

***Le droit de l'environnement, instrument de transformation :***  
*tentative d'approche dialectique*

Julien Bétaille

Maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole

Le droit de l'environnement, prenant pour objet la protection de l'environnement, tente d'améliorer ou du moins d'empêcher la dégradation de la qualité de l'environnement. Comme toute norme, il a ainsi vocation à influencer son objet. Dès lors il apparaît évident, surtout s'agissant d'un droit finaliste<sup>1</sup>, qu'il constitue bien un instrument de transformation. A partir de là se pose deux questions : celle de savoir dans quelle mesure parvient-il à transformer son objet et, surtout, celle de savoir comment peut-il y parvenir. La première relève moins de la science du droit que d'autres sciences à même de mesurer les effets des normes juridiques. Il faut néanmoins y accorder de l'intérêt, ne serait-ce que pour combattre certaines idées reçues selon lesquelles il s'agirait d'un droit ineffectif. En revanche, la seconde constitue l'objet principal de ce propos et est propice à la mise en œuvre d'une approche dialectique. Cette dernière permet ainsi de se faire une idée plus précise de la manière dont le droit de l'environnement contribue à sa finalité, la protection de l'environnement. Au-delà donc de savoir si le droit de l'environnement est effectif, il s'agit de comprendre quels sont les ressorts de son effectivité.

S'agissant d'honorer François Ost, une première manière de lui rendre hommage – cela au regard de son apport considérable aux différentes disciplines juridiques, singulièrement au droit de l'environnement<sup>2</sup> – est peut-être de se diriger vers l'un de ses terrains de jeu favori, l'approche dialectique du droit<sup>3</sup>. La seconde est de mener cette aventure dialectique en s'appuyant sur le cas d'un animal chéri par François Ost<sup>4</sup>, à savoir l'ours brun ou *ursus arctos*, singulièrement celui qui a élu domicile dans le massif des Pyrénées.

---

<sup>1</sup> V. Michel Prieur et al., *Droit de l'environnement*, 7<sup>ème</sup> éd., Précis, Dalloz, 2016, n° 9.

<sup>2</sup> On retiendra tout particulièrement son ouvrage *La nature hors la loi – L'écologie à l'épreuve du droit* (La Découverte, Paris, 1995, rééd. 2003), ouvrage de chevet de tout étudiant en droit de l'environnement.

<sup>3</sup> François Ost et Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau – pour une théorie dialectique du droit*, Publ. Des Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2002.

<sup>4</sup> V. le magnifique conte juridique que François Ost a dédié à l'ours : *Moi, Martin, ours à cinq pattes. Lettre à mes juges*, texte à paraître.

### ***L'ineffectivité du droit de l'environnement, un poncif***

Le droit de l'environnement est désormais bien ancré dans le paysage juridique, de sorte que personne ne songe désormais à en contester l'existence<sup>5</sup>. Pourtant, l'image qui en est véhiculée est souvent erronée. En effet, que n'a-t-on pas entendu sur la fameuse ineffectivité des règles de protection de l'environnement ? Et dès lors que ce droit serait ineffectif, ne servirait-il alors à rien ? Il s'agit là d'un poncif tenace. Certes, il n'est pas totalement sans fondement. Chacun peut constater quotidiennement, par lui-même ou dans la presse, que le droit de l'environnement ne suffit pas à garantir l'absence de dégradation de l'environnement. Pourtant c'est une image déformée de la réalité qui est véhiculée. Chaque jour le droit de l'environnement produit des effets et contribue à minimiser la dégradation de l'environnement, voire à en améliorer la protection. Ce poncif alimente pourtant le propos de toute une série de détracteurs du droit de l'environnement, que ce soit du côté des milieux économiques, du monde académique, voire – fait nouveau – du côté des protecteurs de la nature. En effet, certains d'entre eux, inquiets de la crise écologique, tirent argument de la pseudo ineffectivité du droit de l'environnement pour appuyer leur proposition<sup>6</sup> – supposée alternative – d'attribuer la personnalité juridique à la nature.

### ***Le règne de la « grisaille »***

Partant de la contestation de l'association d'idée entre le droit de l'environnement et l'absence d'effectivité, il apparaît nécessaire d'expliquer autant que possible les phénomènes d'effectivité et d'ineffectivité en droit de l'environnement. Jean Carbonnier a depuis longtemps montré que dans ce domaine, c'est la « grisaille » qui domine<sup>7</sup>. Il s'agit donc, non pas de dégager les nuages, mais d'entrer à l'intérieur en interrogeant, à la suite de l'ouvrage de François Ost intitulé *A quoi sert le droit ?*<sup>8</sup>, la capacité du droit de l'environnement à être « un levier de transformation », singulièrement de transformation de la qualité de l'environnement et donc indirectement de la société.

### ***Le paradoxe du droit de l'environnement***

Il est vrai qu'il y a parfois de quoi être désarçonné et avoir le sentiment que le droit de l'environnement est impuissant face à la crise écologique. C'est ici que l'on rencontre le

---

<sup>5</sup> Son existence en tant que discipline juridique a pu être contestée. V. Michel Prieur et al., *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 11. V. *contra* Roland Drago, « La protection du voisinage et de l'environnement », *Travaux de l'association H. Capitant*, PPS, 1979, p. 457.

<sup>6</sup> V. entre autres Victor David, « La lente consécration de la nature, sujet de droit. Le monde est-il enfin Stone ? », *Revue juridique de l'environnement*, 2012, p. 470 ; 485 ; David R. Boyd, *The Rights of Nature: A Legal Revolution That Could Save the World*, ECW Press, Canada, 2017, p. xix ; Marie-Angèle Hermitte, « Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant », 2018, à paraître.

<sup>7</sup> Selon cet auteur, « entre l'effectivité totale et l'ineffectivité totale, également exceptionnelles, c'est la grisaille de l'ineffectivité partielle qui domine » (Jean Carbonnier, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2001, p. 146).

<sup>8</sup> François Ost, *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, 2016.

paradoxe du droit de l'environnement contemporain, lequel peut être formulé de la manière suivante :

*alors que d'un côté le droit de l'environnement n'a jamais été aussi développé et sophistiqué, de l'autre, la dégradation de l'environnement n'a jamais été aussi forte.*

Reprenons les deux éléments du paradoxe. Le développement du droit de l'environnement réside dans l'accumulation, considérable et à tous les niveaux normatifs, de règles ayant pour objet la protection de l'environnement. Sa sophistication se manifeste quant à elle par la structuration autour de la Charte de l'environnement et du code de l'environnement<sup>9</sup>, alors que le principe de non-régression vient parachever cette sophistication en instaurant un mécanisme de défense de l'édifice. Il n'est pas nécessaire d'insister sur le second élément du paradoxe. Les constats sont partout dressés : la crise écologique est d'une ampleur sans précédent. Dès lors, le droit de l'environnement manquerait-il sa cible ? Une telle conclusion serait probablement simpliste. En effet, au moins deux arguments vont dans le sens d'une relative efficacité du droit de l'environnement.

