé par l'homme n'est plus le facteur limitant de la croissance, mais le capital naturel » (FAUCHEUX; NOËL, 1995, p. 281).

Le progrès technique ne peut avoir que des impacts extrêmement limités à l'égard du capital naturel. La capacité de l'énergie solaire à jouer le rôle de *backstop technology* est, à l'heure actuelle, au cœur de vives controverses (NORDHAUS, 1973 *apud* FAUCHEUX; NOËL, 1995, p. 281).

Les prix ou les rentes de rareté n'ont aucune signification. Le développement durable est alors défini comme le développement maximal qui peut être atteint sans diminuer les actifs de capital naturel – ses ressources de base – de la nation. En d'autres termes, l'impératif de soutenabilité forte impose ici de maintenir constant le stock de capital naturel.

Pour Cristiane Derani, « la question de l'environnement est essentiellement subversive, car elle doit envahir et remettre en question toute la procédure moderne de production et de relation homme-nature, être impliquée conflit de la société moderne » (2008, p. 63, notre traduction). C'est pourquoi le droit de l'environnement appelle la relecture de la notion de développement économique en tant que développement durable, en trouver un *point d'équilibre* pour promouvoir la croissance économique sans compromettre l'environnement (TESSLER, 2004, p. 39-40). Dans cette conjonction du développement, de la croissance et de la protection des générations futures, la pertinence du principe de précaution est indiscutable, en particulier « dans les situations où il n'existe pas de base scientifique claire pour définir les effets ou les niveaux de contamination d'un produit donné » (RIOS; IRIGARAY, 2005, p. 97, notre traduction).

Pour Marcelo Dias Varella et Ana Flávia Barros Platiau:

le principe de précaution dans le contexte du développement durable vise à ne pas exercer une certaine activité face à l'incertitude scientifique, s'insérer dans les politiques de développement pour guider les actions et permettre la protection et la gestion de l'environnement, face à l'incertitude. (2004, p. 75, notre traduction).

La question centrale de l'échelle des dommages infligés au capital naturel est exprimée par le biais des flux et des stocks d'énergie et de matière traversant le système économique (DALY, 1992). C'est le produit de la consommation de ces derniers par tête et de la population qui permet d'appréhender l'ampleur du dommage infligé au

capital naturel. Une échelle désirable pour l'activité économique devrait être celle qui n'érode pas la capacité de charge de l'environnement au cours du temps.

L'arrêt de la croissance énergétique et matérielle dans le monde en développement pourrait constituer un véritable frein à une *soutenabilité* qui doit être à la fois économique, sociale et écologique. Or ici, les préoccupations économiques et sociales sont sacrifiées au profit des intérêts écologiques.

## 8 Conclusion

Comme on le voit dans tout le texte, le droit international établit l'atmosphère comme patrimoine commun de l'humanité, prédiction qui conduit à une série de questions sur les conséquences de la crise environnementale, exiger l'émergence de nouveaux paradigmes, tels que la notion de patrimoine commun, de brevetabilité du vivant, d'internalisation des externalités. Il appartient aux disciplines traditionnellement normatives – le droit, l'économie – d'intégrer ce nouvel objet d'études, visant à attribuer aux éléments naturels une valeur intrinsèque. Cette valeur peut être interprétée comme le propulseur d'un changement de nos comportements, d'une nouvelle éthique de respect ou de responsabilité à l'égard de la nature.

C'est une construction juridique, soutenue par des documents solennels tirés de forums internationaux. Leur caractère obligatoire et efficace suscite toutefois des controverses, étant entendu que les déclarations internationales sur l'environnement constituent *soft-law*, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas dotés d'un mécanisme de coercivité (MENEZES, 2005, p. 147), mais qui exigent des engagements moraux envers les Etats signataires (SILVA, 2002, p. 58).

Cependant, comme le souligne Guido Soares (2001, p. 688), c'est précisément l'émergence de situations de dégradation de l'environnement de nature transfrontalière qui ont conduit à la mise en œuvre de mesures par les législations nationales, en vue de la coopération entre les pays, réduire la dégradation de la planète et, à long terme, permettre la survie de l'homme.

Cette reconnaissance montre que l'atmosphère prend la particularité du droit universel, qui transcende les États et les frontières, exigeant la réconciliation des intérêts nationaux avec une société mondiale intégrée. C'est un bien social intergénérationnel, caractérisé par la combinaison des la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, adoptée par la Conférence générale de l'*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* – UNESCO en 1972, qui stipule préoccupation de sauvegarder ce patrimoine afin de le transmettre

intact aux générations futures e a *Déclaration de Rio de 1992*, d'où émerge la notion de solidarité entre les générations. À cette fin, il évoque la réciprocité entre la propriété des droits et l'attribution des devoirs à tous les individus.

Enfin, le défi le plus complexe. L'atmosphère, comme toutes les ressources naturelles, est considérée comme économiquement évaluable, sujette à l'appropriation et à la vente. Sur ce, cependant, la stipulation d'encore une autre rénovation : la notion de développement durable. C'est précisément dans la compatibilité entre les intérêts économiques et la protection de l'homme (et de l'environnement) que la garantie du droit à l'atmosphère expose les faiblesses de l'expansion du marché et les inégalités mondiales.

## 9 Références

ADEME. Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Energie. Bilan Carbone Entreprises et Collectivités. **Guide méthodologique** – version 5.0 – objectifs et principes de comptabilisation. France, janvier 2007. Disponible sur : <[http://www.mytopschool.net/mysti2d/activites/polynesie2/EE/Projets/conseils/files/Logiciel%20ACV/7\\_Guide\\_Methodo\\_V5.pdf](http://www.mytopschool.net/mysti2d/activites/polynesie2/EE/Projets/conseils/files/Logiciel%20ACV/7_Guide_Methodo_V5.pdf)>. Consulté le : 16 nov. 2018.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental: aspectos fundamentais. In: FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega (Coord.). **Direito Ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 161-194.

BODANSKY, Daniel. **The art and craft of international environmental law**. Cambridge: Harvard University, 2011.

CHOAY, Françoise. **L'allégorie du patrimoine**. Paris : Editions du Seuil, 1992.

DALY, H. E. Allocation, distribution, and scale: towards an economics that is efficient, just, and sustainable. **Ecological Economics**, vol. 6, issue 3, p. 185-193, December 1992.

DEMARIA, Cyril. **Développement durable et finance**. Paris : Maxima, 2004.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUGAS, Pierre-Marie. Ethique, vous avez dit éthique ? **Cadres-CFDT**, n. 390, décembre 1999. p. 31-35.

FAUCHEUX, Sylvie; NOËL, Jean-François. **Economie des ressources naturelles et de l'environnement**. Paris : Armand Colin, 1995.

FRANCE. Décret n° 96-25 du janvier 1996. **Journal officiel de la République française**, 1996. Disponible sur : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000373516&dateTexte=20070322>>. Consulté le : 16 nov. 2018.

GROUIEZ, Pascal. Le retour des comuns : la crise de l'idéologie propriétaire. **Revue de la régulation** – Capitalisme, institutions, pouvoirs. Contestations monétaires. Une économie politique de la monnaie. Numéro 18, p. 1-18, 2015. Disponible sur : <<https://journals.openedition.org/regulation/11549>>. Consulté le : 16 nov. 2018.

HARDIM, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, New Series, vol. 162, Dec. 13, 1968, p. 1243-1248.

JONAS, Hans. **Le principe responsabilité** : une éthique pour la civilisation technologique. Paris : Le Cerf, 1990.