### ***Les succès du droit de l'environnement***

D'une part, les exemples de succès du droit de l'environnement sont nombreux, même s'ils ne sont que trop rarement mis en avant. On peut par exemple citer le Protocole de Montréal sur la protection de la couche d'ozone de 1987 dont la réussite a pu être mise en évidence<sup>10</sup>, la constitution d'un réseau substantiel d'aires protégées<sup>11</sup> ou encore la lutte contre les marées noires<sup>12</sup>. Il existe également des raisons d'espérer sur le terrain de la protection des espèces. Certes, la situation est alarmante comme l'a montré une étude du Muséum national d'histoire naturelle et du CNRS en mettant en évidence une chute des populations d'oiseaux communs en France<sup>13</sup>. Néanmoins, lorsque l'on resserre la focale sur les oiseaux protégés, la situation est parfois différente. Du moins, le droit semble faire une différence. En effet, une publication scientifique a montré que les espèces qui ont le plus haut niveau de protection dans la directive « Oiseaux »<sup>14</sup> sont davantage susceptibles de voir

---

<sup>9</sup> V. Michel Prieur, « Le droit français de l'environnement au XXe siècle », in *Mouvement du droit public – Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 379 ; Éric Naim-Gesbert, « Maturité du droit de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, 2010, p. 231 ; Julien Bétaille, « Droit de l'environnement », in *Dictionnaire de la pensée écologique*, dir. Dominique Bourg, PUF, 2015, pp. 290-292.

<sup>10</sup> V. Andrew Klekociuk et Paul Krummel, « After 30 years of the Montreal Protocol, the ozone layer is gradually healing », *The Conversation*, 17 septembre 2017.

<sup>11</sup> Le réseau Natura 2000 pourrait bien sûr être plus étendu mais il représente tout de même plus de 18% du territoire européen.

<sup>12</sup> Selon le préfet maritime de l'Atlantique, on évite chaque année l'équivalent de 10 naufrages tels que celui de l'Amoco Cadiz (*Le Monde*, 15 mars 2018, p. 7). Une série de mesures a été prise (surveillance permanente, mise à disposition de remorqueurs, centralisation de la décision en cas d'avarie) et surtout un vrai pouvoir a été conféré au préfet maritime (mise en demeure du capitaine du navire et exécution d'office aux frais de la compagnie maritime).

<sup>13</sup> V. Laurianne Geffroy, « Où sont passés les oiseaux des champs ? », CNRS Le Journal, Printemps 2018, n° 292, pp. 23-25.

<sup>14</sup> Directive 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages.

leur population augmenter, et cela est d'autant plus net dans les États qui sont membres de l'Union européenne depuis longtemps<sup>15</sup>.

### ***L'hypothèse du non droit***

D'autre part, il suffit de renverser la logique pour tout simplement s'apercevoir que, si le droit de l'environnement n'existait pas, la crise écologique serait bien plus grave encore. Par exemple, en matière de pollution, l'absence de règles issues du droit de l'environnement aurait très certainement mené à une situation bien plus mauvaise. La liberté du marché aurait probablement conduit à une pollution industrielle accrue, en l'absence de seuils limite. Alors certes, l'analyse a été maintes fois menée, les seuils confèrent d'une certaine manière un droit à polluer. Néanmoins, ils constituent d'abord une limite par rapport à la liberté de polluer. Dès lors, l'hypothèse du non droit aurait été plus mauvaise pour l'environnement. Le même type d'analyse est également valable en matière de protection de la nature<sup>16</sup>. Il est fort probable que davantage d'espèces auraient disparu si elles n'avaient pas été protégées juridiquement, comme l'a montré la Commission européenne<sup>17</sup>.

### ***Comment le droit de l'environnement produit-il ses effets ?***

Dès lors, le paradoxe du droit de l'environnement nous emmène sur une fausse route. La crise écologique ne saurait conduire à la remise en cause du droit de l'environnement. La question qui présente le plus d'intérêt n'est peut-être pas celle de savoir si le droit de l'environnement est ou n'est pas effectif<sup>18</sup>, s'il transforme ou non l'environnement et la société. Il s'agit bien davantage d'appréhender la manière dont il transforme son objet, autrement dit d'envisager comment il produit ses effets, comment contribue-t-il à transformer la qualité de l'environnement et la société.

### ***Méthode dialectique***

La question se révèle d'une incroyable complexité tant il est ici difficile d'établir des causalités. C'est alors qu'il faut envisager les questions de méthode. On peut d'abord retenir l'hypothèse d'une extrême complexité des systèmes juridiques ainsi que des rapports entre droit, nature et société. Ce dernier aspect suppose non seulement la mise en œuvre de

---

<sup>15</sup> V. Fiona J. Sanderson et al., « Assessing the Performance of EU Nature Legislation in Protecting Target Bird Species in an Era of Climate Change », *Conservation Letters*, July 2015, 0(0), 1–9.

<sup>16</sup> Il est en outre intéressant de constater le développement chez les scientifiques d'un courant appelé « Conservation optimism » qui s'attache à montrer les succès des politiques de protection de la nature (v. ICCS Interdisciplinary Centre for Conservation Science – Conservation optimism : [www.iccs.org.uk/content/conservation-optimism](http://www.iccs.org.uk/content/conservation-optimism)). Certes, la posture méthodologique est iconoclaste, mais elle a le mérite de favoriser l'analyse des effets.

<sup>17</sup> Ainsi peut-on lire dans le compte rendu du *fitness check* de la Commission européenne sur les directives Habitats et Oiseaux, que l'état des « espèces et habitats protégés par les directives, de même que les tendances les concernant, seraient nettement moins bons en l'absence de ces actes, et qu'on observe des améliorations de l'état des espèces et des habitats lorsqu'il existe des actions ciblées à une échelle suffisante » (Note de synthèse du bilan de qualité de la législation de l'UE relative à la nature (directives relatives aux oiseaux et aux habitats naturels), 16 décembre 2016 ; SWD(2016) 473 draft).

<sup>18</sup> La mesure des effets du droit est une question qui appartient d'ailleurs davantage à d'autres sciences qu'à celle du droit (sociologie, économie, écologie).

savoirs interdisciplinaires mais aussi un croisement des logiques. Ce croisement peut être opéré au moyen de l'approche dialectique chère à François Ost, même si on peut par ailleurs ne pas totalement abandonner un certain nombre de réticences formulées à l'endroit de cette méthode<sup>19</sup>. Il reste que, le processus dialectique présente l'avantage d'être « de nature à faire justice à la complexité dynamique du réel »<sup>20</sup> et c'est ce qui nous intéresse à l'intersection du droit, de la nature et de la société. On retient donc ici cette approche en suivant deux démarches d'investigation différentes, l'une déductive et l'autre inductive, à chaque fois dans le même but de comprendre comment le droit de l'environnement produit-il des transformations. La première se concentre sur le système juridique pour y identifier les conditions juridiques de l'effectivité de la norme et la seconde consiste à produire des éléments d'explication – juridiques et extra-juridiques – à partir d'étude de cas documentées en droit et à la lumière d'autres sciences.

### *Déduction et induction*

En premier lieu, il s'agit de décrire, selon une approche déductive, à partir de la théorie du droit et de l'analyse du système juridique, les conditions juridiques de l'effectivité de la norme environnementale. Cette démarche, abstraite, était l'objet de notre recherche doctorale<sup>21</sup>. Il s'agit d'en présenter les résultats essentiels, à savoir l'identification des conditions et leurs principales caractéristiques (I). Néanmoins, cette première approche ne permet que partiellement d'apercevoir le « jeu » du droit et de ses relations au réel.

En second lieu, et fort de cette première grille de lecture, il s'agit de donner à voir le fonctionnement du système juridique à travers le recours à une étude de cas. Place donc à l'induction. On prend alors pour point de départ l'observation d'une situation juridique, et non plus de celle des normes : l'objet premier n'est plus le *sollen* mais le *sein* (II).