KAMTO, Maurice. Esquisse d'une doctrine du « patrimoine national d'intérêt écologique mondial » in Le statut juridique du patrimoine commun. **Revue Juridique d'Auvergne** (Annales de Clermont Ferrand). Les Thémiales de RIOM 1998, Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont Ferrand. Numéro spécial, v. 98/4.

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. **International environmental law**. 3 ed. New York: Transnational Publishers, 2004.

LARRÈRE, Catherine; LARRÈRE, Raphaël. **Du bon usage de la nature**. Pour une philosophie de l'environnement. Paris : Alto Aubier, 1997.

LUCARELLI, Alberto. Du public au commun. Dentro ed oltre la Costituzione. Alla ricerca delle nuove dimensioni del diritto pubblico: partecipazione e beni comuni. **Rivista Il Tetto**, Università di Napoli Federico II, Nápoles, 1-2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELO, Milena Petters; GATTO, Andrea. Água como bem comum no quadro da governança democrática: algumas reflexões críticas a partir das bases da economia ecológica e sobre a necessidade de um novo direito público. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 19, n. 1, jan-abr 2014, p. 95-121.

MENEZES, Wagner. **Ordem Global e Transnormatividade**. Ijuí : Unijuí, 2005.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: a gestão ambiental em foco. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

ONU. Organisation des Nations Unies. **Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques**. New York, 1992. Disponible sur : <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convfr.pdf>>. Consulté le : 16 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **La Déclaration universelle des droits de l'homme**. Paris, 1948. Disponible sur : <<http://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/>>. Consulté le : 16 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Déclaration de Rio de 1992**. Rio de Janeiro, 1992. Disponible sur : <<http://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm>>. Consulté le : 16 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Protocole de Kyoto à la Convention-Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques**. Kyoto, 11 déc. 1997. Disponible sur : <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpfrench.pdf>>. Consulté le : 16 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Résolution 1803 (XVII) adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 14 décembre 1962**. New York, 1962. Disponible sur : <[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/1803\(XVII\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803(XVII)&Lang=F)>. Consulté le : 16 nov. 2018.

OST, François. **Théorie de la justice et droit à l'aide sociale**. In : **Individu et justice sociale, autour de John Rawls**. Paris : Le Seuil, 1988. p. 245-275.

PERLINGIERI, Pietro. **La gestione del patrimonio pubblico: dalla logica dominicale alla destinazione funzionale**. Napoli, 2005.

PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. Paris : Dalloz, 1984.

RENTERÍA, Pablo; DANTAS, Marcus. **Notas sobre os bens comuns**. In : **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 131-146.

RICARDO, David. **Des principes de l'économie politique et de l'impôt**. Paris : Science Flammarion, 1971.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueneu (Org.). **O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

RODOTÀ, Stefano. **Vers les biens communs**. Souveraineté et propriété au XXI<sup>e</sup> siècle. Trad. Guillaume Calafat. *Revue de Sciences humaines*, 2016. Disponible sur : <<http://journals.openedition.org/traces/6632>>. Consulté le : 16 nov. 2018.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Direito Ambiental Internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001.

SMITH, Adam. **Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations**. Paris : Science Flammarion, 1776.

TESSLER, Luciana Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio-ambiente**. v. 9. São Paulo: RT 2004.

THIOMBIANO, Taladidia. **Economie de l'environnement et des ressources naturelles**. Paris : L'Harmattan, 2004.

UNCLOS. **United Nations Convention on the Law of the Sea**. Jamaica, 1982. Disponible sur : <[hermes.dt.insu.cnrs.fr/moose/DOC\\_BIBLIO/CMB.pdf](http://hermes.dt.insu.cnrs.fr/moose/DOC_BIBLIO/CMB.pdf)>. Consulté le : 16 nov. 2018.

UNESCO. United Nations Educational Scientific and Cultural Organization. **General Conference**, seventeenth session. Paris, 17 October to 21 November 1972. Disponible sur : <<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001140/114044E.pdf>>. Consulté le : 11 nov. 2018.

VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.