### *Le cas de la protection de l'ours dans les Pyrénées*

Pour mener à bien l'approche inductive, il convient de partir de situations juridiques concrètes. Pour des raisons tout aussi pratiques que temporelles, une seule étude de cas est ici mobilisée. Ainsi, l'étude de la protection de l'ours dans le massif des Pyrénées – déjà

---

<sup>19</sup> On adhère ainsi aux réserves formulées par Otto Pfersmann dans la note bibliographique qu'il avait rédigée à la sortie de l'ouvrage *De la pyramide au réseau – pour une théorie dialectique du droit*. Ainsi, selon lui, « alors que tout l'effort des théories analytiques allait dans le sens d'une réduction de l'aspect émotif du langage scientifique, nos auteurs entendent à l'inverse revenir à des modes d'expression moins contraignants, plus proches de l'intuition et des ressources de l'art oratoire. On n'en critiquera nullement les vertus, mais l'on sera difficilement convaincu que ce soit le retour à la métaphore qui nous fasse progresser vers des nouveaux paradigmes scientifiques » (Otto Pfersmann, note bibliographique de l'ouvrage *De la pyramide au réseau – pour une théorie dialectique du droit*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2003, p. 733).

<sup>20</sup> François Ost et Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau – pour une théorie dialectique du droit*, Publ. Des Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2002, p. 37.

<sup>21</sup> V. Julien Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne, illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse, droit, Limoges, 2012.

entreprise<sup>22</sup> – devrait contribuer à mettre en lumière les causes de l'échec ou du succès du dispositif de protection, mais aussi à mieux distinguer ce que le droit peut de ce qu'il ne peut pas. Une telle démarche est naturellement plus fastidieuse que la seule étude du *law in books*. Elle suppose d'une part une diversification des savoirs, en s'appuyant sur des résultats de recherche en écologie, en histoire ou encore en sociologie<sup>23</sup>. Il ne s'agit pas ici de produire ces savoirs mais simplement de les utiliser dans une perspective interdisciplinaire, une telle perspective n'étant d'ailleurs ici possible que parce qu'il s'agit d'un cas ancien et par conséquent assez bien documenté par les différentes sciences. D'autre part, une telle étude implique de descendre sur le terrain, ce qui n'est pas toujours nécessairement possible. Cela nous amène ainsi aux limites du recours à des études de cas et, partant, de l'approche inductive. La principale est le défaut de généralité des résultats obtenus. Ces derniers ne sont véritablement valables que dans le cas étudié. Il faudrait évidemment produire plusieurs études de cas pour faire ressortir les répétitions, c'est-à-dire en quelque sorte les « lois » au sens scientifique du terme. Il reste que, s'agissant d'une première tentative – et bien sûr dans le but de rendre hommage à François Ost – le cas de l'ours dans les Pyrénées permet déjà, en attendant de produire de nouvelles études de cas, de tirer quelques enseignements sur la manière dont le droit de l'environnement constitue un instrument de transformation.

## **I. L'identification des conditions de l'effectivité à partir de l'observation du système juridique : approche déductive**

L'identification des conditions juridiques de l'effectivité consiste à rechercher, au moyen de l'observation du système juridique dans sa globalité, les différents éléments de ce système qui contribuent à rendre possible l'effectivité de la norme juridique. Il s'agit ainsi d'envisager la contribution du système juridique lui-même à l'effectivité de ses propres normes. La conceptualisation fournie par la théorie du droit permet l'identification des conditions juridiques de l'effectivité, avant que l'analyse du droit positif ne permette d'en faire ressortir la relativité.

Il est ainsi possible de mettre en évidence quatre groupes de conditions de l'effectivité de la norme : celles tenant à la cohérence de l'ordre juridique (**A**), celles qui sont

---

<sup>22</sup> On se base là aussi sur un travail existant. V. Julien Bétaille, *Positive obligations to rescue small populations - A country study on the management of brown bear under the Habitats Directive in France*, Research report, *Claws & Laws* project, November 2017, 90 pages, disponible sur :

[https://www.researchgate.net/publication/325767345\\_Positive\\_obligations\\_to\\_rescue\\_small\\_populations\\_-\\_A\\_country\\_study\\_on\\_the\\_management\\_of\\_brown\\_bear\\_under\\_the\\_Habitats\\_Directive\\_in\\_France](https://www.researchgate.net/publication/325767345_Positive_obligations_to_rescue_small_populations_-_A_country_study_on_the_management_of_brown_bear_under_the_Habitats_Directive_in_France)

<sup>23</sup> V. par exemple Chapron G., Wielgus R., Quenette P.-Y., Camarra J.-J., 2009, Diagnosing Mechanisms of Decline and Planning for recovery of an Endangered Brown Bear (*Ursus Arctos*) Population, *PLoS ONE* 4(10) : e7568 ; Michel Pastoureau, *L'ours – Histoire d'un roi déchu*, Points, Seuil, 2007, 415 p. ; Laurent Mermet et Farid Benhammou, « Prolonger l'inaction environnementale dans un monde familier : la fabrication stratégique de l'incertitude sur les ours du Béarn », *Ecologie et Politique*, n° 31, 2005, p. 121.

relatives à la sanction de la norme (B), celles qui se rapportent à sa conception (C) et celles qui se rattachent à la réception de la norme (D).

### **A. La cohérence de l'ordre juridique**

Un ordre juridique peut être considéré comme étant cohérent s'il assure l'absence de contradictions entre les normes qui le composent par l'application de critères de validité. Cette cohérence assure ainsi qu'une norme B, inférieure à la norme A, ne soit pas considérée comme valide si elle est contraire à la norme A. Il est dès lors évité que les effets produits par la norme B ne viennent annihiler les effets de la norme A qui lui est supérieure. L'effectivité de la norme est ainsi assurée par l'absence de contrariété des normes inférieures.

#### ***Ignorance mutuelle, effet direct, profusion des sources***

Dans cette perspective, plusieurs foyers d'incohérence peuvent être mis en avant. Le premier est que, dans une certaine mesure, il perdure une ignorance mutuelle entre les ordres juridiques dès lors qu'il est question des étages supérieurs de la pyramide. Le problème est bien connu. Chaque ordre juridique – national, européen ou international – se considère comme premier, ce qui suscite inéluctablement des conflits et des incohérences. Le deuxième porte sur l'absence d'effet direct de nombreuses normes internationales. Cela affecte particulièrement le domaine de l'environnement où nombreuses sont les règles qui n'ont pas été reconnues sous la forme de droits au bénéfice des individus<sup>24</sup>. Les conséquences sont ici très importantes. En l'absence d'effet direct, le juge national refuse de contrôler le respect du droit international, ce qui conduit ce dernier à rester souvent lettre morte dans l'ordre interne. Que l'on songe par exemple au fameux accord de Paris sur le Climat qui n'a quasiment aucune chance d'être opposé à l'Etat français devant le juge interne. Les normes internes sont dès lors libres de contredire ce type d'accord, sauf à ce que la Commission européenne n'engage une action en manquement<sup>25</sup>. Le troisième foyers d'incohérences est consécutif à la profusion des sources, profusion qui concerne tous les domaines du droit, singulièrement les domaines de l'environnement et de l'urbanisme. Elle entraîne inéluctablement une augmentation du risque de contradiction et une multiplication des besoins de coordination entre les normes, voire entre le droit et les règles non juridiques. La structure hiérarchique de l'ordre juridique demeure – surtout aux niveaux interne et européen – mais la profusion des sources accroît la nécessité des contrôles de cohérence.

### **B. La sanction de la norme**

La sanction de la norme est souvent présentée comme un moyen d'assurer son respect et, partant, son effectivité. Si toutes les normes ne sont pas nécessairement assorties

---

<sup>24</sup> V. Erwan Le Cornec, *L'effet direct des conventions internationales en droit français de l'environnement et de l'aménagement* in *Terres du Droit - Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 663.

<sup>25</sup> Cela suppose évidemment que le contenu du droit international soit repris dans l'ordre juridique de l'Union européenne, par exemple lorsqu'il s'agit d'un accord mixte.

de sanctions, cela n'invalide pas pour autant le fait que la fonction de la sanction est d'assurer la conformité des comportements à la norme et de contribuer ainsi à son effectivité. De manière très large, on peut distinguer trois types de sanctions : la répression de comportements contraires à la norme, l'invalidation d'une norme contraire à une autre norme et l'engagement de la responsabilité d'une personne en raison du fait qu'elle n'a pas respecté une norme.

### ***Répression, invalidation et responsabilité***

Pour autant, chaque type de sanction est affecté d'un certain nombre de limites. L'efficacité de la répression, administrative ou pénale, dépend de la réalité de son caractère dissuasif, lequel dépend lui-même de toute une série d'éléments. La correspondance entre invalidité et invalidation de la norme a tendance à être de moins en moins fréquente, cela sous l'effet de l'impératif de sécurité juridique qui conduit à valider un certain nombre d'illégalités. Quant à la responsabilité, le non-respect d'une norme ou la carence fautive ne sont évidemment pas les seules conditions de son engagement, ce qui la conduit *in fine* à ne jouer qu'un rôle subsidiaire en terme de sanction, outre que ce ne soit pas sa fonction première.

### **C. La conception de la norme**

La conception de la norme recouvre non seulement sa création et son élaboration, mais aussi le fait de concevoir une stratégie de mise en œuvre. Sur le plan juridique, la norme ne peut en principe produire d'effet qu'à partir de son entrée en vigueur. Pour autant, sa capacité d'engendrer des effets sur la réalité se joue aussi avant. Le potentiel d'effectivité de la norme est en quelque sorte prédéterminé au stade de son élaboration et de sa mise en œuvre.

### ***Qualités, légitimité, mise en œuvre, instruments et tolérances***

Ainsi, l'effectivité est en quelque sorte prédéterminée par les qualités organique, matérielle et formelle de la norme tout comme par sa légitimité, notamment sur le plan démocratique. En outre, la mise en œuvre de la norme permet d'en concrétiser les effets, mais c'est aussi à ce stade, lorsqu'elle est directement confrontée au fait, que les menaces d'ineffectivité sont les plus fortes. Les effets de la norme peuvent ainsi être pénalisés par l'absence de normes d'application, par le choix d'un instrument de mise en œuvre exclusif (*command & control* vs *market based approach*), par des dérogations ou des régularisations trop systématiques, par l'absence de moyens au bénéfice de l'administration ou par des pratiques administratives trop tolérantes.

### **D. La réception de la norme**

Au stade de la réception de la norme, cette dernière est saisie par ses destinataires et par le juge. En la mobilisant devant le juge, les destinataires de la norme participent ainsi de ce que Rudolf Von Jhering appelle une « *lutte pour le droit* ». Une fois la norme entrée dans le droit positif, cette lutte devient une lutte pour son effectivité.



### *Accès à la justice, interprétation et pouvoirs du juge*

Trois rapports d'implication entre un élément du système juridique et l'effectivité de la norme peuvent ici être mis en évidence. Tout d'abord, les destinataires de la norme ont en principe la possibilité de la mobiliser devant le juge afin d'en revendiquer l'effectivité. L'accès à la justice des destinataires de la norme revêt alors une place centrale. Ensuite, l'interprétation du juge le conduit à déterminer jusqu'à quel point une norme peut produire effet et, enfin, les pouvoirs dont il dispose lui permettent d'attribuer plus ou moins de conséquences à son interprétation. Néanmoins, ces trois conditions sont étroitement liées, les limites de l'une affectant la portée des autres.

En définitive, ce travail a mis en évidence qu'il était possible d'identifier dans le système juridique des conditions de l'effectivité de la norme. Néanmoins, l'examen du droit positif révèle que celles-ci sont pour la plupart relatives, compte tenu des limites qui les affectent. Surtout, dès lors que leur étude ne permet pas toujours d'expliquer les phénomènes d'effectivité ou d'ineffectivité, cela implique qu'il existe, comme on pouvait le pressentir, des conditions extra-juridiques de l'effectivité de la norme.

On touche dès lors à la principale limite de cette étude. En raison de l'application d'une méthode centrée sur le droit, elle n'a pas permis d'analyser l'ensemble des conditions de l'effectivité. Dès lors elle ne permet pas de comprendre un pan entier des phénomènes d'effectivité ou d'ineffectivité<sup>26</sup>. Par ailleurs, l'étude reste trop abstraite et d'une certaine manière désincarnée. C'est aussi cet élément-là qui conduit à changer de perspective en adoptant une approche inductive, à partir d'une situation juridique donnée.

## **II. L'identification de conditions de l'effectivité à partir de l'observation d'une situation juridique : approche inductive**

Il ne s'agit plus ici de déduire, de manière abstraite, l'ensemble des conditions juridiques de l'effectivité, mais de partir d'un cas concret afin d'identifier les conditions qui sont à l'œuvre en l'espèce et de tenter de les hiérarchiser. Pour cela, il convient de s'intéresser d'abord aux éléments factuels qui caractérisent la situation juridique étudiée, à savoir les données essentielles de la protection de l'ours brun dans le massif des Pyrénées (**A**). Cela permet ainsi de hiérarchiser les principales menaces, ce qui conduit ensuite à distinguer les conditions déterminantes de l'effectivité (**B**) de ses conditions secondaires (**C**).

### **A. Etat des lieux de la protection de l'ours brun dans le massif des Pyrénées**

---

<sup>26</sup> Pour autant, il était très probablement difficile d'aller beaucoup plus loin dans le cadre d'une thèse de doctorat. Aussi, en tant que juriste, formé en France, et cela a bien sûr son importance, nous ne disposions pas des outils méthodologiques permettant d'adopter l'angle de vue d'autres sciences. Autrement dit, le caractère limité de l'approche adoptée relevait moins d'une éventuelle étroitesse d'esprit que d'une simple exigence de probité intellectuelle puisque, on le sait bien, qui trop embrasse mal étreint.

En 2017, l'effectif minimal détecté d'ours brun dans le massif des Pyrénées était de 43 ours, se répartissant en deux noyaux : deux mâles dans le noyau occidental et 41 ours dans les Pyrénées centrales<sup>27</sup>. L'évolution de la population n'est cependant pas linéaire. Alors qu'on comptait plus d'une centaine d'ours dans le massif des Pyrénées au début du 20<sup>ème</sup> siècle, la population tombe à seulement 5 spécimens en 1995. Plusieurs vagues de réintroductions vont permettre une reprise des effectifs à la hausse : 3 spécimens en 1996, 5 en 2006 et 1 en 2016, ce dernier ayant été réintroduit du côté espagnol du massif, en Catalogne.

Néanmoins, la population est considérée comme étant dans un état de conservation défavorable au regard des critères de la directive « Habitats »<sup>28</sup>. Non seulement, sur un plan quantitatif, le nombre d'ours est insuffisant, mais aussi, sur un plan qualitatif, la forte consanguinité de la population menace sa viabilité à long terme.

Un autre élément factuel est évidemment que la présence de l'ours dans le massif produit des dommages sur les troupeaux<sup>29</sup>. Le nombre annuel d'attaques sur le bétail est relativement stable depuis 2006, même si le niveau des dommages est plus variable. Néanmoins, cela reste la principale raison conduisant à de vives oppositions au sein des milieux agricoles. Les dommages sont en principe indemnisés par l'Etat, selon des modalités qui sont parfois contestées par les éleveurs.

### ***Principales menaces pesant sur l'espèce***

La première et principale menace qui pèse sur la population d'ours brun dans le massif des Pyrénées est liée à la dynamique de sa population. Pour faire simple, cette population est trop petite pour être viable et surtout elle présente un haut degré de consanguinité qui la menace directement à long terme. Face à ce double problème, la solution réside dans l'introduction de spécimens exogènes. En effet, si le problème quantitatif pourrait être réglé en veillant simplement au bon développement de la population, le problème qualitatif nécessite une intervention, c'est-à-dire en l'occurrence une action positive entreprise ou du moins autorisée par l'Etat. Ainsi, la condition première de l'effectivité de la protection est la mise en œuvre de son obligation de maintien de la population dans un état de conservation favorable au moyen de réintroductions.

La seconde menace est constituée par la relation entre les Hommes et la population d'ours. Concrètement, il s'agit de prévenir les accidents de chasse et de dissuader les destructions volontaires d'ours par l'Homme. Un bilan des destructions d'ours dans les Pyrénées depuis la protection de l'espèce en 1981 permet de se faire une idée de

---

<sup>27</sup> J.J. Camarra, J. Sentilles, C. Vanpe et P.Y. Quenette, *Suivi de l'ours brun dans les Pyrénées françaises*, Rapport annuel 2017, Equipe Ours ONCFS, avril 2018.

<sup>28</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages.

<sup>29</sup> V. Julien Bétaille, *Positive obligations to rescue small populations - A country study on the management of brown bear under the Habitats Directive in France*, *op. cit.*, p. 14 s.

l'importance de cette menace. Ainsi, 5 ours ont été tués et 1 a été blessé depuis 1981<sup>30</sup>, ce qui représente environ 15 % de la population actuelle d'ours. Etant donné que la plupart de ces événements ont eu lieu durant des actions de chasse, il est possible d'en déduire que la chasse dans les zones à ours est un risque important pour l'espèce. Dès lors, une autre condition importante de l'effectivité de la protection est de prévenir ce type d'événement, soit par l'interdiction de la chasse dans les zones à ours, soit en dissuadant davantage les destructions, cela en améliorant le dispositif répressif et en incitant mieux au respect de l'espèce.

C'est ainsi à partir de la description de ces menaces que l'on peut tenter de hiérarchiser les conditions de l'effectivité : sont déterminantes les conditions qui permettent d'agir sur les menaces les plus importantes eu égard au but de la norme, c'est-à-dire ici l'état de conservation favorable de l'espèce au titre de la directive Habitats.

## **B. Les conditions déterminantes**

Sur la base de l'identification des menaces qui pèsent sur la population d'ours, il est possible de considérer que les conditions déterminantes de l'effectivité de la protection de l'ours brun dans le massif des Pyrénées sont de trois ordres : tout d'abord la mise en œuvre complète de la protection par l'adoption de mesures positives, ensuite l'amélioration du dispositif répressif et la sanction des illégalités, et enfin l'amélioration des incitations.

### ***La mise en œuvre incomplète de la protection***

La mise en œuvre défectueuse de la protection est la cause essentielle du caractère défavorable de l'état de conservation de l'ours brun. Ce défaut d'implémentation se manifeste au moins de trois manières. Tout d'abord, entre 2010 et 2018, l'État n'a pas été en mesure d'élaborer et de mettre en œuvre un plan de conservation de l'espèce<sup>31</sup>, principalement parce qu'il était politiquement paralysé par les oppositions locales à la présence de l'ours. Ensuite, depuis 2006, aucune réintroduction de spécimens n'a été entreprise ou autorisée par l'État<sup>32</sup>. Enfin, l'État n'a pas adopté de mesure d'interdiction de la chasse dans les zones de présence de l'ours. Pourtant, compte tenu des destructions ayant eu lieu par le passé au cours d'actions de chasse, on pourrait considérer qu'une telle mesure est implicitement imposée par l'article 12 de la directive Habitats<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> En 1982, 2 ours sont tués à Laruns durant une battue administrative. En 1994, l'ourse *Claude* est tuée à Borce durant une battue administrative. En 1997, l'ourse *Mellba* est tuée à Bézins-Garoux par un chasseur à l'affût. En 2004, l'ourse *Cannelle* est tuée à Urdos durant une battue administrative et en 2008, l'ours *Balou* est blessé à Prades durant une battue administrative. On ne recense pas d'autres événements depuis, ce qui ne veut pas dire qu'il n'y ait pas eu d'autres destructions volontaires.

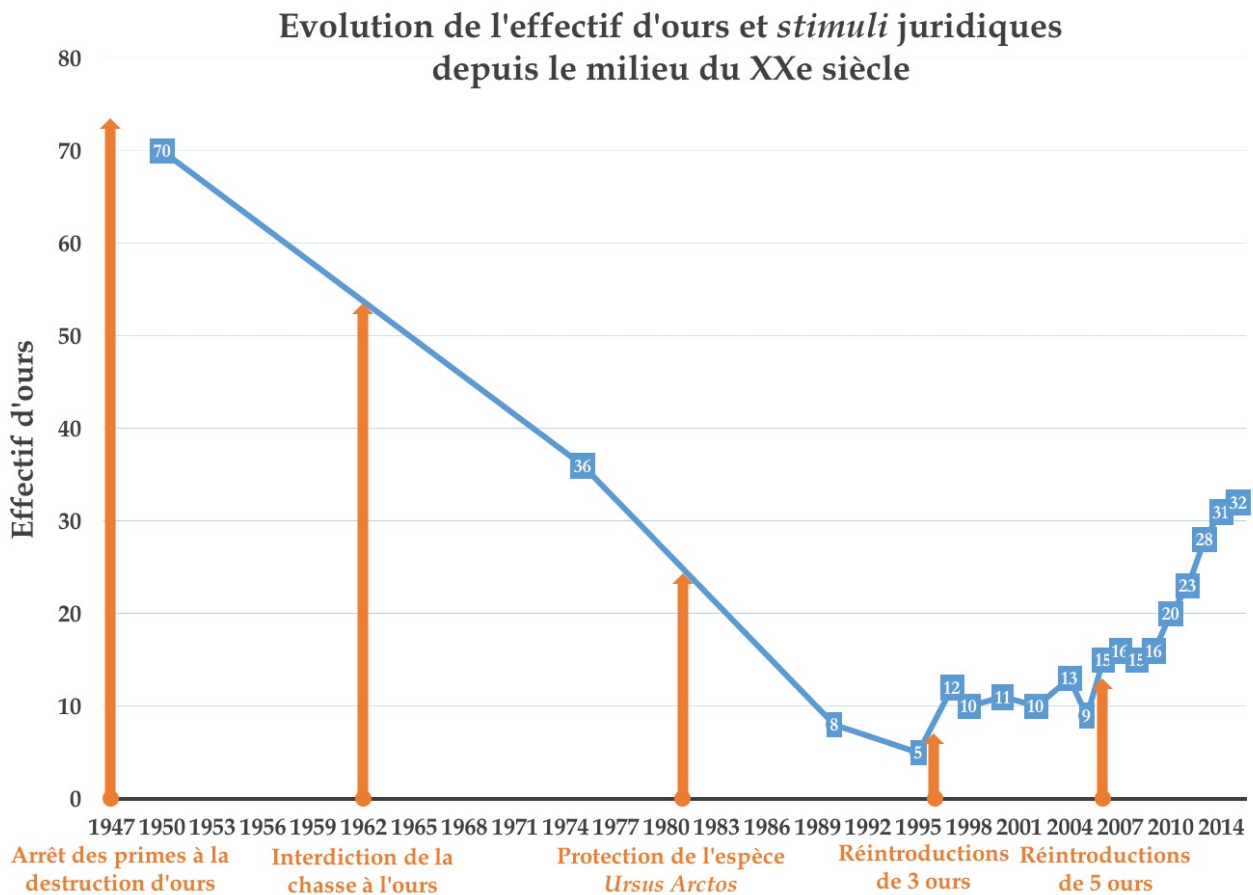
<sup>31</sup> Le précédent plan ours était valable jusqu'en 2009 (v. *Plan de restauration et de conservation de l'ours brun dans les Pyrénées françaises 2006-2009*, Ministère de l'écologie). Le nouveau plan ours a été publié en 2018 (v. *Plan d'actions Ours brun 2018-2028*, DREAL Occitanie).

<sup>32</sup> Toutes les demandes d'autorisation de réintroduction déposées par les associations ont été rejetées. Sur le régime juridique de la réintroduction, v. Julien Bétaille, *Positive obligations to rescue small populations - A country study on the management of brown bear under the Habitats Directive in France*, op. cit., p. 25.

<sup>33</sup> V. Julien Bétaille, *Positive obligations to rescue small populations - A country study on the management of brown bear under the Habitats Directive in France*, op. cit., p. 44.

### La nécessité de mesures positives

Le graphique ci-dessous met en évidence l'importance des actions positives de l'État vis-à-vis de la protection de l'espèce. Il met en relation l'évolution dans le temps de l'effectif d'ours dans le massif des Pyrénées et les différents *stimuli* juridiques intervenus depuis 1947.



Le premier enseignement qu'il est possible d'en tirer est que les différentes mesures négatives de protection, c'est-à-dire qui consiste simplement à interdire les atteintes à l'espèce, ne sont pas suffisantes pour assurer son maintien dans un état de conservation favorable. Elles sont bien sûr indispensables pour poser un certain nombre de limites, mais leurs effets ne sont qu'indirects et surtout assez lents. Si d'un côté on peut considérer que sans l'interdiction de la chasse à l'ours et dans sa protection juridique, l'ours aurait très probablement disparu du massif des Pyrénées, d'un autre côté, ces mesures ne sont pas suffisantes, tel que le montre la situation extrêmement critique atteinte en 1995. Il ne restait alors plus que 5 ours dans le massif.

Le second enseignement est que les actions positives – en l'occurrence l'introduction de spécimens exogènes – sont nécessaires voire déterminantes pour assurer l'effectivité de la protection. C'est d'ailleurs ce qui nous conduit à soutenir que, la directive Habitats imposant une obligation de résultat, elle oblige implicitement la France à introduire de nouveaux spécimens, dans la mesure où cela est nécessaire pour faire en sorte que l'état de

conservation de l'espèce soit favorable<sup>34</sup>. Le tribunal administratif de Toulouse semble également adhérer à une telle analyse en considérant que le fait pour l'Etat de ne pas maintenir l'ours dans un état de conservation favorable constitue une carence fautive engageant sa responsabilité<sup>35</sup>. L'Etat semble avoir entendu le message puisque le ministre de l'écologie a annoncé la réintroduction de deux spécimens à l'automne 2018.

### ***L'insuffisance du dispositif répressif***

La deuxième condition la plus importante est relative à la sanction, qu'il s'agisse de la répression pénale ou de l'invalidation des actes illégaux adoptés par l'administration. En ce qui concerne les sanctions pénales, le dispositif répressif n'est pas suffisamment dissuasif. Rappelons que si ce dernier l'avait été, il aurait pu être évité la perte de 5 spécimens depuis le début des années 1980, ce qui à l'échelle de la population d'ours n'est pas du tout négligeable. Depuis l'intervention de la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, les sanctions en cas de destruction d'une espèce protégée sont passées de 1 à 2 ans d'emprisonnement et de 15 000 à 150 000 euros d'amende<sup>36</sup>.

Un bref aperçu historique de la mise en œuvre des sanctions pénales dans ce domaine montre qu'au-delà du niveau des peines maximales encourues, c'est la mise en œuvre du dispositif répressif qui présente des défaillances. En 1994, la destruction de Claude a conduit à une condamnation à 5 ans d'interdiction de chasser, 1500 euros d'amende et 8000 euros de dommages et intérêts. En 1997, la mort de *Mellba* a fait l'objet d'un classement sans suite par le procureur. Pour ce qui concerne la mort de *Cannelle* en 2004, elle a donné lieu à un acquittement du chasseur en première instance et le procureur n'a pas fait appel de cette décision. En 2006, une affaire de miel empoisonné a fait l'objet d'un classement sans suite par le procureur. L'année suivante, l'ourse *Franska* est percutée accidentellement par une voiture mais l'autopsie révèle la présence de plomb de chasse dans son arrière train. L'affaire est là encore classée sans suite par le procureur. Enfin en 2008, le chasseur qui a blessé l'ours *Balou* est acquitté en première instance et le procureur ne fait pas appel. Cela montre ainsi que, à de rares exceptions près, il n'y a pas de volonté du parquet de poursuivre les infractions commises ou de faire appel en cas de relaxe. C'est donc la politique pénale qui est en cause<sup>37</sup>.

### ***La sanction des illégalités***

---

<sup>34</sup> V. Julien Bétaille, *Positive obligations to rescue small populations - A country study on the management of brown bear under the Habitats Directive in France*, *op. cit.*, p. 46 s..

<sup>35</sup> Tribunal administratif de Toulouse, 6 mars 2018, *Association Pays de l'Ours – ADET et Association FERUS*, n° 1501887, 1502320.

<sup>36</sup> L. 415-3 du code de l'environnement.

<sup>37</sup> Sur le plan civil, la reconnaissance du préjudice écologique pur devrait permettre une augmentation substantielle du montant des dommages et intérêts (article 1246 et s. du code civil). L'affaire Cannelle avait donné lieu à 10 000 euros de dommages et intérêts au titre du préjudice moral des associations (Cass. crim., 1<sup>er</sup> juin 2010, n° 09-87.159 : JurisData n° 2010-010040 ; Laurent Neyret, « Mort de l'ourse Cannelle : une responsabilité sans culpabilité », *Environnement*, janvier 2011).

Par ailleurs, plusieurs actes administratifs adoptés par l'Etat et portant atteinte à l'ours brun ont été annulés par le juge administratif. Il en va ainsi de plusieurs arrêtés préfectoraux ayant autorisé des mesures d'effarouchement de l'ours en 2012 et 2013<sup>38</sup>, ainsi que de nombreux arrêtés préfectoraux autorisant des battues administratives dans des zones de présence de l'ours<sup>39</sup>. Néanmoins, en l'absence de référé, ces décisions ont été annulées postérieurement à leur exécution sur le terrain, c'est-à-dire que les battues ont bel et bien eu lieu.

### ***L'imperfection des mécanismes d'incitation***

Dans le cadre du choix des instruments de mise en œuvre de la norme, les incitations ont un rôle important à jouer en faveur de son respect. Sans parler d'incitation au sens strict, il s'agit ici de mécanismes d'accompagnement qui ont pour but de ne pas faire supporter aux éleveurs le coût de la présence de l'ours. Ces mécanismes ont également pour objet de prévenir la mise en place de stratégies de blocage de l'action de l'Etat ainsi que la destruction directe de spécimens.

Néanmoins, les deux types de mesures d'accompagnement que l'on rencontre ici s'avèrent limitées<sup>40</sup>. D'une part, l'indemnisation des pertes subies par les éleveurs présente toujours des imperfections. Ainsi, ne sont pas indemnisées les bêtes perdues et un certain nombre de préjudices difficilement réparables, comme par exemple le travail de sélection effectué par l'éleveur sur le troupeau. D'autre part, une grande partie des coûts liés à la protection des troupeaux fait l'objet de subventions publiques, mais le taux de protection est en pratique extrêmement faible. En particulier, on peut s'étonner que l'indemnisation des pertes subies ne soient pas conditionnée par le recours aux mesures de protection.

Par-delà ces trois éléments déterminants pour la protection de l'espèce, il est possible de mettre en évidence d'autres conditions de l'effectivité de cette protection, mais ces dernières sont plus indirectes.

### **C. L'existence de conditions secondaires**

Les conditions secondaires, si elles sont moins déterminantes, ne doivent pas pour autant être négligées. Elles jouent un rôle indirect mais néanmoins important.

#### ***Du contrat à l'absence de contrainte***

Le choix des instruments de mise en œuvre donne souvent lieu à d'importants débats. Faut-il privilégier l'unilatéralité ou au contraire mettre en œuvre des stratégies plus souple de négociation. L'écologie bienveillante contre l'écologie punitive en somme. Au

---

<sup>38</sup> TA Pau, 28 janvier 2014, non publié.

<sup>39</sup> TA Pau, 27 mars 2008, *Association SEPANSO Béarn*, n° 0600036, 06011727, 0701742, *Revue Juridique de l'Environnement*, 2008. p. 429, concl. Jean-Michel Riou ; CAA Bordeaux, 9 avril 2014, n° 12BX00391 ; *Environnement*, juillet 2014, comm. 57, note Pascal Trouilly ; TA Toulouse, 3 février 2016, *Associations FERUS et Comité écologique ariégeois c. Préfet de l'Ariège*, n° 1205255.

<sup>40</sup> Sur ces dispositifs, v. Julien Bétaille, *Positive obligations to rescue small populations - A country study on the management of brown bear under the Habitats Directive in France*, *op. cit.*, pp. 14-17.

milieu des années 1990, ce débat a également retenti dans le dossier de l'ours. Le ministre de l'environnement Michel Barnier y a défendu « la méthode du contrat plutôt que la coercition ». Cela l'a conduit à mettre en place *l'Institution patrimoniale du Haut-Béarn* sur la base d'une « charte ». Cette institution a été confiée aux opposants à l'ours et, comme cela était prévisible, n'a pas produit de résultats convaincants. Cette institution a même été considérée comme une « réaction anti-environnementale » par le sociologue Laurent Mermet<sup>41</sup>.

### ***L'interprétation de la norme***

L'interprétation des énoncés normatifs est toujours susceptible de poser des difficultés. Dans le domaine de la protection des espèces, la notion d'« état de conservation favorable » concentre de nombreuses difficultés, notamment parce qu'elle se situe à l'intersection de la science et du droit<sup>42</sup>. Pour l'heure, cela n'a pas eu de répercussion directe sur le dossier de l'ours dans les Pyrénées. L'espèce est dans un tel état que l'on ne se situe pas encore dans la zone grise ouvrant la voie au débat<sup>43</sup>. Néanmoins, c'est plus largement l'interprétation de la directive Habitats, et notamment le point de savoir si celle-ci oblige à des mesures positives de réintroduction, qui pourrait faire une grande différence<sup>44</sup>.

### ***La légitimité de la norme***

La question de la légitimité démocratique de la norme, c'est-à-dire de la protection de l'ours brun, n'est pas évidente dans la mesure où les oppositions entre les « pro » et les « anti » sont ici très fortes. Plusieurs éléments, comme par exemple des sondages effectués régulièrement, semblent montrer que la présence de l'ours est soutenue par la population<sup>45</sup>. Néanmoins, le cas de l'ours montre qu'il suffit qu'une minorité soit en désaccord avec la norme pour pouvoir paralyser, ou du moins retarder, son application<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Laurent Mermet, « L'institution patrimoniale du Haut-Béarn : gestion intégrée de l'environnement ou réaction anti-environnementale ? », *Annales des mines*, janvier 2001, p. 9.

<sup>42</sup> V. Yaffa Epstein, « Favourable Conservation Status for Species: Examining the Habitats Directive's Key Concept through a Case Study of the Swedish Wolf », *Journal of Environmental Law*, 2016, 28, 221-244 ; Yaffa Epstein, José Vicente Lopez-Bao & Guillaume Chapron, « A legal-Ecological Understanding of Favourable Conservation Status for Species in Europe », *Conservation Letters*, March-April 2016, 9(2), 81-88 ; Arie Trouwborst, Luigi Boitani et John D. C. Linnell, « Interpreting 'favourable conservation status' for large carnivores in Europe: how many are needed and how many are wanted? », *J.D.C. Biodivers Conserv* (2017) 26: 37.

<sup>43</sup> La situation est en revanche très différente pour ce qui concerne le loup dont le statut de conservation fait véritablement débat.

<sup>44</sup> V. Julien Bétaille, *Positive obligations to rescue small populations - A country study on the management of brown bear under the Habitats Directive in France*, *op. cit.*, p. 46 s..

<sup>45</sup> Même si cela ne constitue pas un indice fiable, il faut noter que la consultation du public portant sur le nouveau plan de conservation de l'ours 2018-2028 « a donné lieu à un total de 6277 contributions dont la majorité, 95,2 %, se positionne pour la conservation et la présence de l'ours dans les Pyrénées » (Préfet de la région Occitanie, « Principales conclusions de la consultation publique sur le volet « ours brun » de la Stratégie Pyrénéenne de Valorisation de la Biodiversité », 9 mai 2018).

<sup>46</sup> Les opposants à l'ours sont connus pour leur radicalité, laquelle s'est exprimée de manière violente à l'été 2017. Une vidéo d'hommes cagoulés et armés déclarant ouvrir la chasse à l'ours a ainsi été transmise aux médias locaux, alors que par ailleurs les agents de l'ONCFS ont fait l'objet de menaces.

### ***L'accès à la justice***

Même s'il est perfectible, l'accès à la justice administrative est ici relativement satisfaisant. Les associations de protection de l'environnement peuvent accéder facilement au juge administratif et elles obtiennent fréquemment l'annulation des décisions administratives contraires à la protection de l'ours. Néanmoins, se pose inévitablement la question des moyens de ces associations de veiller à la légalité des décisions administratives. En particulier, le caractère non suspensif des recours implique d'effectuer une demande de suspension de l'acte, ce que les associations ne font pas toujours. L'engagement de la responsabilité de l'Etat aura peut-être des vertus pédagogiques à l'égard des préfets.

La justice pénale est en revanche plus difficile d'accès, surtout en l'absence de poursuite par le parquet. Néanmoins les associations ont la possibilité de se constituer partie civile et de participer indirectement au procès pénal. Le rôle du parquet reste néanmoins déterminant pour réunir les preuves. Même si cela est possible en théorie, la preuve constitue le principal obstacle à l'action en citation directe.

L'accès au recours en manquement n'est quant à lui purement et simplement pas possible, pour des raisons propres à la physionomie du droit institutionnel de l'Union européenne. Seule la Commission européenne ou un Etat-membre est habilité à saisir la Cour de justice. Les associations ne peuvent donc pas aller au delà d'une simple plainte envoyée à la Commission.

On voit bien en tout cas ici que le problème n'est pas de faire de la nature – ou de l'ours – un sujet de droit, mais plutôt d'améliorer les modalités concrètes d'accès à la justice<sup>47</sup>. Le jugement du tribunal administratif qui reconnaît la responsabilité de l'Etat en raison de l'absence de maintien de l'espèce dans un état de conservation favorable en est une bonne illustration<sup>48</sup>. L'ours n'est pas un sujet de droit, mais ses intérêts peuvent être portés devant la justice, et même entendus.

### ***Profusion des sources et cohérence de l'ordre juridique***

L'analyse du cas de l'ours montre que la question des sources et de leur cohérence n'est pas déterminante. En effet, il y a bien profusion, mais les normes sont globalement cohérentes<sup>49</sup>. La reproduction entre elles est très forte, ce qui limite les risques de contradictions, et les normes externes sont correctement transposées<sup>50</sup>. Le problème n'est

---

<sup>47</sup> Sur ce sujet, v. Julien Bétaille, « Rights of Nature : why it might not save the entire world », 2018, à paraître.

<sup>48</sup> Tribunal administratif de Toulouse, 6 mars 2018, *Association Pays de l'Ours – ADET et Association FERUS*, n° 1501887, 1502320.

<sup>49</sup> Il faut citer en particulier la Convention de Berne relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe de 1979, la directive Habitats n° 92/43/CEE du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages ainsi que les articles L. 411-1 et suivants du code de l'environnement.

<sup>50</sup> L'absence d'effet direct de la convention de Berne (CE, 30 décembre 1998, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes et a.*, n° 188159, rec. p. 516 ; CE, 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, n° 204756, CE, 20 avril 2005, *ASPAS*, n° 271216, rec. p. 975, AJDA, 2005, p. 1398, note Jean-Marie Pontier ; CE, 26 avril



donc pas le manque de droit – l'ordre juridique environnemental est complet et cohérent – mais bien son application.

Le meilleur moyen de rendre hommage à François Ost était de le prendre au mot, de prendre au sérieux son approche dialectique. Néanmoins, pour que cette tentative d'application soit véritablement complète, encore faut-il, en guise de conclusion, aller au bout de sa logique en essayant de dépasser la contradiction initiale, par delà la juxtaposition des démarches déductive et inductive. La question de fond consistait à en savoir un peu plus sur la manière dont le droit transforme son objet, sur la façon dont le droit de l'environnement améliore la qualité de l'environnement. Surtout, il s'agissait de tester l'approche dialectique afin de déterminer dans quelle mesure celle-ci pouvait permettre d'y voir plus clair au milieu de la grisaille de l'effectivité.

Mais avant, il faut mentionner une réserve que cette tentative n'a pas permis de lever. Si l'approche dialectique paraît mieux à même d'appréhender la complexité d'un phénomène, elle laisse parfois un goût d'inachevé. Presque par principe, elle refuse de prendre position, de trancher. Cela ne pose pas de difficulté en soi et permet de garder une position d'ouverture. Néanmoins, cela engendre un effet pervers du point de vue scientifique. La critique n'est pas nouvelle. En ne prenant pas réellement position, cette approche se soustrait en partie à la contradiction et donc, d'une certaine manière, au débat scientifique. Il reste, par-delà cette réserve, à souligner l'intérêt que nous avons trouvé à cette expérience dialectique.

D'abord, il est possible d'affirmer que si elles s'opposent dans leur principe, les méthodes deductives et inductives s'enrichissent l'une l'autre. Ainsi, la méthode déductive appliquée dans un premier a en quelque sorte fourni, en toile de fond, un cadre d'analyse indispensable pour mener à bien la démarche inductive. A l'inverse, l'application de la méthode inductive a permis de confirmer certains résultats obtenus grâce à la méthode déductive, à savoir la multitude et la relativité des conditions de l'effectivité de la norme. Autrement dit, il n'existe pas de solution miracle pour qu'une norme soit effective, on est toujours aux prises avec plusieurs leviers, tous n'agissent pas toujours en même temps et ils n'ont pas tous la même puissance.

Ensuite, l'utilisation concomitante des deux méthodes déductive et inductive permet un dépassement des connaissances initiales, voire la production de connaissances nouvelles. Si la méthode déductive permet de recenser et de relativiser les conditions de l'effectivité, elle reste assez abstraite. Elle ne permet pas de dire quelles sont les conditions juridiques de l'effectivité qui sont les plus importantes. En revanche, l'approche inductive, ancrée dans une situation juridique précise, permet de hiérarchiser les conditions de l'effectivité. Par exemple, alors que l'approche déductive identifie de manière abstraite l'accès à la justice

---

2006, *FERUS*, n° 271670, *Environnement*, juin 2006, n° 66, note Pascal Trouilly) ne constitue pas ici un problème majeur dans la mesure où la directive Habitats joue un rôle de substitut.

comme une condition de l'effectivité, l'approche inductive permet de relativiser son importance dans le cas étudié. Bien sûr, on retombe ici sur la principale limite de cette approche, à savoir son défaut de généralité. Néanmoins, la force de la méthode inductive est d'être moins désincarnée et de mieux expliquer le fonctionnement même du système juridique. Par exemple, le graphique sur l'ours a permis de mieux mettre en évidence la dimension temporelle.

Enfin, un mot sur la question de fond. Le droit de l'environnement transforme son objet, de multiples manières. Néanmoins, l'analyse confirme le règne de la « grisaille ». D'une certaine manière, cela rappelle à quel point il se garde des discours simplistes. Mais surtout, ce passage en revue des conditions de l'effectivité montre que le droit de l'environnement n'a pas grand chose à envier à d'autres disciplines juridiques. Il est effectivement mature en ce sens qu'il dispose d'une très large palette d'outils pour s'appliquer pleinement, et le fait que ces outils soient parfois imparfaits ou en pratique pas suffisamment utilisés n'y change rien. Surtout, il ne faut pas oublier un élément qui, nous semble-t-il, fait la différence par rapport à d'autres disciplines. C'est l'ampleur considérable de la tâche qu'on lui assigne. Ainsi demande-t-on au droit de l'environnement, compte tenu de la gravité de la crise écologique, de changer radicalement la société, puisque c'est bien l'Homme qui exerce son empreinte sur la nature. Quel défi ! Au surplus, cette tâche doit être accomplie dans un temps très court, compte tenu de l'urgence. Il s'agit probablement là d'un costume un peu trop grand pour lui. La transition écologique passe par le droit, mais pas seulement, loin s'en faut. C'est la seule certitude que nous avons.